# DERECHO Y ECONOMÍA

## EL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LAS INSTITUCIONES LEGALES

Alfredo Bullard González

Profesor de Derecho Civil y Análisis Económico del Derecho
en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la
Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas

# Derecho y Economía

## El análisis económico de las instituciones legales

Prólogo de Fernando deTrazegnies

Segunda edición
corregida y aumentada

Palestra Editores
Lima – 2006

**DERECHO Y ECONOMÍA. El análisis económico de las instuciones legales**
Alfredo Bullard González
Primera edición, agosto 2003
Segunda edición, julio 2006

*Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso de su autor.*

© Copyright : ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ
© Copyright 2006 : PALESTRA EDITORES S.A.C.
Jr. Ica 435 Of. 201 - Lima 1 - Perú
Telf. (511) 426-1363 / Telefax: (511) 427-1025
E-mail: palestra@palestraeditores.com
Website: www.palestraeditores.com

**HECHO EL DEPÓSITO QUE ORDENA LA LEY**
Cert N.º

ISBN:

Tiraje: 1000 ejemplares

*Impreso en el Perú* *Printed in Peru*

A Daniela, Micaela, Inés y Alfredo,
por darle sentido a todo lo que hago.

«Todos somos ignorantes, sólo que en distintos temas...»
*Albert Einstein*

# Índice

Índice .....
Prologo .....
Prefacio segunda edición .....
Prefacio primera edición .....

PARTE I
INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

1. El análisis económico del derecho .....
2. Viendo más allá del expediente. Los efectos de los fallos judiciales a partir del análisis económico del derecho .....
3. Esquizofrenia Jurídica. El Impacto del análisis económico del derecho en el Perú .....
4. Ronald Coase y el Sistema Jurídico .....

PARTE II
EL SISTEMA DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL

1. Sobre el Código Civil y los dinosaurios .....

PARTE III

PROPIEDAD Y TITULARIDADES

1. Un mundo sin propiedad. ¿Por qué algunos deben excluir a los otros? .....
2. Los Sistemas de Transferencia de Propiedad y la Propiedad Inconclusa .....
3. Reivindicando a los piratas ¿Es la propiedad intelectual un robo? .....
4. No se lo digas a nadie. La privacidad como titularidad .....

PARTE IV

CONTRATACIÓN

1. Contrato e intercambio económico .....
2. ¿Qué puede ser objeto de un contrato? Sobre alquileres de vientres, madres sustitutas, prostitución, pornografía, drogas y otros postres .....
3. ¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría del incumplimiento eficiente .....
4. ¿Hay algo imprevisible? La excesiva onerosidad y la impracticabilidad comercial .....
5. La parábola del mal samaritano. La lesión en el derecho de contratos .....
6. De acuerdo en que no estamos de acuerdo. Análisis económico de la interpretación contractual .....
7. Cuando la gente se equivoca. La asimetría y los defectos de información en la contratación .....
8. El derecho a equivocarse. La contratación en masa y la protección al consumidor .....
9. La fábula de los tres chanchitos. La seguridad en Internet y los nuevos paradigmas contractuales .....

PARTE V

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

1. El sistema de responsabilidad civil extracontractual .....
2. Responsabilidad civil y subdesarrollo .....
3. Causalidad .....

4. Cuando las cosas hablan. El *res ipsa loquitor* y la carga de la prueba en la Responsabilidad Civil .....
5. ¿Cómo vestir un santo sin desvestir a otro? La responsabilidad limitada de las sociedades y los accidentes .....

PARTE VI
SISTEMA DEMOCRATICO Y LIBRE MERCADO.

1. El mercado político y el mercado económico .....

PARTE VII
REGULACIÓN Y LIBRE COMPETENCIA.

1. Ente regulador y agencia de Competencia: ¿son la misma cosa?
2. Las políticas de competencia: ¿Por qué y para qué? .....
3. La Regulación constitucional de los monopolios y las políticas de competencia .....
4. ¿Debe preocuparnos el tamaño? El abuso de posición de dominio .....
5. Cuando concertar es malo: prácticas restrictivas de la competencia .....
6. Las restricciones verticales: convenios de exclusividad y el caso de los precios sugeridos .....
7. El abogado del diablo .....

Índice temático .....

# Prólogo

A mediados del S. XVII, es decir, hace casi 350 años, un hombre particularmente perspicaz y lúcido escribía como prefacio de un libro: «Lector, te prometo aquí algunas cosas que, por el hecho de ser comúnmente prometidas, no parecen merecer mayor atención y las coloco ante tus ojos para que consideres la dignidad y el provecho de la materia tratada o el motivo honesto y el buen consejo para emprender esta tarea o, por último, la modestia del Autor»[1]. Su propósito era describir la forma como se organiza la sociedad humana; y lo hace de tal manera que aún hoy en día, después de los cambios fundamentales que se han producido en la vida de los hombres en los últimos siglos y aún más espectacularmente en las últimas décadas, sus palabras todavía nos ilustran sobre la forma y las razones de que los hombres se organicen constituyendo un Estado y dándose un Derecho. Este personaje singular que como un vigía avezado otea el horizonte de los siglos y da aviso de lo que ve a las generaciones futuras es Thomas Hobbes, cuya relectura atenta nos abre cada vez nuevas y fructíferas perspectivas.

---

1. De Cive. *Philosophicall Rudiments Concerning Government and Society*. Or, A Dissertation Concerning Man in his severall habitudes and respects, as the Member of a Society, first Secular, and than Sacred. Containing The Elements of Civil Politic in the Agreement which it hath both with Naturall and Divine Lawes. In which is demonstrated, Both what the Origine of Justice is, and wherein the Essence of Christian Religion doth consist. Together with The Nature, Limits and Qualifications both of Regiment and Subjection. By Thomas Hobbes. London, Printed by J.C. for R. Royston, at the Angel in Ivie-Lane.1651. Prefacio.

El camino que recorre HOBBES para llegar hasta la organización de la sociedad comienza con una Psicología, sigue con una Sociología para terminar en una Política y un Derecho. Nos dice que para comprender la sociedad es necesario «entender perfectamente cuál es la naturaleza humana, en qué es apta o inepta para constituir un Estado y cómo los hombres deben ponerse de acuerdo si quieren vivir dentro de un Estado con fundamentos sólidos»[2].

Para HOBBES, el hombre natural actúa en función de sus apetitos que lo atraen hacia ciertos bienes y circunstancias y de sus aversiones que lo alejan de otros. El apetito fundamental es el deseo de obtener cada vez más poder. Pero debemos tener mucho cuidado con este término. No se trata de meramente de un poder político. HOBBES se refiere al poder como *dynamos*, como capacidad, como posibilidad de acción. En este sentido, el poder es la condición de la libertad: no es posible ser libre si no se tiene capacidad de acción respecto de cada una de las alternativas. No puedo decir que tengo la libertad de escoger entre irme en este momento a la Luna o no, porque no tengo poder (capacidad) de irme a la Luna. La libertad supone siempre información y capacidad. En este sentido, la búsqueda de mayor poder significa la búsqueda de mayores esferas de libertad, de una libertad más plena. Varios siglos más tarde, NIETZSCHE, que fue indudablemente un gran lector de HOBBES, retoma esta idea cuando afirma que el más importante y esencial apetito del hombre es su voluntad de poder, que recibe el nombre de libertad[3]. Dentro de este orden de ideas, el hombre tendrá apetito por la inteligencia, el saber, la salud, la riqueza, etc.; y tendrá aversión contra la estupidez, contra la ignorancia, contra la enfermedad, contra la pobreza, etc[4]. Porque la realización de todos esos apetitos le dan más poder, más capacidad de elección sobre lo que hará con su vida; en cambio, todas esas aversiones se refieren a situaciones o hechos que implican un recorte de poder, una reducción de la capacidad de acción. NIETZSCHE plantea algo semejante: «Todo lo que sucede y toda intención se pueden reducir a la intención de aumentar el poderío»[5]; y agrega: «La voluntad de acumular fuerzas es algo indispensable para el fenómeno de la vida, para la nutrición, la generación, la herencia, para la sociedad, el Estado, las costumbres, la autoridad»[6].

---

2. Loc. cit.

3. NIETZSCHE, Friedrich. *La voluntad de poderío,* N.° 716.

4. HOBBES, Thomas. *Leviathan, or the Matter, Forme, and Power of a Common Wealth Eclesiasticall and Civil*. Año 1651. Parte primera, cap. XIV, párraf. 1.

5. *Ibídem*. N.° 655.

6. *Ibídem*. N.° 682.

Esta perspectiva de HOBBES —que puede inquietar a algunas personas moralmente escrupulosas— ha sido empañada por una leyenda negra que se ha construido sobre ella. Así es frecuente escuchar que HOBBES concibe al hombre como un ser egoísta, desconsiderado, materialista, amoral, que se encuentra siempre en guerra con todo el mundo por lograr más poder. Sin embargo, nada está más lejos del pensamiento hobbesiano. Porque el hombre sería así, dice HOBBES, si no tuviera una facultad adicional que precisamente se encarga de crear un orden y de liberar a la humanidad de Leviatán, es decir, del caos. Y esa facultad es la razón. Por consiguiente, el mundo hobbesiano no está poblado de monstruos egoístas que persiguen ciegamente su interés aplastando a quien se encuentre en su camino sino de seres racionales que tienen ciertos objetivos individuales y que para lograrlos se organizan en un orden. Sin ese orden, decía HOBBES, la libertad (el apetito de poder) se encuentra perjudicada porque al tratar todos a la vez de conseguir la mismas cosas terminan simplemente peleando al más bajo nivel y, lejos de aumentar sus posibilidades de elección, éstas disminuyen. Si dejamos actuar a la libertad sin ningún tipo de regulación «no habrá propiedad, no habrá dominio, no habrá distinción entre lo tuyo y lo mío»[7]. Y en tal condición, agrega «no hay lugar para la industria porque no se tiene seguridad sobre el fruto del trabajo; y, consecuentemente, no hay cultura […]; no hay conocimiento sobre la faz de la tierra; no hay una toma de conciencia del tiempo; no hay artes; no hay letras; y, lo que es peor de todo, hay solamente miedo permanente y peligro de muerte violenta; y la vida del hombre es solitaria, pobre, sucia, brutal y corta»[8]. Paradójicamente, entonces, la regulación y el orden no recorta la libertad y la capacidad sino que más bien la libera de trabas y la posibilita a niveles superiores de la acción humana.

Ahora bien, ¿en qué consiste esa razón que lleva al hombre a organizarse para ser más libre? No es ciertamente una razón moralista que equivaldría a un instrumento para llegar a comprender valores superiores y permanentes, cuyo establecimiento es ajeno a la actividad de cada individuo. Los individuos definen siempre su propio bien. La razón es, entonces, como la denomina HOBBES de manera muy precisa, una «facultad de cálculo». La razón no le dice al hombre lo que debe buscar sino cómo lo puede buscar, cuál es la forma más eficiente para lograr lo que quiere, cuáles son los mejores caminos para realizar sus intereses en medio de esa lucha competitiva —aunque organizada para que no desborde acabando con la pro-

7. HOBBES. *Leviathan*. Parte primera, cap. XIII, párraf. 13.

8. HOBBES. *Leviathan*. Parte primera, cap. XIII, párraf. 9.

pia libertad— que es la sociedad humana: la razón le permite al hombre «calcular» la forma de lograr sus propios objetivos.

Notemos qué importante es este planteamiento y cómo puede ser perfectamente traducido en términos de mercado y de análisis económico del Derecho. Ciertamente, HOBBES no supo lo que era el mercado, ya que vivió ciento cincuenta años antes de Adam SMITH. Pero no cabe duda de que lo intuyó, lo olfateó, lo percibió a la distancia y es así como desarrolló una teoría político-jurídica que será precisamente la manera de organizar socialmente el mercado.

En efecto, el análisis económico del Derecho no se funda en una idea utópica del Derecho ni de la sociedad a la que sirve. Sus análisis no se orientan a cómo hacer más «buenos» a los hombres sino simplemente a determinar cómo pueden lograr mejor sus propias aspiraciones y deseos sin perturbarse unos a otros sino más bien convirtiendo la lucha interindividual en una libre competencia productiva. En última instancia, el análisis económico usa la razón como lo señalaba HOBBES, es decir, como una facultad de cálculo para determinar la mejor opción individual o social: cuánto es el costo, cuánto es el beneficio de cada alternativa. En otras palabras, dentro de la línea de HOBBES, el análisis económico parte del supuesto de que las personas son siempre maximizadores racionales de sus satisfacciones[9].

Como lo indica Alfredo BULLARD en uno de los textos que constituyen el libro, el análisis económico nace simultáneamente pero independientemente en dos universidades norteamericanas diferentes, en Chicago y en Yale, con Ronald COASE y con Guido CALABRESI respectivamente. Sin embargo, no cabe duda de que el origen profundo de esta visión de la sociedad se encuentra en HOBBES —«padre de todo lo moderno»— y la idea ha sido alimentada por diferentes contribuciones a lo largo de la Historia, como el utilitarismo de Jeremy BENTHAM, la teoría del *bad man* de Oliver Wendell HOLMES quien decía que para saber lo que es el Derecho había que ver las normas como un hombre sin escrúpulos morales: léase, como un hombre de negocios moderno que piensa en términos de costo/beneficio; y todos somos en ese sentido hombres de negocios, en mayor o menor grado, porque hemos sido modelados en esta forma por nuestro entorno de modernidad. En otras palabras el procedimiento para encontrar el Derecho y sólo el Derecho, es colocar las relaciones humanas en un baño de ácido cínico; lo que permanece a pesar de la corrosión es lo que la gente está dispuesta a aceptar como Derecho y a cumplir sus normas.

---

9. POSNER, Richard A. *The Economics of Justice,* 2ª ed., Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1983, p. 1.

Lamentablemente, al abogado le cuesta mucho aceptar este tipo de análisis porque ha estado acostumbrado a una manera moralista de pensar y, lo que es más grave, se ha creído el sacerdote que cuida y aplica esa moral y el guerrero que la impone contra todo y contra todos. Cuando le dicen que la moral la define cada individuo y que el Derecho se limita a permitir precisamente que cada uno decida lo que es su propio bien y a que pueda lograrlo, los abogados se rasgan las vestiduras y claman blasfemia. BULLARD denuncia la dictadura de los abogados. Saber es poder y el saber jurídico puede alcanzar niveles peligrosísimos de poder por cuanto está respaldado por el *ius imperium*, es decir, por la amenaza de un mal mayor. Sin embargo, pienso que, en muchos casos, se trata simplemente de una dictadura «chicha», pero no por ello menos perversa. BULLARD hace una pintura de esos abogados burdamente dogmáticos, que intentan dominar la discusión con una frase hecha, con una palabra incomprensible para quienes no forman parte del círculo esotérico de pretendidos juristas o con un latinajo que los propios abogados no comprenden.

Sin embargo, como lo demuestra este libro, los abogados tenemos mucho que aprender del análisis económico del Derecho. En el fondo, el Derecho es un orden de repartos y de intercambios. Dado, de un lado, ese apetito de ejercer lo más ampliamente su libertad que tiene todo hombre y, de otro lado, la escasez de los recursos necesarios para lograr ese anhelo, es preciso repartir los bienes existentes, ya sea a través de una organización espacial como en el caso de la propiedad, ya sea a través de una organización temporal como en el caso de los turnos. De esta manera, el Derecho titulariza bienes y turnos. A partir de ahí, esos titulares de tales derechos pueden intercambiarlos; y, en caso de que se tuviera una situación de competencia perfecta, los intercambios lograrían que esos bienes sean aprovechados de la mejor manera posible porque cada actor intercambiaría hasta lograr tener lo que necesita o aspira. Obviamente, este ideal de la asignación plenamente adecuada vía solamente el intercambio privado transparente y libre, es una utopía. Sin embargo, esto no significa que debemos considerarlo falso y descartarlo sino que es como la Estrella Polar que nos guía hacia dónde debemos dirigirnos aunque no la alcancemos nunca. Visto el Derecho así, no cabe duda de que el análisis costo/beneficio puede ser muy fructífero y ayudar a los abogados a transponer la barrera de papel dentro de la que muchas veces viven para acercarse a la realidad.

Notemos bien que no es que la verdad del Derecho haya que buscarla fuera del Derecho, en la Economía; como tampoco es lícito buscar la verdad de la Economía en el Derecho. Leyendo bien a BULLARD encontramos que el Derecho no puede ser pensado en abstracto, lejos de la realidad dentro de la que se da, aislado en medio de las nubes de un paraíso conceptual de los

juristas, como lo llamaba H.L.A. HART[10]: el Derecho no es —no debe ser— una actividad intelectualmente masturbatoria sino un coito con el mundo. De esta manera, el análisis económico nos lleva a poner a prueba las exquisiteces de las entelequias frente a la realidad social en las que deben aplicarse: ¿qué se gana y qué se pierde? ¿cómo se puede obtener una mejor reasignación de recursos para obtener la satisfacción de las necesidades? No se trata de resolver un caso «en justicia» (lo que significa simplemente encarar el asunto como un teorema matemático-legal) sino determinar cuál es el problema real que se presenta ante el Derecho, con todas sus facetas, luego verificar si la solución propuesta por el Derecho realmente satisface, funciona, en la realidad misma: todo se juega en el plano de la realidad —no en la «mente jurídica»— que es de donde surgen los llamados de ayuda al Derecho y donde luego hay que comprobar la efectividad de la ayuda que el Derecho proporciona.

Hay quienes han criticado esta corriente de pensamiento tildándola de «neo-liberal». Esta asimilación no es correcta porque, si bien el análisis económico del Derecho es muy útil desde esa perspectiva político-económica, en realidad es un método, un instrumento, que puede ser utilizado desde muy diversas perspectivas.

Hay también quienes dicen que el análisis económico es inmoral —o amoral— porque sólo ve el costo y beneficio sin tomar en cuenta los principios morales. Pero el Derecho no es el brazo armado de la Moral sino una forma inteligente de lograr un adecuado reparto de bienes y servicios entre todos los miembros de la sociedad. Hemos escuchado voces que sostienen que el Derecho no debe tratar sobre el alquiler de vientres con fines reproductivos porque eso es algo absolutamente inmoral y no hay que darle cabida ni facilitarlo en forma alguna. Pero si el alquiler de vientres se lleva a cabo y nace un niño, éste no puede ser considerado nulo porque surge de una relación sin objeto lícito. Por consiguiente, esta situación no debe dejar de regularse porque tenemos que decidir sobre la situación legal de ese niño: qué apellido llevará, a quién podrá reclamarle alimentos, a quién heredará, en una palabra, quiénes son sus padres legales. Abstenerse de legislar o de tratar jurídicamente estos aspectos inmorales es una cucufatería que sólo conduce al caos y a mayor injusticia, ergo, a mayor inmoralidad[11].

---

10. HART, H.L.A. *The concept of Law*. At Clarendon Press, Oxford, 1962, p. 127.

11. Cf. DE TRAZEGNIES, Fernando. «Ética y Derecho». En: *Pensando insolentemente. Tres perspectivas académicas sobre el Derecho seguidas de otras insolencias jurídicas*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001.

Otros han sostenido que aplicar el análisis de costo/beneficio y las tesis de PARETO al estudio del Derecho es darle un carácter materialista al orden jurídico, olvidándose de los valores eternos, especialmente de la Justicia. Sin embargo, esta crítica tampoco parece ser correcta. Las opciones que debe decidir el Derecho no se miden únicamente en soles o en dólares, no estamos simplemente ante alternativas monetarias, económicas en el sentido estricto. Una parte muy importante del mundo real —¡qué duda cabe!— es la economía. Pero es preciso considerar también qué ganamos y qué perdemos realmente en términos de valores en conflicto. Este método nos hace ver quizá ciertas opciones trágicas que realizamos todos los días y que sin embargo no reparamos en que son elecciones nuestras y en que el resultado implica necesariamente algunas tragedias. Por ejemplo, es inevitable que, aun cuando se adopten las mayores precauciones de tránsito y la mayor severidad en las penas contra los infractores, cada año se producirá un número irreducible de muertos por accidentes. Si el control de la autoridad y la cultura cívica de los automovilistas aumenta, es posible que el número disminuya; pero nunca lograremos tener un riesgo cero. Claro está, habría una forma de llegar a suprimir todos los muertos: prohibiendo la circulación automotriz. Pero frente a una tal propuesta todos reaccionaríamos indignados aduciendo las ventajas de los automóviles y otros medios de transporte. Por consiguiente, nos guste o no, todos estamos escogiendo por los muertos: aunque hayan muertos, preferimos tener las comodidades del transporte automotor y todos somos responsables de tales muertes: hemos hecho un análisis costo/beneficio y hemos llegado a la conclusión de que las ventajas de la velocidad valen más que unas cuantas vidas humanas que serán necesariamente sacrificadas en aras de la modernidad. Es duro, no queremos verlo así. Preferimos hablar de la responsabilidad extracontractual, de la culpa y del riesgo. Pero es así. Y eso sólo lo advertimos cuando miramos más allá del expediente judicial, más allá de la letra de las normas, más allá de los brillantes desarrollos doctrinarios de los juristas, y aplicamos un análisis según el método económico. Es en ese sentido que Ronald COASE habla de la equiparidad entre un mercado de bienes y un mercado de valores: en ambos casos hay competencia entre intereses o estimaciones contradictorios y en ambos casos la verdad no es estática, dogmática, sino que se alcanza dinámicamente —y siempre en forma provisional— como resultado de una lucha comparativa.

No cabe duda de que el análisis económico ha tenido una fuerza de ariete que ha hecho caer los portones de la fortaleza del Derecho abstracto. Y eso ha sido positivo. Ha ayudado a pensar el Derecho en una forma más abierta. Y no hay duda también que, en nuestro medio, Alfredo BULLARD ha

sido y continúa siendo uno de los propulsores más entusiastas y más inteligentes de este método provocador de encarar el Derecho.

El análisis económico, como lo practica BULLARD, nos ayuda a quedarnos con los pies en la tierra, a no despegarnos como globos aerostáticos que se entusiasman con las elucubraciones jurídicas y pronto pierden de vista el suelo en el que nacieron y donde están destinados a actuar, es decir, donde deben resolver los problemas.

Por ejemplo, en materia de contratos, BULLARD nos explica que los verdaderos problemas que pueden surgir respecto de ellos son dos. De un lado, puede suceder que la voluntad de contratar no sea auténtica y perfectamente informada en una de las partes, lo que significa que esa aparente decisión de la parte no es una verdadera conducta de mercado por cuanto no constituye una demanda real. Ese es el caso de los contratantes incapaces o de aquellos en los que ha intervenido un vicio de la voluntad: error, intimidación, etc. De otro lado, puede surgir en la ejecución del contrato un factor perturbador constituido por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una de las partes, que da lugar a la aparición de costos transaccionales no previstos; costos que distorsionan totalmente la operación real concertada e incluso —cuando tienen efecto masivo— alteran el funcionamiento adecuado del mercado mismo. El Derecho se encarga de evitar hasta donde sea posible esas distorsiones de la operación económica real, estableciendo condiciones para que la voluntad sea vinculante, medios para exigir el cumplimiento y remedios para el caso de que éste no se produzca o se produzca defectuosamente. BULLARD nos aporta en este libro un rico análisis desde la perspectiva del mercado de una gran variedad de situaciones entendidas habitualmente como estrictamente jurídicas: los efectos reales de los fallos judiciales, la relación entre el sistema jurídico de propiedad y el mercado, la privacidad como titularidad, la lesión, la excesiva onerosidad de la prestación, la responsabilidad extracontractual, la libre competencia, el abuso de la posición de dominio, la concertación, etc.

A través de todas estas páginas encontraremos —a diferencia de lo que muchos creen— una moralidad implícita. Pero no es una referencia a valores que transcienden el contrato, es decir, a valores religiosos, filosóficos o políticos que no forman parte de las propuestas recíprocas concretas de las partes, sino más bien a una suerte de moralidad interna del mercado basada de alguna manera en esa «razón que calcula» a la que se refería HOBBES. En el fondo, se trata de que el individuo sea un maximizador de sus deseos individuales, coherente e informado, que comprenda que si no nos sometemos a un cierto orden todos perdemos y que la vida sería bruta, tosca y breve. Esta moral del mercado postula que si consideramos el mer-

cado como el mejor sistema para maximizar nuestros intereses, tenemos que salvar al mercado de los propios deseos maximizadores.

Esto nos lleva a su vez a desarrollar una cultura de mercado que nos haga internalizar la idea de que es necesario calcular la mejor forma de realizar nuestros objetivos propios; y ese cálculo nos dice que para lograr mejor tales objetivos individuales tenemos que crear una sociedad que limite de alguna manera nuestro poder o capacidad de acción. Lo «privado salvaje», que busca simplemente en forma alocada los objetivos individuales, se engaña creyendo que actuando sin referencia alguna obtendrá un beneficio por encima de los otros; en realidad, termina creando una pérdida o una situación insatisfactoria para todos. Un ejemplo muy claro de este comportamiento primitivo y salvaje es la llamada «criollada», cuyos efectos nocivos los podemos comprobar diariamente en las calles de Lima. Un semáforo se malogra y todos intentan pasar a la vez, produciendo un atoro mayúsculo de tránsito. No falta el «vivo» o «criollo» que piensa que los demás son unos estúpidos y que él, como es más listo, logrará pasar metiéndose por la berma lateral y cubriendo de tierra a todos los automovilistas que esperan su turno. Por supuesto, ése tampoco pasa y congestiona aún más el crucero. Finalmente, un ómnibus de masiva prepotencia, amenazando abollar a todos los carros vecinos logra penetrar en el atoro hasta el corazón del mismo. Pero ahí queda detenido por otro ómnibus que venía en la otra dirección y que pretendía hacer lo mismo. A partir de ese momento, nadie pasa y sólo se puede ver delante el muro que forman los dos ómnibus cerrando todas las bocacalles. ¡Cuánto mejor hubiera sido si los automovilistas, sin necesidad de coerción ni de policía alguno, aplicando solamente su facultad de cálculo hobbesiano, habrían decidido pasar de uno en uno alternativamente cada lado, reprimiendo sus instintos «criollos»y no dejando aflorar su incivilizada prepotencia! Todos habrían atravesado el crucero con mucho mayor rapidez, reduciendo la espera al mínimo.

BULLARD dice que esa cultura de mercado implica no solamente privatizar lo público sino también hacer auténticamente privado lo que es privado. Y auténticamente significa que lo privado se entienda en todas sus dimensiones: no sólo como apetito de libertad sino también como razón que calcula cómo lograr las mejores combinaciones de libertad. De esta manera, las personas deben comprender que pasarse un semáforo es malo; pero que es malo no por un valor moral que nos es impuesto desde fuera sino porque nuestra razón nos dice que reprimir esa conducta es algo positivo desde el punto de vista de nuestra propia conveniencia. Nuevamente encontramos aquí el análisis costo/beneficio.

No puedo dejar de decir unas palabras sobre el estilo de Alfredo BULLARD. Algo verdaderamente admirable en sus escritos es que rebosan

de imaginación y de humor. Basta con leer los títulos de los trabajos que conforman este libro para advertir ese pensamiento suelto, libre, desenfadado, de BULLARD: la esquizofrenia jurídica, no se lo digas a nadie, la parábola del mal samaritano, el derecho a equivocarse, la fábula de los tres chanchitos, cómo vestir un santo sin desvestir otro, votando por refrigeradoras y comprando congresistas y otros similares, encierran al mismo tiempo una burla y una promesa. Imaginamos al autor, con un esbozo de sonrisa guasona para quienes se van a escandalizar con sus propuestas, lanzando al aire comentarios irreverentes, atrevidos, que abren puertas insospechadas y nos llevan por espacios no recorridos.

Todavía hace pocos años nos decían a los que comenzábamos entonces a estudiar Derecho que nunca perdiéramos de vista que se trataba de una disciplina seria, rigurosa, donde sólo la razón contaba y era preciso descartar la imaginación que sólo servía para hacer literatura. Gracias a trabajos como los de BULLARD, esa opinión está perdiendo sitio y cada vez más se reconoce que sin imaginación no hay progreso en ningún campo. Es hora de que se comprenda que la imaginación y el humor son signos de inteligencia; y que la inteligencia, no simplemente como instrumento exegético sino sobre todo como facultad crítica y creativa, es indispensable en el Derecho.

Fernando DE TRAZEGNIES

# Prefacio a la segunda edición

Cuando en el año 2003 apareció la primera edición de este libro no me imaginé que en tan poco tiempo Pedro GRÁNDEZ, en representación de Palestra, me estaría pidiendo que preparara una segunda edición. Aún no se había agotado la primera impresión cuando Pedro ya estaba pidiéndome que evaluara revisar y complementar la obra. Sin embargo, luego de su pedido inicial se han dado dos reimpresiones de la primera edición.

El pedido inicial de preparar una segunda edición nació de la inquietud de Palestra de incluir una bibliografía (que en la nueva obra viene desagregada en cada sección) y un índice temático que permitiera al lector navegar con más facilidad por el libro y encontrar los temas de su interés. A ello se sumó el rápido cambio de la jurisprudencia de INDECOPI y del Tribunal Constitucional en varios aspectos, que exigían una actualización que evitara que el trabajo perdiera vigencia, en especial en los temas de contratación masiva y normas de libre competencia.

Pero el esfuerzo y el tiempo separado para hacer esos cambios me permitieron introducir algunas modificaciones adicionales que nos llevan a una obra distinta en cantidad y calidad.

Si bien la primera edición tenía una cierta organicidad, no dejaba de mostrar una serie de vacíos en varios temas. He tratado de darle a esta nueva edición un tratamiento más orgánico, llenando vacíos y organizando más su contenido. Hoy puede decirse que cada sección contiene un marco general más completo y omnicomprensivo, más allá de los temas particulares que se recogen. Varios de los capítulos tienen cambios sustanciales y en ocasiones

han sido reestructurados de manera radical, al punto de poder ser considerados como casi totalmente nuevos. En adición a ello se han incluido nuevos capítulos con nuevos temas no tratados en la edición anterior.

Los cambios atraviesan todas las secciones y capítulos, pero debo mencionar algunos que destacan por su importancia.

En la sección III sobre propiedad y titularidades el análisis de los sistemas de transferencia de propiedad es profundizado y perfeccionado. Además se ha añadido un capítulo que trata el difícil tema de la propiedad intelectual y su función económica.

En la sección IV, sobre contratación, los cambios son aún más profundos. Los más notorios son la inclusión de un capítulo completo sobre interpretación contractual, la revisión sustancial del capitulo de asimetría informativa y error que tiene un tratamiento más amplio que trasciende el tema del dolo omisivo para incorporar el análisis de la teoría del error, y una revisión integral del capítulo referido a contratación masiva, reflejando los aportes de la reciente jurisprudencia del INDECOPI y del Tribunal Constitucional en los temas de protección al consumidor.

En la sección V sobre responsabilidad civil extracontractual se propone en los dos primeros capítulos ajustes y precisiones al marco general y se añade un capítulo completo sobre la prueba en la responsabilidad y el principio *res ipsa loquitor.*

Finalmente en la sección VII sobre regulación y libre competencia todos los capítulos han experimentado cambios importantes, motivados principalmente por los cambios jurisprudenciales del INDECOPI y recientes decisiones del Tribunal Constitucional sobre el tratamiento de prácticas contrarias a la libre competencia. En el capítulo sobre regulación y competencia se han incluido los últimos pronunciamientos jurisprudenciales y un análisis más completo sobre las competencias del INDECOPI y los reguladores y cómo resolver los conflictos que surjan entre ellos. En el capítulo de la regulación constitucional de los monopolios se ha incorporado un análisis de alguna jurisprudencia constitucional y la visión que tiene el Tribunal sobre el problema de los monopolios. De manera similar los capítulos siguientes, referidos a abuso de posición de dominio, prácticas restrictivas y prácticas verticales, han incorporado lo dicho por la jurisprudencia del INDECOPI. Finalmente, se ha añadido un nuevo capítulo que analiza el abuso de procedimientos legales y administrativos como restricciones a la libre competencia.

No me corresponde pronunciarme sobre la mayor o menor calidad de la nueva edición. Pero sí puedo referirme a un aspecto objetivamente verificable: el volumen. La nueva edición ha crecido cerca del 60% en número

de páginas (alrededor de 500 nuevas páginas) pasando de 840 a cerca de 1300 páginas. El crecimiento se debe no solo a los nuevos capítulos, sino a la incorporación de nuevos temas y la reestructuración integral en los capítulos existentes en la primera edición.

¿Qué ha ocurrido con el Análisis Económico del Derecho (AED) en los últimos 3 años? Pues mucho. La evolución del libro obedece a la propia evolución del AED en los últimos tres años. Nuevos temas han entrado en discusión y la dialéctica entre el Derecho y la Economía ha sido especialmente fértil. Las respuestas al progreso del AED no se han hecho esperar. Siguen habiendo quienes contestan con todo calibre de argumentos, desde furibundas rabietas hasta esquemas más pensados y reflexivos. Destaca entre las respuestas la publicación de un libro tratando de cuestionar el AED, anunciando que ya le están haciendo la autopsia.[1] Sin embargo, creo que se hace una autopsia cuando el cuerpo del AED está más sano y fuerte que nunca. En realidad es una biopsia. Las respuestas al AED no son otra cosa que la confirmación del avance. El AED ya no es una novedad. Es una realidad en el mundo de la academia jurídica peruana, y es una realidad que ha venido para quedarse.

Los abogados solemos caer en el fácil error de creer que la Ley lo puede todo. Olvidamos que la Ley sólo puede usar coacción para modificar la conducta humana. Pero la Ley no puede cambiar el curso natural de las cosas.

Si mañana se decidiera derogar la Ley de la Gravedad las cosas no se elevarían por los aires, mágicamente, por la simple publicación de la norma en El Peruano. De la misma manera, las leyes económicas tampoco pueden ser cambiadas ordenándole a la economía que no les haga caso. Si la Ley trata de ordenar que los precios bajen en contra de las condiciones de oferta y demanda, o tendremos mercado negro, o escasez, o, lo más probable, ambas cosas al mismo tiempo.

Si la Ley ordenara que las empresas inviertan más se logrará exactamente lo contrario, porque los inversionistas se irán con su plata a otro lado. Si la Ley ordena a los consumidores que compren los productos nacionales más caros en lugar de los extranjeros más baratos, sólo generaremos contrabando.

El despistado ciudadano que salta de un puente confiando que la Ley de la Gravedad ha sido derogada por una Ley propuesta por algún alocado Congresista y aprobada por el pleno del Congreso, sufrirá los costos de

---

1. CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ *Analizando el Análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2004.

desafiar lo que no se puede derogar. El precio que pagará es el de estamparse contra el suelo. Y lo mismo ocurrirá con cualquier ciudadano que crea que puede cambiar el rumbo de lo que las leyes económicas indican. Sólo generará costos para sí y para otros. El AED ha llegado para recordarnos cómo son las cosas, y que es bueno entender las órdenes naturales para saber cuáles son los límites que tiene la Ley.

Nuestro sistema legal nos ofrece un catálogo inmensamente rico (en realidad apabullantemente pobre) de tamaños despropósitos. Poner salvaguardas para proteger a los industriales sólo llevará a que los consumidores peruanos estén peor, se incentive el contrabando y la aparición de «nuevas Chinas» (como Malasia), que al tener precios más competitivos serán preferidos sobre los productos peruanos que no pueden convencernos que son mejores y más baratos. El creer que limitar la inversión extranjera en los canales de televisión y radios va a generar una «televisión más nacional» es olvidar que la tecnología convierte esas supuestas barreras en ridículas, mientras cada vez más peruanos tienen televisión por cable, satelital o acceso a Internet. Creer que es bueno obligar a que la Copa América se pase por el canal nacional para que la vean más peruanos es olvidar que nadie puede apropiarse de lo ajeno sin pagar las consecuencias ¿Quién va a querer comprar los derechos para los futuros campeonatos si al Presidente de turno le va a dar la gana de convertirlos en bienes públicos? No se va a generar más bienestar a los consumidores declarando que los precios de los bienes y servicios son, a criterio del funcionario de turno, muy altos o abusivos. Sólo se conseguirá que el mercado carezca de las señales para que funcione eficientemente. No se va a generar más empleo dando más estabilidad o aumentando los costos del despido. El mercado responderá con subempleo o desempleo o, simplemente, un crecimiento acelerado del sector informal.

Como no se puede engañar a las leyes físicas, no se puede engañar a las leyes económicas. Podemos estrellarnos contra ellas y sufrir las consecuencias de desafiarlas. Podemos quedarnos capturados en la ilusión que podemos usar la coacción para ir contra la corriente. Pero la corriente terminará imponiéndose. No podemos sacarle la vuelta.

Lo peor de todo es que para vencer a la corriente el Estado aumenta regulaciones, y para financiar su «nado contra la corriente» requiere de más recursos y para obtenerlos nos sube los impuestos. Gran parte de la absurda carga tributaria que soportamos proviene del terco propósito (en realidad despropósito) de ir contra las leyes económicas. De la misma manera que nadar contra la corriente desgasta nuestro físico, ir contra la economía desgasta a un país. Consume recursos inútilmente, desincentiva que las cosas funcionen como deberían, genera la sensación de un Estado inca-

paz e inefectivo, produce desazón y frustración, traiciona falsas expectativas y nos conduce finalmente al atraso.

Los abogados debemos volvernos más humildes y el Estado comprender que podemos hacer menos de lo que parece. En el fondo las leyes económicas no son sino la conducta de millones de personas actuado en un sentido lógico, enfrentando muchas veces a un derecho que aparece débil frente a la voluntad de la masa. En ese sentido no es la Ley la que nos va a hacer más pobres o más ricos. No son los mandatos de la Ley lo que va a generar inversión o desarrollo. Cuando la Ley es comprendida como una herramienta para proteger la libertad antes que para restringirla, recién entendemos que solo la Ley que acompaña a la economía funciona bien, la otra es un simple engaña muchachos, un engaña muchachos muy costoso. El AED nos trae un mensaje de humildad. Es un recuerdo que la Ley (y por tanto los abogados) no lo pueden todo, y que el mundo real suele ser más poderoso que la pluma del abogado o la voluntad del legislador o del juez.

Esto no quiere decir que la Ley y la Economía deben recorrer caminos diferentes. Sin Ley no hay economía que funcione. Corresponde a la Ley definir las reglas básicas de la interacción humana, definir los derechos y titularidades, permitir que las mismas se intercambien y corregir aquellos problemas que las decisiones individuales y autónomas no puedan corregir. Pero es un Derecho que acompaña a la libertad, no que la niega y contradice, pues en el fondo es contradecir la voluntad de millones. El AED nos ayuda a definir cómo debe darse esa compañía.

No puedo dejar de agradecer a todas y cada una de las personas a las que agradecí en el prefacio original del libro y que fueron piezas centrales tanto en su elaboración primigenia como en esta actualización. Por eso debe entenderse aquí reiterado el agradecimiento. Sin embargo, quiero mencionar a un grupo de personas especiales y sin las cuales nada hubiera sido posible (y por nada me refiero no solo a no tener este libro, sino a no tener todas las oportunidades que la vida me ha dado). En particular me refiero a mis padres, Alfredo y René que nunca cejan en su esfuerzo de entusiasmarme con la vida y con todo lo que hago. A mis hijos Daniela, Micaela, Inés y Alfredo, por sentirse todo el tiempo parte de mis proyectos. Y a mis socios Alejandro y Huáscar, que sacrifican su propio tiempo y esfuerzo en el trabajo (e incluso en su vida personal) para abrirme espacios que me permiten escribir y compartir mis ideas que, en muchos casos son meros actos de piratería de ideas de ellos, redimidos solo por su profunda amistad. Y a Pedro GRÁNDEZ agradecerle su insistencia para actualizar la obra. Sin ella esto no sería más que una nueva reimpresión.

A ellos debo sumar nuevos nombres de personas que contribuyeron en los últimos tiempos con ideas y apoyo a hacer esto posible. En particular me refiero a Juan José Ruda, Chistian Chávez, Ursula Ruesta, Gisella Domeq, Mariela Pérez Costa, Isabel Lira, Mario Drago, Susana Watson y Carmen Fernández.

Las segundas ediciones tienen su lado bueno y su lado malo. El lado bueno es que muestran que las ideas cambian y que uno es capaz de cambiar con ellas. Refrescan el pensamiento y nos ayudan a escapar de la falsa percepción que una vez escritas, las ideas son inmutables y eternas. Lo malo es que una vez que uno se siente satisfecho con la labor cumplida, las segundas invitan a la tercera edición. Finalmente, si las ideas siguen cambiando (y sin duda lo harán) la segunda edición es un compromiso a seguir respondiendo al reto del cambio con una tercera. Y así hasta el infinito. La vieja frase de que antes de morir hay que sembrar un árbol, escribir un libro y tener un hijo tiene algo más de contenido del que aparece a primera vista. Cuando uno siembra un árbol, tiene que cuidarlo y regarlo para verlo crecer. Cuando tiene un hijo hay que formarlo y cuidarlo también para verlo crecer. Recién ahora caigo en la cuenta que al escribir un libro la actividad no se agota. Ahora hay que cuidarlo y reescribirlo para verlo crecer. Como los árboles y los hijos, los libros toman vida propia. Y es una vida que se debe a sus lectores. Por eso mi mayor agradecimiento es a usted, que al leer mi libro le da vida y lo hace crecer.

El autor

# Prefacio a la primera edición

En la era de Stalin un director de una orquesta en la antigua Unión Soviética se dirigía en un tren a dar un concierto. Mientras lo hacía se pudo a revisar una partitura de la música que iba a ejecutar la orquesta.

Dos agente de la KGB lo vieron leyendo e, ignorantes en música, creyendo que la partitura era algún tipo de código secreto, lo arrestaron por espionaje. El director señaló que solo se trataba del Concierto para Violín de Tchaikovsky. De nada sirvieron sus reclamos. Fue conducido a la dependencia correspondiente para ser interrogado.

Al segundo día de su interrogatorio uno de los oficiales entró con cara amenazante y le dijo: «Es mejor que desembuches y nos digas todo. Hemos atrapado a tu amigo Tchaikovsky y está confesando todo lo que sabe.»[1].

La anécdota me hace recordar el encuentro del Derecho con otras ramas del conocimiento. Es que el Derecho se puede convertir en una dictadura intelectual en la que ideas, muchas veces incompletas o equivocadas, terminan imponiéndose sobre otras, no por sus méritos, sino por que son obligatorias.

Los oficiales de la KGB tenían algo que el Derecho da a los abogados: poder. De hecho ninguna rama del conocimiento tiene tanta capacidad para convertir ideas en poder. Muchas veces las decisiones legales se toman al

---

1. Anécdota relatada en el libro *Thinking Strategically*. DIXIT, Avinash K. y Barry J. NALEBUFF, p. 11.

margen de otros conocimientos que ayudarían a decidir mejor, convirtiendo al Derecho en el ocupante de un compartimento estanco, alejado de la realidad y de la vida diaria. Si los oficiales de nuestra anécdota hubieran tenido conocimientos rudimentarios de música hubieran notado la estupidez de detener al director de orquesta. Es más; hubieran evitado el ridículo de hablar de un inexistente Tchaikovsky que, supuestamente, estaba confesando un acto de espionaje en la sala de al lado.

Una explicación similar puede encontrarse en el odio y reticencia que la gente le tiene a discutir con abogados. En el calor de la discusión, siempre el abogado sale con una frase hecha, con una palabra incomprensible o simplemente con un «latinazgo», que muchas veces refleja ignorancia antes que conocimiento. Entonces, el abogado suena arrogante. Pero además, en ese mismo calor de la discusión, el abogado suelta una opinión sobre algo que no conoce en la falsa creencia que el Derecho le da respuestas a todo y simplemente «mete la pata». Entonces el abogado suena a ignorante. Y, finalmente, el abogado comunica su decisión, aquella que refleja como cree que son las cosas, y la impone porque finalmente él esta entrenado, por sobre el resto de los mortales, para usar algo que las demás ramas del conocimiento no tienen: el *ius imperium*; es decir, la facultad coactiva del Estado[2]. Entonces suena abusivo.

Así, como los oficiales stalinistas, el Derecho suena arrogante, ignorante y abusivo. Arrogante porque, como el poder dictatorial, se siente con capacidad para controlar todo, tiene complejo de omnipresencia y sus agentes desarrollan una suerte de sensación de imperialismo intelectual. Paul Campos definía esta característica del sistema jurídico calificándolo como un «panóptico anárquico» en el que desde la perspectiva del Derecho, se puede observar y controlar toda conducta humana (como el vigilante en el panóptico puede observar y controlar a todos los prisioneros), sin advertir que sus reglas no hacen sino convertir el supuesto orden de esa prisión en un caos, cuyos resultados son imposibles de predecir[3]. El Derecho parece orden, pero muchas veces es sólo caos organizado.

Suena ignorante porque, en su absurda idea de comprender todo, olvida que hay cosas que escapan a la comprensión de las herramientas que él mismo ha desarrollado. Menosprecia y deja de lado otros conocimientos y otras herramientas conceptuales[4]. No visualiza que hay hipótesis distintas

---

2. Valga la aclaración de que quiere decir *ius imperium* para evitar que por el uso del latinazgo suene arrogante.

3. Campos, Paul F. *Jurismanía. The Madness of American Law* , pp 44-49.

4. Por ejemplo ello se refleja en el odio casi intestino que muchos abogados tienen por los números y las matemáticas.

para explicar muchas cosas. Así, cae en el mismo error de los agentes de la KGB que sólo encuentran como explicación a un conjunto de signos incompresible un código de espías, simplemente por no saber que las partituras musicales existen.

Y finalmente suena abusivo, porque tienen la posibilidad de tomar decisiones e imponerlas. No importa gritar que la partitura es música de Tchaikovsky. La imaginación humana puede convertir a Tchaikovsky en un espía y si esa imaginación está en manos de un agente de la KGB o de un abogado dogmático con *ius imperium* a su alcance, Tchaikovsky será un espía.

Así, los abogados defienden y discuten cosas tan inasibles y absurdas como la diferencia entre dación en pago y novación objetiva, la naturaleza jurídica de la letra de cambio o la causa en el acto jurídico. Y el resultado de esas discusiones muchas veces es norma obligatoria sujeta, increíblemente, a sanciones legales. Así, ninguna presunción es más falaz que aquella que dice que todos conocemos la Ley, no sólo porque no la conocemos en realidad, sino porque conocer la Ley es irrelevante: lo que hay que conocer es cuál de todas las posibles interpretaciones que los abogados pueden descubrir, diseñar o inventar es la que va a primar y, por tanto, se va a exigir que se cumpla.

El derecho no es una ciencia de la verdad, es una ciencia de argumentación. Pertenece más a la rama de la retórica que de la filosofía, y está muy lejos de ser una auténtica ciencia social. No existen verdades jurídicas. Sólo existen esfuerzos por imponer una «verdad» frente a otra. Y como en el Derecho nada es real se pueden crear tantas «verdades» como ideas se le ocurra a un abogado.

Como bien dice Paul CAMPOS, los abogados plantean posiciones y argumentaciones no porque creen que son ciertas, sino porque creen que son jurídicamente efectivas. «Otra forma de verlo es diciendo que la falta de autenticidad es esencial al auténtico pensamiento jurídico. Los abogados prácticos deben mantener un particular estado mental en el que se niegan –de manera auténtica- a reconocer la inautenticidad de sus posiciones. Un abogado debe ser auténticamente inauténtico (...)»[5].

Cuando uno deja al Derecho «suelto en plaza», sin límites ni referentes, éste es capaz, en base a razonamientos circulares, de crear casi cualquier cosa. Finalmente, sus propias decisiones son a la vez su objeto de estudio. Y si puedo cambiar el objeto de estudio a voluntad, cualquier cosa es defendible. Parecería que sólo el contraste con otras ramas del conocimiento, que reflejen herramientas conceptuales más objetivas, puede po-

5. CAMPOS, *Op. cit*, p. 13.

nerle límites al arbitrario «guardián del panóptico». Sólo una forma distinta de pensar podría hacer al Derecho *accountable*.

En los últimos años en el Perú, la Economía ha venido a desafiar el imperialismo intelectual del Derecho. Ha plantado que el Derecho es demasiado importante para dejarlo en manos de los abogados. Ha tratado de poner al Derecho en su contexto, es decir, en su relación con la conducta humana. Las normas no se dan sólo por darlas, sino para que los individuos adopten ciertas conductas. Un jurista que carece de una teoría de la conducta es como un chofer con brevete, pero sin automóvil: en teoría puede manejar, pero no va a llegar a ningún sitio.

Las «reacciones contrarrevolucionarias» de algunos de estos «juristas» no se han hecho esperar, y el Análisis Económico del Derecho ha enfrentado críticas y hasta amenazas de todo tipo. Se le ha acusado desde ser deshumanizante hasta ser una importación intelectual anglosajona y, por tanto, inaplicable en nuestro país. Pero a pesar de ello se ha ido abriendo paso y ha consolidado verdaderas «cabeceras de playa» a partir de las cuales su influencia en la academia, en la gestión pública y en la vida profesional ha sido evidente.

Así como saber música hubiera evitado apariencias soberbias o ignorantes en los oficiales soviéticos, entender economía mejora la imagen de los abogados y enriquece al Derecho mismo. Ayuda a comprender que el Derecho es sólo una, y quizás no la más importante, de las ramas del conocimiento. Permite encontrar explicaciones nuevas para entender problemas antiguos, con lo que no sólo se evitan errores tontos (como confundir una partitura de música con la fórmula de la bomba atómica y a Tchaikovsky con el agente 007), sino que incluso permite encontrar nuevas formas de entender el Derecho mismo. Permite que evitemos caer en la tentación del abuso, porque obliga a encontrar explicaciones racionales (o irracionales) a las decisiones que se toman.

Hay muchas definiciones de economía. Desde la clásica definición que la entiende como la ciencia que estudia el uso de recursos escasos, los economistas han tratado de conceptualizar lo que hacen.

Una de las mejores definiciones de economía que he escuchado es «Ciencia de adivinación del futuro, como la quiromancia o la astrología, pero mucho menos confiable»[6].

Creo que la definición es buena porque recoge la esencia de lo que un economista hace: predecir el futuro, y más concretamente, predecir la con-

---

6. Esa definición me la dio mi profesor y amigo Mario Pasco comentando una definición que yo había dado.

ducta humana. Y la segunda parte de la definición muestra que, a pesar de ser la reina de las ciencias sociales principalmente por el método que ha desarrollado, falla con frecuencia. El mérito de la economía no está en haberse convertido en una ciencia social exacta e infalible, sino en haber permitió objetivar los términos de discusión. Nos ha dado un lenguaje común para expresar acciones, decisiones, principios y hasta valores. Tiene metodología, la que permite, si es bien utilizada, tender puentes con la realidad, comprendiendo como son los seres que tienen que cumplir las normas.

Es precisamente eso lo que el Análisis Económico del Derecho ha aportado en la última década al sistema legal peruano: ha permitido crear lenguajes más objetivos de discusión. Ha ayudado a los abogados a «leer partituras» y a saber que «Tchaikovsky» no es ni un espía ruso ni un jurista polaco.

Acabar con una dictadura intelectual es democratizar el pensamiento y democracia es ofrecer opciones para elegir entre ellas. Hoy los abogados en nuestro país tenemos nuevas formas de comprender lo que hacemos. Hemos democratizado la discusión y puesto frente a frente posiciones contradictorias, distintas, pero con capacidad de enriquecerse mutuamente.

Pero las dictaduras se defienden cuando sienten que pierden poder. Plantean que tener opciones para elegir no es bueno y que pensar demasiado y de manera distinta tiende a pervertir el orden establecido. ¿Qué de bueno puede tener algo que cambia nuestra forma de ver el mundo, si ya hace siglos que lo vemos de la misma manera?

A pesar de esa resistencia, el mundo académico peruano se ha democratizado. La introducción de ideas nuevas es una manera efectiva de cambiar las cosas. Son las ideas, antes que las armas, los insumos de las revoluciones. La visión omnicomprensiva del Derecho se ha relativizado y con ello hemos avanzado hacia un mundo intelectual más competitivo y diverso.

Ronald COASE decía que no hay razón para distinguir el mercado de las ideas del mercado de bienes. En ambos, la opción de los consumidores, sean de ideas o de los bienes, permite satisfacer mejor a todos. Las cosas no valen en si mismas, sino en cuanto capturan preferencias. Lo que da el valor no es la esencia de lo valorado, sino la valorización que da quien elige algo. Restringir el acceso a las ideas reduce el bienestar de la misma manera como lo hace restringir el acceso a los consumidores de ciertos bienes o servicios[7].

La competencia entre visiones dogmáticas y otras aproximaciones al Derecho en la última década ha sido agresiva pero fructífera. El encuentro

---

7. COASE, Ronald «El Mercado de los Bienes y el Mercado de las Ideas». En: *Revista Estudios Privados*, Año 1, N.° 1, pp. 123-128.

de ideas contradictorias ha generado un proceso dialéctico del que el sistema legal y la doctrina nacional han salido enriquecidos.

¿Cuál ha sido el resultado de estos «años de competencia»? En primer lugar, creo que se han abierto espacios que antes no existían. Creo que el acercamiento de los economistas a los abogados exige al jurista afinar su método y abrir los ojos a problemas que aparecían enterrados bajo toneladas de conceptualismo inútil.

En segundo lugar, se ha abierto la puerta para que el jurista se acerque a la realidad. Da la oportunidad de darnos cuenta que el valor de nuestras normas no está en parecerse a la doctrina italiana o al Código argentino, sino en ser consistente con lo mundano. El Análisis Económico del Derecho le ha dado al jurista un «overol» para ensuciarse en el polvo del mundo real.

En tercer lugar, nos va haciendo tomar conciencia de cuanta responsabilidad tiene el Derecho en el desarrollo. Reglas claras, jueces honestos y normas predecibles no sólo tienen que ver con bienestar individual, sino con el bienestar agregado. Hoy sabemos que «el mal Derecho» nos cuesta varios puntos en el crecimiento del PBI y reduce la inversión. Hoy sabemos que «el mal Derecho» no sólo genera injusticia, sino además subdesarrollo.

Adicionalmente, el Análisis Económico del Derecho, al menos en la vertiente que más se ha difundido en el país, ha permitido reforzar el rol del individuo y la importancia de lo privado. Revalorizar la autonomía y la propiedad privadas requieren no sólo un discurso ético, sino pragmático. El Análisis Económico nos ha permitido medir el costo de perdernos en un colectivo sin razón y los beneficios de pensar en el individuo y sus decisiones como generadores de bienestar.

Ya Ortega y Gasset decía que la gente es nadie. «Hay dos formas de vida humana, una, la auténtica, que es la vida individual, la que le pasa a alguien y a alguien determinado, a un sujeto consciente y responsable; otra, la vida de la gente, de la sociedad, la vida colectiva que no le pasa a nadie determinado, de que nadie es responsable.»[8]

En la misma línea Borges solía despedirse de su audiencia después de una conferencia con un solemne «me despido de cada uno de ustedes y no digo todos porque *todos* es una abstracción mientras que *cada uno* es una realidad».

El Derecho, como una estructura de regulación de conductas, tiende a colectivizar y colectivizarse, tiende a usar la idea de interés común (o peor

8. Citado por Alberto Benegas Lynch (h), *Las Oligarquías Reinantes. Discurso Sobre el Doble Discurso.* p. 45.

aún, interés social) para apabullar al interés privado. Olvida la realidad individual para crear un interés colectivo abstracto que todos aplauden pero nadie entiende. Abstrae para crear un mundo que realmente no existe. Olvida que no existen sociedades felices, sino solo personas felices.

El Análisis Económico, a través de las herramientas que nos da la microeconomía, nos ayuda a descubrir la dimensión individual de las reglas y a entender que lo social no es sino el agregado de lo individual, de manera que nada en lo social encuentra sentido si no es a través de agregar intereses individuales. Nos permite redescubrir el verdadero objeto fin del Derecho, es decir, la persona. Y con ello podemos voltear la concepción tradicional que entiende que el Derecho Privado encuentra su razón de ser en el Derecho Público cuando es precisamente lo contrario. No tenemos Derecho Público para limitar lo que los privados pueden hacer en aras a un interés superior. Tenemos Derecho Público para corregir fallas de mercado (externalidades, costos de transacción, monopolios, asimetría informativa, existencia de bienes públicos) y así permitir que los individuos se desarrollen plenamente en su ámbito privado.

Este ha sido un proceso largo, pero que, paradójicamente, recién comienza. La competencia de ideas contribuye a radicalizar al conservador y a hacer prudente al revolucionario. Eso es precisamente lo que ha ocurrido en nuestro país: el Análisis Económico nos ha enseñado a debatir. Nos ha mostrado que el valor de las ideas está, antes que en el consenso, en la diversidad, porque el consenso inmoviliza, la diversidad genera cambio. Y nuestro Derecho necesita cambio.

Las páginas de este libro recogen en parte ese proceso. Reflejan la evolución del autor en su intento de competir en ese mercado de ideas y los efectos que dicha competencia ha tenido, a su vez, en sus propias ideas. No me considero un revolucionario, pero tampoco un conservador. Soy sólo alguien que le gusta estar capturado en los vaivenes del debate. Me gusta discrepar, y me gusta más aún que discrepen conmigo. Según mi experiencia es en la discrepancia en la que realmente se aprende algo nuevo. Sin polémica, las ideas se alinean ordenadamente, una al costado de la otra, en línea recta, como las lápidas de un cementerio. La polémica convierte a las ideas en una fiesta divertida, en una fiesta viva en la que la única «resaca» que queda al día siguiente son las ganas de seguir festejando.

Desde la publicación en el año 1996 de mi libro *Estudios de Análisis Económico del Derecho* siempre tuve la idea de trabajar en una obra más orgánica. *Estudios* fue una simple recopilación de artículos organizados de manera cronológica. Pero en este trabajo he hecho el intento, aún incompleto, de darle a mis ideas una estructura más organizada y una exposición

más lineal. Así, en ocasiones sobre la base de trabajos anteriores, los que han sido modificados, enriquecidos o fusionados, y en ocasiones introduciendo partes nunca antes publicadas, he tratado de cubrir diversos campos bajo la perspectiva del Análisis Económico del Derecho.

Digo que el intento es aún incompleto, pues hay áreas no tocadas, y las que han sido tocadas tienen evidentes vacíos o «huecos» no cubiertos, atribuibles a que son temas aún no trabajados o sobre los que aún no he tomado posición.

Sin embargo, los temas abordados reflejan como esa «competencia de ideas» ha motivado mi trabajo en poco más de una década. Así, el primer capítulo está referido a elementos introductorios del Análisis Económico del Derecho y una descripción de su evolución en el Perú. Con ello se dota al lector de un paquete básico de herramientas que le ayuden a comprender lo que viene.

En el segundo Capítulo se evalúa, en términos generales, como se puede visualizar un ordenamiento jurídico bajo la perspectiva económica. Para ello se trata de identificar y analizar los pilares y vigas sobre los que se construye un ordenamiento de Derecho civil patrimonial, para mostrar sus razones de ser y sus inconsistencias.

Los tres capítulos siguientes abordan, con vacíos y licencias, las tres áreas básicas del Derecho civil patrimonial, es decir, la propiedad y las titularidades, los contratos y la responsabilidad civil extracontractual. Cada uno de ellos se inicia con una parte introductoria que trata de dar algunas herramientas básicas, para luego, a través de abordar distintos temas, dar una idea de cual es la utilidad del uso de las herramientas del Análisis Económico para analizar y comprender casi cualquier cosa.

El penúltimo capítulo evalúa los procesos políticos comparándolos con el funcionamiento de los mercados, lo que ayuda a explicar el fundamento del Derecho Constitucional y, por qué no, de todo el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Finalmente, el último capítulo aborda el tema de las regulaciones de mercado y de las políticas de libre competencia, motivado, por un lado, por mi trabajo en el Tribunal del INDECOPI durante seis años, sumado al hecho de la especial utilidad que tiene el Análisis Económico para entender las normas que conciernen al buen funcionamiento de los mercados.

No existe obra completa. Pero este libro ni siquiera llega a ser una verdadera obra. Yo me atrevería a definirlo como el atrevimiento de publicar un borrador que trata de dar coherencia a varios años de trabajo académico no necesariamente sistemático.

No puedo terminar este Prefacio sin agradecer a quienes han hecho posible la publicación de este trabajo. A mis padres, Alfredo y Renee por motivarme todo el tiempo, con su ejemplo y su entusiasmo, a no detenerme nunca, por enseñarme que no avanzar es en realidad retroceder. A mis hijos Daniela, Micaela, Inés y Alfredo, por cederme (involuntaria pero comprensivamente) parte del tiempo que debería dedicarles para poder escribir mis ideas. A mis socios en el Estudio, Alejandro y Huáscar, quienes soportan muchas veces sobre sus hombros el peso de cubrirme en el trabajo para poder escribir, pero, sobre todo, por convertir el trabajo profesional, en una forma de darle sentido a mi inquietud académica. A mis profesores y maestros, en especial los que me enseñaron a discrepar, quienes no pueden estar mejor representados que en las personas de Jorge Avendaño, Guido Calabresi, Manuel de la Puente, Fernando de Trazegnies y George Priest. En el caso de Fernando agradecerle además el cariño e inteligencia con la que preparó el Prologo, que le da a mi trabajo dimensiones y perspectivas que yo nunca había imaginado. A todos mis amigos, colegas, alumnos que contribuyeron con sus comentarios, inquietudes o dudas en parte de este trabajo. Bajo riesgo de que cometa omisiones imperdonables, no puedo dejar de mencionar a Gastón Fernández, Hugo Forno, Fernando Cantuarias, Lizardo Taboada, Carlos Cárdenas, Hugo Morote, Hugo Eyzaguirre, Enrique Elías, Julio Salas, José Balta, Jean Paul Chabaneix, Luis Carlos Rodrigo Prado, Namasté Reategui, Guillermo Puelles, Ramón Vidurrizaga, Carolina de Trazegnies, Alejandro Manayalle, Eric Miranda, Marife Martinelli y Gerardo Solís, quienes sólo representan una larga cadena de personas que han marcado mi pensamiento y mis principios.

Finalmente, debo agradecer, en la persona de Pedro Grández, la confianza depositada por Palestra Editores en este trabajo y, muy especialmente, la insistencia continua para desarrollarlo y publicarlo.

No espere mucho de este libro. Quizás no le enseñe nada nuevo. Si al terminar de leerlo usted sospecha que algo anda mal con el Derecho ya habré logrado algo de lo que me proponía. Si al terminarlo tiene, además, la esperanza que podemos cambiar el Derecho me daré por muy bien servido.

Alfredo Bullard

# Bibliografía


— Benegas Lynch, Alberto. *Las Oligarquías Reinantes. Discurso Sobre el Doble Discurso*. Ed. Atlántida. Buenos Aires. 1999.

— Campos, Paul F. *Jurismania. The Madness of American Law*. Oxford University Press. New York. 2ª Edición. 1999.

— Coase, Ronald. «El Mercado de los Bienes y el Mercado de las Ideas». En: *Revista Estudios Privados*, Año 1, N.° 1.

— Dixit, Vainas K. y Nalebuff, Barry. *Thinking Strategically*

# PARTE I
# Introducción al análisis económico del Derecho

# El Análisis Económico del Derecho

El Análisis Económico del Derecho (en adelante AED) es una metodología de análisis que apareció, aproximadamente, en los '60 en los EE.UU., y que lo único que persigue es aplicar los métodos de la ciencia económica al Derecho. Es difícil explicar y dar una definición de lo que es el AED. Es como definir correr; la única forma de entenderlo realmente es corriendo o viendo a una persona correr. El AED es parecido. La única forma de entenderlo es aplicándolo, y viendo como funciona en la realidad. Lo que busca es establecer los costos y los beneficios de determinadas conductas, y como el Derecho está plagado de conductas —en sí mismo es una técnica de regular conductas—, el AED puede ser aplicado para determinar los costos y beneficios de estas conductas.

En realidad lo que se consigue a través del AED es predecir conductas de seres humanos. Se parte del principio que los seres humanos actúan en base a incentivos, y que en consecuencia buscan los que les favorece y evitan lo que les perjudica. En otras palabras tratan de maximizar beneficios y minimizar costos. En base a ello es posible encontrar formulas que permiten predecir (al menos presumir) como los individuos actuaran ante tales incentivos.

Dado que el Derecho es un sistema de regulación de conductas, su relación con la economía aparece como evidente. Si uno quiere regular conducta, aprender a predecirla es de suma utilidad. Saber el impacto de una Ley, de una decisión judicial o de un contrato en la conducta futura permite poner al Derecho en contexto de realidad.

Digamos que quizá los dos precursores más importantes del AED, que podrían ser considerados los fundadores, son Ronald Coase y Guido Calabresi. Algunos, sin embargo, querrán incluir a Richard Posner en la lista.

Ronald Coase llevó a cabo una serie de estudios entre los años 30 y 60 que le permitieron conceptualizar y dar sentido práctico a lo que denominó costos de transacción, concepto fundamental en el AED y que explica cómo funcionan los mercados, como funciona el Derecho en relación a los mercados, y cuando el Derecho puede solucionar un problema y cuando no. A las ideas de Coase se atribuye el famoso Teorema de Coase, uno de los principios básicos que se aplican en el AED y que será tratado con más detalle más adelante en este libro.

Por su parte Guido Calabresi escribió conjuntamente con Douglas Melamed, en los años 60 un artículo clásico en el AED, «Reglas de Propiedad, Reglas de Responsabilidad e Inalienabilidad: Un vistazo a la Catedral»[1]. Muchas de sus ideas son coincidentes (y escritas curiosamente en paralelo, con el trabajo de Coase *El problema del costo social*.[2]) Calabresi realizó un importante aporte en el AED, principalmente aplicado al área de responsabilidad civil extracontractual. A él obedece una de las teorías más importantes de la responsabilidad civil en los EE.UU., recogida en su libro *El Costo de los Accidentes*[3] que conjuga la reducción de los llamados costos primarios, secundarios y terciarios de la responsabilidad civil con el concepto de *cheapest cost avoider* o «más barato evitador del costo» que es una nueva variable de la teoría objetiva que caló hace unos 20 años en los EE.UU. con bastante fuerza.

Existen quienes han aplicado el AED a ciertas áreas por ejemplo destacan los trabajos de Harold Demzet en propiedad, o Steven Shavell y Richard Posner sobre la responsabilidad civil. Otras líneas de pensamiento se han expandido a otras áreas. Por ejemplo el llamado *Public Choice*, o teoría de la elección pública sirve para analizar los procesos políticos, las decisiones de los funcionarios públicos, cómo se generan las constituciones y las reglas electorales, etc. Virtualmente todas las ramas del Derecho han sido impactadas por AED (Derecho Ambiental, Civil, Mercantil, Administrativo, Penal, Constitucional, Laboral etc.).

---

1. Calabresi, Guido and Melamed, Douglas. «Property Rules. Liability Rules and Inalienability: A view of the Cathedral». En: *Harvard Law Review* N.º 84, 1972, p. 1089 (version en castellano *Themis* N.º 21, PUCP, Lima, 1992, pp. 63 y ss.)

2. Coase, Ronald. «The Problem of the Social Cost». En: *The Journal of Law and Economics,* Vol. 3, 1960.

3. Calabresi, Guido. *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Aproach*. New Haven and London, Yale University Press. 1970.

La mayoría de gente no entiende bien ni los postulados ni la utilidad del AED. En primer lugar, como el AED se basa en un análisis costo-beneficio, se tiende mucho a pensar que es un análisis deshumanizante: es convertir en números el Derecho, que tiene que ver con la justicia, con la conducta humana y con los valores. Eso no es lo que persigue el AED. Lo que persigue es evitar que los sistemas jurídicos, a la hora de legislar, generen desperdicios. Y, como dice CALABRESI, desperdiciar; en una sociedad donde los recursos son escasos, es injusto. Lo que se busca es, por tanto, un Derecho que, sin olvidar otros aspectos o valores a los cuales se deba, sea un Derecho eficiente, es decir un Derecho que evite el desperdicio creando incentivos de conducta adecuados para lograr sus fines.

Para definir que se entiende por eficiencia se usa como punto de partida las ideas de Wilfredo PARETO. Lo que hace PARETO, es dar algunos criterios que han permitido definir mas técnicamente el concepto de eficiencia. Busca establecer cuando una situación es más eficiente que la anterior, y esto es: cuando una persona mejora sin empeorar la situación de otra. Por ejemplo, el sistema contractual es una forma de alcanzar la eficiencia porque, en un contrato, si las dos partes lo celebran es porque ambas están mejorando y ninguna está empeorando; el contrato nos ha conducido a una situación más eficiente que la anterior. Una situación será óptima, es decir inmejorable, cuando dados los recursos existentes no es posible que alguien mejore salvo que otro empeore. A eso se le llama el Óptimo de PARETO.

Por su parte, según el Criterio de PARETO el cambio de una situación a otra constituye una mejora en el bienestar social si no se reduce el bienestar individual y al menos mejora la situación de un individuo. Como dice TORRES LÓPEZ, este criterio se funda en que el individuo es el mejor juez de su propio bienestar y el bienestar de la sociedad depende del bienestar de los individuos que la componen[4].

Por el contrario el Óptimo de PARETO, como vimos, es una situación en que ningún individuo puede mejorar su situación sin perjudicar el bienestar de alguno de los otros miembros de la sociedad. En otras palabras, el Óptimo de PARETO es una situación donde todos los recursos existentes han sido distribuidos y usados de una manera tan adecuada, que ya es imposible pensar en que una distribución distinta mejoraría la situación de la sociedad. Para el modelo neoclásico, tal condición se alcanza bajo condiciones de competencia perfecta, cuyos requisitos veremos más adelante. Moverse hacia el Óptimo de PARETO implica entonces moverse hacia la eficiencia absoluta.

---

4. TORRES LÓPEZ. *El Análisis Económico del Derecho.* Tecnos, 1987, p. 32.

La mejor forma de entender estos conceptos de «Criterio de PARETO» y «Óptimo de PARETO» es con ejemplos. Imaginemos un salón de clase en el que hay cuarenta alumnos. La mitad de ellos son hombres y la otra mitad mujeres. A su vez tengo 20 latas de crema de afeitar y 20 lápices de labios. Decido repartirlos sin ningún criterio, de manera que a algunos hombres les tocan lápices de labios y a algunas mujeres les tocan cremas de afeitar. He llegado a una distribución inicial de todos los recursos disponibles dentro del salón de clase.

La distribución inicial ha favorecido a los hombres a los que les toco una crema de afeitar y a las mujeres a las que les tocó un lápiz de labios y ha perjudicado a los hombres a los que les tocó un lápiz de labios y a las mujeres a las que les tocó una lata de crema de afeitar.

Si un hombre decide intercambiar su lápiz de labios con la crema de afeitar de una mujer estaremos, según el «Criterio de PARETO» en una situación mejor, es decir más eficiente que la anterior. Ha mejorado la situación del hombre y la mujer involucrados en el intercambio (tienen bienes que cada uno puede considerar más valiosos) y no se ha perjudicado nadie. Estamos pues en una situación mejor a la anterior en términos de PARETO.

Pero aún no estamos ante una situación óptima. Aún muchos hombres y mujeres tienen en su poder bienes que les son inútiles para su uso personal. Sin embargo, imaginemos que todos los que tienen bienes no deseados comienzan a negociar transacciones de cambio entre ellos de manera que en un corto período de tiempo todos los hombres tienen una crema de afeitar y todas las mujeres tienen un lápiz de labios. Llegada esta situación estamos ante una situación óptima. Si asumimos que todos los recursos existentes en una sociedad son los lápices de labios y las cremas de afeitar, no hay posibilidad de distribuir mejor los recursos pues la cantidad de hombres y mujeres que tienen bienes que les son útiles es la máxima posible dada la limitación en el número de bienes de cada tipo y que cualquier cambio de la situación implicaría un empeoramiento de la misma. Estamos frente al Óptimo de PARETO. No hay posibilidad de que alguien mejore sin empeorar la situación de otro. Un hombre le puede robar a otro su crema de afeitar. Su situación ha mejorado respecto a la anterior. Tiene dos cremas en lugar de una. Pero la situación de su víctima ha empeorado.

Al Derecho le compete ayudar a alcanzar una situación eficiente, es decir, llegar al óptimo paretiano, maximizar la utilidad social, consiguiendo un mejor aprovechamiento de los escasos recursos existentes. Así basta apreciar en los ejemplos anteriores la importancia del sistema jurídico. El medio a través del cual se fue mejorando la situación en términos de PARETO es el intercambio de bienes entre particulares, es decir el sistema contractual. Por otro lado la forma de garantizar que no se den conductas que

perjudiquen la eficiencia (como el robo) debe requerir la existencia de la propiedad y de un sistema civil y un sistema penal que la proteja.

En base a las ideas de COASE, el AED estudia el por qué los contratos nos conducen a la eficiencia, y por qué hay situaciones que no pueden ser resueltas por los contratos, y por tanto necesitan de una intervención estatal para llegar a mejoras en términos paretianos, tal como se desprende del ejemplo de las cremas de afeitar y los lápices de labio.

Así, el Teorema de COASE tiene 2 formulaciones. Según la primera, si los costos de transacción son iguales a cero, no importa la solución legal adoptada porque igual se llegará a la más eficiente. Lo que COASE quería decir es que, cuando vivimos en un mercado donde existen contratos, el sistema contractual nos llevará a la eficiencia. El típico ejemplo de la contaminación: si una Industria contamina a un vecindario, y los daños que les causa son mayores a los beneficios que obtiene, posiblemente los vecinos se acercarán a la fábrica a pagarle una cantidad para que deje de contaminarlos. Por el contrario, si los beneficios para la industria son mayores que los daños, probablemente ésta les pagará a los vecinos para que se dejen contaminar. Haya o no responsabilidad, las partes llegarán a la solución más eficiente, que será cerrar la fábrica o mantenerla abierta según convenga.

En cambio, según la segunda formulación, si los costos de transacción son mayores a cero, sí importa la solución legal para llegar a una solución eficiente. En el ejemplo de la contaminación, si en vez de contaminar a un vecindario, se contamina a miles o millones de personas, es casi imposible que estos lleguen a un acuerdo para acercarse a la fábrica para comprarle la posibilidad de que cierre, pues los costos de transacción son muy elevados[5]: identificar a todas las partes, informarlas de esta posibilidad, ponerlas de acuerdo, etc. Ahí sí será el Estado quien decida si la industria debe o no contaminar, en función a si es eficiente o no que siga operando y en que condiciones. Ahí sí importa la regla legal porque el mercado no podrá solucionar el problema.

El AED utiliza básicamente herramientas de la microeconomía: como la teoría del consumidor, teoría de la empresa, racionalidad individual, etc. El elemento principal es determinar qué es más eficiente a través de un análisis costo-beneficio. Lo que se persigue con este análisis es identificar por qué los Individuos actuamos de una manera, para saber si las reglas legales van a ayudar a no a alcanzar la eficiencia. Por ejemplo, las normas legales pueden ser vistas como costos y la sanción de la norma como un

5. Llamados costos prohibitivos; es decir, cuando es casi imposible que las partes puedan llegar a una transacción.

precio; entonces, si decimos que pasarse una luz roja tiene una multa, tendremos que el precio de pasarla será el monto de la multa multiplicado por la probabilidad de que un policía este en la esquina y detecte nuestra infracción. Si quisiéramos reducir los cruces de luces rojas aumentaremos la multa (como ocurre en el mercado): a mayor precio, menor cantidad demandada), bajará el cruce de luces rojas al subir la sanción de la norma.

Lo interesante del AED es que, contra lo que muchos creen, no es un análisis patrimonial o monetario necesariamente, pues como demuestran los trabajos de Gary Becker[6], uno puede analizar con el AED casi cualquier conducta.

Quizá el problema está en que la gente hace una ecuación equivocada entre costo y dinero: se entiende que costo es algo que cuesta dinero, y eso no es así. Por ejemplo, las relaciones amorosas cuestan tiempo, sufrimiento, y, en ciertos casos fastidio. Tengo también, a su vez, beneficios que no se relacionan con dinero: estar con mi pareja es agradable, casarme es muy bueno porque tendré hijos, una nueva vida, etc.

Cuando uno habla de un análisis costo-beneficio, no está hablando de dinero necesariamente, sino de los motores de la conducta humana, y estos son bienestar, y malestar. Lo que hace el AED es establecer las relaciones que existen entre ellos para poder determinar el comportamiento de los individuos.

Es cierto que en lo patrimonial es más fácil establecer la relación costo-beneficio que en la extrapatrimonial, pero también es cierto que los estudios económicos demuestran que parejas de determinado nivel de ingresos se divorcian más que otras. Existen elementos que demuestran empíricamente lo que el AED formula teóricamente. Nos permite saber, más o menos, como reaccionarán los individuos a determinadas normas.

Otro concepto importante es el de externalidades. Las externalidades son los costos o los beneficios no contratados. Por ejemplo, si alguien me golpea la cara y me inflama un ojo, esta inflamación es un costo; en términos que debo acudir a un médico, y en términos que me duele. Esos costos han sido causados por un tercero que ha externalizado un costo de su conducta (su decisión de golpearme). Cuando las fábricas contaminan o los automóviles congestionan, generan externalidades negativas, es decir, costos a terceros. Hay también externalidades positivas. Si una heladería al costado de mi casa coloca un vigilante, esto nos genera un beneficio, porque recibimos seguridad por la cual no hemos pagado.

---

6. Ver por ejemplo Becker, Gary. «El enfoque económico del comportamiento humano». En: *Información Comercial Española* N.º 554, enero de 1990, pp. 11-18.

La existencia de externalidades puede generar ineficiencia, porque hay quienes sufren costos que no generan, y hay quienes generan costos que no asumen; estas personas generan más costos de los que deberían, y los trasladan, lo que es una conducta ineficiente por que genera una discrepancia entre el costo (o beneficio) privado de la conducta y el costo (o beneficio) social de la misma.

Como veremos en este libro, se critica mucho el AED por ser inaplicable a una realidad como la nuestra. Sin embargo, como todo método, puede aplicarse a cualquier realidad si uno elige las herramientas correctamente y las ajusta a la realidad a las que pretende aplicarlas. Negar su aplicación es como decir que la ciencia económica es inaplicable al Perú. Tenemos economistas que estudian nuestra realidad. Para ello utilizarán criterios de análisis distintos, como un sociólogo, un abogado o cualquier especializado en una ciencia social, adaptando la metodología de su ciencia a las necesidades donde la aplica.

Por ejemplo, en el Perú hay un grave problema de externalidades y de costos de transacción. Contratar es muy difícil porque la inseguridad que la contratación trae es grande, principalmente porque la administración de justicia es ineficiente e impredecible. Ello genera incertidumbre, falta de información (saber como fallarán los jueces en determinadas circunstancias). Esto a su vez dificulta la contratación. Si el Poder Judicial garantizara la contratación fortalecería instituciones como la seguridad jurídica. Negar que el AED pueda ayudarnos en esa labor es cerrar los ojos de manera ignorante.

Existen algunos teóricos que han buscado, explicar en términos económicos la justicia. CALABRESI es un ejemplo. Él siempre ha tratado de incorporar elementos valorativos en sus análisis para desarrollarlos desde el punto de vista económico, en ciertos casos con algún éxito. Es muy difícil aplicar criterios científicos sobre valores abstractos. Pero el concepto de eficiencia tiene un componente de justicia, pues como dijimos, evitar el desperdicio es una forma de justicia. El AED, nos permite saber cuanto nos cuesta ser justos, porque si bien queremos ser justos, no siempre podemos serlo a cualquier costo, porque sería un lujo que quizá no estemos dispuestos a asumir. No se puede separar el análisis de justicia totalmente de uno de eficiencia, porque no se puede llegar a la justicia, aunque suene duro, a cualquier precio. Por ello debemos al menos cumplir con el deber de saber cuánto nos ha costado ser justos. Ser justo no implica ser irresponsable.

El AED analiza la norma, pero no lo realiza en abstracto, sino en base a su consecuencia social. Se analiza la norma actuando. No podemos «abrir» el Código civil y decir, mediante el AED, si una norma es eficiente o no. Tenemos que analizarla para decir si los individuos se van a comportar de tal o cual manera, y si ese comportamiento va a ser ineficiente o no.

A veces el nivel de cumplimiento (o incumplimiento) de una norma nos dice algo sobre su eficiencia. El típico ejemplo es el sentido de las calles; cuando una maneja por una calle de un sentido, se detiene en una esquina y se da cuenta que pasan más automóviles contra el tráfico, lo que se está demostrando es que la regla está equivocada, porque la gente asume el costo y el riesgo de ir contra la norma. Quiere decir que algo no esta funcionando bien, esa calle no debió ser en ese sentido. El AED no es tan sencillo, pero nos demostraría que la regla es ineficiente. Parte de lo que nos indica esta realidad, es que la norma es violada continuamente a pesar de que ésta implica un costo para las partes.

Definitivamente, como los individuos buscan maximizar su utilidad, es usual que el desacato de una norma expresa la existencia de un problema en la norma misma. Eso no siempre es así, porque muchas veces la desobediencia a una norma no responde a que la norma esté mal, sino a que no existe una capacidad coactiva o efectiva que la ponga en vigencia. El problema no es que la norma esté o no, sino la falta de un mecanismo que la garantice, que la institucionalice.

Que muchos roben no quiere decir que la norma que prohíba el robo sea ineficiente. Pero uno sí puede encontrar situaciones donde la gente transgrede la norma precisamente porque es ineficiente. En el Perú hay infinidad de ejemplos. Toda la sobrerregulación que hubo en la economía —que no era cumplida por nadie—, originó la informalidad, demostrando que la norma tenía un esquema ineficiente, tanto que era inaplicable, tal como la han explicado los trabajos del Instituto Libertad y Democracia y Hernando De Soto, Enrique Ghersi y Mario Gibellini.[7]

Hay un trabajo de Becker[8] muy interesante, sobre la corrupción. En el muestra que la corrupción en una sociedad sobrerregulada es eficiente. Por ejemplo, en el reglamento general de construcciones, se tiene un nivel de detalle «espeluznante» de como deben ser construidas las casas; si no hubiera la posibilidad de corromper a los inspectores nadie construiría. En una sociedad sobrerregulada la corrupción, aunque parezca contradictorio, y con todo lo malo que trae desde el punto de vista moral, termina siendo un mal necesario para resolver las barreras y los costos de transacción que la sobrerregulación genera en la economía.

---

7. De Soto, Hernando, Enrique Ghersi y Mario Gibellini. *El Otro Sendero,* Instituto Libertad y Democracia, Lima, 1986.

8. Becker, Gary. «Crime and Punishment: an economic approach». En: *Journal of Political Economy*, N.º 76, 1968, pp. 272-297.

El AED se puede aplicar tanto antes de la entrada en vigencia de una norma como durante su aplicación. Cuando se analiza la norma antes de su entrada en vigencia lo que pasa es que tiene que hacerse desde el punto de vista teórico; no puedes determinar la consecuencia económica y social de la norma, cuando aún no está vigente. Sólo se podría especular teóricamente sobre cuales serán sus consecuencias. Podríamos tomar como referencia otras normas que se han aplicado en el país o en otros lugares, pero definitivamente no puedes medir las consecuencias directamente. Recién cuando entre en vigencia la norma podrán medirse las consecuencias de la misma.

La principal crítica, que se le hace a los economistas es que actúan en base a supuestos. Por ello, ¿qué tan efectivo puede ser el AED si la sociedad y el Derecho en sí son cuerpos vivos que se mueven y cambian? Ese argumento, que se usa con mucha frecuencia, es en realidad un «engaña muchachos», porque parte de la idea de que el ser humano está en capacidad de entender todas las variables que van a afectar un determinado evento, y calcular todas las consecuencias que se van a derivar de éste, todo junto y al mismo tiempo. Pero ese es justamente uno de los problemas que el AED ayuda a desmitificar. Los economistas realizan una predicción en base a la simplificación de la realidad. Eliminan factores no relevantes e identifican los factores relevantes. Es justamente así como puede realizar predicciones a pesar de la complejidad de la conducta humana.

Pero el economista sabe que tiene un margen de error. Para poder hacer predicciones el arte está en saber cuáles son los factores relevantes. Los economistas han desarrollado toda una ciencia de simplificación social muy efectiva.

El Derecho también simplifica la realidad y parte de presupuestos. Por ejemplo, el Derecho dice que la capacidad de ejercicio se adquiere a los 18 años, porque supone que una persona de 18 años tiene mayor discernimiento que una de 17 años. Pero hay gente de 35 años que no merecen tal atribución de capacidad, como hay niños de 8 anos que tienen perfecto discernimiento para celebrar contratos. La capacidad se adquiere a los 18 años, porque el Derecho tiene que simplificar la realidad, no puede establecer un mecanismo por el cual se haga un análisis concreto psicológico en cada ocasión antes de entregarle a uno su Documento de Identidad y reconocerle capacidad de ejercicio.

Como veremos el AED no es otra cosa que sentido común entrenado y sistematizado. Muchos razonamientos parecerán formas difíciles de decir cosas obvias. Pero a su vez permite sistematizar mejor el análisis, lo que contribuye a poder ver el Derecho desde otra perspectiva, una más realista y orientada hacia la realidad.

# Viendo más allá del expediente

## Los efectos de los fallos judiciales a partir del análisis económico del Derecho*

Cuando la realidad social se encuentra desfasada en relación al Derecho solemos culpar a la ley. ¡Hay que cambiar la ley! — se dice. Y entonces comienza a moverse todo el aparato legislativo para hacer cambios, discutirlos, y consolidar finalmente una reforma legislativa que tendrá como resultado una nueva ley.

Pero al poco tiempo la nueva ley es acusada del mismo delito. Se le imputa estar desfasada de la realidad y entonces el proceso de reforma legislativa comienza de nuevo. El resultado de todo esto es: leyes que duran poco, confusión entre los abogados y demás operadores del sistema jurídico, pero por sobre todo, falta de confianza de la población en el sistema como un todo.

Sin duda, las malas leyes son causa de muchos problemas, y reflejan muchas veces el desfase realidad — Derecho. Pero gran parte de la responsabilidad recae también en la aplicación de la Ley. Quizá sea preferible una mala ley bien aplicada que una excelente ley mal aplicada.

---

* La presente sección se basa en el trabajo «Viendo más allá del expediente. Los efectos económicos y sociales de los fallos judiciales», elaborado conjuntamente con Domingo RIVAROLA, publicado en la Revista *Advocatus*, Nueva Época. Primera entrega, 1998.

Y es que cuando se aplica la ley se tiende el puente entre la realidad y el Derecho. Es a través de la interpretación y aplicación de la ley al caso concreto que ésta se convierte en realidad. Al construirse este puente es que se puede lograr convertir una ley buena en una mala y una mala ley en una buena. El AED es una herramienta que justamente permite construir el puente entre realidad y Derecho. Sus herramientas permiten salir del texto frío de la Ley y de meros ejercicios semánticos, para comprender sus efectos.

El aplicador e intérprete por excelencia es el juez. El convierte la ley en realidad. Por lo tanto, su responsabilidad en el funcionamiento del sistema económico y social es determinante. Su responsabilidad en el devenir del mundo real es incontrovertible, pero los jueces no son aún conscientes que son tanto o más responsables de la economía de un país que el mismo Ministerio de Economía. Por ello el AED puede tener especial relevancia en la labor judicial, y en general de aquel operador del Derecho que tiene justamente que decidir casos en base a normas.

El impacto de las decisiones judiciales sobre la economía es tan evidente, que usualmente no nos damos cuenta. Reglas claras y adecuadas que faciliten la convivencia y que incentiven conductas deseables para la sociedad en su conjunto, generan confianza, y a su vez, esta confianza genera riqueza. Los jueces son una suerte de generadores de bienestar y por ello sus decisiones no sólo deben considerar la justicia del caso concreto, sino el bienestar (o malestar) social que generan.

El célebre juez norteamericano Richard POSNER destacaba[1] cómo los abogados solíamos tener una percepción parcial de los problemas. Cuenta el caso de un cazador que, durante una jornada de caza, hiere a un parroquiano que caminaba por el bosque, al confundirlo con un venado. La víctima perdió un ojo como consecuencia de las heridas sufridas en el accidente. Para el abogado tradicional el problema es uno entre Juan (cazador) y Pedro (víctima). Sin duda, ello es parte del problema, pero no lo es todo.

Para el abogado preocupado por las consecuencias económicas y sociales de las decisiones legales el problema es más completo. La pérdida del ojo ya es un capítulo cerrado en términos de bienestar social. Ya nada puede reparar realmente el daño causado. En el supuesto que el dinero de la indemnización pudiera servir para adquirir un nuevo ojo (lo que de por sí es hoy imposible) sólo compensa a la víctima, pero causa una nueva víctima que soporta el daño: el propio causante y su familia, que al verse obligados a indemnizar a la víctima, tienen ahora menos recursos para cubrir sus necesidades.

---

1. POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law,* Little Brown, Boston, 1977.

La sociedad seguirá sufriendo aunque el daño se haya trasladado a otro lugar. Pero un asunto de vital importancia es cómo evitar que nuevos ojos se pierdan en el futuro. Así, la decisión legal es un mensaje al resto de la sociedad que puede contribuir a mejorar la situación en el futuro.

Pero complementando el análisis de POSNER, no sólo debe considerarse como salvar más ojos. Si la responsabilidad civil lleva a que se establezcan requisitos muy difíciles de cumplir, podría ocurrir que los cazadores se sientan temerosos de salir a cazar por el sólo hecho de que pueden ser hechos responsables por un hecho fortuito o accidental. Si esto es así, entonces habrá menos cazadores, lo que a su vez implica menos venados para alimentar a la población. Los accidentes en los que se pierden ojos terminan así vinculados con el precio de los alimentos o con la cantidad de alimentos disponibles.

Estándares muy exigentes para los casos de mala práctica profesional por parte de los médicos pueden generar una escasez de profesionales que se dediquen a esa actividad, lo que a su vez eleva los precios del servicio médico. Por ello, salvar vidas siendo muy estrictos en exigir una diligencia extrema de los médicos, puede curiosamente matar gente que no podrá pagar los honorarios médicos, que se incrementarán por el hecho de que será necesario para los galenos tener un fondo extra para pagar cuantiosas indemnizaciones ante el menor error. Así, basta recordar que en los Estados Unidos un cardiólogo promedio paga por un seguro de responsabilidad civil primas de un promedio de US $ 120,000.

Algo similar pasa con las reglas sobre productos defectuosos. Parece natural que si un consumidor recibe heridas por el mal funcionamiento de un producto, el fabricante sea hecho responsable. Sin embargo si los costos de la responsabilidad no son traslados de manera adeudada y la carga se vuelve muy onerosa para los fabricantes los precios de los productos suben, o simplemente esos productos se dejan de fabricar, lo que afecta a los consumidores. Por ejemplo las exigencias de responsabilidad excesiva sobre los fabricantes de medicamentos, al elevar los precios o reducir la disponibilidad de medicamentos, reducen los niveles de salud.

En países como Estados Unidos el riesgo de pagar altas indemnizaciones en un caso de responsabilidad civil puede afectar a los propios consumidores de servicios y productos de salud. El médico o el fabricante de medicinas trasladan ese costo a sus tarifas y precios. El resultado es una de las medicinas más caras del mundo, en perjuicio de los más pobres. Y ello es consecuencia de decisiones de los jueces que establecieron responsabilidades muy altas. Así, los jueces, quizás sin saberlo, influyen en cuánto cobra un médico para una operación o cuanto cuestan las medicinas en las farmacias, y con ello pueden estar optando por quiénes pueden acceder a dicha

operación o a cierta medicina, y quiénes tienen que ver en riesgo su salud por no poder sufragar los costos que implica un tratamiento médico.

La demora en la entrada de ciertas medicinas al mercado en países desarrollados se explica en parte por la regulación administrativa existente y en parte por las decisiones de los jueces en establecer estándares de responsabilidad «objetivísimos» para daños causados por medicinas nuevas. El efecto positivo es que las empresas son más cuidadosas en introducir nuevos medicamentos. El efecto negativo es que la puesta a disposición del consumidor del medicamento en cuestión puede tardar cinco o seis años. En ese período miles de personas morirán porque la medicina que hubiera podido salvar sus vidas no estaba disponible por los altos costos que el riesgo de la responsabilidad civil implica para el fabricante. De esta manera, los jueces, sin dictar una pena de muerte pueden, curiosamente, decidir, sin darse cuenta, quiénes mueren o quiénes seguirán viviendo.

Cuando se paraliza la producción de una fabrica por que se presume que daña el medio ambiente, el juez que dicta la medida cautelar podría estar desincentivando la inversión. Quizás es una medida necesaria precisamente para reducir los costos de dañar la atmósfera y que son soportados por todos. Pero tomar la decisión sin considerar que habrá menos empresas y trabajo es una decisión incompleta. Así los jueces influyen en el Producto Bruto Interno (PBI) del país.

La vieja frase «lo que no está en el expediente no es de este mundo» no debe de ser malinterpretada. Según este aforismo, lo que se busca es que los jueces basen sus decisiones en el mérito de las pruebas, el Derecho invocado, y los argumentos de las partes. Pero ello no debe impedirle ver más allá del expediente, es decir, considerar los efectos que su decisión tienen en el resto de la sociedad. Ver más allá del expediente no sólo es una posibilidad, es una responsabilidad con los efectos de las decisiones judiciales.

No es la intención de esta sección hacer un análisis conceptual del problema. La idea es llamar la atención, mediante el análisis de ciertas situaciones y casos, por qué es importante «ver más allá del expediente», es decir, asumir la responsabilidad que compete al juez no sólo con las partes en un litigio, sino con la sociedad como un todo. Y sobre todo ver como el AED puede ayudarnos a comprender cosas que no están a la «simple vista» del sistema jurídico.

## I. GENERANDO CONFIANZA: EL EFECTO DE LAS DECISIONES JUDICIALES EN EL INTERCAMBIO Y EN DESARROLLO EMPRESARIAL

Como hemos señalado, el desfase entre el Derecho y la realidad se manifiesta muchas veces cuando los jueces no actualizan la ley, cuando no

hacen que ésta cobre vida en cada aplicación que de ella se hace. Por otro lado, aún más peligroso que este desfase es la falta de seguridad jurídica y certeza que pueden tener las personas cuando éstas no confían en el Poder Judicial. Y es que esta confianza se gana. Un Poder Judicial que no brinda certeza sobre el derecho que le asiste a cada quién genera desconfianza, desorden, y finalmente desperdicio de recursos. En suma, ocasiona ciudadanos demandando aquello a lo que no tienen derecho, y ciudadanos no demandando aquello a lo que tienen derecho. Esta falta de confianza en el Poder Judicial se traduce en el siguiente ejemplo.

### 1.1. Inversión y fallos judiciales

El Instituto Apoyo, una conocida institución de asesoría empresarial y estudios de mercado, realizó una encuesta entre empresarios peruanos[2]. Esta encuesta planteaba lo siguiente:

> «En el caso hipotético de que recibiera usted una oferta de un proveedor del cual no tiene referencias y teniendo una alternativa más costosa de su proveedor usual, ¿aceptaría probar con el nuevo proveedor?»

En concreto, la encuesta buscaba averiguar si los empresarios se guían por el 'aforismo': «más vale malo conocido que bueno por conocer». Aunque parece evidente que si se nos ofrece un mismo producto, pero más barato, lo aceptaremos, en una sociedad en donde prime la desconfianza y la falta de certeza sobre las decisiones judiciales esto ya no es tan evidente: tendremos miedo de aceptar algo que es más beneficioso, pues tenderemos a creer que hay «gato encerrado». Veamos pues los resultados de la encuesta. ¿Que porcentaje de los encuestados aceptaron la oferta de una persona desconocida?

A.- Si la oferta del proveedor desconocido es 10% más barata, 22% aceptarían comprarle a éste último.

B.- Si la oferta del proveedor desconocido es 20% más barata, 18% aceptarían contratar con él.

C.- Si la oferta del nuevo proveedor es 30% más barata, 15% aceptarían.

D.- De los encestados, 6% respondieron que si aceptarían, pero no indicaron cuan más barata debía ser la oferta del proveedor desconocido.

E.- No aceptarían la oferta de un desconocido, cualquiera sea la rebaja, 32%.

F.- No precisa, 7%.

---

2. Citado por Ortiz de Zevallos, Gabriel. «El marco institucional de la economía peruana» En: Ortiz de Zevallos, Gabriel (Dir.) *Importancia de las Instituciones en el Desarrollo de una Economía de Mercado,* INDECOPI/APOYO, Lima, 1995, p. 52.

El estudio demuestra la gran desconfianza generada entre los empresarios frente a la posibilidad de contratar con un proveedor nuevo. Esta desconfianza es atribuible a la inseguridad y falta de previsibilidad que existe respecto a las decisiones del Poder Judicial que resuelvan cualquier incumplimiento contractual. Ello lleva al empresario peruano a confiar en elementos distintos a la ley y la seguridad de que ésta se hará cumplir por los jueces. Por el contrario, el empresario confía en el nivel de conocimiento y confianza con su proveedor habitual, es decir, prefiere «malo pero conocido» que «bueno por conocer».

Esto eleva los precios, porque nuevos proveedores tendrán problemas para encontrar clientes. Los antiguos proveedores tienen así una suerte de «mercado cautivo» protegido por la ineficacia del Poder Judicial de generar confianza en que los acuerdos con nuevos proveedores se cumplen y las obligaciones deben ejecutarse. Así se refleja una pérdida social (se produce menos a mayores precios).

Queda graficado cómo la falta seguridad jurídica y confianza en la transparencia y predictibilidad de las sentencias dificulta que nuevas empresas o empresarios (que por ser nuevos, son desconocidos) puedan vender sus productos en el mercado. Es de esperar que los costos y el desperdicio generados por la incertidumbre que produce un Poder Judicial impredecible, sean superiores a los descuentos que estérilmente proponían los proveedores desconocidos, en la busca de ser aceptados. Y lo que es realmente increíble es que casi una tercera parte de los empresarios no están dispuestos a aceptar ningún descuento, sin importar la magnitud del mismo, para cambiar de proveedor.

### 1.2. El Caso de Huaral

Un segundo caso no nos dejará dudar de lo necesaria que es una línea jurisprudencial clara y coherente. El economista Javier ALVARADO[3] realizó un interesante estudio sobre el nivel de confianza en el sistema judicial y legal que existe en los mercados rurales en el país. El realizó su investigación en la localidad de Huaral, entrevistándose con los agricultores de la zona.

Huaral está lejos de ser una comunidad o localidad alejada y desconectada del mercado. A sólo 80 kilómetros de distancia de Lima, los agricultores de Huaral tienen acceso a bancos, crédito, proveedores, televisión, etc. Sin embargo, los estudios de Alvarado muestran nuevamente que se prefiere lo malo conocido que lo bueno por conocer.

---

3. Citado por BULLARD, Alfredo. «La creación de una cultura de mercado en el Perú» En: *Ob. cit.*, pp. 33-35.

Para desarrollar su trabajo Javier ALVARADO analizó dos mercados: el de las ventas de tierra y el de las solicitudes de crédito. En cada uno de estos mercados realizó, a grandes rasgos, tres clasificaciones, basadas en el tiempo de conocimiento mutuo entre las partes, es decir, en el grado de confianza existente. A las transacciones realizadas entre personas que se conocían menos de un año las llamó «transacciones impersonales». A las realizadas entre personas que se conocían por más de un año pero por menos de cinco las llamo «transacciones intermedias». A las realizadas entre personas que se conocían por más de cinco años las llamo «transacciones bilaterales».

El economista citado se imaginaba que cuanto más tiempo se conocieran las partes, la contratación no se basaría en factores como las reglas legales y sus mecanismos judiciales de cumplimiento, sino que se basaría más en la relación de confianza derivada de la amistad, parentesco, vecindad o simple conocimiento mutuo. Así, la existencia de más «transacciones bilaterales» sería una clara evidencia de la escasa confianza de los individuos en el sistema legal y judicial. Por ejemplo, cuándo uno le presta dinero a su hermano es poco probable que se le pida la firma de un documento. Ello por que los mecanismos más efectivos de recuperación son extralegales, tales como la confianza y las buenas relaciones familiares, la posible sanción social dentro del grupo, la existencia de transacciones repetidas («hoy te presto, mañana me prestas»), etc. En cambio, la existencia de mecanismo legales efectivos permite que uno contrate incluso con quienes no conoce de antemano, basado en la confianza que el propio sistema genera. Si el sistema no brinda esa seguridad, la cantidad de personas (y por tanto de oportunidades) para contratar se reduce sustancialmente. Si mi hermano no tiene dinero para prestarme, acudir a un banco se hace una opción muchas veces inviable si no tengo antecedentes de crédito. Vemos pues los resultados del trabajo que estamos comentando.

En el caso de los mercados de tierras, el 56 % de la contratación era «bilateral» y solo el 26% era «impersonal». Por su parte, en el mercado de crédito el 65% era «bilateral» y sólo el 17% «impersonal». De acuerdo con lo previsto, los mercados entre los agricultores de Huaral se basan más en relaciones de conocimiento, amistad o parentesco antes que en la confianza y legitimidad que los individuos brindan al sistema legal y a las decisiones de los jueces. Ello se confirma con otro dato interesante. En el caso de las transacciones de tierras de carácter «bilateral», sólo la tercera parte de ellas constan en documento escrito. Esto último contrasta nítidamente con el siguiente porcentaje: el 90 % de las transacciones de tierras de carácter «impersonal», constan en documento escrito. El bajo índice de contratos escritos cuando las partes se conocen, frente al alto índice en la contratación «impersonal» constituye otro elemento que confirma la hipótesis de

trabajo, esto es, que nuestros ciudadanos no confían en la predictibilidad de las decisiones judiciales. Si la contratación es bilateral, ello es consecuencia de que la confianza en el cumplimiento de las obligaciones depende de la relación, no del sistema legal. Por ello tener documentos se torna en innecesario. Por el contrario en la escasa contratación impersonal, el documento se vuelve indispensable. Todo ello significa costos de operación del sistema legal mucho más altos al existir menos opciones para contratar.

## II. «PROTEGIENDO VIUDAS» O DE CÓMO ENTENDER LA EQUIDAD AL REVÉS.

Una vez me comentaron que hace algún tiempo, se hizo una encuesta entre un conjunto de jueces. Se les puso un caso hipotético en el que tenían que resolver sobre el desalojo de una viuda con cinco hijos que había dejado de pagar la renta como consecuencia de su precaria situación económica, y que por tanto debía desocupar el inmueble.

Había la posibilidad de declarar nulo todo lo actuado en base a un defecto procesal que, aunque discutible, admitía una interpretación que llevaba a tal consecuencia. Con ello se hubiera garantizado la permanencia de la viuda en la casa por cerca de un año más. La pregunta era si, por razones de equidad, adoptarían tal interpretación a fin de evitar que la viuda fuera desalojada.

La inmensa mayoría de los jueces fueron categóricos en afirmar que acogerían la interpretación que les permitiera proteger a la viuda de la intemperie. Normalmente justificaban su decisión en la equidad que debía aplicarse a cada caso concreto y en las terribles consecuencias que ello tendría para la señora y sus hijos.

Uno de los jueces, sin embargo, contestó que no aceptaría una interpretación en tal sentido y que procedería a efectuar el desalojo. Cuando se le preguntó la razón dijo que lo hacía por equidad. Según él, si acogiera la otra interpretación lanzaría el mensaje a los arrendadores de que los jueces suelen proteger a las viudas con hijos. Esto implicaba reconocer que las viudas podrían eventualmente dejar de pagar sus obligaciones y demorar el lanzamiento más que el resto de los ciudadanos. La consecuencia de la decisión sería entonces que los propietarios de inmuebles serían reacios a alquilar sus propiedades a viudas con hijos por temor a no poder desocupar el predio cuando incumpliese, o los que aceptarían cobrarían rentas más altas para compensar los riesgos que asumían. Prefería una viuda en la calle por no pagar, que cien viudas en la misma calle, pero esta vez por no poder encontrar quién les arriende un techo en dónde vivir.

El juez había tenido la visión de comprender que la justicia y la equidad no se agotan en la relación del propietario con la viuda concreta, sino que favorecer a esta viuda perjudicaba a las demás. Se obligaba a las viudas sin hogar a soportar el peso de los beneficios que recibía la viuda con techo pero que no pagaba la renta.

Sin duda, ésta era una decisión difícil, pero muestra la necesidad de comprender a la equidad en una dimensión mayor, más social y más enfocada hacia las necesidades generales y no sólo hacía situaciones individuales.

Otro caso de viudas y decisiones difíciles sobre ellas se presentó en los Estados Unidos.[4] Una empresa se dedicaba a vender muebles y electrodomésticos a población de bajos ingresos. Ofrecía precios muy bajos, plazos largos para pagar y tasas de interés razonables. No exigía garantías, pues era evidente que la gente pobre no tenía muchos bienes que ofrecer para el pago.

Los contratos tenían sin embargo una cláusula especial. Existía un pacto de reserva de dominio, de manera tal que si el consumidor no terminaba de pagar el crédito, la tienda podía recuperar el bien de manera casi inmediata. Pero además especificaba que si el consumidor compraba un nuevo bien antes de terminar de pagar el anterior, se le recalculaba el crédito y quedaba incluido dentro de la reserva de propiedad los bienes adquiridos anteriormente y que aún no había terminado de pagar. Así si un consumidor compraba con un financiamiento de 12 meses un juego de sala, y en el mes 6 decidía comprar un juego de comedor, se refinanciaba todo el crédito por 12 meses más. Pero el juego de sala seguía incluido dentro del pacto de reserva de propiedad hasta que terminara de pagar todo el saldo (es decir por los 12 meses más).

Una señora había adquirido en este local comercial, a lo largo de los años, muebles y electrodomésticos para toda su casa. Como siempre había renovado el crédito, todo su menaje de casa estaba sujeto al pacto de reserva de propiedad. Posteriormente, la señora enviudó y no pudo terminar de pagar el crédito. La empresa retiró todos los muebles en ejecución del pacto de reserva de propiedad.

La viuda demandó la invalidez de la cláusula por considerar que era leonina, pues se le estaban quitando bienes que ya había terminado de pagar. Las Cortes le dieron la razón y la empresa tuvo que devolver todos los bienes.

Este resultado, en apariencia justo, tuvo sin embargo consecuencias inesperadas en el mercado. Varios años después un conjunto de economis-

---

4. Williams v. Walter-Thomas Furniture Co. United States Court of Appeals. District of Columbia Circuit. 1965, 350 F.2d 445.

tas estudiaron el efecto de la decisión. La tienda había desaparecido, al igual que otras tiendas similares que ofrecían condiciones similares. Los pobres habían pues visto reducidas sus opciones a acceder a productos baratos con créditos blandos. ¿Que había pasado?

Las empresas dedicadas a ese negocio vendían a consumidores de alto riesgo de incumplimiento. Este riesgo se traduce en mayores costos, pues las opciones que la empresa tiene no son muchas. Si sube los precios para cubrir este costo adicional, los pobres no podrán acceder a pagarlos; si sube el interés pasara algo parecido; si pide garantías los pobres no tendrán como ofrecerlas.

De esta manera, la cláusula extensiva de reserva de propiedad generaba sobre sus deudores una presión muy fuerte para cumplir que reducía la cantidad de incumplimientos y al hacerlo reducía los costos para la empresa, lo que le permitía mantener precios bajos y créditos blandos. Si a ello le sumamos el hecho de que en los Estados Unidos los bienes usados tienen precios muy bajos, entenderemos por que rematar sólo el bien objeto de cada crédito era insuficiente para recuperar la deuda.

Al declararse ilegal la cláusula se incentivó a las empresas dedicadas a este negocio a dedicarse a atender segmentos más pudientes de la población o simplemente a salir del negocio. El resultado final era que los pobres (viudas con hijos incluidos) estaban peor que antes, a pesar de que un sólo pobre (la viuda con hijos que obtuvo la decisión judicial favorable) si estaba mejor.

La equidad del caso concreto no se agota en el expediente. Implica ver los efectos que el caso tiene, en otros distintos a las partes y evaluar que pasaría si el caso se repitiera *ad infinitum*. Al hacerlo se evita que en la búsqueda de la justicia se cometan nuevas y quizás más profundas injusticias.

La justicia es un medio de buscar el bienestar general. Las concepciones parciales de la justicia nos conducen a un bienestar aislado, desvinculado del bienestar de todos. Por eso evaluar el problema viendo más allá del expediente es una formula necesaria para poder proteger a la mayor cantidad de viudas posibles, y no únicamente a la viuda que nos toca en cada caso concreto.

## III. LAS «COMBIS ASESINAS»: PONIENDO LOS COSTOS DÓNDE CORRESPONDE

Analicemos las siguientes estadísticas: en el año de 1984, en Alemania, un ciudadano falleció en un accidente de tránsito por cada 2183 automóviles existentes. En Inglaterra, murió un ciudadano por cada 3729 automóviles. En

el Perú, en el mismo año, murió un ciudadano por cada 260 automóviles. Es decir que la mortalidad por accidentes de transito en el Perú es casi 8 veces mayor que en Alemania y casi 14 veces mayor que en Inglaterra.

Por otro lado, en el período 1980-1992 murieron por terrorismo en el Perú 22,000 ciudadanos. En el mismo período murieron por accidentes de tránsito 28,000 ciudadanos. Los automóviles fueron más mortales que toda la guerra terrorista que tuvimos que soportar. Sin embargo las acciones terroristas llenaban las primeras planas con titulares, mientras que los accidentes de tránsito ocupaban un lugar poco destacado en las páginas policiales.

Lo dramático del problema, y las explicaciones al mismo, pueden ayudarnos a comprender el rol de los fallos judiciales en este campo. Quizás Alemania o Inglaterra puedan exhibir mejores vías de circulación, un mejor aparato judicial para hacer cumplir las reglas de tránsito y una mejor conducta ciudadana durante la circulación de vehículos y peatones. Pero parte de las ventaja esta en la capacidad de los fallos judiciales en el campo de la responsabilidad civil. Los jueces tienen la tarea de transmitir el mensaje consistente en que causar accidentes cuesta.

En el Perú, las sentencias posiblemente no trasladan al causante del accidente los costos de su acción, con lo que los incentivos para evitar accidentes se reducen substancialmente. Ello explica en parte porque las combis son conducidas de manera tan irresponsable. Sin duda, en la cabeza de sus conductores no existe la posibilidad de tener que pagar una indemnización importante por los accidentes que causen.

Pero las indemnizaciones tienen a su vez que evaluarse en función a nuestras limitaciones económicas. Más indemnizaciones implican mayores costos en pasajes. Y en una población con bajos recursos quizás fijar indemnizaciones muy altas podría reducir substancialmente el número de unidades de transporte disponibles.

No obstante, es importante considerar la siguiente regla: si uno no soporta el costo de lo que hace, tenderá ha hacer demasiado. Si manejar a exceso de velocidad o en estado de ebriedad no lleva a asumir los costos que uno genera por tales acciones, habrán demasiados casos de exceso de velocidad o muchos conductores ebrios. El efecto de no pagar indemnizaciones (o de pagar indemnizaciones bajas) es equivalente al de un subsidio, sólo que en lugar de ser pagado por el Estado, es pagado por las víctimas de los accidentes.

Y hay que recordar que todo subsidio incentiva al consumo. Sólo que a diferencia del caso de los alimentos, donde por la vía del subsidio del pan, por ejemplo, la gente coma más pan; en el caso de los accidentes, logramos por el «subsidio de las víctimas» que la gente «consuma» más accidentes, es

decir, que el «precio» de atropellar a alguien o de colisionar con un vehículo sea muy bajo. El precio se paga en vidas humanas o en integridad física, además de en daños materiales.

No se trata pues de una disyuntiva fácil de solucionar. Pero es importante tener en cuenta los pros y los contras. Sin embargo, si queda claro de las cifras que los montos indemnizatorios son bajos si los comparamos con la cantidad de accidentes y muertes que enfrentamos. En el Perú, a diferencia de otros países, el sistema de responsabilidad civil no está funcionando.

Y nótese que el problema no está en la Ley. La ley peruana en este campo no es mejor ni peor que cientos de leyes sobre responsabilidad alrededor del mundo. El problema esta en la aplicación y es allí donde deben corregirse los problemas que se vienen ocasionando.

Entonces podemos ver como los jueces pueden contribuir con sus fallos a ordenar el tránsito y a convertir a Lima y a las carreteras del país en lugares más seguros. Pueden a fin de cuentas influir en cuenta gente va a morir y en cuanto costará el pasaje.

## IV. CONVIRTIENDO VIOLADORES EN ASESINOS

Como señalamos, una mala ley bien aplicada, es preferible a una buena ley mal aplicada. Y es que otra de las importantes tareas que tiene el Poder Judicial es corregir, vía interpretación, las mala leyes dadas por el legislativo, utilizando el marco de discrecionalidad que en ocasiones deja la Ley para evitar efectos no deseados.

Muchas veces las leyes se dan sin analizar los efectos económicos de los Proyectos que se presentan y debaten. Hace un tiempo, una congresista propuso, probablemente más llevada por la emoción que por la razón, el siguiente Proyecto:

Se trataba de modificar el Código Penal de tal manera que los violadores de menores de edad recibieran pena de muerte por el delito cometido. Ésta era la única modificación que se buscaba. Los demás tipos penales y sanciones previstas no se modificaban.

Sin duda, todos estamos de acuerdo con que la violación de un menor de edad es un hecho reprobable, que va en contra de los principios fundamentales de una sociedad. Este es un sentimiento que la mayoría de nosotros compartimos. Sin embargo, al proponer una ley hay que analizar sus consecuencias racionalmente, hay que prever cuál va a ser su funcionalidad. De lo que se trata es de analizar racionalmente el Proyecto descrito, en concordancia con el marco legal actualmente vigente. Para ello debemos tener en cuenta dos cosas:

a. Imaginemos que el delito de asesinato se castiga con 25 años, pues se trata en esencia de un homicidio realizado dolosamente, para, por ejemplo, ocultar la comisión de un delito cometido con anterioridad.

b. Cuando se cometen dos hechos independientes, que constituyen cada uno un delito independiente, sólo se aplica la pena que corresponde al delito más grave. La pena mayor absorbe a la menor, las penas no se suman ni acumulan.

Teniendo en cuenta estos datos, ¿cuál será la actitud de un violador ante el Proyecto, una vez que este sea convertido en Ley? ¿Se verá desincentivado de cometer violaciones, dado que la pena ha aumentado, y que en consecuencia es más «caro» violar?

Cuando un delincuente analiza la posibilidad de delinquir compara los beneficios y los costos de su acción. Los costos dependen principalmente de la sanción que puede esperar. La sanción que espera depende de la magnitud de la misma (por ejemplo 25 años de pena privativa de la libertad) pero descontando la posibilidad de ser detectado y sancionado. Así, en países con baja posibilidad de detección la misma pena genera una sanción menor a la que dicha pena generaría en un país con mayor capacidad de detección. Si en un país de detecta uno de cada 10 delitos, y es sancionado, la pena real no es 25 años, sino 2.5 años, pues el delincuente sabe que si mata a diez personas solo lo sancionaran por una. Pero si la capacidad de detección es menor y solo se sanciona a uno de cada 100, la verdadera pena es .25 años, es decir cuatro meses. Ese es el costo real en pena de delinquir.

Pero la posibilidad de ser detectado depende a su vez de dos factores. El primero es la capacidad de las autoridades (policía, fiscales y jueces) para identificar y sancionar al delincuente. El segundo es la habilidad del delincuente para evadir a la justicia. Así los delincuentes buscaran cometer infracciones penales sin dejar pruebas o evadiendo ser visto por alguien. Si usted va a matar a alguien, no lo hace a plena luz del día y delante de 100 testigos. Y si usted va a hurtar carteras arranchándolas de distraídos peatones, le puedo asegurar que no pesa 150 kilos por que no podría escapar por las calles. Al igual como en toda actividad humana, para ser delincuente hay que tener ventajas competitivas para delinquir, lo que esta muy ligado a la capacidad de evadir la aplicación de la Ley.

En el caso de la violación siempre hay un testigo: la propia víctima. Por tanto si se le mata se reduce la posibilidad de detección pues ya no podrá denunciar o reconocer al que perpetro el hecho delictivo. Pero siendo que la máxima pena posible (pena de muerte) ya ha sido calificada en la ley, entonces matar a la víctima se vuelve una opción que reduce la posibilidad de ser detectado (y reduce así la sanción esperada) sin incrementar la pena

establecida (pues no se le puede condenar dos veces a pena de muerte). El resultado final es un claro incentivo para matar a la víctima luego de perpetrada la violación.

Así, si se analiza las motivaciones de un delincuente en relación con el Proyecto, notaremos que violar a una persona termina siendo más grave que asesinar. Siguiendo la misma lógica, un delincuente que decide violar a una menor, tratará de matarla para ocultar la violación y reducir las posibilidades de que la policía lo detecte, pues si sólo comete violación (y no asesinato), existirá la posibilidad de que la víctima lo delate y que sea condenado igual a pena de muerte.

Imaginemos que cometida la violación, como hay un testigo, hay una posibilidad entre tres de ser detectado. Es decir el costo de la violación es 1/3 de pena de muerte. Pero si mato a la víctima la posibilidad de detección cae a una posibilidad entre 100, es decir que el costo sería de solo 1/100 de pena de muerte. Matar a la víctima es bastante más barato que dejarla viva, dado que la sanción de pena de muerte ya esta adquirida. Matarla reduce el costo de la pena al reducir sustancialmente la capacidad de detección, pero ya no se puede aumentar la magnitud de la pena. El resultado es económica y socialmente indeseable.

Como se ve, no matar a la víctima de violación es «más caro» que violar y matar seguidamente al menor de que se trate. Nótese pues los efectos perversos de este Proyecto: no cumple en objetivo de prevención general que debe tener toda ley penal, sino que más bien es un incentivo para asesinar a menores de edad víctimas de una violación.

¿Que puede hacer un Juez ante una Ley semejante si se aprobara un Proyecto como éste? Nos queda muy claro que hay algo que si puede hacer. Puede analizar racionalmente la ley, analizar sus repercusiones en la sociedad, y aplicarla de tal manera que al graduar la pena, el efecto perverso descrito no se dé en la moneda de los hechos.

Así, el efecto de resolver un caso de violación no se agota en establecer que sanción corresponde al delincuente. También implica analizar cual podría ser la consecuencia de la decisión en la conducta futura de nuevos violadores que luego de cometido el delito se verían tentados de cometer un asesinato.

## V. VIENDO MÁS ALLÁ DEL EXPEDIENTE

Ver más allá del expediente no quiere decir dejar de aplicar la Ley. Tampoco implica olvidarnos de la justicia del caso concreto. Por el contrario, es aplicar la Ley respetando su espíritu y entender que la justicia del

caso concreto no se agota en las partes involucradas en un expediente sino que se extiende a la sociedad como un todo.

El profesor Guido Calabresi decía con razón que muchas veces se criticaba la visión muy económica de los problemas legales por haber sustituido el tema de la justicia por el de la eficiencia económica. En ciertos casos, dice el autor citado, esa crítica puede tener algún fundamento. Pero no se puede olvidar que en un mundo donde los recursos son escasos, desperdiciarlos puede ser la mayor de las injusticias. Efectivamente, si uno pierde la perspectiva de los efectos económicos y sociales de los casos puede estar desperdiciando recursos y generando resultados tremendamente injustos.

Subir el valor del crédito o de las consultas médicas, puede perjudicar a grupos más débiles (como las viudas) por tratar de protegerlas en un caso concreto y no evaluar su situación como un todo. Olvidarnos que los cazadores no sólo hieren parroquianos en los ojos, sino que traen comida para la población; no comprender que el mal manejo de las combis no es solo responsabilidad de la policía, sino de los propios jueces; son consecuencias que debemos considerar cuando enfrentamos un expediente.

El juez debe aplicar la ley. Pero hacerlo no es considerar sólo su texto, sino su espíritu. Es la aplicación lo que convierte a la ley, de ser un conjunto de palabras, a ser una realidad viviente. Por eso, olvidar que es la aplicación la que le da la vida a la ley es como olvidar que es la inteligencia lo que nos da humanidad.

Esto no implica que se deje de ser justo en un caso particular. Posiblemente, si luego de ver más allá del expediente llegamos a la conclusión que debe primar la justicia del caso particular, es posible hacerlo. Pero veamos cuanto nos puede costar ser justos o, paradójicamente, cuanta injusticia puede ocultarse detrás de un aparente acto de justicia.

Ello implica proponer una concepción sistémica de la justicia, no una visión diádica. La justicia no es solamente un problema de la relación entre dos partes (visión diádica), sino que es la consecuencia de una visión de la sociedad como un sistema donde una injusticia afecta a muchos (y no únicamente a quienes han sufrido la injusticia de manera particular) y por tanto un acto de justicia también afecta a muchos, incluso de manera injusta o inadecuada. Una visión sistémica (de sistema) nos ayuda a ser más consciente de todos los efectos de justicia (o injusticia) de las decisiones judiciales.

Como se dijo en un inicio, no es la intención de este trabajo establecer un marco conceptual para «ver más allá del expediente» sino el plantear una necesidad de complementar el análisis jurídico tradicional con una perspectiva sistémica del problema jurídico.

Sin embargo, si creemos importante mencionar algunas sugerencias de como ampliar la perspectiva de análisis de un caso concreto para poder identificar aquello que no aparece como evidente para el análisis jurídico que parte de una perspectiva diádica.

Estas sugerencias son las siguientes:

a. Analizar el proyecto de fallo no solamente como la solución a un caso concreto, sino como un mensaje a la sociedad. Una buena idea es tratar de extraer el principio en que se basa el caso y que se desprende de una simple lectura de la resolución. Luego pensar que se tratará de una ley que se va a publicar en el Diario Oficial «El Peruano». ¿Se ajusta el principio a los objetivos que se persiguen con él? ¿Cuál será la consecuencia de este principio en la conducta de personas distintas a las partes?

b. Cuando se va a aplicar un principio tuitivo (por ejemplo proteger al deudor, al trabajador, a la viuda, etc.) debe analizarse cuál es el efecto de la aplicación de dicho principio en la situación futura de otras personas que pertenecen a la misma categoría que se piensa proteger. Por ejemplo, es importante formularse preguntas como: ¿Los acreedores estarán dispuestos a seguir prestando dinero con esa nueva condición? ¿No subirán los precios o las tasas de interés para compensar los efectos del mensaje contenido en el fallo judicial? El trabajador que no tiene empleo: ¿No enfrentaría dificultades para encontrar trabajo con las nuevas reglas que fija el fallo? ¿No será discriminado o vera reducido su salario como consecuencia de los costos que tienen que enfrentar? ¿No tendrán las viudas problemas para encontrar viviendas en alquiler, por el hecho de que un juez las ha protegido contra el desalojo? Es importante por ello visualizar o imaginar que el fallo va a ser leído por todos. También es fundamental analizar cuál será el efecto de tal lectura en la conducta.

c. Si lo que se persigue con el fallo es desincentivar una conducta no deseada: ¿Es el sentido del fallo un mecanismo idóneo para lograr tal fin? ¿No se presenta el riesgo que se desincentiven otras actividades que podrían ser totalmente deseables? ¿No generará la decisión del juez médicos o medicinas más caras o menos transporte público?

d. Evaluar cuanto contribuye el fallo ha generar confianza para operaciones o situaciones futuras. ¿Los inversionistas creerán que el fallo les da confianza porque protege la propiedad privada? ¿Hace el fallo más fácil contratar porque genera confianza en que la palabra empeñada se cumplirá? ¿Garantiza que los daños causados en una actividad serán indemnizados, favoreciendo así la confianza de la población?

Estos principios son sólo una muestra del tipo de preguntas que el AED nos sugiere nos pueden llevar a ver «más allá del expediente». Ello no

implica que no haya otras preguntas similares que puedan ayudar. Basta aplicar el sentido común para descubrir otras formas de ver más allá. Sin embargo, no se trata de sustituir la revisión del expediente y la aplicación de la ley por meras especulaciones. Se trata de darle vida a la ley y ver el expediente desde un ángulo más humano.

# Esquizofrenia Jurídica

## El impacto del Análisis Económico del Derecho en el Perú*

IHERING tuvo un sueño. Soñó que había muerto y que era conducido a un paraíso especial reservado para los teóricos del Derecho. En él se encontraba uno, frente a frente, con numerosos conceptos de la teoría jurídica en su absoluta pureza, libres de la contaminación de la vida humana. Allí estaban los espíritus incorpóreos de la buena y la mala fe, de la propiedad, de la posesión. Estaban así mismo los instrumentos lógicos para manipular y transformar esos conceptos, pudiéndose así resolver los más apasionados problemas del Derecho. Una prensa hidráulica dialéctica para la interpretación nos permitía extraer a presión un ilimitado número de interpretaciones de cualquier norma jurídica. Un aparato para construir ficciones y una máquina para partir cabello en 999,999 partes iguales, en manos de los juristas más expertos, podía dividir cada una de las partes resultantes en, a su vez, 999,999 partes. Las posibilidades de esté paraíso eran ilimitadas para los juristas más calificados, siempre que los mismos bebieran un liquido lácteo de las cosas terrenales de los hombres. Pero para los juristas más expertos el líquido era superfluo, pues nada tenían que olvidar[1].

---

* La presente sección se basa en el artículo «Esquizofrenia Jurídica. El Impacto del Análisis Económico del Derecho en el Perú», publicado en *Temis, Revista de Derecho,* N.º 44, 2002.

1. Citado por COHEN, Felix. *El Método Funcional en el Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pp. 11-12.

En ese mundo no hay nada real. Todo es imaginario. Los conceptos se pasean como personajes inexistentes a los que el jurista les habla mientras el lego, el cliente, el ciudadano común y corriente, mira al abogado como si estuviera conversando con el vacío. Son «cosas» que no se ven, que no están allí, salvo para el jurista experto que queda sujeto al riesgo de ser considerado un genio o un loco.

Este mundo conceptual sujeta a los abogados a una suerte de «esquizofrenia jurídica», un mirar a un vacío en el que se mueven visiones inexistentes e imperceptibles para los demás, conformadas por una serie de conceptos que encuentran y confirman su consistencia solo consigo mismos.

Y nada asusta más al esquizofrénico que la realidad, lo tangible, lo demostrable. La realidad entra de inmediato en contradicción con su visión, con sus alucinaciones. Muchas cosas no pueden explicarse si esos conceptos son traídos a la tierra, porque en ella las «reglas de la física» rompen los conceptos elementales sobre los que se han construido. La realidad atormenta al esquizofrénico. De la misma manera como traer al mundo real a quien se cree Napoleón lo lleva a descubrir que éste murió en el siglo XIX o a quien cree que lo persiguen espías rusos en la época de la guerra fría lo lleva a descubrir que eso no está ocurriendo y le crea una crisis existencial, el jurista de conceptos, traído a la tierra, si no es capaz de comprender la naturaleza instrumental de tales conceptos, pasa por un proceso similar.

Los esquizofrénicos tratan de negar la realidad como una forma de defender su propia «realidad», esa realidad perfecta que solo ellos ven y que defienden como si fuera la única existente. Muchos juristas, o abogados «aprendices de mago», pasan por el mismo proceso.

La irrupción de formas de ver el mundo de lo jurídico desde una perspectiva más real, como la sociología jurídica, la antropología jurídica, o más recientemente, el Análisis Económico del Derecho (en adelante AED), agudiza la esquizofrenia y asusta a quien ve cuestionado su «mundo imaginario».

El sueño de IHERING nos recuerda que los abogados solemos usar dos conceptos que son una suerte de lugares comunes de nuestra esquizofrenia. El primero es el de «ciencia jurídica». El segundo, el de «naturaleza jurídica».

Ambos conceptos reflejan una visión determinada del Derecho, una que como veremos, es bastante irreal. Por un lado está la idea de que el Derecho es una ciencia y que como ciencia tiene un objeto propio. Dado que tiene su propio objeto es posible descubrir en el mismo «cosas naturales», como quien descubre un nuevo elemento químico, una ley física o una nueva especia animal o vegetal.

Entonces aparece el concepto de «naturaleza jurídica», como el descubrir un objeto nuevo en la realidad capaz de ser definido conceptualmente.

Pero el Derecho no tiene un objeto natural; es un sistema de regulación de conductas y solución de conflictos antes que una ciencia. Su objeto, lejos de ser natural, es consecuencia de la creación del hombre. El Derecho es creado por el hombre y su «naturaleza» y la de las instituciones cambia tan pronto el legislador cambia la ley que la regula. Como bien dice KIRCHMANN, «tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura»[2].

Así, los abogados (o los «juristas», que no son sino los abogados con aspiración de científicos) envidiamos de otras ciencias el que tengan un objeto propio que antecede al conocimiento que lo estudia, y tratamos de «neutralizar» esa envidia inventándonos «naturalezas jurídicas» inexistentes, verdaderas «alucinaciones», porque a fin de cuentas el objeto de nuestra «ciencia» no precede al conocimiento, sino que es consecuencia del mismo. Y en ese mundo las cosas son manipulables y cambiantes, como si un físico pudiera por decreto derogar la ley de la gravedad o un químico añadir a su entera voluntad una docena de nuevos elementos a la Tabla Periódica. Como expresión de esa «locura», el jurista piensa que la realidad cambia por que él «descubre» un concepto nuevo.

Genaro CARRIÓ, al presentar la monografía de Eugenio BULYGIN, «La naturaleza jurídica de la letra de cambio», comentaba esos esfuerzos por encontrar «naturalezas jurídicas»: «El saldo es desconsolador: tales empresas —las afanosas pesquisas de 'naturalezas jurídicas'— están de antemano y en forma irremisible destinadas al fracaso. Entre otras razones porque lo que se busca, tal como se lo busca, no existe»[3].

Entonces el Derecho se convierte en una suerte de mixtura entre una religión y una ciencia metafísica, donde los conceptos mismos son los que son objeto de estudio por otros conceptos. Como señala Felix COHEN:

«Los razonamientos jurídicos expresados en estos términos son necesariamente circulares, dado que estos términos son en sí creaciones del derecho, y tales razonamientos añaden a nuestro saber exactamente lo mismo que el descubrimiento del médico de MOLIERE de que el opio hace dormir a los hombres porque contienen un principio somnífero.

Ahora bien, la proposición de que el opio hace dormir a los hombres porque tiene un principio somnífero es científicamente útil si 'principio somnífero' es definido física o químicamente. De otra manera solo sirve para obstruir el acceso a la comprensión de un falso conocimiento.

---

2. Citado por HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Problemas Epistemológicos de la Ciencia Jurídica,* Madrid, Editorial Civitas, 1981, p. 17.

3. BULYGIN, Eugenio. *Naturaleza Jurídica de la Letra de Cambio*, Abeledo Perrot, 1961. p. 7.

(...) Los conceptos jurídicos (...) son entidades sobrenaturales que no tienen una existencia verificable salvo a los ojos de la fe»[4].

En esa línea, los razonamientos jurídicos suelen ser una suerte de razonamientos sobrenaturales y circulares, porque usan conceptos creados para definir y crear otros conceptos. En pocas palabras, solemos contener el elemento definido en la definición, porque los elementos de realidad son escasos (o inexistentes) en el quehacer diario de los juristas.

Un ejemplo claro es el concepto de acto o negocio jurídico. Una vez traté de explicar a un profesor en Estados Unidos de qué se trataba ese concepto que, creía yo en ese entonces, le ayudaría a entender el difícil problema de la *consideration* que se había discutido en clase. Como sabemos, el acto o negocio jurídico es toda una compleja y muy apreciada doctrina de nuestro sistema legal que trata de encontrar conceptos comunes a todos los casos en los que la expresión de voluntad de una persona crea una obligación o relación jurídica. Bajo ese concepto están los contratos, los testamentos, el matrimonio, las promesas unilaterales, el reconocimiento de un hijo, la adopción y, por aplicación supletoria del Código civil, los actos administrativos del gobierno y hasta las sentencias de los jueces. Se busca una sola teoría que explique todo.

Al terminar mi explicación el profesor me dijo «*Muy interesante ¿Para que sirve?*». Luego de una breve discusión sobre la utilidad práctica, no supe qué contestar pues su única utilidad era para hacer más complejos los conceptos. Es que el acto jurídico no es ni siquiera un concepto, sino un «supraconcepto», es decir un concepto de conceptos. Trata de explicar qué tienen en común cosas totalmente distintas que, a su vez, no tienen existencia verificable. Sus reglas, en lugar de ayudarnos a encontrar soluciones prácticas, sólo alejan el lenguaje de los abogados del lenguaje de los hombres. Con ello no se crea ciencia, se crea metafísica. El abogado se vuelve entonces una suerte de mago, cuya magia radica en su capacidad de usar palabras que nadie entiende para describir una realidad que nadie ve.

En esta línea, KANTOROWICZ plantea un ejercicio mental interesante: «Preguntarse respecto de cada enunciado (...) qué consecuencias nocivas experimentaría la vida social si en lugar de tal enunciado se adoptara el contrario. Examinar luego todos los tratados, comentarios, monografías y repertorios de decisiones y ver cuántas preguntas de ese tipo reciben respuesta y cuántas de ellas son siquiera formuladas»[5].

---

4. COHEN, Felix. *El Método Funcional en el Derecho, Ob. cit.*, pp 46-48.

5. Citado por COHEN, Felix. *Ob. cit.*, pp. 131-132.

Como se puede ver, el AED es una forma de dar respuesta a algunas de las preguntas que el Derecho, visto sólo como jurisprudencia de conceptos, no puede contestar. Es una forma de contar con herramientas que permitan, en términos de COHEN, «definir somnífero en base a un principio químico o físico» o, en términos de KANTOROWICZ, poder responder a la pregunta de qué efectos nocivos tendría un enunciado si se adoptará precisamente el contrario.

Esta presunción de que el Derecho es una ciencia ni siquiera ha sido adoptada con coherencia. Las ciencias construyen una hipótesis de trabajo, la aplican y luego evalúan que pasó. Si un médico diseña una nueva operación quirúrgica, una vez operado el paciente irá a verlo al hospital y evaluará sus síntomas, como reaccionó, si la operación sirvió de algo y si el pariente sobrevivió. De no hacerlo, nunca sabrá si su esfuerzo sirvió para algo. Pero los abogados «operamos» la realidad con nuestros nuevos conceptos y nunca visitamos a nuestro paciente para, de manera sistemática, saber que pasó con él. No es de extrañar que con tal procedimiento haya tantas normas inaplicables y el Derecho se encuentre tan desprestigiado.

Pero incluso si el «jurista» tuviera la responsabilidad de revisar al paciente, carece del bagaje de conocimientos suficientes para evaluar el resultado de su «operación». El AED no es otra cosa que tratar de poner al alcance del abogado herramientas para poder diseñar mejor su «operación» mediante la predicción de su resultado y para poder, luego de «operado el paciente», medir si tuvo o no éxito.

A pesar de que el AED no es más que eso, la dogmática (o mejor dicho algunos dogmáticos o aprendices de dogmáticos) le temen y lo consideran una amenaza o en todo caso algo a lo que no se le debe hacer el menor caso. Y no es extraño que otras disciplinas que buscaban crear herramientas similares como la Sociología Jurídica o la Antropología Jurídica, hayan sido víctimas de reacciones similares. Finalmente no es otra cosa que temer a ampliar nuestro conocimiento.

Como trataré de demostrar en este trabajo, gran parte de la resistencia que muchos abogados y profesores de Derecho muestran hacía el AED no es otra cosa que síntomas de una suerte de esquizofrenia. No quiero que se me malinterprete. No pretendo decir que estar en contra del AED es ser un esquizofrénico. De hecho muchas posiciones en contra se sustentan en un estudio detallado de sus alcances y en una comprensión adecuada de sus principios metodológicos. La discrepancia informada no solo es aceptable, es estimulante y necesaria y empuja a perfeccionar los alcances de una idea o de una forma de pensar. Sin duda esas discrepancias serias han contribuido tanto o más al desarrollo del AED que las ideas de sus más destacados defensores. Hay críticas no solo respetables, sino que desnudan los

límites que, como toda forma de pensamiento, el AED tiene para ayudarnos a comprender cómo funciona el Derecho.

Pero debajo de estas críticas inteligentes, se encuentran una inmensidad de reacciones esquizofrénicas parecidas a la del loco al que le dicen que no es Napoleón y asume desde una argumentación circular y sin sentido hasta la reacción agresiva para demostrar que sí es Napoleón y que su mundo es el real por más que la realidad le demuestre todo lo contrario.

A fines de analizar estas posiciones me propongo desarrollar un esquema de tres pasos. En el primero describiré a muy grandes rasgos y de una manera superficial, dado el espacio disponible, qué es y qué caracteriza al AED. En el segundo haré una reseña muy apretada del desarrollo del AED en el Perú, mostrando cómo se encuentra entre los países más desarrollados en el tema en Latinoamérica, lo que explica por qué hay reacciones tan marcadas en su contra. Finalmente, analizaré muy brevemente las distintas formas de «esquizofrenia» que se han desarrollado en nuestro país y por qué esas criticas no son sino la muestra de un desconocimiento de los alcances del AED.

## I. ¿QUÉ ES REALMENTE EL AED?

De la misma manera como los esquizofrénicos crean leyendas sobre la realidad, algunos «juristas» crean leyendas sobre el AED. Sin embargo el AED es algo más sencillo de lo que parece. Se trata de una metodología o, más concretamente, de la aplicación del método económico para entender a las instituciones jurídicas.

Sin duda la economía se ha ganado, merecidamente, el apelativo de ser la «reina de las ciencias sociales». Tal galardón lo ha obtenido por haber desarrollado un marco analítico bastante sofisticado, capaz de traducir la conducta humana en modelos, los cuales llegan incluso a reflejarse en gráficas o en fórmulas matemáticas bastante complejas. Con ello ha logrado entender mejor el mundo real, a pesar de que paradójicamente estén simplificando dicha realidad.

Tradicionalmente, la economía ha sido definida como la ciencia encargada de evaluar la asignación de recursos escasos entre usos alternativos. Sin embargo esa definición no es aceptada pacíficamente el día de hoy. Así, en palabras de Gary Becker[6], el enfoque económico tiene como núcleo cen-

6. Becker, Gary. «El enfoque económico del comportamiento humano». En: *Información Comercial Española* N.º 557, enero 1980.

tral la combinación de tres supuestos: el comportamiento maximizador, el equilibrio de mercado y las preferencias estables.

La aproximación beckeriana a la economía revolucionó lo que la economía piensa de sí misma y la vinculó con lo que tiene en común con las demás ciencias humanas: la capacidad de predecir la conducta humana.

El punto de partida de ese análisis es que los individuos reaccionan a ciertos incentivos de una manera predecible. En general, los beneficios motivan a alguien a desarrollar conductas que los generan (es decir llevan a las personas a buscarlos) y los costos desalientan a desarrollar conductas que llevan a incurrir en ellos (es decir llevan a las personas a evitarlos). Si ello es así, es posible predecir que mayores beneficios traerán una mayor cantidad de ciertas conductas y determinados costos una menor cantidad de ciertas conductas. Ello no indica, sin embargo, certeza. Solo indica tendencias. La gente tenderá, en el agregado, a buscar beneficios y reducir costos, a pesar de que muchos individuos en particular no se comporten siempre así.

Sobre la base de estos elementos es posible desarrollar modelos de predicción sumamente sofisticados que, con la ayuda incluso de ciencias exactas como las matemáticas, consiguen asombrosos resultados en la práctica. Un ejemplo nos demuestra este punto.

Que el Ministro de Economía nos diga que la inflación al final del año será de 3.5% parece no asombrar a nadie. Sin perjuicio de que muchas veces se equivoca, especialmente cuando es un Ministro poco serio, lo cierto es que puede acercarse a la cifra final con un asombroso nivel de precisión. ¿Somos concientes de qué significa eso?

La inflación es un hecho que no depende de nadie en particular, pero sí de todos en general. Si bien el gobierno puede tomar una serie de decisiones importantes que afectan el aumento de precios, la verdad de los hechos es que la inflación depende de millones de decisiones de producción, consumo e intercambio tomadas por una multitud de personas diferentes. Cada vez que alguien decide subir o bajar un precio afecta la inflación. Cada vez que un consumidor decide comprar o dejar de comprar a un precio dado afecta la inflación. ¿Cómo puede predecirse como se van a comportar millones de personas distintas en un futuro respecto a su propensión a vender y comprar a determinados precios?

La respuesta sólo puede encontrarse si uno comprende el nivel de sofisticación que ha alcanzado la ciencia económica. Las técnicas de predicción desarrolladas por esta ciencia permite predecir cómo un número elevado de personas va a tender a comportarse a partir de ciertas premisas dadas (liquidez y volumen de masa monetaria, comportamiento de las importaciones y exportaciones, niveles de inversión, etc.).

La nueva definición propuesta por BECKER permitió que la economía avanzara sobre áreas tradicionalmente consideradas no económicas, pudiendo predecirse conductas como casarse o divorciarse, suicidarse, fumar, efectos de la pena de muerte en el nivel de delincuencia, procrear hijos, adoptar, etc. Si uno entiende que los beneficios y costos no son solo elementos expresables en términos monetarios, sino en general todo elemento positivo o negativo que alguien recibe o sufre (como el placer y el sufrimiento, la comodidad o la incomodidad) podrá ampliar el campo de la economía, casi sin limites, a virtualmente toda forma de conducta humana.

¿Cómo ha desarrollado la economía esta capacidad de predicción sobre algo tan complejo como la conducta humana, que depende de tantos factores, la mayoría totalmente subjetivos y hasta arbitrarios? La respuesta está en el uso de modelos. Cuando algo es muy complejo, el arte de comprenderlo está en simplificarlo. Cuando muchas variables afectan un resultado, identificar un conjunto de variables relevantes y dejar de lado las que no lo son es una forma de avanzar en la comprensión del problema. Eso es lo que hace la economía: simplificar la realidad para comprenderla mejor en su complejidad.

El uso de modelos, a pesar de ser una de las fortalezas más claras del análisis económico, es también la fuente de las críticas más duras. La simplificación es, sin embargo, la única forma de acercarnos a la comprensión de algo, a pesar de que, paradójicamente, implica alejar ese algo de la realidad.

Un buen economista sabrá elegir las variables adecuadas para que el modelo le permita predecir la conducta humana en el agregado, en el mundo real. Para ello presumirá algunos aspectos sobre la base de los cuales formulará sus conclusiones. Por ejemplo, presumirá que los individuos actúan racionalmente, colocando los recursos a su alcance para orientarlos a la consecución de sus fines. Sobre la base de ello, predecirá cómo se comportarán normalmente los individuos ante determinada situación.

Sin embargo hay que tener claro que el valor de una premisa o presupuesto no esta en su realismo sino en su capacidad explicativa. Por ejemplo el asumir que los individuos son racionales no requiere que se demuestre que es cierto para tener capacidad explicativa. Incluso si una mayoría de individuos no fueran racionales, pero el resultado agregado fuera consistente con la racionalidad, entonces el presupuesto es útil. Si la cantidad ofrecida sube el precio debe bajar. Ello parte que los individuos son racionales y por tanto ante un aumento de la cantidad ofrecida estarán dispuestos a pagar menos. Ello significa que las personas, racionalmente, buscan pagar lo menos posible. En la realidad esa premisa no es del todo exacta. No siempre las personas eligen lo más barato o incurren en los costos de

búsqueda para identificarlo. Pero en el agregado (y la evidencia empírica así lo demuestra) el aumento de la cantidad ofrecida reduce los precios en el mercado. Si algo es abundante los individuos en la realidad (y no solo en el modelo) suelen pagar precios más bajos. Entonces el presupuesto es útil y tiene capacidad explicativa.

Cuando uno comprende que el Derecho es un sistema de regulación de conducta humana que persigue orientar dicha conducta sobre la base de incentivos que solemos llamar «consecuencia jurídica», descubrirá de inmediato la utilidad de contar con una metodología para predecir la conducta. Redactar una ley, preparar una sentencia o decisión administrativa o simplemente redactar un contrato, son actos respecto de los cuales los abogados necesitamos saber cómo influirán en la conducta de los involucrados. Identificar los incentivos correctos contribuirá con alcanzar o no los fines que nos proponemos.

Una predicción simple es aquella que indica que si se sube la multa por cruzar una luz roja debería disminuir el número de personas que cruzan una luz roja. Es una simple aplicación de la regla que a mayor el precio menor la cantidad demandada. Subir la multa equivale a subir el precio de cruzarse una luz roja, con lo que el incremento de costo llevará a que menos personas «demanden» cruzar una luz roja.

Pero el análisis es aún más sofisticado. El costo de cruzar la luz roja no es igual a todas horas. Los individuos, para tomar la decisión de cruzar una luz roja, no toman en cuenta la magnitud total de la sanción, sino la magnitud esperada. La magnitud esperada depende no sólo de la multa establecida, sino de la posibilidad de ser detectado cometiendo la infracción, lo que depende a su vez de la capacidad de las autoridades y de la habilidad del infractor.

Este presupuesto de análisis tiene sólido sustento en la evidencia empírica. Los cruces de luces rojas son más frecuentes a las tres de la mañana que a mediodía. La razón es obvia. A mediodía la posibilidad de detección crece. Hay más policías en las calles y las posibilidades de un accidente se incrementan por el tráfico, con lo que en la realidad la multa es mayor que a las tres de la mañana, donde la posibilidad de ser detectado es sustancialmente menor. Así, si bien nominalmente la multa es la misma a ambas horas del día, es menor a las tres de la mañana porque la menor posibilidad de ser detectado genera que el infractor descuente de la sanción dicha posibilidad.

Una alternativa es subir las multas en circunstancias en que la posibilidad de detección cae. Así, para ser consistentes, la multa a las tres de la mañana debería ser mayor que la del mediodía. Otras áreas del derecho,

como la del derecho penal, incorporan ese factor. Por ejemplo, es común encontrar en los códigos penales como una agravante que amerita un incremento de la pena el cometer el delito en la oscuridad. Ello porque la oscuridad dificulta la detección del delito, teniendo un efecto de descuento en la sanción esperada.

Quizás lo que ocurre y explica por qué no se incrementa la sanción a los cruces de luz roja en la madrugada es que si bien la pena es menor a las tres de la mañana por efecto de la menor capacidad de detección, también lo es la posibilidad de causar daño, porque hay menos carros circulando a esa hora, con lo que la sociedad está dispuesta a tolerar un número mayor de cruces de luz roja a esas horas.

Habrá quienes cuestionarán el análisis diciendo que no todos los conductores actúan así. De hecho, habrán siempre conductores que se crucen la luz roja así se incrementen las penas y la posibilidad de detección a niveles óptimos. Pero en todo caso ello no deslegitima el análisis efectuado, pues es evidente que, al menos en el caso de quienes actúan con esa racionalidad, el resultado será el señalado.

La metodología seguida por el AED es incómoda para mantener la insanía mental de los juristas esquizofrénicos. La metodología permite incorporar al análisis cómo se comportan seres de carne y hueso y cuáles son las consecuencias de la decisión que se tome. Ello puede conducir a perder consistencia conceptual, como si lo que importara es la consistencia entre dos conceptos y no la consistencia entre el concepto y la realidad.

Cuando alguien queda en capacidad de demostrar que la aplicación de la naturaleza jurídica de una institución conduce a que los individuos se comporten de una manera inadecuada, la «alucinación conceptual» queda en evidencia como tal y el jurista queda «mirando al vacío» frente a los ojos de los demás.

Como veremos más adelante, esto se refleja en distintos tipos de «esquizofrenia jurídica» que cuestionan un método por ser «demasiado realista».

## II. UN POCO DE HISTORIA

Como ya hemos dicho, el avance del AED en el Perú ha sido admirable y quizás no tenga parangón en Latinoamérica. Ello muestra que ha tenido acogida e impacto, aunque no necesariamente la popularidad de algo habla de sus méritos. Para quienes no son positivistas, por ejemplo, el nivel de difusión del positivismo no es una buena noticia. Pero es innegable que nuestros sistemas son básicamente positivistas. Estar en desacuerdo con el

positivismo es una cosa, negar el impacto del positivismo es algo totalmente distinto.

La difusión actual del AED en el Perú no es signo de que haya despertado consenso. De hecho, creo que gran parte de su relativa popularidad se debe precisamente a la existencia de una serie de posiciones discrepantes que generan interés en el tema. Pero sí creo que es signo de su impacto, el cual, como veremos a continuación, ha dejado sus marcas en nuestro sistema jurídico. Por ello, incluso discrepar de sus propuestas no es excusa para no conocer y estudiar sus contenidos.

### 2.1. Los inicios

Las primeras manifestaciones identificadas de AED en el Perú se dan en la década de los 80, centradas principalmente en los trabajos del Instituto Libertad y Democracia (ILD), liderado por Hernando De Soto. Debemos tener en cuenta que, si bien no hay consenso sobre cuál es la partida de nacimiento del AED, los primeros trabajos del tema claramente son de la década de los 60. Esto quiere decir que el AED llega con más o menos 20 años de atrasó a nuestro país.

Los trabajos del ILD se centraron principalmente en el análisis de la informalidad en el Perú y en el diagnóstico de que la economía informal incluía no sólo actividad de comercio e industrias, sino además la construcción de grandes áreas urbanas en los denominados pueblos jóvenes y barrios marginales. Estos estudios del ILD evaluaron los costos de la legalidad, los costos de transacción que la sobrerregulación y los trámites burocráticos generaban y la mala definición de derechos de propiedad. A partir de ello se sostenía la existencia de una economía informal que desarrollaba sus propias reglas y creaba su propio mercado para superar los costos que el sistema legal generaba.

El punto más importante de esta etapa fue la publicación de *El Otro sendero*[7], en 1986, cuyos autores, Hernando De Soto, Enrique Ghersi y Mario Ghibelini recogieron gran parte de los estudios realizados por el ILD.

Estos trabajos del ILD influyeron también en el hecho de que a fines de los 80 el Estado, bajo la asesoría del Instituto, promulgara una serie de normas dirigidas a generar un proceso de simplificación administrativa, cuya norma central fue la Ley 25305 del 10 de junio de 1989, Ley de Simplificación Administrativa, dirigida a reducir los costos de la actuación de la

7. De Soto, Hernando, Enrique Ghersi y Mario Gibellini. *El Otro Sendero,* Instituto Libertad y Democracia, Lima, 1986.

administración pública a los ciudadanos, buscando reducir a su vez los costos de transacción en la economía.

Adicionalmente, en este mismo período, se dieron normas para facilitar el acceso a la llamada propiedad informal y al crédito a través de la creación de la denominada hipoteca popular, un derecho de garantía que no recaía sobre la propiedad, sino sobre la posesión, recogiendo la situación generalizada de los pueblos jóvenes y asentamientos marginales cuyos ocupantes carecían de títulos de propiedad en el sentido convencional del término.

Los trabajos del ILD pueden ser definidos básicamente como «cousianos», es decir, inspirados en las teorías de Ronald COASE, Premio Nobel de Economía en 1991, cuyo aporte principal es la teoría de los costos de transacción. Casi podríamos decir que los trabajos del ILD son una simple aplicación práctica de las ideas de COASE, quien puede ser considerado uno de los fundadores del AED, en los años 60[8].

A la publicación de varios trabajos en la década del los ochenta por parte del Instituto Libertad y Democracia, se suma el trabajo de Aníbal SIERRALTA *Introducción a la Iuseconomía* en 1988[9], un libro bastante básico que mezcla en su contenido, en nuestra opinión de una manera bastante confusa, el tema del AED con el llamado Derecho Económico, que constituye más que una aproximación metodológica, una pretendida rama especial del Derecho.

Sin embargo, pocas personas asociaban el trabajo del ILD con el AED. Es recién en los últimos años de la década de los 80 y sobre todo en los primeros años de los 90, es decir casi 30 años después de su aparición en el mundo, que el AED comienza a ser reconocido como una tendencia importante en el Derecho Peruano.

En esta etapa, que se prolonga por toda la década de los 90, una serie de abogados jóvenes viajan a seguir estudios de maestría a los Estados Unidos, especialmente a las Universidades de Yale, Chicago, Harvard y Virginia. Estos abogados concentran parte importante de sus estudios en cursos de AED.

---

8. Quizás la obra fundacional del AED sea «El Problema del Costo Social». En: *The Journal of Law and Economics*, Vol. 3, 1960. En dicho trabajo, COASE aplica el concepto de costos de transacción a las instituciones legales. De este trabajo se derivaría luego el famoso Teorema de COASE que lo haría mundialmente conocido.

9. SIERRALTA, Aníbal. *Introducción a la juseconomía,* Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988.

### 2.2. El Impacto en el Mundo Académico.

A inicios de los 90 aparecen las publicaciones de los primeros artículos que parten de esta perspectiva de análisis en las principales revistas jurídicas del país, en especial *Themis* y *Ius et Veritas*, seguidas de traducciones al español de importantes estudiosos de AED, especialmente norteamericanos, tales como Guido CALABRESI, Ronald COASE, Richard POSNER, George PRIEST, Richard EPSTEIN, entre otros.

Inicialmente se publican artículos que explican aspectos básicos de la teoría (en particular las tesis de Ronald COASE, aspecto reforzado por el interés generado con la obtención del Premio Nobel por este autor). Sin embargo, la mayoría de trabajos se orientan al estudio de instituciones de Derecho civil, especialmente temas de derechos de propiedad, responsabilidad civil y contratos. Ya entrando a la segunda mitad de la década aparece un nuevo tema en juego referido a las regulaciones estatales y al rol del Estado en la economía. En dicho periodo se estudian especialmente las regulaciones antimonopolios, las actividades regulatorias sectoriales (en especial telecomunicaciones) y las normas de protección al consumidor, competencia desleal y publicidad. Este fenómeno se refuerza con la creación en el Perú de organismos y agencias encargadas de aplicar estas regulaciones, en especial el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI, en 1992.

A estos temas se fueron sumando otros menos convencionales como Derecho penal, mercados de valores, «public choice», corrupción, Derecho Laboral, Derecho Administrativo, entre otros.

Como se dijo, las revistas de Derecho se preocupan también de la traducción de trabajos vinculados al AED, en especial de autores norteamericanos. Es especialmente notoria la traducción de una serie de artículos de Guido CALABRESI. Esto es un claro síntoma del interés existente por ampliar el conocimiento y análisis de estos temas en el mundo académico.

Actualmente es difícil encontrar algún número de alguna de las principales revistas de Derecho que no publiquen algún trabajo de AED. Los trabajos de AED tienen un alto nivel de demanda en el mundo académico y son continuamente utilizados en tesis y trabajos de investigación. En esto hay dos hitos importantes. El primero es que en el 2002 *Themis*, quizás la revista jurídica más importante del país, publicó un número cuyo tema central estuvo dedicado al AED[10] con artículos de autores tan destacados como Ronald COASE, Richard POSNER, Gary BECKER, Guido CALABRESI, Richard

10. *Themis*, Revista de Derecho. Segunda Época. 2002. No. 44

EPSTEIN y Eric POSNER, entre otros. El segundo es la aparición de la Revista de Economía y Derecho, publicada por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y que a la fecha de preparación de la presente edición de este libro lleva ya 6 números. Dedica sus páginas principalmente a temas de AED o vinculados a la relación entre Derecho y Economía en general y se ha convertido en un canal continuo y ya institucionalizado de difusión del AED no solo entre abogados, sino entre economistas.

En 1993 se publica el libro titulado *El Derecho civil Peruano. Perspectivas y problemas actuales* editado por Luis PIZARRO ARANGUREN, y que constituye una recopilación de trabajos que en su mayoría parten de la perspectiva del AED[11]. En 1996 se publica *Estudios de Análisis Económico del Derecho*[12] del autor del presente trabajo, que recopila una serie de trabajos sobre la misma temática. A estos trabajos se suma recientemente *¿Por qué hay que cambiar el Código civil?*, publicado por la UPC, que recoge un seminario en el que se abordó el tema de la reforma del Código civil Peruano principalmente desde la perspectiva del AED. En el caso del presente libro, cuya primera edición se produjo en el año 2003, ya se han dado tres reimpresiones, demanda que ha forzado a preparar una edición nueva del mismo.

Es de destacar la visita al Perú en 1995 del profesor Douglas NORTH, Premio Nobel de Economía en 1993, quien dicta una serie de conferencias vinculadas a la tesis de la economía neo institucional, en especial referidas al INDECOPI, institución que encontró como un fenómeno interesante de reforma institucional.

Ello despertó un renovado interés por el desarrollo del marco institucional, lo que se reflejó también en la actividad académica de la segunda mitad de la década de los 90.

Como contrapartida, han aparecido artículos, e incluso libros, que critican al AED, reivindicando otras aproximaciones al problema jurídico, en especial desde el punto de vista dogmático más tradicional. Ello ha enriquecido el debate sobre el particular. Sin embargo, algunas aproximaciones constituyen críticas que denotan un desconocimiento de qué es el AED, críticas a las que hemos llamado «reacciones esquizofrénicas».[13]

---

11. PIZARRO, Luis (ed.). *El Derecho civil Peruano. Perspectivas y problemas actuales*, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1993.

12. BULLARD, Alfredo. *Estudios de Análisis Económico del Derecho,* ARA Editores, Lima, 1996.

13. Un buen ejemplo, quizás el más paradigmático, es el reciente libro de Mario CASTILLO y Ricardo VÁSQUEZ *Analizando el Análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2004. Es importante destacar que Mario Castillo, uno de los más prolíficos autores perua-

Asimismo, comienza a aparecer la influencia del AED en diversos cursos. Curiosamente su influencia es mucho más notoria en las facultades de Derecho que en las facultades de Economía. Inicialmente, la presencia del AED aparece en cursos como Reales y Responsabilidad Civil, en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. En 1990 se dicta, como electivo, el primer curso de AED bajo el nombre de Temas de Derecho civil, curso diseñado como un seminario con contenido variable. A partir de 1992 se dicta en la Católica ya bajo del nombre de Análisis Económico del Derecho.

Inicialmente el número de matriculados era relativamente bajo (entre 15 y 20 alumnos por semestre) y se dictaba un solo semestre al año. Pero desde 1999 el curso se dicta ambos semestres gracias a un incremento notorio de su demanda. Actualmente se matriculan cerca de 40 alumnos por semestre (el máximo cupo disponible) lo que totaliza cerca de 80 alumnos al año que llevan el curso en dicha Universidad.

Pero en la Universidad Católica la influencia no se ha limitado al referido curso. Una de las secciones de Responsabilidad Civil suele dictarse usando la perspectiva del AED, a fin de contrastar con una aproximación más dogmática en la otra sección.

En el curso de Derecho Reales varios de sus contenidos han sido influenciados por el AED, en especial en temas de definición de derechos de propiedad y transferencia de titularidades. No salen de su influencia otros cursos del área civil y del área mercantil. A ello naturalmente se añaden los cursos vinculados a regulación económica (Derecho de la Competencia, Telecomunicaciones, entre otros).

Asimismo, el programa de Maestría en Derecho con Mención en Derecho civil fue reformulado en 1993 a fin de incorporar cuatro cursos vinculados a Análisis Económico del Derecho. Estos fueron Introducción al Análisis Económico del Derecho (que incluía temas de responsabilidad civil extracontractual), Titularidades (que analizaba desde el punto de vistas económico los derechos de propiedad), Derecho Contractual y Sistema Económico (que además del tema de contratos abordaba algunos aspectos de

---

nos en temas de Derecho hay dedicado todo un libro a cuestionar al AED. Lamentablemente lo hizo de una manera algo prematura, sin tener una comprensión integral de sus alcances y sobre todo de su relación con el Derecho Civil, y limitándose a revisar virtualmente solo lo escrito en el Perú sobre el tema. El resultado es una posición fragmentada e incompleta, que termina describiendo como AED algo que el AED no es. Sin embargo esperemos que en el futuro, cuando el Dr. CASTILLO profundice sus estudios sobre el tema, podamos tener un debate alturado como el que hemos tenido en otros campos.

regulación de mercados, en especial legislación de libre competencia, regulación de publicidad y protección a los consumidores) y Derecho de Familia (que abordaba las normas de familia desde la perspectiva económica).

En el año 2000 se ha abierto una nueva Maestría en Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia que incluye cursos de economía para abogados y un curso introductorio a AED. Además, el contenido de los demás cursos está bastante influenciado por el AED.

En otras universidades la evolución no ha sido muy distinta. La Universidad de Lima incorporó un curso de Derecho y Economía a su plan de estudios como curso electivo en 1994. Adicionalmente, en la Maestría en Derecho Empresarial de dicha Universidad se incorporaron cursos con influencia de AED, en especial el curso llamado Competencia y Mercado, que incluye una introducción al AED y el uso de la metodología de AED para evaluar las regulaciones Antimonopolio, las normas de protección al consumidor y las normas de regulación publicitaria.

Finalmente, donde más influencia se puede apreciar del AED es en la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Todo el plan de estudios tiene una marcada influencia de AED. Tal influencia es muy clara especialmente en los cursos de Derecho civil Patrimonial y Derecho Comercial. El plan de estudios se ha basado en modelos curriculares norteamericanos. Por primera vez se incluye un curso de AED como curso obligatorio en el quinto semestre. Asimismo, en el primer semestre se dicta otro curso obligatorio llamado Razonamiento Económico, que persigue familiarizar a los abogados con el método de análisis económico. A ello se suma un curso de Economía para Abogados que busca dotar al abogado de herramientas para realizar un mejor análisis económico de los problemas legales. En las Maestrías de Derecho y Empresa y de Regulación ya se han incluido cursos de AED en la currícula.

Adicionalmente a los programas curriculares, es común la organización de seminarios y congresos académicos y profesionales en los que se desarrollan temas de AED o a partir de su perspectiva. Además, en convenios con las universidades, muchas instituciones públicas y privadas han organizado cursos en los que se incluyen materias de AED. Ello ha ocurrido con instituciones como los Registros Públicos, la Superintendencia de Banca y Seguros, el INDECOPI, el OSIPTEL, CONASEV, entre otros.

La mayor difusión de los contenidos de AED entre el alumnado ha permitido en los últimos años ir superando uno de los problemas principales que se presentaban en un inicio: la falta de profesores en estos temas. Así, ya no se depende sólo de aquellas personas que estudien postgrados en el extranjero sobre estos temas, sino que ya existe un nivel de formación básico e incluso en nivel de maestría que ha permitido ampliar la plana

docente que, si bien aún presenta restricciones, permite dar una mayor cobertura.

Sin duda se han desarrollado sólidas bases académicas que han contribuido a una notable difusión del AED en el país y que cada vez su estudio y conocimiento por parte de los abogados se vaya tornando en una necesidad indispensable. Hoy, muchos de los abogados que egresan de las universidades más prestigiadas del país reciben al menos un bagaje mínimo de conocimientos en AED y es posible especializarse en el área en algunos de los programas de postgrado existentes.

### 2.3. El Impacto del AED en la gestión pública

La influencia del AED en la gestión pública ha sido importante, lo que ha contribuido a la identificación de algunas de las reformas económicas, en especial la privatización y apertura de la economía, y en la definición del rol de las agencias estatales y los organismos reguladores. De allí se origina principalmente la vinculación efectuada entre el AED y supuestas posturas económicas liberales o mal llamadas neoliberales.

A ello se suma la clara influencia de expertos del Banco Mundial quienes, en base a marcos teóricos propuestos por la económica neoinstitucional, propusieron paquetes de reforma que se han tendido a identificar como producto del AED.

A continuación, se analizan las implicancias e influencia del AED en diversas áreas de gestión pública, en particular en la administración pública, en el Poder Legislativo y en el Poder Judicial.

#### *a) El AED en la Administración Pública*

Quizás en el área de la gestión pública en la que mayor influencia ha tenido el AED es en la administración pública, es decir en el Poder Ejecutivo. Así, una serie de reformas implementadas durante los años 1991 a 1993 utilizaron herramientas de este tipo en su desarrollo y concepción.

Ya la legislación de simplificación administrativa implementada desde finales de los años 80 había evaluado los costos de cumplimiento de trámites burocráticos y la existencia de costos de transacción generados por estos trámites. Así, la Ley 25305 del 10 de Junio de 1989 y su Reglamento (Decreto Supremo 070-89-PCM de Septiembre del mismo año) habían, sobre la base de las propuestas del Instituto Libertad y Democracia, reconocido la importancia que simplificar trámites tenía para la reducción de costos de transacción en la economía. Este proceso terminó de consolidarse con la promulgación de la Ley del Procedimiento Administrativo General

que tiene una marcada influencia del AED, en particular en la formulación de los principios que permiten la reducción de los costos de transacción.

Este proceso también se aprecia con la promulgación en 1991 del Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, que reconoce un marco institucional básico orientado a reducir los costos de operación (costos de transacción) del sector privado en la economía, incluyendo una profundización en el proceso de simplificación administrativa.

Estos cambios pretendieron una administración pública más racional y basada en evaluaciones de costo beneficio para justificar su actuación.

En 1996 se crea la Comisión de Acceso al Mercado en el INDECOPI, la que en base a lo establecido en el artículo 26 BIS[14] , incorporado en el Decreto Ley N.º 25868, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI en base a la modificación introducida por el artículo 53 del Decreto Legislativo 807, podía declarar la ilegalidad e irracionalidad de las barreras burocráticas creadas por la administración pública. Este órgano funcional del INDECOPI, en base a evaluaciones costo-beneficio de la actuación de la administración pública centradas principalmente en la creación de costos

---

14. Artículo 26 BIS.- La Comisión de Acceso al Mercado es competente para conocer sobre los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial de las pequeñas empresas, y de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia establecidas en los Decretos Legislativos N.º 283, 668, 757, el artículo 61 del decreto legislativo N.º 776 y la Ley N.º 25035, en especial los principios generales de simplificación administrativa contenidos en su artículo 2, así como las normas reglamentarias pertinentes. Ninguna otra entidad de la Administración Pública podrá arrogarse estas facultades. La Comisión, mediante resolución, podrá eliminar las barreras burocráticas a que se refiere este artículo.

    La Comisión podrá imponer sanciones y multas al funcionario o funcionarios que impongan la barrera burocrática declarada ilegal, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y la formulación de la denuncia penal correspondiente, de ser el caso. La escala de sanciones es la siguiente: falta leve con sanción de amonestación; falta grave con multa de hasta dos (2) UIT y falta muy grave con multa de hasta cinco (5) UIT.

    En caso que la presunta barrera burocrática haya sido establecida en un Decreto Supremo o Resolución Ministerial, la Comisión no podrá ordenar su derogatoria o inaplicación ni imponer sanciones. En tal supuesto el pronunciamiento de la Comisión se realizará a través de un informe que será elevado a la Presidencia del Consejo de Ministros para ser puesto en conocimiento del Consejo de Ministros a fin de que éste adopte las medidas que correspondan.

    Lo dispuesto en el párrafo que antecede también será de aplicación a la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales a que se refiere el artículo anterior.

de transacción por parte de entidades de la propia administración, esta en posibilidad de corregir estos problemas, incluyendo a las entidades del ámbito regional y municipal.

En paralelo, se crean una serie de organismos cuyos marcos de actuación y gestión propias se sustentan en muchas de las herramientas conceptuales concebidas por el AED. Ejemplos de ello son el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) encargado de la aplicación de las normas de libre competencia, competencia desleal, publicidad, protección al consumidor, reglamentos técnicos, eliminación de barreras burocráticas y paraarancelarias, *dumping* y subsidios y el sistema concursal, así como las normas de propiedad intelectual en todas sus formas; el Organismo Supervisor de Inversión en Telecomunicaciones (Osiptel), encargado de la regulación de las telecomunicaciones; el Organismo Supervisor de Inversión en Energía (Osinerg), encargado de la supervisión de los sectores de energía eléctrica e hidrocarburos; la Superintendencia Nacional de Servicios de Agua y Saneamientos (Sunass), a cargo de la supervisión de los servicios de agua y saneamiento; el Organismo Supervisor de Inversión en Infraestructura de Transportes (Ositran), entre otros. Estos organismos (en especial INDECOPI, Osiptel y Ositran) utilizan herramientas de AED en sus decisiones e incluso constituyen tribunales y órganos de decisión legal de casos compuestos tanto por abogados como economistas.

La forma de decisión de casos recoge expresamente el análisis de externalidades, costos de transacción y otras herramientas conceptuales del AED. El uso de estas herramientas ha despertado incluso críticas al INDECOPI, que ha sido considerado por algunos abogados como una institución «excesivamente economisista» y demasiado orientado a usar argumentos supuestamente «extralegales», calificados incluso en algunos casos como «neoliberales».

El uso de estas herramientas se ha producido no sólo en áreas como libre competencia, *dumping* y subsidios, de obvio contenido económico, sino en otras áreas como protección al consumidor, competencia desleal, publicidad, acceso al mercado, derecho concursal e incluso en propiedad intelectual.

El uso del AED por INDECOPI ha servido para establecer criterios dirigidos a crear incentivos adecuados para generación de información (corrigiendo asimetrías de información), establecer responsabilidad administrativa objetiva de las empresas a fin de crear incentivos adecuados a la toma de precauciones (utilizando la teoría de Calabresi del «cheapest cost avoider» como su sustento), utilizar la teoría económica de productos defectuosos para determinar estándares de idoneidad de productos, efectuar

una evaluación de costo beneficio de la acción estatal para la eliminación de barreras burocráticas, flexibilizar los criterios en publicidad comparativa para reducir costos de acceso a mercados, utilizar la teoría de los costos de transacción para favorecer acuerdos en Juntas de Acreedores de empresas en situación de insolvencia, realizar evaluaciones económicas de las cargas probatorias, calcular las multas y sanciones eficientes, entre otros casos.

Adicionalmente, el INDECOPI efectúa periódicamente la publicación de los denominados «Documentos de Trabajo», que suelen contener diagnósticos legales/económicos de diversos aspectos de su competencia en temas referidos al sistema concursal, protección a los consumidores, *dumping* y subsidios, discriminación en el consumo, mercado aéreo, entre otros.

Como se podrá apreciar, dichos documentos reflejan el uso de herramientas del AED y muestran no sólo posiciones académicas, sino enfoques dirigidos a utilizar el AED en mejorar la gestión pública.

La influencia, sin embargo, se ha extendido a los reguladores sectoriales (Osiptel en telecomunicaciones, Ositran en infraestructura de transporte, Sunass en agua y saneamiento y Osinerg en energía) así como en algunas áreas funcionales de Ministerios.

Si bien hay una disparidad notoria en el uso de herramientas de AED por parte de estas y otras entidades, su influencia y presencia es cada vez mayor.

Otra institución pública que ha utilizado herramientas de AED es la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI). Esta entidad fue creada para formalizar y entregar títulos de propiedad en asentamientos informales a fin de incorporar estas tierras al mercado inmobiliario y al mercado de créditos.

COFOPRI ha conseguido éxitos muy interesantes en su proceso de formalización, el mismo que se basa en gran parte en el diagnóstico y propuestas formuladas por el Instituto Libertad y Democracia a finales de los 80 y durante la década de los 90. Toda la base conceptual de COFOPRI se sustenta en la teoría de derechos de propiedad desarrollada al interior del AED y ha constituido uno de los aportes más notorios de esta teoría a la gestión pública. A la fecha, COFOPRI ha entregado alrededor de un millón de títulos de propiedad debidamente registrados, incorporando un importante activo al sistema económico.

Este proceso de dinamización de la gestión de la administración pública se ha visto favorecida por la incorporación como funcionarios públicos de diversos abogados que han seguido estudios de postgrado en los Estados Unidos en materias vinculadas al AED, en especial en INDECOPI y COFOPRI.

*b) Poder Legislativo*

El cambio más significativo a este nivel fue la incorporación en el Reglamento del Congreso de la República, a propuesta del Congresista Arturo Salazar Larraín, de un artículo que establece como requisito de admisibilidad de un proyecto de ley que el mismo venga acompañado de un análisis costo—beneficio que determine el impacto económico de la ley[15].

Lamentablemente, la falta de precisión de la norma condujo a que dicho análisis se efectúe sin parámetros definidos, cumpliéndose con el requisito legal adjuntando simplemente un breve texto que, con variantes, dice básicamente: «El presente proyecto no irrogará gastos al Estado y generará evidentes beneficios a la población».

La superficialidad del análisis condujo a que en el año 1998, con la colaboración de la USAID, el Instituto Apoyo publicara el trabajo de Gabriel Ortiz de Zevallos y Gustavo Guerra García titulado «Análisis Costo Beneficio de las Normas», que buscaba precisamente dar herramientas adecuadas a los congresistas para cumplir con el requisito legal de análisis costo-beneficio de una mejor manera.

En el proceso de reforma las leyes más importantes y en las que mejor se usó el AED, fueron aprobadas mediante delegación de facultades al Poder Ejecutivo.

A pesar de ello, algunas leyes fueron elaboradas en el Congreso mediante la contratación de consultores que utilizaron el AED como herramienta, lo que se refleja tanto en el texto de las leyes como en las exposiciones de motivos de las mismas.

Por ejemplo, la Ley General de Tránsito y Transporte, Ley N.º 27181, recogió un cuidadosa análisis de las externalidades generadas y la forma de corregir sus efectos en el tránsito y el transporte, lo que se refleja en las regulaciones aprobadas y en la exposición de motivos de la norma.

A pesar de ello, aún hay muchos espacios en los que el AED puede aportar herramientas que mejoren los procesos de diseño, preparación y aprobación de nueva legislación. Sin duda se han dado pasos importantes, pero aún queda mucho por hacer.

*c) Poder Judicial*

Lamentablemente, la influencia del AED en el Poder Judicial es virtualmente nula. Si bien se han incorporado algunas clases y lecturas en la

15. Reglamento del Congreso (REG. 30-5-98).

Academia de la Magistratura, a cargo de la capacitación de los magistrados, el uso de herramientas de AED en las sentencias es casi inexistente.

Los jueces se muestran suspicaces para aplicar estas herramientas y prefieren usar categorías más formales y tradicionales, más cercanas a la «esquizofrénica jurisprudencia de conceptos».

Existe una visión judicial muy centrada en la idea «lo que no está en el expediente no es de este mundo», lo que hace perder de perspectiva, al momento de resolver casos, los efectos e impactos económicos de las decisiones judiciales, en especial su efecto en inversión y en reducción de costos de transacción.

### 2.4. El Balance

El AED ha tenido un avance importante e interesante en el Perú en todos los campos y sin duda su influencia continuará profundizándose en los años siguientes. Como dijimos, se puede discrepar de él, pero no se puede negar su existencia. Creo, además, que su presencia ha sido positiva, al haber enriquecido el análisis legal con nuevas perspectivas. Quizás el punto más importante de este enriquecimiento sea precisamente el haber contribuido a mediatizar los efectos de la «jurisprudencia de conceptos», rompiendo los llamados «razonamientos circulares». Recordemos la cita de MOLIERE de que el opio hace dormir porque contiene un principio somnífero y el comentario de COHEN de que ello no añade nada a nuestro conocimiento salvo que «principio somnífero» sea definido física o químicamente. Bajo esa perspectiva, el AED ayuda a que la definición no contenga el término definido al abrirnos la perspectiva del uso de definiciones reales para dar contenido a los razonamientos jurídicos. La propiedad es algo más que una entelequia conceptual. Es una institución que desarrolla una función económica y social. Y sin definición económica y social la propiedad carece de contenido real.

Por ello la llegada del AED debe ser vista con optimismo y como una buena noticia. Tener otras perspectivas para ver lo mismo es una forma de ampliar nuestro conocimiento y la posibilidad de usarlo.

Pero sin duda ha traído preocupación y esas reacciones que hemos llamado «esquizofrénicas». En el punto siguiente analizaremos algunas de ellas para ver por qué la crítica se parece más a una alucinación que a un argumento.

## III. LOS TIPOS DE ESQUIZOFRENIA

Como en la auténtica esquizofrenia, los «jurídicamente esquizofrénicos» no pertenecen a una sola categoría. Los hay de diferentes tipos y experimentan síntomas distintos.

La mayoría parte de una o más «alucinaciones». Por un lado, suelen ver en el AED algo que el AED no es. A partir de allí, tejen toda una historia sobre los riesgos, peligros o problemas que consideran el AED tiene. Por otra parte, suelen asumir una visión incompleta o, en el mejor de los casos extraña, de lo que es el Derecho en sí mismo. La más común de estas alucinaciones es creer que los conceptos jurídicos tienen existencia real, tienen «naturaleza», y su rol de abogados es ser «científicos» entrenados en el difícil arte de descubrir sus misterios.

Los distintos tipos de esquizofrenia pueden también ser objeto de clasificaciones. Algunos «esquizofrénicos» reaccionan agresivamente y de manera vehemente, usando fuertes calificativos contra el AED. Otros, en cambio, reaccionan con calma, casi con desinterés, como si la cosa no fuera con ellos, usando frases como: «Es otra locura a la que no hay que prestar mayor atención. Ya pasará la moda».

En el medio, los puntos son infinitos. Pero lo que es común en estos casos y que diferencia la esquizofrenia de las críticas serias al AED, es el nivel de conocimiento y comprensión que se tiene de esta forma de razonamiento.

A continuación, vamos a «diagnosticar» algunas de las diferentes reacciones esquizofrénicas detectadas en esta última década en el Perú.

### 3.1. «La Invasión Gringa»

Esta es quizás una de las reacciones más curiosas y anecdóticas, pero no por ello menos frecuente. El argumento que se arma es relativamente simple, al menos en su base.

El mundo esta dividido en dos grandes sistemas legales, el romano-germánico y el sistema anglo-sajón, más precisamente el *common law*. El AED es una creación anglosajona que es propia de un sistema de precedentes de observancia obligatoria, en el que la jurisprudencia es la fuente del Derecho por excelencia y la ley es solo un complemento. En ese contexto, el AED es inaplicable al Perú, porque el Perú es un país que pertenece a la tradición romano germánica. Fin del argumento.

En sus versiones más agresivas (que llega a generar «esquizofrénicos peligrosos») se ve al AED como una suerte de intento de imperialismo intelectual, en el que, al mejor estilo de la guerra fría, ha sido planeado para imponer a los ciudadanos de los países del sistema romano-germánico, en especial de los menos desarrollados, una forma de pensar y de regular la vida social. Con ello han creado una suerte de «doctrina trasnacional» diseñada para seducir y conquistar otros países.

Lo que digo no es una exageración. Sino veamos la siguiente cita: «Queremos terminar esta breve introducción recordando las palabras de Fer-

nando DE HINESTROSA, refiriéndose al abandono de la dogmática y a la creciente negativa influencia del Análisis Económico del Derecho en nuestra realidad latinoamericana, en el marco del Congreso Internacional realizado en la Universidad de Lima con motivo de la discusión del Proyecto de Reforma al Código civil. Dijo el egregio autor colombiano 'no abandonemos nunca nuestras propias convicciones y lógica de nuestro sistema, que es aquel romano-germánico (expresado en la dogmática), y no permitamos el infiltrar de orientaciones extrañas a nosotros mismos, porque sino puede llegar el momento en que las reglas vengan impuestas a través del Gran País del Norte. Esa es la lucha a la que los invito'»[16].

Estas reacciones me recuerdan a las de John Nash en la película «Una Mente Brillante», cuando ve en todo, hasta en las publicaciones más inofensivas, actos del espionaje ruso dirigidos a atentar contra su país. Sólo que en este caso, las alucinaciones hacen ver «espías norteamericanos».

Existe incluso una versión más curiosa, en la que no solo se le acusa de imperialismo, sino de «imperialismo pirata» o simple copia de lo que algún europeo ya había descubierto antes. Así, según esta posición, los norteamericanos han copiado algo que se llama «método estímulo-respuesta» y han ocultado su copia bajo el nombre de AED para ocultar su acto de piratería. Así como en las películas de espías estos se roban los planos de las armas para usarlas contra los países que las inventaron, los anglosajones han hecho lo mismo y nos están dando una «sopa de nuestra propia medicina».

Tampoco exagero. Basta revisar la siguiente cita:

«Como se ha demostrado, los verdaderos y auténticos creadores del método de investigación «estímulo-respuesta» han sido los juristas alemanes IHERING y HECK, quienes sentaron las bases; y fue perfeccionado finalmente por juristas hispanos: Manuel GARCÍA AMIGO, Luis RECASENS SICHES y Jaime GUASP. Esto es necesario recalcarlo bien porque este método ha sido copiado y rebautizado por los anglosajones como «Análisis Funcional». Dicha copia pretende disfrazar su supuesta originalidad en el fundamento de «Law and Economics» en el que se exagera el aspecto económico de la realidad social»[17].

La cita es curiosa por que, si bien identifica los orígenes del AED en el llamado Análisis Funcional, pierde la perspectiva de cuales son sus aportes.

---

16. PALACIOS, Eric. «La conversión y la heterointegración de los negocios jurídicos», Tesis para optar por el título de Abogado, Lima, 1995.

17. TORRES MÉNDEZ, Miguel. *Estudios sobre el Contrato de Compraventa,* Grijley, Lima, 1993, p. xii.

Desconozco a que se refieren con el llamado «método estímulo-respuesta». Nunca he oído hablar de ese método como una corriente de pensamiento. Pero si queda claro que los fundadores y cultivadores del AED ya han obtenido varios Premios Nobel de Economía (COASE, BECKER, BUCKANAM, entre otros) y los que no lo han obtenido ha logrado reconocimiento mundial como CALABRESI, POSNER, EPSTEIN O DEMZET y dudo mucho que los autores de una acto de piratería privada de originalidad pudieran haber merecido un galardón o reconocimiento atribuible a los juristas alemanes. En todo caso lo que puedan tener en común con otras posiciones basadas en concepciones realistas o funcionalistas, no privan al AED de su originalidad y del reconocimiento que merece por el aporte que ha hecho al pensamiento jurídico y al pensamiento económico.

Lo que queda claro es que bajo este tipo de esquizofrenia, los académicos dogmáticos suelen reaccionar frente al AED como los mexicanos reaccionaron en la época de la guerra con los Estados Unidos cuando gritaban: «Green go home» («Verdes, váyanse a casa», en alusión al color de sus uniformes), expresión de la que luego se derivaría la palabra «gringo». Piden así que se lleven el AED a otro lado y que dejen a la teoría del razonamiento circular vivir en paz y a la jurisprudencia de conceptos intocada.

El punto de partida de todas estas posiciones parte de un serio error de comprensión. El AED no es el sistema del *common law* y está muy lejos de serlo. Si usted evalúa qué hace un abogado norteamericano en su ejercicio profesional, descubrirá que no es un experto en AED y que está además muy lejos de serlo. Muchos abogados en los Estados Unidos tienen un conocimiento tan rudimentario del AED como el que muchos abogados peruanos tenemos de las teorías de SANTO TOMAS DE AQUINO. Y pueden ejercer razonablemente su profesión sin saber nada de AED como cualquier de nosotros puede ir tranquilo a litigar un caso o absolver una consulta sin saber nada de lo que dijo Santo Tomas. Si bien algunos conceptos del AED se han incorporado al sistema legal y ya gozan de cierta aceptación general, el AED esta lejos de ser una aproximación extremadamente popular y mucho más lejos aún de ser la tendencia dominante. Es una forma de pensamiento con un gran valor instrumental, pero no tiene que ver con como se concibió el *common law*, el que ni siquiera es una creación norteamericana, sino inglesa, que apareció en el mundo literalmente siglos antes de que COASE, CALABRESI y POSNER comenzarán a formar las bases del AED en la década de los 60's.

Es más, si alguien quisiera trasladar el pensamiento jurídico anglosajón a otro país, usar el AED para lograr ese objetivo es una muy mala idea. Y es que el AED no tiene nada que ver, al menos en su estructura, con el sistema de precedentes jurisprudenciales. Es como pretender que porque

KELSEN era austriaco, el positivismo fue diseñado como un mecanismo para imponer el derecho austriaco en el mundo.

Así, que haya sido en los Estados Unidos donde se desarrollo esta línea de pensamiento sólo ha implicado que los ejemplos más comunes citados en los libros de texto de AED se refieran a jurisprudencia o normas norteamericanas. Pero las herramientas conceptuales pueden ser usadas, sin perder en nada su capacidad analítica, a cualquier otra forma de sistema jurídico.

No olvidemos que el AED es antes que un conjunto de propuestas sobre cómo debe ser el Derecho, una metodología para analizarlo. Como tal, no propone en sí mismo adoptar ningún esquema legal particular, y es posible encontrar académicos que defienden con tanta fuerza la superioridad del sistema de *common law* sobre el sistema romano-germánico, como otros académicos (muchos norteamericanos) que defienden precisamente la tesis contraria.

### 3.2. «La invasión neoliberal»

En esta versión de la esquizofrenia los autores de la invasión no son precisamente (o solamente) los norteamericanos, sino un grupo de pensadores «neoliberales» que han visto en el AED la posibilidad de vender sus ideas con un esquema seductor y efectista. Es pues una suerte de «Caballo de Troya» lleno de contenido ideológico empaquetado en una apariencia de escuela académica. La alucinación, en este caso, es la existencia de una suerte de «cofradía» o «hermandad» ideológicamente determinada que tiene como propósito convencer a todos de que la intervención del Estado es mala.

Pero si recordamos que, a fin de cuentas, el AED no es otra cosa que la aplicación del método económico al Derecho, veremos cuan absurdo es el planteamiento esbozado. Existen economistas para todos los gustos. Los hay ortodoxos y heterodoxos, liberales y marxistas, keynesianos y austriacos. Y de la misma manera hay gente que hace análisis económico desde todas esas diferentes perspectivas. Así, existen posiciones marxistas o socialistas dentro de AED.

Existen incluso representantes de gran impacto en el AED y en particular en el Perú, como Guido CALABRESI, que son considerados bastante alejados de las llamadas «tesis neoliberales». CALABRESI es considerado un académico de centro izquierda en su país y sin duda que lo califiquen como un «neoliberal» es algo que el no entendería.

Si bien es cierto que existen importantes representantes del AED que profesan ideas de defensa de la libertad económica, el AED es una herramienta que en su variante normativa, puede ser utilizada para generar marcos regulatorias bastante intervensionistas, justificando la intervención

del Estado en la actividad económica (sino basta revisar el uso de la teoría de las externalidades para justificar la intervención del Estado en temas como derecho ambiental o protección al consumidor). Muchas de las agencias regulatorias, ninguna de las cuales sería defendida por un liberal, usan continua y activamente el AED. Así, el AED, como la economía misma, se han utilizado tanto para sustentar posiciones de liberalización y reducción de la presencia del Estado como para sostener la necesidad de una participación activa de ese mismo Estado.

No se puede negar que el AED, en la experiencia histórica peruana, ha servido para sustentar propuestas de liberalización y privatización. Muchos de los académicos peruanos involucrados en AED propugnan ideas de libertad y menos presencia del Estado. Pero incluso hasta el uso del término «neoliberal» tiene una connotación efectista. No conozco ningún académico que se precie de ser calificado como «neoliberal». Se califican como liberales. El llamado neoliberalismo es una suerte de «rebautizo» del liberalismo para darle una connotación de algo que fue superado y ahora regresa. Es casi como hablar de «neonazis», es decir, gente que trata de rescatar algo que nadie aceptaría.

En síntesis, la «alucinación» de la «invasión neoliberal» no es sino una confusión de la herramienta con la ideología o percepción del mundo que puede estar detrás para dirigirla. Y, al hacerlo, se pierde la oportunidad de usar una herramienta que es útil.

### 3.3. «Van a extinguir los unicornios»

En una época la gente creía en los unicornios. Como los demás animales, vivían en las profundidades del bosque. Se les consideraba animales especialmente inteligentes y era muy difícil encontrarlos. Rara vez habían sido vistos y, cuando ello ocurría, había sido en la penumbra de la oscuridad y por una fracción de segundo. A pesar de estas dificultades, se escribieron tratados completos que los estudiaban y que hacían conjeturas sobre su apariencia y hábitos.

De pronto, un día, la gente dejo de creer en los unicornios, lo que los convirtió en una suerte de símbolo de lo imaginario, que existían solo en leyendas y mitos. La especulación sobre ellos toma la dimensión no de lo real, sino de lo imaginario, de lo creado por la mente humana.

¿Son los unicornios reales? Sí lo son y, como bien señala el profesor Paul Campos, autor de esta metáfora de los unicornios, la pregunta es ¿reales en qué sentido? Es evidente que sabemos que no encontraremos unicornios deambulando por los bosques. En ese sentido ya no son reales. Pero los unicornios siguen existiendo en un sentido más limitado, para al-

gunos propósitos. Se estudian como creación de la imaginación humana. Se estudia como se concibió, como se reflejaron en las leyendas y mitos, y qué motivó su aparición y simbolismo. Es sólo en este aspecto que los unicornios son una realidad.

En ese sentido, los unicornios no son como los caballos. No se pueden encontrar en un lugar determinado y describirlos en base a una constatación por nuestros sentidos. Pero pueden ser estudiados y analizados como una idea creada por la mente humana[18].

A veces entendemos el Derecho como un caballo y no como un unicornio. Pero el Derecho se parece más a los unicornios que a los caballos. Las instituciones jurídicas son, en términos de Campos, un estado de la mente, una idea que sólo existe como tal[19]. Por tanto, mueren (se extinguen) tan pronto aparece una nueva idea que la reemplaza. Su muerte es inevitable cuando una institución, al perder fondos en la moneda de los hechos, se quiebra, y es entonces reemplazada por otra diferente.

Pero algunos creen que el Derecho es como los caballos y temen que nuevas ideas «los extingan» y convierta a las instituciones jurídicas en una suerte de «pájaros Dodos prehistóricos».

Algunos esquizofrénicos ven a quienes propugnan el AED como una suerte de cazadores furtivos de unicornios, personas que, aprovechándose de la oscuridad e imprecisión en la se mueven los conceptos, van a disparar sobre ellos y matarlos para eliminarlos de la vida del hombre. Van a extinguir los unicornios.

Este razonamiento se expresa en términos tales como «va contra todo lo establecido», «atenta contra toda nuestra tradición jurídica», «pretenden sustituir al Derecho por instituciones económicas», entre otras.

Pero los unicornios no existen en la forma que se ven en este tipo de esquizofrenia. Aquí la alucinación inicial es cómo ven al Derecho mismo, cómo se imaginan al derecho como un unicornio que vive, y que como tal puede morir.

Pero la alucinación no termina ahí, sino que sigue con ver al AED como un intento de cometer ese homicidio conceptual.

El AED no propone, sin embargo, acabar con el Derecho ni eliminar el uso de conceptos. Solo propone entender que esos conceptos no tienen vida en sí mismos, sino que son instrumentales y su valor radica en su capacidad

---

18. Campos, Paul. *Jurismania. The Madness of American Law,* Oxford University Press, 1998, pp. 104-107.

19. *Ibídem*.

para permitirnos regular de manera adecuada la conducta humanan. No pretende eliminar los unicornios (que dicho sea de paso no pueden ser «matados» en el sentido que se percibe en este tipo de esquizofrenia), pero sí tener unicornios útiles.

Dar un baño ácido de realismo a estos «unicornios jurídicos» no puede ser percibido como un intento de matar al Derecho, sino de acercar el Derecho a los hombres y a las soluciones que esos hombres necesitan.

Es posible que quienes investigaban y estudiaban los unicornios cuando se creía que ellos existían, se hayan escandalizado de manera parecida a como cuando a alguien se le ocurrió la idea de que los unicornios eran solo creación del hombre y que, como tales, debían ser estudiados en esa limitada percepción de la realidad. Quizás hayan criticado el realismo de considerar que los unicornios dejaron de pertenecer a la categoría de los caballos, para pasar a la categoría del producto de la imaginación humana. Pero esos esquizofrénicos no le temen al AED, le teman a la realidad, porque se sienten más seguros en su paraíso de conceptos.

### 3.4. «Todo es irreal».

Casi todas las esquizofrenias tienen en común considerar al AED como irreal. Señalan que su afán por simplificar la realidad lo aleja de ser una herramienta útil. La crítica central bajo esta perspectiva es que el uso de modelos es la debilidad principal del AED frente a las visiones más dogmáticas.

Bajo este tipo de esquizofrenia se pierde la perspectiva que el punto de partida es aún más irreal. La dogmática parte también de modelos, es decir de esquemas que se abstraen de la realidad. Solo que al hacerlo pierden totalmente la función explicativa que un modelo.

En este tipo de esquizofrenia se trata de convertir la mayor fortaleza del AED en una debilidad, sin advertir el «efecto bumerang» de la crítica.

El «paraíso de conceptos» también se basa en «modelaje». Los conceptos jurídicos, en su supuesta pureza conceptual, son simplificaciones, aunque no me atrevería siquiera a llamarlas «simplificaciones de la realidad».

Así lo que diferencia al AED de otras aproximaciones al Derecho no es el uso o no de simplificaciones, sino la técnica de simplificación. El AED trata de identificar los elementos relevantes para explicar un problema, para a partir de ellos construir su modelo de predicción. Por el contrario otras aproximaciones simplifican sin explicar el porqué del uso de ciertas premisas.

Se suele decir que el mundo no es como lo dibuja el AED. Pero es esa precisamente su ventaja. Los modelos no se construyen para pretender que ellos reemplacen a la realidad. Los modelos se construyen para explicar un aspecto de esa realidad.

Cuando un arquitecto hace una maqueta de una casa no pretende decir que dicha maqueta es la realidad, y quien critique la maqueta por ser muy pequeña o estar hecha de cartón y no de cemento como la casa real que se quiere construir, está perdiendo el punto central. Precisamente se simplifica el tamaño y los materiales para explicar solo un aspecto: la distribución y perspectiva de la casa. Permite visualizarla, siempre que se sea conciente de que no se hace la maqueta para vivir en ella.

La crítica así formulada cae por su propio peso, y sólo muestra la desesperación por cuestionar algo sin darse cuenta que lo mismo se puede decir de la propia concepción conceptual del Derecho, con el agravante de que en ella no se considera siquiera cuáles son las variables relevantes.

Todo modelo se basa en ciertos presupuestos cuyo valor no esta en su realismo, sino en su capacidad explicativa. Uno de los más criticados es el que los seres humanos actúan racionalmente para maximizar beneficios. Se contesta que el mundo real los individuos no se comportan racionalmente ni necesariamente tratan de maximizar su bienestar. Pero ello es como criticar la maqueta porque la mayoría de las casas no son de ese tamaño.

Incluso si se aceptara (cosa que en principio creo que es equivocada) que no todos los individuos son racionales, si es posible usar esa premisa para demostrar que en el agregado las personas se comportan racionalmente. Ni siquiera es necesario demostrar que la mayoría de los individuos son racionales para concluir que los agentes económicos no se comportan en el agregado racionalmente. Si asumiéramos que los individuos son irracionales, entonces estos se comportan «random», es decir aciertan o no aciertan medidos por el azar y no por la inteligencia.

Asumamos a los individuos agrupados bajo la categoría de consumidores. ¿Se puede concluir que los consumidores en el agregado se comportan irracionalmente? La experiencia parecería conducirnos a una respuesta negativa a la pregunta. Nada explicaría la continua mejora de precios y calidades de los productos en los últimos años si los consumidores se comportaran irracionalmente. Y para demostrar que el modelo de individuos racionales tiene capacidad explicativa no es necesario demostrar que la mayoría son racionales. Basta un número relativamente reducido de racionales para que el modelo de predicción sea útil.

Si los consumidores irracionales actúan «random», entonces los proveedores no se preocuparan en ofrecer mejores términos y condiciones para ganar a esos consumidores. Si deciden en base al azar, entonces nada se consigue ofreciendo mejores términos a ellos. Pero si hay un grupo de consumidores racionales que si analiza esos aspectos, sí se podrá mejorar las ventas si se hacen mejores productos a mejores precios. Dado que hay un grupo de racionales (a los que vamos llamar «*searchers*» o «buscadores») los

competidores buscaran capturar sus preferencias. Pero dado que en muchos mercados no es posible diferenciar «*searchers*» de irracionales, las condiciones generadas por la actitud de los racionales beneficia a los irracionales que se vuelven *free riders* o beneficiados por una externalidad positiva generada por un grupo reducido de racionales. Basta pensar en una tienda de abarrotes, en la que una vez colocado el producto en el escaparate no es posible diferenciar cuándo el que compra es irracional para venderle más caro o bajarle la calidad o condiciones. Todos los consumidores se beneficiarían de qué un pequeño grupo de consumidores sean exigentes.

Si eso es así, el modelo de consumidores racionales tiene capacidad explicativa así se demostrara que la mayoría de los consumidores no son racionales (que como dijimos es algo de por sí cuestionable). Y la observación empírica muestra que el modelo funciona. La premisa de que a mayores precios la cantidad demandada cae se basa en la idea de racionalidad individual y es consistente con el modelo explicado. La gente trata de gastar menos y trata de obtener lo más posible al menor costo posible. Si todos tratan de hacer ello, es irrelevante si es que la acción de un grupo reducido logra el mismo efecto en el mercado.

Lo que ocurre es que este tipo de esquizofrenia ve fantasmas donde no existen. Confunde al modelo con la realidad, quizás guiado por el hecho de que confunde conceptos (alucinaciones) con realidades. Al no distinguir una cosa de la otra no es de extrañar que se critique aquello que es precisamente la debilidad principal de su forma de pensar: convertir conceptos en realidades, es decir, creer en sus alucinaciones.

La «trampa» en los modelos no esta en su uso, sino en confundirlos con la realidad. Es evidente que un modelo es utilizado concientemente para alejarnos de la realidad, pero con el fin de comprenderla. Cuando se quiere que modelo sea como la realidad, le privamos de su capacidad explicativa, y con ello renunciamos a intentar comprender la realidad al menos en parte de su complejidad. A veces para saber hay que renunciar a ser como Dios, y asumir que nuestra imperfecta naturaleza humana no nos permite entender todo, sino solo una parte mínima de la realidad. Pretender saber y entender todo nos conducirá a no saber ni entender nada, error en el que el AED intenta no caer.

### 3.5. Los «homicidas de la justicia»

Finalmente, y aunque consideramos que pueden aún hacerse más caracterizaciones de las esquizofrenias vinculadas al AED, trataremos una última referida a la idea de que esta tendencia del pensamiento se orienta a desplazar la justicia de los ideales que inspiran al Derecho.

La crítica, además de su contenido esquizofrénico, lleva implícita una objeción moral al AED, al que acusa de sustituir valores por un concepto utilitarista al que se denomina «eficiencia».

No dudo que existen tendencias utilitaristas dentro del AED. Pero extender la crítica al AED en general es, paradójicamente para quienes levantan esa crítica, injusto.

En primer lugar el propio concepto de eficiencia tiene un contenido valorativo. Como bien dice CALABRESI, si bien se dice que el AED puede estar tratando de reemplazar la justicia por la eficiencia, tal posición pierde de vista que en un mundo donde los recursos son escasos, desperdiciar es injusto[20].

Si se considera que desperdiciar no importa, entonces uno puede entender la crítica. Pero las decisiones legales conducen a que unos ganen y otros pierdan. Y cuando los recursos se desperdician, puede ser que todos pierdan o que se pierda más de lo que se gana. Ello conduce no solo a que haya menos riqueza, sino a que haya más pobreza. Si evitar que aumente la pobreza carece de contenido valorativo, entonces la crítica podría comenzar a tener algún fundamento.

Pero el tema no culmina allí. Incluso si se asumiera que la eficiencia carece de todo contenido valorativo, ello no descalifica al AED. Incluso si uno quiere decidir sobre la base de criterios de justicia, que dicho sea de paso son casi imposibles de definir de manera pacífica, saber cuánto cuesta ser justo es un elemento central. Ello porque no se puede invertir lo que no se tiene, y medir la escasez de los recursos como un elemento a considerar pone a la justicia en contexto de realidad. No toda solución deseable es posible. Si uno considera que es justo que todos tengan una casa con piscina, menudo favor haríamos a la humanidad si creemos que dar una Ley que diga eso conseguirá por sí sola el efecto deseado. Construir casas con piscina tiene un costo evidente que el mero texto de la Ley no puede solventar.

En esa línea, no considerar que una norma que protege al deudor y que se considera justa, pueda reducir los niveles de crédito y generar menor inversión y desarrollo, es sacar la justicia de la realidad, lo que a su vez nos impide visualizar muchas otras probables injusticias que rodean una solución aparentemente justa. Descubrir y evaluar las ineficiencias de una decisión aparentemente justa es una manera de descubrir otras formas de injusticia.

---

20. CALABRESI, Guido. «Seguro de primera persona, de tercera persona y responsabilidad por productos: ¿puede el Análisis Económico del Derecho decirnos algo al respecto?» En: *Ius et Veritas* N.º 4, 1992, p. 90.

En esa línea, poner las decisiones aparentemente justas en el contexto de la escasez que nos presenta el mundo real, es asumir la justicia con responsabilidad. Si finalmente se opta por la decisión considerada justa a pesar que se piensa que es ineficiente, se tomará una decisión informada y, por tanto, responsable. En cambio, una justicia irresponsable puede convertirse en la peor de las injusticias.

Así, como en otros casos, los esquizofrénicos ven en el AED algo que el AED no es. Nada en el AED lleva a descartar concepciones valorativas. Lejos esta en la concepción del AED descartar la justicia como valor, menos aún está la intención de matarla. Por el contrario está en su base poner al servicio de la justicia una herramienta adicional que los abogados solemos pasar por alto: aquella dirigida a evitar el desperdicio.

## IV. CONCLUSIÓN

Como en la física, la Ley de la Inercia este presente en la vida del Derecho. Cambiar el *status quo* implica enfrentar la energía estática y se requiere una fuerza dinámica mayor para impulsar el cambio. La resistencia al cambio toma muchas formas. Y así, nada llamado a tener un impacto está libre de controversia. En ocasiones esa resistencia es el ejercicio legítimo de quienes creen en lo que existe luego de haber comprendido lo nuevo. Pero en ocasiones la resistencia es consecuencia de una suerte de flojera intelectual que rechaza lo nuevo sólo por no darse el trabajo de comprenderlo y estudiarlo. Finalmente quedarse con lo existente termina siendo más cómodo y enfrentar el cambio implica un esfuerzo que no necesariamente se está dispuesto a emprender.

Pero rechazar lo nuevo sin conocerlo implica dar razones para rechazar lo que no se conoce. Y como no se conoce y algo hay que decir, se viven alucinaciones que explican lo inexplicable. En esas alucinaciones se recrea el AED para hacerlo parecer como algo que no es.

Pero esa esquizofrenia no es atribuible solo al AED. En realidad, la locura no está tanto en la percepción de lo nuevo, sino en cómo se percibe lo antiguo, es decir cómo se percibe el Derecho desde la perspectiva tradicional. La verdadera locura esta en la «jurisprudencia de conceptos», en su irrealismo y en su incapacidad de renunciar a ser lo que es.

Alguna vez un médico formado en medicina oriental me comentó que toda enfermedad no era otra cosa que un desequilibrio entre lo que el cuerpo o la mente necesitan y lo que tienen. Salud es entonces equilibrio, desequilibrio es enfermedad. La esquizofrenia jurídica puede también ser calificada como una enfermedad de la vida social, aquella generada por un desequilibrio entre la dosis de realidad que la sociedad necesita del Dere-

cho y la realidad que el Derecho, tal como lo hemos concebido, está en capacidad de darle. La cura a esta esquizofrenia no está en aceptar o no el AED. Está en aceptar que el Derecho puede ser distinto a como lo hemos concebido siempre. Quizás eso sea lo único por lo que el AED debe ser estudiado y aprendido: el ayudarnos a pensar el Derecho de otra manera a aquella a la que estamos acostumbrados.

# Ronald COASE y el Sistema Jurídico*

¿Por qué economías de mercado, que se declaran como liberales y que critican ácidamente las formas de economía planificada, desarrollan a su interior «pequeños estados socialistas» llamados empresas y donde la asignación de recursos se determina por una dirección centralizada? ¿Por qué en nuestras sociedades los accidentes de tránsito no pueden ser solucionados por el mercado? ¿Por qué los peatones (potenciales víctimas) no celebran con los conductores (potenciales causantes) contratos que asignen entre ellos la posible responsabilidad que pudiera surgir en un accidente? ¿Por qué en el mercado es necesario hacer responsable a una empresa que produjo un producto defectuoso por los daños que cause a sus consumidores así haya cumplido con incluir una advertencia en una etiqueta exculpándose de toda responsabilidad y que debió ser leída por el consumidor al comprar el producto?

En 1991 la Academia Sueca concedió el Premio Nobel de Economía a Ronald COASE, Profesor emérito de la Escuela de Leyes de la Universidad de Chicago por haber desarrollado los instrumentos metodológicos que permiten responder las preguntas señaladas. Una primera inquietud que

---

* Esta sección se basa en el artículo «Ronald COASE y el Sistema Jurídico; Sobre el Premio Nobel de Economía 1991», publicado en *Apuntes,* Revista de Ciencias Sociales del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico; y «¡Al fondo hay sitio!¿Puede el Teorema de COASE explicarnos el problema del Transporte Público?», publicado en *Themis*, Revista de Derecho, N.º 21, 1992.

habrá asaltado a muchos consiste en cómo es que un Profesor de una Escuela de Leyes ganó un premio Nobel de Economía. En realidad el Premio se le concede no sólo por sus estudios económicos, sino por sus estudios jurídicos. Ronald COASE es un pionero —quizás el más destacado— del AED. Los aportes de COASE a la comprensión del diseño institucional de la economía son sólo superados por sus aportes en la comprensión del diseño de los distintos sistemas jurídicos. La genialidad de COASE radica en haber descubierto algunos factores determinantes de cómo se organiza el Derecho y que, paradójicamente, resultaban demasiado obvios para ser descubiertos a simple vista.

## I. LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN

El punto central en la teoría cousiana es el concepto de «costos de transacción». La idea es muy sencilla: celebrar un contrato cuesta. Si yo quiero comprar una casa debo identificar la casa que quiero comprar y quién es su propietario. Ello implica invertir una serie de recursos (tiempo y dinero) en buscar casas, compararlas, informarme de sus precios y elegir la que finalmente me gusta. Pero luego tengo que negociar con el probable vendedor que también deberá invertir recursos en ubicarme y en averiguar quién soy. Esta negociación puede consumir también una cantidad importante de recursos. Mientras nos ponemos de acuerdo puedo perder oportunidades de celebrar otros contratos, perder mi tiempo en discusiones interminables, invertir recursos en negociar y en tratar de convencer a la otra parte con mi propuesta. Luego tenemos que contratar un abogado que también invertirá tiempo y dinero en redactar un contrato y en hacer el estudio de títulos correspondientes para asegurar mi adquisición. Si mi deseo por una casa nueva y el del vendedor de recibir dinero lo justifican, estaremos dispuestos a incurrir en toda esta serie de costos, que pueden llegar a ser importantes, para perfeccionar la transferencia de la propiedad de la casa y el pago del precio. Estos costos son lo que COASE llamó costos de transacción. Como podemos apreciar, esta constatación de que contratar cuesta y el hecho que el mercado no es otra cosa que un inmenso conglomerado de transacciones (contractuales), nos lleva a considerar que utilizar el mercado puede ser costoso.

Pero bajo ciertas circunstancias, los costos de transacción pueden impedir que un contrato se celebre, a pesar que este contrato pudiera ser razonable y beneficioso para ambas partes. Por ejemplo una fábrica podría obtener beneficios por S/. 1,000 pero, por medio de la contaminación generar daños a sus 5,000 vecinos por S/. 1. a cada uno, porque se ven afectados con enfermedades a las vías respiratorias. Obviamente la sociedad estaría

mejor si la fábrica cerrara, porque sólo produce S/. 1,000 de beneficios y S/. 5,000 de pérdidas. La pérdida social sería de S/. 4,000. En tal sentido, y asumiendo que la fábrica tiene el derecho a continuar produciendo, lo que implícitamente la autoriza a contaminar, existe una buena razón para que los vecinos celebren un contrato con la fábrica por medio del cual, y a través de un pago, ésta dejara de producir. Imaginemos que los vecinos se ponen de acuerdo para aportar cada uno S/. 0.40 (con lo que obtendrían S/. 2,000 en total) con los que irían a la fábrica y le propondrían cerrar. Obviamente la fábrica aceptaría, pues recibiría *S/.* 2,000 (es decir S/. 1,000 más que antes) por cerrar su fábrica. Los vecinos también estarían mejor porque si bien se gastan en total S/. 2,000, se están ahorrando en la práctica S/. 3,000 pues se alivian S/. 5,000 en daños.

El problema en este ejemplo, es que esta solución contractual es poco probable. Los costos de conseguir que se identifique a los 5,000 afectados, que se pongan de acuerdo sobre el monto de los daños que sufren y sobre cuánto están dispuestos a pagar para evitarse la contaminación pueden ser elevadísimos. Adicionalmente cada uno de los vecinos tratará de ser «un viajero gratis» en la campaña de conseguir qué fábrica se cierre. Así cada uno intentará ocultar cuál el verdadero daño que sufre para tratar de contribuir con menos de los S/. 0.40 que les solicitan para solucionar el problema. En otras palabras los costos de transacción hacen prácticamente inviable la solución contractual. Así las opciones son o que el Estado intervenga prohibiendo la contaminación, o estableciendo un sistema de responsabilidad civil que haga que las fábricas paguen por los daños que ellas causan así, por la vía de internalización de los costos que los contaminadores producen, se logre que cierren aquellas fábricas que causan socialmente más daños que beneficios. En otras palabras, el concepto de costos de transacción explica por qué no todo se puede solucionar por el mercado.

## II. LA NATURALEZA DE LA EMPRESA

El concepto de costos de transacción nos puede ayudar entender por qué existen las empresas en una economía de mercado. La explicación de este punto aparece en uno de los artículos a los que se puede atribuir el Premio Nobel de COASE: «The Nature of the Firm»[1] o «La Naturaleza de la Empresa» en español. Sin embargo las ideas de COASE se forjaron, como él mismo reconoce, cinco años antes de la publicación de este artículo. Así, en algún momento del verano de 1932 un joven socialista de 21 años, asistente

1. COASE, Ronald. «The Nature of the Firm». En: *Económica*, Vol. 4, 1937.

de cátedra de la Dundee School of Economics and Commerce cristalizó en su mente la explicación de por qué existen las empresas.

Según COASE el problema principal consiste en determinar cuándo es que la asignación de recursos debe hacerse a través del mercado, mediante decisiones atomizadas y no coordinadas de ofertantes y demandantes, y cuándo debe hacerse dentro de una empresa a través de decisiones centralizadas de sus administradores. Gran parte de la solución radica en comparar el costo de organizar las decisiones centralizadas dentro de la empresa con los costos de transacción, derivados de usar el mercado.

Simplifiquemos el análisis con un ejemplo sencillo. Si una compañía fabricante de cerveza necesita distribuir su producto tiene dos posibilidades. Una es contratar con una empresa distribuidora para que ésta desarrolle esta labor. La otra es desarrollar ella misma su propia oficina de distribución. Para tomar su decisión la empresa evaluará, entre otros, dos aspectos. Uno es cuánto le cuesta usar el mercado. Celebrar contratos con empresas distribuidoras tiene un costo que en ocasiones puede implicar un desperdicio de recursos. Por otro lado, aumentar una oficina más encargada de la distribución dentro de la estructura empresarial puede ser complicado. Su organización puede ser compleja, los costos administrativos elevados y la capacidad de control sobre los dependientes puede diluirse en una empresa demasiado grande, generando decisiones y comportamientos ineficientes. En otras palabras, podemos llegar a una deseconomía de escala. La decisión está influida principalmente por la incidencia de los costos de organización de las empresas frente a los costos de transacción.

Muchos habrán leído en los titulares de los periódicos que COASE recibió el premio Nobel porque sus aportes ayudaron a explicar por qué se derrumbó el sistema socialista. Si bien el aporte de COASE no iba precisamente dirigido a explicar esto, si permite entender la base del problema. Imaginemos a la empresa como un pequeño Estado socialista. La decisión centralizada decide cómo se asignan los recursos a su interior sin necesidad de transacciones ni negociaciones: costosas. Pero si la empresa comienza a concentrar demasiados recursos bajo su control la posibilidad de coordinar las decisiones referidas a la correcta y eficiente asignación de recursos se tornarán cada vez más y más complejas. Llegará un momento en que la decisión centralizada será incapaz de controlar todos los recursos que se encuentran bajo su control. Allí estaremos frente a una deseconomía de escala. Llegará un momento en que el costo de organización justifique que la asignación de recursos se lleve a cabo por medio del mercado, a pesar de los costos de transacción que éste implica.

Ahora imaginemos al Estado socialista como una «super empresa» que ha pretendido reunir todos (o casi todos) los recursos de la economía bajo

su control. Entenderemos entonces que el problema de Estado socialista es el mismo que hace a una empresa desintegrarse o quebrar cuando sus costos de organización se tornan prohibitivos. Estamos asistiendo a un sistema, que en términos cousianos, ha quebrado por sus elevados costos de organización. En síntesis, el Estado socialista no es otra cosa que una deseconomía de escala, que por ahorrar los costos de transacción de usar el mercado, incurre en inmensos costos de organización, muy superiores a los costos que pretendía ahorrar.

## III. EL TEOREMA DE COASE

Como Guido CALABRESI ha sugerido[2], como consecuencia del joven socialismo de COASE, «The Nature of the Firm» ponía un especial énfasis en el costo de usar el mercado (es decir en los costos de transacción) y destacó que cuando las estructuras de organización distintas al mercado, jerárquicas y centralizadas, podían alcanzar resultados deseados a un menor costo, la gente organizaría su comportamiento económico bajo este tipo de estructuras (sean empresas o Estados).

Pero, usando los mismos instrumentos conceptuales un COASE convertido al liberalismo casi treinta años después escribe su otro artículo cumbre: *The problem of the social cost*[3] (o en español *El problema del costo social*). Este trabajo pone énfasis en los probables beneficios de usar el mercado.

En *The problem of the social cost* se encuentra el famoso «Teorema de COASE», que no sólo nos ayuda a entender la estructura institucional de la economía, sino la propia estructura de las instituciones dentro de un sistema jurídico. Así, este artículo destaca que cuando los costos de transacción no son prohibitivos, la gente llevará a cabo transacciones generalizadas, creando así mercados, no sólo para evitar caer en «ineficientes» estructuras jerárquicas y centralizadas, sino también para llenar el vacío dejado por la inexistencia de mercados o mecanismos de organización centralizada[4]. ¿Qué dice el Teorema de COASE? Este puede ser formulado de dos maneras diferentes, que en el fondo expresan exactamente la misma idea. La primera formulación sería:

---

2. CALABRESI, Guido. «The Pointlessness of Pareto: Carrying COASE Further». En: *Yale Law Journal*, Vol. 100, 1991, p. 1212.

3. COASE, Ronald. «The Problem of the Social Cost». En: *The Journal of Law and Economics,* Vol. 3, 1960.

4. CALABRESI. *Ob. cit.*, *Loc. cit.*

> «Si los costos de transacción son iguales a cero, no importa la solución legal que se adopte, pues siempre las partes involucradas, a través de transacciones en el mercado, llegaran a la solución más eficiente.»

Si regresamos a nuestro ejemplo anterior, si no existen costos de transacción, poco importa si la fábrica tiene o no derecho a contaminar a sus vecinos. Si la fábrica tiene derecho a contaminar, pero recibe beneficios inferiores a los daños que ocasionan, los vecinos se acercarán a la fábrica, se sentarán en una mesa de negociaciones, y llegarán a determinar un precio por el cual ellos se ahorrarán los daños y la fábrica estará mejor que antes. Por el contrario, si los vecinos tienen derecho a que no se contamine y la fábrica recibiría mayores beneficios si la dejaran contaminar, ésta irá en busca de los vecinos y les pagará una cantidad para que se dejen contaminar, o les comprará sus casas para vendérselas a un menor precio a gente dispuesta a ser contaminada. El mercado, por sus propios mecanismos, tiende a acercarse a la solución más eficiente[5]. En otras palabras, si lo más eficiente es que haya contaminación, el mercado llevará a que haya contaminación. Si lo más eficiente es que el aire quede limpio, el mercado nos llevará a una atmósfera pura.»

Todos podemos, sin embargo, intuir que un mundo en el que los costos de transacción son iguales a cero no existe o es irreal. Siempre hay costos vinculados a la celebración de cualquier contrato. Es válida la analogía entre el mundo cousiano y el de los físicos que hacen sus cálculos asumiendo muchas veces que los cuerpos se mueven en un mundo en el que no existe fricción. Pero el concepto es igualmente útil porque nos permite deducir que en aquellos casos donde los costos de transacción no son significativos la solución de mercado puede conducirnos a la mejor alternativa. Ello explica por qué en el sistema contractual privado las normas son principalmente supletorias a la voluntad de las partes y la intervención estatal se minimiza bajo la idea de la autonomía privada. El Derecho Contractual es lo que más se parece al mundo ideal de COASE.

La segunda formulación del Teorema es igual de importante:

> «Si los costos de transacción son significativamente superiores a cero, si importa la solución legal que se adopte para llegar a la solución más eficiente.»

---

5. Debe destacarse, sin embargo, que el Teorema de COASE plantea la poca importancia de la solución legal que se adopte en términos de eficiencia social. Obviamente, existen diferencias, e importantes, en cuanto a los efectos distributivos de las distintas posibles decisiones legales.

Nuevamente en nuestro ejemplo, si los vecinos son demasiados como para poder sentarlos en una mesa de negociaciones que les permita a las partes llegar a la solución más eficiente, si se justifica la existencia de una decisión legal que «simule» la solución a la que llegaría el mercado si los costos de transacción fuesen iguales a cero. Esto implica que los costos de llegar a tal decisión (o en otras palabras de organizar una burocracia capaz de tomar decisiones eficientes) son razonables en relación a los beneficios que tal decisión implica.

## IV. COASE Y LA ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO

Si uno comprende correctamente los alcances de los costos de transacción como instrumento que nos ayuda a entender la realidad, puede descubrir su utilidad para explicar por qué el Derecho se organiza de una manera o de otra. El Derecho contractual se aplica a casos en los que, típicamente, los costos de transacción son lo suficientemente bajos como para permitir a los individuos llegar a la solución más eficiente. Por el contrario, la llamada responsabilidad civil extracontractual se refiere, normalmente, a los accidentes, situaciones en las que los costos de transacción, principalmente los costos de información, hacen inviable la solución de mercado. Así no podemos esperar que todos los peatones se pongan de acuerdo con todos los conductores de automóviles sobre cómo se asumirán y cubrirán los daños derivados de un accidente. En tales situaciones el juez es el llamado a «simular» el acuerdo al que hubiesen llegado las partes de haber sido posible la solución contractual. Se puede entender a la culpa como una institución dirigida a la búsqueda de estándares de conducta que buscan reflejar qué comportamiento hubiesen pactado las partes como exigible dentro de un contrato.

Podemos encontrarnos incluso con situaciones mixtas, en las que, existiendo un acuerdo entre las partes, los costos de transacción han hecho imposible que determinado aspecto pueda ser resuelto por el contrato, con lo que el juez debe intervenir para llegar a la solución más eficiente. Así, una etiqueta que advierte al consumidor que la explosión de una bebida gaseosa no genera responsabilidad para la empresa que la fabricó puede no haber asignado los recursos de manera adecuada. Los costos de información para el consumidor sobre los riesgos implícitos en el consumo de una gaseosa pueden ser altos. Se requieren conocimientos técnicos y estadísticos para establecer cuál es el verdadero riesgo asumido, y así poder permitir que el consumidor considere si es razonable consumir la gaseosa. Evidentemente, si el consumidor conociera el riesgo con certeza y supiera que deberá asumir él mismo los daños porque la empresa se liberó de responsabilidad al incluir la etiqueta, estaría dispuesto a pagar un precio menor por la gaseosa al que

pagaría si la gaseosa fuese completamente segura a si la empresa estuviese dispuesta a asumir todos los costos de cualquier accidente,

Pero como transmitir dicha información puede generar costos prohibitivos, es mejor que el juez intervenga para dejar sin efecto una condición generada precisamente como consecuencia de los costos de transacción existentes entre el consumidor y la empresa. Esto nos lleva a entender las complejas discusiones en la doctrina jurídica sobre si situaciones como la responsabilidad por productos defectuosos, o la responsabilidad por accidentes de transporte de pasajeros, son casos de responsabilidad contractual o extracontractual. El Teorema de COASE nos enseña que la diferencia radica no en si hay o no contrato, sino en la capacidad que tiene el sistema contractual, dados los costos de transacción existentes, para llegar a una eficiente asignación de recursos. Invito sino al lector con algunos conocimientos de Derecho a examinar los límites que el propio sistema jurídico impone a la autonomía privada como mecanismo de asignación de recursos, y descubrir cómo en la mayoría de los casos están implícitos, de una manera u otra, problemas de costos de transacción.

## V. LA UTILIDAD PRÁCTICA DEL TEOREMA DE COASE: EL EJEMPLO DEL TRANSPORTE PÚBLICO

El problema del transporte público ha sido una constante por años en el país. Unidades de transporte destartaladas, que no brindan las más mínima garantía, un parque automotor escaso para las necesidades del país, estándares de manejo temerarios por parte de los choferes y descortesías constantes por parte de los cobradores, continuos accidentes de tránsito, huelgas y conflictos entre los transportistas y las entidades encargadas de regular las tarifas, son sólo algunas de las expresiones de un problema que todos buscan solucionar pero que nadie parece arreglar. Como el lector ya habrá advertido todos esos problemas no son sino expresiones de lo que hemos denominado como externalidades.

Como veremos el problema del transporte público es, como muchos otros problemas de nuestra sociedad, un terreno fértil para aplicar las ideas de Ronald COASE y ver como el AED puede ser una herramienta útil para comprender el rol del Derecho en enfrentar problemas sociales.

Así lo usaremos como ejemplo para comprender como el Teorema puede ser una herramienta poderosa para diagnosticar problemas y sugerir soluciones a los mismos.

Muchos abogados piensan que la Economía se vincula al estudio de la inflación, el desempleo y otros misteriosos fenómenos macroeconómicos, lejos de las preocupaciones diarias del sistema jurídico. Actualmente, sin

embargo, el campo de acción de la economía es mucho más amplio. La economía es una ciencia que estudia las decisiones racionales en un mundo como el nuestro en el que los recursos son escasos frente a las necesidades humanas que tiene que satisfacer. Dentro de esta línea la idea es determinar un mejor aprovechamiento de los recursos existentes o, dicho de otra manera, alcanzar decisiones eficientes. Así un punto central es la idea de eficiencia. Siendo que el derecho incumbe a una serie de decisiones que afectan la asignación y uso de los recursos, la Economía tiene algo que decir respecto a cómo deben tomarse las decisiones legales y cómo deben diseñarse las instituciones jurídicas.

En su base el Derecho enfrenta el mismo problema que la Economía: cómo asignar los recursos escasos. Así encontramos el problema común que requiere del uso del estudio interdisciplinario. Es difícil entender cualquier controversia jurídica entre dos partes si no es a través de la escasez que se encuentra en la base del problema. Una acción reivindicatoria busca determinar cuál de dos personas debe poseer un bien. Este bien es un recurso escaso en el sentido que dos quieren usarlo exclusivamente de una determinada manera a pesar que esto es materialmente imposible. Una acción exigiendo el cumplimiento de un contrato se da porque el bien o servicio materia del acuerdo entre las partes no puede ser sometido a dos usos que simultáneamente satisfagan los intereses de las partes involucradas. Una acción reclamando los daños y perjuicios producidos por un accidente tiene en su base el problema de si vamos a permitir que el dinero del causante se use para reparar los daños ocasionados. Si el mismo dinero permitiera indemnizar a la víctima y realizar el viaje que el causante tenía planeado hacer por sus vacaciones, carecería de sentido toda discusión. En cambio nadie iniciará una acción contra su vecino para evitar que, éste respire el aire de la atmósfera. La abundancia del aire hace que éste no se considere un recurso escaso. Por tanto su uso no necesariamente implica excluir a los demás[6].

Sólo a título de ejemplo, hagamos un breve análisis de las tres instituciones básicas del Derecho civil Patrimonial para ver cómo su diseño atañe directamente al problema de escasez de los recursos.

El primer caso es la propiedad. Por ella se concede a su titular la facultada de usar y disfrutar un bien excluyendo a los demás. Esta facultad de exclusión absoluta, universalmente aceptada, no es otra cosa que el re-

6. Esto sin embargo viene cambiando. Gran parte del desarrollo del Derecho Ambiental se basa en el hecho que la evolución tecnológica viene tornando en escasos, recursos que ordinariamente hemos vendido considerando abundantes. Así, es posible encontrar en algunas ciudades de Japón casetas donde depositando algunas monedas se puede tomar unas bocanadas de aire puro.

conocimiento de la escasez de los bienes, de la mano con la necesidad de asignar los recursos a alguien a fin que éstos sean utilizados de manera eficiente. Si no asignamos los bienes de manera exclusiva a un titular no habrá auténticos incentivos para conservar y explotar los bienes. Así, el campesino en un mundo sin propiedad no sembrará y mejorará la tierra pues sabe que al final de la cosecha los demás, a los que no puede excluir, llevarán el producto de su esfuerzo e inversión. Al dirigirnos a un mundo que desperdicia los recursos o, lo que es lo mismo, no los aprovecha.

El segundo caso es el derecho contractual. Permitir que las partes intercambien recursos (titularidades) a través de un acuerdo voluntario es crear una tendencia para que los bienes escasos se asignen sus usos más valiosos. Si el vendedor acepta transferir una casa al comprador es porque este último valoriza la casa más que el primero. De lo contrario jamás llegarían a un acuerdo. Así termina con casa aquél que puede darle un uso más valioso[7], que permite maximizar el beneficio social de un recurso considerado escaso.

El tercer caso es el sistema de responsabilidad civil extracontractual. Si se produjo un accidente compete a la decisión jurídica cómo usar mejor los recursos. Por ejemplo, usar las indemnizaciones como un mecanismo para desincentivar accidentes es razonable si las actividades que se desincentivan generan costos a la sociedad superiores a sus beneficios[8]. Esto llevará a un

---

7. Esto se puede apreciar más claramente con el uso del concepto de «precio de reserva». El precio de reserva del vendedor es la cantidad mínima que estaría dispuesta a recibir para desprenderse de su casa, y que refleja obviamente en qué nivel la valoriza (y que a su vez es S/. 100.000. El precio de reserva del comprador es lo máximo que estaría dispuesto a pagar por la casa, y que también refleje su valorización (y que está determinada por el rendimiento esperado del bien para quien lo adquiere). Imaginemos que es S/. 150.000. En este contexto el precio que acuerden las partes en un valor que se encuentra necesariamente entre el precio de reserva del vendedor y el del comprador, que puede ser, por ejemplo, S/. 125.000. Si hay contrato el mercado no está indicando que un bien se transfirió de un uso menos valioso a un uso más valioso.

8. Así, no quiere evitarse todo accidente. Si admitimos que los automóviles circulen a 60 Kph es porque aceptamos que el costo que los automóviles generan por la vía de los accidentes producidos a esa velocidad es el «precio» que la sociedad tiene que pagar por gozar de los beneficios de la existencia de automóviles. De lo contrario prohibiríamos la existencia de automóviles, o los obligaríamos a circular a velocidades inofensivas (como 5 Kph). En sí, el ejemplo es el mismo que citamos antes respecto al cazador que le vuela un ojo a un tercero. No se trata de evitar siempre estos accidentes pues ello llevaría a prohibir la caza, lo que podría llevar a la sociedad al hambre. Se trata de crear los incentivos para que la actividad de los cazadores, sin perjuicio de seguir ocasionando accidentes, genere costos inferiores a los beneficios involucrados.

uso racional de los recursos escasos. Por el lado de la compensación a la víctima, puede ser que aquél que causó el daño esté en mejor situación que la victima para compensarlo, minimizando el sufrimiento social que el accidente produce[9].

A la luz de estas ideas, recordemos las dos formulaciones. La primera de ellas puede ser resumida como sigue:

> «Si los costos de transacción son iguales a cero, no importa la solución legal que se adopte, pues siempre las partes, a través de acuerdos voluntarios entre ellas, llegarán a la solución más eficiente.»

Como hemos visto el costo transaccional es el concepto medular en la concepción de COASE. Como él dice, no es posible entender las transacciones que se producen en el mercado sin tomar en consideración que en orden a llevarlas a cabo es necesario «descubrir con quién desea uno tratar, informarse acerca de qué se desea intercambiar, establecer los términos en que habrán de llevarse a cabo, proceder a las negociaciones que llevaran al acuerdo, preparar los términos del contrato y comprometer la inspección necesaria para asegurar que sus términos están siendo observados», todo lo que puede llevar a que existan costos importantes para celebrar un contrato, y que, en ciertos casos, pueden llevar a que no se culmine una transacción por más que su realización podría ser eficiente[10].

En términos sencillos los costos de transacción son los costos de celebrar un contrato, y que en ciertas circunstancias son tan altos que pueden evitar que se perfeccione el acuerdo, o llevar a que éste se perfeccione en términos ineficientes.

Como hemos visto, dentro de la primera formulación del Teorema se asume que estos costos no existen. Cabe hacer la analogía entre el mundo de COASE en el que las transacciones se desarrollan sin costos y el mundo de los físicos donde los cuerpos se mueven sin tener la resistencia de la fricción del aire. Obviamente, la primera formulación no puede interpretarse en el sentido que sólo funciona cuando los costos de transacción son iguales a cero (situación absolutamente ficticia e imposible de alcanzar) sino en el sentido que los costos de transacción son razonables como para no interfe-

---

9. Esto se puede lograr, por ejemplo, trasladando el costo del accidente al que más tiene, o distribuyendo socialmente el costo del accidente a través del sistema de seguros o del sistema de precios. Esto implica que el más rico sufre menos pagando 1000 que lo que sufre el más pobre pagando lo mismo, por un lado, o que estamos asumiendo que se minimiza el sufrimiento social si 1,000 pagan 1, antes que 1 pague 1,000.

10. COASE, op cit, p. 18.

rir de manera significativa en la transacción y en general en el funcionamiento del sistema del mercado.

Un segundo concepto importante para el Teorema de COASE es el ya mencionado de externalidad o costo no contratado. Por ejemplo si un microbús no revisa sus frenos incrementa las posibilidades de causar un accidente. Si el accidente ocurre y el microbusero no responde por él, esta externalizando parte del costo de sus actividad a la eventual victima. Como el microbusero no asume los costos que genera, no hará las reparaciones adecuadas a sus frenos. Imaginemos que el microbusero obtiene una utilidad de S/. 1,000 por el uso de su vehículo. El hecho de no reparar los frenos hace que los potenciales años a las víctimas se eleven en digamos, S/. 2000[11]: Resulta que reparar los frenos solo tiene un costo de S/. 200. Los S/. 2000 son una externalidad. Son parte del costo social de la actividad de los microbuseros, pero no del costo privado de los mismos. Esto crea una divergencia entre el costo social que el verdadero costo que una actividad genera a la sociedad, y el costo privado, que es el que toma en cuenta los individuos para decidir como comportarse, y que se identifica con el costo de producción de un recurso. La reparación de los frenos es socialmente deseable. Con una inversión de S/. 200 se evita una pérdida de S/. 2000 en daños. Se da pues un ahorro de S/. 1800, pero si el microbusero no tiene que pagar los daños que genera no encontrará razón lógica para gastar S/. 200 que reducen un costo que él nunca asume.

Si cambiamos la regla de no responsabilidad por una de responsabilidad las cosas son diferentes. Si el microbusero tiene que pagar los daños que ocasiona, su utilidad de S/. 1000 se convierte en pérdida de S/. 1000. Recibe beneficios por S/. 1000 pero al tener que paga indemnizaciones por S/. 2000 sufre una pérdida, o arregla sus frenos. Retirarse del negocio no genera ganancias pero tampoco pérdidas. Deja de ganar S/. 1000, pero también deja de causar daños S/. 2000 que tendría que indemnizar.

La segunda opción, reparar los frenos, resulta más razonable. Asumirá un costo de S/. 200, con lo que su utilidad se reduce a S/. 800. Pero elimina un costo en indemnizaciones de S/. 2000. Como ganar S/. 800 es mejor que no ganar nada, y si no existe otra actividad en la que puedan utilizare los mismos recursos a un rendimiento mayor, el microbusero decidirá arreglar sus frenos.

¿Cómo entender la primera formulación del Teorema de COASE a la luz de los dos conceptos señalados? Si los costos de transacción son lo suficien-

---

11. Esto no quiere decir que un accidente concreto genere un costo de S/. 2000. Esto quiere decir que, por ejemplo, por no tener frenos, se incrementa en un 20% las posibilidades de generar un daño de S/. 10000. Así, 0.2x10000=2.000.

temente bajos como para hacer viable una solución contractual, la existencia de una regla legal es inocua para alcanzar el resultado final. Imaginemos que los peatones, potenciales víctimas de los accidentes, pueden llegar a celebrar un acuerdo con los microbuseros. Esto implica que reunirlos a todos es posible, que la información entre las partes es perfecta, y que ningún costo es lo suficientemente alto como para impedir que este supuesto contrato se perfeccione.

Dentro de este mundo ideal, si se establece una regla que asegura la irresponsabilidad de los microbuseros, existe un incentivo en los peatones para cambiar la situación. Ellos sufren daños por S/. 2000 y los causantes de ese daño reciben beneficios por S/. 1000. Obviamente es posible, si los costos de transacción, son iguales a cero o son razonablemente bajos, que los microbuseros y los peatones se sienten en una mesa a negociar y que lleguen a un acuerdo. En dicha negociación los peatones están dispuestos a pagar más de S/. 1000 para evitarse el daño por S/. 2000. Por el contrario los microbuseros estarán dispuestos a recibir más de S/. 1001 a fin de detener su actividad. Podrán guardar su microbús en un garaje y dedicarse a recibir una renta superior a la que producían antes. En tal sentido, por un pago de S/. 1500 los microbuseros estarán dispuestos a detener su actividad y los peatones se sentirán más seguros, recibiendo un beneficio de S/. 500 (los S/. 2000 de daños que sufrían menos los S/. 1500 que tienen que pagar a los microbuseros por el mérito del contrato). Pero obviamente esa no es la mejor solución. Si la información es perfecta y los peatones identifican que a un costo de S/. 200 el problema queda solucionado, ofrecerán a los microbuseros pagarles la reparación de sus frenos. Se eliminará la pérdidas de S/. 2000 a un costo de S/. 200 el problema queda solucionado, ofrecerán a los microbuseros pagarles la reparación de sus frenos. Se eliminará la pérdida de S/.2000 a un costo de S/. 200 para los peatones y los microbuseros seguirán recibiendo una utilidad de S/. 1000.

Invirtamos la regla. Si hacemos a los microbuseros responsables por los potenciales daños que generen, internalizarán los costos de los accidentes que ocasionen. Como tienen que asumir un costo de S/. 2000, que puede ser evitado con una inversión de S/. 200, los microbuseros elegirán hacer esto, a pesar que verán reducida su utilidad a S/. 800.

En uno y otro caso se llega a la solución más eficiente: la instalación de los frenos. Debemos destacar, sin embargo, que si bien el resultado en materia de eficiencia es indiferente a la regla legal que se adopte, no sucede lo mismo en términos de distribución del ingreso. Mientras en el primer caso son los peatones los que pagan de su propio bolsillo la reparación de los frenos, en el segundo, este costo es asumido por los microbuseros. Pero

el Teorema de COASE no va dirigido a destacar el efecto en términos de distribución, sino de eficiencia.

En el caso entre peatones y microbuseros es difícil imaginar la no existencia de costos de transacción que nos lleven a soluciones como las mencionadas. El gran número de peatones y microbuseros, los costos de información, la posibilidad de sentarlos a negociar y llegar a acuerdos a un costo razonable hacen el acuerdo impensable. Los costos de transacción hacen la solución de mercado inviable. Esto nos lleva a la segunda formulación del Teorema de COASE:

> «Si los costos de transacción son significativamente superiores a cero, sí interesa la regla legal que se adopte para llegar a una solución más eficiente.»

Como hemos dicho es impensable un sistema contractual que puede solucionar el problema de las relaciones entre microbuseros y peatones. Vimos también que si no existe acuerdo, la regla de irresponsabilidad generaba una discrepancia entre el costo privado y el costo social (producido por las externalidades presentes) que llevaba a decisiones ineficientes que producen una inadecuada asignación de recursos. En cambio, el sistema de responsabilidad civil, al internalizar las externalidades, genera el incentivo en los choferes para que éstos reparen sus frenos a pesar del costo que esto les signifique.

En pocas palabras los costos de transacción hacen la diferencia y justifican que en ciertos casos, en que los costos de transacción son elevados, el Derecho intervenga para identificar la solución más eficiente. Como señala TORRES LÓPEZ, las funciones del Derecho bajo esta perspectiva son dos: reducir los costos de transacción que pudieran existir y proceder a una atribución de derechos que lleve consigo elecciones eficientes[12]. Dicho en otras palabras, se trata de facilitar el funcionamiento del mercado, y en los casos en que superar los impedimentos resulte demasiado difícil o imposible, el Derecho debe actuar, como señala el propio TORRES LÓPEZ, como un auténtico «mercado simulado»[13].

No es mi intención hacer un Análisis Económico del Derecho, y que nos permita encontrar cuál es la solución a adoptarse. Más bien es mi intención graficar muy superficialmente su utilidad y su función instrumental para comprender casos concretos y encontrar problemas que aparecen ocultos, cuando utilizamos el razonamiento jurídico tradicional.

---

12. TORRES LÓPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho*, Tecnos, 1987, p. 53.

13. *Ibídem,* p. 27

En principio, desde una perspectiva cousiana pura, sólo se necesitan tres instituciones básicas para el funcionamiento del sistema jurídico patrimonial privado:

a) Un sistema de derechos de propiedad (quizás sería mejor hablar de un sistema de titularidades) que garantice una distribución inicial de los recursos. Estas titularidades deben conceder la facultad de excluir a los demás para crear los adecuados incentivos para la explotación y conservación eficiente de los recursos escasos.

b) Un sistema de derecho de contratos que garantice el fluido intercambio de bienes entre los individuos a fin que éstos puedan ir asignándose a sus usos más valiosos. Si asumimos, como lo hace la perspectiva liberal, que la decisión individual es el mejor mecanismo de asignación de recursos, los contratos se convierten en la expresión jurídica del sistema de mercado. Obviamente el sistema contractual sólo nos llevará a las soluciones más eficientes ahí donde los costos de transacción, en términos cousianos, no sean significativos. Incluso es función del sistema contractual la reducción de estos costos precisamente para favorecer las soluciones de mercado[14].

c) Un sistema de responsabilidad civil extracontractual que garantice la simulación del mercado en aquellas circunstancias en la que los costos de transacción impidan al mercado asignar los recursos de manera eficiente.

Cuando se habla de la privatización del transporte público de lo que se está hablando en realidad es de trasladar esta actividad dentro de un sistema de derecho patrimonial privado que se base en las tres instituciones que hemos descrito. Se requiere una asignación inicial de derechos de propiedad sobre las unidades de transporte y quizás la definición de titularidades sobre las rutas.

En segundo lugar se determina que la transferencia de estos recursos debe hacerse de acuerdo a un libre intercambio. Esto implica una libre tarifa, por un lado, y una libre entrada de microbuseros al uso de las rutas, por el otro. La libre podría generar inicialmente una elevación del precio del transporte si la oferta de microbuses al día de hoy es inferior a la demanda. De alguna manera habrá inicialmente un precio no competitivo. Esta tarifa superior al precio de equilibrio en un mercado competitivo incentivará la entrada de nuevas unidades de transporte, elevando el nivel de viajes ofrecidos, y consecuentemente, reduciendo el precio del transporte.

---

14. Dos mecanismos que desarrollan la función de reducción de los costos de transacción son la existencia de normas supletorias a la voluntad de las partes que reducen la necesidad de prever todas las contingencias en el período de negociación y la existencia de cláusulas generales de contratación y contratos por adhesión que reducen los costos de transacción al reducir la necesidad de negociación entre las partes.

En tercer lugar, no todos los problemas de la circulación de microbuses pueden ser resueltos por el sistema contractual. Los costos de transacción con terceros (como los peatones) son elevados, y por tanto pensar que por ejemplo, los peatones «compren» seguridad a los microbuseros aparece como imposible. En tal virtud, el sistema de responsabilidad extracontractual puede internalizar las externalidades que el transporte público genera y con ello creará incentivos para un comportamiento eficiente, tal como señalamos antes.

Claro que algún lector suspicaz podrá cuestionar esta idea con el argumento que los microbuseros trasladarán este costo a sus pasajeros y por tanto habrá incentivo a tomar las precauciones necesarias (como por ejemplo reparar los frenos). Pero si tenemos en cuenta que el mercado es competitivo, descubriremos que un microbuseros cuidadoso tendrá tarifas más bajas, pues tendrá menos accidentes que el descuidado, si es que la seguridad vale lo que cuesta. Ello desplazará del mercado a los microbuseros que no llegan a un nivel de seguridad eficiente. Así el cuidadoso será más competitivo y estará en la posibilidad de desplazar al más ineficiencia de su ruta pues los pasajeros preferirán pagar menos.

Pero quizás un problema más interesante en el transporte público no está por el lado de las externalidades que sufren los terceros, sino precisamente en las que sufren los pasajeros. Si tenemos una aproximación simplista al problema diremos que siendo los costos de transacción bajos entre el microbusero y sus pasajeros todos los problemas pueden solucionarse desde el punto de vista del sistema contractual.

La base para afirmar que los costos de transacción son bajos radica en que habiéndose celebrado un contrato de transporte, queda claro que ha sido posible que las partes negocien y lleguen a un acuerdo satisfactorio para ambos. Así, el pasajero, consciente de los riesgos que asume al subir a un microbús determinado, negociará con el microbusero quien responderá por sus daños si sucede un accidente. Las posibles soluciones son dos. Puede ser que el pasajero acuerde asumir ese riesgo. Así conseguirá un pasaje más barato, pero implícitamente añadirá al precio que paga el costo esperado de los accidentes que pudiera sufrir, dado el estado de funcionamiento del microbús, pues de suceder el accidente el pasajero tendrá que pagar sus propios daños. Es en base a estos dos costos que él decidirá si viaja o no. Así los microbuseros no sólo tratarán de ofrecer tarifas atractivas sino unidades de transporte seguras y cómodas que hagan que el pasajero reduzca en su cálculo el monto esperado por los accidentes. Esta reducción implica que en términos reales el pasajero «paga» menos por viajar.

La segunda solución es que acuerden que sea el microbusero el que asuma el costo. Así el microbusero «asegurará» al pasajero contra todo ac-

cidente, incluyendo una cláusula en estos términos en el contrato de transporte correspondiente. Pero obviamente por hacer esto cobrará una tarifa más elevada que le sirva para cubrir los daños que sus pasajeros pudieran sufrir, o para contratar un seguro.

¿De qué dependerá que sea el pasajero o el microbusero el que asuma el costo? Pues ello depende de quién puede neutralizar o reducir el monto del daño a menor costo. Normalmente el microbusero, principalmente por la información que dispone, puede reducir la cantidad y gravedad de los accidentes a menor costo que el pasajero. Si eso es así, se logrará a través del sistema contractual una reducción de costos. En la negociación este hecho saldrá a relucir y entonces el microbusero asumirá el costo del accidente (o de las precauciones necesarias para evitarlo) beneficiando a ambas partes. El pasajero asumirá un menor costo (a pesar que le trasladen este será menor a lo que él tendrá que pagar por que a su vez determinará que hayan más pasajeros pues el microbusero será más competitivo. Si el costo de las precauciones es razonable, lograremos microbuses seguros y cómodos a tarifas competitivas. En otras palabras, igual como el mercado produce un «precio de equilibrio», produce también condiciones de equilibrio en la prestación de los servicios.

El problema es que todos intuimos que tal mundo es difícil de alcanzar. Existe un costo de transacción importante: el costo de información. Estos costos son insuperables en muchos casos. Así es difícil imaginar que cada vez que suba un pasajero al microbús éste pueda hacer una inspección de los frenos, ejemplo, para negociar cuál es la tarifa razonable y quien debe asumir el riesgo dado el estado operativo de la unidad de transporte. Que exista un contrato no quiere decir que se hayan superado todos los costos de transacción. Incluso entre dos partes que han llegado a un acuerdo existen aspectos de su relación que no pueden ser solucionados por el sistema contractual dada la existencia de costos de transacción, pues una o ambas partes pueden enfrentar costos de información sustantivos.

Si como dijimos la diferencia entre el ámbito acción de los contratos y el de la responsabilidad extracontractual radica en la existencia o no de costos de transacción que puedan evitar una eficiente asignación de los recursos, entenderemos que la diferencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual no radica en la existencia o no de un contrato entre las partes, sino en la posibilidad que ante una situación dada, en la que se considera necesaria una correcta asignación de los recursos y de los riesgos, el sistema de contratación pueda resolver el problema de manera idónea o esté impedido de hacerlo.

Imaginemos que sucede un accidente. Un microbús se sale de la pista, atropella a unos peatones y se vuelca, ocasionando daños a parte de sus

pasajeros. No existe razón para considerar la responsabilidad respecto a los peatones extracontractual y respecto a los pasajeros porque, sin perjuicio de la existencia de un contrato, éste no puede resolver el problema de la asignación de los riesgos por accidentes por los altos costos de información al pasajero respecto a la situación operativa del microbús y el costo esperado de los accidentes. En ambos casos se necesita una regla legal que simule la solución a la que hubiera llegado el mercado si los costos de transacción no existieran.

Obviamente el problema de las precauciones adecuadas puede ser solucionado mediante regulación administrativa. Así, por medio de revisiones técnicas y precauciones obligatorias cuyo incumplimiento implica sanciones, se podría, en teoría, llegar a que se desarrollen conductas adecuadas. Sabemos por experiencia que esto no ha funcionado hasta ahora, pero si se creara un mecanismo de control eficiente podríamos pensar en esta opción como una alternativa. En todo caso la liberalización de tarifas de manera paralela a una desregulación de la actividad (eliminación de controles y sanciones administrativas) implicaría creer, de alguna manera, o que los costos de transacción son reducidos o que el sistema de responsabilidad civil peruano es efectivo en simular las soluciones a las que llegaría el mercado. Creo que éste sería uno de los problemas principales en el caso de una desregulación total de la actividad, pero no es mi intención tratar ese problema en este trabajo.

Pero quizás el problema más serio esta en una mala definición de derechos de propiedad sobre uno de los bienes más importantes: la infraestructura vial. Las calles son bienes públicos, no solo en el sentido de ser propiedad estatal, sino de ser bienes cuyo uso es de todos. Por ello no tienen costo de acceso (es decir que su acceso es gratuito) y en consecuencia hay un beneficio a pesar que no hay costo privado. Pero si hay costo social. Cada unidad que entra a la calle genera congestión, contaminación, accidentes, y otros problemas similares. Las externalidades no solo se internalizarían usando el sistema de responsabilidad civil, sino el sistema de derechos de propiedad.

Si se privatizaran las calles sus dueños cobrarían por el uso y con ello desincentivarían el ingreso de excesivas unidades, controlando la congestión, la contaminación y los accidentes por el sistema de precios. A horas pico las calles serían mas caras, desplazando demanda hacia horas de menos congestión. A su vez el transporte público se volvería más atractivo en unidades más grandes por que distribuye el costo del peaje por uso de calle entre más pasajeros.

El problema es uno tecnológico: es muy difícil cobrar por uso de las calles y las colas en la entrada de cada calle generaría congestión

Pero hoy ello no es tan cierto. La tecnología permite usar sistemas electrónicos o códigos de barra para registrar el paso de vehículos. O estos pueden ser rastreados satelitalmente. Con ello se podría registrar las calles usadas por un vehículo, quien recibiría a fin de mes, en su casa, la cuenta de todas las calles que utilizó. El resultado sería que cada vehículo internalizaría el costo de uso de un recurso escaso (la calle) evitando las externalidades de su sobreexplotación, conduciéndonos a un resultado eficiente. Gran parte del problema se resolvería simplemente definiendo derechos de propiedad, porque simplemente esa definición reduciría los costos de transacción y permitiría que la congestión tuviera una solución de mercado, es decir una solución dentro de la primera formulación del Teorema de Coase.

Así, el aporte de Coase esta más en la primera que en la segunda formulación de su teorema. La segunda formulación se orienta a justificar por qué regular. Pero la primera nos arroja luces sobre cuando dejar que el mercado se encargue de las cosas. Y para ello la primera pregunta es saber si las titularidades están bien definidas para que las partes, por acuerdos, regulen sus intereses. Ese es el punto de partida que en análisis jurídico nos solemos saltar.

# Bibliografía
# Parte I


— BECKER, Gary y NASHAT, Guity. *The Economics of Life*. Ed. McGraw- Hill. Estados Unidos. 1997.

— BECKER, Gary. «El enfoque económico del comportamiento humano». En: *Información Comercial Española* 554. enero de 1990.

— BECKER, Gary. «El enfoque económico del comportamiento humano». En: *Información Comercial Española* N.º 557, enero 1980.

— BECKER, Gary. «Crime and Punishment: an economic approach». En: *Journal of Political Economy* 76. 1968.

— BENEGAS LYNCH (H), Alberto. *Fundamentos de Análisis Económico*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1994.

— BULLARD, Alfredo. «Esquizofrenia Jurídica. El Impacto del Análisis Económico del Derecho en el Perú». En: *Themis* 44. 2002.

— BULLARD, Alfredo. «Sobre el Código Civil y los dinosaurios». En: *¿Por qué hay que cambiar el Código civil?*. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima. 2001.

— BULLARD, Alfredo. *Estudios de Análisis Económico del Derecho*. ARA Editores. Lima. 1996.

— BULLARD, Alfredo y RIVAROLA, Domingo. «Viendo Más Allá del Expediente, Los efectos económicos y sociales de los fallos judiciales». En: *Advocatus*. Nueva Época. Primera Entrega. 1998.

— BULLARD, Alfredo. «¡Al fondo hay sitio! ¿Puede el Teorema de Coase explicarnos el problema del Transporte Público?». En *Themis* 21. 1992.

— BULLARD, Alfredo. «Ronald Coase y el Sistema Jurídico; Sobre el Premio Nobel de Economía 1991». En: *Apuntes*, Revista de Ciencias Sociales del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico.

— BULYGIN, Eugenio. *Naturaleza Jurídica de la Letra de Cambio*. Abeledo Perrot. 1961.

— CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas. «Property Rules. Liability Rules and Inalienability: A view of the Cathedral». En: *Harvard Law Review* 84. 1972. Versión en castellano En: *Themis* 21. PUCP. Lima. 1992.

— CALABRESI, Guido. «Seguro de primera persona, de tercera persona y responsabilidad por productos: ¿puede el Análisis Económico del Derecho decirnos algo al respecto?». En: *Ius et Veritas* 4. 1992.

— CALABRESI, Guido. «The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further». En: *Yale Law Journal*. Volumen 100. 1991.

— CALABRESI, Guido y BOBBIT, Philip. *Tragic Choices. The conflicts society confronts in the allocation of tragically scare resources*. Ed. W.W. Norton & Company. 1978.

— CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Aproach*. New Haven and London, Yale University Press. 1970.

— CAMPOS, Paul. *Jurismania. The Madness of American Law*. Oxford University Press. 1998.

— CASTILLO, Mario y VÁSQUEZ, Ricardo. *Analizando el Análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2004.

— COASE, Ronald. *The Firm, The Market and The Law*. The University of Chicago Press. 1998.

— COASE, Ronald. «The Problem of the Social Cost». En: *The Journal of Law and Economic*. Volumen 3. 1960.

— COASE, Ronald. «The Nature of the Firm». En: *Económica*, Volumen 4. 1937.

— COHEN, Felix. *El Método Funcional en el Derecho*. Buenos Aires. Abelado-Perrot.

— COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y Economía*. Fondo de Cultura Económica. México. 1998.

— DE SOTO, Hernando, Enrique GHERSI y Mario GIBELLINI. *El Otro Sendero*. Instituto Libertad y Democracia. Lima. 1986.

— EPSTEIN, Richard A. *Principles for a Free Society. Reconsiling Individual Liberty with the Common Good*. Persues Books. Masachusetts. 1998.

— ESLAVA, Fernando. «Aproximación Metodológica al Análisis Económico del Derecho: Un Marco para el Estudio de la Escasez, el Tráfico y el Mercado de órganos». En: *Derecho Económico*. Tomo IV. Colección Enrique Low Murtra. Universidad Externado de Colombia. 2003.

— GHERSI, Enrique. «Una Introducción al Análisis Económico del Derecho». En: *Advocatus*, Nueva Época. Número 7. 2002.

— HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Problemas Epistemológicos de la Ciencia Jurídica*. Madrid. Editorial Civitas. 1981.

— LEROY, Roger y otros. *The Economics of Public Issues*. HarperCollins College Publishers. Estados Unidos. 1996.

— MALLOY, Robin. *Law and Economics. A Comparative Approach to Theory and Practice*. West Publishing Co. Minnesota. 1990.

— MERCURO, Nicholas y MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism*. Princeton University Press. 1997.

— NISHIYAMA, Chiaki y LEUBE, Kurt. *The Essence of Hayek*. Hoover Institution Press. California. 1984.

— NORTH, Douglas. *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico*. Fondo de Cultura Económica. México. 1993.

— ORTIZ DE ZEVALLOS, Gabriel. «El marco institucional de la economía peruana» En: ORTIZ DE ZEVALLOS, Gabriel. *Importancia de las Instituciones en el Desarrollo de una Economía de Mercado*. INDECOPI/APOYO. Lima. 1995.

— ORTIZ DE ZEVALLOS, Gabriel y GUERRA-GARCÍA, Gustavo. *Análisis Costo Beneficio de las Normas*. Instituto Apoyo. Lima. 1998.

— PALACIOS, Eric. «La conversión y la heterointegración de los negocios jurídicos». Tesis para optar por el título de Abogado. Lima. 1995.

— PARDOLESI, Roberto y TASSONE Bruno. *I giudici e l'analisi economica del diritto privato*. Ed. Il Mulino. Bologna. 2003.

— PIZARRO, Luis. *El Derecho civil Peruano. Perspectivas y problemas actuales*. Fondo Editorial de la PUCP. Lima. 1993.

— POSNER, Eric A. *Law and Social Norms*. Harvard University Press. 2000.

— POSNER, Richard A. *Overcoming Law*. Harvard University Press. 3era Edición. Estados Unidos. 1996.

— POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Harvard University Press. 2da Edición. 1983.

— POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Ed. Little Brown. Boston. 1977.

— SIERRALTA, Aníbal. *Introducción a la Juseconomía*. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú. 1988.

— «Symposium: Law and Economics and Legal Scholarship». En: *Chicago-Kent Law Review*. Volumen 79. Número 2. 2004.

— TORRES LÓPEZ. *El Análisis Económico del Derecho*. Tecnos. 1987

— TORRES MÉNDEZ, Miguel. *Estudios sobre el Contrato de Compraventa*. Grijley. Lima. 1993.

— WILLIAMSON, Oliver E. *Economic Organization: Firms Market and Policy Control*. New York University Press. 1986.

# Parte II
# El sistema de derecho civil patrimonial

# Sobre el Código Civil y los dinosaurios*

Hemos visto como el AED hace que una discusión tradicionalmente reservada a los abogados, comience a abrirse a otras ramas del conocimiento. Así la economía comienza a tener un rol en la discusión. El Código civil es la norma que configura el corazón del sistema jurídico. Es una suerte de norma que se basta a sí sola, orgánica e integral, fue pensada para encontrar en ella las reglas necesarias para que un individuo pueda vivir en sociedad.

Pero como hemos visto, las normas jurídicas en general, y las normas del Código civil en particular, ya no son solo un tema de cual es la doctrina más adecuada o si los italianos o los alemanes reflejaron mejor la naturaleza jurídica de la una institución. La discusión se torna una que incluye las legítimas expectativas de los empresarios y de los inversionistas. El discutir cuál es la norma más adecuada implica comprender la naturaleza económica del fenómeno jurídico que se quiere regular.

El Código civil tiene injerencia directa en cuanto se va a invertir en un país, en cual va a ser el rendimiento de esa inversión, en que tipo de negocios vamos a tener y en que oportunidades plantean esos negocios para los ciudadanos.

El sistema legal peruano ha estado sujeto a cambios radicales en la última década, cambios que han modificado toda la esfera y toda la visión

---

* Esta sección se basa en el trabajo «Sobre el Código civil y los dinosaurios», publicado en el libro *Por qué hay que cambiar el Código civil,* UPC, 2001.

que teníamos del Derecho. Estos cambios son fruto, más que de un cambio iluminado y sorpresivo de los pensadores jurídicos, de cambios en las exigencias que el sistema económico ha venido planteando a las estructuras, muchas veces anacrónicas, de las instituciones jurídicas. Estos cambios, sin embargo, todavía no terminan de afectar o filtrarse en algunas de normas más importantes del ordenamiento. Tal es el caso del Código civil.

Quisiera ilustrar el tema con algunos casos reales ocurridos en el Perú y que tienen en común el ser operaciones de inversión en las que estuvo involucrada la aplicación de algún o algunos artículos de Código civil.

## I. CÓDIGO CIVIL E INVERSIÓN

### 1.1. Prohibido prohibir

Un inversionista extranjero quería desarrollar un negocio en el país. Para ello debía asociarse con un inversionista nacional. Ello era un elemento esencial, básicamente por el «know how», por el conocimiento que este inversionista peruano tenía del mercado y por la habilidad mostrada al haber actuado antes en el mismo de manera exitosa. Al inversionista extranjero le interesaba no sólo asociarse con este accionista, sino que este continuará siendo socio durante un período relativamente largo de manera que los accionistas de esta empresa seguirán siendo los mismos en ese período.

Durante la negociación, el inversionista extranjero planteó que se estableciera una cláusula en el contrato de asociación por la cual los accionistas nacionales no podían vender sus acciones durante un período de cinco años. Sin embargo, cuando consultó a sus abogados, estos le dijeron que el artículo 882 del Código civil[1] prohibió establecer contractualmente la prohibición de enajenar y que en consecuencia no era posible bajo ninguna norma del sistema peruano prohibir que vendiera sus acciones, ni siquiera un solo día[2].

---

1. Código civil. Artículo 882.- No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita.

2. Afortunadamente, por medio del artículo 101 de la nueva Ley General de Sociedades se ha establecido la posibilidad de llevar a cabo este tipo de pactos. Así, esta norma establece:

   Las limitaciones a la transferencia, al gravamen o a la afectación de acciones no pueden significar la prohibición absoluta de transferir, gravar o afectar.

   Las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones son de observancia obligatoria para la sociedad cuando estén contempladas en el pacto social, en el estatuto o se originen en convenios entre accionistas o entre accionistas y terceros, que hayan

### 1.2. Protegiendo el interés social.

Una empresa quería hacer una inversión inmobiliaria importante. Tenía que escoger donde hacer esta inversión entre varios países de Latinoamérica, reduciendo sus opciones finalmente a Chile, Argentina y Perú. Los abogados peruanos trataron de explicarle que quiere decir el 923 del Código civil[3]. Según este artículo la propiedad es el poder jurídico que permite usar disfrutar, disponer y reivindicar un bien, poder que debe ejercerse en armonía con el interés social. Cuando el inversionista pidió que le explicaran que cosa quiere decir el «interés social», la explicación no era muy clara y la interpretación en la jurisprudencia nacional sobre cuales eran los alcances de dicho término era virtualmente inexistente. No se le podía explicar a que límites quedaba sujeto el ejercicio de su propiedad. El resultado es que invirtió en Chile.

### 1.3. La penalidad que no se puede cobrar.

Se planteó una adquisición de acciones en la cual la información que suministraba quien estaba vendiendo era esencial. Si esa información no era exacta la operación podía tener graves consecuencias para el adquirente.

---

sido notificados a la sociedad. Las limitaciones se anotaran en la matrícula de acciones y en le respectivo certificado.

Cuando así lo establezca el pacto social o el estatuto o lo convenga el titular de las acciones correspondientes, es válida la prohibición temporal de transferir, gravar o de otra manera afectar acciones.

Igualmente es válida la prohibición temporal de transferir, gravar o afectar acciones, adaptada mediante acuerdo de la junta general, en cuyo caso sólo alcanza a las acciones de quienes han votado a favor del acuerdo, debiendo en el mismo acto separarse dichas acciones en una o más clases, sin que rijan en este caso los requisitos de la ley o del estatuto para la modificación del estatuto.

La prohibición debe ser por plazo determinado o determinable y no podrá exceder de diez años prorrogables antes del vencimiento por períodos no mayores. Los términos y condiciones de la prohibición temporal deben ser anotados en la matrícula de acciones y en los certificados, anotaciones en cuenta o en el documento que evidencie la titularidad de la respectiva acción

En todo caso, cuando se presentó este caso la operación no fue posible y el cambio que trae la Ley de Sociedades, vigente desde 01 de enero de 1998, no se puede extender a otros bienes distintos a acciones o participaciones.

3. Código civil. Artículo 923.- La propiedad es el poder jurídico que permita usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.

El adquirente pidió que se incluyera una cláusula penal que estableciera una indemnización suficientemente alta como para desincentivar cualquier información incompleta o inexacta. Cuando el adquirente consultó a los abogados que ocurriría con la cláusula penal si fueran a los tribunales estos le dijeron que según el artículo 1346[4], el juez puede a solicitud del deudor reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva. Nadie le pudo mostrar una jurisprudencia consistente y predecible respecto a como interpretaban los tribunales la reducción de la penalidad. El resultado fue que tuvieron que hacer una operación mucho más compleja y exigir un estudio más detallado de la información disponible. Esto llevó a que cerrar la operación tomara seis meses adicionales para garantizar que la información que se le estaba suministrando fuera la correcta. El costo de oportunidad y de honorarios para los estudios legales, contables y económicos necesarios fueron substanciales.

### 1.4. No se puede limitar la responsabilidad.

Una empresa extranjera quiere abrir una cadena de franquicias en el Perú. Para ello desea utilizar contratos estándares, los mismos que usa en todo el mundo. Cuando encuentra un socio nacional potencial y le plantea presenta el contrato, este socio le contesta que, según sus abogados, ciertas cláusulas no eran válidas en el Perú. Por ejemplo, le dice que, de acuerdo al artículo 1398 del Código civil[5], las limitaciones de responsabilidad no eran válidas en los contratos de adhesión y las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente. Sin incluir las cláusulas de limitación de responsabilidad el contrato era inviable y como era un contrato estándar se pensaba que las Cortes Peruanas declararían su ineficacia. El resultado fue que la distribución se entregó a una empresa chilena, ampliando su territorio geográfico y sometiendo así el contrato a la legislación de Chile que no contenía una limitación de este tipo.

---

4. Código civil. Artículo 1346.- El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

5. Código civil. Artículo 1398.- En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, a favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo; y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

### 1.5. No me alquiles por más de diez años ni des una opción por más de seis meses.

Los grifos y estaciones de servicio que han proliferado en Lima y en otras ciudades del país han sido construidos sobre la base de arrendamientos y estos arrendamientos han sido tremendamente complicados y han implicado complejas negociaciones que no necesariamente han llegado siempre a buen puerto.

Ello es consecuencia que el Código civil establece dos limitaciones a la voluntad de las partes: (1) que ningún arrendamiento puede durar más de diez años de acuerdo al artículo 1688 del Código civil[6]; y (2) que un contrato de opción de compra no puede durar más de seis meses de acuerdo al artículo 1423 del mismo Código[7].

Pero cuando uno quiere construir un grifo tiene que calcular como recuperar la inversión que va a efectuar. Si en los cálculos que se hacen se considera que se requiere un período superior a diez años, la Ley hace el esquema de inversión inviable. Pero, en el caso que pudiera superar ese problema, y el grifo resultara tan exitoso que quisiera asegurarme la posibilidad de adquirir el terreno alquilado, ello no será posible porque la opción ya habría vencido. Todo esto derivó en el uso de esquemas legales curiosos y con los que los inversionistas podrían no estar familiarizados como el derecho de superficie o el derecho de usufructo.

### 1.6. El Acreedor no puede quedarse con el bien hipotecado o la prenda.

Para concertar una operación de financiamiento entre una empresa extranjera como acreedora y una empresa nacional como deudora, la primera exigió se otorgaran una serie de garantías. Cuando la empresa extranjera preguntó a sus abogados sobre como sería la ejecución de los bienes ofrecidos en hipoteca y en prenda para garantizar la operación le explicaron que, si bien existía un procedimiento de venta extrajudicial de la pren-

---

6. Código civil. Artículo 1688.- El plazo del arrendamiento de duración determinada no puede exceder de diez años.

   Cuando el bien arrendado pertenece a entidades públicas o a incapaces el plazo no puede ser mayor de seis años.

   Todo plazo o prórroga que exceda de los términos señalados se entiende reducido a dichos plazos.

7. Código civil. Artículo 1423.- Toda opción está sujeta a un plazo máximo de seis meses y cualquier exceso se reduce a este límite.

da, no ocurría lo mismo con la hipoteca, y que una ejecución efectiva podría tomar varios meses. Además le explicaron que, por las deficiencias que existían en el sistema judicial, el remate de la garantía arrojaría un valor substancialmente inferior al valor del mercado del bien. Ante estos problemas la empresa extranjera solicitó que se pactara que, en caso de incumplimiento, el acreedor podría quedarse con los bienes objeto de la garantía a fin de satisfacer así su crédito.

Sin embargo sus abogados le informaron que según el artículo 1130 del Código civil[8], está prohibido el llamado pacto comisorio, es decir, la posibilidad de que el acreedor haga suyo el bien en caso de incumplimiento. Este pacto, tradicionalmente prohibido en nuestro ordenamiento, reduciría los costos de acceso al crédito al generar un marco más eficaz para la ejecución de las obligaciones. Pero está prohibido.

### 1.7. La Lesión y la seguridad en la contratación.

En una operación debía transferirse un inmueble. Esta transferencia era parte de una operación bastante compleja entre dos grandes empresas e integraba toda una cadena de transacciones muy importantes. Dada la complejidad de la operación, y por una serie de razones financieras y tributarias, el valor asignado a esa transferencia particular era relativamente reducido y no reflejaba el valor de mercado real, lo que se explicaba por que la operación era un todo mucho más complejo. Cuando se negociaba la operación surgió la duda sobre la posibilidad de que invocando el artículo 1448 del Código civil[9] se dijera que había una desproporción de más de dos terceras partes, entre el valor del mercado y el valor al cual se había transferido el inmueble, con lo que el contrato podría ser rescindido por lesión. El resultado fue que la operación no pudo realizarse, frustrado la realización de un proyecto inmobiliario importante.

## II. ¿Y POR QUÉ NUESTRO CÓDIGO CIVIL TIENE ESTOS PROBLEMAS?

Los casos citados son solo algunos de los muchos ejemplos en los cuales vamos a encontrar que el Código civil ha generado costos importantes

---

8. Código civil. Artículo 1130.- Aunque no se cumpla la obligación, el retenedor no adquiere la propiedad del bien retenido. Es nulo el pacto en contrario.

9. Código civil. Artículo 1448.- En el caso del artículo 1447, si la desproporción fuera igual o superior a las dos terceras partes, se presume el aprovechamiento por el lesionante de la necesidad apremiante del lesionado.

en términos de operaciones que no se realizaron, o que tuvieron que realizarse incurriendo en costos muchos mayores por haber tenido que usar esquemas complejos o difíciles de implementar. Como ya vimos, los costos de transacción no son otra cosa que los costos de contratar, lo que incluye los costos de obtener la información relevante, los costos de negociar y celebrar el contrato y los costos de ejecutar las obligaciones derivadas de tal contrato.

Estos costos dependen de muchos factores, pero uno de los principales es la correcta, o incorrecta, definición de titularidades o derechos de propiedad. Cuando estos derechos no están bien definidos o son definidos de manera inapropiada, los costos de contratar se incrementan. Con ello habrá menos contratos o los contratos que se celebren tendrán estructuras más complejas e ineficientes. El resultado será menos transacciones o intercambios o transacciones e intercambios más caros. Y a menos transacciones e intercambios menor producción y menos bienestar económico. El resultado final es que el Código civil, al igual como lo hacen las sentencias judiciales inadecuadas, afecta el nivel de bienestar que experimenta la población. Sin duda el Código civil tiene un impacto en el Producto Bruto Interno del país.

Las operaciones descritas en los ejemplos que anteceden implicaron costos de transacción mayores solo como consecuencia de lo que decía la Ley. La Ley debería tener reglas claras y simples que reduzcan los costos de contratar. Esa es su función principal: hacerle fácil a las partes el desarrollo de su autonomía privada.

Paradójicamente estas operaciones enfrentaron costos mucho mayores a los que hubieran existido si estas normas del Código civil no hubieran existido o hubieran tenido regulaciones diferentes. Todo esto no hace sino distraer recursos de la sociedad, distraer recursos de la economía, en salvar los problemas del sistema legal y al hacerlo, reduce el nivel de bienestar que la sociedad puede disfrutar.

Así, lo que se gasta en algo ya no se puede gastar en otra cosa. Gastar en resolver estos problemas legales es dejar de invertir en otros asuntos más productivos, es reducir el número de oportunidades. Esto implica menos inversión productiva, menos producción en consecuencia, menos trabajo y menos desarrollo. Así, es difícil entender como se pueden mejorar las oportunidades de la gente, de las empresas y de las personas, reduciendo el número de opciones que pueden tener, es decir reduciendo las cosas que pueden hacer. Y muchas veces nuestras normas legales hacen eso, y el Código civil es un buen ejemplo de ello. En lugar de dar opciones para que personas informadas y razonables decidan que es bueno para ellas, reducen el número de cosas que pueden hacer. Eso nos empobrece.

## III. EL CÓDIGO DEL FIN DE LA HISTORIA.

El Código civil de 1984 fue hecho por las personas correctas, pero en un momento equivocado. El año 1984 es apenas cinco años antes de la caída del muro de Berlín. Francis FUKUYAMA sentenciaba en su famoso libro *El Fin de la Historia*[10] que estábamos en el fin de la historia. Sin perjuicio de lo controvertido que pueda ser tal afirmación, ésta refleja la conciencia de otra dimensión en los debates ideológicos entre intervencionismo estatal y autonomía privada, y que había impulsado el desarrollo histórico (y legal) de las últimas décadas. El alto nivel de consenso alcanzado respecto a un rol del Estado menos interventor y sustituto de la voluntad de las partes y el de basar el desarrollo económico en la iniciativa privada (y por tanto en la libertad y en la propiedad) hacía que el debate ideológico abriera paso a un debate más pragmático, orientado a como conseguir que los individuos y las empresas impulsen con sus propias decisiones el desarrollo.

De este pragmatismo se desprende un rol del Derecho más facilitador, orientado a crear un marco para la decisión privada y no a sustituirla. Finalmente el llamado «fin de la historia» no es otra cosa que la devolución de la decisión sobre el destino propio a uno mismo, lo que además de justo y compatible con la noción de dignidad de la persona, tiene connotaciones prácticas claras para lograr la meta de alcanzar el bienestar de los integrantes de la sociedad.

El Código civil Peruano es el Código del «Fin de la Historia». Es un código dado justamente en momentos en que la historia, esa historia anterior, está terminando, y en consecuencia refleja todos los problemas que en ese momento tenía una sociedad y un sistema legal en estado de redefinición.

Esto no es decir que el Código fue hecho por un conjunto de personas con inclinaciones intervencionistas u orientada a reducir la autonomía privada. De hecho cuando el Código civil se dio, fue la más liberal y orientada al mercado de las normas de ordenamiento. Pero hoy en día, después de todas las reformas legales que hemos atravesado, el Código civil Peruano se ha tornado en quizás una de las normas más intervencionistas de todo el ordenamiento, por lo menos de las vinculadas al Derecho Privado. Es una de las normas menos orientadas hacia el mercado, y por tanto menos orientadas a generar desarrollo económico.

---

10. *El fin de la historia y el último hombre: la interpretación más audaz y brillante de la historia presente y futura de la humanidad*. Planeta. Buenos Aires 1992. p. 474.

## IV. LOS PRINCIPIOS DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984.

Quisiéramos analizar muy brevemente algunos de los principios del Código civil que orientan algunas de las normas que hemos mencionado y que son solo una muestra de una serie de normas inadecuadas para nuestros tiempos repartidas por todo su texto. Ello nos permite entender por qué estas normas nos han generado problemas como los que hemos descrito.

### 4.1. El «personalismo» o «humanismo» del Código civil

Un punto de partida básico para todo ordenamiento de Derecho Privado es que éste se sustenta en la autonomía privada (por eso es Derecho Privado y no Público). Pero eso es algo que el Código civil parece olvidar. Basada en una supuesta perspectiva llamada «humanista» o «personalista» mal entendida, porque en realidad niegan precisamente lo que hace humano a los humanos o persona a las personas, es decir su individualidad y su capacidad de decisión y elección, el Código o algunos de sus autores han pretendido sustentar su supuesta modernidad.

Y aquí surge la contradicción más evidente. Hablan algunos de sus autores de un Código personalista pero a la vez con contenido social. Nada más contradictorio. Lo social niega lo personal de la misma manera como la individualidad es la negación del conjunto. Así, se habla de una perspectiva «social», entendida como un elemento que debe primar sobre la individualidad (lo que de por sí niega el contenido supuestamente personalista del Código). Es decir que se plantea un Derecho Privado que, curiosamente y negando su nombre, privilegia lo colectivo y lo público. En otras palabras niega la primacía de lo privado.

No en vano HAYEK, al referirse a nuestro «lenguaje envenenado» hizo especial énfasis en la palabra social. Decía que ese adjetivo, unido a cualquier sustantivo, tenía el extraño mérito de convertir dicho sustantivo en su antónimo.

«Así, la justicia social significa sacarles a unos lo que les pertenece para entregárselos a otros, lo cual es contrario a la celebre definición de ULPIANO de dar a cada cual lo suyo. La democracia social implica la extralimitación del poder político que desparrama derechos sociales por doquier, lo cual, como hemos subrayado en otra oportunidad y lo reiteramos ahora, se traduce en la negación del derecho, puesto que esta última idea tiene como contrapartida una obligación la que, en este caso, no es posible otorgar sin lesionar derechos de terceros.

Como también hemos apuntado en otra ocasión, las llamadas libertades sociales incurren en el mismo error. En este caso se recurre a un uso metafórico de la libertad extrapolando conceptos tomados de la biología y la física

aplicándolos a las relaciones interpersonales. En este sentido, se dice que una persona no es libre de bajarse de un avión en pleno vuelo, o que no es libre de ingerir arsénico sin padecer las consecuencias, o que no es libre de abstenerse de ingerir alimentos sin morirse por inanición o que no es libre porque no puede ir volando a la luna moviendo los brazos, etc.»[11].

Un Código civil social, es decir un Código de Derecho Privado Social es una contradicción en términos, es la negación de su propia función. Es una norma que se orienta a poner límites a la autonomía en lugar de potenciarla. Es una norma que diluye lo privado en un colectivo abstracto donde lo privado pierde toda su esencia. Un Código civil social no puede ser civil y social el mismo tiempo como no pueden existir bienes grandes chicos, cosas altas bajas o personas delgadas gruesas. Decir que el Código civil es personalista porque se preocupa de aspectos sociales es como afirmar que se puede imponer la libertad, cuando la libertad es precisamente la facultad de actuar libre de coacción.

El resultado es un Código civil que precisamente sujeta la autonomía privada a reglas que la niegan. Es una autonomía heterónoma, algo así como decir que uno tiene opciones cuando no puede escoger o que uno es libre porque otro (normalmente el legislador) escoge por uno. Y es que la Ley no es la llamada a decidir por los individuos, y por más que un legislador conozca mucho sobre las doctrinas imperantes, los seres humanos, y las empresas, no decidimos sobre la base de doctrinas sino basándose en necesidades concretas. Privarnos de esa decisión o limitarla de manera innecesaria por mérito de la Ley se asimila a una expropiación, solo que sin pago de indemnización justipreciada o, en otros términos, a una confiscación de nuestra libertad.

Y entonces la Ley, en lugar de crear un marco para lo que las personas desarrollen su capacidad de decidir, se dedica a limitar lo que se puede o no hacer, en campos que trascienden el respeto del derecho ajeno. Eso explica leyes imponiendo plazos contractuales (es decir aceptados por las partes) absurdamente cortos para evitar que la gente «se obligue demasiado», sin tener en cuenta que la obligación por autonomía es un acto de decisión propia, mientras que el límite legal es una imposición de quien no tiene «vela en el entierro».

### 4.2. La concepción «objetiva» del valor.

Por eso la Ley (y su autor, es decir el legislador) se confunde cuando

---

11. Benegas Lynch, Alberto (h). *Las Oligarquías Reinantes*, Atlántida. Buenos Aires 1999, p. 34-35.

cree que puede corregir los valores y preferencias que inspiran un acuerdo contractual cuando no son supuestamente justos, como si el valor y las preferencias individuales fuera fruto de concepciones objetivas, como si las cosas valieran por si mismas y no fueran las preferencias individuales las que les asignan valor.

El principio general del Código civil parte de la idea correcta que los valores son subjetivos. Ello se desprende del principio de autonomía privada que establece que lo que las partes pacten, sin perjuicio de su contenido, es obligatorio para ellas, siempre que se trate del acuerdo de personas que actúan con capacidad y libres de coacción. Nadie más que las propias partes pueden saber que es mejor para ellas. Así, por estrambótico que pueda sonar un pacto, este debe ser respetado porque desconocemos que preferencias y necesidades individuales lo generaron.

Pero a paso siguiente, el mismo Código que consagra este principio lo niega en otras de sus normas, y limita lo que las partes pueden pactar asumiendo que el legislador o el juez esta en mejor situación para hacerlo. Así, parte asumiendo que todos tenemos valorizaciones diferentes, para después negar que todos podemos tener valorizaciones diferentes.

Por eso nuestras normas asumen que el juez está en mejor situación de las partes para decidir que es bueno para ellos, como si fuese bueno que en un remate judicial un bien se venda por la mitad o la tercera parte del precio que se obtendría en el mercado, o como si supiera mejor que es lo que las partes quieren para sí mismos. Por el contrario son las partes las que tienen que decidir sobre su propio destino, no sólo porque tienen mejor información sobre qué es bueno para ellos, sino porque es justo y se condice con la naturaleza y la dignidad del hombre.

Un ejemplo es el uso de reglas que conceden al juez un alto nivel de discrecionalidad para definir el contenido o modificación de relaciones privadas. Así quedamos sujetos a lo que el juez puede considerar razonable en un momento dado o a lo que el juez puede considerar como un valor objetivo o importante. Esta idea de discrecionalidad se sustenta a su vez en otra concepción equivocada y es la idea de que el valor de las cosas es objetivamente determinable, lo cual es en principio contrario al propio principio de autonomía. Muchas normas del Código civil hablan de valor. Así, el juez deberá determinar en diversos casos el valor de un bien, como si el valor fuera algo que esta grabado en el bien.

Ello se aprecia en normas como las que regulan la lesión o la excesiva onerosidad de la prestación. El juez debe decirnos cuánto valen «objetivamente» las cosas. No se comprende que el valor de las cosas es básicamente algo subjetivo, imposible de objetivar. Depende de que cada cual y de cómo cada cual valorice algo. Al lector una corbata le puede parecer horrible y no

se la compraría ni la aceptaría así se la regalen. A otro la misma corbata le puede parecer muy bonita y la compraría pagando un alto precio. Algunos valorizamos en cero lo que otros valorizan en 100.

¿Cómo se pueden tomar decisiones sobre valorizaciones que pueden ser tan dispersas y distintas? ¿Cuál es el valor que debe considerarse? ¿Cómo se determina? ¿Cómo puede saber cuanto vale objetivamente una corbata cuyo valor es finalmente una expresión de subjetividad? El contrato es un mecanismo de revelar valores subjetivos. Si alguien pagó un precio por algo es que lo valoriza en más de lo que pagó y si alguien estuvo dispuesto a vender es porque lo valoriza en menos del precio pactado. Nada falso o verdadero puede decirse de esa valorización más allá de decir quienes llegaron al acuerdo. Corresponderá a las preferencias individuales de cada uno explicar en su fuero interno por qué tomaron tal o cual decisión y en función a que valorización.

No es cierto que el valor de las cosas sea el precio de mercado. Ello equivale a decir que todos quieren al Presidente porque ganó una elección. La elección del Presidente es solo el resultado de la agregación de preferencias a través del sistema electoral, pero está lejos de reflejar como valorizamos cada uno de los peruanos al Presidente electo. El precio de mercado es solo un precio derivado de la agregación de las preferencias de un grupo de personas dispuestas a pagar con la agregación de las preferencias de otro grupo de personas dispuestas a vender.

Si los valores fueran objetivos no habrá intercambio porque todo valdría igual para todos. Al precio de mercado miles no venden bienes y miles no los compran. Y ello porque sus valorizaciones individuales no coinciden con el precio de mercado. El propietario de una casa que vive en ella la valoriza por encima del valor de mercado. Si no ya la hubiese vendido. Si le obligarán a recibir el precio de mercado se estaría transfiriendo un bien de un uso más valioso a uno menos valioso, conduciéndonos a una mala asignación de recursos. El no quiere venderla a ese precio porque para él no vale eso sino más.

Bajo esa perspectiva, hablar de lesión puede resultar un despropósito[12]. Si una persona recibió por un cuadro un precio bajo porque tenía que operar a su hija de emergencia, es difícil entender como se determina que el

12. Código civil. Artículo 1447.- La acción rescisoria por lesión sólo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro. Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos.

valor no es el adecuado. Si el precio es bajo puede obedecer a dos razones. La primera es que exista una suerte de monopsonio por parte del que lo compró, es decir que sea el único comprador posible en el mercado. Pero esa es una situación realmente extraña. En los mercados de pinturas, como en la inmensa mayoría de mercados, suelen haber muchas alternativas. La otra posibilidad es que no haya muchas ofertas disponibles para ser pagadas rápidamente. El precio es determinado también por el tiempo de pago y por los costos de identificar alternativas, es decir por condiciones de oferta y demanda que incluyen la disponibilidad temporal de la oferta. La gente esta dispuesta a recibir precios menores si le toma mucho tiempo obtener otra oferta. Eso se castiga en el precio porque ese es el costo de oportunidad de celebrar la operación hoy y no dentro de unos meses.

Pero lo más serio de la lesión, si el comprador presume que se la van a aplicar, será que no querrán contratar con quien tiene urgencia de dinero para operar a un ser querido. Finalmente podría rescindirse su contrato. El resultado es que, como consecuencia de las normas de lesión el propietario urgido de dinero tendrá aún más problemas para obtener una oferta en el momento que más necesita el dinero. Este problema será analizado con más detalle más adelante en el presente libro.

### 4.3. El principio *favor debitoris*

Otro principio es el llamado *favor debitoris*. Este principio parte de la idea que el deudor es la parte débil y en consecuencia tiene que ser protegido por el sistema legal, igualando al deudor con el acreedor. Ello parte a su vez de la idea según la cual frente a la desigualdad económica, frente a la desigualdad de poder, es la libertad la que esclaviza y es la ley que libera. La conclusión es, entonces, que hay que regular las relaciones de autonomía privada porque así podemos evitar que se den abusos de los ricos sobre los pobres.

Sin embargo quisiera apelar a la memoria del lector que ha ejercido profesionalmente como abogado para determinar quien ha sido más pobre en este país. ¿Debemos decir «pobre deudor» o debemos decir «pobre acreedor»? ¿No es acaso más difícil en este país cobrar una deuda que endeudarse? ¿No es acaso mucho más seria la situación de los acreedores que no pueden obtener la satisfacción de su crédito, porque están sujetos a una serie de reglas que hacen difícil, sino imposible recuperar su crédito?

En primer lugar la premisa de partida del principio *favor debitoris* es falsa. Parte del supuesto de que el deudor es débil y el acreedor es fuerte. En principio y como premisa de partida es absurda. En la mayoría de contratos uno es acreedor y deudor a la vez. Así, cuando el contrato es de prestaciones

recíprocas uno es deudor y a la vez es acreedor. Uno debe algo y, a la vez, es acreedor de algo. En consecuencia definir que hay un deudor débil y un acreedor fuerte no nos dice nada sobre la discusión real. Microsoft es deudora de mucha gente y de muchas empresas, la mayoría de las cuales es más «débil» económicamente hablando. La premisa es equivocada.

Pero además, incluso en ese supuesto, solemos identificar como el deudor al que cumple en segundo lugar. El caso paradigmático es el contrato de mutuo. El banco entrega el dinero y luego el deudor lo devuelve. Pero justamente en ese caso el débil es el acreedor. Él ha tenido que cumplir su prestación en primer lugar, satisfacer el interés del mutuatario, quien ocurrido ese hecho, ve disminuido su interés en cumplir, debiendo existir una estructura legal que lo incentive a cumplir minimizando los efectos de la ventaja estratégica que le da haber recibido el dinero en primer lugar.

Hay un principio económico que los abogados deberíamos aprender: no es posible redistribuir a través de reglas contractuales, pues las partes siempre podrán, sea por la vía de no contratar, o por la vía de cambiar otras condiciones del contrato, redistribuir nuevamente lo que la Ley pretendió distribuir en sentido inverso[13].

### 4.4. Lo tuyo no es tuyo

Otro de los principios que el Código no comprende de manera adecuada es el derecho de propiedad y lo importante que es considerar que lo de uno es de uno, y de nadie más. Por el contrario el Código parte de una concepción de propiedad relativa, de una propiedad ambigua que debe ser limitada por las normas legales.

Un ejemplo de ello es el caso que citamos líneas arriba sobre la prohibición al pacto de no enajenar, es decir la prohibición expresa que el Código contiene en su artículo 882 en el sentido de que no es posible pactar la prohibición de que se puede vender. Similar efecto se da en el artículo 1423 que señala que un contrato de opción sólo puede tener seis meses o que el arrendamiento sólo puede durar diez años. Por alguna razón a alguien se le ocu-

13. Un ejemplo gráfico de este principio es lo que ocurre si la Ley pretende eliminar las limitaciones de responsabilidad de los proveedores de bienes y servicios para ciertos efectos. Así, si se obligará a los fabricantes de televisores a ofrecer garantías de veinte años de buen funcionamiento del aparato, los costos de los televisores se incrementarían significativamente por la mayor responsabilidad que asumiría el fabricante. El resultado es que el intento de hacer «más ricos» a los consumidores dándoles una garantía mayor es redistribuido a través del precio nuevamente a ese consumidor, que termina pagando costos mayores. El consumidor termina siendo más pobre que antes.

rrió que las partes no están en la mejor situación para decidir si requieren plazos mayores o simplemente para pactar prohibiciones a vender o gravar.

¿Por qué se prohíbe a la gente prohibir vender en el futuro? La respuesta que se da es que queremos evitar las famosas propiedades vinculadas, es decir aquellas propiedades que no podían ser vendidas nunca dado que habían salido del mercado como las «manos muertas», «las capellanías» y situaciones similares. Se prohíbe (por Ley) prohibir (por pacto) que puedo hacer con mi propiedad. El resultado es una «expropiación»de uno de mis atributos sobre la propiedad, como es la facultad de disposición, pues la misma no debe entenderse solo como el derecho a vender y disponer de lo mío, sino, evidentemente, el derecho a no vender o no disponer.

En esta argumentación hay un error conceptual importante. En principio la función de la propiedad es evitar que se generen lo que se conoce como externalidades o costos a terceros. La propiedad trata de hacer que las personas puedan ser retribuidas con su propia inversión y trata además que las demás personas respeten lo que no es de ellos. Así el propietario, al excluir a los demás de su propiedad, tiene incentivos para invertir y hacer un uso racional de sus recursos, pues puede apropiarse de lo que obtenga de dicha propiedad. Así la propiedad trata, de esta manera, de crear los incentivos adecuados para usar los recursos disponibles en la sociedad, buscando que les saquemos el mayor provecho posible.

Evidentemente deben haber límites, pero deben estar referidos a la afectación de derechos de terceros, y no está mal que el Código civil establezca esas limitaciones. Así, no puedo tirar ladrillos a la propiedad de mi vecino diciendo que con esto estoy ejerciendo mi derecho a la propiedad, porque estaré generando externalidades.

Sin embargo, hay algo que no se tiene en cuenta. Muchas veces las externalidades pueden ser no sólo espaciales sino temporales. Así, no solo puedo generar efectos no contratados a mis vecinos, sino a mis sucesores. Si se establece una facultad de pactar eternamente una limitación a la propiedad puedo cobrar hoy por una cláusula que será pagada por las generaciones futuras que ya no podrán disponer de sus bienes. Esa es la preocupación que generó la norma, pero la norma estableció límites que afectaban precisamente a quien libremente podría pactar la limitación.

La respuesta al problema no es pues una prohibición absoluta, sino por el contrario una limitación con un plazo que minimice el efecto de externalidades a los sucesores. Ligar los plazos a términos razonables, pero que no impiden la limitación de manera absoluta, concilia la autonomía con la necesidad de afectar intereses de terceros que no participan en el pacto. Curiosamente el propio Código civil estableció salidas similares a otros institu-

tos como el usufructo en el que limita su vigencia a plazos razonablemente largos, como la vida del beneficiario en el caso que éste sea persona natural o a 30 años si es persona jurídica[14], evitando desmembraciones de la propiedad demasiado largas como para que afecten a los sucesores futuros[15].

En esa línea es legítimo establecer pactos que afecten la tasa de retorno que espero obtener de mi propiedad, pero ello comienza a ser cuestionable cuando afectan la tasa de retorno futura de personas distintas. Por ello plazos más largos concilian ambos intereses y evitan absurdos como el que nos genera la norma vigente.

Así, carece de sentido que no se pueda pactar ni siquiera un día, ni dos, ni tres, ni diez años. Deberíamos establecer mecanismos como el que está actualmente en el proyecto que viene trabajando la Comisión de Reforma del Código. Se admite un pacto de no enajenación o gravamen siempre que no supere los diez años. Si bien el plazo puede ser muy breve (dada la naturaleza económica de ciertos negocios) es un avance respecto de la norma vigente que impide cualquier pacto al respecto.

### 4.5. Cuando justos se casan con pecadores.

Otro ejemplo de malas reglas lo constituyen las reglas que regulan el régimen patrimonial del matrimonio. Según el régimen vigente, se necesita del consentimiento de ambos cónyuges para disponer de los bienes comunes[16], Esto ha conducido a una interpretación judicial según la cual un bien

---

14. Código civil. Artículo 1001.- El usufructo es temporal. El usufructo constituido a favor de una persona jurídica no puede exceder de treinta años y cualquier plazo mayor que se fije se reduce a éste.
Tratándose de bienes inmuebles de valor monumental de propiedad del estado que sean materia de restauración con fondos de personas naturales o jurídicas, el usufructo que constituya el estado a favor de éstas podrá tener un plazo máximo de noventinueve años.

15. Alguien podría afirmar que la idea que se propone no es muy coherente con el caso de las personas jurídicas que en realidad no tienen sucesores que puedan verse afectadas por el pacto eterno de no enajenación. Pero esa es una visión parcial. Finalmente siempre los accionistas o socios de una persona jurídica son directa o indirectamente personas naturales que tendrán sucesores que serán afectados por el impacto que accionistas anteriores admitieron directa o indirectamente.

16. Código civil. Artículo 315.- Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro.
Lo dispuesto en le párrafo anterior no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges. Tampoco rige en los casos considerados en las leyes especiales.

común no puede ser embargado por una deuda contraída por uno sólo de los cónyuges.

El resultado de tal regla es que si el lector es soltero y quiere obtener un crédito no hay forma ni mecanismo que pueda adoptar el banco para estar seguro que la persona no está exponiendo un patrimonio conyugal, y por tanto para exigirle la participación de su cónyuge.

El Documento Nacional de Identidad (DNI) no garantiza que la declaración de soltero en ella contenida sea cierta. Hay miles o millones de DNIs en los que se dice que la persona es soltera y en realidad esta casada. No existe un sistema de información que permita a un banco tener certeza sobre el estado civil de las personas.

En estas circunstancias ¿cómo sabe un banco que patrimonio puede obligar el potencial deudor si no tiene idea si la persona que tiene al frente es casada o no? Si resultara que el potencial deudor que se presenta como soltero, fuera casado el banco no podrá embargar el patrimonio común.

El resultado absurdo de esa situación, dado que no hay un sistema que publicite de manera efectiva y cierta el estado civil de todas las personas, es que tendríamos que revisar municipalidad por municipalidad de las más de dos mil que hay en nuestro territorio para saber si la persona esta casada en alguna de ellas. E incluso si hiciéramos ello, no nos da plenas garantías por que la persona podría haberse casado en otro país. El Código está así encareciendo el crédito y elevando los costos de transacción para la contratación.

Precisamente ello implica menos crédito o crédito más caro, siendo el principal perjudicado con ello precisamente los supuestos deudores que el sistema, en su integridad, trata de proteger.

Los bancos van a incorporar en la tasa de interés el costo que implica el riesgo de personas casadas que aparecieron como solteros que firmaron solos el contrato de crédito y como consecuencia no pueden ser embargadas.

A esta argumentación se puede responder que en realidad hay que proteger el patrimonio común, evitando que el otro cónyuge se vea defraudado en lo que es suyo por un crédito que desconocía. La pregunta es en realidad ¿qué pasa cuando justos se casan con pecadores? Cuando justos se casan con pecadores puede ser tremendamente doloroso para la familia. El que uno de los cónyuges no tenga principios para respetar lo que es de ambos es efectivamente un problema. La pregunta es: son los bancos y los solteros que quieren obtener crédito, loa que deben pagar por ese hecho, o si es mejor que ello sea asumido por el cónyuge de quien se quiere hacer pasar por soltero.

En realidad cada cual está en mejor posibilidad de saber con quien se ha casado, y por tanto que nivel de confianza tener en esa persona. Finalmente

uno con dudas sobre su cónyuge puede escoger un régimen de separación de patrimonios, o asumir el riesgo de casarse con alguien no tan santo. El cónyuge puede monitorear mejor, en principio, la conducta del «pecador», de lo que el banco puede hacer para saber si el «pecador» esta realmente casado. El cónyuge algo puede hacer. El banco no puede hacer nada.

Mucho se habla sobre que la tasa de interés alta tiene que ver con la forma como hemos estructurado el sistema financiero, o con los abusos de los bancos, o con la política del Banco Central de Reserva o de la Superintendencia de Banca y Seguros. Pero nadie, o casi nadie, se acuerda de cuánto de esta tasa de interés que pagamos todos los días, y que aleja el crédito de muchas personas, se debe al Código civil. Y es que las normas del Código civil nos cuestan, y no poco, cada vez que pagamos nuestra hipoteca, o nuestra tarjeta de crédito o simplemente el precio de los productos que reflejan los costos financieros que las empresas que los producen tienen que asumir.

## V. CÓDIGO CIVIL Y DINOSAURIOS

El resultado que debemos esperar de la reforma del Código civil, no tiene que ver solo con conseguir una legislación más perfecta o más ajustada a los estándares internacionales. Tiene que hacer con cuanto ahorramos los peruanos, con cuanto incentivamos la inversión y reducimos los costos a los consumidores, con cuanto afectamos el sistema de precios.

A veces cuando uno ve el Código civil, tiene la impresión que es una norma que no está preparada para los tiempos modernos. Y la Ley de la Selección Natural, aquella que explica porque se extinguieron los dinosaurios y los mamíferos pasaron a dominar el mundo, nos puede también explicar porque las normas quedan desfasadas de la realidad. Y esa Ley de la Selección Natural, incluso más allá de la Constitución, no puede ser derogada por ninguna Ley y tendrá, a fin de cuentas, que ser respetada por nuestro ordenamiento.

El Código civil puede ser condenado por la Ley de la Selección Natural. Nuestro Código civil compite con regímenes legales de todo el mundo, y si nuestras normas no son inteligentes el sistema de selección natural nos va a discriminar de la inversión, nos va a discriminar de la incorporación al mundo, nos va discriminar de la globalización. Si no tenemos normas que nos hagan competitivos, que nos pongan en la categoría de los inteligentes y no en la categoría de lo absurdo, no vamos a poder enfrentarnos a la competencia global. Y no queremos un Código que, como los dinosaurios, se extinga y con ello extinga nuestras oportunidades.

# Bibliografía
# Parte II


— ARRUÑADA, Benito. *La Contratación de Derechos de Propiedad: Un Análisis Económico*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 2004.

— BARZEL, Yoram. *Economic Analysis of Property Rights*. Cambridge Univerity Press. 2da edición. Estados Unidos. 1997.

— BENEGAS LYNCH (h), Alberto. *Las Oligarquías Reinantes*. Atlántida. Buenos Aires. 1999.

— BULLARD, Alfredo. «Sobre el Código civil y los dinosaurios». En: *Por qué hay que cambiar el Código civil*. UPC. 2001.

— BULLARD, Alfredo. *La Relación Jurídico Patrimonial. Reales vs. Obligaciones*. Ara Editores. 2da Edición. 1991.

— COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y Economía*. Fondo de Cultura Económica. México. 1998.

— EPSTEIN, Richard A. *Principles for a Free Society. Reconsiling Individual Liberty with the Common Good*. Persues Books. Masachusetts. 1998.

— FUKUYAMA, Francis. *El fin de la historia y el último hombre: la interpretación más audaz y brillante de la historia presente y futura de la humanidad*. Planeta. Buenos Aires. 1992.

— LEROY, Roger y otros. *The Economics of Public Issues*. HarperCollins College Publishers. Estados Unidos. 1996.

— PARDOLESI, Roberto y TASSONE, Bruno. *I giudici e l'analisi economica del diritto privato*. Ed. Il Mulino. Bologna. 2003.

— POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Harvard University Press. 2da Edición. 1983.

— POSNER, Richard A. *Overcoming Law*. Harvard University Press. 3era Edición. Estados Unidos. 1996.

# Parte III
# Propiedad y titularidades

# Un mundo sin propiedad. ¿Por qué algunos deben excluir a los otros?*

En África, en las regiones del sur del Sahara viene desarrollándose una tragedia de dimensiones colosales. El desierto se viene expandiendo a un ritmo acelerado amenazando, en palabras de ex Secretario General de las Naciones Unidas, Kurt WALDHEIM, «(...) con borrar del mapa a cuatro o cinco países africanos», trayendo hambre y desolación. Una de las naciones víctimas directas de este fenómeno es Libia, cuyo territorio está compuesto en un 90% por desiertos. Pero esto no siempre fue así. Durante el Imperio Romano, Libia estaba cubierta de árboles y el pastoreo era productivo. No existen variaciones climáticas que puedan explicar la desertización producida desde la época romana[1].

Este cambio es atribuido por BURTON a una diferente regulación jurídica del régimen de propiedad. En la actualidad, como producto de la organización tribal, el uso de la tierra y de los pastos es común. Todos los pastores y agricultores usan este bien como un bien de todos. El efecto es el sobrepastoreo y la extinción de las escasas fuentes de agua existentes. La consecuencia final es el avance imparable del desierto. Por el contrario, durante la invasión romana existió un régimen de propiedad privada don-

---

* Esta sección se basa en «Un mundo sin propiedad (Análisis del sistema de transferencia de la propiedad inmueble)», publicado en *Derecho*, N.º 45, 1991.

1. BURTON, John, en el prólogo de CHEUNG. Steven. *El Mito del Costo Social*. Unión Editorial, Madrid 1990, p. 32.

de cada titular podía excluir a los demás del uso de la porción de tierra que se le asignaba.

Así, cada propietario cuidaba sus fuentes de agua y evitaba que el sobrepastoreo convirtiera su tierra en inservible[2].

¿A qué atribuir los diferentes efectos entre la propiedad común y la propiedad privada? Para ello es preciso recurrir a un concepto económico ya analizado: la externalidad.

¿Qué son las externalidades? Algunos la llaman «efectos no contratados». Como ya vimos, en toda actividad humana hay ciertos costos y beneficios que son directamente asumidos por el agente del comportamiento específico. Así, cuando un agricultor cultiva la tierra recibe a cambio el beneficio de la venta de la producción que obtiene. Cuando alguien sale de cacería y por el mal manejo de su arma sufre él mismo un accidente, recibe los costos de su acción. Pero no todo costo o beneficio es asumido directamente por el agente de un comportamiento. Imaginemos una fábrica de caucho que produce llantas y que por ello contamina el ambiente, ocasionando daños directos a sus vecinos. Este costo generado no es asumido por el propio agente sino por quienes sufren los daños derivados de la contaminación. Por otra parte podría suceder que un agricultor construya un canal para desviar un río, para irrigar sus tierras, y que el agua obtenida beneficie también a sus vecinos, que no han hecho ninguna inversión para ello. Estos costos y beneficios no asumidos por el agente, o que no le son compensados, son externalidades.

No cabe duda que la interacción de la vida social hace que a cada paso nos encontremos con externalidades: mirar una mujer bonita, perder tiempo porque el carro que va delante nuestro se detiene a recoger pasajeros, el ruido que ocasiona un avión supersónico, un accidente de tránsito, el perder una función de cine porque los revendedores se nos adelantaron en comprar las entradas, etc. Casi cualquier cosa que hagamos genera beneficios y costas para terceros.

En ocasiones es conveniente eliminar la existencia de externalidades, pues muchas veces nos llevan a resultados ineficientes. Así, las externalidades generan una divergencia entre el costo social y el costo privado.

Pongamos el ejemplo de quien contamina con humos el ambiente para poder producir llantas. Este agente recibe un beneficio de su acción, que difiere del costo que su acción genera. Al no asumir los daños que la determinación ocasiona a terceros habrá una tendencia a producir más llantas. Podría llegarse al caso de que el valor del daño supere el valor del benefi-

---

2. *Ibíd., Loc. cit.*

cio que se obtiene. Imaginemos que por cada llanta producida, la fábrica recibe S/. 100 en beneficios pero genera S/. 150 en daños. Lo deseable es que no se produzcan llantas, pues cada una determina una pérdida social de S/. 50. Sin embargo, como el productor no asume las pérdidas producirá de todos modos las llantas sin importarle que éstas tengan un efecto social negativo al hacer el balance final. Gana S/. 100 con cada una sin incurrir en los costos sociales que generan. Esto es, a todas luces, ineficiente.

Como puede el lector imaginar, el Derecho puede resolver este problema. Para ello bastaría hacer responsable al productor de los daños que ocasiona. Si este último recibe beneficios por S/.100, pero paga daños por S/. 150 que causa, lo que antes era costo social se convierte también en costo privado. Entonces el productor sufrirá pérdidas por S/.50 por cada llanta que produzca. Ello lo llevará a tomar las medidas necesarias para que los daños no se produzcan (colocará, por ejemplo, un filtro en la chimenea que reduzca el impacto dañino de los humos) siempre y cuando las medidas de prevención cuesten menos que los daños que causa, o simplemente dejará de producir las llantas.

El proceso que hemos descrito es conocido como la internalización de externalidades. La internalización lleva a los individuos a tener en consideración los efectos que generan sus actos, lo que va a derivar en un resultado finalmente eficiente si los individuos se comportan racionalmente. Regresemos al Sahara. Uno de los efectos de la propiedad común es, precisamente, el de no permitir internalizar ciertas externalidades. Esto puede ser visto desde dos perspectivas.

La primera ha sido graficada por Garret HARDIN, en un trabajo titulado *The Tragedy of the Commons*, (La Tragedia de lo Común). Nos pone el caso de una llanura abierta al uso de todos (es decir, sin propietario, o de propiedad de todos, que para estos efectos es lo mismo). Así, cada pastor tratará de traer a la llanura todo el ganado posible. Esto no generará problemas mientras las dimensiones de la llanura soporten todas las necesidades del nuevo ganado. Pero conforme aparezcan más pastores comenzará a saturarse la capacidad de alimentación que ofrece la llanura (es decir, que los pastos y el agua se irán convirtiendo en bienes cada vez más escasos). El pastor tratará de maximizar sus beneficios, por lo que implícita o explícitamente se preguntará cuál es la utilidad que le significa aumentar una cabeza de ganado a su rebaño. Esta utilidad tendrá un componente positivo y uno negativo. El positivo es el beneficio que obtendría de este nuevo animal (por ejemplo, el beneficio obtenido por la venta de los productos que de él se deriven, como carne, leche, cuero, etc.), y el negativo es el sobrepastoreo adicional creado, y que no es otra cosa que una externalidad. Así el sobre pastoreo no le implica un costo pues el mismo se distribuye entre todos los

usuarios de la pastura a los cuales se externaliza. Un sistema planteado en estos términos incentiva a incrementar los rebaños sin ningún límite (en un mundo que es por definición limitado). El destino es la ruina[3]. Lo que sucede es que al llevar el ganado a pastar, se toma en cuenta el beneficio pero no el costo. Esto es un claro ejemplo de una externalidad. Un sistema de propiedad común (como el que existe al sur del Sahara) lleva a que los individuos usen como un bien infinito (los pastores) un bien que es finito, es decir, escaso. Así, el comportamiento no se condice con el nivel de escasez del bien.

La segunda perspectiva (y que, bien vista, no es sino la otra cara de la moneda), es descrita por Richard POSNER. En un mundo en el que se han abolido los derechos de propiedad, el agricultor, que siembra la tierra, la fertiliza, y construye espantapájaros, se encontrará que cuando el maíz esta listo para ser cosechado sus vecinos vendrán y se lo llevarán sin que él pueda hacer nada para evitarlo. Obviamente, no habrá ningún incentivo para volver a sembrar y el campesino abandonará la agricultura. Así, no se crearán los incentivos necesarios para conseguir las inversiones requeridas para la subsistencia de todos los integrantes de la sociedad[4]. Si el beneficio de mi acción se traslada a terceros, no existe motivo para desarrollar la actividad. En este caso el agente se abstiene de determinado comportamiento, precisamente para no generar beneficios externos (externalidades) a favor de terceros y que él no va a gozar.

Son varias las conclusiones que podemos extraer. La propiedad se presenta como una necesidad en aquellos bienes considerados escasos. Así, por ejemplo, no existe propiedad sobre el aire porque su abundancia no lo justifica. Hay tanto, que en principio su uso no genera ninguna externalidad respecto de terceros. Esto, sin embargo, ha comenzado a cambiar. La contaminación ambiental comienza a tornar en escaso el recurso y comienza a pensarse en la necesidad de regular su uso. Ya en algunas ciudades de Japón existen casetas en las calles, en las que alguien puede «comprar», depositando algunas monedas, unas bocanadas de aire puro. Casos similares son los de la pesca o la caza, cuando la actitud predatoria pone en riesgo de extinción ciertas especies. En realidad esto es producto de no internalizar los costos de la actividad de pescadores y cazadores, pero sí sus beneficios.

---

3. HARDIN, Garret. «The Tragedy of the Commons». En: *Economic Foundations of Property Law*, Bruce Ackerman. Little Brown and Company, Boston and Toronto, 1975. p. 4.

4. POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Little, Brown and Company, Boston y Toronto, 3.ª ed. 1986, p. 30.

Como bien dice DEMZETZ, la principal función de la propiedad es la internalización de los efectos beneficiosos y dañinos derivados del uso de bienes. Así, la aparición de nuevas formas de derechos de propiedad puede ser asumida como la aparición de nuevos efectos beneficiosos o dañinos. Los derechos de propiedad aparecen, entonces, cuando la internalización de las externalidades produce beneficios superiores al costo mismo de la internalización (es decir, el costo de poner en vigencia los derechos de propiedad)[5]. Como hemos dicho, la internalización es necesaria porque crea los incentivos para la utilización eficiente de los recursos. Este es, a fin de cuentas, el justificativo de todo sistema de propiedad.

El problema del sur del Sahara es que el sistema de propiedad vigente (es decir la propiedad comunal) no incentiva un uso eficiente de los recursos. Al actuar los habitantes de estas zonas, consideran sus beneficios pero no los costos. En términos sencillos, se comportan sin tomar en consideración el nivel de escasez de los recursos que utilizan, derivándose de ello su sobreexplotación.

De lo dicho hasta aquí podría pensarse que la propiedad privada es el sistema más deseable, pero ello no es necesariamente cierto.

Existen sistemas de regulación social que permiten un uso eficiente de los recursos sin basarse, en sentido estricto, en la propiedad privada, por lo menos tal como la conocemos. Por ejemplo, en las comunidades campesinas, donde gran parte de los recursos están sujetos a un uso común, se consigue un aprovechamiento eficiente de los recursos a través de mecanismos sociales, culturales y hasta familiares, de regulación de conducta. Estos mecanismos internalizan las externalidades, creando sistemas alternativos de sanción (normalmente sociales) que crean los incentivos necesarios para comportarse eficientemente. Sin embargo la eficiencia y eficacia de tales sistemas suele ser bastante inferior a las que ofrecen sistemas de propiedad bien estructurados y bien definidos.

Sin embargo muchas veces la propiedad o sus sustitutos cercanos no son posibles. Algunos bienes podrían mantenerse como bienes públicos por que la propiedad privada no genera los incentivos adecuados para su producción. ¿Cuándo usar derechos de propiedad privada que permiten plenas facultades de excluir a los demás a su titular, y cuando usar bienes comunes, en los que nadie tiene esa facultad de exclusión?

Las razones para encontrar la respuesta a la pregunta se encuentran en la distinta función económica que cumplen estos derechos. La propiedad

---

5. DEMSETZ, Harold. «Toward a Theory o Property Rights». En: *American Economics Review*. N.º 57. Mayo 1967, p. 347.

civil clásica, o propiedad privada, aparece cuando se cumplen dos requisitos desde el punto de vista económico. El primero, es el llamado consumo rival, es decir, la imposibilidad de que el mismo bien pueda ser consumido por dos personas al mismo tiempo. Por ejemplo, la misma manzana no puede ser consumida por dos individuos simultáneamente o el mismo automóvil ser usado para ir a dos lugares diferentes y opuestos en el mismo instante. Rivalidad quiere decir que un acto de consumo excluye otro acto de consumo. Si el bien carece de rivalidad generar derechos de propiedad parece perder sentido, porque si un uso no impide otro, carece de sentido limitar el uso a una sola persona.

En cambio, el aire sí puede ser respirado simultáneamente por varias personas al mismo tiempo. En consecuencia, su consumo es no rival. Que yo respire no impide a otros hacer lo mismo. Otro ejemplo es la seguridad pública. Si colocamos un policía en una esquina, dando seguridad a los vecinos de una cuadra, la seguridad de uno de ellos no excluye la seguridad a los demás. La presencia del policía desincentiva que se roben los hogares de toda la cuadra, porque darle seguridad a un vecino significa que los demás quedarán incluidos en la misma seguridad. Si analizamos el mundo, descubrimos que lo usual es que exista propiedad civil sólo sobre los bienes de consumo rival.

Pero ésa es sólo una de las coordenadas que explican la definición de los derechos de propiedad. La segunda se refiere a la existencia de costos de exclusión. Establecer derechos de exclusión esenciales para el funcionamiento de la propiedad, puede ser algo muy costoso y lo es más para determinados bienes. Por ejemplo, es costoso excluir a los demás del uso del aire, lo que también explica su carácter de bien de uso público. Nuevamente, los costos de exclusión suelen ser bajos en los típicos bienes sujetos a la propiedad clásica, como una casa o un libro. Lo que ocurre es que, en los bienes que pueden ser identificados y que tienen un límite físico identificable, crear mecanismos de exclusión como registros, acciones judiciales y defensa posesoria, es relativamente sencillo. Pero si nos referimos a un banco de peces en el mar, la movilidad del mismo hace muy difícil que alguien que pretende ser propietario de una sardina nadando en el mar pueda conseguir que ésta no sea pescada por un tercero. Los costos de exclusión altos pueden hacer ineconómico generar derechos de propiedad. Sin embargo esos costos pueden reducirse mediante tecnología o usando regímenes legales. Por ejemplo la invención del alambre de púas hizo posible una mejor definición de los derechos de propiedad en el viejo oeste norteamericano por que ya no era necesario cercar el terreno con costosísimas cercas de madera. Por otra parte, la invención de registros públicos de

bienes redujo sustancialmente los costos de exclusión sobre ciertos bienes y permitió una más efectiva incorporación de los mismos al mercado.

Usualmente concedemos derechos de titularidad privada exclusiva para aquellos bienes que, teniendo consumo rival, tienen bajos costos de exclusión. Ello ocurre con una casa o un automóvil. Por el contrario, consideramos que un bien con consumo no rival y altos costos de exclusión es un bien que debe ser público, y que por tanto, no debería ser objeto de titularidades exclusivas. Ello ocurre, por ejemplo, con la seguridad pública, donde el consumo es no rival y los costos de excluir a alguien de tal seguridad es alto. Las calles podrían ser otro ejemplo, pues todos podemos usarlas a la vez, y excluir de su uso a quienes no pagan por ellas es bastante costoso.[6] Es difícil imaginar derechos de propiedad sobre esos bienes, los que suelen ser producidos por el Estado, él que recauda mediante impuestos los recursos necesarios para financiarlos y producirlos, por que los particulares difícilmente los proveerán. Si alguien coloca policía privada a vigilar las calles difícilmente podrá contratar con los beneficiarios de la seguridad que genera, simplemente porque al no poder excluir a quienes no pagan de la seguridad generada, no habrá incentivos para pagarle.

Sin embargo, las características de rivalidad y bajos costos de exclusión pueden no darse juntas. Por ejemplo, en los bancos de peces, el consumo es rival, pues si uno se come un pez, el mismo no puede ser comido por otro. Pero dado que los bancos de peces se mueven por el océano, e identificar qué pez individual es de quién es muy cotoso, el resultado es que, en principio, no hay propietarios de los peces. Por ello, para evitar la sobrepesca usamos mecanismos alternativos a la propiedad como vedas o la asignación de cuotas de pesca.

Por el contrario, en una carretera el consumo puede ser no rival (la entrada de un vehículo no excluye la entrada de otro), pero tiene bajos costos de exclusión (una caseta de peaje permite que quien no paga no la use. En ese caso es posible concesionar el bien, una forma de titularidad con facultad de exclusión, a pesar que su consumo es no rival.

El resumen del tipo de titularidades que pueden existir en base a la conjunción de rivalidad y costos de exclusión se resumen en el siguiente cuadro:

---

6. Esto es, sin embargo, relativo. La congestión de las calles a ciertas horas de mayor tráfico convierten en rival su consumo, pues no es posible que transiten por las mismas infinito número de carros. Por otro lado ciertas vías públicas tienen costos de exclusión relativamente bajos, como las carreteras, donde basta construir una caseta de peaje para que se excluya de su uso a quienes no paguen.

| RIVALIDAD | COSTOS DE EXCLUSION | | |
|---|---|---|---|
| | | Bajos | Altos |
| | SI | Propiedad Privada (Casa automóvil) | Bienes Privados Imperfectos (Banco de peces) |
| | NO | Bienes Públicos Imperfectos (Carretera no congestionada) | Bienes Públicos (Calle congestionada, seguridad pública) |

El cuadro muestra que la existencia de derechos de propiedad privada frente a la existencia de bienes comunes no es casual y obedece a factores económicamente definibles. A su vez, la existencia de bienes privados o bienes públicos imperfectos, muestran que no siempre la respuesta es fácil. Como veremos más adelante, en algunos casos, como la propiedad intelectual, incluso se generan derechos de propiedad privada sobre bienes que no tienen consumo rival y tienen altos costos de exclusión, mostrando que la economía y el Derecho no siempre van de la mano.

Así, la idea central en todo sistema de derechos de propiedad, es determinar cómo éste cumple o no la función de internalización de externalidades que ya hemos señalado, en función a la rivalidad en el consumo existente y los costos que exclusión en que habría que incurrir.

Las ideas que se aplican a la propiedad pueden ser trasladadas a otro tipo de titularidades, la que no necesariamente caen bajo la definición civil de propiedad. Por ejemplo son aplicables, al menos en parte, los mismos principios a nuestra titularidad sobre nuestra fuerza de trabajo o, como veremos más adelante a la privacidad.

Por ejemplo, en el caso de la fuerza de trabajo, el sistema legal nos reconoce la posibilidad de excluir a los demás del uso de nuestra fuerza laboral. Así nadie puede ser forzado a trabajar para otro en contra de su voluntad. Se asume que cada quien puede juzgar mejor si quiere o no trabajar y donde. Desde la abolición de la esclavitud la titularidad de ese recurso quedo claramente definida como una titularidad originaria que corresponde a cada individuo. De no ser así el resultado sería, además de una afectación de la dignidad humana inaceptable, un uso excesivo o inadecuado del recurso.

En el caso de la privacidad, que se analiza con mayor detalle en otra sección de este libro, ocurre algo parecido. Si uno entiende la privacidad como la capacidad de excluir a los demás del uso y disposición de nuestro espacio y nuestro tiempo, entenderá que en realidad se está creando un incentivo adecuado un uso eficiente de los mismos.

Otros bienes, tradicionalmente excluidos del concepto clásico de propiedad, también pueden ser entendidos de mejor manera usando la perspectiva económica. Por ejemplo hace poco en nuestro país se produjo un intenso debate sobre si las frecuencias del espectro radioeléctrico debía ser reguladas como bienes comunes, sujetas a la decisión del Estado, o debía ser reguladas por titularidades exclusivas análogas a la propiedad.

Muchas veces se tiende a pensar que las frecuencias de espectro radioeléctrico usadas para transmitir, entre otras, señales de televisión y radio, no deben ser «demasiado privadas» Se demanda más control estatal para evitar su mal uso, exigiendo por ejemplo una televisión más cultural o menos programación basura. En pocas palabras se busca que no existan derechos de exclusión realmente efectivos. Se busca en el fondo «estatizar» más la televisión, convirtiendo las señales en bienes públicos o comunes.

Pero el problema parece ser precisamente el contrario. No existen derechos de propiedad claros y defendibles sobre las señales de televisión y radio. Ello por dos factores. El primero es que no hay quien defienda la propiedad. No ha sido extraño ver a los jueces, repartiendo derechos y cautelares que demuestran que nadie es realmente dueño de las señales. Solo es propietario aquel al que a un juez se le ocurra proteger, y solo hasta que a otro juez se le ocurra algo distinto. Así, la propiedad no existe.

El segundo, igualmente dañino, es el control político. Es evidente el rol que el Estado ha tenido en este problema y cómo la presión y el favor político ha servido para que la entrega de señales sea en realidad una forma de repartir privilegios.

Si uno toma ambas coordenadas descubre que lo que ha ocurrido no es un exceso de la propiedad privada, sino precisamente lo contrario. El sistema reparte mercantilistamente los derechos para transmitir señales de televisión, lo que en el fondo no existe una verdadera propiedad.

Una señal es un bien escaso. La mejor salida es asignar derechos de propiedad sobre ella. Si se alega que es un bien especial porque sobre él se construye parte importante de nuestro derecho de información y la libertad de expresión, en realidad ese es un argumento más fuerte para privatizarla más.

Bajo esa perspectiva no se entiende el argumento de que aumentar el control estatal beneficiará nuestro derecho a informarnos y a que exista

libertad de expresión. Por el contrario la discrecionalidad del funcionario público al manejar las frecuencias es precisamente una amenaza contra una verdadera información y libertad.

# Los Sistemas de Transferencia de Propiedad y la Propiedad Inconclusa*

La propiedad es como esas sinfonías que nunca fueron terminadas. Todos reconocen la obra y su importancia, pero al final sabemos que le falta una parte. Nuestros sistemas de propiedad siempre terminan con vacíos que nunca son cubiertos. Pero el AED puede ayudarnos a identificar mejor esos vacíos y saber qué hacer con ellos.

A diferencia de las sinfonías inconclusas, donde lo que suele ocurrir es que el autor murió antes de terminarla, no ocurre lo mismo con las instituciones jurídicas. Los sistemas legales se construyen en el tiempo y nada impide al legislador, un ser abstracto y por tanto inexistente e inmortal, terminar la obra no concluida. Y sin embargo se resiste a cerrar el círculo y deja, en medio de la discusión doctrinaria, su obra sin concluir.

El problema es que escuchar una obra musical sin terminar nos deja con la intriga de cómo hubiera sido, con una suerte de curiosidad cultural que, finalmente, nos deja seguir viviendo. Pero cuando el sistema de propiedad se queda a medias deja a seres humanos de carne y hueso sin soluciones que permitan resolver sus problemas respecto al uso de los bienes, el resultado es desperdicio de recursos, menos desarrollo y, por qué no, pobreza. La falta de un sistema de propiedad cerrado no sólo deja a nuestros

---

* Esta sección está basada, en parte, en: «Un Mundo sin Propiedad. (Análisis del Sistema de Transferencia de la Propiedad Inmueble)», publicado en *Derecho*, Nº 45, 1991 y «La Propiedad Inconclusa», publicado en *Ius Et Veritas*, No. 28 Año XIV.

Códigos y leyes como incompletos. Deja situaciones concreta de la vida diaria incompletas.

En esa línea hay que entender por qué la propiedad es tan importante. La propiedad permite internalizar las externalidades que se producen en el uso de los bienes. La propiedad permite crear los incentivos para que el titular de un bien asuma los beneficios y los costos de que se derivan del bien.

Como ya se vio, cuando el titular tiene un derecho de exclusiva, puede apropiarse de la integridad del beneficio que genera el bien. Al ocurrir ello, tiene el incentivo a realizar las inversiones necesarias para generar el beneficio, con lo cual se incentiva la productividad. Por ello no es inusual que uno comience a construir en un terreno cuando recibe el título de propiedad sobre el mismo. Sino retrasa su inversión.

Pero adicionalmente a ello, el propietario tiene que asumir el costo de usar lo suyo. Si él sobreexplota y deteriora el bien asumirá las consecuencias. Ello determina que tenga cuidado al usarlo. Por ello, evitará sembrar en su predio hasta agotar la tierra y convertirlo en inservible.

Una propiedad incompleta, es decir, una propiedad que no cierra el círculo, genera incentivos incompletos y que por tanto derivan en una internalización imperfecta de las externalidades. Ello reduce los incentivos para invertir y motivar un uso razonable. En otras palabras, una propiedad incompleta deriva en inversión incompleta y en un exagerado uso de los recursos. Veamos entonces cómo se puede generar una propiedad inconclusa.

## I. ¿CÓMO SE DEBE EXCLUIR A LOS DEMÁS?

No es posible entender cómo se debe transferir la propiedad, sin entender la función de la facultad de exclusión.

La existencia de externalidades es una de las preocupaciones principales frente a las que, conciente o inconscientemente, se enfrenta el Derecho, y en concreto, frente a las que se encuentra el legislador. Si las externalidades han sido definidas como los efectos no contratados de la conducta humana, y es la función del Derecho regular dicha conducta, toda decisión legal determina cómo se manifiestan las externalidades y cuáles de ellas son efectivamente internalizadas.

Uno de los errores más comunes radica en el hecho de que cuando el legislador o quien diseña alguna política gubernamental se encuentra frente a una externalidad no deseada entiende que la única forma de resolverla es a través de la intervención estatal directa. Esto, que es cierto en muchas

ocasiones, no es cierto siempre, y por el contrario suele ser falso. Muchas veces la intervención estatal genera costos mayores que los que genera la propia externalidad que pretende eliminar. En ocasiones una correcta asignación de derechos de propiedad hace innecesaria la intervención estatal, pues internaliza la externalidad a un costo menor.

En esa línea, ¿Es nuestro sistema coherente con la función que la propiedad privada debe desarrollar según su propia concepción?

Como ya hemos visto, y en concordancia con lo que señalan FUROBOTH y PEJOVICH, un punto central es darse cuenta de que los derechos de Propiedad no son relaciones entre los hombres y las cosas, sino regulaciones de las relaciones de conducta entre los hombres, que aparecen como consecuencia de la existencia de cosas y propiedad que determinan normas de conducta respecto de las cosas, que todas y cada una de las personas debe respetar en su interacción con inobservancia. Así, el sistema de propiedad puede ser definido como el conjunto de relaciones económicas y sociales que definen la posición de cada individuo respecto al uso de los bienes escasos[1].

TORRES LÓPEZ señala las tres características esenciales que debe cumplir el sistema de derechos de propiedad para desarrollar la función a la que ha sido llamado:

a) Universalidad: todos los recursos deben ser poseídos por alguien, salvo que sean tan abundantes que puedan ser consumidos por cualquiera sin necesidad de excluir a los demás (como sería, por ejemplo, el caso del aire).

b) Exclusividad: se debe garantizar jurídicamente la posibilidad de excluir a los demás del consumo y uso del bien en cuestión. Así, los derechos de propiedad sólo aparecen cuando los costos de lograr su uso exclusivo resultan compensados por los beneficios que el propio uso exclusivo genera.

c) Transferibilidad: se requiere que por medio de intercambios voluntarios los recursos pasen de sus usos menos valiosos a los más valiosos[2].

Nos interesa concentrar la atención del lector en las dos últimas características. En lo que concierne a la exclusividad, ésta no es otra cosa que la doctrina tradicional ha denominado el carácter «erga omnes», es decir, la

---

1. FUROBOTH, Eiriz y PEJOVICH, Svetozar. «Property Rights and Economic Theory: a Survey of Recent Literatura». En: *Journal of Econmics Literature,* diciembre 1972, Vol X, N.º 4, p. 11.

2. TORRES LÓPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho,* Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1987, p. 49.

oponibilidad absoluta del derecho de propiedad. Es esta oponibilidad la que convierte a la propiedad en el vehículo idóneo para internalizar las externalidades. A partir de la exclusión que uno hace de los demás surge el incentivo para invertir capital y trabajo en un bien determinado y, como contrapartida, racionalizar los costos que se derivarían de una sobreexplotación del bien.

Como señala DEMSETZ, la propiedad se desarrolla cuando los beneficios de la internalización son mayores que el costo mismo de la internalización[3]. Como podemos ver, el costo de internalizar es en realidad el costo que impone el desarrollo de un sistema que permite excluir a los demás. En aquellos casos donde el costo de excluir sea superior al beneficio derivado de la propia exclusión no habrá propiedad, pues ésta se tornaría en irracional. Así sucede, a título de ejemplo, en el siguiente caso, enunciado por BURTON. Si bien ha sido posible establecer un sistema privado de derechos sobre peces y otros animales marinos en criaderos artificiales, en especies como las ostras, las langostas, los róbalos y lenguados (pesca cara y sedentaria), esto ha sido completamente imposible respecto de bancos de peces migratorios[4] Pensar el día de hoy en derechos de propiedad sobre este tipo de especies es una ilusión.

Como contrapartida a lo dicho, tenemos que el sistema ideal de propiedad es aquél que permite el máximo grado de exclusión al menor costo posible. Ello convertirá a la oponibilidad en un mecanismo más eficiente.

Prueba de lo dicho hasta aquí es que el grado de exclusión de la propiedad determinará que el bien adquiera un mayor valor. Si la propiedad se basara en contratos (es decir, que sólo podría excluir a aquellos que celebren contratos conmigo) el valor de ésta será determinado por la cantidad de contratos que se celebren. Así, quien tiene una propiedad que permite excluir 1000 personas tiene un bien más valioso que aquél que sólo puede excluir a 100. En este sentido, la propiedad más valiosa imaginable sobre un mismo bien es aquélla que permite excluir a todos los demás.

De la misma manera, también aumenta el valor del derecho de propiedad cuando éste me permite excluir a los demás del ejercicio de todas las facultades. Así, un derecho que permita sólo excluir a terceros del disfrute, pero no del uso, valdrá menos que otro que permite excluir de ambos aspectos. Por eso, el derecho de propiedad tiene un valor superior al que

---

3. DEMSETZ, Harold. «*Toward a Theory o Property Rights*». En: *American Economics Review*. N.º 57. Mayo 1967, p. 347..

4. BURTON, John, en el prólogo de Cheung. Steven. *El Mito del Costo Social*. Unión Editorial, Madrid 1990.p. 32.

tiene un derecho real de uso. En este sentido se pronuncia PEJOVICH, quien dice que el valor de los bienes depende del contenido de los derechos de propiedad que recaen sobre estos bienes. Por ejemplo, se pagaría más por una casa si el derecho sobre ésta permite excluir la instalación en el barrio de estaciones de gasolina, plantas químicas, industrias molestas, etc.[5].

Adicionalmente, se debe tener en cuenta la necesidad de reducir los costos que se derivan de implementar el sistema que permita la propia exclusión. Uno de los costos principales en este sentido es el de publicitar el derecho, el de hacerlo conocible a terceros. Así, si los terceros no conocen el derecho ni identifican al titular de la potestad de excluir, la exclusión no puede ser perfecta, y por lo tanto se torna en menos eficiente. La propiedad tiene que ser conocible por aquéllos que son precisamente los excluidos. Dentro de esta línea, un sistema basado en el mero consenso para excluir a todos los demás es absurdo, sumamente costoso en términos de incertidumbre y por tanto indeseable. Así surge como otro mecanismo la existencia de un registro público, que si bien tiene un costo, éste es relativamente bajo en relación a la seguridad que puede brindar. Pero esto es operativo sólo en bienes de fácil identificación y de un valor significativo (como un inmueble por ejemplo). En otro tipo de bienes (como un lapicero o una camisa), pensar en un registro puede ser irracional. El costo de identificación del bien y su propio valor no justifican un sistema registral. En estos casos la posesión, que tiene una publicidad menos perfecta pero a la vez menos costosa, podría ser una solución adecuada.

La conclusión principal es que la propiedad debe permitir la exclusión más perfecta al menor costo posible, pero permitiendo, paralelamente, que los terceros estén en la posibilidad de conocer el derecho del que han sido excluidos.

## II. ¿CÓMO SE TRANSMITE LA POSIBILIDAD DE EXCLUIR?

Hemos visto que el «quid» de la propiedad radica en esta posibilidad de excluir a los demás. Sólo así el propietario internaliza de manera efectiva las externalidades. Por tanto, le corresponde al sistema jurídico, a través del diseño de la estructura del sistema de derechos de propiedad, crear los incentivos necesarios para una eficiente asignación de recursos. Aquí entra a tallar aquel carácter del sistema de derechos de propiedad que íbamos a relacionar con la exclusividad: la transferibilidad.

---

5. PEJOVICH, Svetozar. «Towards an Economic Theory of the Creation an Specification of Property Rights». En: *Review of Social Economics,* Vol. XXX, setiembre 1972, Nº 3.

Tradicionalmente se nos ha dicho que uno de los principios básicos que inspira y organiza un sistema de transferencia de propiedad es el de «seguridad jurídica». Según este principio la transmisión de la propiedad debe estar dotada de una serie de garantías que permitan al adquirente sentirse seguro de la operación de «compra» de un derecho, favoreciendo así el tráfico y la circulación económica de los bienes (y, en el fondo, la reasignación de los recursos a sus usos más valiosos).

En términos económicos, la seguridad en el tráfico está íntimamente vinculada con los conceptos que hemos venido desarrollando. La decisión económica de los individuos debe tener bases de racionalidad, de manera que todo efecto pueda ser previsto por el agente. Ello implica que el azar, por la irracionalidad que le es consustancial, debe ser eliminado como elemento que pueda afectar el resultado de una decisión. Siendo la transferencia de la propiedad un claro caso de decisión económica (es, en términos latos, la operación base de todo el sistema de mercado), el sistema debe estar orientado a eliminar o al menos minimizar los efectos del azar.

El riesgo que está presente en toda transferencia radica en el hecho de que podría no transmitirse al adquirente la potestad de excluir a los demás, o que la posibilidad de exclusión no sea transmitida en términos perfectos (por ejemplo, que se transmita una propiedad gravada con un derecho real de garantía o sobre la que recaiga un usufructo y que no permitiría excluir en ciertos circunstancias al acreedor o al usufructuario, respectivamente). Si este riesgo no es racionalizado, el potencial adquirente puede decidir no comprar o hacerlo a un precio que se encuentre por debajo del valor real del derecho que se adquiere. Ello se puede apreciar, por ejemplo, cuando se compra un inmueble no inscrito, pues el precio que se fije va a ser, de ordinario, considerablemente menor al de otro inmueble sí registrado. La protección registral y la certeza que ésta brinda son la explicación a este mayor valor En el fondo, lo que hace la diferencia es que quien compra siente que el registro le garantiza una posibilidad de exclusión más perfecta y, por tanto, más valiosa. En el inmueble no registrado entra a tallar el azar, y con ello la irracionalidad. Por lógica consecuencia, la posibilidad de excluir ya no es tan cierta. Este riesgo podría determinar que se adquiera una propiedad que no permita excluir, por ejemplo, a un adquirente anterior. Estaríamos entonces ante una propiedad disfuncional o, dicho de una manera más clara, ante la ausencia de un auténtico derecho de propiedad.

Un sistema de transferencia de propiedad coherente debe dar al adquirente la certeza de poder excluir a cualquier otro pretendido adquirente, es decir, una posibilidad de exclusión total. Un sistema que no reúna estas características no permite una efectiva internalización de todos los beneficios y costos externos (externalidades), por lo que no creará los

incentivos necesarios para una eficiente asignación y uso de los recursos escasos. De ello se derivarán, a nuestro entender, dos consecuencias.

a) La falta de certeza en la transmisión de la facultad de excluir determinará que muchas operaciones de intercambio que, por su naturaleza, serían eficientes (correcta asignación de recursos) no se lleven a cabo, por la incertidumbre que dicha adquisición significaría para un potencial nuevo titular.

b) En los casos en los que se llegue a dar la transmisión del derecho, pero no exista certeza absoluta de la propiedad, titularidad del transferente o del contenido de las facultades que confiere, los propietarios se comportarán en cierto grado como si su propiedad, teóricamente exclusiva, fuese común. No se sentirán incentivados a invertir y hacer producir el bien, por lo menos en el mismo nivel en que se comportarían si su facultad de excluir fuese completamente cierta. Veamos sino el caso de un adquirente que advertido por su abogado de la necesidad de inscribir su derecho para poder efectivamente sentirse propietario, retrasa ciertas inversiones que pensaba realizar en el bien (por ejemplo, construir una edificación), a la espera del momento en que la inscripción se produzca.

Estas consecuencias de un sistema de transferencia ineficiente generan costos no deseados. Estos costos se ven a su vez maximizados por una característica típica del comportamiento económico de los individuos: la aversión al riesgo. El concepto de aversión al riesgo se contrapone con el de neutralidad al riesgo. Como señala POLINSKY, la aversión al riesgo significa que los individuos toman en cuenta no sólo el valor esperado del riesgo sino la magnitud absoluta del mismo. Así, por ejemplo, una persona con aversión al riesgo, a diferencia de una persona neutral al mismo, no va a ser indiferente entre una pérdida cierta de S/. 5,000 y el 10% de posibilidades de perder S/. 50,000. En otras palabras, prefiere desembolsar los 5,000 a cambio de no correr el riesgo de que exista una posibilidad entre 10 que tenga que pagar 50,000. Matemáticamente ambas posibilidades cuestan lo mismo (pues 10% de 50,000 es 5,000), pero la aversión a tener que pagar mucho dinero convierte el pago de 50,000 en un riesgo muy grande para ser asumido. Incluso puede estar dispuesto a pagar más del costo esperado (por ejemplo 6,000) para evitar asumir el riesgo de un costo mayor. Para el neutral al riesgo, esto es totalmente indiferente[6]. Para él ambas posibilidades son equivalentes. Los individuos suelen tener aversión al riesgo.

---

6. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics,* Little Brown and Company. Boston and Toronto. 6ª reimpresión, 1983, p. 51. La explicación está en la llamada ley de rendimientos decrecientes. Según ella, las primeras unidades de un recurso valen más que las últimas. Los primeros soles de una persona, que le sirven para

Esta característica del individuo se refleja claramente en la formación y entrenamiento que recibimos los abogados. En general estamos preparados para comportarnos como si tuviésemos una exagerada aversión al riesgo cuando aconsejamos a un cliente. Por ejemplo, cuando hacemos un estudio de títulos antes de una compraventa solemos «asustar» a nuestro cliente, mostrándole las posibles consecuencias de una imperfección en los títulos, por más que la posibilidad que la eventualidad que pueda generar el riesgo se presente, pueda casi ser reducida al absurdo. Incluso, en estas circunstancias muchas veces aconsejamos que no se realice la compra hasta que los títulos no hayan sido saneados. Ello ha hecho que nos ganemos la fama de «trabar» las operaciones de intercambio comercial e inmobiliario.

La aversión determina que el individuo no tome en cuenta la magnitud racional del riesgo, sino que tienda a exagerarlo, deformando los presupuestos de base mediante los cuales se orientan las decisiones económicas. Grafiquemos esto con un ejemplo. «X» es propietario de una casa que es deseada por «A» y «B». «A» es neutral al riesgo y «B» tiene aversión al mismo. «A» valoriza la casa en 90 y «B» en 100. En este sentido lo deseable, por ser lo económicamente eficiente, es que sea «B» el que la compre, pues valoriza el bien más que «A» (y por tanto, se puede presumir que habrá una asignación del recurso a su uso más valioso). Imaginemos ahora que el precio fijado por «X» sea igual a 57. Imaginemos también que no existe un registro lo que genera estadísticamente un 33.3% de posibilidades que no se sepa que «X» le vendió previamente la casa a un tercero. Tanto «A» como «B» van a «castigar» su valorización de la casa si es que se comportan como individuos económicamente racionales. Este «castigo» es producto de la incertidumbre que la adquisición del inmueble genera.

El resultado es que «A» estará dispuesto a pagar como precio 60 (90-30=60, siendo 30 el 33% de la valorización de 90 hecha por «A»). Siendo esta cifra mayor que el precio fijado por «X», habrá acuerdo («A» estaría ganando 3, es decir 60-57=3), y por tanto se concretará la operación de compraventa. El comportamiento de «A» grafica claramente su neutralidad

---

cubrir sus necesidades básicas, valen más que los últimos que le sirven para cubrir sus necesidades suntuarias. Imaginemos que ganó S/. 50,000. Si pagó S/. 5,000 afectó los últimos soles de mi ingreso (que uso posiblemente para actividades no fundamentales como ir al cine, viajar o ahorrar). Pero si tengo mala suerte y el azar me hace pagar S/. 50,000 ello se lleva incluso los soles que tengo para comer. Ello explica por qué las personas contratan seguros (pagan con certeza primas para evitar asumir los costos de un accidente o enfermedad que afecte sus primeros soles) o contratamos créditos cuyas cuotas afectan los últimos soles todos los meses en lugar que los primeros en un mes si pagamos al contado. Y eso a pesar que en el largo plazo el crédito cuesta nominalmente más porque hay que pagar intereses.

al riesgo: el «castigo» en su valorización refleja la magnitud estadística del riesgo. Digamos que sólo estaría dispuesto a comprar el inmueble si el precio resulta siendo inferior a un «castigo» de su valorización en 45%. Los 15 puntos porcentuales adicionales al castigo que hace «A», reflejan el costo de su riesgo, o dicho de otra forma, cuánto estaría a recibir por correr un riesgo de 33% de quedarse sin su adquisición. El resultado es que sólo estará dispuesto a pagar 55 (100-45=55, siendo 45 el 45% de la valorización de 100 hecha por «B»). Siendo esta cantidad menor al precio fijado por «X» (y a lo que está dispuesto a ofrecer «A»), «B» no comprará el bien, pues esta operación le significaría a «X» una pérdida estimada de 2 (57-55=2), a pesar que en términos absolutos pudo haber la solución más eficiente.

Cambiemos ahora uno de los supuestos. Asumamos que existe un sistema registral confiable que nos da un 100% de certeza. La propiedad de «X» aparece inscrita en Registros Públicos, y el sistema legal le garantiza tanto a «A» como a «B» que si compran el inmueble su adquisición será inatacable, es decir, podrán excluir efectivamente a todos los demás. En este supuesto, el hecho que «A» sea neutral al riesgo y «B» tenga aversión al mismo no tiene ningún efecto. Esta situación no es indiferente. Hay seguridad, desaparece la incertidumbre, y el azar deja de ser un mecanismo de asignación de recursos. La decisión económica se torna completamente racional. Así, será «B» (quien valoriza más la casa) quien finalmente la comprará. Esta solución es la más eficiente, pues lleva a una correcta asignación de los recursos, permitiendo que la propiedad cumpla la función que le corresponde e internalice las externalidades.

Según lo que hemos visto, ¿cómo se debe transmitir la facultad de excluir? O dicho en otros términos, ¿qué requisitos debe cumplir un sistema de transferencia de derechos de propiedad? A nuestro entender deben cumplirse tres requisitos:

a) Que la propiedad (posibilidad de excluir) esté reconocida objetivamente en el derecho positivo, de manera que su diseño le permita internalizar los costos y beneficios externos (externalidades derivados del uso y disfrute del bien) de la manera más efectiva al menor costo posible.

b) Que la transmisión de la propiedad transfiera de manera efectiva, de un titular a otro, la posibilidad de excluir a todos. Esto significa que el derecho que se transmita sea cierto en su existencia y en su contenido. Sólo a partir de que el adquirente recibe la facultad plena de exclusión, puede cumplir la propiedad su función económica y social.

c) Que la transmisión de la propiedad se base en un signo de cognoscibilidad que permita a los terceros identificar objetivamente quién goza de la titularidad para excluir. No olvidemos que todo adquirente antes

de tener esa condición se comporta y siente como un tercero (en efecto lo es) y que, por tanto, su decisión debe basarse en ciertos criterios ciertos y racionales. Esto implica certeza en la apariencia del derecho, a fin de eliminar comportamientos ineficientes derivados a su vez de la aversión al riesgo que suele caracterizar a los individuos. El signo de cognoscibilidad tiene que ser público, de fácil identificación en lo posible inequívoco, que no pueda dar origen a una publicidad dual (esto es, que no pueda publicitar simultáneamente dos derechos incompatibles entre sí) y que lo haga a bajo costo en relación al valor del bien cuya propiedad publicita. La facultad de exclusión debe derivarse directamente de la consolidación del signo de cognoscibilidad (por ejemplo, de la inscripción en el registro correspondiente). De lo contrario, estaremos ante el absurdo de que existan sujetos excluidos que no estén en la posibilidad de conocer quién y cómo los excluye.

## III. ¿TRANSMITE EL SISTEMA PERUANO LA FACULTAD DE EXCLUIR?

Un mundo en el que nadie puede excluir a nadie es un mundo sin propiedad. Es un mundo plagado de externalidades no internalizadas, y por tanto un mundo económicamente ineficiente y disfuncional. Nuestro Código civil ha tomado como punto de partida la necesidad de la existencia de derechos de propiedad y, por tanto, ha asumido darle a la propiedad la función descrita hasta este punto. La pregunta que cabe hacerse es si la regulación del Código es coherente con la ideología que lo inspira. Podríamos embarcarnos en una inacabable discusión en torno a la conveniencia o no de un sistema de propiedad privada. Para unos, la propiedad privada es la clave en la solución de todos los problemas económicos que la convivencia humana plantea. Para otros, el diseño liberal de propiedad privada tiene una serie de limitaciones para resolver muchos de nuestros problemas e incluso nos plantea problemas nuevos, pero no dejan de reconocer que es un sistema que puede tornarse en deseable si es que se toman ciertas medidas correctoras y se es consciente de las limitaciones que tiene. Finalmente, para otro grupo la propiedad privada es la fuente de todos los males de la sociedad moderna. Esta discusión, plagada de determinantes valorativos y no exenta de dogmatismo, es ajena a la intención de esta sección. Sólo buscamos hacer un análisis de la coherencia (o incoherencia) que tiene nuestro sistema. Este parte de ciertas premisas y asigna ciertas funciones a determinadas instituciones. Pero en el «camino» legislativo estas funciones se disipan en una serie de discusiones «kafkianas», de doctrinas confusas y abstractas, de razonamientos circulares y conceptos sobrenaturales que cobran inusitada vida propia. Nuestro propósito es buscar, de una manera conscientemente superficial, cuánto de coherencia se ha perdido en este tránsito

por el «Paraíso de las Ideas jurídicas» y que se encuentra, como todo paraíso, tan lejos de la realidad.

Nuestro Código Civil habla de la propiedad, dedicándole el Título II del libro V (artículos 923 a 998), sin perjuicio de otros varios artículos dispersos en otras partes del mismo cuerpo legal. Además existen innumerables disposiciones contenidas en una serie de otras normas (leyes urbanas, reglamento general de construcciones, leyes agrarias, normas sobre propiedad horizontal, etc.). Así, la propiedad atraviesa nuestro sistema y es la columna vertebral del derecho patrimonial privado.

Uno de los puntos más importantes es el que concierne a los bienes inmuebles. Toda actividad humana requiere de un ámbito, de un espacio geográfico donde llevarse a cabo. La vivienda, la producción industrial, la agricultura, la educación, la recreación, etc, requieren de inmuebles y, por tanto, de derechos de propiedad que por medio de la facultad de exclusión permitan a los individuos asignar estos recursos escasos (que son la tierra y las edificaciones) a sus usos más valiosos. Esto nos lleva a aplicar el marco general desarrollado en los puntos anteriores al régimen de transmisión de la propiedad inmueble.

En nuestro diseño legislativo la norma clave parecería ser el artículo 949 del Código Civil:

> Artículo 949.- La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace el acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

Esta norma recoge la teoría francesa según la cual el mero consentimiento tiene la facultad de transmitir la propiedad al adquirente. En términos latos, la propiedad se transfiere al momento del perfeccionamiento del contrato. Sin embargo, esta norma es completamente incoherente con la función que la propiedad debe desarrollar. El contrato es un acto que, de ordinario, permanece oculto al conocimiento de terceros. Ello quiere decir que carece de la cualidad de ser un signo de cognoscibilidad y, por tanto, de la posibilidad de informar a los terceros sobre quién goza de la titularidad para efectuar la transferencia de propiedad. La disfuncionalidad del sistema sería evidente. Pero cualquier abogado sabe que esto no es así y que el postulado propuesto en el 949 no funciona en la realidad tal como se ha descrito.

Imaginemos al cliente que acude a un estudio de abogados y le pregunta a uno de sus integrantes desde qué momento sería propietario, sale de la oficina y celebra el contrato de compraventa. Cuando va a tomar posesión de su inmueble se da con la sorpresa de que éste está ocupado por

un tercero, el mismo que tiene su derecho inscrito. Al pedirle su título de propiedad, el ocupante le enseña al cliente una escritura pública cuya fecha es posterior al contrato que él celebró. Recordando las palabras de su abogado y utilizando un poco de sentido común le dice que ese título no tiene ningún valor, pues en la fecha que se celebró ese contrato él ya había celebrado con anterioridad otro contrato con el propietario; por tanto, en la fecha de la escritura pública quien le vendió al ocupante no era propietario, y como nadie puede transferir el derecho que no tiene queda claro que el único título válido es el suyo. Sin embargo, en el juicio que siguió con el ocupante el cliente se da con la sorpresa de que el Poder Judicial le da la razón a la otra parte.

El error en el consejo del abogado está en haber confundido la definición formal (y abstracta) contenida en el Código, con el funcionamiento del Derecho en la realidad. En el trasfondo, en la pregunta del cliente estaba la siguiente inquietud: ¿A partir de cuándo podré yo excluir a los demás? para fines prácticos esto es lo único que le interesa. El abogado le contestó una pregunta distinta: ¿Desde cuándo dice el Código Civil que tengo un derecho llamado «propiedad»? Como vimos en el ejemplo, las respuestas a estas dos preguntas son diferentes. El Código habla de una relación jurídica a la que llama «propiedad», que aparece en el momento en que se celebra el contrato. Pero esta «propiedad» es una propiedad relativa (lo que en sí mismo es un contrasentido), pues no permite excluir a todos. Tan es así, que un «adquirente» posterior, pero que inscribe su derecho con anterioridad, no podrá ser excluido. En realidad, nadie es un auténtico propietario al celebrar un simple contrato. La respuesta del abogado debió ser otra. Debió decirle a su cliente que nada significaba el simple contrato para los fines de exclusión absoluta (y que se grafican claramente en la expresión «esto es mío», lo que por contraposición quiere decir que no es de nadie más) y que si se quería sentir un auténtico propietario debería tomar las medidas y previsiones necesarias para inscribir inmediatamente su adquisición en los Registros Públicos. A esta conclusión parecería llegarse a través de la lectura de otros dispositivos contenidos en el Código.

No quisiéramos desarrollar aquí toda la controversia surgida alrededor del llamado concurso de acreedores (en particular al alcance del artículo 1135 del Código civil), ni de la aplicación de las normas registrales pertinentes (en especial los artículos 2014, 2016 y 2022). Sólo quisiéramos dar un panorama general a fin de determinar lo relativo de su aplicación y, por ende, de su eficacia.

A nuestro entender, las normas citadas buscan corregir la disfuncionalidad creada por el artículo 949, es decir, relacionar la facultad de exclusión absoluta es realmente transferida. Este signo es, tratándose de bie-

nes inmuebles, la inscripción en los Registros Públicos. Así, poco importa si el 949 se refería a una «propiedad relativa», pues finalmente el agente económico racional (léase comprador o adquirente) sabe que en realidad no es propietario en términos absolutos hasta que inscriba su derecho y que el contrato es una escala en el camino pero de ninguna manera el fin del viaje.

Algunos tratan de identificar en el artículo 1135 una relación de preferencias hechas por el legislador para premiar la diligencia. Esta es una verdad a medias. Veamos el texto del artículo 1135.

> Artículo 1135.- Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.

Si bien es cierto que el sistema está diseñado para proteger el comportamiento racional del individuo, su función principal es determinar un marco de seguridad jurídica a terceros (potenciales adquirentes), sobre todo en lo que respecta a la protección del primero que inscribe el bien. Así se elimina el riesgo y con ello se facilita la transmisibilidad del derecho a excluir. Gracias a este artículo (y a algunos otros del Código), la transferibilidad le da la mano a la exclusividad (características infaltables para internalizar las externalidades y permitir que la propiedad cumpla su función económica y social). El segundo de los criterios escogidos (documento de fecha cierta anterior) se refiere a un valor distinto. Cuando ninguno de los acreedores en conflicto ha alcanzado a constituir un signo de cognoscibilidad, el Código acude a la certeza en la antigüedad del título. Esto tampoco se relaciona directamente con la diligencia. La fecha cierta podría aparecer como consecuencia de un hecho ajeno a las partes (por ejemplo, la muerte de uno de los otorgantes del instrumento, que le da fecha cierta al momento de la muerte; la incorporación de documento a un expediente; etc.) y no necesariamente como efecto de un comportamiento diligente de uno de los acreedores. Por tanto, el problema es otro.

El artículo 1135 tiene innumerables defectos (que son más una consecuencia de la incoherencia y falta de concordancia en el sistema) y que no es el caso enumerar. Sólo quisiéramos destacar que este artículo nos deja en la incertidumbre de cuál es el signo de cognoscibilidad que nos permite transmitir la facultad de exclusión de los inmuebles no registrados. Esto llama la atención si se tiene en cuenta que uno de los argumentos utilizados para descartar el proyecto planteado por AVENDAÑO (respecto a la distinción entre bienes registrados y no registrados), fue la gran cantidad de bienes inmuebles

no registrados que existen en el Perú. El proyecto mencionado, y como veremos recientemente revivido, daba precisamente la solución a este problema: concedía el carácter de signo de cognociblidad a la posesión. El sistema tal como quedó planteado olvida por completo a los propietarios de los inmuebles no registrados.

En lo que concierne a las normas registrales, éstas parecen coincidir en lo general con lo dispuesto por el artículo 1135. Así conceden a la inscripción la calidad de signo de cognoscibilidad que perfecciona la transferencia de la facultad de exclusión absoluta. Ello se desprende del texto de los siguientes artículos.

> Artículo 2014.- El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causa que no consten en registros públicos.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.

> Artículo 2016.- La prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro.
>
> Artículo 2022.-Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone.

Si se trata de derechos de distinta naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común.

No quisiéramos extender demasiado esta sección analizando de manera exhaustiva las contradicciones y problemas que estos artículos plantean. Sólo nos interesa graficar la idea general: a fin de cuentas es la inscripción del derecho lo que le da a la propiedad (y por tanto a la facultad de exclusión) el carácter absoluto. Es a partir de este momento que las externalidades son internalizadas, surgiendo los incentivos necesarios para explotar productivamente el bien sin llegar a una sobreexplotación del mismo. Es recién entonces donde el sistema logra que deje de existir, de alguna manera, el «mundo sin propiedad» del que se habla en la sección anterior.

Sólo quisiéramos mencionar un problema de interpretación de artículo 2014. Este exige buena fe, pero cabe preguntarse hasta cuándo es exigible esta buena fe: ¿hasta el momento de celebración del contrato o hasta el

momento de la inscripción? Algunos se han inclinado por esta última interpretación que nosotros no compartimos. La buena fe, en este sentido, es el conocimiento de la inexactitud del registro. Lo que puede suceder, por ejemplo, es que Pedro acude al registro y constata que Juan aparece inscrito como propietario, sin tener conocimiento que el propio Juan vendió el mismo inmueble a Federico con anterioridad. Confiando en la información con la que cuenta Pedro, celebra el contrato de compraventa, teniendo en este momento buena fe. Resulta que momentos después de celebrar el contrato (e incluso de pagar el precio), el propio Juan le cuenta acerca del contrato que tenía celebrado con Federico. A pesar de ello, Pedro consigue inscribir su derecho antes que Federico. Si interpretamos que la buena fe debía subsistir hasta la inscripción, Federico podría al momento de la inscripción hacer primar su adquisición argumentando que Pedro tuvo mala fe al momento de la inscripción. A nuestro entender, esto es irracional. Un sistema coherente que dé seguridad a los adquirientes, eliminando como consecuencia los efectos de la aversión al riesgo, debe dar esta seguridad al momento en que se adopta la decisión económica. En ese momento donde el individuo hace la evaluación de sus costos y beneficios y puede predecir las consecuencias de sus actos. Y resulta trascendente. De lo contrario, tendríamos nuevamente que su decisión queda sujeta al azar de enterarse o no, incluso de manera accidental, de la existencia de una compraventa anterior, con posterioridad a la celebración del contrato.

Queremos destacar que la buena fe al momento del contrato no es suficiente para asegurar la adquisición. El individuo debe llegar a inscribir su derecho, y podría ser que un tercero logre esto antes. Pero éste ya es un riesgo calculable. Corresponde al interesado tomar las medidas necesarias para garantizar su derecho. Pero el conocimiento de la inexactitud del registro (que, en sentido estricto, no es tal, pues el registro nos da siempre información exacta respecto de quién puede transmitir la facultad de exclusión absoluta), no puede cambiar las bases racionales de la decisión económica del adquirente. Hacerlo implicaría cerrarle la puerta principal a la irracionalidad, pero dejarla entrar por la ventana.

De esta somera revisión parecería que, sin perjuicio de algunas imperfecciones, el sistema de transferencia de propiedad inmueble parece coherente con la función económica de la propiedad privada. Ello es, sin embargo, sólo un espejismo.

## IV. LA POSESIÓN COMO VEHÍCULO DE LA FACULTAD DE EXCLUIR

Como vimos en el punto 3 de esta sección, existían tres requisitos que debe cumplir un sistema de transferencia de derechos de propiedad:

a) Que la propiedad esté reconocida objetivamente en el derecho positivo.

b) Que la transmisión de la propiedad transfiera de manera efectiva de un titular a otro la posibilidad de excluir a todos.

c) Que la transmisión de la propiedad se base en un signo de cognoscibilidad que permita a los terceros identificar objetivamente quién goza de la titularidad para excluir.

De lo dicho hasta ahora parece deducirse que nuestro sistema de transferencia de la propiedad inmueble cumple con los tres requisitos. La propiedad aparece reconocida expresamente en el artículo 923 como aquel derecho que faculta al titular a excluir a los terceros del uso, disfrute y disposición del bien. Por otra parte, la aplicación coordinada de los artículos 1135, 2014, 2016 y 2022 parecería cumplir con los otros dos requisitos. Así, se designa como signo de recognoscibilidad al registro y se concede a éste el mérito de convertir al propietario con derecho inscrito en titular de una facultad de exclusión absoluta e inatacable por terceros. El sistema parece haber cerrado el círculo y la propiedad no parecería «inconclusa».

Imaginemos nuevamente al cliente que acude al abogado para preguntarle desde cuándo será propietario del inmueble que pretende comprar. El abogado, conocedor del rol meramente decorativo del artículo 949, le indica a su cliente que recién podrá sentirse seguro de su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, previo estudio de títulos a fin de verificar que no existan causales de anulación, rescisión o resolución que consten en registros públicos (siguiendo lo que indica el artículo 2014). Para ello el abogado obtiene copia de los respectivos asientos registrales, así como de todos los demás títulos y documentos pertinentes. Luego de un cuidadoso estudio determina que no existe vicio alguno en los últimos 10 años (período establecido para la prescripción adquisitiva por el artículo 950) por lo que aconseja a su cliente que proceda a la compra del inmueble, recomendándole ciertas medidas contractuales a fin de garantizar su derecho hasta la inscripción[7]. Efectivamente, el cliente celebra contrato de compraventa, consigue inscribirlo y en consecuencia se siente totalmente seguro con su adquisición. Cuando acude a ocupar el inmueble se encuentra que el mismo está ocupado por un tercero que le indica que vive ahí hace más de 10 años.

---

7. Debe tenerse en cuenta que el plazo de diez se explica porque, en caso que en la cadena de transmisiones de propiedad aparezca algún vicio anterior al inicio de este plazo, esto poco importaría, pues el poseedor actual igual hubiese adquirido ya por prescripción, saneándose cualquier deficiencia. Así se evita lo que se conoce como la «prueba diabólica» y que no es otra cosa que la necesidad de probar una cadena incuestionable de adquisiciones desde los orígenes del bien para legitimar al propietario.

Cuál no será la sorpresa del cliente cuando unos días después de su compra recibe una notificación judicial en virtud de que el ocupante ha iniciado un procedimiento a fin de que se declare que ha adquirido por prescripción el inmueble. El juez finalmente le da la razón al ocupante, en virtud a lo que dispone el artículo 952:

> Artículo 952.- Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario.
>
> La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento a favor del antiguo dueño.

El segundo párrafo de este artículo es central en lo que concierne al sistema de transferencia de propiedad. Los abogados, al estudiar los títulos de propiedad de un inmueble, revisamos la información que consta en Registros Públicos en los últimos treinta años, y si no encontramos ningún defecto consideramos que la adquisición que se haga será perfecta. Esto es un error. No podemos confundir diez años *de posesión,* con diez años de mantener un determinado status registral. Se adquiere por prescripción cuando alguien ha poseído por diez años un inmueble, es decir, cuando se ha comportado como propietario por todo este período de tiempo. Para comportarse como propietario (es decir, para ejercer de hecho uno o más de los atributos de la propiedad) no bastan meros actos de disposición inscritos en los registros públicos. De lo contrario, el segundo párrafo del artículo 952 carecería por completo de sentido. Así, no cabe argumentar que la celebración de contratos constituye en sí acto posesorio (ejercicio de la facultad de disposición). Hacerlo implicaría aceptar que si treinta personas celebran contratos sobre un mismo inmueble tendremos treinta poseedores. La posesión implica una inmediación física o jurídica al bien, que no se da por la simple inscripción de una transferencia.

Existen básicamente dos tipos de relaciones que se establecen entre la prescripción y la inscripción registral. Podemos estar frente a una prescripción *secundum tabulas* o a una *contra tabulas*. La prescripción *secundum tabulas* se da cuando el poseedor que arguye haber adquirido por prescripción no sólo ha tenido la posesión física del inmueble (sea por propia posesión o utilizando la facultad contenida en el artículo 898 para sumar los plazos posesorios), sino lo que podríamos llamar una «posesión» registral. Así, la historia registral coincide con la historia de los antecedentes de las operaciones de transferencia mediante las cuales llegó a poseer. Ello, obviamente, sólo será importante si el poseedor actual tiene mala fe. Si el poseedor actual tuvo al momento de su adquisición buena fe, estará amparado, se-

gún el caso, por el 1135 ó por el 2014. Cuando la prescripción sigue la misma línea posesoria que aparece descrita en registros públicos, los estudios de títulos tal y como fueron efectuados por el abogado de nuestro último ejemplo serán útiles. El problema es cuando nos encontramos con una prescripción *contra tabulas*, es decir, una línea posesoria completamente distinta a la línea de transferencia de propiedad que aparece en los Registros Públicos.

Esto es lo que le pasó al cliente de nuestro ejemplo. En este caso los estudios de títulos, tal como se hicieron, carecen de toda utilidad. El registro nos lleva a una conclusión equívoca si tenemos en cuenta que el segundo párrafo del artículo 952 consagra en nuestro sistema la adquisición *contra tabulas*. Este equívoco es atribuible a que el registro sólo nos cuenta una parte de la historia, pero no nos cuenta lo más importante: quién está poseyendo efectivamente el inmueble. El efecto final es que el registro puede oponerse a todos menos al poseedor actual que ha sumado treinta años de posesión (directamente o por suma de plazos posesorios), o que a partir del 14 de noviembre de 1994 ha sumado diez años. Curiosamente, la posesión se convierte en nuestro sistema en un signo de cognoscibilidad oponible incluso a la inscripción registral, a pesar que resulta obvio que el último es un signo mucho más perfecto y cierto.

Consecuencia de lo dicho es que en una transferencia de propiedad puede ser que la tradición sea un hecho mucho más importante que la inscripción. Si alguien tiene la posesión actual del inmueble y puede sumar diez años para atrás, podrá siempre argumentar que ha adquirido por prescripción. Puede darse el caso de que alguien, amparándose en el registro, inscriba su adquisición con posterioridad a la fecha en que el poseedor pueda argumentar que ya adquirió por prescripción. Algunos pueden pensar que ello convierte en propietario a quien inscribe su derecho (al amparo del artículo 2014), y que, por tanto, el poseedor pierde la propiedad que adquirió por *usucapion*. Esto, a nuestro entender, es un error. Quizás en el preciso instante de la inscripción tengamos un nuevo propietario, pero inmediatamente después, en el instante siguiente, el poseedor actual vuelve a adquirir por prescripción, pues puede volver a sumar diez años para atrás.

Como puede verse, las consecuencias de la aplicación de la prescripción *contra tabulas* son dramáticas para el sistema descrito en las secciones anteriores. Hace perder todo el mérito que tiene el sistema registral y pone el mundo de cabeza, pues, paradójicamente, un signo de cognoscibilidad más perfecto resulta desplazado por uno menos cierto, y, por tanto, introduce una mayor dosis de incertidumbre en el sistema. Esto no sólo puede tener un costo en términos de eficiencia sino, incluso, en términos de equidad. Lo que el segundo párrafo del artículo 952 nos dice es que, al adquirir un inmueble, debemos preocuparnos más por quien esté poseyendo que

por quien aparece con derecho inscrito en los Registros Públicos e, incluso, debemos dar más importancia a la tradición que a la inscripción de nuestra transferencia. Así, si otro subadquirente inscribe antes que nosotros, podremos, como último recurso, argumentar que hemos adquirido por prescripción, pues podremos recurrir a la suma de plazos posesorios.

Algunas legislaciones han podido conciliar la prescripción *contra tabulas* con la seguridad registral, relativizando este «efecto fantasma» que el segundo párrafo del artículo 952 ha traído a nuestro sistema. Tal es el caso del sistema español. Producida la inscripción de una transferencia en los Registros Públicos, se suspende inmediatamente, y por el plazo de un año, el efecto de la prescripción. Así, el nuevo adquirente tiene un año para interponer las acciones pertinentes contra el poseedor. Pasado este plazo la prescripción retorna sus efectos y, por tanto, el poseedor actual podrá solicitar que se le declare propietario, acceder al registro y cancelar el asiento en favor del antiguo dueño. En nuestro sistema esto no existe, por lo que debemos entender que no se da el efecto suspensivo y, en consecuencia, quien adquiere por prescripción tiene siempre un mejor derecho que quien adquiere por registro.

El efecto final es que el registro no concede una facultad de exclusión absoluta pues, a fin de cuentas, no permite excluir al poseedor actual, que puede sumar plazos posesorios para completar el período requerido para adquirir por prescripción. Por el contrario, se sobredimensiona el rol de la posesión como signo determinante de seguridad en toda operación de transferencia.

## V. ¿CÓMO CERRAR EL SISTEMA? LOS BIENES REGISTRADOS Y LOS NO REGISTRADOS.

Como hemos visto, tanto las imprecisiones derivadas del sistema consensual (corregidas imperfectamente por las normas registrales y las normas de concurso de acreedores) como del efecto distorsionador de la prescripción *contra tabulas* generan una propiedad inconclusa bastante «grave» y complicada para el tráfico económico.

En este contexto se ha venido trabajando un nuevo proyecto del Libro de Reales, bajo el liderazgo del Dr. Jorge Avendaño, que justamente enfrenta los problemas derivados de este carácter de «inconclusa» de nuestra actual propiedad civil.

Desde que Jorge Avendaño propuso cambiar el sistema de clasificación de bienes, introduciendo la diferencia entre bienes registrados y no registrados, desató un debate que no ha terminado. La propuesta, bien entendida y

analizada, hubiera permitido «cerrar el sistema» y darle un marco completo de regulación. Esa propuesta llegó a plantearse incluso en un Anteproyecto durante el proceso de reforma que culminó con la dación del Código Civil de 1984. Lamentablemente la propuesta fue rechazada. Sin embargo, el debate que la rodeó (y que aún hoy la rodea), mostró que la diferencia entre los promotores y los detractores era de visión y perspectiva.

En la discusión, las respuestas en contra fueron realmente curiosas y se encerraron en meros razonamientos circulares en los que, como bien anota Fernando DE TRAZEGNIES[8], criticando a los opositores del cambio, los principales argumentos fueron la tradición, la naturaleza y los romanos. Así, se usaron argumentos tales como «por qué cambiar las cosas si siempre hemos clasificado en muebles e inmuebles», «la naturaleza de las cosas es clara: hay cosas que se mueven y cosas que no se mueven» o «eso nos viene desde la época de los romanos».

Y es que los abogados, en especial los que se suelen llamarse a sí mismos juristas, creen que los sistemas se «cierran» con conceptos. Pero los sistemas en realidad se «cierran» con soluciones, con respuestas concretas a las preguntas que la realidad les plantea.

Ninguno de los argumentos usados en contra del cambio se centra en el tema principal que motivó la propuesta, es decir, el buen funcionamiento del sistema de transferencia y constitución de titularidades. Las definiciones legales no tienen como fin hacernos sentir «conceptualmente felices»; sirven para resolver problemas. No clasificamos en muebles o inmuebles para tener nuestra conciencia tranquila con Dios por haber creado cosas que se mueven y cosas que no se mueven, ni para estar tranquilos con OLAECHEA y los demás autores del Código de 1936 o para que JUSTINIANO descanse en paz. Lo hacemos para resolver problemas de la vida diaria, de seres de carne y hueso que tienen que interactuar entre ellos y que son finalmente a quienes se debe el legislador.

La defensa de la clasificación en base a naturalezas y tradiciones es tan absurda que quienes la defendían no advertían que la clasificación del Código es, también, *contra natura*, pues incluye dentro de la clasificación de inmuebles a bienes como las aeronaves y naves, precisamente los bienes inventados por el hombre que más se mueven. Y lo hace por motivos prácticos: poder darlos en hipoteca y no en prenda, lo que implicaría la desposesión del propietario. Y ello sin siquiera advertir que en el Código de 1984 la existencia de la prenda con entrega jurídica hubiera permitido,

---

8. DE TRAZEGNIES, Fernando. «Bienes, naturaleza y romanos». En: El Comercio, 21 de diciembre de 1982.

sin problema, prendar aviones y barcos, sin evitar, por la desposesión, que su titular los destine a su objeto económico.

Es que las críticas no entendieron lo importante de la propuesta y su perspectiva funcionalista. La razón que explica la idea del cambio de clasificación no es un gusto por clasificaciones nuevas, sino la comprensión de cómo debe funcionar un sistema de transferencia de titularidades en la reducción de costos de transacción, es decir, en los costos de hacer viable el intercambio.

Esto se refleja claramente en el nuevo proyecto que se viene trabajando para reformar el Código Civil y que vuelve a recoger la propuesta de AVENDAÑO, relanzada, reforzada, con mayor aceptación que hace 20 años, y con muchas más posibilidades de ser aceptada e incorporada a nuestro ordenamiento civil[9].

La propuesta no puede hacerse en abstracto, planteando la clasificación como una mera constatación de lo que existe (efectivamente hay bienes que están registrados y otros que no lo están) sino que lo hace a la luz de algo más importante: cómo transferir y constituir titularidades sobre bienes, que es la puerta que el sistema debe cerrar para estar completa. Esto quiere decir que se aproxima al problema desde una perspectiva funcionalista. El cambio de clasificación no es un fin en sí mismo, sino un medio para darle coherencia a un sistema de oponibilidad de derechos.

Así AVENDAÑO nos dice, comentando su propia propuesta:

> «El nuevo criterio es, pues, el de bienes registrados y no registrados, estableciéndose que los bienes registrados se transfieren con título y registro obligatorio (modo), con lo cual estamos atribuyendo efectos constitutivos al registro, no sólo al de propiedad inmueble, sino a todos los registros. Un paso muy importante para la seguridad jurídica y una consolidación muy significativa de los diversos registros que cada vez se van unificando y mejorando su servicio en la SUNARP, que es el sistema registral. Entonces ¿cómo se transferirán los bienes registrados, ya sea un edificio o un caballo de carrera, sean muebles o inmuebles, sean corporales e incorporales? Con registro constitutivo. Y ¿cómo se transferirán los bienes no registrados, bien sea una casa no inscrita, un terreno no registrado, hasta un vaso o un reloj? Con la tradición, la entrega, se limpia el asunto; ni siquiera habrá concurso de acreedores. Como ocurre con la hipoteca desde el siglo pasado, su inscripción es obligato-

9. AVENDAÑO, Jorge. «La Clasificación de los Bienes en Función del Registro» En: *Revista Jurídica del Perú*. Año XLVII, No. 10. Enero-Marzo 1997. pp. 36-37.

> ria. Los bienes inmuebles no inscritos se han ido incorporando al Registro poco a poco, con lo cual ha ido mejorando la situación registral en general y esos son los bienes que se pueden hipotecar. Así será en el futuro.
>
> (...)
>
> La gran modificación en materia de Derechos Reales en el proyecto del Código, es la clasificación de bienes registrados y no registrados, lo cual no sólo cambia el régimen de transferencia de la propiedad, sino también el régimen de garantías, que es lo que está discutiendo actualmente la Comisión Revisora»[10].

## VI. LA DEFINICIÓN DE LOS DERECHOS, SEGURIDAD EN EL TRÁFICO Y COSTOS DE TRANSACCIÓN.

Cuando Avendaño se refiere a la seguridad en el tráfico que el proyecto persigue se está refiriendo en realidad a los costos de transacción. Como ya hemos visto, en el mercado de bienes y derechos los costos de transacción dependen de una serie de factores[11]. Pero uno de los principales factores es propia definición de los derechos y titularidades.

La definición de derechos no es un tema meramente teórico. Ni siquiera es un tema principalmente teórico. Es un tema esencialmente práctico. Una de las cosas que los economistas comprenden es que lo importante es, antes de cómo son las cosas, como son percibidas. Los individuos toman decisiones de conducta en base a lo que perciben, independientemente que las cosas en la realidad sean distintas. Por ello, no interesa que el Código Civil diga que uno es propietario, con facultad de excluir a los demás, por el simple consenso. Las personas se sienten propietarios no cuando el Código lo dice, sino cuando sienten que su propiedad es segura. Por ello, el

---

10. Avendaño , Jorge. «El Derecho de Propiedad, el Sistema Registral Peruano y la Reforma del Código Civil» En: *Folio Real. Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial.* Año I, No. 2, Agosto 2000. pp. 106-107.

11. Como vimos anteriormente, el Premio Nobel de Economía Ronald Coase («The Problem of the Social Cost», en: *Journal of Law and Economics*, Octubre 1960. pp. 1-44.) define los costos de transacción en los siguientes términos: «*Para llevar a cabo transacciones de mercado es necesario descubrir con quién deseamos transar, informar a la gente qué deseamos intercambiar y en qué términos, conducir negociaciones que lleven a un convenio, redactar el contrato, llevar a cabo la inspección necesaria para asegurarnos que los términos del contrato se observan, y demás. Estas operaciones son, a menudo, muy costosas; suficientemente costosas para evitar muchas transacciones que se llevarían a cabo en un mundo en el que el sistema de precios funcione sin costos*».

sistema debe responder a las percepciones de manera práctica y dar disposiciones que creen no propiedades teóricas, sino propiedades percibidas como reales y verdaderas.

Si los derechos no son percibidos como claramente definidos, entonces es más costoso contratar sobre ellos. La incertidumbre es económicamente un costo que se mide en función del riesgo de perder mi derecho. Cuando contrato sobre un bien inscrito y con un derecho bien definido, el riesgo disminuye. Al haber menos costo, por simple aplicación de la ley de oferta y demanda, la cantidad demandada aumenta. Si el «precio de la incertidumbre» es menor, entonces los costos de transacción son menores. En consecuencia hay más contratos, mayor circulación de la riqueza y con ello mayor bienestar. Este es el principio que está detrás de la primera formulación del Teorema de COASE.

Como ya se vio, según la primera formulación del Teorema de COASE, si los costos de transacción son iguales a cero (o son bajos), no importa la regla legal a aplicarse para llegar a la solución eficiente, lo que equivale a decir que no importa a quién le des la propiedad, pues mediante intercambios en el mercado esta llegará a manos de quien más la valoriza. Así, si le das un libro a un analfabeto, éste se lo venderá a alguien que sepa leer, y en particular a alguien que sabe leer que aprecia el contenido del libro. Ese es el objetivo principal de un sistema de transferencia de propiedad: antes que decidir a quién se le da originalmente la propiedad, determinar como ésta se reasigna a sus usos más valiosos. Sin embargo, la frase de que no importa la regla legal no debe ser leída en el sentido que no importa cómo se define el derecho. El Teorema de COASE parte del presupuesto de la necesidad de que los derechos estén bien definidos, es decir, que todos percibamos hasta dónde y desde cuándo puedo excluir a los demás. En sencillo todo esto quiere decir que no es posible que el mercado funcione si la propiedad no está definida de manera clara. El analfabeto requiere que su facultad de excluir esté bien definida y el interesado por el libro requiere que el sistema le deje claro cómo se le transfiere esa facultad de excluir de manera segura, para que la adquisición sea posible y el libro tenga un uso socialmente más valioso. Esto se desprende de la siguiente cita de COASE:

> «...si las transacciones de mercado fueran gratuitas, todo lo que importaría (aparte de las cuestiones de equidad) es que los derechos de las distintas partes debieran estar bien definidos y los resultados de las acciones legales fáciles de pronosticar»[12].

12. Ibidem.

Por el contrario, si el derecho está mal definido y no se puede pronosticar el resultado de un juicio (por ejemplo, no es fácil saber quién será declarado propietario) los costos de transacción se elevan. Como ya se mencionó, si adquiero un predio de quien no tiene su derecho inscrito, siempre habrá el riesgo de que aparezca un tercero alegando un mejor título y que hoy, al momento de contratar, no puedo identificar. Entonces la incertidumbre crece, con ello su «precio» y por aplicación de la ley de oferta y demanda la cantidad demandada de esa propiedad cae. Mayores costos de transacción (menor seguridad en el tráfico en los términos más tradicionales) significan menor circulación de la riqueza y menor bienestar. Y el fenómeno se agrava por la constatación que los individuos suelen tener aversión al riesgo.

Como dijimos, esto se refleja en un hecho que es fácil de constatar empíricamente: el valor de un predio sube cuando se inscribe. Su precio es mayor porque el adquirente asigna una valorización superior a la seguridad que el registro le da. Por el contrario, el bien no inscrito conduce a un castigo en el precio, es decir, al traslado de los costos de transacción al enajenante del derecho.

Y ello no sólo tiene que hacer con la cantidad de transferencias que se den (circulación de la riqueza), sino con el nivel de inversión en el predio. Si un agricultor tiene problemas de linderos con sus vecinos, es posible que siembre al centro del terreno y no en los bordes donde el conflicto existe para evitar que sus vecinos se queden con su inversión si el conflicto se resuelve de manera desfavorable para él. Ello reduce la productividad porque habrá menos tierras cultivadas.

En una ocasión, conversando con personal de COFOPRI, entidad encargada de entregar títulos registrados a los propietarios originalmente informales, me comentaban que era evidente que cuando entraban a titular una zona, el resultado era que el nivel de construcción se incrementaba. Por ejemplo, comenzaban a construirse edificios de varios pisos cuando se entregaban títulos debidamente inscritos, porque la seguridad (menos costos de transacción) motivaba la inversión. Ello sin duda genera mayor bienestar (más viviendas y más baratas).

## VII. LA DEFINICIÓN DE DERECHOS COMO COSTO DE TRANSACCIÓN.

Pero si cortáramos allí el argumento, estaría incompleto. Si bien es cierto que definir un derecho reduce los costos de transacción, a su vez la propia definición del derecho tiene costos y es, paradójicamente, un costo

de transacción. Esto quiere decir que se puede generar una paradoja o contradicción entre el efecto de reducir costos al definir derechos, pero a la vez incrementar los costos al definir tales derechos.

Registrar una propiedad permite definir el derecho de manera más precisa y completa, pero el propio registro tiene un costo. Este tiene que ser organizado y requiere de una infraestructura y un personal que alguien tiene que pagar. Pero además acceder a él tiene un costo porque hay que pagarles a abogados, notarios y tramitadores. Y esos son costos de transacción.

Esta aparente paradoja puede graficarse con un ejemplo. Hay automóviles más seguros que otros. Algunos tienen una estructura débil, materiales no muy bien ensamblados o de deficiente calidad. Un accidente los convierte en una trampa mortal. Otros automóviles en cambio pueden resistir el impacto brindando una seguridad sorprendente. Tienen aditamentos como barras de seguridad o bolsas de aire que reducen sustancialmente el riesgo de morir en un accidente de tránsito.

La seguridad automotriz reduce un costo: el costo de los accidentes. La mayor seguridad hace que invirtamos menos en gastos médicos, en sepelios y en el costo humano que de los daños a la integridad física o la vida se deriva. Pero a su vez los mecanismos de seguridad de los automóviles también son un costo que hay que pagar. Un automóvil Tico es más barato si se mide por el precio pero más caro si se mide por el costo de los accidentes. Por el contrario, un Volvo es barato en costos de accidentes, pero la factura que refleja su precio no está al alcance de todo bolsillo.

Como la seguridad, mayor precisión en la definición de un derecho reduce el costo de la inseguridad, pero implica gastar en la seguridad misma. Un análisis costo beneficio permite definir en qué caso la seguridad vale lo que cuesta. Uno puede construir un auto como un tanque de guerra a un costo muy superior, pero habría que preguntarse si la inversión está justificada por la seguridad adicional que brinda.

Cuanto más valioso sea un bien, mayores incentivos habrá para gastar más en asegurar su propiedad. Si un bien es muy barato (como un lapicero descartable) gastar en tenerlo en un registro podría costar más que el propio valor del bien. En esos casos incurrir en los costos de una mejor definición de derecho no se justifica en los beneficios que se obtendrían.

Por el contrario un predio, por el valor que tiene, justifica una mayor inversión en seguridad para evitar una pérdida económica importante al titular si no pudiera excluir a un tercero. Entonces gastar en un registro aparece como justificado.

Este simple razonamiento explica por qué no hay registros de lapiceros y sí registros de predios.

Este problema es claramente explicado por COOTER y ULEN:

> «El derecho de propiedad debe elaborar entonces algunas reglas que balanceen los impedimentos al comercio creados por la incertidumbre de la propiedad, con el costo del mantenimiento de un sistema de verificación. Para los bienes costosos tales como casas y automóviles, la ley reduce las incertidumbres que afectan al comercio proveyendo de un sistema para el registro de los títulos, y por lo general obliga a que todas las ventas se hagan mediante el proceso de registro negándose a proteger las transacciones de estos bienes que no se registren. Pero en el caso de transacciones pequeñas, el costo de mantener un sistema de verificación superaría al beneficio derivado de la reducción del riesgo»[13].

Sin embargo, la posibilidad de discriminar entre cuándo gastar mucho en seguridad y cuándo poco, puede ser compleja. Una posibilidad es decir que los bienes por encima de cierto valor (por ejemplo 20 UITs) se registrarán y los que estén por debajo de ese valor se transferirán por simple tradición, un sistema menos seguro pero claramente más barato. Pero las reglas no sólo deben ser buenas, sino simples de aplicar. Una regla basada en valorizaciones implica complejas discusiones sobre qué valor tienen las cosas, lo que a su vez eleva los costos de transacción de usar el sistema.

Otra alternativa es la de usar otros criterios como la movilidad. Pero es un criterio equívoco. Si bien originalmente podría pensarse que lo que no se mueve (por sus dimensiones o características) tenderá a valer más que algo que se puede mover, ello, gracias al desarrollo tecnológico, no es cierto. Un avión o un barco valen más que muchos predios, pero se mueven. Y un pequeño predio puede valer mucho menos que un automóvil. Ello es lo que originó excepciones para que la Ley dijera que los aviones y los barcos «no se mueven» (son inmuebles).

Pero soluciones como esas sólo reflejan la dictadura de un Derecho que declara que las cosas son como quiere que sean, incluyendo la absurda declaración (parecida a la de Galileo ante la Inquisición) de que un avión (como la tierra) está inmóvil, pero se mueve. Se pierde así la importancia práctica del sistema en la rigidez de una declaración meramente legal.

La aparición de la propuesta de cambio de clasificación de los bienes, inspirada sin duda en una visión práctica, rompe con la dictadura de un Derecho que cree encontrar la solución del problema en una mera declaración legal. Quizás el secreto está en lo evidente. ¿Por qué dejar que la oponibilidad en la transferencia de una titularidad quede en manos de una

---

13. COOTER, Robert y Thomas ULEN. Op. cit. p. 184.

declaración fría y abstracta de la Ley? ¿No es mejor dejar sujeta a la autonomía privada la definición de cuándo oponer un derecho y cómo hacerlo? Finalmente el valor de las cosas proviene no de la esencia de los bienes sino de cómo son éstos valorizados. De la misma manera como dejamos a los individuos calcular qué carro se comprarán en función a cuánto aprecian la seguridad y en relación a cuánto aprecian pagar como precio y renunciamos a que sea el Derecho el dictador absoluto de cuánta seguridad tenemos que comprar obligándonos a que todos los automóviles sean Volvo, ¿por qué no hacemos lo mismo respecto de la seguridad de las titularidades que adquirimos?

## VIII. ¿CÓMO SE PUEDE QUEBRAR LA DICTADURA?

Si uno revisa el Anteproyecto que preparó la Sub-Comisión a cargo del Libro de Reales encontrará, en primer lugar, en el artículo 889, cómo se clasifican los bienes según esta nueva perspectiva:

> «Articulo 889.- Bienes registrados o no registrados.
>
> 1. Los bienes también pueden ser registrados o no registrados. Son bienes registrados los incorporados a algún registro de carácter jurídico.
>
> 2. Los bienes no registrados pueden ser registrables o no registrables. Son registrables los bienes susceptibles de ser incorporados a algún registro de carácter jurídico».

El nuevo rol de la autonomía privada es el *quid* de la propuesta. Nótese que no se parte de organizar el sistema de transferencia de bienes entre registrables y no registrables, sino registrados y no registrados. Si bien la registrabilidad está recogida en el segundo párrafo del artículo, este tema está subordinado a lo que aparece como más importante: que el bien esté o no registrado.

¿Por qué es esa diferencia importante? La declaración de mueble o inmueble no es una declaración contra la que se pueda pactar. La autonomía no tiene un rol que jugar, y queda amarrada a la definición legal. Nadie puede, por acto jurídico, declarar que su casa es un bien mueble o que un lapicero es un bien inmueble. Por tanto no puede decidir cuánta seguridad quiere adquirir. Sólo queda sujeto, para oponerlo, a la declaración que el sistema jurídico ya ha hecho sobre la naturaleza del bien.

Si la propuesta de reforma fuera partir de la clasificación de los bienes en registrables y no registrables no habría mucha diferencia con la clasificación entre muebles e inmuebles. La declaración de registrabilidad es también una declaración legal; es por tanto también una declaración dictato-

rial. Un predio es registrable fuera del hecho de la decisión de su titular de registrarlo.

Pero al definirse la transferencia de la titularidad en función a que el bien esté o no registrado, se deja la decisión del grado de oponibilidad en el campo de la autonomía privada del titular. Que el bien esté o no registrado es decisión del propietario, sea porque él mismo lo inscribió o sea porque él tomó la decisión de adquirir un bien registrado y descartó adquirir uno que no estaba registrado. En otras palabras, él escoge qué tan «exclusiva y excluyente» va a ser su propiedad.

Esto se refleja en el que es quizás el artículo más importante del Anteproyecto del Libro de Reales, y es que define la forma de transferir derechos y titularidades sobre bienes:

> «Artículo 885.- Inscripción. Tradición.
>
> 1. La constitución, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes registrados se produce con la inscripción en el registro respectivo, salvo disposición legal diferente.
>
> 2. Tratándose de bienes no registrados, la constitución de derechos reales se produce con la tradición, salvo disposición legal diferente».

La propuesta significa una tremenda ventaja en términos de la decisión de cuánto nos beneficiamos con la oponibilidad frente a cuánto nos cuesta la oponibilidad. Dicho en otros términos, el análisis costo beneficio de los dos impactos que el registro tiene en términos de costos de transacción (costo de transacción- incertidumbre reducido vs. costo de transacción-mecanismo de oponibilidad elevado) deja de ser propiamente del legislador para pasar a los particulares en cada caso concreto.

Esto tiene, sin embargo, algunos límites legales. Dado que los lapiceros no son registrables, no podrán ser registrados y por tanto no podrán llegar las titularidades sobre los mismos a ser oponibles por un registro así la voluntad del titular lo desee. Pero ello puede explicarse en la identificación de supuestos claros en los cuales la registrabilidad resulta a todas luces más costosa que beneficiosa[14].

---

14. Esta es una afirmación relativa, cuyo relativismo se deriva, nuevamente, de los aportes de Avendaño. Una Comisión presidida por él y nombrada para redactar una nueva Ley de Garantías, elaboró un Proyecto de Ley de Garantías. De aprobarse la propuesta que viene trabajando la Comisión, podría llegarse a oponer (con algunos límites) la constitución de derechos de garantía sobre bienes hoy no registrables como un lapicero, por medio de un registro reconceptualizado. Entraríamos así a una segunda fase, más audaz aún, que permitiría la creación, por decisión de autonomía

El problema que quedaría es qué ocurre con los problemas que surjan en caso de signos de recognoscibilidad impreciso como la posesión, es decir, el caso en el que alguien adquiere del poseedor no propietario en la creencia de que quien le transfiere es el propietario. El problema ya no se presentará con los bienes registrados donde la precisión de la publicidad registral lo resuelve. Pero en el caso de los bienes no registrados la salida es la adquisición a *non domino.* Esto se encuentra recogido en el Anteproyecto en los siguientes términos:

> «Artículo 886.- Adquisición de un no titular.
>
> 1. Quien de buena fe y como titular de un derecho real recibe de otro la posesión de un bien no registrado, adquiere el derecho transmitido, aunque el transferente de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y aquellos cuya posesión hubiese sido adquirida con infracción de la ley penal.
>
> 2. Los bienes muebles no registrados respecto de los cuales se adquiera derechos reales en establecimientos abiertos al público, no son reivindicables si están amparados con comprobantes de pago o de entrega. Queda a salvo el derecho del perjudicado para reclamar en la vía civil o penal, según corresponda.
>
> 3. Lo dispuesto en este artículo es aplicable a los contratos de arrendamiento, comodato u otros de naturaleza análoga respecto de bienes no registrados».

Es importante notar que el sistema extiende la protección incluso a derechos tradicionalmente considerados personales como el arrendamiento o el comodato, reforzando la idea que lo importante no es la «naturaleza real» sino la existencia de un signo de recognoscibilidad que haga oponible la relación jurídica correspondiente.

Resumiendo lo expuesto, un sistema de transferencia de propiedad óptimo debe entonces cumplir con dos objetivos. En primer lugar, debe permitir la máxima circulación de la riqueza, esto es, conseguir que se den

---

privada, de derechos oponibles de garantía por inscripción sobre bienes tradicionalmente considerados no registrables. El secreto de la propuesta es la creación de un registro personal de contratos, que incluya la afectación de bienes de todo tipo y sin excepciones. Este concepto avanza incluso en el sentido de poner fin al concepto de *numerus clausus*, permitiendo que la autonomía privada cree relaciones jurídicas con distintos grados de oponibilidad y que se escapen de la clasificación bipolar de derechos reales y obligaciones. Sin embargo, lo novedoso de la propuesta y el hecho que se encuentra en proceso de definición, nos impide tratarla en detalle en este trabajo.

el mayor número de operaciones de intercambio eficiente posibles, haciendo fácil contratar. En segundo lugar, debe eliminarse o reducirse el riesgo de ineficacia del derecho adquirido, es decir, generar seguridad jurídica para los adquirentes. ¿Cuál de los objetivos debería preferirse?

Lo que se desprende de lo que hemos dicho es que la respuesta a esa pregunta no es fácil. Ambos objetivos reducen costos de transacción. Por un lado, poner pocas exigencias para transferir la propiedad facilita la contratación pues reduce el costo de llevar a cabo la transferencia. Por ejemplo, un documento privado es más barato que una escritura pública o que una inscripción registral. Pero, por otro lado, mayores requisitos pueden ser necesarios para crear signos de recognoscibilidad que permitan a los adquirentes saber que contratan sobre una base segura. Es lo que ocurre con los sistemas de transferencia de propiedad que generan seguridad para los adquirentes y reducen los costos de transacción (mejoran la información y reducen la incertidumbre) pero son a su vez un costo de transacción (porque implican pagar al notario, al registrador, al abogado). Por ello, se genera un conflicto que ha generado grandes discusiones en torno a si es el sistema consensualista o el registral el mejor desde el punto de vista económico.

## IX. COSTOS DE TRANSACCIÓN Y CONSENSUALISMO

Este dilema ha suscitado toda una discusión respecto a cuál es el sistema que debería adoptarse. En medio de esta discusión se encuentra la propuesta que estamos comentando. Unos propugnan un sistema de transferencia vía registro, es decir, el sistema registral constitutivo del derecho de propiedad, mientras que otros, como Gastón Fernández Cruz, proponen un sistema basado en el consentimiento[15], que es el que recoge el Código Civil. Fernández Cruz sostiene que un sistema de mero consenso reduce los costos de transacción, porque no requiere notario, no requiere de inscripciones, no requiere registros, lo que hace más «barato» contratar. Se inclina por tanto en priorizar el primer objetivo señalado.

Como veremos, tal posición parte de una construcción incompleta de qué son los costos de transacción, es decir, asume que la propiedad debe permanecer «inconclusa». Definitivamente lo que Fernández Cruz plantea elimina ciertos costos. El problema es que, como hemos visto, genera otros costos, como consecuencia de aliviar los primeros. Básicamente se genera el costo de la incertidumbre. Es decir, como uno no sabe si quien le vende es

15. Fernández Cruz, Gastón. «La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú». En: *Themis*-Revista de Derecho No. 30. 1994. pp. 149 y ss.

efectivamente el propietario, probablemente no le compre o le compre más barato.

Por ejemplo, si a uno le dan la opción de cruzar una calle caminando por la calzada o la de cruzar por un cable tendido entre dos edificios de un lado a otro de la calle, es lógico pensar que mucha más gente va a pasar por la calzada que por el cable, por una simple razón: por la calle hay más seguridad, mayor certeza, mientras que por el cable se está siempre sujeto a la contingencia de que un tercero —adquirente de buena fe—, nos haga «caer». Esta incertidumbre hará que menos gente pase por el cable y más pasen por la calzada.

Gastón Fernández Cruz indica que eso parte del presupuesto de decir que no toda la propiedad está registrada, pero eso no es así. Lo que se deriva de la propuesta de cambio de clasificación de los bienes es que podemos establecer un sistema por el que la transferencia de los bienes registrados sea por registro y la de los bienes no registrados sea por otro mecanismo como la tradición, que genera cierta publicidad.

Para sostener su posición Fernández Cruz distingue entre seguridad dinámica y seguridad estática. Creemos que esa separación no contempla el fenómeno en su integridad. Asume que la seguridad es una calle de un solo sentido, cuando es de dos y es imposible entender una sin entender la otra. La seguridad dinámica es la seguridad de que haya transferencia mientras que la seguridad estática se da una vez que adquiero la propiedad, el propietario que siente que su derecho no puede ser atacado. Para ir a lo dinámico tiene que haber seguridad en lo estático. Por ejemplo, si le decimos a una persona que nade porque detrás del horizonte hay una isla a la cual llegar que uno desconoce, probablemente no se va a animar. La dinámica de moverse de una posición a otra se ve perjudicada por la incertidumbre del estado que tendré luego de haberme movido. La falta de la seguridad estática —un lugar a donde llegar—, hará que decida no nadar, por más que nadar en sí misma sea una actividad fácil. En otras palabras, la seguridad estática y la dinámica son las dos caras inseparables de la misma moneda.

Por el contrario, un sistema basado en el registro tiene reglas más claras. Es como la isla que se ve a lo lejos. Sabemos que si el registro dice algo voy a llegar a mi meta. En el sistema consensualista debo confiar: (1) que la persona que me está vendiendo es el propietario; (2) que no le haya vendido a otro; (3) o que exista un tercero con documento de fecha cierta anterior al mío que pueda privarme de ese bien. Ello sólo genera inseguridad.

## X. AUTONOMÍA PRIVADA Y OPONIBILIDAD DE LA PROPIEDAD.

Se suele pensar que corresponde a la Ley definir el grado de oponibilidad de un derecho real. Esa es justamente la dictadura de la que hablábamos líneas arriba. Pero ¿por qué no podrían ser los individuos, interactuando en el mercado, los que justamente definen qué tan oponible pueda ser una titularidad, en base a un menú de opciones dado por el sistema legal?

Como estamos viendo, la propuesta que analizamos tiene una concepción más completa de la que se deriva de sistemas que establecen rígidamente reglas de oponibilidad contra las que no se pueden pactar.

El resultado de un sistema como el que se propone, que deje a los particulares la decisión sobre cuál es el nivel de oponibilidad que desean, salta a la vista. Dado que la relación entre los costos de la incertidumbre y los costos de creación de un sistema de oponibilidad que los reduzca varían según las circunstancias y las preferencias de las personas involucradas, un sistema que sujeta la decisión a la autonomía privada tiene la flexibilidad necesaria para que la decisión se tome caso por caso. Pongamos un ejemplo.

En el pueblo de Cora Cora en Puno, ubicado a varios días de jornada del registro más cercano, el propietario puede tener la disyuntiva de inscribir o no su predio agrícola. Si lo inscribe, la transferencia de propiedad en el sistema que se propone quedará sujeta al registro. La decisión le reportará una serie de beneficios. Quizás el precio al que pueda vender en el futuro se incremente sustancialmente. Además, podrá ofrecer su predio en garantía para obtener crédito.

Pero, a su vez, su decisión le reportará una serie de costos. Si tiene suerte, quizás exista un abogado en Cora Cora que le prepare los papeles para cualquier operación y si tiene más suerte aún habrá un notario. Pero lo más probable es que tenga que emprender una jornada de varias horas para llegar a un poblado donde existan los abogados y notarios y quizás la jornada sea más larga hasta llegar a un lugar donde haya una oficina receptora del Sistema de Registros Públicos.

Si la Escritura Pública llega a otorgarse luego de la pérdida de uno o dos días en el trámite, tendrá que esperar que los títulos presentados sean llevados en mula hasta la Oficina Registral donde el predio está registrado. Posiblemente sólo haya un viaje a la semana para llevar los títulos presentados hasta el lugar respectivo.

Pero, dado que los abogados y notarios a los que tiene acceso el campesino de nuestro ejemplo no son los mejores imaginables o que quizás le toque un registrador poco preparado o caprichoso, su título será observa-

do y la próxima semana recién regresará el título con la observación a la oficina receptora. Cuando el campesino vaya a recogerla (con mucha suerte dos o tres semanas después de que dejó el título por primera vez) se dará con la ingrata sorpresa que tiene que corregir algo.

Buscará nuevamente a su abogado y a su notario y tratará de subsanar la observación. Ojalá tenga suerte y lo pueda hacer para no volver a pasar por todo el proceso una y otra vez. Pero igual habrá perdido muchas horas (o días) de trabajo a un costo excesivo para su capacidad de ingreso y para el valor de su predio.

¿Y cuál sería su beneficio por inscribir? En el pequeño poblado de Cora Cora todos se conocen. Por tanto, todos saben quién es propietario de qué. Si alguien va a adquirir basta preguntar a los vecinos para identificar al propietario. Una sociedad pequeña tiene menores costos de transacción que una sociedad grande, compleja e impersonal. El resultado es que el registro da pocos beneficios en términos de mejora en la seguridad de las transacciones. En pocas palabras, cuesta mucho para el valor agregado que da.[16]

Para el campesino de nuestro ejemplo quizás sea económicamente más lógico confiar en un sistema menos eficaz de oponibilidad pero más barato, que se encuentra entre sus posibilidades económicas y que es razonable en función al valor de su predio. Quizás el uso de mecanismos de garantía menos eficaces pero más razonables para su situación como la anticresis sea adecuado. Y entonces el tratamiento de su predio como un bien no registrado y transferible por simple tradición, sea la solución más adecuada desde el punto de vista económico.

Claro está que la incorporación de Cora Cora a un mercado más integrado puede cambiar la situación. Por ejemplo, la llegada de una carretera a Cora Cora puede incrementar la actividad económica y el valor de los predios. Además se puede reducir el acceso a los registros porque los títulos pueden llevarse en un par de horas y no en un día entero. Y como llega más gente puede ser difícil o se puede perder la «memoria popular» de quién es propietario de qué. El cambio en la relación de costo-beneficio puede convertir el registro de ineconómico a perfectamente razonable y por tanto deseable para el campesino. Pero la decisión estará en él en base a la seguridad que desea tener en relación al costo que tiene que asumir por ella.

Con la propuesta que comentamos, el sistema le permite «comprar un Tico» pero le da la opción de comprar un Volvo cuando las circunstancias se vuelvan propicias.

---

16. Esa es de alguna manera la explicación de por qué en la relativamente pequeña sociedad romana los inmuebles se podían transferir por *traditio.*

En cambio, el valor de una mansión en la zona más residencial de San Isidro, en la capital, que tiene un acceso a registros relativamente económico, justifican la registrabilidad de ese inmueble pues los beneficios serán claros en relación a los costos. Si el propietario se comporta razonablemente correrá al Registro para revalorizar su propiedad con una inversión baja en conseguir que el predio se registre.

El sistema que se propone permite diferenciar situaciones diferentes y tratarlas de la manera adecuada. No todos los males deben tener los mismos remedios, y algunos remedios pueden convertirse en males según las circunstancias.

En el fondo, el sistema de oponibilidad de derechos que se encuentra tras la propuesta de clasificación de bienes que se propone, es el de un sistema dinámico, que potencia la autonomía privada como mecanismo para una asignación eficiente de recursos, pero reforzando la seguridad jurídica o seguridad en el tráfico, o en términos cousianos, reduciendo costos de transacción.

Bajo tal lógica, la propuesta refleja una adecuada comprensión del problema económico de base.

## XI. ¿Y LA PRESCRIPCIÓN?

Pero lo dicho hasta aquí no dice cómo resolver el problema generado por la prescripción *contra tabulas*, tal como está regulada en el Código Civil vigente, y que convierte a la posesión en un signo de cognoscibilidad más perfecto que el registro, lo que a su vez debilita la institución registral.

En principio un sistema constitutivo como el propuesto no necesitaría de prescripción adquisitiva. Si la función de la prescripción adquisitiva es facilitar la prueba de la propiedad, pero con el nuevo sistema la propiedad se prueba con el registro, al menos en los bienes registrados, la prescripción parecería innecesaria y debería desaparecer del mundo de los bienes registrados y ser dejada solo para facilitar la prueba de la propiedad de los no registrados.

Sin embargo en un país con registros tan desactualizados como el nuestro, la prescripción puede servir para sanear partidas registrales que no se encuentran al día por dejadez o inacción de sus propietarios. No es inusual que las declaraciones de herederos de personas fallecida hace décadas nunca se hayan efectuado y los sucesores, luego de varias generaciones, no tienen como acreditar la secuencia a través de la cual son hoy propietarios. Pero nuevamente, introducida la prescripción, reingresaría el fantasma de la posesión primando sobre el registro.

Sin embargo, ello puede ser corregido con un principio relativamente sencillo. Bastaría que se establezca que la adquisición de buena fe amparada en el registro interrumpe la prescripción, incluso la ya ganada, de manera que quien adquirió por prescripción y permanezca en posesión del inmueble luego de inscrito el derecho de un tercero, deberá sumar otro periodo de diez años para volver a adquirir la propiedad. De esa manera el registro siempre le gana a la posesión, pero se permite a la posesión seguir desarrollando su función de saneamiento de títulos cuando ello sea necesario.

Así, imaginemos que un inmueble inscrito a nombre de A es poseído hace más de 10 años por Z. En ese contexto, B, confiando en el registro, compra el inmueble y adquiere e inscribe su derecho. Z, que ya había adquirido por prescripción pierde su derecho y deberá esperar 10 años de posesión continua adicionales para volver a adquirir. Así ya no se produce el efecto de que producida la adquisición por el mérito del registro, al segundo siguiente el poseedor vuelve a adquirir por prescripción. Con ello B puede reclamar en cualquier momento la entrega del inmueble a Z, al menos hasta que no transcurra el plazo prescriptorio nuevamente. A su vez Z tiene los incentivos, una vez adquirida la propiedad por prescripción, para entablar la demanda de adquisición por prescripción adquisitiva, inscribir su derecho y así oponerlo a potenciales terceros. El sistema se torna entonces en totalmente coherente, protegiendo el tráfico (está clara las consecuencias de protección de la adquisición basada en la buena fe registral) pero permitiendo que la prescripción perviva como un mecanismo de saneamiento de títulos.

## XII. ¿Y LAS PROHIBICIONES DE TRANSFERIR?

Entre los aspectos analizados en el capitulo segundo de este libro, estaba el de las limitaciones a la posibilidad de transferir la propiedad. En esta sección, en la que analizamos justamente la transferibilidad de la propiedad, vale la pena retomar algunas reflexiones adicionales sobre el tema.

En principio hemos dicho que una propiedad sin facultad de transferir, no es propiamente una propiedad. Bajo tal premisa podría concluirse entonces que no se pueden permitir los pactos que prohíban disponer o gravar la propiedad porque justamente desnaturalizan la función de esta institución. Veremos, sin embargo, que ello es un error, y que un sistema coherente de transferencia de propiedad no se ve desvirtuado porque se prohíba contractualmente disponer de la propiedad. Ello si es que uno entiende el pacto de ese tipo de prohibiciones (sujeto a algunos límites) justamente como el ejercicio del derecho de disposición, antes que como algo antagónico a dicho derecho.

Veamos que dice el Código Civil al respecto:

> Artículo 882.- Principio de libertad de disposición de los bienes
>
> No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita.

¿Por qué no permitir que el propietario pueda limitar su facultad de disponer o gravar un bien? ¿Cómo explicar una prohibición para establecer límites a lo que la autonomía privada puede hacer en la esfera más privada del patrimonio de un individuo, es decir, en su propiedad? El 882[17] contiene un principio que se discute poco, pero que es difícil de explicar.

Como se mencionó en el capítulo anterior, se suele decir que permitir que se establezca tales límites implicaría generar una suerte de inmovilismo jurídico sacrificando la circulación de los bienes en el mercado. Y si estos pactos se generalizan pueden resucitar las llamadas propiedades vinculadas (como las manos muertas o las capellanías), aquellas de las que su titular ya no se puede deshacer.

Pero ese problema no parecería ser sustento suficiente a una prohibición tan radical y extrema, que por lo menos en el texto literal de la norma, no permitiría la existencia de limitaciones temporales, es decir, no explicaría por qué el legislador no podría haber optado porque la prohibición de disponer y gravar se pueda limitar a periodo de tiempo definido.

El principio contenido en el artículo bajo comentario, su rigidez y, curiosamente, su impacto adverso al tráfico económico, ha traído la aparición de excepciones particulares.

Una de tales excepciones se encuentra regulada en la Ley General de Sociedades. La mencionada norma señala en su artículo 101:

> «Artículo 101º.- Limitaciones y prohibiciones aplicables a las acciones
>
> Las limitaciones a la transferencia, al gravamen o a la afectación de acciones no pueden significar la prohibición absoluta de transferir, gravar o afectar.
>
> Las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones son de observancia obligatoria para la sociedad cuando estén contempladas en el pacto social, en el estatuto o se originen en convenios entre accionistas o entre accionistas y terceros, que hayan sido notificados a la sociedad.

---

17. «Artículo 882.- Principio de libertad de disposición de los bienes
No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita».

> Las limitaciones se anotarán en la matrícula de acciones y en el respectivo certificado.
>
> Cuando así lo establezca el pacto social o el estatuto o lo convenga el titular de las acciones correspondientes, es válida la prohibición temporal de transferir, gravar o de otra manera afectar acciones.
>
> Igualmente es válida la prohibición temporal de transferir, gravar o afectar acciones, adoptada mediante acuerdo de la junta general, en cuyo caso sólo alcanza a las acciones de quienes han votado a favor del acuerdo, debiendo en el mismo acto separarse dichas acciones en una o más clases, sin que rijan en este caso los requisitos de la ley o del estatuto para la modificación del estatuto.
>
> La prohibición debe ser por plazo determinado o determinable y no podrá exceder de diez años prorrogables antes del vencimiento por períodos no mayores. Los términos y condiciones de la prohibición temporal deben ser anotados en la matrícula de acciones y en los certificados, anotaciones en cuenta o en el documento que evidencie la titularidad de la respectiva acción».

Excepciones como ésta se explican en que en nuestra opinión, paradójicamente, una norma que trata de justificarse como un mecanismo de protección del tráfico económico, podría estarlo restringiendo.

Es evidente que renunciar a la facultad de disponer y gravar tiene un costo para el propietario. Significa renunciar a la posibilidad de hacer líquido el bien o de usarlo para adquirir financiamiento. Una propiedad a la que se priva de un atributo tan importante como el que permite gravar o disponer, reduce su valor económico, y evidentemente vale menos que la misma propiedad con el ejercicio de todos sus atributos sin restricción alguna. Si ello es así, un individuo actuando razonablemente dentro de la esfera de su autonomía privada, sólo aceptará asumir ese costo a cambio de algún beneficio.

Por otra parte, para que alguien esté dispuesto a ofrecer ese beneficio económico, debe tener para él algún valor que el propietario pierda su facultad de disposición o gravamen. Es decir, la existencia de una obligación de no hacer por parte del propietario le reporta algún beneficio por el que la contraparte está dispuesta a sacrificar algo.

Para que el propietario acepte renunciar, la contraparte tendrá que pagarle o compensarle por un valor superior al costo que le significa su renuncia a dicho propietario. Pero la contraparte sólo pagará dicho valor si el beneficio que recibe es mayor que la compensación que otorga.

Eso significa, en buen cristiano, que la «compra» de la renuncia sólo operará si dicha renuncia es valorada por la contraparte en más de lo que el

propietario valora sus facultades de disponer o gravar. En pocas palabras la compra de la «renuncia» sólo operará si el beneficio es mayor al costo, es decir, si genera un resultado eficiente. Veámoslo con un ejemplo.

Jorge tiene dos casas en la misma calle, una al lado de la otra. Sólo necesita una de ellas para vivir, pero no vende o alquila la otra porque no desea tener un vecino indeseable, al que le gusten las fiestas y el ruido. Ello porque Jorge ama la tranquilidad y desea sólo tener vecinos conocidos y que compartan las mismas ideas y principios. Francisco, un amigo de Jorge, sería el vecino ideal, pues ama la tranquilidad y el tener un buen vecino tanto como Jorge.

Ambos ganarían viviendo uno al lado del otro. Pero Jorge tiene el temor que vendiendo la casa a Francisco, éste a su vez se la venda a un tercero o que la hipoteque, no pueda pagar la deuda y termine un vecino no deseado adquiriéndola en un remate. Por ello, está dispuesto a vendérsela a Francisco siempre que éste acepte no vendérsela a nadie más y renuncie a gravarla.

Imaginemos que el valor en el mercado de la casa es S/. 100,000, cuando Jorge le hace la oferta a Francisco, éste le dice que le interesa pero no al valor del mercado. La razón es evidente: ese valor refleja la posibilidad de vender luego la casa, es el valor de la casa en posibilidad de ser vendida. Pero una casa sin facultad de disposición vale menos.

Si el precio pactado con la renuncia a vender y gravar fuese de S/. 80,000, ello indica que Jorge valora su tranquilidad y al buen vecino en mas de S/. 20,000, que es el sacrificio que se ha hecho respecto al valor de mercado. Por su parte si Francisco acepta pagar S/. 80,000 es porque valora su facultad de disposición en menos de S/. 20,000. Por tanto, Jorge está mejor porque sacrificó S/. 20,000 por algo que valora en más de S/ 20,000, y Francisco está mejor porque recibió un descuento de S/. 20,000 por algo que para él vale menos (su facultad de disponer).

SI los dos ganan y nadie pierde ¿por qué prohibir ese pacto?

Esa es la misma lógica que explica que dichas limitaciones sí puedan pactarse respecto de acciones de una sociedad mercantil. Si un nuevo inversionista desea que otros accionistas que resultan estratégicos por el negocio no puedan salir de la sociedad, puede pactarlo según el artículo 101 de la Ley General de Sociedades y es evidente que el accionista estratégico recibe algún beneficio que justifica su decisión de aceptar renunciar a la facultad de gravamen y disposición. Posiblemente su interés en el capital o inversión que trae este nuevo inversionista sea razón suficiente, o es probable que el accionista estratégico haya exigido cláusulas o condiciones adi-

cionales a fin de aceptar renunciar a parte de las facultades que le da su derecho de propiedad.

En esa línea, permitir el pacto favorece la inversión, es decir, una mayor movilidad de los factores productivos, de la misma manera que permitir que Francisco limite la venta futura permite justamente la circulación del bien, aunque suene paradójico.

Desde ese punto de vista el artículo 882, al menos con su texto actual, no parece contener la solución mas adecuada. Hasta ahora hemos visto que la regla parece absurda porque ambas partes están mejor con el acuerdo y nadie está peor, por lo que, en términos paretianos, el artículo sólo conduce a afectar y restringir la autonomía privada y los intercambios sin justificación.

Pero si el acuerdo afectara a un tercero podría haber una razón para prohibir el pacto. Imaginemos que Francisco tiene un hijo. De pronto Francisco muere y su hijo hereda la casa adquirida por su padre. Ahora su hijo la quiere vender, pero no puede por el pacto original de su padre con Jorge. Pero él sufre un costo por el que no ha pagado. Y sobre todo Jorge y Francisco, al contratar, no tenían interés en evaluar cuánto se vería afectado el hijo de Francisco. Así el costo asumido por Francisco le fue compensado a Francisco, pero no a sus sucesores por el resto de la historia. De hecho, es así como surgieron las propiedades vinculadas. No fue en sí misma la restricción la que generó el problema, sino el carácter perpetuo o excesivamente duradero de la misma.

Así, las propiedades vinculadas, sólo aparecen con pactos de no disposición o no gravamen eternos o de plazos muy largos. Pero plazos razonables no generan ese efecto. Por ejemplo, cuando el Código Civil reguló el usufructo evalúo el mismo problema: la aparición de una limitación al derecho de la propiedad por la desmembración del uso y el disfrute. Y los problemas de vinculación podrían aparecer igual si el usufructo fuese eterno, convirtiendo a las generaciones futuras en nuevos propietarios que en el fondo no serían verdaderos propietarios pues sólo tendrían la «nuda propiedad». Pero en ese caso el legislador dio una respuesta distinta: estableció un límite temporal en lugar de prohibir el usufructo. Así, el artículo 1001 del Código Civil establece:

> «Artículo 1001.- Plazo del usufructo
>
> El usufructo es temporal. El usufructo constituido en favor de una persona jurídica no puede exceder de treinta años y cualquier plazo mayor que se fije se reduce a éste.
>
> Tratándose de bienes inmuebles de valor monumental de propiedad del estado que sean materia de restauración con fondos de personas natura-

> les o jurídicas, el usufructo que constituya el Estado en favor de éstas podrá tener un plazo máximo de noventa y nueve años».

Ello conduce a que una interpretación adecuada del artículo 882 debería excluir el contenido de una prohibición absoluta a todo pacto y que sólo se referiría a limitaciones perpetuas y permanentes o muy largas. Con ello se tutelaría la intención un legislador de evitar la aparición de propiedades vinculadas, sin limitar innecesariamente el tráfico económico.

La regla razonable debería ser similar a la del artículo 1001 aplicable al usufructo: 30 años o la vida del beneficiado por el pacto de ser éste persona natural. Así la norma tendría un sentido equitativo, sin limitar transacciones eficientes pero a la vez cumpliendo su rol de evitar la aparición de formas de propiedad vinculadas.

En todo caso, lo que queda claro, que una regla absoluta como la que surgiría de una interpretación demasiado literal del artículo 882 nos conduciría a un absurdo y podría limitar el tráfico económico al reducir el ámbito de actuación de la autonomía privada.

## XIII. CONCLUSIÓN.

Un sistema que consagra formalmente la propiedad pero que en su diseño determina la existencia de «un mundo sin propiedad», es una incoherencia. El sistema vigente peca de una incoherencia menor pero que no por ello deja de ser grave. Se relativiza un, de por sí, ya débil sistema registral, y con ello se introduce incertidumbre y falta de seguridad al mercado inmobiliario de bienes, Las ventajas que tiene la propiedad como mecanismo de internalización de externalidades se desperdician sin que exista otro objetivo que lo explique y justifique. Quizás aquí podamos encontrar una de las tantas causas de que nuestro mercado inmobiliario no haya tenido un desarrollo dinámico e, incluso, de la aparición de grandes sectores de informalidad en nuestra economía que tratan, muchas veces con éxito, de frenar el avance del «Sahara» de nuestro subdesarrollo.

La música se escribe para ser escuchada. Un músico que compone al margen de la sensibilidad y necesidades de su público no tendrá éxito. Lo mismo pasa con el jurista que legisla al margen de la sensibilidad y necesidades de los usuarios del sistema legal.

El sistema legal nos da la oportunidad de crear obras colectivas, en las que los interesados pueden participar en su creación. Estas obras colectivas posiblemente tendrán mayor aceptación porque reflejan lo que la gente espera y desea.

Cuando uno deja de lado el principio de autonomía, renuncia a la creación colectiva y pretende imponer sus gustos y preferencias a las personas obligándolas a soportar los principios que recoge la legislación. Activar la autonomía nos acerca por ello a un mundo más flexible y por tanto que responde a la realidad de las cosas.

Ello es indiscutible en la esfera contractual, donde la autonomía privada es la regla. No vemos por qué ello no puede ser igual en la esfera de las titularidades exclusivas como la propiedad. Sin duda le corresponde a la Ley definir cuándo una relación se opone a terceros. Pero le corresponde al titular del derecho decidir si quiere o no incurrir en los costos para hacer que tal oponibilidad entre en vigencia. Ello nos dará un sistema de propiedad más completo en el que no es el legislador el que completa la obra, sino cada uno de los individuos que intercambian su propiedad en el mercado. Con esa regla la propiedad ya no será más una obra inconclusa.

# Reivindicando a los piratas

## ¿Es la propiedad intelectual un robo?*

Las películas suelen mostrarnos a los piratas como seres desalmados, que atacaban barcos indefensos para robarles su carga y violar a las mujeres. Bajo la célebre bandera negra con una calavera y dos huesos cruzados, los piratas son los malos de la película. La misma imagen de la calavera y huesos es usada hoy para criticar y combatir la forma de piratería moderna: la violación de los derechos de propiedad intelectual.

Pero hay otra lectura en las historias de piratas. En ella los piratas eran empresarios privados que combatían el sistema económico imperante en la época, el mercantilismo, en el cual la riqueza no era consecuencia del esfuerzo privado, sino de la repartición de privilegios, por parte del Estado, a algunos grupos con capacidad de influir, en especial entregándoles las riquezas de las colonias conquistadas. Los piratas, bajo esta perspectiva, no robaban, sino que reivindicaban lo que había sido otorgado injustamente y sin merecimiento, buscando abrir caminos al mercado y a las libertades económicas.

Como veremos, quizás hay algo de esta segunda interpretación en el caso de la piratería referida a la propiedad intelectual. Quizás estos piratas

---

* Esta sección se basa en «Reivindicando a los piratas: ¿Es la propiedad intelectual un robo?», publicado en *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*. Año 1, No. 1, Lima, Palestra, 2004.

también estén reivindicando algo que ha sido otorgado como un privilegio por el Estado y que no debió ser entregado a particulares, al menos de la manera y con la extensión con la que se entregó.

MARX decía que la propiedad era robo. En la visión marxista de la realidad, ser dueño de algo es habérselo quitado a alguien. Hoy son pocos los que suscribirían esa frase. Sabemos que la propiedad es una institución central para el desarrollo de mercados y para el funcionamiento de cualquier economía razonablemente estructurada.

Un simple traslado de esta idea hacia el concepto de Propiedad Intelectual (en adelante PI) nos lleva a formular otra aparente verdad de Perogrullo: la propiedad intelectual es tan buena para el funcionamiento del sistema económico, como lo es la propiedad sobre bienes tangibles. El razonamiento parece bastante simple y se asemeja al desarrollado en otra sección de este libro. Si es bueno tener propiedad sobre bienes tangibles o materiales, generando los incentivos adecuados para su provisión suficiente y su uso adecuado, es bueno tener propiedad sobre bienes intangibles o inmateriales por la misma razón. En pocas palabras, si es falsa la interpretación marxista de que la propiedad sobre bienes materiales sea un robo, también lo es que sea robo la propiedad sobre bienes inmateriales.

Sin embargo, como veremos en esta sección, la conclusión no es tan sencilla como parece. La base conceptual para justificar la existencia de titularidades exclusivas sobre bienes que podemos tocar no es trasladable a la existencia de titularidades exclusivas sobre ideas. Ni los incentivos económicos, ni la estructura legal es la misma. De hecho, es muy cuestionable que la PI merezca ser llamada propiedad. Sus fundamentos son, en el mejor de los casos, bastante dudosos y cuestionables, y su existencia, en todo caso, justifica una limitación seria a los alcances que actualmente se le concede. En ese sentido quizás MARX hubiera tenido una frase más feliz y con mayor vigencia, si se hubiera limitado a decir que la PI era robo.

El uso de la palabra «piratas» pretende colocar a ciertos países al borde de la barbarie, pero siempre hay dos lados en toda historia y algunos consideran que los piratas históricamente estuvieron en el lado correcto combatiendo el mercantilismo español. ¿No estaremos frente a un fenómeno similar?

En todo caso debemos ser conscientes de los posibles costos que impondrá el reforzar nuestros ya fuertes regímenes de protección a la PI como consecuencia de las exigencias de los países desarrollados. Debemos también ser concientes de cómo gran parte de los argumentos que se usan para exigirnos mayor protección son bastante ambiguos y de muy dudosa validez.

Lamentablemente, la discusión local sobre este tema es bastante escasa. Las voces que se han levantado para limitar la propiedad intelectual usan una suerte de argumento anti-imperialista («es un sistema impuesto por los países desarrollados para explotar a los subdesarrollados») que equivoca el enfoque. Creo que el tema es aún mucho más grave pues la PI tiene los mismos problemas para los países desarrollados que para los que no lo son. La PI podría estar dañando tanto a los consumidores de Estados Unidos o de la Comunidad Europea como a los consumidores del Perú, y quizás más a los primeros porque su vigencia y respeto es mucho mayor en los países desarrollados.

Este trabajo no se animará a sugerir que la PI debe ser eliminada, aunque debo confesar que tengo serias dudas acerca de que sus bondades justifiquen la existencia de ciertas formas de ella. Sin embargo, sí estoy convencido de que los niveles de protección que actualmente los estándares internacionales y el régimen legal peruano conceden, son excesivos en varios campos, en especial en los derechos de autor y en las patentes.

Quizás el título de este trabajo sea una exageración orientada a motivar curiosidad y la lectura de este artículo. Sin embargo, encierra algo de cierto. A diferencia de la propiedad física, en la que cada quien adquiere un control sobre lo suyo, en la propiedad intelectual se adquiere una suerte de control sobre lo que es de otros, y al hacerlo se esta privando a esos otros de algo que les corresponde. Eso, en términos generales, guarda diversas semejanzas con un acto de apropiación de lo ajeno, con lo que serían los «piratas» quienes defienden lo propio y los titulares de PI quienes pretenden tomar lo que no es suyo.

## I. ¿ES LA PI ASIMILABLE A LA PROPIEDAD SOBRE BIENES TANGIBLES?

El concepto de PI suele ser tratado como una simple derivación de la propiedad civil. Se llega a conceptuar como la propiedad civil sobre los intangibles. Tanto así, que el propio Código Civil peruano incluye en el libro de reales a los derechos intelectuales como bienes, y por tanto los hace susceptibles de propiedad,[1] aunque también reconoce que están sujetos a una legislación especial.[2]

---

1. Así, el artículo 886 del Código Civil señala: «Son muebles: (…) 6.- Los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patentes, nombres, marcas y otros similares (…)»

2. «Artículo 884.- Régimen legal de propiedades incorporales
Las propiedades incorporales se rigen por su legislación especial».

El propio régimen legal hace importantes diferencias. Por ejemplo, una bastante notoria es que mientras la propiedad civil es perpetua, los derechos patrimoniales de PI no lo son, con la excepción de los signos distintivos (marcas, lemas comerciales, nombres comerciales, siempre que se usen y se renueve oportunamente el registro). Así los derechos patrimoniales de autor pasan a ser del dominio público, es decir libremente utilizables por todos, 70 años después de la muerte del autor.[3] Hoy, los descendientes de Cervantes no pueden cobrar derecho alguno por la publicación del Quijote. Cualquiera que lo desee puede publicar dicha obra sin buscar autorización de nadie. Por otra parte, las patentes pasan al dominio público a los 20 años de su inscripción[4].

Esto quiere decir que vencidos esos plazos, se vuelven bienes comunes o «de uso público» y que cualquiera que lo desee puede usarlos, incluso sin permiso del titular de los derechos morales; siempre, claro está, que los derechos morales sean respetados. Así, los derechos morales, si bien distintos a la propiedad clásica en el hecho de que no son disponibles y que se asemejan más a los derechos de la personalidad, tienen de la propiedad clásica su carácter perpetuo, aunque es, evidentemente, una perpetuidad de otra naturaleza. En cambio, los derechos patrimoniales se diferencian de la propiedad clásica por su carácter netamente temporal, pero se asemejan en su carácter disponible por el titular. Éste curioso conjunto de diferencias, explica por qué no es sencillo aplicar las normas civiles a estas formas de «propiedad», lo que se manifiesta en la existencia de regímenes legales distintos.

En cualquier caso, ¿Qué explican estas diferencias? ¿Por qué no construimos las propiedades intelectuales siempre bajo los mismos esquemas de la propiedad clásica? ¿Por qué no otorgamos patentes o derechos de autor perpetuos? ¿Es decir que se mantienen como propiedad privada para siempre, como ocurre con una casa o con un automóvil?

Las razones se encuentran, en la distinta función económica que cumplen estos derechos. Como ya vimos en otra sección, la propiedad civil clásica, o propiedad privada, suele aparecer cuando se cumplen los requisitos de consumo rival y bajos costos de exclusión. El primero aparece cuan-

---

3. Ley sobre el Derecho de Autor, Artículo 52: «El derecho patrimonial dura toda la vida del autor y setenta años después de su fallecimiento, cualquiera que sea el país de origen de la obra, y se transmite por causa de muerte de acuerdo a las disposiciones del Código Civil».

4. Decreto Legislativo No. 823. «Artículo 60.- La patente tendrá un plazo de duración de veinte años, contados a partir de la fecha de presentación de la respectiva solicitud, luego de los cuales, la invención será de dominio público».

do, en el caso de determinado bien, no es posible un consumo simultáneo por más de una persona. Una camisa no puede ser usada por dos personas simultáneamente, a diferencia de lo que ocurre con el aire que si puede ser respirado simultáneamente por varias personas al mismo tiempo, sin que el hecho de que alguien respire en una habitación impida a otro seguir respirando. Allí estaríamos ante un consumo no rival.

La segunda se refiere a la existencia de costos de exclusión bajos, es decir supuestos en que establecer los mecanismos para que el titular pueda excluir a los otros se hace a costos razonables en relación a los beneficios que se obtienen. Ello explica, regresando al caso del aire, porque es tan difícil tener derechos de propiedad sobre el mismo. Generar capacidad de excluir sobre algo que se expande y se escapa y cuyo costo de envasar es relativamente alto en relación al beneficio que ello implica, hace inviable el derecho de propiedad, salvo situaciones muy particulares como tanques para buceo, lo que es explicable porque en las profundidades del mar el aire es escaso y por tanto el consumo se torna en rival.

Como ya analizamos, se suele conceder derechos de titularidad privada exclusiva para aquellos bienes que, teniendo consumo rival, tienen bajos costos de exclusión.

En términos generales, la PI -en especial los derechos de autor y las patentes de invención, y en menor medida los signos distintivos- no cumple con estas dos características señaladas, especialmente como consecuencia de su carácter incorporal o inmaterial. En eso se parecen al aire, porque creada la idea esta es abundante para su uso y establecer derechos de exclusión es muy costoso.

Así, nótese que los derechos de autor y las patentes no tienen consumo rival, algo que es común a un bien que los involucra: la información. Uno puede leer la misma obra de VARGAS LLOSA, sin que en ese momento otra persona (en realidad miles o millones de personas) pueda leerla exactamente al mismo tiempo. Puede ser «respirada» por varios sin que una «respiración» excluya otra respiración. No confundamos la obra con el libro que lo contiene. El libro es un bien material y como tal no puede ser usado por dos al mismo tiempo. El libro físicamente tiene consumo rival y bajos costos de exclusión. Por eso, sí hay propiedad privada de naturaleza civil, sobre el soporte físico del libro que contiene la idea, como ocurre con un cuadro, un disco con música o una estatua. Pero, sobre las ideas contenidas en la obra, las que le dan forma y valor, no existe consumo rival y hay costos de exclusión altos. El resultado final es que el uso del derecho de autor no excluye el uso de otros, y es costoso poner en vigencia mecanismos para que dicha exclusión llegue a funcionar. Lo mismo pasa con una patente. La fórmula de un medicamento podría ser usada por varios al

mismo tiempo, sin que unos excluyan a otros. Si se descubriera la cura del SIDA varios podrían fabricar ese medicamento al mismo tiempo, sin que ello excluya el uso de la idea por quien la concibió.

Incluso los costos de exclusión han venido aumentando con la aparición de nuevas tecnologías que permiten copiar más fácilmente. Las fotocopiadoras, los reproductores y grabadoras de música, los VHS y otros aparatos similares y de bajo costo, hacen que copiar este al alcance de cualquiera.

Hoy existen tecnologías que hacen virtualmente imposible delimitar un derecho de propiedad de manera clara, sobre ciertos bienes como el software o la biotecnología. Definir límites sobre estos bienes, es muchas veces una mera ilusión.

De ello podemos deducir donde se encuentran los derechos de autor y las patentes en el mapa de los distintos tipos de propiedad:

| RIVALIDAD | COSTOS DE EXCLUSION | | |
|---|---|---|---|
| | | Bajos | Altos |
| | SI | Propiedad Privada (Casa, automóvil) | Bienes Privados Imperfectos (Banco de peces o marcas y signos distintivos) |
| | NO | Bienes Públicos Imperfectos (Carretera no congestionada) | Bienes Públicos Derechos de autor y patentes |

Como vemos, por sus características, la PI se parece más a un bien público que a un derecho de propiedad privada.

KINSELLA sugiere un ejemplo muy didáctico para explicar el carácter no rival de la PI, y por qué ésta no responde al problema que explica la existencia de la propiedad tangible. Señala que si estuviéramos en el Jardín del Edén donde los bienes y la tierra fueran infinitamente abundantes, no habría escasez y por tanto no sería necesaria la existencia de reglas de propiedad. La propiedad no significaría nada. Si alguien tuviera una podadora de pasto, ésta se «clonaría» automáticamente cuando otro la tocara. Obtener una podadora en estas circunstancias no podría ser considerado un robo. La propiedad no se aplica a cosas infinitamente abundantes porque no sur-

ge conflicto en su uso. Ello ocurre con la PI, la que se comporta como una «podadora mágica» que se reproduce con un simple toque de la mano. En ese contexto, la exclusividad es innecesaria.[5]

Cuando uno identifica un bien sin consumo rival y con altos costos de exclusión, el uso público parece la mejor alternativa. Más gente se culturizará si se le deja leer libremente a VARGAS LLOSA, y más gente se curará si puede ser atendida con un medicamento fabricado por un sinnúmero de laboratorios al mismo tiempo. Todo ello, sin impedir al autor o al inventor usar también su obra o invento. Así, el uso por otro no priva de su uso propio al titular.

Por otra parte, los costos de exclusión en la PI suelen ser muy altos. Ello es consecuencia precisamente de su carácter incorporal. Si quiero defender mi casa, basta construir una cerca. Para desposeerme de mi televisor deben entrar a mi casa, y siempre puedo recuperar mi cartera arranchándola al ladrón. Pero con la PI ello no es tan sencillo. Basta recordar un poema para recitarlo, una canción para cantarla y hacer una fotocopia para leer un libro. Basta conocer la fórmula de una droga para fabricarla. Es un tipo de derecho que puede ser reproducido al infinito y por tanto el control sobre el mismo es realmente difícil.[6]

El resultado es que en la PI el bien objeto de protección es el resultado del paradigma precisamente contrario al de la propiedad clásica: consumo no rival y altos costos de exclusión. La conclusión natural, debería ser entonces, considerarla como un bien público.

Si es así ¿por qué protegemos la PI con un derecho de exclusiva? La respuesta que solemos dar es muy sencilla: lo hacemos para incentivar la creatividad. Para ello, creamos una especie de «propiedad artificial» pues no reúne los requisitos clásicos de la propiedad. Así, vamos contra la lógica económica que marca la naturaleza de las cosas para crear incentivos, para que las personas inviertan tiempo y recursos en generar creaciones útiles para todos. Se fuerza un derecho de exclusiva, costoso de ejecutar y difícil de poner en práctica, sólo para crear esos incentivos.

Bajo esta idea se protege la obra de VARGAS LLOSA para motivarlo a escribir, la de Charlie García para motivarlo a componer música y la de

---

5. KINSELLA, N. Stephan. «Against Intellectual Property.» Publicado originalmente en *Journal of Libertarian Studies*, Volume 15, no. 2 (Spring 2001): 1–53 2001 Ludwig von Mises Institute, www.mises.org. (Agosto 4, 2004)

6. Ello ocurre porque la información, como el agua, tiende a fluir y es difícil evitar que se escape. Así también es difícil establecer leyes de aguas porque los costos de exclusión son muy altos por la naturaleza física del líquido.

SZYSZLO para motivarlo a pintar. Por ello, asumimos los inmensos costos de poner en vigencia este tipo de derechos y aceptamos que, al menos por un tiempo, estos derechos sean privados (creando lo que para algunos es, como veremos, un monopolio o privilegio) a pesar que su mejor uso, desde el punto de visto social, es el uso público.

Este problema de la inexistencia de rivalidad y existencia de altos costos de exclusión en la PI no es algo recientemente advertido. Ya Tomas JEFFERSON, quien fue contrario al reconocimiento de las patentes, había anotado, al menos en parte, el problema:

> «Si la naturaleza ha hecho una cosa menos susceptible de propiedad exclusiva que todas las demás, ésa es la obra de la facultad de pensar, llamada idea, que el individuo puede poseer exclusivamente mientras la guarde para sí; pero en el momento que se divulga, pasa por fuerza a ser posesión de todos, y quien la recibe no puede desprenderse de ella. Su carácter particular consiste también en que nadie la posee menos porque todos los demás la posean en su totalidad. Aquel que recibe conocimientos de mí, recibe conocimientos él sin disminuir los míos; así como quien enciende su vela recibe luz sin dejarme a oscuras. Que las ideas se difundan de uno a otro por todo el globo, para instrucción recíproca y moral del hombre, y para mejorar sus condiciones, parece haber sido el designio peculiar y benévolo de la naturaleza, cuando las creó, como el fuego, expansibles por todo el espacio, sin que disminuya su intensidad en ningún momento (....) Los inventos, entonces, no pueden, por naturaleza, ser objeto de propiedad»[7]

La rivalidad esta relacionada a la idea de escasez. Lo que hace que un bien tenga consumo rival, es justamente que su escasez hace imposible su uso simultáneo. Se asigna propiedad sobre bienes escasos para generar un mejor uso de los mismos. En los bienes físicos, la escasez es un presupuesto de la existencia de la propiedad. Pero en la PI ocurre exactamente lo contrario. Antes de la asignación de un derecho de PI, el bien era suficientemente abundante para poder ser usado en distintos usos alternativos. Es la PI la que convierte el bien en escaso, mientras que en la propiedad sobre bienes tangibles, es la escasez la que hace aparecer el derecho de propiedad. Como bien anota COLE:

> «Es difícil justificar los derechos de propiedad intelectual bajo este concepto de propiedad, ya que estos no surgen de la escasez de los objetos

---

7. Carta a Isaac MCPHERSON, Agosto 13, 1813 (PETERSON, 1988, pp. 604-05), citado por COLE, Julio. «Patentes y *Copyrights*: Costos y Beneficios» Publicado originalmente en *Libertas*, No. 36 (Mayo 2002): 103-42. www.economia.ufm.edu. (Agosto 4, 2004)

> apropiados, más bien, su propósito es crear una escasez, para de este modo generar una renta monopólica para los tenedores del derecho: aquí la ley no protege la propiedad de un bien escaso, sino que la «escasez» es creada por la misma ley (y dicha escasez «artificial» es precisamente la fuente de las rentas monopólicas que confieren valor a dichos derechos). La gran diferencia entre las patentes (y copyrights) y los títulos de propiedad sobre bienes tangibles, es que estos últimos serán escasos incluso aunque no haya derechos de propiedad definidos, mientras que en el caso de patentes y copyrights la escasez sólo existe después de definir el derecho de propiedad.»[8]

Esto explica por qué tenemos que sujetar este tipo de derechos a normas distintas a las del Código Civil, tal como lo establece el artículo 884. Explica además, por qué no pueden ser derechos perpetuos. Si la idea no es proteger en sí mismo un bien sin consumo rival, sino los incentivos para crear, no es necesario darle al creador un monopolio o privilegio perpetuo sobre su idea, basta darle los incentivos para crear. Vencido el plazo, el bien pasa a dominio público, donde conseguirá el uso más deseable desde el punto de vista social-económico, es decir, el uso libre por todos.

La excepción sirve justo para confirmar la regla. Las marcas y demás signos distintivos tienen protección perpetua, siempre que uno los use y, en el caso de las marcas, cumpla con registrarlas y renovar el registro. La razón es obvia: las marcas sí tienen consumo rival. Dado que su función económica es distinguir unos productos de otros, si se permitiera el uso simultáneo de las mismas por diversas personas, no cumplirían su rol. Si varios usaran la palabra Coca Cola para distinguir bebidas gaseosas, se produciría una tremenda confusión en el mercado y los incentivos de los productores para mejorar sus productos y prestigiarlos se diluiría, pues una vez conseguido su objetivo, otros podrían copiar la marca sin problema. En realidad, lo que ocurre es que las marcas y signos distintivos en general son una ingeniosa figura legal para conceder una titularidad sobre el prestigio de un producto. Pero, para ser distintiva, el uso del elemento de identificación (la marca misma) debe ser exclusivo, lo que explica el carácter rival de su uso, a pesar de tener en principio altos costos de exclusión.

El carácter perpetuo de la propiedad clásica se inspira precisamente en la creación de incentivos a invertir o usar razonablemente. Como ya vimos en una sección anterior. si todos tienen acceso a un terreno agrícola y lo pueden usar libremente, nadie tendría incentivos para invertir en explotarlo pues los demás vendrían y se llevarían la cosecha al no poder ser exclui-

---

8. COLE, Julio «Patentes: Costos y Beneficios.» www.economia.ufm.edu. (Agosto 4, 2004)

dos. Por otra parte, el hecho de que cualquiera lo puede usar, generaría una sobre explotación del bien. El terreno sería usado por demasiados al mismo tiempo. Esos problemas se corrigen creando propiedad privada sobre los bienes que tienen consumo rival, como el terreno agrícola. Las marcas, a pesar de los costos de exclusión altos, se asemejan más a un terreno que a un derecho de autor, y ello explica su diferente tratamiento, y por tanto, las marcas no generan la controversia que pueden generar las patentes o los derechos de autor.

Esto, como acertadamente señala COLE, genera diferencias en el tratamiento legal:

> «La diferencia entre una marca y una patente es que la marca identifica el origen de una mercancía, pero no prohíbe la fabricación de productos similares (o incluso idénticos), y por tanto no tiene el carácter monopólico de la patente: Si decido fabricar y vender whisky marca «Chivas Regal,» estaría violando la ley, pero eso no quiere decir que no puedo fabricar y vender whisky, siempre que no le ponga una marca registrada que no sea de mi propiedad. La existencia de una patente, en cambio, me impide producir y vender el artículo patentado. Por esto, muchas personas que aceptarían de buen agrado la protección de marcas comerciales como algo perfectamente legítimo y de vital importancia en una economía capitalista moderna, podrían no obstante oponerse a las patentes por constituir privilegios monopólicos.»[9]

Esta discusión nos conduce justamente a la cuestión de por qué copiar una obra o usar sin autorización una patente es distinto a robar. Si entro por la ventana de mi vecino y me llevo su televisor, yo tengo donde ver mi programa favorito, a consecuencia de que mi vecino ya no puede verlo. Lo he privado de su propiedad. Pero si copio la canción de un autor, si bien yo puedo escucharla y reproducirla, el autor no deja de poder utilizarla. No ha sido privado de ella. No he entrado a su esfera para quitarle nada. Por el contrario, la existencia de un derecho de autor le concede la capacidad de controlar a quien quiere usarla sin afectarlo en lo más mínimo. Así, «piratear» no es robar, porque en estricto no le estás robando nada a nadie, no le estás privando de poder usar lo que tiene.

## II. LA PRODUCCIÓN DE INFORMACIÓN COMO BIEN PÚBLICO.

La pregunta que surge de inmediato es cual debería ser la consecuencia de considerarlos derechos de autor y las patentes como bienes públicos

9. Ibid, loc cit.

y cómo ello puede o no justificar la su existencia como una forma de propiedad privada.

Usualmente, los bienes privados son producidos por el mercado, a través de la ley de la oferta y demanda. Se producen automóviles porque los fabricantes saben que los consumidores los desean, pero saben también que una vez producidos estos consumidores pueden excluir a los otros de su uso. Solo los consumidores dispuestos a pagar por el derecho de exclusividad recibirán el automóvil que desean. Y finalmente, el consumidor adquiere el auto porque sabe que podrá excluir a los demás de usarlo. Si el consumidor que adquiere el auto tuviera que compartirlo con todos sus vecinos (es decir no pudiera excluirlos) no lo compraría y por tanto no se producirían estos bienes y no disfrutaríamos de sus beneficios.

Con los bienes públicos eso no ocurre. Si deseo seguridad en mi barrio para que no me asalten en la calle, puedo contratar un policía privado. Pero, como vimos en otra sección, la seguridad pública tiene consumo no rival y altos costos de exclusión. Al prevenir el delito en la cuadra, éste beneficia a todos los vecinos y no sólo al que paga por el policía. A su vez, los costos de exclusión son altos, pues es difícil que este policía privado anuncie a los ladrones que sólo los apresará si pretenden asaltar a un vecino distinto a aquel que está pagando por sus servicios. Su simple presencia ya desincentiva robos para todos. Como ello ocurre, la ley de la oferta y demanda no producirá, en principio, los niveles de seguridad requerida. ¿Por qué haría una persona el gasto de tener un policía si los beneficios de su inversión van a todos? ¿Por qué no esperar estratégicamente que otro contrate al policía y simplemente recibir el beneficio sin pagar nada? En ese juego nadie acepta incurrir en el costo. El resultado sería que el mercado no va a producir policías, y por tanto, el Estado debe cobrar impuestos a los ciudadanos para financiar la seguridad pública necesaria. Así se produce el bien público a través del Estado.

Bajo este modelo teórico, si dejamos al mercado actuar no habrá bienes públicos suficientes. ¿Por qué construir calles que otros van a usar? ¿Por qué generar gobernabilidad o infraestructura básica a mi costa y en beneficio del resto de la sociedad? ¿Por qué pagar al jardinero que cuida un parque público si su trabajo beneficia a todos los ciudadanos?

Como el lector podrá percibir, ése es el mismo razonamiento que se encuentra detrás de la necesidad de crear incentivos para que haya propiedad intelectual. ¿Por qué se embarcaría un escritor en usar su imaginación para entregarnos una interesante novela, si ésta, al ser un bien público, puede ser usada por otros gratuitamente? ¿Por qué tener en una empresa un departamento de investigación tecnológica, si los nuevos inventos van a ser de todos?

Este carácter de bien público es inherente a muchas formas de información que, como vimos, no tienen consumo rival y cuentan con costos de exclusión altos. Por ello, una vez producida y difundida, todos se benefician de ella. Una primera solución a este dilema es que el Estado cobre impuestos y produzca la información necesaria. De hecho, ello suele ocurrir y no es inusual ver al Estado involucrado en la producción de cultura o tecnología, por medio de instituciones públicas o subsidios. No es por ello extraño que, la tecnología que permitió la llegada del hombre a la luna, haya sido consecuencia de recursos recaudados principalmente con impuestos, o que sea común encontrar museos públicos o que reciben importantes subsidios del Estado.

Una forma alternativa a la inversión estatal es conceder una suerte de privilegio a quien crea un bien público. De hecho, las patentes o los derechos de autor tienen una gran semejanza con las concesiones, en las cuales se permite a un particular cobrar por la explotación de un bien público, en recompensa a su inversión. De esa manera, si tuviste una idea te concedo un privilegio para cobrar por el uso de la misma. Y al igual que las concesiones, la PI es temporal y dura hasta que la inversión efectuada en la creación o mantenimiento del bien público es recuperada con el cobro que el Estado permite efectuar. Ello sería la justificación de la existencia de propiedad intelectual. Pero a diferencia de las concesiones donde el Estado suele establecer regulaciones para controlar el poder de mercado del concesionario, en particular si se entregan monopolios, ello no ocurre en la propiedad intelectual donde el titular del derecho puede fijar el precio que desee, pudiendo ejercer efectivamente el poder monopólico que, en ocasiones, se le concede. Bajo esa lógica, el concesionamiento debería quedar sujeto a alguna forma de regulación tarifaria y a algún mecanismo de acceso al uso del derecho, similar a como en las concesiones se asegura el acceso de los potenciales usuarios a través de reglas como las de interconexión.

Pero este modelo teórico de la necesidad de «concesionamiento» es desmentido por la realidad. La PI no es el único caso de información pública que es producida privadamente, y lo curioso es que ésa producción se da al margen de la entrega de un derecho exclusivo. Me atrevería a decir que son los privados, interactuando entre ellos, los que generan los mayores volúmenes de información pública sin que sea necesaria la entrega de un privilegio a los que la producen.

Un primer ejemplo, anotado por Pasquel,[10] es el de las noticias. Así, todos los días nos enteramos de lo que pasa en el mundo por la televisión,

---

10. Pasquel Rodriguez, Enrique. «¿No era la Necesidad la Madre de la Inventiva? Por qué Eliminar las Patentes, los Derechos de Autor y el Subsidio Estatal a la Producción de

la radio, los periódicos y revistas. Las empresas a cargo de esos medios invierten una buena cantidad de recursos en obtener, procesar y hacernos llegar esa información, a pesar de que son conscientes que no pueden excluir a otros de reproducirla y distribuirla. Más allá del mérito de la primicia, todos pueden aprovecharse y ser «free riders» del esfuerzo ajeno. A veces, nos venden esa información y los consumidores pagamos por ella por la forma como es presentada, por la cantidad de primicias que tiene, por la verosimilitud que genera o porque nos gusta la diagramación del diario o el aspecto físico del locutor. Pero sobre la noticia misma, no hay derecho de exclusiva. Incluso, la televisión de señal abierta nos trae noticias todos los días sin cobro alguno, gracias a que ha conseguido auspiciadores que mediante publicidad cubren esos costos. Es así que, curiosamente, se produce un supuesto bien público de manera privada, y sin la existencia de PI sobre las noticias. Claro que se podría armar el argumento de que si los medios tuvieran la titularidad exclusiva sobre las noticias habría más incentivos para investigar y descubrir nueva información. Las empresas periodísticas quizás invertirían en más y mejores recursos para detectar noticias, pero al costo de que una vez identificada la noticia sólo los que paguen por ello podrían conocerla y usarla. Las consecuencias de tal sistema serían devastadoras para que los ciudadanos estemos enterados de qué ocurre en que mundo vivimos. Un monopolio sobre información genera el mismo efecto de un monopolio en cualquier otro bien: menor cantidad producida a precios más altos.

Otro ejemplo interesante, también anotado por PASQUEL, citando a David FRIEDMAN es el de la fe[11]. Como señala, es común ver programas religiosos en la televisión o se puede acudir a una iglesia a escuchar un sermón que nos informa sobre una determinada creencia, sin pagar por ello y sin que exista una exclusividad sobre la difusión del mensaje. Esto ocurre porque mucha gente esta convencida, por su fe o creencias, de que debe contribuir económicamente con quienes difunden este tipo de información, generando externalidades positivas a los demás. Como señala el propio PASQUEL:

> «La misma existencia de las grandes religiones es una prueba de que la fe no solo mueve montañas, sino que también produce bienes públicos. La presencia de enormes organizaciones destinadas a satisfacer las necesidades espirituales de las masas de manera mayoritariamente gratuita, es un bien público. La forma de financiarlas es doble. Por un lado,

---

Información.» Monografía presentada en la Reunión Anual del ALACDE. Lima, Abril del 2004. Documento no publicado.

11. Ibid, loc cit.

> nuevamente se ha apelado a la fe como un mecanismo para recaudar contribuciones para la causa que los creyentes apoyan. Las religiones se financian en gran medida mediante contribuciones de sus fieles. Por otro lado, algunas iglesias financian varias de sus actividades ofreciendo bienes privados que subsidian los bienes públicos que producen. Por ejemplo, en ciertas ocasiones la iglesia Católica cobra una suma de dinero por las ceremonias donde brinda un sacramento, como es el caso del matrimonio o el bautizo. El dinero recaudado no solo cubre los costos de la ceremonia, sino que se destina a financiar las actividades de difusión del catolicismo y las numerosas obras sociales que realiza.»

De hecho, muchas de éstas organizaciones no sólo no intentan generar exclusividades sobre ésta información, sino que organizan su actividad de manera que su mensaje sea lo más público posible. Esto es consistente con la satisfacción que tienen algunos autores (entre los que me incluyo), de que se fotocopie lo más posible sus obras, y que se sentirían plenamente realizados cuando la misma comience a ser pirateada de manera masiva, porque permitirá difundir sus ideas.

MARTIN cita como otro ejemplo al lenguaje.[12] Como él señala el lenguaje muestra claramente porqué las ideas deben estar a disposición de todos. El lenguaje de todo tipo puede ser usado libremente por todos y no sólo por quienes lo crean. La invención de una palabra que sirve para comunicarse no concede un uso exclusivo a quien la inventó. Quizás, la única excepción sean justamente las marcas, pero nótese que en ese caso la exclusividad no impide usar la palabra para comunicarse. Un consumidor puede usar la palabra Coca Cola para comunicarse sin pagar por ello, o, incluso, un competidor puede usar la marca de su competencia para incluirla en un anuncio que hace publicidad comparativa. La exclusividad se limita al uso de la marca para identificar productos o servicios.

Pero, quizás el ejemplo más interesante por sus similitudes con algunas formas de PI, sea el conocimiento científico. Los científicos hacen investigaciones y publican sus resultados, asumiendo el costo de su esfuerzo y sin poder excluir buena parte de sus conocimientos del dominio público. No es difícil sostener el argumento que si los científicos pudieran tener más incentivos para investigar, si todo conocimiento que descubrieran pudiera ser protegido por un derecho de exclusiva. Pero a su vez, dicha exclusividad retrasaría el desarrollo de la ciencia, porque lo descubierto por mis antecesores no podría ser usado a bajo costo, lo que dificultaría nuevos descubrimientos. Gracias a Dios, las ideas científicas pueden ser reproduci-

---

12. MARTIN, Brian «Against Intellectual Property». www.uow.edu. (5 de Agosto, 2004)

das, modificadas y reformuladas, sin los problemas que causan las titularidades exclusivas. Como señala MARTIN[13], ello demuestra que es posible una vigorosa actividad intelectual sin PI, y lo es justamente, porque no existen titularidades exclusivas.

Si se quisiera decir que el descubrimiento científico es diferente a inventar algo nuevo, habría que tener en cuenta que ésa es una distinción bastante imprecisa. La patentabilidad del resultado de investigaciones genéticas muestra que todo invento tiene algo de inventiva y algo de descubrir lo que ya existe en la naturaleza.

En la misma línea, RAND señala que la distinción entre crear y descubrir, no sólo no es clara ni rigurosa, sino que tampoco son claras las razones morales por las que se protege con propiedad una actividad y no la otra. Nadie ha creado la materia. Los inventores sólo la manipulan y estructuran de acuerdo a las leyes físicas. Si un ingeniero inventa una nueva trampa para ratones sólo lo hace juntado y ensamblado partes preexistentes para que desarrollen una función que no había sido desarrollada antes. Otros que conozcan este nuevo desarrollo pueden también hacer una trampa de ratones mejorada. Pero la trampa para ratones sólo sigue las leyes de la naturaleza. El inventor no inventó ni la materia de la que esta hecha la trampa, ni los hechos y leyes aprovechadas para hacerla funcionar. Sólo ha descubierto que, puestos estos elementos de esa manera, funciona en cierto sentido.[14]

De manera similar, el descubrimiento de la relación E=mc2 por parte de EINSTEIN, una vez que es conocido por otros, permite manipular la materia de manera más eficiente. Sin el esfuerzo de EINSTEIN, otros estarían en la ignorancia de ciertas relaciones causales en las leyes naturales. Tanto el inventor como el científico teórico, se involucran en un proceso creativo mental que genera ideas nuevas y útiles. Pero uno es recompensado por la PI y el otro no.[15]

Como indica KINSELLA, uno de los problemas es justamente que la PI protege, de manera discriminatoria y arbitraria, sólo cierto tipo de creaciones. Las ideas científicas, filosóficas o matemáticas no pueden ser protegidas por las reglas vigentes. Sólo se protegerán las aplicaciones prácticas de esas ideas.[16]

---

13. Ibid, loc cit

14. KINSELLA, op cit, loc cit.

15. Ibid, loc cit.

16. Ibid, loc cit.

Todo esto significa que, sin perjuicio de lo que dice el modelo teórico descrito líneas arriba para justificar la PI, existen otras experiencias que demostrarían que no es necesaria la existencia de derechos de exclusiva para producir importantes cantidades de información pública.

Destaquemos que no estamos diciendo que la PI no pueda incentivar una mayor creación en ciertas personas. De hecho, estamos convencidos que es así. Pero, no se puede afirmar que sin PI no habría creación. Por otro lado, la PI genera distintos costos para la sociedad, incluyendo a los consumidores, y puede estar retrasando otros esfuerzos creativos. La pregunta no es, por tanto, si la PI incentiva o no la innovación y la creatividad. La pregunta es si los volúmenes de innovación que incentiva, es decir aquella parte de la innovación que no se produciría si no hubiera PI, justifica los costos sociales que la exclusividad está generando.

En los puntos siguientes analizaremos los costos y beneficios de la PI, en particular de las patentes y los derechos de autor, para dar respuesta a estas preguntas.

## III. LOS COSTOS DE LA PI.

Antes de evaluar los beneficios que nos trae la propiedad intelectual, en particular las patentes y los derechos de autor, quisiera evaluar los costos que este sistema genera.

### 3.1 La restricción a la competencia.

El primero de esos costos, y el más evidente, es el asociado con el monopolio que puede crear. Si bien uno puede discutir que no siempre la PI crea un monopolio, no es extraño que esa sea la consecuencia. Es cierto que la titularidad de VARGAS LLOSA sobre uno de sus libros no le da un monopolio en el mercado de literatura, pues sus libros compiten con la de otros autores, como GARCÍA MÁRQUEZ o BRYCE ECHENIQUE. Lo mismo se puede decir del invento del Betamax que compitió y fue derrotado en dicha competencia por el VHS. Por el contrario, si hay invenciones que crean monopolios. La cura recién descubierta de una enfermedad, creará un monopolio hasta que no se descubra otra cura o se extinga la patente.

Pero sin perjuicio si se llega o no a crear un monopolio, es claro que la PI reduce la competencia, pues el autor o el inventor eliminan como competidores a los consumidores de sus ideas. Dado que nadie más que VARGAS LLOSA puede autorizar que se reproduzcan sus obras, quienes compren sus libros no podrán competir en la reproducción y distribución de las mismas.

Esta restricción de la competencia genera los costos comúnmente asociados con el monopolio. En primer lugar, restringe la disponibilidad de ideas: menos gente leerá a VARGAS LLOSA de la que lo leería si la competencia fuera posible. De la misma manera, menos enfermos podrán usar una medicina recientemente descubierta. En segundo lugar, y en lo que no es sino la otra cara de la moneda, los precios de las obras e inventos serán mucho más elevados como lo demuestra la súbita y radical caída de los precios de un producto cuando expira el plazo de protección de la PI y pasa a dominio público. La restricción a la competencia enriquece a los productores por encima de lo que ocurriría en un mercado plenamente competitivo, y ello, a costo de los consumidores que ven reducido su excedente en el mercado.

Este es el costo menos controvertido, pues virtualmente hasta los más fervientes defensores de la PI reconocen que ésta generará menos producción a mayor precio, un resultado sin duda no deseado. Pero los defensores de la PI ven esto como un mal necesario, en atención a los supuestos grandes beneficios que la propiedad intelectual genera en términos de innovación.

### 3.2 La reducción de la innovación y el desarrollo.

Aunque suene paradójico, la PI puede justamente ir contra el que se supone es su objetivo principal, es decir, motivar más innovación. Así, las titularidades exclusivas que concede, pueden ser utilizadas justamente para impedir el desarrollo de nuevas invenciones o restringir una mayor creación artística y literaria de la que desean los consumidores.

Sin duda, el conocimiento e información anteriores son esenciales para crear y generar nueva información. Pero, muchas veces las patentes o los derechos de autor, son justamente usadas para restringir el espacio en el que nuevos descubrimientos o desarrollos pueden efectuarse, o para conducirlos por caminos que no necesariamente son los más adecuados. Veamos algunas de las consecuencias de las patentes en la innovación.

*a) Retrazo de la innovación y creatividad por la PI.*

Un buen ejemplo es el de Henry FORD, quien no tenía la patente del automóvil y tuvo que sostener una lucha por años contra un cartel titular de la patente y que no quería que se produjeran automóviles económicos. Sin duda, durante esos años muchos consumidores se vieron privados de modelos de automóvil que hubieran podido tener, si las patentes no hubieran existido.[17]

---

17. COLE, Julio. «Patentes: Costos y Beneficios», loc cit.

Así, en «*1895 (…) George B. Selden, un abogado especializado en propiedad intelectual, obtuvo la patente del automóvil a gasolina. Posteriormente, quien tuvo su titularidad fue la Association of Licensed Automobile Manufacturers, un cartel que se encontraba decidido a impedir la producción masiva de modelos más baratos por un nuevo y avezado empresario llamado Henry Ford. Éste, debido a que no compartía la titularidad de la patente, tuvo que librar una larga y costosa batalla legal contra el cartel -que se decidió a su favor en 1911- para poder revolucionar el mundo con su novedoso sistema de producción y poner al alcance de millones de personas su popular «Modelo T»*».[18]

Un ejemplo aún más dramático es el de la aviación. Como reseña BITTLINGMAYER:

> «Orville y Wilbur Wright … imitaron el vuelo de las aves al construir un mecanismo que deformaba el plano horizontal de las alas de un avión en ambos lados en direcciones contrarias. Ellos patentaron este mecanismo y afirmaron en su patente que sus derechos se extendían a cualquier sistema que variaba los 'márgenes laterales' en direcciones contrarias.» Otro grupo de pioneros de la aviación, financiados por Alexander Graham Bell, «sabían acerca de la patente de Wright pero aparentemente tenían reservas acerca del método de deformar las alas (….) Bell sugirió usar alas plegadizas, o 'alerones,' que habían sido utilizadas en Francia. [Glenn] Curtiss posteriormente incorporó este concepto en sus exitosos vuelos de 1908 (….) Los Wright demandaron a Curtiss por infracción de patente en 1909, argumentando que su método se aplicaba también a las alas plegadizas. Después de un largo litigio, Orville Wright, (…), ganó el juicio en 1914 (….) Curtiss [entonces] hizo un pequeño cambio en su método para controlar los alerones, lo que obligó a la empresa de Wright a plantear una nueva demanda. Orville Wright vendió su empresa en este punto, pero la empresa sucesora prosiguió con el pleito. Sin embargo, con la inminente entrada de los Estados Unidos en la Primera Guerra Mundial, el gobierno buscó una solución al litigio sobre la patente, puesto que algunas firmas estaban renuentes a aceptar contratos [de fabricación de aviones] debido a la posibilidad de demandas judiciales por violación de patente. La empresa Wright-Martin (…) amenazaba con demandar a quienes consideraba infractores de su patente, en efecto, cualquier fabricante de aeroplanos»[19]

Así los pioneros de la aviación resultaron siendo los causantes del retraso en su desarrollo. La competencia para descubrir la máquina que pu-

---

18. PASQUEL, op cit, loc cit.

19. Citado por COLE, Julio «Patentes: Costos y Beneficios» loc. cit.

diera volar era muy intensa en ese entonces, y su descubriendo era cuestión de tiempo. No parece muy lógica la concesión de un monopolio en esas circunstancias.

Otro caso es el de la máquina a vapor. Durante más de veinte años, James WATT impidió el desarrollo de máquinas a vapor más modernas a las que él había patentado. Algunos sostienen que el verdadero desarrollo durante la Revolución Industrial, comienza el día en que expira su patente, en 1785.[20].

Un caso reciente es el reseñado por COLE en el campo de la biotecnología:

> «En Octubre de 1992, la Oficina de Patentes de Estados Unidos otorgó a una sola empresa, Agracetus Inc. de Middleton, Wisconsin, una patente para derechos sobre toda forma de ingeniería genética en algodón, no importa cuáles técnicas o genes sean usados para crearlas. Al respecto, un ejecutivo en esta industria comentó: «Es como si el inventor de la línea de ensamblaje hubiese obtenido derechos de propiedad sobre todos los bienes producidos en masa, desde automóviles hasta lavadoras de ropa»»[21]

De hecho, las patentes sobre material genético han conducido a la paradójica situación en la que los países pobres tienen hoy que pagar a los países ricos, por el uso de semillas que los primeros venían usando por siglos.

Este tipo de situaciones pueden también presentarse en el campo de los derechos de autor. Como reseña PASQUEL:

> «La estrategia usual es que un artista desconocido demanda a uno exitoso alegando que copió su obra. Un caso muy sonado es el de un cineasta apellidado Litchfiled, que demandó a Steven Spielberg alegando que «E.T.» no era más que una burda copia de su película «Lokey from Maldomar». Sin embargo, el caso más sorprendente es el de Ashleigh Brilliant, quien acuñó más de 7,500 aforismos por los que ganó más de cien demandas de violación de derechos de autor[22].»

*b) El uso de patentes defensivas.*

Pero el retraso en la inventiva y creación pueden no sólo ser un simple «daño colateral» de la existencia de la PI. En ocasiones, la PI concede facul-

---

20. PASQUEL, op. cit., loc. cit.

21. COLE, Julio. «Patentes: Costos y Beneficios» loc. cit.

22. PASQUEL, op. cit, loc. cit.

tades que pueden ser usadas intencional y estratégicamente, no para mejorar la provisión de inventos y obras existentes, sino para restringir dicha provisión y al hacerlo restringir de paso la competencia. Muchas patentes se obtienen con la intención de evitar que se den innovaciones que compitan con las propias. Ello, además significa el gasto y desperdicio de recursos para desarrollar patentes que no van a ser comercializadas, y cuyo único fin es evitar que otras patentes se desarrollen. Como indica COLE:

> «…los dueños de la patente también tienen incentivos para hacer lo mismo (i.e., «inventar alrededor» de sus propias patentes) a fin de impedir competencia potencial. En la medida en que éstas actividades son inducidas por el mismo sistema de patentes, los recursos que consumen (lo mismo que los gastos legales asociados) son esencialmente un desperdicio desde el punto de vista social, y deberían considerarse como otro costo del sistema. Para citar un ejemplo, Bresnahan (1985) menciona que para proteger su posición monopólica en el mercado de fotocopiadoras de papel común, Xerox patentó cada aspecto imaginable de su tecnología. «IBM había gastado millones para 'inventar alrededor' de las principales patentes de Xerox, cerca de 25 % de lo presupuestado fue gastado en consultas legales, no en investigación y desarrollo»[23]

Otro ejemplo es el de AT&T que desde sus inicios en 1875 obtuvo patentes para asegurar su monopolio en teléfonos. También se retrasó la entrada de la radio por 20 años. Y la General Electric obtuvo una serie de patentes para impedir el desarrollo de la luz fluorescente y así proteger su producción de luz incandescente.[24]

Ejemplos más recientes muestran el uso de patentes para retrasar el desarrollo de servicios por Internet. Amazon.com ha patentado la compra con «one-click», es decir la posibilidad de comprar ítems en Internet usando un «click» del «mouse» restringiendo el uso de un sistema tan difundido para otras páginas Web. Y British Telecom anunció su intento poner en vigencia una patente sobre la idea de hipertextos, fundamento de funcionamiento de virtualmente todas las páginas Web del mundo.[25]

Estas situaciones se presentan por una simple explicación económica. El monopolista tiene incentivos para defender sus ingresos monopólicos descubriendo nuevas patentes. Su investigación tecnológica se orientará entonces a descubrir no patentes útiles, sino defensivas. Mientras tanto, un

---

23. COLE, Julio. «Patentes: Costos y Beneficios» loc cit.

24. MARTIN, op cit, loc cit.

25. CALLAHAN, Gene «Rethinking Patent Law» www.mises.org

potencial entrante que busca una nueva patente que le permita competir con el monopolista, hace el esfuerzo para obtener una renta de competencia. Mientras uno lucha por una renta excepcionalmente alta, el entrante lo hace para ganar una renta común en el mercado. Ello explica porqué el monopolista tiene más incentivos para desarrollar patentes defensivas que el potencial entrante en desarrollar patentes que le permitan entrar al mercado. El resultado es un gran desperdicio de recursos y un desincentivo a generar innovación realmente valiosa.[26]

*c) Retraso en el desarrollo de economías de red.*

Como sabemos, en el mundo actual, el desarrollo de economías de red en distintos campos es esencial. Mercados como el de Internet, computadoras, telecomunicaciones, etc., requieren del desarrollo de redes cada vez más grandes e integradas. Justamente el desarrollo tecnológico juega un rol crucial para reducir las externalidades de red que pueden producirse.

Existe una externalidad de red cuando la decisión de consumo de una persona incrementa el valor del consumo de ese mismo producto a los demás. Por ejemplo, el valor de una red de telefonía incrementa cada vez que se incorpora un nuevo usuario, porque cada uno de los demás está en capacidad de comunicarse con más personas. Un solo teléfono carece de valor pues no permite comunicarse con nadie. Recién con un segundo teléfono el primero adquiere algún valor, valor que se incrementa con cada teléfono adicional.

Para integrarse a una red, la tecnología debe ser compatible. Sin embargo, las patentes pueden impedir o elevar los costos a un potencial entrante para usar una tecnología compatible, y así, incorporarse a la red, porque justamente la PI se lo prohíbe. El resultado, es un crecimiento más lento de las redes y por tanto una reducción del valor de las mismas.[27]

Un ejemplo de éste efecto es el caso de Microsoft y su programa operativo Windows. La discusión del problema parece haberse centrado en el hecho de que estamos frente a la aplicación de la legislación antitrust o antimonopolio. No obstante, quizás la solución al problema se encuentra en realidad en los derechos de autor de Microsoft sobre su software. Sin duda existe hoy una inmensa red de computadoras que son compatibles entre ellas, permitiendo que un archivo de Word pueda correr en cualquier com-

---

26. Para una discusión interesante sobre este tema revisar MENELL, Peter S. «Intelectual Property: General Theories» www.dklevine.com.

27. Para un desarrollo sobre este tema revisar MENELL, op cit, loc cit

putadora que tenga Windows. Ello es bueno y deseado por los consumidores, aumentado el valor integral de la red cada vez que una computadora con Windows es introducida al sistema. Pero los derechos de PI hacen que ese programa sea caro, lo que conduce al uso de programas más baratos pero no realmente compatibles, lo que a su vez retrasa el crecimiento y el nivel de integración de la red, y por tanto, el valor agregado de la misma. En pocas palabras, un cambio en las leyes de propiedad intelectual hubiera convertido el costoso litigio antitrust en totalmente innecesario.

### 3.3 Los costos de «enforcement».

Como vimos anteriormente, una de las características de la propiedad intelectual son los altos costos de exclusión de terceros, justamente por el carácter intangible de las ideas y la información que protege. En ese sentido, hacer cumplir las leyes de PI es mucho más costoso que hacer lo mismo respecto de la propiedad sobre bienes tangibles.

Eso significa la creación de autoridades especializadas en las labores de cumplimiento de este tipo de leyes, litigios frecuentes y costosos, y dificultades para hacer cumplir las decisiones y sentencias que se adopten en el área. Si la PI no existiera, se ahorrarían todos esos costos a la sociedad.

A título de ejemplo, un solo proceso legal entre Kodak y Polaroid por una patente, duró 14 años y tuvo un costo para Kodak de cerca de 100 millones de dólares. Se estima que el gasto de empresas norteamericanas en litigios de patentes supera al año los 4 mil millones de dólares. Y se trata de cifras que vienen creciendo. En Estados Unidos, el número de demandas por violaciones de patentes se dobló en la década pasada, de 1,171 en 1991 a 2,484 en el año 2000[28].

## IV. LOS BENEFICIOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

Como hemos visto, los costos del sistema de PI son enormes. Pero costos altos no es sinónimo de caro. Las cosas son caras no sólo por lo que cuestan, sino por lo que recibimos a cambio de ese precio. En ese sentido, todos los costos reseñados estarían justificados si los beneficios de la propiedad intelectual fueran suficientes como para justificarlos. ¿Justifica la PI lo que nos cuesta tenerla?

El beneficio que nos trae la PI es la innovación. Pero nótese que no es toda la innovación, sino sólo aquella que es causada por la existencia de los

---

28. PASQUEL, op cit, loc cit.

derechos de PI, es decir aquella que no existiría si no hubiera PI. Ello no equivale a todas las patentes y derechos de autor existentes. Como veremos, una buena parte de ellos existiría igual sin PI pues hay otros incentivos para crearlos.

Y ni siquiera ese análisis es suficiente, pues como vimos, la propia existencia de PI desincentiva otro tipo de creaciones e innovaciones. Por ello, el resultado de ese desincentivo debe ser descontado de los beneficios que la PI nos trae.

Es indudable que la PI motiva cierto nivel de creación e innovación. No hay que ser un genio para descubrir que un monopolio incentiva, a quien quiere tenerlo, a invertir recursos para alcanzarlo. La pregunta en realidad es si la PI vale lo que cuesta.

Sospecho que los beneficios generados, si bien existen, son bastante más modestos de lo que se cree. Y en todo caso, la forma como hemos reconocido la propiedad intelectual (alcance de los derechos, plazo de protección, etc.) genera costos excesivos que podrían ahorrarse, reduciendo los estándares de protección, sin reducir sustancialmente los incentivos para crear e innovar. Por ejemplo, es difícil explicar porqué un escritor necesita de una protección de 70 años, luego de su muerte, para verse motivado a escribir. Realmente un plazo de 10 años no haría mucha diferencia en los beneficios, pero sí reduciría sustancialmente los costos. De manera similar, no está muy claro que no reconocer al autor de una canción el derecho a cobrar por la ejecución pública de la misma en un pub o en un bar, lleve a que haya menos canciones de las que habría si se reconociera sólo el derecho a la no reproducción de discos.

Quizás una de las evidencias más sugestivas en contra de establecer una clara relación entre PI y la innovación y la creatividad es la propia historia. Importantes niveles de creatividad se han dado en épocas históricas en las que la PI, tal como la conocemos, no existía.

Grandes obras clásicas del arte y la literatura se produjeron cuando los derechos de autor no existían. Desde HOMERO hasta SHAKESPEARE, numerosos literatos escribieron sus obras cumbres sin tener derecho a controlar su reproducción y distribución.

Algo similar ocurre con grandes inventos, antes de que existieran las patentes. La rueda fue inventada por alguien que aparentemente no tenía ningún interés en tener una exclusividad sobre su idea. Y ello, a pesar de que existen externalidades positivas enormes, a favor de los demás que podían usar su invento sin pagar. A este brillante inventor, ni siquiera se le reconocen los derechos morales, pues es un inventor anónimo. Numerosos inventores siguieron su ejemplo. Leonardo DA VINCI se esforzó de manera

importante para descubrir artilugios en los que sabía no tendría nunca una exclusividad.

El análisis histórico genera, en el mejor de los casos, tremendas dudas. ASHTON decía que «*Es muy posible que, sin el aparato de la protección [de patentes], las invenciones se hubieran desarrollado con la misma rapidez con que lo hicieron,*» y MOKYR que «*El sistema de patentes podría haber sido un estímulo a la invención, pero obviamente no fue un factor necesario,*»[29]

El premio Nobel de Economía, Douglass NORTH, por el contrario afirma que las patentes sí fueron muy importantes. Argumenta que las patentes tuvieron un impacto significativo, pero reconoce que es sólo uno de los factores relevantes, pues «*Sería erróneo poner demasiado énfasis en una sola ley … Más importante que la ley de patentes per se es el desarrollo y aplicación de un corpus de derecho impersonal que protege y garantiza contratos que especifican derechos de propiedad*» pues, refiriéndose por ejemplo al transporte marítimo « *… menores costos de transacción – resultado de reducciones en la piratería, naves más grandes, mayor comercio, y menor tiempo en puerto – resultaron en significativos incrementos en productividad, empezando (por lo menos) 150 años antes de la Revolución Industrial; y esos factores, más que el cambio tecnológico, explican los incrementos en la productividad*»[30]

Reiteramos que ello no quiere decir que no se reconozca que las patentes y los derechos de autor sí pueden motivar a varios a crear. Pero la historia demuestra que la PI no es una condición «sine qua non» para que la creatividad nos traiga nuevas ideas. Así, parece que la supuesta falta de incentivos del carácter público de las ideas, es corregida por algunos factores distintos.

Por otra parte, diversos estudios empíricos citados por MENELL, muestran la ambigua o débil relación entre innovación y PI. (MANSFIELD, 1986; SCHWARTZMAN, 1976; TAYLOR and SILBERTSON, 1973). Estos estudios, determinaron que las patentes rara vez eran el medio principal de apropiarse de ingresos en la mayoría de industrias, con la excepción de las industrias farmacéutica y química. En muchas industrias, ser el primero en introducir un producto, el progreso rápido bajo la curva de aprendizaje y otros factores, han demostrado ser tanto o más importantes que la PI, la que jugó un rol relativamente modesto.[31]

---

29. Citados por COLE, Julio. «Patentes: Costos y Beneficios» loc cit

30. Ibid, loc cit.

31. MENELL, op cit, loc cit.

En uno de los estudios de MANSFIELD se investigaron 31 patentes contestando la pregunta ¿Qué proporción de éstas innovaciones se hubieran introducido con atraso (o nunca) si no se hubieran podido patentar?

Las respuestas de las empresas arrojaron que cerca de la mitad de los inventos no se hubieran producido sin PI. Pero, la mayor cantidad de estos casos se produjeron en la industria farmacéutica. Si se excluía la industria farmacéutica, sólo se hubiera afectado la generación del 25% de las invenciones de no haber protección de la patente.[32] En un segundo estudio, los resultados fueron aún más negativos:

> «Según datos detallados obtenidos de una muestra aleatoria de 100 empresas en 12 industrias manufactureras, la protección de patentes se consideró esencial para el desarrollo o introducción de un tercio o más de las invenciones durante 1981-83 en sólo dos industrias— farmacéuticos y químicos. Por otro lado, en 7 industrias (equipo eléctrico, equipo de oficina, vehículos motorizados, instrumentos, metales primarios, hule y textiles), la protección de patentes se estimó esencial para el desarrollo e introducción de menos del 10 por ciento de sus invenciones. De hecho, en las industrias de equipo de oficina, vehículos motorizados, hules y textiles, las empresas fueron unánimes en reportar que la protección de patentes no fue esencial para el desarrollo o introducción de ninguna de sus invenciones durante éste período.»[33]

COLE comenta que incluso muchos de los estudios que suelen citarse para favorecer la existencia de la PI, lo hacen sin advertir que no necesariamente sustentan su punto:

> «A menudo se citan en este contexto los famosos estudios pioneros de Robert Solow y Edward Denison sobre la importancia del progreso técnico para explicar el crecimiento económico. Lo interesante, sin embargo, es la manera como se citan estos estudios. Estas citas se realizan en forma muy general, y daría la impresión de que los autores que emplean este recurso, quisieran atribuir la totalidad de dicho progreso técnico a los inventos patentados. El hecho, sin embargo, es que el concepto de «progreso técnico» en los estudios tipo Solow-Denison es un concepto muy general que abarca, en principio, cualquier incremento en la producción que no puede atribuirse directamente al incremento en el uso de insumos o factores básicos de producción, i.e., es equivalente a lo que hoy en día llamamos «productividad total de factores.» Esto incluye no

32. COLE, Julio. «Patentes: Costos y Beneficios.» Loc cit.

33. Ibid, loc cit.

> sólo el efecto de nuevas tecnologías (no todas las cuales representan invenciones patentadas), sino también los efectos de economías de escala, y de mejoras en la calidad de la fuerza laboral, incluyendo mejor educación (Denison trata de separar el efecto de la educación), la salud y estado nutricional de la fuerza laboral, e incluso cambios en su composición demográfica. Sería pues, un grave error atribuir todo «progreso técnico» únicamente a la innovación tecnológica. Pero aún, descontando los importantísimos efectos de la educación y otras mejoras en la calidad de la fuerza laboral, atribuir el efecto residual únicamente a un determinado tipo de innovación tecnológica (inventos patentados) sería como atribuir el efecto de la «educación» únicamente a la enseñanza que se imparte en escuelas formales (error que también se comete muy a menudo). El hecho, sin embargo—y contrariamente a lo que se supone en la literatura pro-patentes—es que los inventos patentados sólo explican una fracción del incremento en la productividad total.»[34]

Y luego, cita a GRILICHES, quien nos dice:

> «… no todo el incremento en la productividad se debe a la invención y sólo una fracción de esta última surge de los inventos patentados. Si tomamos 1.5 a 2.0 por ciento como la tasa aproximada de crecimiento anual en la productividad, al menos la mitad de ella se debe al mejoramiento en la calidad de la fuerza laboral, economías de escala, y diversas asignaciones de capital entre activos e industrias. Es más, es poco probable que los inventos patentados expliquen más de la mitad de los avances relevantes en conocimientos. Esto nos deja a lo sumo una cuarta parte del crecimiento total en la productividad, y una fracción desconocida de sus fluctuaciones, que podría atribuirse a los inventos patentados.»[35]

En derechos de autor, también hay varios factores que explican la creatividad, distintos a la PI. Como decíamos antes, muchos autores escriben obras por razones distintas a la remuneración económica. Lo hacen por prestigio, que le permite ganar dinero en otros mercados, o simplemente por satisfacción personal o académica. Ése es quizás el caso de la mayoría, sino todos, los autores que escriben libros de Derecho. Como comenté antes, me sentiría muy satisfecho con que se pirateara este libro, situación en la que se encuentran un buen número de autores. La verdad es que, de los títulos publicados, sólo una fracción muy reducida es realmente rentable para el autor.

---

34. Ibid, loc cit.

35. Ibid, loc cit.

Por otra parte, incluso para quienes desean ganar dinero con sus obras, se encuentran otros mecanismos para conseguir tales fines sin pasar por la existencia de derechos de autor. Obras clásicas como «Los Tres Mosqueteros» o «Los Miserables» no fueron escritos propiamente como libros, sino como entregas por fascículos en periódicos, de manera similar a lo que ocurre hoy con una serial o una telenovela. Los lectores compraban el periódico para enterarse la continuación de la historia, y de las mayores ventas se pagaba al autor. Es la primicia y no la exclusividad la fuente del ingreso.

SHAKESPEARE escribía teatro por lo que las representaciones continuas de la obra le permitían cobrar a los asistentes, siendo altos los costos de reproducir y difundir la obra. Si no hubiera derechos de autor sobre la música, posiblemente los autores todavía seguirían escribiendo para conseguir que vaya gente a ver sus conciertos o recitales pagados.

Otra figura muy común, cuando no existían derechos de autor, era el mecenazgo. Importantes familias, en especial durante el Renacimiento, patrocinaban a autores y artistas para ganar prestigio. Hoy, importantes empresas estarían dispuestas a patrocinar cantantes, literatos y hasta artistas plásticos sólo para publicitar sus productos y servicios o para ser reconocidas como entidades que apoyan el arte o la cultura. En esos casos, ellos financiarían aquellos costos que el autor no puede recuperar por medio de un inexistente derecho de autor.

Otro ejemplo de una idea parecida, sería la de los fabricantes de hardware, quienes tendrían interés de que exista software para poder vender sus máquinas. Como señala PASQUEL, eso es lo que hizo Apple al vender computadoras Macintosh (bien privado), regalando el programa MacWrite (bien público).[36]

Pero el problema no es sólo la relación entre PI e innovación, sino la relación entre la PI tal como la han concebido las leyes vigentes y la innovación.

Es evidente que cuando más derechos y facultades se conceda al titular para excluir a terceros, más fuerte será el monopolio, y por tanto, mayores los costos que impondrá la PI a la sociedad. La amplitud de éstas facultades se expresan de diversas formas, las que incluyen el tipo de actos sobre los que el titular tiene derecho de exclusión (sólo reproducción de discos o además ejecución de la obra en público, o incluso, en privado), los plazos de protección (a más largos más fuerte y socialmente costoso será el monopolio que se concede), etc.

---

36. PASQUEL, op cit, loc cit.

Incluso, aceptando que cierta exclusividad es necesaria, la pregunta que surge de inmediato es «cuánta exclusividad» es necesaria para fomentar la innovación.

Por ejemplo, es poco probable que un periodo de protección de un derecho de autor por 1,000 años incentive mucho más la producción intelectual a un plazo de protección de 10 años. La razón es que, nadie hace una inversión de tiempo y recursos para recuperarla en 1,000 años. Su expectativa de plazo para el retorno es mucho menor, pues dentro de 1,000 años ya estará muerto. Pero, cabe preguntarse si un plazo de 70 años, después de muerto el autor, incrementa realmente la creatividad, o bastaría solo 10 años de protección para lograr lo mismo.

Sin embargo, los titulares de los derechos de exclusiva, luchan continuamente para ampliar los plazos y así incrementar sus rentas, a pesar que no es probable que plazos más largos incentiven realmente la innovación.

A título de ejemplo, en los Estados Unidos, en 1790, un autor estaba protegido por 14 años, renovables por otros 14. En 1831, se elevó el plazo a 28 años, renovables por otros 14. En 1909, se volvió a renovar el plazo a 28 años, renovables por otros 28. En 1976, se dio protección por toda la vida del autor, más 50 años en caso de personas naturales, y a empresas se reconoció 75 años. Recientemente, en 1998, el plazo se volvió a ampliar a la vida del autor más 75, y en el caso del corporativo (derechos de empresas) a 95 años. Lo curioso de éste último cambio, es que se aprobó retroactivamente, permitiendo que patentes que estaban por vencer se renovaran automáticamente, a pesar que en esos casos las obras existentes ya no requieren de incentivos, justamente porque ya habían sido creadas. Ello muestra la ampliación del plazo, más como el resultado de «rent seeking» o búsqueda de rentas por grupos interesados, que por una intención real de incrementar la innovación y creatividad.

Como acertadamente comenta COLE:

> «Sería muy difícil explicar esta evolución histórica apelando a la teoría que usualmente se emplea para justificar la «propiedad intelectual,» i.e., la idea de que estos derechos exclusivos son necesarios para proporcionar «incentivos» para creación literaria y artística. (… )Las sucesivas prolongaciones de la duración del copyright, sin embargo, claramente desmienten cualquier noción de «propiedad intelectual como incentivo»: ése no ha sido el motivo real de las enmiendas. ¿Cuántas obras literarias o musicales se hubieran dejado de producir en los últimos dos siglos si se hubiera mantenido la duración máxima de 28 años? Probablemente muy pocas, pero la pregunta es irrelevante porque no se trata realmente de eso. La realidad es que el tema de los incentivos es simplemente una fachada, para disimular el verdadero propósito, que siempre

> ha sido prolongar la duración de monopolios muy rentables. En teoría, las leyes de propiedad intelectual existen para proporcionar incentivos a la creación; en la práctica, sólo son una forma muy efectiva de rent-seeking.»[37]

Al comentar la llamada Ley Bono, que es justamente la que ha establecido el plazo de 70 años luego de la muerte del autor y 95 años de plazo para derechos de autor corporativos, el propio COLE señala:

> «Al parecer, la Ley Sonny Bono fue promovida por grupos empresariales vinculados a la industria cinematográfica, y con fuerte apoyo de parte de ejecutivos de la empresa Disney, quienes estaban interesados en evitar que varios de sus conocidos personajes pasaran al dominio público (empezando por «Mickey Mouse,» cuyo copyright estaba por caducar en el año 2003)—véase «Free Mickey Mouse,» The Economist (Oct 12, 2002), p. 73. Esta actitud no es sorprendente, considerando el gran valor comercial de estos copyrights, pero no deja de ser un tanto irónico que esta empresa trate por todos los medios de impedir que sus personajes pasen al dominio público, siendo que, probablemente ninguna otra empresa en el mundo se ha beneficiado tanto de la existencia de personajes e historias tomadas libremente del dominio público: Blancanieves, Pinocho, La Sirenita, El Libro de la Selva, El Jorobado de Notre Dame, para citar sólo unos pocos ejemplos.»[38]

El tema no se agota entonces, sólo en el plazo, sino en los alcances de la protección, lo que incluye el tipo de ideas que se protegen con PI.

Por ejemplo, es poco probable que Jeff BEZOS, el titular de Amazon, no hubiera imaginado la compra con un solo clic del «mouse» si no hubiera tenido protección de una patente. Por ello, conceder protección a ese tipo de ideas carece de sentido.[39]

Muchas veces, los extremos de protección que se exigen son tan ridículamente exagerados, que es claro que no motivan el desarrollo de innovación de ningún tipo.

Por ejemplo, en 1996, la ASCAP (American Society of Composers and Performers), envió cartas a los campamentos de verano en Estados Unidos, solicitando el pago de regalía anual, para que los niños que acuden a esos campos pudieran cantar canciones alrededor de una fogata, por ser «ejecu-

---

37. COLE, Julio. «Propiedad Intelectual: Comentarios Sobre Algunas Tendencias Recientes» www.economia.ufm.edu

38. Ibid, loc. cit.

39. CALLAHAN, op cit, loc cit.

ciones públicas» de dichas canciones, a cambio de las cuales, los campamentos recibían una compensación monetaria, expresada en el pago de los padres por enviar a sus hijos, motivados entre otras cosas, por los alegres cantos alrededor del fuego. Comentando el caso COLE nos dice:

«Naturalmente, hubo un revuelo, con airadas protestas de indignados padres de familia, y la imagen pública de ASCAP quedó por el suelo, lo que al final los llevó a desistir del cobro de las sumas inicialmente exigidas, conformándose con un pago nominal (un dólar por año por campamento). Lo interesante, sin embargo, es que incluso ese pago nominal representa un reconocimiento formal del principio defendido por ASCAP: que las canciones son propiedad del titular del derecho de autor, y que cualquier ejecución pública de la misma, incluso por parte de escolares cantando alrededor de la fogata, se hace con permiso y venia del propietario. Más interesante aún, es el argumento planteado por uno de los abogados de ASCAP: «Ellos [los campamentos] compran papel y otros materiales para sus manualidades, también pueden pagar por la música [que utilizan].... Si siguen cantando [nuestras canciones] sin pagar, los demandaremos si es necesario.»

Probablemente sin darse cuenta, este abogado expresó en forma muy elocuente la falacia básica que fundamenta todo concepto de propiedad intelectual. Cualquier economista le podría explicar que hay que pagar por los materiales que los niños utilizan en sus manualidades por una razón muy simple: estos materiales son escasos, y tienen usos alternativos, por lo que tienen un costo de oportunidad. La cartulina que se emplea para pintar, no se puede utilizar al mismo tiempo para otra cosa. Con las canciones, sin embargo, no ocurre lo mismo. Si los niños cantan una canción alrededor de la fogata, ésta no se gasta, otras personas la pueden cantar también. No tienen un costo de oportunidad, y por tanto, no son bienes escasos.»[40]

Otro caso, igualmente ridículo, se dio en España, donde dos entidades de gestión colectiva, la Sociedad General de Autores de España (SGAE) y la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGDI), exigieron a una empresa hotelera el pago por el uso de música en las habitaciones de los huéspedes. La pretensión fue desestimada, justamente porque los hoteles se defendieron señalando que el cuarto de un huésped era en realidad un domicilio temporal, por lo que se trataba de una ejecución de uso privado.[41]

Cabría preguntarse cuánto incentivará a los autores cobrar por las canciones que los niños cantan alrededor de la fogata, o la música que se escu-

---

40. COLE, Julio. «Propiedad Intelectual: Comentarios Sobre Algunas Tendencias Recientes», loc. cit.

41. Ibid, loc cit.

cha en el cuarto de un hotel. Probablemente nada. Sin embargo, la PI autoriza al titular a meterse en nuestra vida y realizar actividades que, parece, deberían desarrollarse fuera de toda interferencia.

En todo caso, si dudamos sobre las bondades de la PI para fomentar la innovación, estamos seguros que los niveles de protección actual son exagerados e innecesarios para lograr tales fines, y reflejan más intentos de captura de rentas que una auténtica preocupación por incrementar la creatividad.

## V. ¿Y DÓNDE ESTARÍA EL ROBO?

Hasta ahora, hemos mostrado los inconvenientes de algunas formas de propiedad intelectual, las dudas que genera su existencia y la convicción de que, en el mejor de los casos, los niveles de protección resultan excesivos, si el objetivo es fomentar la innovación. Ello significa que podrían estarse generando ineficiencias, dado los tremendos costos que la PI genera frente a sus ambiguos beneficios. Pero como el título de este trabajo sugiere, ¿Dónde estaría el aprovechamiento de lo ajeno? ¿Qué podrá estar «robando» el titular de una patente o de un derecho de autor? ¿Cuál sería el acto de «piratería» que se reclama?

Evidentemente, el término «robo» no se esta usando en su aceptación legal. Solo se roba cuando se vulnera un derecho de propiedad legalmente definido, con lo que robar algo, depende de lo que dice la Ley. Dado que la Ley reconoce el derecho de PI, su ejercicio no es un robo, como no es robo cortar flores en el campo, hasta que la Ley le concede derecho de propiedad a alguien.

Aquí el término «robo» se usa como afectación de un interés que debería estar protegido, pero que la PI limita los derechos sin justificación. En realidad, estamos diciendo que la PI le está quitando a alguien, algo que no debería quitarle. Muchas veces, ese interés está inicialmente reconocido y protegido por un derecho, pero la existencia de la PI restringe los límites naturales de tal derecho, para imponer otros que no parecen tan naturales.

Como bien anota KINSELLA, la PI da derechos parciales de control sobre la propiedad tangible de los demás. Ello, porque el titular de un derecho de PI puede prohibirle al propietario de un bien tangible, que desarrolle ciertos actos dentro de su propio derecho. De este modo, el titular de un derecho de autor puede impedir que Juan escriba ciertos patrones de palabras, usando su propio papel y su propia tinta, sólo porque él los organizó de esa forma antes. Así, por la idea se vuelven titulares de la forma como otros pueden comportarse según su propio derecho de propiedad. Asimis-

mo, el titular se vuelve, mágicamente, propietario de parte de la propiedad de otros. Es ésta invasión de la propiedad de otros, generada por la PI, la que debe ser tomada en cuenta para encontrarle una justificación.[42]

La idea es muy sencilla. La propiedad implica derechos de exclusión, los cuales están definidos por Ley al momento que el titular la adquiere. Igualmente, están definidos los derechos de mi vecino, de manera que existe un lindero que separa lo mío de lo suyo. Si él siembra en mi terreno, viola mi derecho de propiedad. Si yo siembro en el suyo, violo su propiedad ¿Se imagina si mi vecino pudiera cambiar ese lindero en el futuro con solo pensarlo? Ello afectaría mi propiedad por un hecho posterior a mi adquisición y que yo no puedo controlar. Nadie pensaría en sostener que eso es posible, porque los ámbitos del derecho de exclusiva no pueden ser modificados.

Sin embargo, es justamente eso lo que hace la PI. Una idea posterior a la adquisición de mi derecho, puede limitar el «lindero» de mi derecho, reduciendo mi posibilidad de excluir a otros, concediéndole al titular de la PI la posibilidad de excluirme de ciertos usos de mi propiedad. Nótese la diferencia con el problema de linderos con mi vecino, en el que la limitación existe al momento de mi adquisición. La PI permite invadir mi predio, penetrar en sus linderos y restringir mi conducta al interior de los mismos luego de adquirido mi derecho.

Esto se grafica en el ejemplo que usa el propio KINSELLA cuando dice que la PI intelectual genera una técnica tan poderosa de invasión que le da al creador derechos sobre la propiedad ya existente de terceros:

«Por ejemplo, a través de la invención de una nueva técnica para excavar pozos, el inventor puede impedir a todos los demás en el mundo que hagamos pozos en nuestra propiedad. Para tomar otro ejemplo, imaginemos los tiempos en los que los hombres vivían en las cavernas. Un tipo brillante – vamos a llamarlo Galt-Magnon- decide construir una cabaña en un campo abierto cerca de sus cultivos. Seguramente es una buena idea y los demás lo notan. Naturalmente imitan a Galt-Magnon, y comienzan a construir sus propias cabañas. Pero, el primer hombre que inventó una casa, de acuerdo a lo que sugiere la PI, tendría el derecho de impedir que otros puedan construir casas en sus propios terrenos, con sus propios troncos, o cargarles un cobro para permitirles construir casas. Queda claro que el innovador en estos ejemplos, se convierte en un propietario parcial de la propiedad tangible (tierra y troncos) de los demás, no por haberlos ocupado primero o haberlos poseído, (…) sino sólo porque se le ocurrió una idea.»[43]

---

42. KINSELLA, op cit, loc cit.

43. Ibid, loc cit. (Traducción libre)

En pocas palabras, el derecho de exclusiva generado por la PI, concede a quien tiene una idea protegible, el derecho a expropiar parte de la propiedad tangible de otro, reduciendo sus atributos y lo que ése otro puede hacer con lo que le pertenece.

Al hacerlo, se reducen los incentivos para usar e invertir en la propiedad, pues la exclusividad concedida a quien tuvo una idea protegida por PI, reduce la exclusividad otorgada al propietario anterior. En otras palabras, el inventor o el autor, por el mérito de su idea, genera externalidades a los titulares de la propiedad.

BOLDRIN y LEVINE explican porqué se produce este efecto, al no entenderse con claridad cuál debe ser el límite de la titularidad que concede la PI sobre la idea. Según estos autores, la propiedad intelectual tiene dos componentes. El primero es el derecho para ser propietario y vender las propias ideas. El segundo es el derecho de controlar su uso luego de vendida. El primero, es esencial y debe ser concedido. Nadie puede ser forzado a compartir o contarle una idea a un tercero, y está autorizado a llevarse su idea a la tumba si así lo desea. El segundo, al que llaman «licenciamiento aguas abajo» («downstrem licensing»), lo ven como económicamente peligroso. Éste licenciamiento, no es sino el uso de acuerdos contractuales para prohibir al adquirente de un disco, un libro o un producto, basado en una patente a competir en el futuro con el titular que se lo transfirió. Pero, como anotan, la ausencia de competencia conduce al monopolio, situación que los economistas suelen combatir y evitar.[44]

De hecho, el llamado acuerdo de licenciamiento no guarda diferencias sustanciales con acuerdos de cartel, en los que dos competidores actuales o potenciales convienen no competir. La legislación de libre competencia suele sancionar estos acuerdos. Sin embargo, en el caso de la PI no sólo no los prohíbe, sino los sustenta y protege.[45]

Como señalan BOLDRIN y LEVINE, el argumento que se ha usado para sostener el monopolio, ha sido simplemente la necesidad de sostener la creatividad. La lógica que se ha usado para ello, es que la inversión en innovar es un costo y las ideas se distribuyen a costo cero o, por lo menos,

---

44. BOLDRIN, MICHEL y Levine, David K. «The Case Against Intellectual Property» www.dklevine.com

45. Incluso MICHEL y LEVINE llegan a hacer una analogía con la esclavitud, señalando que el poder sobre la propiedad ajena se extiende incluso sobre el poder de trabajo. De una manera quizás exagerada señala que estos acuerdos no deben admitirse como no se admite que las personas vendan su propia libertad y se vuelvan esclavos por contrato. Para más detalles ver BOLDRIN, MICHEL y Levine, David K..,»Property Rights and Intellectual Monopoly». www.dklevine.com

a costo marginal. Siendo que en competencia perfecta los precios reflejan sólo el costo marginal, los costos fijos no pueden ser recuperados. Por ello, si los innovadores son forzados a competir con sus clientes, no podrán recuperar el costo de crear. Pero estos autores sostienen que no estamos frente a costos fijos, sino frente a costos hundidos. Dado que sólo las ideas incorporadas en las personas o en las cosas valen, el costo de crear es el costo de crear la primera unidad. Pero tal costo hundido, es muy común en la economía y no plantea un reto particularmente serio a la competencia perfecta. En otros mercados, en los que existen costos hundidos, no existe ningún mecanismo similar al que existe en la PI, concediendo un monopolio para recuperar los costos hundidos.[46]

Según estos mismos autores, los mercados competitivos están en perfecta posibilidad de recuperar los costos hundidos. Por ejemplo, en el caso de una obra musical, ésta pude ser recogida en un CD que es puesto a la venta. El primer CD se va a vender a un precio bastante alto porque la oferta es escasa. Será comprado por aquellos que lo valorizan de manera particularmente alta, o los que desean comprarlo para reproducirlo y venderlo rápidamente y hacer dinero antes que la oferta crezca en exceso. Para el momento en que los usuarios de Napster puedan obtener una copia, el precio va a haber caído dramáticamente. En ese momento, será comprado por quienes no tienen un interés tan fuerte en tener y disfrutar de la canción tan rápidamente. En ese punto, es de esperar que las utilidades obtenidas puedan haber cubierto el costo de producción, incluyendo los famosos costos hundidos, como ocurre en otros mercados.[47]

De hecho, así ocurre con un ejemplo que ya vimos como es el caso de las noticias. El esfuerzo en obtener una primicia tiene costos hundidos para el medio y/o el periodista, que en teoría no pueden ser recuperados, porque una vez difundida la noticia ya no le pagarán por dichos costos. Pero, lo cierto es que, el aumento de las ventas iniciales motivadas por aquellos que quieren enterarse rápidamente de la noticia, justifica el esfuerzo de obtenerla. Nunca ha sido necesario conceder un monopolio para que los medios recuperen los costos hundidos de obtener noticias. No vemos porqué lo mismo no podría pasar en el caso de la PI.

Como vemos, no se está negando la posibilidad de que alguien, con una idea, la conserve y decida cuándo la vende. Puede además protegerla usando los secretos industriales o comerciales. Pero una vez que la incorpora al mercado, y la idea está en poder de quien adquirió el producto que la

---

46. Boldrin, Michel y Levine, David K. «The Case Against Intellectual Property» loc cit.

47. Boldrin, Michel y Levine, David K. «Why Napster is Right» www.dklevine.com

incorpora, el titular no debería tener el control de lo que se puede hacer con ella, pues estaría limitando lo que los demás podemos hacer con nuestra propia propiedad.

Efectivamente, ello explica por qué poner en vigencia la propiedad intelectual se relaciona tanto con afectaciones a la libertad y la privacidad. Poner en vigencia un derecho de PI sobre software significa literalmente meterse en la mente de quienes utilizan programas de cómputo. Ello porque poner en vigencia la propiedad intelectual, implica justamente penetrar en la propiedad y titularidad ajenas. Es poner en vigencia una propiedad sobre la propiedad de otros. Y ello implica medidas invasivas. Para controlar la piratería, la industria de software quiere poco menos que el control de las computadoras de las personas, forzándonos a todos a soportar el costo de poner en vigencia la PI.[48]

Esta discusión, polémica sin duda en si sus alcances deben o no ser la desaparición de las patentes y los derechos de autor, si deja claro que a mayor protección mayor será la afectación de la propiedad y las titularidades ajenas. Por ello, incluso si llegáramos a la conclusión de que se justifica la propiedad intelectual para motivar la creatividad, deben evaluarse los costos que los niveles de protección imponen al resto de la sociedad. Plazos excesivos o alcances exagerados de protección, no son sino una forma de expropiarnos lo que ya tenemos, reduciendo, paradójicamente, los incentivos que la propiedad tangible debe generar para un uso adecuado y eficiente de los recursos. Incluso la PI puede poner en riesgo nuestra propia privacidad o libertad.

## VI. CONCLUSIÓN.

Francis Drake comparte dos títulos aparentemente contradictorios. Drake recibió el título de Sir de la Reina de Inglaterra, en reconocimiento de sus heroicas hazañas en el mar. Así, los ingleses lo consideran uno de sus héroes navales más destacados.

Pero para los españoles, Francis Drake no era más que un pirata que se dedicaba a saquear barcos en su beneficio, robando las riquezas que se traían de América. Drake merecía ser colgado.

Lo curioso es que el título de Sir y el de pirata se motivan en los mismos hechos. Drake fue autorizado por la corona británica para asaltar y saquear los buques españoles. En ese sentido los piratas de este tipo, cono-

---

48. BOLDRIN, MICHEL y Levine, David K.. «Property Rights and Intellectual Monopoly.» Loc. cit.

cidos como corsarios, o «privateers» eran empresarios privados, autorizados por su gobierno para cometer actos de piratería. Estos piratas fueron unos de los mayores enemigos del sistema mercantilista, aquél que basaba la obtención de la riqueza en la concesión de privilegios por parte del imperio, en especial en relación a las riquezas de las colonias.

Es curioso saber cómo se llamaba la autorización para asaltar y llevar a cabo actos de piratería. Se le llamaba patente de corso, curiosa coincidencia con el nombre que damos a otra de las autorizaciones que el día de hoy damos para tener un privilegio sobre el uso de las ideas: la patente de invención. La patente de corso era el privilegio concedido de apropiarse de lo ajeno. Hoy, la patente de invención es la autorización para apropiarse de parte de la propiedad ajena, a través de la titularidad sobre una idea.

Como vemos lo que convierte a un pirata en un héroe es la Ley. Mientras que para los ingleses los actos de Drake eran legales, para los españoles eran un delito. Lo mismo pasaría con nuestros «piratas intelectuales». Lo que los hace «piratas» no son sus actos, sino la calificación legal que les damos a los mismos.

Y la Ley no puede ser arbitraria. Para hacer responsable a alguien por sus actos la Ley debe tener motivos y razones claras. Privar de la libertad o sancionar a alguien para alcanzar objetivos de dudoso sustento, puede ser sumamente injusto.

Por ello, la pregunta de si alguien es o no un pirata, es anterior a la Ley. La pregunta es si la Ley debe proscribir ciertos actos. Creemos que en relación a la PI es una pregunta abierta y de difícil respuesta. Pero, es una pregunta importante, porque podríamos estar convirtiendo en delincuentes a las personas equivocadas. Y en todo caso, como toda patente, los derechos que concede pueden ser excesivos. Tenemos claro que los niveles exagerados de protección actual de algunas formas de PI, no pueden sustentarse en la supuesta función de incentivar la innovación.

Este problema deja más preguntas que respuestas. Pero creo que son preguntas que generan serias dudas sobre el alcance que debe darse a la PI. Los libros de historia tratan a Drake como pirata y como héroe. No sé sinceramente cuál de las dos cosas era en realidad, pero hubiera sido muy triste que un héroe fuera colgado como pirata. Eso es algo que pudiera estar ocurriendo en nombre de la PI.

# «No se lo digas a nadie» La privacidad como titularidad*

Los mercados necesitan de información para operar eficientemente. Así, un sistema que asigna los recursos económicos por medio de millones de decisiones atomizadas de personas y empresas interactuando por medio de transacciones e intercambios, requiere que para que estas decisiones conduzcan a resultados eficientes y generen auténtico bienestar, los agentes que las toman cuenten con información adecuada.

En el mercado la asignación de recursos será eficiente en la medida que las personas puedan identificar qué es bueno para ellas y tomen decisiones consistentes con tal objetivo. Pero la identificación de qué es bueno para uno depende de la cantidad de información con que cuente ese uno para evaluarlo.

Sin embargo, señalar que son los mercados los que generarán la necesidad de información para la toma de decisiones eficientes y adecuadas, (es decir, acciones consistentes con los fines que se persiguen), es algo que se puede decir de cualquier sistema de decisión, incluso de aquellos que prescinden del mercado para asignar recursos.

---

* Esta sección se basa en el trabajo que fue presentado, con algunas modificaciones, al Seminario Latinoamericano de Teoría Jurídica, realizado en Mar del Plata, Argentina, en agosto de 1998. Ha sido publicado bajo el nombre «'No se lo digas a nadie'» ¿Se puede vender el derecho a la privacidad en el mercado?», en *Ius Et Veritas*, Nº 17, 1998.

Los sistemas de economía dirigida o planificada, que se orientan a asignar los recursos mediante decisiones de funcionarios públicos tampoco pueden operar sin información. Estos funcionarios requieren conocer una serie de datos para tomar decisiones consistentes con sus fines.

Es más, esos sistemas posiblemente tengan que ser más invasivos de la vida de las personas para obtener información pues para decidir lo que es bueno para la población requieren saber qué es lo que la población quiere o siente. Ello explica la clara relación entre sistemas de economía dirigida y la existencia de aparatos estatales que tienen por finalidad obtener información, no sólo sobre aspectos económicos, sino sobre otras esferas de la vida personal, incluyendo las ideas y creencias de las personas[1].

Por otro lado, el derecho a la privacidad plantea la necesidad de establecer límites sobre lo que se puede saber y difundir de las personas. Ciertas esferas de la llamada vida privada deben quedar fuera de los sistemas de información, permitiendo a las personas sustraerlas del conocimiento de terceros. Y nuevamente la privacidad no sólo se vincula con la existencia de sistemas de información dirigidos a desarrollar mercados, sino se vincula a la existencia de sistemas de información dirigidos a sustentar mecanismos de decisión pública.

El presente trabajo persigue establecer algunas reflexiones sobre la difícil relación que se establece entre la privacidad y la necesidad de obtener información para una mejor asignación de los recursos existentes.

## I. ¿CÓMO SABER CON QUIÉN RELACIONARSE?

Cuando una persona desea establecer una relación de pareja con otra la información disponible es un elemento indispensable para escoger con quién relacionarse o eventualmente casarse. Si uno analiza cómo funciona el «mercado de matrimonios» descubrirá la importancia que tiene la información en el mismo.

La decisión de contraer matrimonio es compleja y con resultados dramáticos. Es una decisión que puede hacer la diferencia entre la plena realización del ser humano o el fracaso absoluto.

Una de las claves para el éxito o fracaso de una relación de este tipo es la información disponible. Conocer los hábitos de potencial pareja, sus gus-

---

1. Esto es aún más claro en sistemas que prescinden de la democracia como forma de establecer el sistema político. Así, no basta tener información económica, sino información sobre las ideas de las personas a fin de poder controlar y defender el sistema de gobierno existente.

tos y preferencias, sus antecedentes en relaciones similares, su conducta sexual o incluso su nivel de ingreso, son elementos que son determinantes en la toma de decisiones dirigidas a establecer relaciones sentimentales.

Ello explica que las personas suelan pasar por períodos de conocimiento mutuo relativamente largos que permiten ir conociendo esa información, lo que se ve complementado con averiguaciones que suelen hacerse sobre los antecedentes y características de la persona en cuestión a través de amigos o personas que tengan vínculos en común. Nótese que prácticamente toda la información relevante es considerada tradicionalmente información privada, y por tanto su acceso suele estar restringido por la las normas que protegen la privacidad de las personas.

Si existieran bancos de datos en los que pudiera contarse con toda la información necesaria para escoger a la mejor pareja, la información ofrecida tendría sin duda demanda. Quizás los índices de divorcios o de matrimonios infelices se reducirían. Los costos de búsqueda de la pareja ideal disminuirían y podría mejorarse la calidad de las decisiones que se tomen sobre el particular. Se evitaría así que justos se casen con pecadores, o simplemente que se escoja como pareja precisamente a un pecador con plena conciencia de ello.

Generar estos bancos de datos con todos los detalles necesarios probablemente nos llevaría a un enfrentamiento evidente con las normas de protección a la privacidad. Obtener información sobre la conducta sexual o sobre el resultado de relaciones amorosas anteriores evidentemente implicaría realizar investigaciones que invadirían lo que de ordinario consideramos la intimidad de las personas. Incluso información sobre los niveles de ingreso o las preferencias en comidas u otro tipo de gustos difícilmente pueden obtenerse sin un nivel importante de invasión a lo que las personas consideran su esfera privada.

Nótese que existen incentivos para que ciertas personas oculten información que pueda ser considerado por otros como negativa. Si muchas personas consideran que ciertos rasgos o características no son deseables, la persona en cuestión encontrará que se devalúan las posibilidades de conseguir una pareja. Por ello posiblemente usará a la privacidad para reforzar una apariencia inexacta o incompleta de lo que es en realidad. Con ello otras personas podrían cometer errores serios que los conduzcan a resultados no deseados. Si a ello añadimos que los costos de una segunda transacción son altos en un mercado como el del matrimonio (divorcio, separación de los hijos y búsqueda y celebración de un nuevo matrimonio) veremos lo importante que puede ser la información en ese mercado.

La disyuntiva es entonces difícil de solucionar. Por un lado está la necesidad de mejorar la información disponible para la toma de decisiones

matrimoniales (o de pareja en general) y por otro la necesidad de restringir el nivel de invasión a la esfera privada y la difusión de información considerada dentro de dicha esfera.

La situación en el mercado no es muy distinta. Los mercados necesitan información que ayude a «no casarse con pecadores» o simplemente a elegir mejor qué es lo que nos conviene. Mucha de esta información suele ser pública, pero otra parte suele ser incluida dentro de la esfera privada de los seres humanos. Posiblemente una persona que no puede manejar adecuadamente sus relaciones familiares por tener un carácter explosivo sea un mal relacionista público y por tanto conocer el trato que un candidato a dicho puesto da a su familia nos ayude a decidir a quién contratar. Conocer la historia de crédito de una persona puede implicar bucear en su vida pasada, a pesar que ello nos ayudaría a evaluar a quién prestarle dinero. Saber el récord criminal de una persona ayuda a evaluar si debe o no ser nuestro socio en un negocio, pero muchas leyes establecen límites para acceder a dicha información.

Así las normas y principios de protección a la privacidad nos conducen a reducir la información existente a pesar que ella pueda ayudarnos a tomar mejores decisiones. ¿Qué beneficios sociales o económicos se derivan de respetar la privacidad de las personas y a su vez qué costos se derivan de tal respeto? ¿Cómo resolver las contradicciones entre la necesidad de poder decidir mejor y la necesidad de garantizar el derecho a contar con una esfera privada?

## II. ¿QUE IMPLICA LA PRIVACIDAD?

La privacidad es un concepto complejo. Uno siempre tiene la impresión de que bajo dichos términos se está en realidad agrupando una serie de cosas totalmente diferentes que van desde no ser visto desnudo, poder tomar desayuno en la soledad del propio hogar, hablar por teléfono sin ser escuchado por terceros, hasta ocultar información sobre nuestro pasado, nuestro historial de crédito o nuestra conducta criminal.

Así, bajo el concepto de privacidad se agrupan una serie de situaciones y problemas muy diversos entre sí, en los que identificar el factor común no es tarea sencilla.

Solo para fines del presente trabajo vamos a hacer una clasificación que posiblemente nos lleve a una sobresimplificación del problema. La simplificación es una licencia que nos tomamos para poder hacer una explicación dentro de los límites que nos impone el espacio disponible para el presente trabajo. Esta clasificación divide la problemática de la privacidad en básicamente dos aspectos: (1) el derecho a estar solo y (2) el derecho de una perso-

na a que ciertos datos del pasado (o del presente) no sean revelados o difundidos sin su consentimiento o a personas distintas a quienes autorizó.

### 2.1 El Derecho a estar solo.

Así han definido muchos la privacidad. Según esta acepción el ser humano tiene el derecho a mantener un espacio (temporal y físico) libre de la intromisión de los demás. Es pues la posibilidad de excluir a los otros de estar en algún lugar y en algún momento en que uno no desea que estén. El ejemplo típico es la intimidad del hogar. Pero existen otras situaciones similares como la posibilidad de no ser visto desnudo, de conversar por teléfono libre de intervenciones o interferencias ajenas, el poder ir a un restaurante o a un hotel sin tener que preocuparse de que los periodistas lo siguen o le toman fotografías, etc.

### 2.2 El Derecho a que cierta información no sea revelada.

La privacidad no se agota, sin embargo, en la protección de un espacio temporal y físico, sino también en que cierta información no sea revelada o difundida. Por ejemplo se prohíbe en ocasiones la difusión de los antecedentes criminales de una persona cuando estos son muy antiguos en el tiempo. Algo similar suele ocurrir en las normas respecto al historial de malos créditos. Otros casos son la reserva sobre el contenido o magnitud del patrimonio de una persona o información sobre ciertos aspectos de su conducta anterior o presente.

Nótese que muchas veces ambos aspectos se fusionan. La protección de un ámbito temporal y espacial puede estar vinculada a impedir la obtención y divulgación de cierta información. Así, lo que se quiere evitar es que cierta información sobre la intimidad de una persona pueda ser fácilmente aprehendida y usada por terceros. Por su parte, la protección de la información sobre la vida de una persona puede tener que hacer precisamente con la posibilidad de estar realmente solo, pues sin perjuicio de que no exista una invasión física del espacio íntimo, hay una invasión de una serie de elementos intangibles que nos crearían una situación similar a la de ser visto mientras uno está desnudo.

La división que hacemos tiene claros fines instrumentales, a fin de poder identificar cuáles son las funciones que desarrolla la intimidad como derecho[2].

---

2. Esta distinción no es nueva y no es más que una derivación, simplificada, de otras distinciones hechas por diversos autores. Así, por ejemplo, MORALES GODO (*El Derecho*

## III. EL DERECHO A ESTAR SOLO.

El aislar un espacio físico y temporal de la intromisión de otros es sin duda el contenido más obvio del derecho a la privacidad. Como dice FRIEDMAN, se asume que toda persona necesita un «santuario», toda persona necesita un espacio[3]. La razón por la que es importante reconocer el derecho no aparece, sin embargo, tan obvia a primera vista. ¿Por qué la posibilidad de que las personas sean dejadas solas constituye un principio que requiera tutela jurídica?

Nótese que la posibilidad de ser dejado solo no es un derecho que exista desde tiempos inmemoriales. Por el contrario, parecería ser un derecho relativamente reciente (quizás no superior a uno o dos siglos). La posibilidad de ser dejado sólo implica una cierta forma de organización social y una forma de organización del área urbana o habitacional que no ha sido común a toda la historia de la humanidad. Las estructuras tribales y las formas de organización comunitaria no reflejan un sistema preocupado por la privacidad de las personas. Incluso en la Europa del siglo XIX era difícil entender una forma de organización de la vida social que privilegiara a la privacidad como un valor absoluto[4].

---

*a la Vida Privada y el conflicto con la Libertad de Información*, Grijley, Lima, 1995, pp. 110-114) señala como los tres elementos conceptuales que conforman la privacidad (1) Tranquilidad, definido como el derecho a ser dejado solo y tranquilo o «ser dejado en paz», (2) Autonomía, entendido como la posibilidad de tomar decisiones en las áreas fundamentales de nuestra existencia y (3) Control de Información, que implica la posibilidad de mantener ocultos algunos aspectos de la vida privada, y por otro lado la posibilidad de controlar el manejo y circulación de información confiada a terceros.

Así, uno puede apreciar que la tranquilidad y la autonomía son en realidad las dos caras de ser dejado solo, es decir, dejar un espacio y un tiempo para que las personas hagan con su vida lo que les plazca, libres de interferencias no admitidas. Por su parte, el llamado «control de información» constituye la posibilidad de excluir del conocimiento o difusión la información propia que no nos interesa que circule.

3. FRIEDMAN, LAWRENCE M. *The Republic of Choice. Law, Authority and Culture*. Harvard University Press. 1990, p. 180.

4. En el derecho norteamericano el término privacidad fue recién acuñado en un famoso artículo escrito por Samuel WARREN y Louis BRANDEIS en 1890 en el *Harvard Law Review* titulado «The Right to Privacy» (Vol. IV, N.º 5, 1890). Allí hablaron del «derecho a ser dejado solo, a dejar la vida personal en privado y en secreto. Se dice que el artículo se originó en la compleja situación que tuvo que enfrentar WARREN al ser casado con la hija de un famoso senador de apellido Bayard, lo que lo sujeto a una persecución de la llamada «prensa amarilla». (MORALES GODO, *Ob. cit.*, pp. 94-95). Richard POSNER comparte una opinión similar sobre el carácter relativamente reciente

Uno podría, sin embargo, abordar la idea del derecho a ser dejado a partir de la teoría de los derechos de propiedad.

Si uno entiende a la autonomía privada como la capacidad de autolimitar, por medio de manifestaciones de voluntad, nuestra propia libertad, descubrirá que ese concepto no es siquiera imaginable si es que no se le reconoce a quienes ejercen dicha autonomía una esfera privada dentro de la cual pueda desenvolverse fuera de intromisiones. Así, cuando una persona, mediante el ejercicio de su autonomía privada, decide trabajar como empleado en una empresa por ocho horas diarias, sujetándose a una estructura jerárquica, acepta indirectamente ceder parte de su tiempo y su espacio a un tercero a cambio de una retribución. No sólo se compromete a prestar un servicio sino en ceder o relativizar parte de su derecho a mantenerse (durante dichas ocho horas) fuera del alcance de ser visto por los demás.

De la misma manera como no es posible que exista un mercado de automóviles sin que existan derechos de propiedad sobre los mismos, no es posible que exista una capacidad de disponer del propio tiempo y la posibilidad de excluir a los terceros de un espacio físico, si no se reconociera la privacidad como un derecho a los particulares. El reforzamiento de este derecho da a nuestro tiempo y espacio valor económico.

Un ejemplo que muestra claramente el punto es la posibilidad que nos da la privacidad a no ser visto desnudos sin nuestro consentimiento. Ello evidentemente es algo que la mayoría de nosotros, dentro de los valores de la sociedad occidental en la que vivimos, consideraríamos vergonzoso, y por tanto posiblemente nos neguemos a ser invadidos en el espacio y el tiempo que ocupamos en esa condición (por ejemplo, cuando tomamos una ducha).

Sin embargo, mucha gente vive o se mantiene gracias a la retribución que recibe a cambio de mostrarse desnudos frente a otros.

Nótese que no pretendemos afirmar que el derecho a no ser vistos desnudos contra nuestra voluntad se ha concedido al ser humano para permitir que los *stripers* cobren una remuneración o permitir el desarrollo de industrias de pornografía. Es quizás todo lo contrario: se ha concedido para que las personas puedan decidir estar solos, precisamente para tomar autónomamente la decisión de no ser vistos cuando estamos sin ropa. Si no tuviéramos ese derecho, no podríamos decidir actuar autónomamente en ese campo.

---

de la privacidad como derecho, señalando que no existía en sociedades primitivas o incluso en sociedades relativamente avanzadas como la romana, un concepto de privacidad similar al que hoy conocemos (*The Economics of Justice.* Harvard University Press, pp. 276-278).

Así una persona decide que quiere descansar, o hacer una siesta o simplemente mirar el techo de su casa es por que esas actividades le generan un cierto nivel de bienestar. Para tomar esas decisiones las personas comparan el bienestar obtenido con el que le brindarían otros posibles usos de su derecho a usar su tiempo y su espacio de manera exclusiva incluyendo situaciones donde admite o desea la presencia de otros. Quien decide trabajar lo hace porque considera que ello le brinda más bienestar que descansar o irse de paseo. Las decisiones las tomará en función del costo de oportunidad de cada una de las alternativas que tiene para usar su espacio y su tiempo. Pero si no podemos excluir a los demás del espacio y tiempo que elegimos para descansar, entonces no hay costo de oportunidad en descansar porque deja de ser una opción.

Si asumimos que cada uno es el mejor juez de lo que le conviene, veremos que nadie mejor que uno para decidir qué hacer con su tiempo y con su derecho a estar solo. Si no existiera la privacidad en su acepción de escoger estar solo, entonces el tiempo y el espacio privados no tendrían costo de oportunidad, no serían objeto de una opción personal. En otras palabras no existiría autonomía privada ni libertad de elección.

Así, los seres humanos usamos esta posibilidad de excluir a los demás de cierto espacio o tiempo de manera diferente (lo que quizás explique todo el bagaje de situaciones diversas protegidas por la privacidad). A veces lo usamos porque no podemos descansar si hay otras personas presentes. Otras veces usamos ese espacio para desarrollar actividades que nos avergüenzan o que no queremos que los demás conozcan como ocurre con ir al baño, estar desnudos o tener relaciones sexuales. En ocasiones separamos ese espacio para trabajar libres de interferencia o para poder jugar con nuestros hijos. No hay un uso único ni un valor específico disfrutado en ese tiempo y ese espacio. Como en los derechos de propiedad no es preocupación del sistema como se usa, sino dejar al titular decidir qué hacer (siempre que no se estén afectando derechos de terceros).

No queremos que se entienda que esta posición no considera que la privacidad tenga todo un contenido valorativo. Es precisamente lo contrario. Son los valores individuales y las preferencias de las personas los que le dan mayor o menor valor al propio espacio privado. La mayoría de nosotros tenemos casas cuyos muros no son transparentes o nos bañamos lejos de la vista de terceros, o jugamos con nuestros hijos fuera del alcance de los demás por que consideramos importante para nuestro desarrollo personal el mantener toda una esfera de actuación fuera del dominio público. Nos sentimos más cómodos, nos sentimos más seguros o simplemente tenemos menos vergüenza, guardando parte de nuestra vida bajo la esfera privada.

Incluso ocultamos ciertos actos que serían objeto de sanción moral por una sociedad, fuera del alcance de los demás precisamente para evitar dicha sanción, porque es la única manera en que nos sentimos libres de actuar realmente y de ser autónomos con nuestro tiempo. Así, negocios como los de las llamadas telefónicas eróticas o la vida sexual desordenada, o el ver películas pornográficas, es algo de lo que excluimos a los demás precisamente para poder tener la libertad de hacerlo lejos de presiones morales o sociales.

La privacidad es pues a la autonomía lo que los derechos de propiedad son a la libertad de contratación.

La privacidad entendida como el derecho a estar solo incorpora así al mercado un bien muy importante: nuestro espacio y nuestro tiempo. Nos hace «propietarios» del lugar que ocupamos y del tiempo que vivimos, y con ello nos permite organizar lo que hacemos y lo que no queremos hacer, liberándonos incluso de presiones morales o sociales que no queremos sufrir para sentirnos libres de actuar según lo que nos parece debemos o queremos hacer.

De no existir la privacidad nuestro tiempo y nuestro espacio se convertirían en bienes comunes, y por tanto estarían sujetos a las externalidades a las que queda sujeto todo bien común. Existirían una serie de *free riders* que podrían usar nuestro tiempo y nuestro espacio a su antojo y con ello colocar sobre nosotros costos que queremos evitar. Si uno no tuviera el derecho a no ser visto desnudo en contra de su voluntad, entonces no solo los *stripers* perderían un buen negocio, sino que nosotros perderíamos el bienestar o la comodidad que estar solos en la ducha nos genera, dado el bagaje de elementos culturales y sociales que tenemos incorporados en nuestra forma de ser.

Estar solo no es sino otra forma de entender la facultad de excluir que nos da la privacidad, facultad que le da a nuestro tiempo y a nuestro espacio privados un valor en términos de bienestar y nos hace dueños de nuestro destino. Así podremos escoger descansar de la manera que nos provoque, entretenernos de la manera que mejor nos distraiga o comportarnos de la manera que nos genere mayor placer. Pero eso implica que la privacidad se ejerce también cuando admitimos compartir lo privado con los demás o cuando renunciamos a la privacidad de la misma manera como el derecho de propiedad se ejerce cuando vendemos nuestra casa. Así, la exclusión de los terceros del ámbito privado es el aspecto estático de la privacidad y la admisión de terceros al espacio y tiempo privados o la renuncia a la privacidad son los aspectos dinámicos de dicho derecho.

La teoría de los derechos de propiedad nos permite además entender por qué existen situaciones excepcionales en los que lo privado debe de ser

conocido y las personas podrían no poder ejercer plenamente su derecho a estar solos. Una investigación policial que permita detectar y sancionar un delito cometido dentro de la esfera inicialmente privada de las personas (por ejemplo, haciendo una investigación dentro de una casa o interfiriendo una conversación telefónica con mandato judicial) se explica por qué se está usando un bien privado de una manera que genera externalidades a terceros (los daños del delito) y por tanto justifican levantar la protección de la privacidad de la misma manera como no admitimos el atropello de un peatón como un uso legítimo de un automóvil de propiedad de una persona.

Bajo la concepción de la privacidad que hemos descrito, esta no es solo un derecho explicable en términos filosóficos o psicológicos como un valor bueno de acuerdo a la naturaleza humana, sino como una institución económicamente eficiente y que maximiza el bienestar existente en nuestra sociedad y permite un mejor uso de los recursos escasos.

Dentro de esta acepción, la privacidad no sólo no entra en contradicción con el mercado, sino que es un derecho plenamente consistente para el desarrollo del mismo. Es la forma como se incorpora al mercado el tiempo y el espacio controlado por las personas, eliminando la existencia de bienes públicos sobre dicho espacio o tiempo, y con ello dando coherencia al reconocimiento de la privacidad dentro del mercado.

Una forma de entender esta problemática es analizando la situación que rodea a la privacidad de las personas llamadas públicas como los artistas, actores o políticos. Sin duda la información sobre la vida de estas personas tiene un valor en el mercado. Mucha gente ve programas de televisión o compra publicaciones en las que se difunde información sobre aspectos de la vida privada de la gente pública. Existe una demanda de información por parte de la gente que este tipo de programas o publicaciones tienden a satisfacer[5].

Por su parte las personas públicas reclaman siempre el respeto a cierta esfera de privacidad e incluso invierten importantes recursos en establecer sistemas que la protejan (guardaespaldas, casas con medidas especiales,

---

5. Esto no descarta la existencia de valor de mercado de la vida privada de la gente común y corriente. Por ejemplo el *rating* de los llamados *talk shows* en los que se muestran aspectos de la vida privada de ciertas personas comunes y corrientes es una clara muestra de ello. Muchos de los participantes en esos programas reciben pagos por participar, es decir, venden parte de su privacidad que a su vez el medio de comunicación vende por medio del *rating* del programa. Sin embargo, es evidente que la vida privada de la gente común tiene más sustitutos en el mercado que la de las personas públicas, lo que explica el mayor valor de mercado de la privacidad de las personas más conocidas respecto de las personas menos conocidas.

cuartos más seguros en los hoteles, vehículos especiales, etc.), lo que demuestra que asignan a dicho espacio privado un valor económico que se refleja en parte en los recursos invertidos para preservarlo incluso más allá de las medidas que ya la Ley les concede para protegerse[6].

La explicación de la defensa de su privacidad tiene varias aristas. En primer lugar tiene que ver con la posibilidad de utilizar la privacidad para generar intercambios valiosos en el mercado. El manejo de la privacidad concede un derecho de exclusiva sobre la información que la propia persona posee sobre su vida y actividades. Esa información tiene un valor económico que puede ser vendida o transada en el mercado porque la gente puede demandarla y estar dispuesta a pagar por ella[7]. Un artista puede cobrar por una entrevista o reservar dicha información para escribir sus memorias y poder venderlas a mayor precio. Nótese que la conducta de la persona pública en este aspecto no difiere substancialmente de la del periodista que obtuvo la misma información mediante una investigación. El periodista tratará de guardar la información obtenida como «privada» a fin de apropiarse del valor otorgado a la «primicia». Esto le permite obtener un valor por dicha información que de ser pública no permitiría la apropiación de dicho valor.

En términos sencillos la privacidad sería, desde esta concepción, una alternativa o sustituto a derechos de propiedad intelectual sobre la información referida a la vida privada. Es, como los secretos industriales o comerciales, una forma de protección imperfecta a cierta información que puede ser considerada valiosa. Así, no existe legislación entre las que conocemos que reconozca una «patente» o «derecho de autor» sobre la información relativa a la vida propia. Pero el derecho ha creado un sistema alternativo (aunque menos perfecto) para darle a esa información un cierto nivel de protección a través de la protección del secreto personal y la vida privada.

Incluso existen formas indirectas de «venta o valorización de lo privado» diferentes como controlar esa información y darle un valor agregado

---

6. Si la protección legal dada por el sistema jurídico a la privacidad fuera realmente efectiva, entonces los privados famosos no deberían invertir tantos recursos en protegerla. Sin embargo es un bien en que los costos del sistema de *enforcement* son elevados precisamente por el nivel de interacción que se da entre los seres humanos que hace la construcción de «paredes permanentes» una actividad difícil de cumplir.

7. Es de destacar como se vincula, como ya se señaló anteriormente, el derecho a «ser dejado solo» con el de controlar la divulgación de cierta información privada. El «ser dejado solo» se convierte así en un mecanismo de defensa que permite hacer viable el control de cierta información que puede ser conservada en privado o vendida para ser hecha pública.

mayor a la imagen o prestigio de la persona evitando que se descubran aspectos que harían bajar dicho valor, por ejemplo, una conducta sexual considerada deshonrosa por las personas o ciertos hábitos poco populares que desacreditarían a la persona pública, como el maltratar a una mascota o insultar a su esposa[8].

Pero el argumento es incompleto y no muestra la arista más importante. Hasta aquí se parece al argumento incompleto de permitir excluir a los terceros de la desnudez propia para permitir a los *stripers* ganar dinero con ello.

La arista más importante es el valor asignado por la propia persona a los usos alternativos de su privacidad. Para el propietario de una casa el valor de uso puede ser más importante que el valor de mercado. Es decir, que la gente no sólo tiene casa para venderlas, sino para usarlas, y el derecho de exclusiva que se concede persigue garantizar no sólo la posibilidad de que la venda cuando quiera, sino de que la use para vivir o para desarrollar un negocio. Lo mismo pasa con la privacidad. Si bien existen esferas privadas en las que sería muy valioso admitir la entrada de terceros dispuestos a pagar por ella, las personas que podrían venderla deciden no hacerlo. Quizás el Presidente de un país podría vender muy caro la posibilidad de que lo fotografíen mientras se baña. Pero no lo hace porque valoriza el uso de su privacidad por encima de lo que el mercado pueda valorar una invasión a la misma. El bañarse solo (o con la presencia de las personas que él escoja) genera más bienestar que el dinero que podría recibir por renunciar a dicha esfera privada (sea porque tiene vergüenza o porque usa el tiempo del baño para reflexionar sobre las siguientes medidas de su gobierno).

Acciones como descansar, distraerse, reunirse con los amigos o la familia, ver televisión, ir al baño o leer un libro generan un bienestar individual que refleja el valor de uso del «bien» privacidad. Ese bienestar es socialmente eficiente si los beneficios que generan son mayores a los que generaría a terceros el poder acceder al espacio privado de la persona. Esa persona puede escoger entre ambas alternativas, es decir, entre vender su privacidad o mantener el uso privado de ella. El hecho de que no la haya vendido refleja que el mercado no ha generado un precio que le brinde un bienestar mayor al que le da el uso exclusivo de su espacio privado. Ello demuestra que el uso privado es socialmente más eficiente que la invasión pública a dicho espacio, como el hecho de que uno viva en su casa y no la venda refleja que el valor de uso para el titular se encuentra por encima del valor de mercado de la misma. Si la privacidad no existiera el valor de ese

8. Como es fácil apreciar, ello guarda estrecha vinculación con el control de información sobre lo privado, tal como se desarrolla más adelante en la presente sección.

uso privado sería una pérdida de eficiencia económica (sin perjuicio de la pérdida valorativa que solemos percibir como la más evidente).

Siendo que todos los seres humanos tenemos una predisposición a guardar parte de nuestra esfera privada para nosotros y quizás un grupo reducido de personas (la familia o los amigos), ello explica la eficiencia de la asignación de un derecho a la privacidad[9]. Así se preserva la privacidad para garantizar que las personas puedan escoger entre su valor de cambio o su valor de uso de la misma manera que se preserva la propiedad para venderla o usarla.

## IV. EL DERECHO A QUE CIERTA INFORMACIÓN NO SEA REVELADA

La protección de la esfera privada no se agota, sin embargo, en el derecho a «ser dejado solo». Muchas veces no se requiere una invasión física a un espacio en un momento dado para que se hable de una vulneración a la privacidad. El uso y difusión de información sobre una persona, sobre lo que hizo, lo que fue o lo que es, sin perjuicio de que su obtención no requiera afectar la «soledad» de las personas, puede estar protegido por distintas leyes y normas.

La información bancaria, la tributaria, el historial de crédito, los antecedentes criminales, el récord laboral o cualquier otra información imaginable sobre una persona, podría generar problemas si es utilizada de manera que la ley considera inadecuada y es difundida sin la autorización del interesado o a personas o de manera distinta a como el interesado autorizó.

El problema aquí es que mucha de esta información es especialmente relevante para la toma de decisiones de terceros que podrían ser ineficientes o inadecuadas (o simplemente equivocadas) si es que no está a disposición de tales terceros. Este aspecto de la privacidad, referido al control en la difusión

---

9. El uso de un ejemplo que analiza la privacidad de las personas públicas ayuda además a comprender mejor el valor económico de la privacidad. Sin perjuicio que el «derecho a estar solo» se reconoce a todas las personas, es evidente que su valor económico es mayor en relación a las personas públicas. Ello por la simple aplicación de la Ley de la oferta y la demanda: muchas personas se interesan en esa información y solo pocas pueden proporcionarlas. El poder ver lo que un artista famoso hace en su tiempo libre vale bastante más de lo que hace uno de los millones de personajes anónimos que pasamos por el mundo. Hay bastante más personas pretendiendo ver a Jack Nicholson cuando sale de una filmación de las que pretenden ver a Juan Pérez cuando sale de un largo día de trabajo en su oficina. Ello explica por qué los casos más comunes de violación de la privacidad o en los que se discute judicialmente la violación de ese derecho sean aquellos en los que están involucrados personas públicas y famosas.

y uso de información relevante (a pesar que para su obtención no sea de pronto necesario invadir la «soledad» de las personas), se acerca más a la problemática de evitar que «justos se casen con pecadores», o por lo menos que si quieren casarse con ellos lo hagan con pleno conocimiento de causa.

Es interesante ver como hay un tratamiento totalmente diferente a la información disponible en mercado que no involucre la imagen de personas naturales. Nadie discutiría que las empresas productoras de bienes deben ser muy transparentes con la información que deben poner en el mercado sobre ellas y sobre sus productos o servicios. Si un automóvil tiene una característica que implique un riesgo o que genere un costo adicional al consumidor, no se admitirá que el fabricante calle u oculte la información relevante alegando una suerte de privacidad comercial. La publicidad engañosa esta penada, sea esta derivada de afirmaciones u omisiones que lleven a una representación equivocada por parte de los consumidores[10]. Nadie consideraría inadecuado y menos ilegal difundir información sobre el historial de productos defectuosos de una empresa a pesar que se trate de información muy antigua. Sin embargo, las personas sí podemos, al interactuar con los demás, ser ambiguos u omitir información o negarnos a contestar preguntas que afecten la imagen que los demás tienen de nosotros. Podemos incluso mentir, sujetándonos sólo a sanciones morales, pero no a sanciones legales contra dichas mentiras. Podemos ser «productos defectuosos» y sin embargo tenemos derecho a callarlo en muchas ocasiones.

En pocas palabras, se admite la posibilidad no sólo de crear una imagen falsa o incompleta de lo que somos, sino incluso que se sancione a quienes pretenden difundir una imagen nuestra que se asemeje más a la realidad de los hechos[11]. Podemos así cuestionar incluso la verdad sobre lo que hacemos o sobre lo que fuimos, si es que se considera que dicha verdad es parte de nuestra esfera privada de actuación[12].

Es difícil entender por qué admitimos un tratamiento diferente para la información personal que el que admitimos para la información que involucra

---

10. Por ejemplo el artículo 4 de la Ley de Publicidad Peruana (Decreto Legislativo 691) establece que «*los anuncios no deben contener 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 las condiciones de venta.*»

11. Esto es lo que Posner llama «la protección legal de la cara que presentamos al mundo». (*Overcoming Law*, p. 531)

12. Esto se aprecia claramente en el hecho de que las normas que protegen el honor reconocen dicha protección incluso en los casos en que dicho honor se vea afectada por la difusión de afirmaciones y hechos verdaderos.

a bienes y servicios ordinarios. En ambos casos las ineficiencias derivadas de la falta de información son evidentes. En el caso de los bienes y servicios podríamos tener gente comprando o contratando por bienes o servicios que no hubiera comprado o contratado si hubiera sabido toda la verdad. En el caso de la información personal tenemos gente interrelacionándose con otra cuando no lo hubieran hecho (al menos en los mismos términos) de haber contado con la información relevante. Así, le daremos crédito a gente de dudosa confiabilidad, nos casaremos con personas con carácter incompatible o contrataremos trabajadores que no reúnan realmente las características adecuadas[13]

---

13. Es curioso como esta diversidad de tratamiento no se agota en el tema de la privacidad, sino que se extiende a otros campos como el de la actuación política, donde mentir no es sancionado de la misma manera como se sanciona en los mercado de bienes más convencionales a la mentira. Como señala Ronald H. Coase («El Mercado de los Bienes y el Mercado de las Ideas». En: *Revista de Estudios Privados*, Nº 1, pp. 123-124):

    «¿Cuál es la visión general que quiero examinar? Es aquella que sostiene que en el mercado de los bienes la regulación gubernamental es deseable, mientras que en el mercado de las ideas, la regulación gubernamental es indeseable y debe ser estrictamente limitada. (...) Los políticos, cuyas acciones algunas veces nos duelen, están en sus discursos más allá del reproche. Es una curiosa característica de esta actitud considerar la publicidad comercial, la que a menudo sólo es una expresión de opinión y podría por ejemplo, pensarse protegida por la Primera Enmienda, como parte del mercado de bienes. El resultado es que se considera deseable regular (o incluso suprimir) la expresión de una opinión en una publicidad que, si fuera expresada en un libro o en un artículo, estaría completamente fuera del alcance de la regulación gubernamental. (...) Lo paradójico es que la intervención gubernamental que aparece como tan dañina en una esfera de actividad, se vuelve beneficiosa en otra. La paradoja se hace aún más sorprendente cuando notamos que en los tiempos presentes, normalmente aquellos que presionan más fuertemente por una aplicación de la regulación gubernamental en otros mercados, son los más ansiosos de fortalecer las prohibiciones de regulación gubernamental contempladas en la Primera Enmienda en el mercado de las ideas.»

    Es difícil entender la diferencia entre la sinceridad comercial y la sinceridad política y luego entender como ello se extiende a la sinceridad (o falta de sinceridad) sobre la vida privada. Quizás se pueda derivar de otra idea expuesta por el propio Coase (*Ob. cit.*, p. 125):

    «El mercado de las ideas es aquel en el cual el intelectual conduce su comercio. La explicación de esta paradoja radica en el interés propio y la propia autoestima. Esta última lleva al intelectual a magnificar la importancia de su propio mercado. Que otros deban ser regulados parece natural, particularmente si muchos de los intelectuales se ven a sí mismo regulando.»

    Siguiendo la misma línea de argumentación, quizás los intelectuales se preocupan de la privacidad porque les concierne directamente. El control sobre la información privada le da al intelectual un valor agregado a su imagen, la que podría verse afectada si su vida privada pudiera ser hecha pública sin capacidad de controlarlo. Lo

Por ejemplo se admite, en términos generales, que información sobre condenas recientes por la comisión de crímenes sea puesta a disposición de la gente que lo requiera. Sin embargo, pasados algunos años se considera que dicha información no puede ser revelada sin el consentimiento de la persona involucrada. La Ley parecería tener por lógica establecer un balance entre la necesidad de brindar información y el mantener cierta información como privada. La lógica parece clara. Información reciente sobre la conducta criminal de un ciudadano nos puede brindar información relevante sobre la posible conducta futura y la confiabilidad de esta persona. Conforme la información se remonta a tiempos más antiguos, menos relevante será pues la falta de condena posterior nos indicaría que posiblemente la persona ha recapacitado y ha cambiado su forma de vivir. Por ello revelar dicha información sería inconveniente porque afecta la privacidad.

Pero el argumento no es tan claro. ¿Por qué es parte de la privacidad información antigua y no información nueva si precisamente es la más reciente la que más puede afectar la imagen de la persona? Por otra parte, parecería querer protegerse a las personas de juicios o razonamientos poco racionales de quienes requieren la información. Si el hecho de que alguien cometió un delito hace 15 años no es relevante para establecer si conviene contratar a alguien como cajero de un banco ¿Por qué no dejar a quien contrata dicha decisión? ¿Por qué decidir por él, o lo que es peor quitarle elementos para decidir?

Una posible explicación es que el Derecho asume que las personas actúan irracionalmente porque tienen aversión al riesgo. Así tienden a sobredimensionar riesgos reducidos por temor a la magnitud absoluta del mismo si es que se concretara. Si bien una persona que no ha robado en 15 años tiene pocas probabilidades de regresar al mal camino, es posible que quien esté evaluando su contratación tema que ese reducido riesgo se torne en realidad y el daño pueda ser importante. En ese caso más que hablar de un problema de privacidad estaríamos hablando de la protección a las personas contra decisiones irracionales de los demás al querer interrelacionarnos con ellos. Se parecería entonces a un sistema que establece reglas similares a las que protegen a ciertos grupos contra la discriminación, es decir, contra ciertos tipos de prejuicios.

---

que los demás piensen del intelectual es muy importante para que su credibilidad se refuerce. Y en el mercado de la intelectualidad la credibilidad es un elemento fundamental. Por el contrario, en mercado de otros productos o bienes, el intelectual se siente más cómodo sabiendo toda la información relevante, propugnando una mayor intervención para obtenerla.

POSNER señala esta posible explicación, sin embargo señala que la misma no puede ser justificada en términos de mercado. Así para este autor, si los ex convictos son buenos trabajadores pero la mayoría de empleadores lo desconocen, los pocos empleadores que lo saben estarán en posibilidad de contratarlos pagando sueldos más reducidos gracias a las condiciones de oferta y demanda creadas por el prejuicio de la mayoría. Ello permitirá a los empleadores no prejuiciosos obtener una ventaja competitiva frente a los que discriminan a ex-convictos. Ello, en una sociedad descentralizada y competitiva llevará a que las discriminaciones irracionales sean sancionadas por el mercado y con ello habrá incentivos para desaparecer estas conductas irracionales sin necesidad de recurrir a la acción del sistema jurídico[14].

Otra posible explicación sería brindar a otros una segunda oportunidad. Así, pasado un cierto tiempo en el que se asume que el riesgo que el ex-delincuente reincida en su conducta criminal, el Derecho asume que debe protegerse a las personas del juicio (eventualmente razonable) que lleve a discriminarlo en una contratación. En tal supuesto, el sistema jurídico estaría creando una suerte de sistema de subsidio cruzado en el que los particulares deben asumir los costos de las eventuales reincidencias de antiguos delincuentes a fin de permitir que aquellos ex-delincuentes que no reincidirán tengan una nueva oportunidad.

Nótese el efecto que ese esquema puede tener en todas las demás personas. La falta de información genera incertidumbre. La incertidumbre puede ser visualizada como un costo al sistema de toma de decisiones. Si una persona decide contratar a un cajero de banco, la falta de información sobre los antecedentes delictivos de presuntos candidatos puede afectar las posibilidades de acceder al puesto a personas que no cometieron, sin embargo, ni una infracción de tránsito. La sombra del riesgo de contratar a alguien con tendencias a delinquir, a falta de información sobre ese aspecto, se extiende sobre todas las personas, sobre todo si asumimos que los individuos son adversos al riesgo.

---

14. POSNER, Richard. *The Economics of Justice*, p. 235. Para sustentar su afirmación POSNER cita el caso de los productos japoneses que por años fueron objeto de grandes prejuicios por parte de los consumidores que los consideraban de mala calidad. Sin embargo el proceso competitivo y la calidad real de los productos japoneses corrigieron los prejuicios usando para ello el propio interés individual de los consumidores inicialmente prejuiciosos. Como el mismo señala:

    *«No existe evidencia que en general las personas sean menos racionales sobre qué tan lejos llevan su búsqueda por empleados, esposas y amigos de lo que son en actividades de mercado tradicionales. (...) Esto sostiene la tesis de que dejar a las personas hacer sus propias determinaciones sobre qué tanto peso dar a hechos que desacreditan a la gente y que las personas tratan de ocultar.»* (p. 237).

La consecuencia es que quien tenga que decidir la contratación tendrá que recurrir a elementos distintos que le brinden alguna certeza. Por ejemplo buscará entre personas de conducta intachable y sobre las cuales se tengan elementos de juicio que brinden mayores garantías. Se buscará cajeros con experiencia de años, personas de reconocida reputación o ex-sacerdotes. Ello reduce la oferta disponible de candidatos (elevando posiblemente los salarios que tengan que pagarse y con ello el costo de los servicios bancarios) y afecta las posibilidades de conseguir trabajo de ciertos grupos que si bien no pueden exhibir grandes pergaminos que garanticen su honestidad, nunca han sido condenados por un delito ni han tenido problemas con la justicia, aunque ello no se puede saber. En pocas palabras se está externalizando el costo del problema, que termina siendo asumido por personas que nunca estuvieron en la cárcel, para favorecer a quienes estuvieron en la cárcel hace mucho tiempo[15].

El problema se torna aún más complicado cuando la información en discusión puede referirse a otros aspectos como la conducta sexual del individuo. Así, información que permita identificar a homosexuales puede generar una serie de discriminaciones consideradas no razonables contra candidatos a cajeros de banco, sólo por el perjuicio que quien contrata podría tener contra los homosexuales[16]. Aquí regresa el argumento de si corresponde al Derecho proteger a las personas contra las decisiones libres pero irracionales de los otros[17].

---

15. Problemas similares se presentan respecto a la información sobre el historial de crédito de una persona o el hecho que haya quebrado o sido declarado insolvente hace mucho tiempo. El problema podría ser identificado como la protección de los deudores antiguamente morosos contra las decisiones irracionales de los bancos o la creación de un subsidio donde los deudores sin historial de morosidad terminan asumiendo el costo del riesgo de los morosos con historial antiguo.

16. Y ello se complica aún más si la información sobre una conducta sexual determinada es relevante, como podría ocurrir por ejemplo en la contratación de un maestro de escuela si es que uno de los candidatos tiene antecedentes de haber acosado sexualmente a sus alumnas o alumnos.

17. Esta es la misma pregunta que se coloca detrás del tema de la discriminación por razón de sexo o raza. En el fondo si una persona discrimina a un candidato a un puesto sólo por el color de su piel está en realidad usando un criterio que no guarda relación con su capacidad para cumplir con las obligaciones y requerimientos del puesto. Podría así estarse excluyendo a un candidato importante, quizás al mejor, sólo por un prejuicio racial. La prohibición a discriminar por raza se daría entonces para proteger a las personas contra decisiones irracionales generadas por prejuicios que la sociedad considera absurdos.

El tema de la información disponible para la toma de decisiones adecuadas puede entonces entrar en contradicción con la idea de proteger la esfera privada. La pregunta que surge entonces es cómo establecer un límite razonable entre ambas necesidades (la de información frente a la generada por la privacidad).

## V. PRIVACIDAD Y COSTOS DE TRANSACCIÓN.

Sin duda, la definición legal que se adopte sobre la privacidad tendrá una influencia directa en los costos de transacción que se den en una sociedad. La elevación de estos costos de transacción relativizarán la capacidad del mercado de internalizar o corregir externalidades por medio de las decisiones de los agentes económicos. La asignación de costos no nos conduciría entonces, necesariamente, a una solución eficiente. En resumidas cuentas la definición e importancia que la sociedad dé al derecho a la privacidad influirá en cómo funcionarán los mercados y en cuánto bienestar pueden generar éstos.

Lo curioso es que, por un lado, una de las acepciones de la privacidad nos conduce a una mejor corrección de los costos externos al cumplir una función análoga a la que desarrollan los derechos de propiedad. Así el «derecho a ser dejado solo», a excluir a los demás de un espacio y tiempo determinado dedicado a lo privado, evita que se generen externalidades por un uso excesivo o invasivo del espacio y tiempo ajeno, de la misma manera que una asignación adecuada de derechos de propiedad permite la generación de adecuados incentivos para invertir y utilizar racionalmente los bienes. Ello hace posible que los individuos puedan tener una actividad en la que sus propias decisiones los conduzcan a niveles mayores de bienestar. Esto a su vez reduce los costos de transacción para asignar como recurso económicamente escaso la esfera de actuación privada.

Pero, por otra parte, la acepción de la privacidad referida al control de la información disponible nos conduce en dirección contraria. Al reducir los niveles de información disponibles socialmente el control de la información por parte de quien alega la vulneración de su privacidad puede conducir a elevar los costos de transacción y con ello a que se generen externalidades donde parte de los costos de la actividad de las personas no sean asumidos por quienes los generan. Así el costo de la incertidumbre generada por la falta de información considerada privada afecta a todos y no solo a aquellos beneficiados por mantener oculta cierta información.

La paradoja se hace aún más compleja cuando uno nota que en parte el derecho a «ser dejado solo» tiene por efecto reducir la información disponible. Sería mejor decidir sobre asuntos que involucren las cualidades de

las personas si pudiéramos acceder libremente a su esfera privada y tomar de ella la información necesaria (por ejemplo, cómo trata una persona a sus hijos en el hogar). Por otra parte, la cantidad de información disponible sobre nosotros mismos afecta nuestro derecho de exclusiva sobre lo que somos y lo que constituye nuestra esfera privada de actuación.

Si uno regresa sobre la idea de la función de los derechos de propiedad, puede sostenerse que la privacidad persigue asignar el recurso tiempo-espacio de una manera eficiente. Sin embargo, no debería permitirse que la privacidad sea utilizada para externalizar ciertos costos derivados del no uso de información relevante que puede ser considerada privada.

Bajo este aspecto, lo que interesa es preservar un derecho de exclusividad pero sin permitir que el mismo pueda ser utilizado para generar externalidades a terceros por la vía de incrementar los costos de transacción a niveles tales que ya no sea posible que el mercado haga una asignación correcta de recursos escasos. Así, información como el historial delictivo, los antecedentes de crédito o la historia laboral deberían estar a disposición de las personas. No queda claro en tales casos cuál es el beneficio que genera la reserva de ese tipo de información distinto a permitir una representación inexacta de la imagen de una persona, lo que induce a que se cometan errores al juzgarse sus cualidades y capacidades[18].

Nótese, sin embargo, que es un presupuesto necesario que la información disponible sobre estos aspectos sea veraz y exacta. De lo contrario se elevarían los costos de transacción por la mala información existente, con un efecto incluso peor que el omitir información en el mercado. Así, si una persona con un historial de crédito impecable aparece como moroso en el sistema de una central de riesgo, entonces el sistema legal debe corregir la información inexacta.

Si bien podrían encontrarse razones para dar a deudores morosos o a ex-presidiarios una segunda oportunidad, el problema y la injusticia de un sistema amplio de protección a la privacidad que permita ocultar tal información es que el costo de brindar tal ayuda es asumido por todos los demás, y en particular por quienes cuidaron su crédito y respetaron la ley toda su vida.

---

18. Posner (*The Economics of Justice*, p. 248) es aún más radical al juzgar este aspecto de la privacidad al señalar que los secretos industriales y comerciales en la actividad empresarial merecen una mayor protección legal, en términos generales, que la que brinda la privacidad a la información privada. Para este autor la protección a los secretos empresariales es una forma de permitirle al empresario apropiarse del beneficio social que genera, mientras que los secretos personales parecerían estar más dirigidos a ocultar factores que desacreditan a las personas.

## VI. MERCADO Y MALA DEFINICIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD.

En ocasiones se crítica al sistema de mercado porque en su funcionamiento se violan frecuentemente derechos vinculados a la privacidad de las personas. Así se critica a la prensa amarilla y la demanda que esta satisface como un ejemplo típico. Se menciona también el caso de quienes venden su privacidad, quizás motivados por su situación económica, permitiendo la instalación de cámaras que filmen su vida diaria. Se dice que los sistemas de información derivados de tarjetas de crédito o antecedentes de crédito, son mal usados por el sistema difundiendo información privada de manera inadecuada.

Sin embargo, la mayoría de problemas vinculados a la violación de la privacidad están en realidad referidos a una mala definición de los derechos de propiedad sobre lo privado. El uso inadecuado de la información o la invasión de periodistas en la vida privada son consecuencia de derechos mal definidos. Basta acudir a una discusión sobre los alcances de la privacidad para ver lo abstracto y difícil que es definir sus límites.

Imaginemos que se dijera que dejar las llaves en el encendido de un automóvil o la puerta con el seguro abierto pudiesen ser interpretados como una donación[19]. Así, quien pasara por allí podría interpretar que el propietario consintió para que se llevaran el auto. Si ello ocurriera, la propiedad privada sobre los automóviles se diluiría en esa posible interpretación. El resultado sería un mayor desarrollo de mercado de automóviles robados (o *cuasi* robados por una forzada interpretación de la existencia de consentimiento para que se lo lleven los autos). La sensación que habría es que el mercado no asigna correctamente la propiedad. Pero el error de esa interpretación es que el problema no está en el mercado sino en la definición inadecuada o imprecisa de los derechos de propiedad.

Nótese que con la privacidad ocurre algo similar. La definición de sus límites y su contenido es imprecisa tanto en las leyes como en la jurisprudencia. Discusiones como si dejar la puerta abierta de la casa implica haber renunciado a la privacidad son comunes en estos casos. Se discute si el estar en un espacio público implica una renuncia a que se guarde reserva sobre todo lo que ocurre en él, o el haber dado la información en una encuesta autoriza publicarla[20]. De hecho, la privacidad muestra mucho de los males o proble-

---

19. Esto incluye una serie de variantes como dejar la ventana entreabierta, dejar el auto estacionado en un descampado toda una noche, dejar la llave sobre la mesa de un restaurante, etc.

20. En una ocasión asistí a una discusión académica en la que se debatía si la fotografía de alguien orinando en la calle estaba protegida por el derecho a la privacidad y por ello

mas que muestran otros derechos imprecisamente definidos como los secretos industriales o comerciales. Pero el problema está en la imprecisión, no en el mercado. Así, el trabajo está por definir mejor el alcance de estos derechos y no por prohibir su funcionamiento en el marco de un sistema de mercado.

## VII. NO SE LO DIGAS A NADIE

El mercado necesita de la privacidad para operar, pues ella permite definir el ámbito de actuación de la autonomía privada. Pero una mala definición de la privacidad nos puede conducir a elevar innecesariamente los costos de transacción y a colocar costos en quienes no tendrían por qué soportarlos.

Por ello, considerar que existe una contradicción teórica o práctica entre mercado y privacidad sólo se explica en una mala comprensión de las funciones que la privacidad debe desarrollar. Quizás la privacidad sea la titularidad más importante del sistema jurídico, pues ella es la base de la definición de lo que es una persona, y a partir de ello se constituyen y organizan todas las demás titularidades (propiedad incluida). Pero a su vez extender a la privacidad más allá del ámbito de lo que se necesita para definir qué es la autonomía privada y la libertad de elección, es convertir ese derecho en una barrera para el propio desarrollo de las personas.

El «No se lo digas a nadie» puede llevar implícito la creación de falsas representaciones acerca de cómo son las personas. Ello puede ser importante para el desarrollo de otras personas. Por eso, al definir la privacidad debe considerarse no sólo los derechos de quien quiere presentar «su mejor cara», sino los derechos de quiénes se perjudican cuando esa cara es en realidad careta o máscara que oculta una realidad distinta, y que conduce al error y a la pérdida de bienestar social. Como dice MILTON, en tal circunstancia, es mejor dejar que la verdad se abra paso, aunque no todos estén conformes con dicho resultado.

---

no podía ser publicada. Para alguno de los profesores que discutían el tema el hecho de orinar en la calle implicaba ya una renuncia a lo privado. Para otros cualquier acto de este tipo estaba protegido y la fotografía no podía publicarse. Incluso se sostuvo que si la persona orinaba en la calle porque por un apuro no pudo llegar a un lugar privado estaba protegido mientras si lo hacía simplemente por flojera estaba renunciando a su privacidad. Variantes de la discusión giraban a si estaba o no ebrio, pues de no estarlo habría actuado con conocimiento de causa y con plena voluntad, supuesto no aplicable a una persona ebria. Con ese tipo de discusión no es difícil entender por qué cuesta tanto definir el alcance del derecho a exclusión que se deriva de la fotografía de alguien orinando en público. Si esa definición estuviera hecha de manera adecuada, el mercado funcionaría libre de la generación de externalidades.

# Bibliografía
# Parte III


— AVENDAÑO, Jorge. «El Derecho de Propiedad, el Sistema Registral Peruano y la Reforma del Código Civil» En: *Folio Real*. Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial 2. Año I. Agosto 2000.

— AVENDAÑO, Jorge. «La Clasificación de los Bienes en Función del Registro» En: *Revista Jurídica del Perú* 10. Año XLVII. Enero-Marzo 1997.

— BECKER, Gary y NASHAT, Guity. *The Economics of Life*. Ed. McGraw- Hill. Estados Unidos. 1997.

— BOLDRIN, Michel y LEVINE, David K. «Property Rights and Intellectual Monopoly». En: www.dklevine.com

— BOLDRIN, Michele y LEVINE, David K. «Why Napster is Right». En: www.dklevine.com

— BULLARD, Alfredo. «Reivindicando a los piratas: ¿Es la propiedad intelectual un robo?». En: *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*. Año 1. Número 1. Lima 2004.

— BULLARD, Alfredo. «'No se lo digas a nadie'» ¿Se puede vender el derecho a la privacidad en el mercado?» En: *Ius Et Veritas* 17. 1998.

— BULLARD, Alfredo. «La Propiedad Inconclusa». En: *Ius Et Veritas* 28. Año XIV.

— BULLARD, Alfredo. «Un mundo sin propiedad (Análisis del sistema de transferencia de la propiedad inmueble)». En: *Derecho* 45. 1991.

— BULLARD, Alfredo. *La Relación Jurídico Patrimonial. Reales vs. Obligaciones*. Ara Editores. 2da Edición. 1991.

— BURTON, John. Prólogo de Cheung, Steven. *El Mito del Costo Social*. Unión Editorial. Madrid 1990.

— CALABRESI, Guido y BOBBIT, Philip. *Tragic Choices. The conflicts society confronts in the allocation of tragically scare resources*. Ed. W.W. Norton & Company. 1978.

— COASE, Ronald. *The Firm, The Market and The Law*. The University of Chicago Press. 1998.

— COASE, Roland. «The Problem of the Social Cost». En: *Journal of Law and Economics*. Octubre 1960.

— COASE, Ronald. «El Mercado de los Bienes y el Mercado de las Ideas». En: *Revista de Estudios Privados* 1.

— COLE, Julio. «Patentes: Costos y Beneficios.» En: www.economia.ufm.edu. 2004.

— COLE, Julio. «Propiedad Intelectual: Comentarios Sobre Algunas Tendencias Recientes». En: www.economia.ufm.edu

— COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y Economía*. Fondo de Cultura Económica. México. 1998.

— DE TRAZEGNIES, Fernando. «Bienes, naturaleza y romanos». En: Diario *El Comercio*. 21 de diciembre de 1982.

— DEMSETZ, Harold. «Toward a Theory o Property Rights». En: *American Economics Review* 57. Mayo 1967.

— EPSTEIN, Richard A. *Principles for a Free Society. Reconsiling Individual Liberty with the Common Good*. Persues Books. Masachusetts. 1998.

— ESLAVA, Fernando. «Aproximación Metodológica al Análisis Económico del Derecho: Un Marco para el Estudio de la Escasez, el Tráfico y el Mercado de órganos». En: *Derecho Económico*. Tomo IV. Colección Enrique Low Murtra. Universidad Externado de Colombia. 2003.

— FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú». En: *Themis*-Revista de Derecho 30. 1994.

— FRIEDMAN, Lawrence M. «The Republic of Choice». *Law, Authority and Culture*. Harvard University Press. 1990

— FUROBOTH, Eiriz y PEJOVICH, Svetozar. «Property Rights and Economic Theory: a Survey of Recent Literatura». En: *Journal of Economics Literature* 4. Vol X. Diciembre 1972.

— HARDIN, Garret. «The Tragedy of the Commons». En: *Economic Foundations of Property Law*, Bruce ACKERMAN. Little Brown and Company, Boston and Toronto, 1975.

— JEFFERSON, Tomas. «Carta a Isaac McPherson», Agosto 13, 1813" PETERSON, 1988. citado por COLE, Julio. «Patentes y copyrights: costos y beneficios». *Libertas* 36. Mayo 2002

— KINSELLA, N. Stephan. «Against Intellectual Property.» En: *Journal of Libertarian Studies* 2, Volume 15 (Spring 2001): 1–53. 2001. Ludwig von Mises Institute, www.mises.org. (Agosto 4, 2004).

— LANDES, William y POSNER, Richard. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Harvard University Press. 2003.

— LEROY, Roger y otros. *The Economics of Public Issues*. HarperCollins College Publishers. Estados Unidos. 1996.

— MALLOY, Robin. *Law and Economics. A Comparative Approach to Theory and Practice*. West Publishing Co. Minnesota. 1990.

— MARTIN, Brian. «Against Intellectual Property». En: www.uow.edu. 5 de Agosto de2004.

— MENELL, Peter S. «Intelectual Property: General Theories». En: www.dklevine.com.

— MORALES GODO. *El Derecho a la Vida Privada y el Conflicto con la Libertad de Información*. Grijley. Lima. 1995.

— NISHIYAMA, Chiaki y LEUBE, Kurt. *The Essence of Hayek*. Hoover Institution Press. California. 1984.

— NORTH, Douglas. *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico*.Fondo de Cultura Económica. México. 1993.

— POSNER, Richard. *The Economics of Justice*. Harvard University Press. 2da Edición. 1983.

— POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Little, Brown and Company, Boston y Toronto, 3.ª ed. 1986.

— PARDOLESI, Roberto y TASSONE Bruno. *I giudici e l'analisi economica del diritto privato*. Ed. Il Mulino. Bologna. 2003.

— PASQUEL RODRIGUEZ, Enrique. «¿No era la Necesidad la Madre de la Inventiva? Por qué Eliminar las Patentes, los Derechos de Autor y el Subsidio Estatal a la Producción de Información.» Monografía presentada en la Reunión Anual del ALACDE. Lima, Abril del 2004. Documento no publicado.

— POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Harvard University Press. 2da Edición. 1983.

— TORRES LÓPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho*. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 1987.

— PEJOVICH, Svetozar. «Towards an Economic Theory of the Creation an Specification of Property Rights». En: *Review of Social Economics* 3. Volumen XXX. setiembre 1972.

— POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, Little Brown and Company». Boston Y Toronto. 6ª reimpresión. 1983.

— WARREN, Samuel y BRANDIES, Warren. «The Right to Privacy». En: *Harvard Law Review* 5. Volumen IV. 1890.

— WILLIAMSON, Oliver E. *Economic Organization: Firms Market and Policy Control*. New York University Press. 1986.

# Parte IV
# Contratación

# Contrato e intercambio económico

El contrato es la unidad básica de intercambio. Es el sinónimo legal del concepto económico de transacción. En ese sentido tanto la contratación paritaria (es decir, la realizada en un contexto de perfecta negociación entre las partes) como la masiva (realizada usualmente en el contexto de transacciones de consumo) persiguen el mismo fin: intercambiar bienes y servicios. En consecuencia, desde un punto de vista económico, persiguen lo mismo.

Quizás a los únicos que nos interesan las abstractas y conceptuales discusiones sobre el contrato como relación jurídica es a los abogados. Para las partes el contrato es, ante todo, un mecanismo de intercambio, una mera forma legal necesaria pero secundaria al fondo mismo de la transacción. Se trata pues de una relación económica.

Como sugieren COOTER y ULEN, la teoría contractual tradicional usa un método de análisis que es común en el análisis jurídico: identificar y abstraer los elementos mínimos del evento típico regulado por la rama del Derecho que corresponde y derivar de allí un principio legal. En el derecho de los contratos el evento típico es el intercambio. Pero se necesita algo más que un caso típico. Se necesita identificar el objetivo o función que el Derecho desarrolla en cada rama para tener una comprensión cabal del fenómeno bajo análisis[1]. Es por tanto necesario definir qué funciones desarrolla el sistema contractual.

---

1. COOTER, Robert y Thomas ULEN. *Law and Economics,* Harper Collins Publishers, 1988, p. 226.

El concepto central es el de autonomía privada o autonomía de la voluntad, entendida como la capacidad que tiene la voluntad de los individuos para autorregular la esfera dentro de la cual se desenvuelven sus intereses. Bajo el principio de autonomía privada, las partes pueden autorregular sus intereses siempre que dicha regulación no vaya contra una norma imperativa expresa. El principio en los contratos es entonces que lo que no está prohibido, está permitido.

Sólo excepcionalmente se puede limitar tal libertad de acción. La norma marco de dicha limitación es el artículo 1355 del Código Civil.[2] El referido artículo se refiere a lo que se conoce como intervencionismo o dirigismo contractual. El artículo pareciera no tener contenido preceptivo, es decir, no ordena en específico nada. Sólo reconoce que el contenido de los contratos puede ser limitado por Ley en los supuestos allí regulados (interés social, interés público o interés ético). Es casi un consejo al legislador más que un mandato normativo propiamente dicho.

Se trata del reconocimiento de una excepción al principio de autonomía privada, que inspira gran parte del Código y que tiene sus expresiones más claras en los artículos 1354[3] (que reconoce la libertad de las partes de determinar el contenido del contrato) y el 1361[4] (que establece que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos).

## I. EL FUNDAMENTO ECONÓMICO DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

No es por tanto posible entender las razones que pueden justificar limitar la posibilidad de que las partes establezcan libremente el contenido de un contrato, sin comprender las razones por las que se recoge el principio de autonomía.

El sistema contractual puede ser entendido así como sistema de mercado. El intercambio es el momento esencial de la actividad económica moderna. Por esta vía se logra, en teoría, una correcta asignación de los recursos escasos. Si alguien vende una casa es porque el comprador la valo-

---

2 Artículo 1355.- La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.

3 Artículo 1354.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

4 Artículo 1361.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

riza más que el vendedor. De lo contrario jamás se hubiesen puesto de acuerdo sobre el precio. Si las partes han hecho una correcta evaluación sobre sus preferencias y el valor que le asignan a la casa, en cada operación de intercambio se ha producido la transferencia de un recurso de un uso menos valioso a un uso más valioso. No es otra la razón que explica, como señalan POSNER y KRONMAN, el «slogan» de la «autonomía privada»[5].

Quizás la mejor forma de entender, desde un punto de vista práctico, la función de la autonomía privada es recurriendo, antes que a abogados, a economistas. Son las ideas económicas las que mejor nos permiten entender por qué tenemos contratos y, de ser el caso, por qué podemos limitar su contenido por Ley.

Primero volvamos a visitar las ideas de Wilfredo PARETO ya analizadas en el primer capítulo de este libro. Este economista italiano explicó ya hace varias décadas cómo hacen los mercados para generar eficiencia, que no es otra cosa que bienestar en la sociedad. Para ello acudió a dos conceptos que ya hemos explicado.

El primero de esos conceptos es el Óptimo de PARETO, y que como vimos señala que una situación será óptima si no es posible mejorar la situación de alguien sin empeorar necesariamente la situación de otro. Esto quiere decir que los recursos disponibles han sido usados de manera tan eficiente que toda mejora individual tiene una consecuencia necesariamente redistributiva, pero no mejora la situación en términos sociales o agregados. Es decir, en una situación óptima, si alguien gana algo es porque alguien perdió algo. Este principio, permite a los economistas identificar una situación ideal bajo la cual se ha alcanzado una auténtica eficiencia económica.

El segundo de los conceptos nos permite identificar cuándo una situación nueva es mejor que una situación anterior. En términos paretianos, una situación es mejor que la anterior cuando alguien ha mejorado y nadie ha empeorado. El punto de partida es pues una situación subóptima, pues si fuera óptima la mejora no sería posible. Bajo tal circunstancia el cambio de situaciones nos ha hecho ganar algo en eficiencia, es decir, que la nueva situación es más eficiente que la anterior. Este es conocido como el criterio de PARETO[6].

---

5. KRONMAN, Anthony y Richmard POSNER. *The Economics of Contract Law,* Little, Brown and Company, 1979, p. 2.

6. Para una mejor y más detallada explicación de estos criterios consultar (Juan TORRES LÓPEZ. *Análisis Económico del Derecho.* Tecnos: Madrid, 1987, pp. 30-34; Santos PASTOR. «Una Introducción al Análisis Económico del Derecho». En: *Hacienda Pública Española*, Madrid, 1984, N.º 89, pp. 158-160; COOTER y ULEN. *Law and Economics*, Harper Collins: 1988, pp. 16-18, 44-45, 49-50, 229-232, 497-499; MISHAN, E.J. «Pareto Optimality and the Law». *Oxford Economics Papers*, 19, pp. 247-287, citado por TORRES LÓPEZ, *Ob. cit.*,).

Estos conceptos fueron afinados por KALDOR y HICKS. Para ellos una situación nueva también es mejor que una anterior si quienes han mejorado lo han hecho en un grado mayor de lo que lo han empeorado aquellos que terminan estando peor. Así, los que han ganado con el cambio lo han hecho en un grado mayor que quienes han perdido con el cambio[7].

Quizás la mejor manera de comprender estos conceptos sea usando un ejemplo similar al de las máquinas de afeitar y los lápices de labios que usamos en el capítulo primero, sólo que usemos caramelos de sabores. Imaginemos que tenemos encerradas en un cuarto a cuarenta personas. Asimismo, los únicos bienes existentes son 20 caramelos de fresa y 20 caramelos de limón. Estos han sido distribuidos entre los ocupantes del cuarto al azar, esto es, sin utilizar como criterio el gusto de las personas por un sabor u otro. Así resultan con caramelos de fresa algunas personas que hubieran preferido caramelos de limón, y con caramelos de limón algunos que hubieran preferido caramelos de fresa.

Imaginemos también que un amante de la fresa, que tiene un caramelo de limón, ofrece a un amante del limón un trueque (es decir, un contrato de permuta) por un caramelo de fresa. Ambos aceptarán gustosos, mejorando la situación en la que se encontraban antes de la transacción. Los dos han mejorado y nadie ha empeorado. Según el criterio de PARETO la situación resultante es más eficiente que la anterior, aunque debe reconocerse que es una situación subóptima, es decir, que aún es posible que algunos sigan mejorando sin empeorar la situación de otros[8].

---

7. En realidad KALDOR y HICKS nos dicen algo que es prácticamente obvio. Lo que ocurre es que las definiciones paretianas son más precisas, porque cuando se presenta una situación en la que alguien ha mejorado y nadie ha empeorado tenemos la certeza de que la sociedad en su conjunto está mejor. En cambio cuando alguien ha mejorado y otro ha empeorado, no es sencillo ni certero saber si la mejoría es superior al detrimento. Ello porque mejorías y detrimentos obedecen principalmente a preferencias subjetivas de las personas, algo que para el observador es muy difícil, sino imposible, de identificar en numerosos casos. Por eso es que penamos el robo y permitimos el contrato. Un ladrón no podría eximirse de culpa si es que demuestra que aprecia subjetivamente la pintura robada más de lo que la apreciaba su anterior propietario. Ello depende de cuánto aprecia el arte uno y otro. No se puede descartar la hipótesis de que el robo pudiera ser eficiente, pero no lo aceptamos, entre otras razones, porque no hay forma de llegar realmente a demostrarlo. Pero si el mismo cuadro es vendido, sabemos que su comprador está mejor (porque si no, no hubiera realizado el gasto) y el vendedor está mejor (porque si no, no hubiera recibido el precio a cambio de la pintura). Los dos han mejorado y nadie ha empeorado, por lo que el contrato debe ser respetado al constituirse una vía para llegar a la eficiencia.

8. Según KALDOR y HICKS el robo del caramelo podría maximizar la eficiencia aún más, pero el juez que deba decidir la controversia tendría que tener medios para determi-

Si los ocupantes de la habitación, disconformes con el sabor que les tocó, siguen realizando trueques, irán paulatinamente aumentando la eficiencia. Cada intercambio mejora a los dos involucrados en el mismo y no empeora a nadie con lo que la situación de esta sociedad, conformada por sólo 40 individuos, mejora en términos agregados con cada contrato.

Llegará sin embargo un momento en que ya no será posible mejorar más. Un grupo de amantes de caramelos de limón o un grupo de amantes de caramelos de fresa se quedarán con sabores no deseados por ellos[9]. Ya no será posible que nadie mejore, salvo que empeore la situación de otro (por ejemplo quitándole un caramelo a otra persona). Estaremos entonces frente a una situación óptima, en términos de PARETO. Nótese que ello no implica que todos estén contentos. Algunos se han quedado con sabores que no les gustan. Sin embargo, dados los recursos existentes, se ha logrado la mejor distribución posible, maximizándose el bienestar individual y con ello el del grupo en su conjunto[10]. Nótese que una situación óptima no es una situación en que todos están contentos. Es óptima porque se saca el mayor provecho posible, dada la dotación de recursos existentes. Pero una situación óptima, en el contexto de una aguda escasez de recursos puede arrojar altos niveles de pobreza e insatisfacción. Optimo no es sinónimo de satisfacción de todos. Es sólo sinónimo de estar lo mejor posible, dado lo que tenemos disponible. Pero incluso una situación de aguda pobreza podría ser óptima. De la misma manera puede ser óptima una situación de gran concentración del ingreso, es decir, de distribución desigual del mismo. La eficiencia puede darse al margen de esas consideraciones.

El lector podrá advertir que el ejemplo no es otra cosa que una simplificación del funcionamiento de un sistema de mercado o, en otros términos, del sistema de derecho de contratos. En el mercado existe una determinada cantidad de bienes y servicios disponibles que son adquiridos a cambio del

---

nar que el ladrón ama un sabor más que la víctima del robo, es decir, que el robo es eficiente. En todo caso, se ha asumido que las preferencias son estándares entre todos, con lo que tal posibilidad queda descartada en el ejemplo colocado.

9. Salvo que existieran 20 amantes de la fresa y 20 amantes del limón. Pero si los números no coinciden con el número de caramelos disponibles de cada sabor, entonces siempre habrá un grupo disconforme entre los que amaban el sabor de mayor preferencia.

10. Nótese además que estamos asumiendo que la preferencia por un sabor es estándar. En la práctica pueden haber algunos amantes del limón que deseen mucho más dicho sabor que otros amantes del mismo sabor. Pero para simplificar el ejemplo hemos asumido que la preferencia se da en el mismo grado entre todos los que quieren un sabor determinado.

pago de precios o contraprestaciones. Es así como el mercado nos va llevando, paulatinamente, a situaciones más y más eficientes, a través de una serie de operaciones de intercambio. El resultado es una mejora paulatina en el bienestar general, consecuencia natural de la sumatoria de la mejora en los bienestares individuales de quienes contratan. Si el contrato no genera externalidades, los contratantes mejoran y nadie empeora, con lo cual nos movemos hacia la eficiencia. Ese es el sentido principal de los contratos.

Si todo funciona bien, el sistema de mercado (y los contratos que le sirven de base para su funcionamiento) se configura como la mejor manera de llegar, o al menos acercarnos todo lo posible, al óptimo de PARETO. Bajo tal circunstancia, el rol de Estado casi se reduce a asegurar los derechos de propiedad (evitar el robo de caramelos) y hacer exigibles los contratos (hacer que quienes se comprometieron a cambiar caramelos cumplan sus promesas). En esta perspectiva el artículo 1355 y el intervencionismo o dirigismo contractual serían innecesarios, y por el contrario podría limitar que lleguemos a situaciones óptimas. Bastarían intercambios libres y sin limitaciones para que todos estemos mejor.

Si el Estado va más allá puede crear distorsiones. Si considera que quienes tienen caramelos de limón están equivocados porque los de fresa son más sabrosos (los de limón serían una suerte de «producto de mala calidad», donde la calidad no la determina cada contratante según cual sea su caso, sino el Estado en general), y por tanto impide a los amantes del limón entregar en intercambio sus caramelos de fresa, estará creando una distorsión que reducirá la posibilidad de los agentes involucrados de ganar en eficiencia y con ello estar mejor. En otras palabras la elección del sabor de los caramelos no parece tener ninguna base en la existencia de razones de interés social, público o ético, y por tanto la intervención estatal en los contratos parece innecesaria.

Si el Estado considerara, equivocadamente, que algunos de los ocupantes del cuarto son tontos y por ello no les permite participar en el intercambio para evitar que sean víctimas de los inteligentes, estará también estorbando la eficiencia. Nótese que si en el mercado un individuo elige comprar un producto de mala calidad, a sabiendas de tal situación, debemos presumir que ello mejora tanto su situación como la del proveedor que se lo vende, salvo, claro está, que por alguna falla de mercado esté produciendo una mala asignación de los recursos existentes, tal como analizaremos más adelante. En ese caso la intervención del Estado también resultaría, en principio, innecesaria.

En el fondo de estos conceptos descansa un justificativo ético, que podríamos identificar con uno de los conceptos de justicia, como bien dice el célebre contractualista norteamericano Alan SCHWARTZ:

> «Por justicia entiendo dos cosas. Un aspecto (...) se deriva de las premisas utilitarias y básicamente sostiene que los resultados justos son los que surgen cuando se permite a las personas hacer lo mejor que pueden, dadas sus circunstancias. Esto es porque (...) las personas son los mejores jueces de aquello que maximiza su propia utilidad; en consecuencia, dejando que ellos realicen elecciones sin restricciones es más probable maximizar la utilidad para el individuo y para la sociedad en su conjunto. El segundo aspecto de la justicia, que discutiré brevemente más adelante, es la justicia considerada como distribución equitativa. (...)
>
> Quisiera iniciar esta discusión sobre el derecho de los contratos usando el primer concepto: esa noción utilitaria y kantiana que señala que resultados justos resultan de dejar a las personas hacer las cosas lo mejor que ellas puedan[11].

El dejar que las personas decidan lo mejor para ellas constituye, además de un medio para mejorar la situación de la sociedad, un imperativo ético, por lo menos para quienes creen en la libertad y en la autonomía privada. Por ello el punto de partida es que se debe respetar la posibilidad de elección de los individuos, salvo situaciones muy excepcionales.

Para que el mercado funcione se requiere de una asignación inicial de los recursos de manera que el titular de cada uno esté en capacidad de excluir a los demás de su uso y disfrute. Esto se logra, primordialmente, a través del sistema de propiedad. Pero se requiere adicionalmente que dichos recursos cuenten con cierta movilidad que le permita dirigirse a sus usos más valiosos. Esta función está asignada al sistema contractual, que presta las garantías para una fluida circulación de los recursos y para impedir la aparición de fenómenos anómalos que distorsionen la función que se le ha asignado.

Lo analizado hasta acá respecto a las ideas de Pareto debe ser complementado por las ideas de Ronald Coase. Como bien dice Coase, el punto de quiebre está en la existencia de costos de transacción elevados. Así, el nú-

---

11. Schwartz, Alan. «Justice and the Law of Contracts: a Case for the Traditional Aproach». En: *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 9, N.º 1, p. 107. Según indica el mismo autor en una nota a pie de página del texto citado, el utilitarismo justifica la autonomía de la voluntad en la contratación si uno acepta el punto de vista según el cual las personas son los mejores jueces sobre que maximiza su utilidad si es que consideramos que dicha utilidad se maximiza dejando a las personas celebrar los contratos que eligen y ejecutarlos. El pensamiento kantiano justifica la autonomía privada en la contratación porque sostiene que la autonomía de la persona debe ser respetada permitiéndose que aflore libremente. Un aspecto de esta autonomía es la realización de transacciones que una persona cree redundará en su mejor o mayor interés.

mero de agentes, la falta de experiencia de mercado o la complejidad o desconocimiento de las características de un bien o la existencia de costos a terceros o externalidades, pueden dificultar la contratación y con ello restringir la posibilidad del mercado de alcanzar la eficiencia. Esto puede desembocar o en la no celebración de contratos que serían eficientes o en la celebración de contratos en términos ineficientes. Estos problemas pueden a su vez generar divergencias entre el costo privado y el costo social de una actividad, es decir, externalidades.

Otro economista, PIGOU, sostuvo que sólo cabe resolver la divergencia entre el costo privado y el costo social mediante la intervención del Estado. Así, el Estado debe gravar con impuestos o prohibir actividades que generen externalidades a fin de corregir los defectos del mercado. En otras palabras PIGOU sustentaba que la existencia de externalidades (es decir, daños a terceros) justificaban la intervención del Estado en el campo de los contratos, para establecer reglas que impidan que se den esas externalidades. Desde esta perspectiva, serían las externalidades el principal justificativo de un artículo como el 1355 del Código Civil, para poder limitar la autonomía privada.

La similitud entre la tesis de PIGOU y la de aquellos que reclaman una mayor actividad e intervención estatal es evidente. Sin embargo, según Coase es totalmente inexacto sostener que la divergencia entre el costo privado de una actividad y su costo social deba ser resuelta siempre a través de la intervención de Estado. COASE sostiene que todo depende de la existencia o no de costos de transacción.

La segunda formulación del Teorema de COASE establece que si los costos de transacción son significativos, si importará la regla legal para llegar a una solución eficiente. La diferencia entre los «cousianos» y los «pigounenses» es evidente. Los segundos plantean, que todo problema de externalidades exige la intervención del Estado para corregirla y con ello exigirán intervencionismo o dirigismo contractual, y menos autonomía privada. Por el contrario, los primeros discriminarán entre aquellas situaciones en las que se justifica algún tipo de intervención, porque existen costos de transacción altos, de las situaciones en que dicha intervención es innecesaria porque el mercado está en mejor actitud de corregir el problema. En otras palabras los «pigounenses» propondrán un artículo 1355 con un alcance más amplio en lo que concierne a restringir la contratación. Por el contrario los «cousianos» sostendrán un 1355 menos intervencionista.

En esa línea los conceptos de interés social, público o ético contenidos en el artículo 1355, deberían ser leídos a la luz de lo que dice la teoría económica que hemos reseñado. Sólo las consecuencias de las llamadas «fallas de mercado» deberían servir de sustento para intervenir muy excepcionalmente en los contratos, bajo el riesgo que dicha intervención impida que

los individuos puedan, por propia iniciativa, encontrar el camino hacia su bienestar.

Debemos tener cuidado con la aplicación de esos conceptos. El interés social parecería contraponerse con el interés público. Quizás la mejor manera de entender esa diferencia sería señalando qué interés social se refiere a consideraciones redistributivas, es decir, intervenir en el contrato para proteger, por ejemplo, a los grupos más pobres, usando herramientas como controles de precios o prohibiciones de cláusulas leoninas. Sin embargo, entendemos que la Constitución actual removió el principio de protección al interés social como justificación al intervencionismo contractual[12], lo cual es consistente con el modelo que hemos descrito líneas arriba. Así, la intervención contractual para fines redistributivos no sólo es inconveniente, sino que sería inconstitucional.

Por el contrario, el concepto de bien público parecería referirse justamente a la afectación de terceros ajenos a los contratantes, en otras palabras externalidades. Por ejemplo, la prohibición de venta de sustancias tóxicas o la limitación de los términos en los que se pueden comercializar a ciertos estándares contractualmente inmodificables podría ser un ejemplo.

Finalmente en lo que se relaciona con intereses éticos, constituye uno de los temas más sensibles. Una intervención de ese tipo significaría la imposición de ciertos principios morales de un grupo a otro grupo, lo cual a su vez puede vulnerar el principio de autonomía. Por ejemplo, prohibir la prostitución o la pornografía o regularlas detalladamente. En el fondo el argumento ético parece ser el de una externalidad, es decir, ciertas conductas afectan la sensibilidad ética de otros. Sin embargo, ello implica reconocer también la existencia de un principio básico de tolerancia. De la misma manera como no se prohibiría el divorcio porque a un grupo le parece éticamente inaceptable, no debería admitirse imponer, como regla general, unos principios éticos a quienes no los comparten. Ello afectaría seriamente el principio de autonomía.

El tema es entonces determinar si en cada caso existen costos de transacción lo suficientemente altos como para justificar la intervención del Estado (vía el dirigismo contractual), o si las condiciones de mercado, mediante la experiencia de los individuos, la información disponible y el proceso de ensayo-error continuo, nos llevarán a una solución adecuada. Por

12. En efecto, el artículo 2, inciso 14 autoriza a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravenga el orden público. La referencia al interés social, común en varias partes de la Constitución del 79, fue retirada en todo el texto de la Constitución vigente, incluyendo su referencia a la posibilidad de expropiar por dicha razón.

ejemplo, si la mala calidad de un producto puede ser identificada y corregida por quienes contratan sobre él, porque hay bajos costos de transacción, entonces la intervención del Estado en los contratos se hace innecesaria. Por el contrario, si los costos de transacción no permiten corregir el problema, y sólo en dicho caso, el Estado debe intervenir.

## II. LAS FUNCIONES DEL DERECHO DE CONTRATOS

Si el principio de autonomía debe ser la regla. ¿Para qué deben existir reglas de contratos en los Códigos Civiles o de Comercio? Por qué no reducir el Derecho de Contratos a una sola regla: los contratos son obligatorios entre las partes. Lo demás sobraría y sería la autonomía de la voluntad la que completaría todas las reglas necesarias para el intercambio. Sin embargo, ello no es así.

Como TORRES LÓPEZ se ha encargado en destacar, mientras las transacciones han sido consideradas como momentos estáticos donde las prestaciones se ejecutan de manera instantánea, no se vislumbran contingencias que pongan de evidencia la función del Derecho de Contratos. El problema aparece cuando la idea de contrato es entendida como el cumplimiento futuro de promesas. Allí las funciones aparecen más nítidamente. [13]

### 2.1. Determinar que promesas son legalmente vinculantes.

No toda promesa o expresión de voluntad genera obligaciones legalmente exigibles. Si un hijo le ofrece a su madre ir a misa todos los domingos o un profesor se ofrece a saludar a un alumno que no reconoció en una ocasión anterior, la próxima vez que lo vea, es poco probable que el sistema legal les conceda acciones legales a los autores de las promesas para perseguir su cumplimiento. Más parecen promesas sujetas a un control social o moral lejos del sistema jurídico.

Ello significa que el sistema legal debe establecer qué promesas son exigibles, sea a través de la tipicidad de contratos (queda claro que la compraventa, el arrendamiento o la locación de servicios tienen reconocimiento legal porque la tipicidad legal le da ese carácter) o con figuras más abstractas o generales, como la teoría de la causa, la patrimonialidad de la relación jurídica que se crea o la teoría de la *consideration* en el *common law* que precisamente hace que sean contratos sólo los que tienen naturaleza sinalagmática. Así el tema se resuelve diciendo que solo las promesas que se hacen a cambio de otra promesa son contratos. Con ello las donaciones

13. TORRES LÓPEZ. *Ob. cit.*, p. 56.

no son contratos y como promesa no es exigible, a diferencia de lo que ocurre con una compraventa, donde la promesa de entrega de un bien se hace a cambio de una promesa de entrega de una cantidad de dinero. Claramente se reconoce que solo las promesas que impliquen intercambio (es decir las que hacen funcionar el mercado) son contratos. Implícitamente solo lo que genera beneficio económico a ambas partes es legalmente amparable y puede ser ejecutado. Ello se aleja de la compleja e impredecible teoría de la causa en nuestro sistema, que precisamente define que promesas son exigibles con ideas como la de función económica y social tutelable, sin dar los criterios para determinar como se define ello.

En otras ocasiones el reconocimiento se da sólo a actos que cumplen ciertos requisitos, como la exigencia de escritura pública para ciertas donaciones, lo que significa que promesas contenidas verbalmente no resultan vinculantes desde el punto de vista legal.

### 2.2. Reducir las ventajas estratégicas derivadas del intercambio no simultáneo.

Torres López explica este punto con meridiana claridad:

> «En condiciones de intercambio simultáneo, en ausencia de contrato y sin incidencia de la variable temporal, las únicas causas de posible no realización son la falta de contraprestación o la no aceptación inmediata de las condiciones de intercambio, que, en todo caso, no generan pérdidas desde el punto de vista de la transacción, ya que siempre habrá otras personas dispuestas a intervenir en el intercambio en las mismas condiciones y, además, el propio intercambio —generalmente el mercado— ya prevé las sanciones extralegales adecuadas: la ausencia de beneficio o la no adecuación al precio de equilibrio, que obligarán a plantear en otros términos las condiciones del intercambio para poder efectuarlo.
>
> En condiciones de no simultaneidad el intercambio, sin embargo, puede llegar a no darse y ello obliga a tomar en consideración los costos que se derivan tanto para la parte afectada como para Y la transacción en su conjunto, es necesario el Análisis Económico para dilucidar qué sistema de exigibilidad puede garantizar que la transacción futura —o los resultados de su no realización— sean eficientes».[14]

Así, para KRONMAN y POSNER la función básica del Derecho de los Contratos es determinar sanciones para la negativa a cumplir en supuestos en

14. Ibid, loc cit.

los que, ante la ausencia de sanciones, las partes se verían tentadas a incumplir, es decir cuando el cumplimiento de las prestaciones no es simultánea. Así, el problema aparece cuando el carácter no simultáneo de las prestaciones le ofrece a una de las partes una ventaja estratégica que le permite obtener un pago que puede terminar anulando las ventajas que la otra parte puede obtener del contrato.[15]

Si este tipo de conducta fuese permitida, la gente se mostraría reacia a celebrar contratos y el proceso de intercambio económico se vería perjudicado. Así, por ejemplo, en un contrato de mutuo el deudor ya recibió lo que buscaba (dinero) a cambio de no entregar nada al momento de celebración del contrato. El ve satisfecho su interés y el acreedor lo verá en un futuro. Pero como ya tiene lo que quería ¿Cuál es su incentivo para devolver el préstamo? Esta es la ventaja estratégica que tiene el primero en recibir la prestación.

Si las prestaciones se ejecutan simultáneamente, es la simultaneidad la que asegura que ambos cumplan. Uno pone el dinero en el escaparate para recibir en el mismo acto la bebida gaseosa. Pero si le fían y no hay contrato legalmente hablando ¿Por qué cumplir con pagar lo que se debe? Una respuesta puede ser el prestigio. Si no devuelvo el dinero no tendrá más crédito. Ese es un buen incentivo. Pero parece insuficiente. Si bien es usual que sea el incentivo principal, no siempre funciona, en especial en sociedades grandes, complejas e impersonales como la nuestra. Por ello, el sistema legal responde con reglas que sancionan o hacen costoso el incumplimiento incluso para aquellos que no se preocupan por su pérdida de prestigio. Con ello compensan la ventaja estratégica con costos legales, para motivar la conducta adecuada de las partes y así reducir los costos de transacción.

### 2.3. Correcta asignación de los riesgos que afecten la ejecución de los contratos

Pero además este carácter no instantáneo del cumplimiento no sólo crea oportunidades estratégicas que las partes tratarían de explotar ante la ausencia de sanciones legales, sino además incertidumbre respecto a las condiciones en las que se verificará el cumplimiento. Esta incertidumbre expone a las partes al riesgo de que los costos y beneficios del intercambio resulten siendo diferentes de lo que ellos esperan, en especial por el cambio de circunstancias o la concretización de riesgos no previstos. Otra función importante es entonces hacer exigible los acuerdos de las partes sobre la

---

15. Kronmann, Anthony .T. y Posner, Richard A. *The Economics of Contract Law*. Little Brown, Boston, 1979., p. 4.

distribución de los distintos riesgos que pueden afectar la ejecución del contrato. El sistema adecuado, dentro de una perspectiva maximizadora, será aquel que asigna los riesgos a aquella parte que puede bregar con ellos a menor costo. Así, por ejemplo, el riesgo de la pérdida de la cosa pasa al comprador con la entrega, porque antes de ella es el deudor quien está en mejor aptitud de tomar las precauciones que se estimen necesarias para evitar su pérdida.

### 2.4. Reducción de costos de transacción mediante reglas supletorias.

Otra función, vinculada con las anteriores es la de reducir los costos del sistema de intercambio (es decir, reducir los costos de transacción) a través de la creación de un conjunto de reglas estándares (normalmente contenidas en los Códigos) a ser usadas por las partes sin necesidad de prever todas las contingencias expresamente en el contrato mismo[16]. Así, cuando las partes contratan no es necesario que acuerden todo. En defecto de acuerdo las reglas supletorias completan el contenido contractual, reduciendo los costos que negocia cada aspecto imaginable del contrato. Ello significa que la regla supletoria no puede ser cualquiera, sino aquella que usualmente se esperaría las partes pactarían en circunstancias determinadas. Por ejemplo, la norma del artículo 1567 del Código Civil, que establece que en la compraventa, el riesgo de pérdida del bien pasa al comprador con la entrega.[17] Es de esperar que en la entrega de un bien la posesión del mismo sea el factor principal que permite controlar la posibilidad de pierda. Por ello, el poseedor enfrenta menores costos para impedir que ello ocurra, lo que hace lógico que los costos del contrato en general disminuyen cuando el riesgo es asignado al poseedor. Si se asignara de otra manera los incentivos incrementarían los costos pues quien puede tomar precauciones a menor costo no tiene incentivos para tomarlas. Claro está que si en cierta extraña circunstancia la situación es la inversa, las partes pueden pactar en contra. La experiencia real de cualquier abogado muestra, sin embargo, que pactar en contra de esta norma es relativamente extraño, lo que refleja una adecuada regla supletoria que reduce los costos de transacción.

Por el contrario, hay normas en el Código que va a contramano con este principio y por tanto atentan contra el fin que persiguen las normas supletorias para reducir los costos de transacción. Un ejemplo es el artículo

---

16. KRONMAN y POSNER. *Ob. cit.*, p. 4.

17 Artículo 1567.- El riesgo de pérdida de bienes ciertos, no imputables a los contratantes, pasa al comprador en el momento de su entrega.

1333 del Código Civil[18] que establece que la mora en las obligaciones requiere de intimación al deudor. Sin embargo, la práctica contractual claramente se inclina por el pacto de mora automática, el cual es incluido en virtualmente cualquier contrato. Todo indica que los costos de ejecución de un contrato se reducen si, al simple vencimiento de una obligación, se entiende que el deudor ya está en incumplimiento. Pero el Código incluye la regla contraria a la que la lógica económica indica será el pacto más común. Ello lleva a que esta norma sea virtualmente pactada en contra en casi todo contrato elevando los costos de transacción. Ello explica además que el legislador mercantil, con bastante mejor criterio, haya establecido la regla contraria en el Código de Comercio.[19]

A manera de conclusión sobre las funciones del Derecho de los Contratos Torres López concluye diciendo que:

> «(...) el derecho de contratos persigue no otra cosa que la maximización del conjunto del cambio a través de la reducción de los costos de transacción asociados a los intercambios de prestaciones no simultáneas, a las diversas contingencias que puedan aparecer a lo largo de la vida de la promesa y a la incompleta información de la que se dispone»[20].

El diseño de nuestro sistema contractual va dirigido a permitir a las personas alcanzar sus objetivos privados. El derecho de los contratos le da efecto a nuestras acciones. El hacer que las promesas sean jurídicamente

---

18. Artículo 1333.- Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.

    No es necesaria la intimación para que la mora exista:

    1. Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.
    2. Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.
    3. Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.
    4. Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.

19. Efectos de la morosidad

    Artículo 63.- Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, comenzarán:

    1) En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley, al día siguiente de su vencimiento.
    (…)

20. Torres López. *Ob. cit.*, pp. 59-60.

exigibles ayuda a las personas a alcanzar sus objetivos privados permitiéndoles confiar entre ellas y por tanto permitiéndoles coordinar sus actos[21].

## III. LA EFICACIA DE LOS CONTRATOS Y LOS PRESUPUESTOS DEL SISTEMA DE MERCADO

Tal como hemos dicho, si se cumplen los presupuestos para un adecuado funcionamiento del mercado, este lleva a una correcta y eficiente asignación de recursos que nos mueve a situaciones superiores en términos paretianos. El sistema contractual está hecho para responder a estos presupuestos. Las condiciones para que el mercado pueda funcionar adecuadamente son las mismas que las que se requieren para el sistema contractual cumpla su rol. Si tales supuestos no se cumplen la razón para que una promesa sea exigible puede no existir, pues no existe garantía de que nos llevará a una situación mejor, es decir, más cercana al Óptimo de PARETO.

Los distintos tipos de ineficacia de un contrato (nulidad, anulabilidad, resolución o rescisión) suelen estar ligados a la falta de alguno de los presupuestos básicos para que el sistema contractual pueda desarrollar su función de manera idónea. Ya COOTER y ULEN[22] han hecho el ejercicio de vincular las causales de ineficacia con los presupuestos de funcionamiento de un mercado perfecto para el Sistema de *common law*. Hagamos nosotros el mismo ejercicio respecto al sistema romano-germánico.

Para que un sistema de mercado pueda funcionar adecuadamente deben cumplirse los siguientes presupuestos:

a) Los individuos son racionales. Comportarse de manera racional es llevar a cabo una conducta dirigida a maximizar los propios beneficios, y donde los actos que uno desarrolla son coherentes con tal fin. Ello significa que los individuos saben lo que quieren, saben lo que no quieren, saben cómo conseguir lo que quieren y evitar lo que no quieren, y se comportan de acuerdo a lo que saben. Los actos que el individuo desarrolla son pues consistentes con los fines y tales fines han sido establecidos de una manera racional, de manera que se maximice la utilidad individual.

b) Los contratos no generan externalidades, es decir, no causan perjuicios ni beneficios a personas distintas a las partes. Así, un tercero no podría en principio demandar al deudor por el incumplimiento de un contrato, pues dicho contrato compete únicamente a las partes. Y a su vez no es posible que un contrato genere costos para terceros que no han contratado.

---

21. COOTER y ULEN. *Ob. cit.*, p. 227.

22. *Ibídem,* pp. 226-241.

Por ejemplo, un tercero no podría ser demandado para que cumpla la obligación de una de las partes, o el hecho que yo haya contratado no significa que el costo de la ejecución del contrato pueda ser trasladado a alguien distinto a quien contrató. No hay ni costos ni beneficios externos, de manera que las partes, al maximizar su utilidad privada está maximizando indefectiblemente la utilidad social.

c) Existe información adecuada. Se asume que los individuos conocen la información suficiente referida a la naturaleza y consecuencias de sus elecciones, de manera que saben positivamente qué es mejor para ellos. Así, por más racional que sea el individuo, si carece de información suficiente, sus decisiones pueden arrojar un resultado irracional.

d) Existen suficientes compradores y vendedores como para que ninguno esté en capacidad de influenciar unilateralmente el proceso de formación de precios. Así, no existen monopolios u oligopolios que distorsionen el mecanismo de formación de precios.

e) No existen costos de transacción. Esto quiere decir, que celebrar un contrato no tiene costo (o este es reducido en función a los beneficios), y por tanto las partes están en la capacidad de utilizar el acuerdo de voluntades como el mejor mecanismo para satisfacer sus intereses de la mejor manera posible. En otras palabras, el sistema contractual es viable en términos de costos.

Es notoria la relación que se establece entre las normas que determinan la ineficacia de los contratos y los requisitos que debe cumplir un contrato para ser eficaz, y los requisitos que debe cumplir un mercado para funcionar adecuadamente.

Así por ejemplo, un primer caso donde no se reúnen las condiciones para un mercado perfecto es el de los contratos celebrados por incapaces. Bajo tales supuestos no se cumple el requisito de que los individuos se comportan racionalmente. Así, suele considerarse incapaz a alguien cuya situación le impide decidir qué es mejor para él. Como hemos dicho en otra ocasión, el Derecho le priva de voluntad jurídicamente reconocible al incapaz porque no lo considera apto para defender sus propios intereses[23]. Bajo esta situación, no existe una de las garantías básicas para que los individuos puedan tomar las decisiones que maximicen sus beneficios, y por ende, no existen las garantías básicas para que se maximice la utilidad social. Ello justifica intervenir en el contenido de los contratos que estos individuos celebran o incluso privarlos de la posibilidad de que celebren actos jurídi-

---

23. BULLARD, Alfredo. *La Relación Jurídico Patrimonial. Reales vs. Obligaciones,* Ara Editores, 1991, pp. 142-143.

cos. Sin embargo, ello no ocurre con todos los incapaces. En el caso, por ejemplo, del mal gestor o del pródigo no parece ser la razón principal de la ineficacia la irracionalidad del actor, sino la existencia de externalidades. El Código Civil sólo determina la ineficacia si el mal gestor o el pródigo tienen cónyuge, herederos forzosos que justamente ven perjudicada su expectativa hereditaria por un contrato.[24]

Otro caso en el que se puede hablar de la falta de racionalidad se da con los casos de violencia o intimidación, que determinarían la anulabilidad del contrato. Quien es víctima de intimidación o violencia toma decisiones que no necesariamente pueden ser consideradas racionales. Es importante destacar que si bien es racional celebrar un «contrato de donación» de mi billetera cuando me están amenazando con una pistola, esa racionalidad no es la que permite el funcionamiento del mercado. En el mercado las partes aceptan los términos de los contratos porque presumen, en base a la información con que cuentan, que lo que reciben a cambio de lo que dan vale más. Con ello, los bienes se asignan a un bien más valioso. Si alguien compra un carro, el vendedor valora el precio más que el carro y el comprador valora el carro más de lo que paga. Esto es a fin de cuentas que el vendedor valora el carro menos que el comprador. Pero cuando me dicen «la cartera o la vida», nada en esa transacción demuestra que el ladrón valora mi billetera más que el asaltado, con lo cual no sabemos si los bienes se están moviendo a un uso más valioso. Lo único que demuestra el consentimiento del asaltado es que valora su vida más que su billetera. Por eso una transacción en esos términos no nos conduce necesariamente a una situación mejor en términos de PARETO.

Algo similar se alega ocurre sucede con la lesión que es causal de rescisión del contrato. En tales casos el estado de necesidad parecería hacer que las opciones del individuo dejen de tener el carácter racional que el esquema de mercado perfecto exige. Un fundamento similar se usa para justificar la existencia de prohibiciones de supuestas cláusulas leoninas. Se entiende que, por condiciones de mercado, ciertos individuos no se comportan racionalmente.[25]

---

24 Artículo 584.- Puede ser declarado pródigo el que teniendo cónyuge o herederos forzosos dilapida bienes que exceden de su porción disponible.

Artículo 585.- Puede ser declarado incapaz por mala gestión el que por esta causa ha perdido más de la mitad de sus bienes, teniendo cónyuge o herederos forzosos.

Queda al prudente arbitrio del juez apreciar la mala gestión.

25 Como se verá más adelante, no creemos que en el caso de lesión o de las cláusulas leoninas se pueda sostener un caso de irracionalidad. Ello será evaluado más adelante en este mismo capítulo sobre contratación. Sin embargo la lectura de la doctrina tradicional parece dar a entender que esa es la lógica que se sigue bajo dichas figuras.

Los casos de fraude, por otra parte, son casos donde se determina la ineficacia de un contrato porque no se cumple el segundo de los requisitos expuestos, es decir, que no haya externalidades. Cuando un acto es preordenado para perjudicar a los acreedores de una persona, se concede a los primeros la acción pauliana precisamente para evitar los efectos externos (externalidades) del acto referido. En la misma línea se puede intervenir en el contenido de contratos cuya ejecución pueda generar perjuicio a terceros, como limitaciones de zonificación, estándares de seguridad de productos o servicios peligrosos para la vida y la salud de terceros, entre otros.

Respecto al requisito de información adecuada sucede otro tanto. Así los casos de anulabilidad por dolo o por error son típicos casos donde como consecuencia de deficiencias en la información se priva de eficacia a un contrato en cuanto no es un canal adecuado para resolver el problema de la correcta asignación de recursos. La falta de información en alguna de las partes, o en ambas, puede llevar a soluciones ineficientes pues las decisiones derivadas de la desinformación pueden ser irracionales en términos económicos. Las regulaciones de áreas de contratación como la bancaria o de seguros, donde las asimetrías de información son notorias, pueden ser un ejemplo de intervención en el contenido contractual.

Algo similar sucede con toda la teoría de la imprevisión las figuras que se encuentran bajo su ámbito. La imposibilidad sobreviviente, la excesiva onerosidad de la prestación o la frustración del fin del contrato se refieren a eventos futuros que no fueron previstos en el contrato pero que cambian los términos que generaban el equilibrio económico original, dificultando o impidiendo su ejecución. Es, nuevamente un tema de información imperfecta, porque surge por la falta de conocimiento al momento de pactar que el evento que genera el cambio de circunstancias podía ocurrir.

Por otra parte, cuando no se cumple el requisito de que existan suficientes ofertantes o demandantes caemos en el campo de las regulaciones antimonopólicas. Así, suele haber toda una regulación especial encargada de resolver este problema y los abusos que de él se derivan. En un mercado monopólico, el mecanismo de formación de precios es distorsionado de manera que el precio resultante no conduce, necesariamente, a la mejor asignación de recursos. Ello es la explicación de la existencia de regulación tarifaria (clara forma de intervención en el contenido de los contratos) en servicios como la telefonía o la electricidad o la prohibición de ciertos acuerdos anticompetitvos como los acuerdos de cartel entre competidores para fijar precios.

Respecto a la existencia de costos de transacción éstos están vinculados con todos los puntos señalados con anterioridad. Adicionalmente, existe una serie de problemas, vinculados especialmente con los costos de infor-

mación, que generan situaciones ineficientes. Un caso son los contratos masivos, donde es muy costoso incluir todos los términos que serían razonables. Casos como los de responsabilidad por productos defectuosos o contratos de transporte suelen recibir un tratamiento extracontractual (es decir, fuera de la esfera y reglas de la contratación) precisamente porque los costos de transacción existentes hacen inviable la solución contractual.

Como señalan COOTER y ULEN, la teoría económica del contrato evalúa las distintas reglas contractuales de acuerdo a cómo solucionan los problemas creados por las imperfecciones en la racionalidad individual o en la atmósfera de mercado[26]. En esa línea, la intervención del Estado debe ser realmente excepcional, basada en los criterios que hemos reseñado en este comentario y el ámbito de actuación de la autonomía privada debe estar marcada por las coordenadas que hemos señalado en esta sección.

26. COOTER y ULEN. *Op. cit.*, p. 16.

# ¿Qué puede ser objeto de un contrato?

## Sobre alquileres de vientres, madres sustitutas, prostitución, pornografía, drogas y otros postres*

En New Jersey, Estados Unidos, se siguió un juicio singular. Una pareja de esposos interpuso una demanda exigiendo el cumplimiento de un contrato de subrogación de maternidad. Con el esperma del marido se había fecundado un óvulo aportado por una mujer. Ella había suscrito un contrato aceptando aportar el óvulo y llevar al concebido durante todo el período de gestación, hasta su alumbramiento. La mujer renunciaba por anticipado a todo derecho derivado de la maternidad, subrogando sus derechos en la esposa. A cambio recibía la cantidad de US $ 10,000.00. Por su parte, el marido de la mujer intervino en el contrato a fin de declarar que en el caso no era de aplicación la presunción de que el hijo de una mujer casada tiene por padre al esposo.

Todo se desarrolló normalmente hasta el alumbramiento. Pero luego la mujer pidió permanecer un tiempo con el bebé, a lo que los esposos accedieron. Sin embargo, se fugó con el menor y dio origen a una persecución a lo largo de todos los Estados Unidos, lográndose finalmente recuperar al bebé.

---

* Esta sección se basa en el artículo titulado «Advertencia: el presente artículo puede herir su sensibilidad jurídica. El alquiler de vientre, las madres sustitutas y el Derecho contractual», publicado en *Ius Et Veritas,* Nº 10, 1995.

La demanda pretendía que la mujer respetara el acuerdo inicialmente firmado. La demandada sostenía que el acuerdo era nulo por ir contra normas de orden público.

La Corte Superior (Chancery Division/Family Part, Bergen County, 217 N.J. Super. 313)[1] estableció que el convenio de subrogación era perfectamente válido, por lo que la mujer carecía de los derechos derivados de la maternidad, concediendo la custodia al padre natural del menor y autorizando la adopción del mismo por su esposa. En pocas palabras, consideró que acuerdos de este tipo estaban sujetos a lo que determinara el Derecho contractual y, por tanto, de dicho acuerdo se derivaban obligaciones plenamente exigibles.

La demandada apeló el fallo. La Corte Suprema estableció que:

a) El convenio de subrogación entraba en conflicto con las normas que prohibían el uso de dinero en relación a adopciones, las que exigen el cumplimiento de una serie de requisitos para determinar que los padres naturales no son aptos, a fin de dar por terminada la patria potestad y conceder la adopción; así como con las normas que permitían revocar las renuncias privadas a la custodia y al consentimiento para dar en adopción.

b) El convenio de subrogación entraba en conflicto con el orden público estatal.

c) El derecho de reproducción no concede por sí solo, la titularidad al padre natural y a su esposa a tener la custodia del menor.

d) El interés del menor, dada la inestabilidad mostrada por la madre natural[2], aconsejaba otorgar la custodia al padre natural y su esposa.

e) La madre tenía el derecho a visitar al menor.

Este caso, conocido como el caso «Baby M», trata el problema de la subrogación de maternidad y el de alquiler de vientre, y ha marcado un importante precedente judicial en los Estados Unidos[3].

El problema de las madres sustitutas y el alquiler de vientre es quizás uno de los temas más actuales de nuestro tiempo. Atrapado en una maraña de discusiones morales y éticas, marcadas por un claro temor a las conse-

---

1. La Corte Superior que se menciona sería el equivalente a un Juzgado de Primera Instancia en el Perú.

2. Durante el secuestro del menor, se grabaron llamadas telefónicas en las que la madre natural amenazaba al padre natural con matar al menor y suicidarse si es que no dejaban de perseguirlos. Además, las evaluaciones psicológicas posteriores mostraron un carácter inestable que podía poner en riesgo la integridad del menor.

3. Supreme Court of New Jersey, 1988, 109 N.J. 396.

cuencias de su total aceptación, estas nuevas situaciones enfrentan la evidente amenaza (o para algunos bendición) de un intervencionismo legislativo dirigido a relativizar sus alcances.

Las discusiones sobre la solvencia moral de estas prácticas son, sin duda, necesarias y pueden llevamos a diversas conclusiones en favor o en contra de admitir la subrogación de maternidad. De hecho, es difícil encontrar resoluciones judiciales, dispositivos legales o comentarios doctrinarios que no estén marcados por la inevitable posición ética del juez, del legislador o del jurista. Ello no sólo es saludable, sino necesario.

Problemas similares se plantean en otras áreas de la actividad humana como la prostitución, la pornografía, la venta de drogas, los transplantes de órganos, etc.. En todas ellas, y en muchas más, la discusión sobre qué puede ser objeto de un contrato parece tan apasionada como subjetiva.

Pero no podemos limitarnos a tomar decisiones guiados sólo por una ética incompleta, basada en conceptos abstractos, subjetivos y en los que es evidente el influjo de concepciones que tienen por fuente creencias humanas y religiosas. Ello, paradójicamente, es inmoral.

A veces, preservar ciertos principios o valores que consideramos moral o socialmente necesarios implica el «desperdicio» o inadecuado aprovechamiento de una serie de recursos, entendiendo por «recursos» no solamente bienes materiales, sino incluso otros valores o posibilidades de alcanzar la felicidad, el bienestar y la comodidad humana. Es igualmente inmoral no considerar ese eventual desperdicio al momento de evaluar la conveniencia o no de adoptar un determinado principio ético o establecer una regulación legal.

Bajo este contexto, los innegables problemas éticos y morales que nos plantea la subrogación de maternidad y el alquiler de vientre, deben ser analizados también a la luz de los recursos que se desperdician en el intento de solucionar dichos problemas.

Esta sección no pretende definir tajantemente una posición moral favorable o no a la subrogación de maternidad y al alquiler de vientre ni a los demás temas que sugerimos. Sólo persigue analizar qué tipo de recursos podrían desperdiciarse en caso de admitirse o prohibirse acuerdos sobre los que solemos discutir si debe permitirse la contratación.

## I. EL PROBLEMA

Vamos a concentrar nuestro análisis sobre el problema del alquiler de vientre y la subrogación de maternidad. Sobre esa base identificaremos los

típicos problemas que surgen del conflicto entre los contratos y ciertas materias supuestamente no disponibles.

En ese sentido es difícil definir los límites de un problema con tantas aristas como el que nos estamos planteando. Quizás la mejor manera sería enfocarlo como un problema de Derecho contractual[4]. Bajo esta perspectiva la pregunta es si los llamados «contratos de subrogación» son efectivamente contratos, regulados por el Libro de Fuentes de las Obligaciones, Sección de los Contratos en General, o, por el contrario, no pueden constituirse en acuerdos bilaterales con contenido patrimonial plenamente exigibles.

Cuando decimos que algo está o no sujeto al Derecho contractual, estamos en el fondo diciendo si queda sujeto a la libre determinación de las partes, esto es, a la autonomía privada o, si por el contrario, ha sido sustraído a dicha libertad, para quedar excluida como una relación jurídica válida, o, en todo caso a ser una relación sujeta a parámetros muy estrictos que limitan la decisión individual. Considerar el problema dentro del ámbito contractual significa, a nuestro entender, que confiamos en la solución de la iniciativa privada. Considerarlo fuera, implica confiar en la decisión de alguien distinto a las partes involucradas.

La disyuntiva está pues entre libertad y regulación, entre permitir y prohibir. El tema es analizar las ventajas y desventajas de confiar en el área contractual o en, simplemente, desconfiar de ella.

A su vez, cuando hablamos de que estos actos queden sujetos al área contractual, podemos referimos que los mismos puedan darse a título oneroso (alquiler de vientre y venta de óvulo) o a título gratuito (comodato de vientre y donación de óvulo). Existen regulaciones y autores que proponen limitar el caso a actos altruistas, no sujetos a una contraprestación económica[5]. Sin embargo, ello constituiría un tratamiento parcial del Derecho contractual. Nuestro planteamiento de análisis incluye tanto los actos a título oneroso como a título gratuito como una posibilidad de asignación de recursos.

Como el lector podrá advertir, estamos utilizando el término «Derecho contractual», como equivalente a «mercado libre». Ello no necesaria-

---

4. Este enfoque no quiere decir que sea sólo un problema contractual. Ni siquiera quiere decir que sea principalmente contractual. Sólo queremos enfrentar el problema desde la perspectiva de la validez de los pactos a los que puedan arribar las madres sustitutas con quienes contraten sus servicios.

5. Sobre el particular, revisar el interesante y completo trabajo de Boza, Beatriz. «Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del Derecho: Reflexiones en torno a la reproducción humana asistida». En: *Derecho,* Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, N.º 45, diciembre de 1991, pp. 71-110.

mente es así en la práctica[6], pero la simplificación nos es útil para efectos del análisis que pretendemos llevar a cabo.

## II. ¿QUÉ RECURSOS SE DESPERDICIAN?

Otro aspecto que debemos aclarar es qué entendemos por «desperdicio de recursos».

El AED es útil para establecer la mejor manera posible de evitar el desperdicio, en particular de aquellos recursos que consideramos escasos, es decir, aquéllos cuya cantidad no es suficiente para satisfacer las necesidades humanas. Pero los humanos no sólo tenemos necesidades materiales o patrimoniales.

Normalmente se ha tendido a entender, equivocadamente, que el AED sólo es de utilidad para identificar desperdicio de recursos materiales y tangibles como el dinero, la tierra, las mercaderías; la producción, etc. Pero el Análisis Económico nos permite entender cómo evitar el desperdicio de otros recursos no necesariamente materiales y tangibles, como la libertad, las decisiones políticas, la capacidad creativa del hombre, la familia, la vida, la integridad física, etc. Entre los bienes cuyo desperdicio es susceptible de ser explicado en términos económicos podemos encontrar la capacidad de tener hijos, es decir, la capacidad reproductora del ser humano.

Y afirmar que ello es susceptible de ser explicado económicamente no es algo deshumanizante. De hecho, lo hacemos cuando se estudian las tasas de crecimiento de la población y las políticas que el Estado implemente para afectarlas, las tasas de mortalidad y su relación con factores como el ingreso, el PBI o las exportaciones, etc. La elección, por ejemplo, de políticas de tránsito vehicular determina poner en juego la pérdida de recursos no materiales como la vida o la integridad física de seres humanos. Además, el AED es sólo parte de los elementos que deben ser tomados en cuenta para decidir una política legislativa determinada. Elementos éticos, políticos, culturales, médicos, sociales y de otro tipo deben ser considerados al momento de decidir cuál es la política más adecuada. Pero de ello no se puede derivar que podamos prescindir del aspecto económico, entendido como aquel análisis dirigido a «evitar el desperdicio». Hacerlo es decir que no nos importa cuántos recursos desperdiciemos para alcanzar una meta (por ejemplo preservar nuestros principios morales). Ello, repetimos, es

6. Dentro del Derecho contractual, existen muchos aspectos determinados por principios ajenos a los del mercado. Ello es consecuencia de tendencias de intervencionismo contractual, explicadas en la sección anterior.

inmoral, porque desperdiciar sin razón es injusto. En todo caso, si finalmente, descartando lo que nos dice el AED, elegimos la protección de algún valor o principio distinto, debemos tener la responsabilidad de saber cuánto nos ha costado tal decisión en términos de otros recursos, sean estos últimos materiales o no.

Esta idea de que el AED nos puede ayudar a entender el desperdicio de recursos no necesariamente patrimoniales, materiales o tangibles no es nuestra. Gary BECKER, Premio Nobel de Economía, recibió dicho premio en mérito a extender la economía más allá de sus límites tradicionales. En términos generales Gary BECKER plantea[7] que el Análisis Económico pretende explicar el comportamiento humano y los principios e incentivos que lo determinan. En términos beckerianos las personas nos enamoramos, tenemos hijos, nos casamos, fumamos, nos divorciamos o nos suicidamos, porque tales actos tienen beneficios superiores a los costos que implican. Esto es que los individuos, por regla general, nos comportamos de manera tal, que buscamos lo mejor para nosotros. Incluso actos de solidaridad o de desprendimiento como regalarle un pan a un indigente o un automóvil a un hijo que acaba de ingresar a la universidad, son decisiones en las que hemos hecho una evaluación de costo-beneficio. Así, la satisfacción moral de ayudar al necesitado o el placer personal de ver contento a nuestro hijo, son beneficios superiores a los costos que nos implica desprendernos de ciertos bienes materiales.

En términos, quizás, excesivamente simples, podemos decir que el enamoramiento es consecuencia de un análisis costo-beneficio. El placer de la compañía de una persona a la que amamos parece beneficio suficiente para asumir todos los problemas que una relación, como la de enamorados, nos plantea. Podremos tener más gastos, tener menos tiempo disponible para otras actividades, veremos menos a nuestros amigos, soportaremos peleas o pleitos que realmente nos fastidien, etc. Pero mientras el amor entre las dos personas sea lo suficientemente fuerte, la relación continuará. Sólo cuando los «costos» mencionados superen los beneficios del amor, la relación terminará.

Por ejemplo, BECKER analiza por qué la gente se casa:

> «(...) una persona decide casarse cuando la utilidad esperada del matrimonio excede de la esperada de permanecer soltero, o de la de dedicar más tiempo a la busca de la pareja. (...) Igualmente, una persona casada

7. Las ideas de BECKER desarrolladas a continuación, se encuentran resumidas en BECKER, Gary. «El enfoque económico del comportamiento humano». En: *Información Comercial Española*, N.º 557, enero 1980, pp. 11-18.

> decide deshacer su matrimonio, cuando la utilidad anticipada de volver a la situación de soltero, o de casarse con algún otro, excede de la pérdida de utilidad proveniente de la separación, pérdida que incluye la debida a la separación física de los hijos, a la división de los bienes comunes, a los gastos legales, etc. (...) Puesto que muchas personas se encuentran en la situación de buscar pareja, puede decirse que existe un mercado de que esté a su alcance, supuesto que todos los demás participantes en el mercado tratan también de conseguir lo mejor que pueden para sí mismos. Se dice que la colocación de un conjunto de personas en distintos matrimonios es una colocación de equilibrio cuando no es posible que las personas no casadas de dicho conjunto se casen a su vez y mejoren con ello su situación.
>
> El enfoque económico tiene también numerosas implicaciones que podrían falsearse. Por ejemplo, dicho enfoque implica que los «iguales» tenderán a casarse unos con otros cuando tomamos como unidad de medida la inteligencia, la educación, la raza, el ambiente familiar, el peso y muchas otras variables, y que los «desiguales» se casarán entre sí cuando la unidad de medida sea el salario y algunas otras variables. La implicación de que los hombres de salarios relativamente altos tenderán a casarse con mujeres de salarios relativamente bajos (manteniéndose todo lo demás constante) sorprende a muchos, pero parece, sin embargo, consistente con los datos disponibles, cuando éstos se ajustan por la gran proporción de mujeres casadas que no trabajan (...). El enfoque económico implica también que las personas que perciben remuneraciones altas se casan más jóvenes y se divorcian con menos frecuencia que otras, implicación también consistente con la evidencia disponible (...), pero que no concuerda con lo que generalmente se cree. Otra implicación que podemos citar es la que predice que un aumento del salario relativo de las esposas aumentará la probabilidad de disolución del matrimonio, lo cual explica la alta tasa de disoluciones matrimoniales que se da entre las familias negras en relación con las blancas»[8].

Como podemos apreciar, es perfectamente posible predecir conductas tradicionalmente consideradas «familiares', en base a variables económicas. Ello nos puede permitir entender mejor las razones y sinrazones de ciertos comportamientos. Por ejemplo, el AED puede explicar también por qué la gente fuma o trabaja en exceso:

> «La buena salud y una larga vida son objetivos importantes para la mayoría de las personas, pero un momento de reflexión bastará segura-

8. Becker, Gary. *Ob. cit.*, p. 16.

> mente para convencer a cualquiera que éstos no son los únicos objetivos a alcanzar por las personas en cuestión: puede sacrificarse un poco de salud o algunos años de vida si estos objetivos entran en conflicto con otros. El enfermo económico implica que existe una esperanza «óptima» de vida y que ésta se encontrará allí donde el valor en términos de utilidad de un año adicional de vida sea menor que la utilidad que se pierde utilizando el tiempo y otros recursos para conseguir dicho año de vida. Por tanto, una persona puede ser fumadora empedernida o puede trabajar tanto que excluya de su vida todo ejercicio físico, y ello no necesariamente porque ignore las consecuencias de sus actos o porque sea «incapaz» de utilizar la información que posee, sino porque el período de vida que se le garantiza no vale para él el coste de dejar de fumar o el de trabajar con menor intensidad. Si el conseguir una larga vida fuese el único objetivo de la persona, su comportamiento sería absurdo, pero puesto que existen otros objetivos, sus decisiones pueden ser racionales y estar bien informadas.
>
> De acuerdo con el enfoque económico, por tanto, la mayoría (si no todas) las muertes son en cierta medida «suicidios», y en el sentido de que el fallecimiento pudo haberse pospuesto si se hubiesen invertido más recursos con el objeto de prolongar la vida. Esto no sólo tiene implicaciones para el análisis de lo que normalmente denominamos «suicidios», sino que también pone en cuestión la distinción que normalmente se hace entre suicidio y «muerte natural». Una vez más, el enfoque económico y la psicología moderna llegan a conclusiones similares, puesto que esta última subraya que detrás de muchas muertes «accidentales» y de otras debidas supuestamente a causas «naturales» subyace un «deseo de morir»[9].

Resulta interesante ver cómo conductas normalmente no patrimoniales pueden estar determinadas y predichas en base a elementos económicamente analizables. Por ejemplo, un aumento de remuneraciones puede llevar a ciertas personas a trabajar aun más, es decir, a «vender» parte de su expectativa de vida. Esta conducta puede ser considerada racional y eso es lo que la economía trata de explicamos: el comportamiento racional, entendido como aquél dirigido a mejorar nuestra propia situación. De manera similar podría explicarse por qué una persona está dispuesta a ver reducida su expectativa de vida vendiendo un riñón, a cambio de una cantidad de dinero que mejora su bienestar patrimonial, por qué una persona se prostituye o se dedica a la pornografía y si es justo o no que se limite la posibilidad de las personas de tomar esas decisiones. ¿Es en esa línea legítima que el sistema legal prohíba a las personas suicidarse, o drogarse, o dedicarse a

9. *Ibídem*, pp. 15-16.

actividades peligrosas, o en general a disponer virtualmente de cualquier titularidad?

Dentro de esta línea es posible analizar económicamente problemas como el de permitir o no la utilización de nuevas tecnologías para favorecer la reproducción humana, incluso bajo el costo de aceptar convenios de subrogación y de arrendamiento de vientre. Es así como podemos usar estas herramientas de análisis para considerar si este tipo de acuerdos deben quedar o no incluidos dentro del Derecho contractual, y por tanto considerar dichos acuerdos válidos y exigibles.

## III. EL APROVECHAMIENTO DE LA CAPACIDAD REPRODUCTORA

Podría pensarse que la capacidad reproductora social, es decir, la capacidad de reproducirse que tiene la sociedad en su conjunto, es consecuencia de la sumatoria de las capacidades reproductoras individuales de los miembros que la integran. En tal sentido, hay personas que nacen con capacidad de reproducirse superiores a otras personas, lo que es determinado principalmente por factores biológicos.

Pero en realidad la capacidad reproductora social depende de otros factores adicionales, lo que ha podido apreciarse con mucha mayor claridad en las últimas décadas. Así, la tecnología médica y biológica ha permitido modificar la capacidad reproductora individual de los seres humanos, mediante la creación de medios que favorecen, por ejemplo, la fecundación *in vitro* o los nuevos tratamientos a la infertilidad) o la limitan (léase los métodos anticonceptivos). Así, la capacidad reproductora está determinada, en mayor o menor grado, por los niveles de desarrollo tecnológico existentes. Esto ha permitido incluir, dentro de la capacidad reproductora social, las capacidades reproductoras individuales de una serie de hombres y mujeres antes excluidos biológicamente de tal posibilidad.

Pero existe aun un tercer factor, que podríamos considerar importante, a fin de establecer cuál es la capacidad reproductora social. Éste es el Derecho. La aceptación o rechazo legal de ciertos métodos es otro elemento que permite aumentar o disminuir la capacidad reproductora de los seres humanos. Así, la proscripción del aborto, impide la eliminación de seres humanos concebidos, afectando directamente el número de nacimientos. Por otro lado, la prohibición de acuerdos de subrogación de maternidad puede dejar fuera de la capacidad de tener hijos a un grupo importante de personas.

Sin duda hay más factores que afectan la capacidad reproductora social: niveles culturales, principios ético-religiosos, costumbres sociales, etc. Sin embargo, para efectos de este trabajo vamos a analizar los tres elemen-

tos mencionados, es decir, la capacidad biológica de los individuos, la tecnología y las regulaciones legales, como los tres factores relevantes[10].

La determinación de la capacidad reproductora social nos puede mostrar una serie de costos y beneficios que se derivan de ella. Estos costos y beneficios pueden originarse en la capacidad reproductora misma como en los medios que utilicemos para determinarla.

Entre los beneficios, el más evidente es la satisfacción de ser padre o madre. Sin duda la paternidad o la maternidad constituyen experiencias que contribuyen de manera fundamental a la realización del ser humano. Esta satisfacción puede ser alejada o acercada a la persona según la tecnología nos dé los medios adecuados y el Derecho permita o proscriba la utilización de tales medios. La búsqueda de la satisfacción de tener hijos llega a extremos de realizar largos viajes en búsqueda de adoptar menores, gastando decenas de miles de dólares.

Existen también costos. El aumento de la capacidad reproductora puede afectar las tasas de crecimiento poblacional, trayendo de la mano factores como la sobrepoblación. Por otra parte, la aceptación de ciertos medios para fines reproductivos (léase la subrogación de maternidad y el alquiler de vientres) puede afectar la sensibilidad moral o religiosa de ciertas personas, lo que en sí constituye un costo. Además puede, en opinión de algunos, generar otros costos como la desintegración de la familia, la afectación de los menores tanto en su integridad física y moral, o la entrega de menores a padres desalmados que abusarán de ellos, los educarán mal o los explotarán en distintos aspectos.

Esta evaluación de costos y beneficios es fundamental para determinar la conveniencia o no de legalizar estas prácticas o establecer los límites dentro de los cuales las mismas podrán ser llevadas a cabo.

## IV. EL SOMETIMIENTO DE LOS CONVENIOS DE SUBROGACIÓN Y DE ALQUILER DE VIENTRE AL DERECHO CONTRACTUAL Y SUS BENEFICIOS

Como ya hemos indicado, entendemos «Derecho contractual» como sinónimo de «mercado». La diferencia sólo radica en que el primero es la expresión jurídica del segundo.

---

10. Lo dicho no significa que no consideremos los demás factores como importantes. Ya lo hemos dicho. Queremos, sólo, simplificar los elementos de análisis para poner de relieve ciertos costos que se identifican derivados de los tres factores mencionados, *ceteris paribus*.

El Derecho contractual es un mecanismo mediante el cual los recursos existentes tienden a asignarse a usos más valiosos. Si Juan le compra una casa a Pedro por medio de un contrato, el acto jurídico celebrado nos demuestra que, al menos en términos de expectativas, Juan valoriza la casa más de lo que la valoriza Pedro y Pedro valoriza el dinero de Juan más de lo que lo valoriza Juan. Estas diferencias de valorización permiten que se llegue a un acuerdo. Como consecuencia del contrato la situación de ambas partes mejora. Juan tendrá la casa deseada y Pedro el dinero que necesita, y nadie se ha perjudicado. Por lo tanto, la sociedad en su conjunto se ha beneficiado. El «contrato» ha permitido canalizar las fuerzas de mercado hacia una situación mejor a la anterior[11].

Imagine, el lector, cualquier situación de mercado en la que se haya encontrado involucrado y descubrirá que en todas su intención ha sido mejorar su propia situación, y que esta misma intención se puede encontrar en su contraparte. El sistema contractual permite que ambas partes lleguen a una situación mejor.

Así podemos encontrar siempre, desde el lado de la oferta, personas dispuestas a desprenderse de ciertos bienes o a perder su tiempo prestando ciertos servicios a cambio de una contraprestación. Por el lado de la demanda encontraremos personas que desean tales bienes o servicios y están dispuestas a desprenderse de algún bien para alcanzarlos. El único requisito es que aquél dispuesto a ofrecer el bien o servicio quiera recibir menos o al menos igual que lo que el que desea el bien o servicio está dispuesto a pagar[12].

---

11. Esto no es sino la expresión del Criterio de PARETO, según el cual una situación es más eficiente (y, por tanto, mejor) que una anterior si, al menos, alguien se ha beneficiado con el cambio y nadie se ha perjudicado.

12. Esta actitud de ambas partes puede ser entendida con el concepto ya analizado antes de «precio de reserva». Como se recordará, el precio de reserva del vendedor es lo mínimo que éste está dispuesto a recibir para desprenderse del bien. Por otro lado, el precio de reserva del comprador es lo máximo que éste está dispuesto a pagar por el mismo bien. Sólo habrá contrato si el precio de reserva del vendedor es menor que el precio de reserva del comprador. En el ejemplo anterior, si Pedro valorizaba su casa en S/. 100.00 (porque es lo que le costó) y Juan valoriza la misma casa en S/. 150.00 (en base a la expectativa de utilidad que la misma le puede generar), es posible que a un precio de S/. 125.00 se lleve a cabo la transferencia. Así, Pedro recibe S/. 25.00 más de lo que valoriza la casa (que es su utilidad) y Juan paga S/. 25.00 menos de lo que espera la casa le rendirá (lo que también es una ganancia). La ganancia total para la sociedad es de S/. 50.00, es decir, los S/. 25.00 de ganancia de Pedro, más los S/. 25.00 de ganancia de Juan. Esto nos expresa que el bien se ha transferido a un uso en S/. 50.00 más valioso que el anterior. Se trata, por tanto, de una solución eficiente alcanzada a través de un contrato.

El contrato se convierte así en un canal efectivo de intercambio de recursos escasos, dirigiéndolos a la satisfacción de necesidades individuales (no necesariamente materiales). Tiene además el mérito de asignar recursos sin necesidad de una intervención del Estado, pues éste se limita a determinar que los contratos sean exigibles. Quienes deciden sobre el destino de las partes involucradas son las propias partes, aquéllas que saben qué es lo mejor para cada una, y al saberlo y buscarlo consiguen una mejora efectiva del bienestar social general. El contrato consigue que dos personas que buscan lo mejor para cada una de ellas, lo consigan simultáneamente, derivando de la contradicción de intereses, casi como por arte de magia, la complementación de intereses.

Los méritos del sistema contractual saltan, pues, a la vista. Consigue una adecuada satisfacción de intereses individuales. La pregunta es entonces si este mecanismo puede ser utilizado para asignar un recurso tan especial como la capacidad reproductiva del ser humano. Al igual como BECKER nos habla de un «mercado de matrimonios» podríamos quizás hablar de un «mercado de capacidad reproductora». Esto no es darle una connotación necesariamente patrimonial o deshumanizante a los recursos involucrados. Es sólo entender que los individuos actúan buscando obtener de este tipo de recursos la satisfacción de sus necesidades, de la misma manera como uno busca en el matrimonio complementarse con su pareja.

Por definición, existen personas que pueden tener hijos a «bajo costo». Esto quiere decir que no tienen ningún problema biológico que les impida desarrollar su capacidad en este sentido. Normalmente, estas personas tienen una capacidad reproductora superior a la que necesitan para satisfacer su necesidad paternal o maternal de tener hijos.

Así pueden ubicarse, potencialmente, en el lado de la oferta. Por otro lado, existen personas que, por definición, no pueden tener hijos a bajo costo. Esta situación comprende casos en los cuales dichos costos pueden ser superables, pero altos, como ocurriría con una mujer que pudiendo biológicamente concebir, dicha concepción acarrea, por alguna razón, un riesgo alto para su vida. Pero también comprende situaciones en las que, dado el estado actual de la tecnología, no es posible que tengan hijos. En estos casos los «costos» son insuperables. Así, por el lado de la demanda, surge la necesidad de satisfacer el deseo de tener hijos[13].

---

13. Podemos encontrar, también, casos más complejos de «altos costos de reproducción». Ello ocurriría con la potencial madre que simple y llanamente considera muy costoso pasar por las incomodidades del embarazo y que, por tanto, «demanda» una capacidad de reproducción ajena, por la que está dispuesta a pagar, sólo con el fin de evitarse tales incomodidades. Debemos reconocer que es un caso límite que puede despertar dudas y controversias.

Si aceptáramos que el Derecho contractual puede entrar a jugar en este campo, estaríamos permitiendo que un recurso escaso (capacidad reproductora individual) sea transferida vía el mercado a personas que carecen de ella o que, teniéndola, la pueden ejercer a muy alto costo. Esta transferencia puede ocurrir sólo en tanto quien cede su capacidad la valore menos de lo que quien desea tal capacidad está dispuesto a pagar[14].

Es lógico que quienes tienen una capacidad de reproducción humana superior a sus necesidades puedan valorar este excedente en menos de lo que valora una persona incapaz de tener hijos dicha capacidad. Es por ello que no sería infrecuente el caso de quien está dispuesto a entregar una contraprestación a cambio de poder tener hijos[15].

Lo dicho permite entender por qué es posible que se desarrollen mercados de capacidad reproductiva. Ello no implica que el término «mercado» implique un efecto no deseado. No olvidemos que la consecuencia de este mercado es la satisfacción de una de las más humanas de todas las necesidades del hombre. Tener hijos es uno de los canales más sublimes de la realización personal, y lo que ayude a ello no puede ser fácilmente calificado de inmoral.

Se podrá argumentar que no es necesario para que este intercambio se dé que se permita el pago como contraprestación a la cesión de la capacidad reproductiva. Así, al igual como ocurre con los transplantes de órganos, puede confiarse la transferencia de este recurso sólo a actos de altruismo y solidaridad humana.

Sin duda, sería deseable que todos los problemas de infertilidad pudiesen resolverse por actos de solidaridad en los que, voluntariamente, los beneficiarios de «excedentes de capacidad reproductiva», acudieran en auxilio de las víctimas de «déficit en capacidad reproductiva». Lamentablemente, ello se estrella contra la realidad. Los actos de solidaridad generan, por el lado de la oferta, una escasez, al igual como ocurre con los transplantes de órganos en los que la realidad nos trae o personas muriendo o sufriendo por años en espera de un donante, o simplemente un mercado negro con precios que alejan los órganos de la gente más pobre y elitizan los transplantes en

14. Esto no quiere decir que no se den actos de disposición de la capacidad reproductora a título gratuito. La explicación económica de un acto de este tipo se encuentra en que el espíritu altruista del cedente lo remunera suficientemente como para estar dispuesto a ayudar al prójimo infértil o incapaz de tener hijos.

15. De hecho, los individuos pagan cantidades importantes a sus médicos o a centros de tratamiento de infertilidad para tratar de desarrollar su capacidad reproductiva. En ello (en el hecho de pagar dinero) no hay nada que pueda ser calificado de inhumano. Es precisamente todo lo contrario.

favor de unos pocos agraciados. Dejar que ello ocurra es un acto inhumano en nombre de la humanidad, y que por tanto no debería ser aceptable.

La realidad demuestra que sólo un libre intercambio de recursos generará una oferta que responda a la demanda existente. Por duro que parezca, a veces los mercados son la única solución posible. Daña mucho más nuestra conciencia moral que una persona fallezca por falta de un donante o que una pareja quede condenada a no tener hijos, a que se le permita finalmente pagar para adquirir el órgano que salvará su vida o para permitirle tener los hijos que, en un inicio, la naturaleza les negó.

Podemos, por tanto, llegar a una primera conclusión preliminar. El aceptar que se contemple dentro del sistema contractual la posibilidad de ceder la capacidad reproductora de una persona, mediante convenios de subrogación de maternidad o de alquiler de vientre, puede tener un beneficio claro: la satisfacción de la necesidad de tener hijos que muchas parejas no pueden el día de hoy cubrirse por sí solas.

## V. LOS COSTOS DE LA SUBROGACIÓN DE MATERNIDAD Y DEL ALQUILER DE VIENTRE

En el punto anterior hemos analizado los beneficios de permitir que el Derecho contractual pueda ser un canal de reasignación de la capacidad reproductiva humana. No debemos, sin embargo, olvidar que existen una serie de costos ligados a admitir tal posibilidad.

Podemos decir que este tipo de contrato puede afectar a tres categorías de personas. La primera de ellas son las partes. La segunda son los hijos. La tercera es la sociedad. Analicemos cada una de ellas por separado:

### 5.1. Las partes

Las partes en el contrato son la madre sustituta y quienes la contratan para tal fin, que pueden ser el padre o una pareja, de la que el hombre suele ser el padre biológico de la criatura. Las partes pueden sufrir efectos distintos. Normalmente se considera que los peores efectos son los sufridos por la madre sustituta, especialmente en el momento en que tiene que desprenderse del menor luego del alumbramiento. Existen casos en que las madres han presentado cuadros de depresión o resistencia a la entrega del menor[16].

Además se habla del riesgo de comercialización y/o explotación de las madres sustitutas por parte de los contratantes o por instituciones creadas

16. El caso de Baby M., citado al inicio del presente trabajo, es un buen ejemplo de ello.

para comercializar con este tipo de contratos y que fungen como intermediarios entre las partes[17]. Tal explotación favorecería que las madres sustitutas sean, de ordinario, personas de menos ingresos en relación a quienes contratan sus servicios. La necesidad económica las llevaría así a aceptar la situación que se les plantea. Sin perjuicio de reconocer que la liberalización en este campo puede ocasionar efectos negativos en ciertas áreas, lo que nos interesa es el balance final.

El problema de la reacción de la madre sustituta luego del nacimiento es, sin duda, humanamente complejo. Esto ha determinado en muchas legislaciones que se admita el derecho irrestricto de la madre a revocar su consentimiento inicial. Normalmente se establece un plazo de cierto número de días posteriores al alumbramiento. La base de tal derecho concedido a la madre sustituta se encontraría en el hecho de que ella tiene una situación psicológica distinta en el momento de suscripción del contrato a aquélla en la que se encuentra en el momento de la ejecución del mismo. Tal variación, con componentes afectivos obvios, está determinada principalmente por los sentimientos desarrollados durante el embarazo y las impresiones causadas por el alumbramiento y el contacto directo con el menor. Esta reacción es denominada de ordinario como el «instinto materno». La situación se agrava cuando se considera el estado puerperal que sufre la madre luego del nacimiento.

Es difícil encontrar una justificación dentro de la doctrina contractual que permita a un contratante dejar sin efecto su palabra. Parecería que en la base se encuentra considerar que existe una suerte de vicio de la voluntad ocasionado por el desconocimiento, que la madre tiene al momento de suscribir el contrato, de cuál sería su situación emocional al momento del alumbramiento.

La medida, desde cierta perspectiva humanamente entendible, no deja de ser paternalista. Asume que el compromiso de la madre sustituta no ha sido adoptado dentro del ejercicio de una plena capacidad jurídica. En otras palabras, considera a la madre sustituta una suerte de incapaz para tomar ciertas decisiones.

---

17. Existen en varios países, regulaciones que prohíben la existencia e intervención de intermediarios, y sólo admiten los acuerdos directos entre las partes, con el fin de evitar la comercialización del fenómeno. Ello ocurre, por ejemplo, con la llamada «Surrogacy Arrangements Act 1985», en Gran Bretaña, que prohíbe cualquier servicio de publicidad, promoción, negociación o contratación de acuerdos de subrogación por parte de terceros. Admite, sin embargo, los acuerdos directos entre las partes. MEYERS, David M. *The human body and the law*. Stanford University Press. Stanford, 1990, pp. 62-63.

Pero además tal posición no considera los efectos que puede tener sobre la otra parte, quien ha depositado su confianza y esperanza para tener un hijo, en la palabra empeñada por la madre sustituta. En la mayoría de los casos, incluso el padre biológico, puede verse afectado al ver frustrada la posibilidad de vivir con su hijo en base a términos que no aceptó voluntariamente en virtud de la confianza depositada en el contrato. Este factor humano también está presente en el no cumplimiento del acuerdo de subrogación.

En estos términos debe considerarse que el convenio de subrogación es consecuencia de un acuerdo voluntario y que genera una serie de conductas posteriores que pueden verse afectadas por la negativa de cumplimiento de una de las partes. Ello perjudica las legítimas expectativas que podrían tener los contratantes de la madre sustituta.

El otro extremo que plantea controversia es la comercialización y/o explotación de las madres sustitutas, de ordinario, personas de menos ingresos.

Es innegable que, tanto desde una perspectiva teórica como desde una verificación empírica, se puede concluir que las madres sustitutas, al menos las que celebran contratos a título oneroso, suelen tener ingresos y necesidades económicas no satisfechas. Por otro lado, también suele ocurrir que quienes contratan sus servicios tienen una situación económica más acomodada.

En primer lugar, es poco probable que las madres sustitutas provengan de los sectores más pobres de la sociedad. La pobreza puede ser sinónimo de desnutrición, menos educación y menor salud. El «arrendatario» será usualmente reacio a que quien porte al bebé no de algunas garantías mínimas para el nacimiento de un bebe saludable. La evidencia empírica confirma esta hipótesis pues las madres sustitutas, si bien no provienen de los sectores más pudientes, tampoco provienen de los más pobres. Usualmente pertenecen a la clase media. Sin embargo, sí es de esperar que usualmente el arrendatario tenga mayor ingreso que la arrendadora.

Como ya hemos mencionado, es requisito para que puedan existir contratos que aquello que se adquiere sea valorizado menos por el cedente que por el adquirente, es decir, que los precios de reserva respectivos dejen espacio a un posible acuerdo. Y no es un secreto para nadie que la capacidad de pago (entendida como nivel de ingresos), es un factor determinante de los precios de reserva de las partes involucradas. En estos términos es difícil imaginar el caso de una mujer millonaria dispuesta a vender su capacidad reproductora a un «precio competitivo» respecto de lo que ofrecen otras mujeres de menos ingresos. Aunque suene algo crudo, la situación no

es muy distinta a la que plantea la contratación de un obrero para una fábrica en un trabajo relativamente riesgoso. Es de esperar (y así ocurre en la realidad) que los candidatos para un trabajo de ese tipo sean personas de bajos ingresos.

Pero al igual como no se puede prohibir la contratación de obreros, bajo la premisa que al permitirlo el Derecho estaría tutelando una explotación económica, tampoco se puede afirmar que prohibir los convenios de subrogación es admisible bajo el mismo argumento. Finalmente, estos convenios permiten a las madres sustitutas recibir beneficios económicos reales que les pueden ayudar a cubrir sus necesidades básicas. Y tal beneficio económico es evaluado previamente por la candidata a fin de determinar si está dispuesta o no a asumir los costos que tal beneficio acarrea.

Si asumimos como premisa que la iniciativa privada es el mejor motor para el logro de la protección de intereses individuales, el patrimonializar este tipo de relaciones puede ser un mecanismo para conjugar el interés de tener un hijo, de una parte, con la necesidad de cubrir ciertas necesidades materiales de la otra.

Podría, eventualmente, admitirse cierto tipo de regulaciones de estos «mercados» a fin de evitar excesos. Pero no olvidemos también que estos mercados pueden generar oportunidades reales de satisfacción de necesidades humanas. Las restricciones que se puedan utilizar parecen análogas a las que se han establecido en otras áreas de la actividad humana tales como el campo laboral, las normas de inquilinato, el derecho agrario, la protección de los consumidores, etc. Y hemos sido también testigos de las pérdidas que un excesivo intervencionismo puede causar en áreas como las descritas. Esto debe llamamos a una seria reflexión.

Sin duda, lo deseable sería que nadie dependiera económicamente de nadie. Lo ideal sería que todas las necesidades humanas pudieran verse satisfechas sin necesidad que las personas «vendamos» nuestra fuerza de trabajo. Pero ello es una utopía. Siempre habrá personas de menos ingresos que para cubrir sus necesidades tendrán que recurrir a establecer relaciones que, de algún modo, implican una dependencia económica. Ello no quiere decir que se puedan amparar extremos como la esclavitud o el servilismo. Pero tampoco quiere decir que podamos prohibir la instauración de ese tipo de relaciones, porque a fin de cuentas sería condenar definitivamente a las personas de bajos ingresos al hambre y a la imposibilidad de superarse.

Es muy fácil criticar una situación dada partiendo de un igualitarismo utópico. Pero la comparación valedera debe ser entre la situación dada y las consecuencias de su inexistencia. Prohibir los convenios de subrogación se basa en la aspiración a una utopía y no en la realidad de los hechos.

Dentro de la categoría de «partes» del contrato se encuentran también los contratantes de los servicios de la madre sustituta. Estos personajes son quizás los más olvidados dentro de la doctrina que estudia el tema. Normalmente no saltan a la luz problemas tan complejos como los que rodean a las madres sustitutas. Puede ocurrir, como sugiere Beatriz BOZA, que ellos sufran problemas psíquicos ocasionados por expectativas grandes que no se vean colmadas, debido a factores tales como la desinformación sobre la tecnología existente, sus riesgos y posibilidades de éxito. También podrían, según la misma autora, verse explotados por los intermediarios en este tipo de contratos[18].

Pero los peores males para ellos no se derivan de la existencia de convenios de subrogación, sino, precisamente de su inexistencia o de su prohibición legal. En la mayoría de los casos nos encontramos con personas condenadas a no tener hijos o a tenerlos sufriendo un tremendo costo humano y económico.

Por otro lado, en caso que se admitiera que la madre sustituta tiene derecho a revocar su consentimiento en cualquier momento, se expondría a estas personas a la posibilidad de ver traicionadas las esperanzas depositadas en la posibilidad de tener un hijo. Esto puede involucrar consecuencias como las que sufriría el padre biológico y eventualmente la madre que puede haber proporcionado el óvulo, a que surja una controversia respecto de la maternidad del menor. Se podría decir que la madre sustituta puede sufrir un problema similar. La diferencia, sin embargo, radica en que esta última prestó su consentimiento anticipado y, por tanto, asumió los problemas que la entrega del hijo le podría ocasionar.

Si bien la pareja que contrató a la madre sustituta queda sujeta a ciertos riesgos, éstos aparecen como totalmente opacados por los beneficios derivados de la satisfacción de ser padre o madre.

No debemos olvidar que las partes han asumido conscientemente las consecuencias que se pueden derivar de un contrato de este tipo. En realidad, la renuncia a los derechos derivados de la maternidad o de la paternidad no es nada nuevo. De hecho, están presentes en los procedimientos de adopción, sólo que sujetos a una serie de regulaciones y requisitos legales que terminan llenando orfanatorios y dejando a padres potenciales insatisfechos en su deseo de tener hijos.

Lo importante es considerar que la decisión de personas adultas ha sido libre, rodeada de adecuada información y sin ningún vicio de la voluntad. Los costos derivados de tal acuerdo recaerán sobre las partes que

---

18. BOZA, Beatriz. *Ob. cit.*, pp. 87-88.

tomaron dicho acuerdo. Eso debería ser garantía suficiente para que luego no se arrepientan de su decisión o, de hacerlo, asuman las consecuencias.

### 5.2. Los menores

Un caso que plantea mucho más dificultades son los costos y beneficios que pueden recaer sobre los menores involucrados.

La diferencia sustancial respecto de las partes radica en el hecho de que los menores no han tenido ninguna participación voluntaria en los hechos en cuestión. Se han limitado, pasivamente, a ser concebidos, llevados en el vientre de una mujer y, luego del período de gestación correspondiente, ser alumbrados. Su conocimiento y conciencia de las cosas no difiere en nada de la de cualquier otro bebé concebido y alumbrado de la manera convencional. Nadie consultó su opinión y de pronto se encuentra en medio de una situación muy especial en la que la persona que lo alumbró no es su madre y en la que quizás las personas que lo educarán y cuidarán hasta la mayoría de edad no son biológicamente sus padres.

Esta situación puede despertar mucho más suspicacias y cuestionamientos que aquélla en que se encuentran las partes. Ello lleva a que innumerables legislaciones hayan considerado que la exigibilidad de un acuerdo de subrogación de paternidad dependa, simple y llanamente, de si sus términos son los más favorables para el menor[19]. Esto quiere decir que las condiciones pactadas pueden ser revisadas por las cortes o autoridades competentes si se determina, por ejemplo, que las personas en favor de las cuales se produce la subrogación son menos idóneas que la madre sustituta para cuidar y educar al menor.

Así se sujeta la atribución de la paternidad y/o maternidad y la custodia del menor no a lo que las partes puedan haber determinado, sino, en última instancia, a lo que un funcionario público considere más conveniente.

Los problemas que la doctrina menciona, puede sufrir el menor, comprenden el daño moral o psíquico que pueda sufrir el niño al enterarse cómo fue procreado, gestado y alumbrado, además de aquéllos derivados de los eventuales conflictos emocionales que puedan surgir luego del alumbramiento entre la madre sustituta y los padres favorecidos con la subrogación, que tendrán obvias repercusiones en el niño.

También se consideran los riesgos de que los padres no sean idóneos desde el punto de vista social, moral, cultural y económico. A ello se añade que se beneficia a las familias pudientes frente a las familias pobres, para

---

19. MEYERS, David M. *Ob. cit.*, p. 64.

poder acceder a esta forma de tener hijos, por los evidentes costos que ocasionan.

La lista es aun más larga. Sin embargo, nos limitamos a estos problemas que son los que más reitera la doctrina como argumentos en contra de la posibilidad de subrogación de maternidad y alquiler de vientre.

Debemos reconocer que algunos de estos riesgos despiertan preocupación. Como hemos dicho, a diferencia de lo que ocurre con las partes en el contrato, el menor sufre en carne y hueso beneficios y costos que él no ha generado. En otras palabras sufre externalidades, es decir, los costos y beneficios que no son asumidos por aquellos que los producen. Por ejemplo, una madre sustituta que sabe que quienes la contratan son unos desalmados está generando sobre el futuro hijo un costo que ella no asumirá, es decir, está externalizando parte de los costos del contrato a un tercero.

Respecto a lo extraño de la situación que pueda enfrentar el menor, es evidente que puede generar sentimientos extraños y contradictorios. Pero también la adopción puede hacerlo, y no por ello se prohíbe, pues se considera que los beneficios de la misma superan sus costos, Además, estaríamos midiendo las reacciones en términos actuales sin tener en cuenta que la aceptación de estos métodos, una vez generalizados, puedan convertirse en una situación normal y cotidiana, que difícilmente despierte sentimientos encontrados.

La posibilidad de que los nuevos padres sean personas poco calificadas también es un argumento que preocupa. Sin embargo, creemos que un análisis más profundo y detallado es necesario. Esta misma discusión se ha dado y se sigue dando en torno a los requisitos legales para la adopción. Formalidades más o formalidades menos, casi todos los procedimientos de adopción previstos en las distintas legislaciones contemplan alguna forma de evaluación de las cualidades y características de los padres adoptivos. Se analiza su solvencia moral y económica, sus niveles culturales y sociales y en base a ello un funcionario público determina su idoneidad para ser padre o madre. Casi podríamos afirmar que esta evaluación constituye el corazón de todo procedimiento de adopción.

El Estado se ha arrogado así la facultad de decidir quién puede y quién no puede ser padre o madre adoptivo y así evitar la generación de situaciones perjudiciales para el menor. Esta facultad se pretende trasladar a la evaluación de la exigibilidad de los contratos de subrogación de maternidad, por considerarlos una situación análoga.

Los fines parecen muy loables. Casi se podría decir lo mismo de los considerandos de todas las normas legales en las que el Estado se arroga para sí el control sobre actos de particulares. El primer problema está en

que entre la declaración teórica y la práctica hay un abismo. Normalmente, el Estado comete más errores que los particulares y dudo mucho que un juez o una asistente social contratada por el Estado puedan realmente tomar una decisión adecuada, o al menos más adecuada que los involucrados en el contrato. Al igual que los particulares, puede equivocarse, sólo que quizás lo hace con más frecuencia.

Pero la objeción principal que tenemos es que no es fácil explicar por qué se controla la decisión de tener hijos que puedan tomar personas incapacitadas de tenerlos por sus propios medios biológicos, y no se controla la decisión de tener hijos que puedan tomar personas sí capacitadas para tenerlos por sus propios medios biológicos.

En otras palabras, no nos resulta sencillo entender por qué cuando una pareja decide tener una relación sexual con el fin de procrear un hijo no requiere ninguna autorización ni evaluación previa por parte del Estado y sí la requiere una persona que, queriendo tomar la misma decisión, ha sido privado por la naturaleza de tal posibilidad.

Nadie podrá negar que existen padres naturales desalmados, que maltratan a sus hijos, que los educan mal, que abusan física y sexualmente de ellos, que carecen de los medios económicos para mantenerlos y educarlos, y que, sin embargo, el Estado admite, inicialmente, que sean padres. En el caso de los padres naturales el Estado se limita a un control *ex post* al nacimiento. Esto es que sólo sancionará a los padres si demuestra que estos han cometido abusos. En los casos de subrogación de maternidad y alquiler de vientre el Estado quiere, además, ejercer un control *ex ante*, cuando las consecuencias y los problemas pueden ser los mismos.

Nadie puede discutir que se darán circunstancias en las que ciertos menores serán entregados a padres (biológicos o sustitutos) totalmente carentes de idoneidad para tal función. Pero, de ello, derivar que debe prohibirse el tener hijos es un despropósito, como también es un despropósito exigir legalmente una autorización estatal previa para procrear.

El reconocimiento del libre derecho a procrear hijos parte de la existencia de un derecho inalienable. Todos sabemos que ello trae problemas de padres irresponsables. Pero nadie se atreve a discutirlo porque también sabemos que los beneficios de dicho derecho superaran los perjuicios. Asumimos, en consecuencia, un costo de niños maltratados por padres abusivos, o educados por personas carentes de idoneidad para hacerlo, a fin de garantizar, dentro de lo posible, una serie de hogares felices. Renunciamos por tanto a la posibilidad de que el Estado evalúe, previamente, la capacidad de los padres para serlo y exigir autorizaciones para procrear.

Este tipo de decisiones, aunque trágicas, son adoptadas todo el tiempo, incluyendo inconscientemente dentro de nuestro análisis costo-beneficio, elementos no patrimoniales que, a fin de cuentas, comparamos con elementos sí patrimoniales. Hemos, por ejemplo, decidido que los automóviles circularán por las calles, es decir, que masas de más de una tonelada de metal entrarán en movimiento a velocidades apreciables, conviviendo con peatones y otros vehículos de su misma naturaleza. Ello ocasiona riesgos que, necesariamente (y así lo demuestra la estadística), ocasionarán muerte, invalidez o lesiones a la integridad física de las personas. Pero aceptamos tales consecuencias en base a la justificación de los beneficios (patrimoniales) de la circulación automotor. Este análisis tira por los suelos las pretensiones de que el máximo bien jurídico es la vida humana y que debe ser protegida «a cualquier costo».

Los gobiernos deciden distribuir el gasto público en carreteras y hospitales, teniendo conocimiento que una mayor inversión en carreteras dejará desatendida en servicios de salud a parte de la población. Muchas personas morirán como consecuencia de falta de recursos médicos y humanos en los centros de atención hospitalaria. Pero de ello no se puede derivar que todos los recursos deban invertirse en hospitales.

En el fondo, toda decisión legal es, como señalan Calabresi y Bobbitt[20], una decisión trágica, que implica que alguien se beneficiará y que alguien se perjudicará. Y muchas veces los beneficios son sólo patrimoniales mientras los perjuicios se miden en vidas humanas, frustración personal, integridad física o psíquica, etc. Pero no por ello podemos dejar de tomar decisiones.

Sin duda permitir la existencia de convenios de subrogación y alquiler de vientre generará insatisfacción y sufrimiento en muchas personas, no permitirlo generará también sufrimiento e insatisfacción en muchas otras. Lo importante es determinar cuándo los beneficios de una de las situaciones opacan los perjuicios de la otra. Y ello involucra una decisión trágica, pero necesaria.

En consecuencia, consideramos que el simple hecho de que algunos menores puedan sufrir consecuencias negativas no es argumento suficiente para prohibir todos los acuerdos como los que son objeto del presente artículo. En todo caso habrá que evaluar la frecuencia con que casos no deseados puedan presentarse y determinar, cómo ciertas limitaciones a las mismas pueden reducir en algo estos problemas. Pero la prohibición total es una solución inadecuada.

---

20. Calabresi, Guido y Phillip Bobbitt. *Tragic choices. The conflicts society confronts in the allocation of tragically scare resources.* W.W. Norton & Company. New York. London.

### 5.3. La sociedad

Una tercera categoría a ser considerada son los terceros a la relación jurídica pero que pueden sentirse afectados por la misma. Socialmente puede repugnar a ciertas conciencias la admisión de este tipo de procedimientos. Dicha repulsión tiene su origen, en la mayoría de los casos, en concepciones religiosas, morales, éticas y/o culturales. Suele considerarse estas técnicas y estos convenios como contrarios a las buenas costumbres, al orden público o simplemente a las creencias y valores de la gente.

Sin duda, la incomodidad moral generada debe ser vista como un costo. Mucha gente sufrirá al ver que este tipo de acuerdos son permitidos, por más que en ningún caso sea protagonista directo de los mismos. Muchas de estas objeciones morales han sido consideradas por los legisladores en distintas circunstancias como costos lo suficientemente altos como para justificar la prohibición de ciertas conductas.

Por ejemplo, nuestro sistema legal no admite la poligamia porque considera, con o sin razón, que su admisión es inaceptable por la sociedad. La incomodidad que sentirían las personas por una situación de poligamia parece haber justificado la prohibición legal a esta práctica, prescindiendo que las partes involucradas puedan estar perfectamente de acuerdo con tal relación. A ello contribuye que las creencias religiosas de la mayoría de la población sean contrarias a esta práctica. Cuantas más personas crean moralmente algo, mayor será el costo del sacrificio de un principio de este tipo. Tan es así que en una sociedad donde la mayoría tiene creencias religiosas que admiten tener varias esposas, sea usual que la legislación lo permita.

Pero no olvidemos que en otros tiempos existieron creencias morales, aún vigentes, que determinaron estándares legales hoy descartados. Por muchos años el sistema legal hizo eco del principio religioso católico de la indisolubilidad del matrimonio y prohibió el divorcio, situación que aún se mantiene en algunos países. Hoy día, cualquier intento de derogar las normas del Código Civil que admiten el divorcio estaría condenado al fracaso. Y es que el Derecho ha trazado en este campo una línea clara que lo distingue de la moral y las creencias de la gente, las que, sin dejar de respetar, excluye de la regulación legal.

En épocas antiguas, los principios religiosos prohibieron lucrar en operaciones comerciales o cobrar intereses por préstamos[21]. Hoy día, una prohibición de tal tipo sería impensable.

---

21. Basta revisar el caso de Robert Keayne, un antiguo profesor de evangelio que se autoculpaba del atroz crimen de haber obtenido seis peniques de utilidad por cada chelín de ganancia. Esto ocurrió en 1644, en el que existían principios considerados

Cabe preguntarse si en unas cuantas décadas no miraremos las prohibiciones o limitaciones a los convenios de subrogación y al alquiler de vientre corno una anécdota histórica más que como expresión de un principio ético monolítico e inmutable.

Además, debemos considerar los efectos que puede traer una concepción legal basada en principios de origen religioso, en otros principios básicos del ordenamiento legal. El artículo 2, inciso 2 de la Constitución establece que nadie puede ser discriminado, entre otras razones, por razón de su religión, y el inciso 3 de la misma norma consagra la libertad de conciencia y de religión, tanto en forma individual como asociada.

Cabe preguntarse si al consagrarse una prohibición que se basa en las convicciones religiosas de la mayoría no se está a su vez cometiendo una violación de la libertad religiosa y de la no discriminación por razón de creencias. Si bien es un tema delicado la relación entre ciertos principios religiosos y las creencias de minorías religiosas, es dable preguntarse si una parte importante de los peruanos, incluidos los católicos, no estarían de acuerdo con contratar a una madre sustituta si enfrentaran el problema de la infertilidad o aceptaran ser ellas mismas madres sustitutas a cambio de recibir un ingreso adicional que le permita mejorar su dignidad de vida.

Por tanto, no es un argumento válidamente utilizable por un legislador que ciertas regulaciones violarían sus creencias religiosas. A fin de cuentas, se debe legislar para toda la población, respetando el principio básico de no discriminación y libertad de conciencia y religión.

Principios como el de libertad religiosa o no discriminación por razón de creencias tienen a su vez un basamento moral muy sólido y por tanto digno de respeto. Alguien con creencias religiosas o principios morales distintos a los propugnados por la mayoría religiosa del país, o simplemente un ateo, tan libre de serlo como lo es de creer en algo, tienen el derecho a vivir

---

inmorales, como que una persona pueda vender tan caro como pueda y comprar tan barato como le sea posible, o que pueda recuperar las pérdidas de sus mercancías por un accidente en el mar, subiendo el precio de las restantes o que pueda vender al mismo precio en que compró aunque haya pagado demasiado caro. HEILBRONER, Robert L. *The wordly philosophers, the lives, times and ideas of the great thinkers*. A Clarion Book. Simon and Schuster, New York, 1967, pp. 19-24, citado por DE TRAZEGNIES, Fernando. «Filosofía del Derecho», materiales de enseñanza editados por la PUCP, p. 24. Evidentemente, si tales principios se hubieran mantenido, sería inimaginable un mondo como el de hoy. Todos los empresarios serían no sólo grandes pecadores, sino también grandes delincuentes. El capitalismo y el mercado serían el infierno, y las ventajas que la libertad económica ha traído en el desarrollo de la sociedad moderna, se habrían perdido.

de acuerdo a lo que piensan y a lo que creen. Utilizar al Derecho como un mecanismo para imponer convicciones religiosas constituye una discriminación prohibida por la conciencia colectiva, por la Constitución e incluso por la moral. Reconociendo que se trata de un tema controvertido y difícil, creemos que el Derecho debe tender a ayudar a la convivencia social, dejando a la fe y a las convicciones individuales de las personas juzgar sus propias conciencias. Esto permite que en un país católico como el Perú nos podamos divorciar, quizás cometiendo un pecado, pero no cometiendo un crimen. La conciencia individual no debe ser expresión de lo que piense la mayoría, porque la moralidad de la democracia descansa precisamente en el reconocimiento de los legítimos derechos de las minorías, y sobre todo, en el legítimo ejercicio de la libertad de las personas. En este contexto es difícil justificar una prohibición a los convenios de subrogación basándonos en la conciencia social y en el daño que ésta pueda sufrir. Estamos convencidos que los costos de una prohibición serían superiores a sus beneficios.

Y finalmente, lo que se alega es la existencia de una externalidad, en la que la decisión de los contratantes genera costos a los grupos de la sociedad disconformes con la regla que permite estos contratos. Pero como bien dice COASE, las externalidades son recíprocas, es decir, que son causadas por la suma de dos o más conductas. Si un peatón es atropellado es porque un vehículo venía por la calle, pero también porque el peatón cruzó en ese momento. Si los supuestos dañados con la externalidad fueran más tolerantes, la externalidad no reproduciría. Y una regla que dice que tales contratos son posibles es un incentivo para generar tolerancia.

## VI. ¿DEBE PERMITIRSE LA CONTRATACION SOBRE LA CAPACIDAD REPRODUCTIVA HUMANA?

Quizás uno de los mayores problemas que enfrenta el ser humano es determinar qué es bueno y qué es malo. Y este problema lo hemos trasladado muchas veces al Derecho. Es fácil asumir que la bondad de las cosas se encuentra en principios objetivos indiscutible y en base a ello trasladar al sistema jurídico la necesidad de proteger ciertos conceptos básicos.

Pero lo que es bueno para unos, es malo para otros. Normalmente, el bien de uno es el mal de otro. E incluso, lo que es malo hoy puede ser bueno mañana.

Podemos entrar a grandes discusiones filosóficas sobre la bondad o la maldad de los convenios de subrogación y alquiler de vientre. Pero en el centro de esta discusión, tremendamente subjetiva en tono, principios supuestamente objetivos y absolutos, desperdiciamos recursos, los utiliza-

mos mal, y con ello perdemos lo bueno que ellos pueden producir, a veces espantados por los males que necesariamente van a traer.

La capacidad reproductiva humana es, a pesar de la tecnología, un recurso relativamente escaso en cuanto muchas personas, que con el legítimo interés de tener hijos, han sido privadas biológicamente de tal posibilidad. Y nadie puede dudar que la experiencia de ser padre o madre es uno de los más hermosos canales para conseguir la realización humana. No dejar que la capacidad reproductiva pueda ser puesta al servicio de dicha realización, no sólo puede ser económicamente ineficiente, sino incluso humanamente injusto.

## VII. ¿Y LOS DEMAS «POSTRES»?

El razonamiento seguido para el caso de la capacidad reproductiva puede aplicarse a otras áreas controvertidas. Por ejemplo en el caso de la venta de órganos son muy poco claras las razones para prohibirlo. De hecho, a diferencia de la subrogación materna o el alquiler de vientre, no existe tercero dañado porque no hay «hijo». Es un contrato entre dos partes que sufren entre ellos los costos y beneficios de su acuerdo. Prohibir la venta sólo asegura que la demanda supere la oferta y el «mercado» no se equilibre, lo que resulta en muertes de personas que carecen, por ejemplo, de riñones. Lo que se genera es un rol paternalista del sistema legal en el que los supuestos protegidos terminan peor que antes de la prohibición. En el fondo la justificación para permitirlo es la misma. Algunos tienen más riñones de lo que necesitan (dos) y otros menos (ninguno). Ello genera la tendencia que el valor que da al que le sobra el riñón sea menor que el que le da al que le falta. Las diferencias en los precios de reserva justamente permiten que la transacción los beneficie a ambos. Negar esa posibilidad reduce los incentivos para que existan riñones disponibles.

Incluso si la idea es fomentar la solidaridad, permitir la venta crea nuevos canales. Una persona con dinero que quiere ayudar a personas con necesidades para tener riñones para transplante, puede comprarlos y donarlos, posibilidad que le está vedada hoy.

Cuando uno habla de la prostitución o la pornografía, el análisis no está muy distante. Las «externalidades morales» a la sociedad pueden ser resueltas fomentando una mayor tolerancia. Y entre las partes prohibir la contratación es sólo limitar lo que personas adultas y capaces pueden desear hacer. El negarle carácter contractual a estos intercambios no es otra cosa que un exceso de paternalismo.

Finalmente quisiera tratar el tema de la prohibición de actividades como la venta de drogas. Si bien estoy en contra de su consumo, no creo

que me corresponda imponer mi voluntad a los otros. La venta de drogas es un delito sin víctima porque el supuesto afectado consintió a adquirirla y consumirla. El argumento que se suele usar, es, sin embargo, que la venta de drogas conduce a otras actividades violentas y al crimen.

Manejar ebrio es una actividad ilícita y por tanto prohibida. Pero por ello no prohibimos el alcohol. Si lo prohibiéramos (y la prohibición fuera efectiva, lo que experiencias como la de la Ley Seca en los años 30 en los Estados Unidos demuestran que es poco posible que ocurra) no habrían chóferes ebrios al costo de evitar el uso legal del alcohol. Se afectaría mi derecho a comportarme legalmente sólo para evitar que algunos violen la Ley. Lo que corresponde es sancionar a los que la violan, no perjudicar a quienes desarrollan actividades legítimas.

Los accidentes de tránsito no se solucionan prohibiendo los carros, los asaltos prohibiendo la fabricación de armas, ni la difamación pública prohibiendo los periódicos. Un principio básico de los derechos fundamentales es que la limitación a un derecho sólo se justifica porque se causa daño a otro. La solución a una actividad dañina es sancionar a quien la desarrolla, no limitar nuestra capacidad de comportarme de manera legítima en una actividad vinculada.

# ¿Cuándo es bueno incumplir un contrato?

## La teoría del incumplimiento eficiente*

En el sistema de Derecho Civil Peruano se entiende que el acreedor de una obligación puede optar, ante el incumplimiento del deudor, entre exigir el cumplimiento de la obligación o resolver el contrato, solicitando el pago de los daños correspondientes en uno u otro caso. Esto es más claro en el caso del incumplimiento de una obligación en un contrato de prestaciones recíprocas[1]. Así, el acreedor de una obligación tiene la opción de acudir al aparato jurisdiccional para conseguir que la obligación se ejecute de acuerdo a los términos pactados, o simplemente resolver el contrato y solicitar daños y perjuicios.

---

* La presente sección se basa en el artículo titulado «¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría del incumplimiento eficiente: ejecución forzada vs. pago de daños», publicado en *Ratio Iuris,* N.º 1, Año 1, 1993.

1. En este sentido, es claro el artículo 1428 del Código civil:

   Artículo 1428.- En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.

   A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación.

Existen, sin embargo, posiciones que sostienen que tal opción no debe existir, o que, en todo caso, de existir la elección, debería corresponder al deudor o, en el peor de los casos, a las Cortes. Tal es el sistema imperante en el sistema anglosajón o *common law*[2]. Para estas posiciones, la regla general es que todo incumplimiento debe resolverse en el pago de una indemnización, salvo que el deudor esté dispuesto a cumplir específicamente la obligación que asumió. Sólo en contadas excepciones se permite al acreedor exigir la ejecución forzada de la obligación.

La presente sección pretende analizar el problema de qué remedios debe dar el sistema jurídico al tema del incumplimiento contractual desde la perspectiva del AED. En particular, buscamos identificar qué remedio contractual puede llevar a una más adecuada y eficiente asignación de recursos. Para ello vamos a proceder, como sugiere ULEN, a comparar el tratamiento que se da al incumplimiento contractual en los países que han acogido al sistema del *common law*[3].

## I. LA NOCIÓN DE EFICIENCIA

El análisis que vamos a llevar a cabo pretende estudiar el problema desde la óptica de la maximización de los beneficios sociales. En otras palabras, queremos identificar qué remedios al incumplimiento contractual llevan a un resultado más eficiente. Esto no quiere decir, que no se puedan tomar criterios distintos a la eficiencia para determinar cuál es la solución más adecuada. Quizás consideraciones de justicia o de equidad distributiva puedan sugerir soluciones distintas a aquellas que sugiere la eficiencia económica[4]. Queremos, solamente, identificar si la regla peruana, en comparación con la regla del *common law*, es o no eficiente.

---

2. El principio general en el *common law* es indemnizar los daños a las expectativas que el rompimiento del contrato ha generado. Este principio fue determinado en Robinson y Harman (154 Eng. Rep. 363, 365 Ex. 1848) en el que se señaló que «cuando una de las partes soporta una pérdida como consecuencia del rompimiento de un contrato, ella debe, en el grado en que el dinero pueda hacerlo, ser colocado en la misma posición, en la que se encontraría si se hubiese cumplido el contrato». Este principio ha sido confirmado continuamente por la jurisprudencia, aunque debe reconocerse que cada vez más las Cortes amplían las excepciones a la regla, admitiendo la ejecución forzada de la obligación.

3. ULEN, Thomas S. «The efficiency of specific performance: Toward a unified theory of contract remedies». En: *Michigan Law Review*, Vol. 83, noviembre, 1984, pp. 402-403.

4. Como sugerimos más adelante creemos que siguiendo el criterio de justicia y, atendiendo a ciertos valores redistributivos imperantes en nuestra sociedad, se puede llegar a la misma conclusión a la que llegaremos utilizando el criterio de la eficiencia.

Como dice POLINSKY, el término eficiencia se refiere a la relación existente entre los beneficios agregados de una situación dada y los costos agregados de esa misma situación[5]. Esta noción es, como el propio POLINSKY reconoce, intuitiva. Siendo más concretos, y refiriéndonos al aspecto contractual, diremos que una operación de intercambio (es decir, un contrato) es eficiente cuando, como consecuencia de éste, los bienes y/o servicios involucrados quedan asignados a usos más valiosos a los que tenían antes que el intercambio operara.

Como vimos al analizar el Criterio de PARETO, bajo un diseño simple, el sistema contractual funcionando entre individuos racionales, nos llevará a un resultado eficiente. En otras palabras, el libre mercado sería, en principio, el mejor mecanismo para alcanzar esta meta.

## II. EL INCUMPLIMIENTO EFICIENTE

Lo dicho en el punto anterior no es, sin embargo, completamente cierto. No siempre el estricto cumplimiento del contrato nos llevará a una situación eficiente. Una primera situación es cuando el contrato tiene efectos negativos respecto a terceros, es decir, cuando genera externalidades. Así, si Jorge compra la casa para poner un restaurante, los olores de la comida pueden perjudicar a un hospital vecino, obligando a este último a cerrar si los perjuicios para el propietario del hospital y para los enfermos son mayores que los beneficios que el restaurante obtiene. Entonces, el contrato no nos habrá llevado a un resultado eficiente.

Una segunda situación se da cuando los individuos se comportan irracionalmente. Así, Jorge sobrevalúa el rendimiento del restaurante o Juan el rendimiento del dinero, de manera que la casa y/o el dinero quedan, luego del intercambio, asignados a usos menos valiosos.

Una tercera situación, que es la que nos interesa en el presente artículo, se presenta cuando, entre el momento de celebración del contrato y el momento de su ejecución, se han presentado cambios de circunstancias que hacen que lo que parecía eficiente en un primer momento, se torne menos eficiente. En otras palabras, el cambio de circunstancias puede llevarnos a que incumplir pueda ser más eficiente que el cumplir. Por ejemplo, puede ser que entre la celebración de la compraventa de la casa de nuestro ejemplo y la entrega de la misma, se dé una disposición municipal que prohíba instalar restaurantes en el área donde se encuentra el inmueble. De ser así,

---

5. POLINSKY, Mitchell A. *An Introduction to Law and Economics*. Little, Brown and Company, p. 7.

puede ser que la valorización de S/. 125,000 que hizo Jorge de la casa, caiga a S/. 50,000 (porque ya no le interesa), y que es un valor que se encuentra por debajo del que el anterior propietario le daba. O, puede ser que Juan reciba una oferta de un tercero que ofrece por la casa un precio mayor (por ejemplo S/. 150,000) porque puede utilizarla para instalar una galería de obras de arte que tiene un rendimiento superior al restaurante. O también puede ser que Jorge encuentre una casa mejor ubicada para los fines que persigue por el mismo precio, y que, por tanto, implique una mejor inversión para sus S/. 100,000.

En estos casos, es eficiente incumplir el contrato, resolverlo, y por esta vía, evitar una transferencia de recursos a usos menos valiosos. De hecho, existen varias instituciones que pueden estar vinculadas al cambio de circunstancias entre la celebración del contrato y su ejecución y que podrían encontrar como un justificativo el evitar resultados ineficientes. Tal podría ser el caso de la imposibilidad, la frustración del fin del contrato o la excesiva onerosidad de la prestación. Sin embargo, estos temas serán analizados en la siguiente sección[6]. En esta sección, vamos a concentrarnos en el tema de qué remedios se pueden dar al incumplimiento para permitir una mejor asignación de recursos.

Estaríamos, pues, frente al caso conocido como incumplimiento eficiente. Como Cooter y Ulen señalan, «el rompimiento del contrato es más eficiente que el cumplimiento del mismo cuando el costo de su cumplimiento excede los beneficios para todas las partes involucradas». Caracterizando la definición teórica, se puede decir que el costo del cumplimiento del contrato excede sus beneficios cuando aparece una contingencia que hace que los recursos necesarios para ejecutar el contrato son más valiosos en otro uso alternativo. Estas contingencias pueden ser de dos tipos. Primero, que ocurra un golpe inesperado de suerte que haga que el incumplimiento genere más beneficios que el cumplimiento. Segundo, que se dé un desafortunado accidente, que imponga un mayor costo al cumplimiento que al incumplimiento[7].

Como bien dicen Scott y Leslie: «Una vez que la inesperada contingencia se materializa, el deudor enfrenta una desagradable pérdida atribuible al cumplimiento de su obligación, que ahora cuesta más de lo que vale, o

---

6. Creo que es importante tratar estos temas que guardan una estrecha vinculación, al menos en su lógica, con la teoría del incumplimiento eficiente. Esto porque son excepciones al principio de que los contratos deben cumplirse según los términos en ellos expresados.

7. Cooter, Robert y Thomas Ulen. *Law and Economics*. Harper Collins Publishers, 1988, p. 290.

puede romper el contrato y aceptar el costo de cualquier sanción que corresponda. En resumen, la opción es, o 'cumplir y perder' o 'incumplir y pagar'. Podemos presumir que el deudor elegirá la opción que le resulte más barata»[8].

En estas circunstancias, el remedio que dé el Derecho al incumplimiento debe de ser de tal naturaleza que permita al deudor no ejecutar su prestación. Pero a su vez, sólo debe ser razonable incumplir en aquellos casos donde el cumplimiento lleva a un resultado menos eficiente[9].

Para los defensores de la regla del *common law*[10] la ejecución forzada de la obligación no asegura este resultado. Si el deudor es obligado a ejecutar la obligación, la reasignación de recursos se dará de todas maneras, sin importar que ello sea ineficiente. Este es el problema que pretende enfrentarse con la teoría del incumplimiento eficiente.

Esta posición puede ilustrarse de una mejor manera con un ejemplo. Un agricultor celebra un contrato con una panificadora por el cual la primera se compromete a suministrar a la segunda 10,000 kilogramos de trigo para fabricar pan. Luego de haber entregado 5,000 kilos, el agricultor recibe una solicitud urgente de una empresa fabricante de fideos por 2,500 kilos. Resulta que una nueva promoción comercial ha aumentado sustancialmente sus ventas de fideos y requiere del trigo para cubrir la nueva demanda. Como la demanda de fideos supera la demanda de pan, la empresa fabricante de éstos se encuentra en capacidad de ofrecer un precio superior al ofrecido por la panificadora[11].

Esta variación de la demanda se da luego de la celebración del contrato. Por tanto, el cumplimiento del contrato entre el agricultor y la panificadora pueda ser socialmente ineficiente comparado con el incumplimiento del mismo. Como consecuencia de esta situación, el agricultor no cumple con entregar el íntegro del trigo a la panificadora. Imaginemos que

---

8. SCOTT, Robert E.; Douglas LESLIE. *Contract, Law and Theory*. The Michie Company, p. 90.

9. Regresando al tema del Óptimo de PARETO podremos decir que la resolución del contrato es, en términos paretianos, superior al cumplimiento del mismo. Esto es que el incumplimiento favorece, por lo menos, a alguien y no perjudica a nadie.

10. Es decir, que la regla general sea dar la potestad del deudor de romper el contrato pagando los daños que el incumplimiento genera al acreedor.

11. El hecho que la fábrica de fideos ofrezca un precio superior al que puede ofrecer la panificadora es una clara indicación que el trigo está sujeto a un uso más valioso cuando se dedica a la producción de fideos que cuando se dedica a la producción de pan. En otras palabras, la sociedad está mejor si el trigo se usa para fabricar fideos a si se usa para elaborar pan.

al haber vendido una parte del trigo a la fábrica de fideos, el agricultor obtiene una utilidad adicional de S/. 1,250. Imaginemos también que los daños que sufrió la panificadora por el incumplimiento se elevan a S/. 1,000. Así, el agricultor se encuentra mejor luego del incumplimiento, incluso en el caso que sea obligado a pagar a la panificadora el íntegro de los daños que ha sufrido. La panificadora no está ni peor ni mejor luego del incumplimiento, pues si asumimos que la indemnización es perfectamente compensatoria, su situación termina siendo económicamente la misma a aquella en la que se encontraría si el contrato se hubiese cumplido. Por su parte, el fabricante de fideos estaría mejor, pues pudo cubrir la demanda de su producto y genera una mejor situación al conseguir asignar el trigo a su uso alternativo más valioso. Se cumple, pues, el requisito exigido para acercarnos al Óptimo de Pareto: alguien está mejor y nadie está peor que antes. Se ha alcanzado un resultado eficiente.

El lector puede decir que el resultado hubiese sido igual si el agricultor hubiese sido obligado a entregar el trigo a la panificadora. Así, el fabricante de fideos hubiese ido a buscar a la panificadora ofreciéndole un precio mayor a aquel que pagó. Si la panificadora es racional, le venderá el trigo a la fábrica de fideos. El problema es que esta operación adicional hubiese implicado incurrir en costos de transacción adicionales, en perjuicio de un resultado más eficiente. Esta es la posición sugerida por Richard Posner y que justifica en último término la regla general del *common law*[12].

Para los defensores de la regla del *common law*, si la panificadora tuviese la facultad de solicitar la ejecución específica de la obligación, hubiésemos llegado a un resultado ineficiente. La fábrica de fideos no hubiese podido comprar el trigo, por lo que la sociedad estaría peor al haberse asignado el recurso «trigo» a un uso menos valioso. El agricultor estaría peor, pues habría perdido un mejor negocio. La panificadora estaría igual a si le hubiesen pagado daños (si es que estos son plenamente compensatorios). Así, nadie está mejor (sólo la panificadora está igual a como estaría si se le hubiesen pagado daños) y el agricultor y la fábrica de fideos (y, en general, la sociedad en su conjunto) están peor[13]. La opción por la ejecución específica de la obligación nos habría llevado a un resultado ineficiente.

La solución de la ejecución forzada de la obligación no nos lleva, necesariamente, al mejor resultado, socialmente hablando. Por el contrario, la

---

12. Posner, Richard. *Economics Analysis of the Law*. Little, Brown, 2.ª ed., 1977, pp. 88-90. Más adelante veremos cómo esta posición no es aceptada pacíficamente por la doctrina.

13. En términos de Pareto, la situación resultante es inferior a la que habría si el contrato se hubiese resuelto pagándose los daños y perjuicios generados.

resolución de la obligación conjuntamente con el pago de daños sí nos llevara a situaciones en las que, sin perjudicar al acreedor[14] se puede llegar a una situación más eficiente.

## III. EL PROBLEMA DE LOS DAÑOS

Hasta ahora, la explicación de por qué debe existir la opción entre cumplir o resolver y pagar daños por parte del deudor parece conceptualmente muy coherente. Sin embargo, enfrenta una serie de problemas prácticos que mediatizan, en los hechos, la coherencia conceptual.

Quizás el problema principal radica en cómo calcular los daños para que estos sean plenamente compensatorios. Así nos enfrentamos a dos posibles problemas.

En primer lugar, cabe preguntar qué pasaría si las Cortes tuviesen una tendencia a sobrecompensar a los acreedores por los daños que les ocasiona el incumplimiento. Esto quiere decir que las Cortes podrían estar concediendo indemnizaciones superiores a los daños efectivamente sufridos. Esta sobrecompensación haría que la teoría del incumplimiento eficiente no contribuyera a una mejor asignación de recursos.

Imaginemos que un cazador le vende a un zoológico un elefante por S/. 5,000. El cazador asumió, a su vez, un costo de S/. 4,000 en el safari por la India para traer al elefante, incluyendo el costo de transporte y alimentación del mismo. El propietario del zoológico valoriza al elefante en S/. 6,000, de acuerdo al cálculo que ha hecho por el incremento del público que la nueva atracción generará durante la vida del animal. Estos dos precios de reserva (el del vendedor y el del comprador) explican por qué el precio es S/. 5,000. Así, el cazador recibe S/. 1,000 de beneficios (5,000 – 4,000 = 1,000) y el zoológico, otros S/. 1,000 (6,000 – 5,000 = 1,000), haciendo que el beneficio total de la operación para la sociedad sea S/. 2,000 (1,000 + 1,000 = 2,000). Resulta que entre el lapso que existía entre la celebración del contrato y la entrega del elefante, llega a la ciudad un circo en el que acaba de morir su elefante amaestrado, y requieren urgentemente un reemplazante. Imaginemos también que el público prefiere ver a un elefante en el circo que en el zoológico, por lo que el propietario del circo valoriza el elefante en S/. 8,000 (teniendo en cuenta que su rendimiento productivo será mayor). En consecuencia, el uso del elefante en el circo es socialmente más valioso que su uso en el zoológico. Así, el circo hace una oferta al cazador por S/. 7,000.

---

14. Reiteramos que si asumimos que los daños son plenamente compensatorios, no hay perjuicio alguno que afecte al acreedor.

El cazador sabe que los daños que sufriría el zoológico por incumplimiento son S/. 1,000 (es decir los S/. 6,000 de su valorización menos los S/. 5,000 del precio que tendría que pagar). Sabe que el beneficio que recibiría si rompe el contrato con el zoológico y le vende el elefante al circo sería de S/. 3,000 (7,000 – 4,000 = 3,000). Así, si incumple el contrato, lo resuelve, le paga los S/. 1,000 de daños del zoológico, recibe mayores beneficios que si cumpliese estrictamente el contrato. Es decir, que ganaría S/. 2,000 en lugar de los sólo S/. 1,000 que recibiría si cumple el contrato. El cazador está mejor incumpliendo. El circo está mejor, pues puede hacer utilidades por S/. 1,000. Y el zoológico está igual a si el contrato se cumpliese, pues igual recibe S/. 1,000 de beneficios, sólo que en lugar de cobrarlos al público que va al zoológico, los cobra a través del Juez que ordena el pago de la indemnización. La sociedad en su conjunto está mejor, pues se han producido beneficios sociales por S/. 4,000 en lugar de los S/. 2,000 que hubiese producido el cumplimiento del contrato. Esta utilidad social se reparte en S/. 1,000 que recibe el zoológico por los daños sufridos, S/. 2,000 que recibe el cazador por el mejor precio que le paga el circo luego de deducir la indemnización que le paga el zoológico y S/. 1,000 que recibe el circo por utilizar el elefante en su espectáculo[15].

Pero hemos dicho que para que este mecanismo funcione, la indemnización no puede superar los daños causados. Imaginemos que las Cortes están acostumbradas a conceder indemnizaciones cuatro veces superiores a los daños efectivamente sufridos por el deudor, o que simplemente, al enfrentar la incertidumbre de saber cuál es la magnitud de los daños, tienden a sobredimensionarlos. Así, imaginemos que cuando el zoológico demanda al cazador, las Cortes dan una indemnización de S/. 4,000, en lugar de sólo S/. 1,000. El efecto de ello es que, sin perjuicio que el zoológico no pueda exigir la ejecución forzada de la obligación contra el cazador, este último decida cumplir con entregar el elefante al zoológico porque, si bien recibe un mayor precio por parte del circo, el beneficio adicional no cubre el costo adicional que el error de la Corte al calcular los daños le impone al incumplimiento. El elefante se quedará en el zoológico. Es decir, que se quedará asignado a un uso menos valioso[16].

---

15. Otra forma de visualizar el beneficio social de S/. 4,000 es simplemente apreciando que el elefante se ha trasladado de un uso menos valioso (los S/. 4,000 que le cuesta al cazador tener el elefante encerrado esperando un comprador) a uno más valioso (los S/. 8,000 que representa el elefante en el circo).

16. Como ya vimos en un ejemplo anterior, el circo podría, dada esta situación, acudir al zoológico y comprarle el elefante directamente. Pero, para los defensores de la regla del *common law*, encabezados por POSNER, esto implica una operación adicional que generará costos de transacción, reduciendo la eficiencia en el mercado.

El segundo problema es que las Cortes subvalúen los daños efectivamente sufridos. Para analizar los efectos de este problema, cambiemos ligeramente algunos de los supuestos de nuestro ejemplo. Imaginemos que efectivamente se celebró el contrato entre el cazador y el zoológico por S/. 5,000, pero la valorización que el zoológico hace del elefante no es de S/. 6,000, como en el ejemplo anterior, sino de S/. 10,000. Mientras tanto, el valor del elefante para el circo sigue siendo de S/. 6,000 y ha hecho una oferta al cazador por S/. 7,000[17].

Asumamos ahora que, a pesar que los daños que realmente sufriría el zoológico son S/. 5,000 (es decir, los S/. 10,000 en lo que valoriza el elefante menos los S/. 5,000 que paga el precio), las Cortes tienden a pagar indemnizaciones muy inferiores a los daños realmente sufridos[18]. Si la Corte sólo concede al zoológico una indemnización de S/. 1,000, su error creará incentivos para que el cazador incumpla el contrato, a pesar que el cumplimiento hubiese resultado más eficiente. Así, el elefante terminará, finalmente, en el circo, a pesar que el zoológico lo valorice más[19].

La conclusión es que para que el simple pago de los daños ocasionados por el incumplimiento desarrolle su función de crear incentivos para que los contratos se cumplan cuando son eficientes y se rompan cuando no lo son, el monto de la indemnización debe poner al acreedor en la misma situación en la que estaría si el contrato se hubiese, efectivamente, cumplido[20]. Es decir que, tanto la sobrecompensación como la compensación son económicamente indeseables.

---

17. En realidad, estamos haciendo un cambio importante respecto al caso anterior. El uso social más valioso para el elefante ha dejado de ser el circo y ha pasado a ser el zoológico. En otras palabras, ahora el público prefiere ver al elefante en el zoológico que verlo haciendo piruetas en el circo.

18. En este caso, parecería ser el mayor obstáculo actual para la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente, apoyada en el pago de daños, en el Perú. Es evidente que las Cortes peruanas dan indemnizaciones sustantivamente menores a los daños realmente ocasionados. Ver, por ejemplo, FALLA JARA, Alejandro y PIZARRO ARANGUREN, Luis. «El problema de los diminutos montos indemnizatorios: dos casos ejemplares». En: *Themis,* Revista de Derecho, Segunda Época, N.º 20. (En cuanto a los montos diminutos que suelen conceder las Cortes peruanas en casos de responsabilidad civil).

19. De la misma manera, como ya hemos visto, el zoológico podría comprar ahora el elefante al circo. Pero nuevamente enfrentaríamos el problema de los costos de transacción, de una operación adicional, tal como sugiere POSNER.

20. En el *common law,* este concepto es conocido como *expectation damages* o «daños a las expectativas». Ver POLINSKY, *Ob. cit.*, p. 26.

Bajo esta perspectiva, quizás el problema más importante para la aplicación de esta teoría es el mecanismo de evaluación de los daños. Las Cortes deben contar con medios de evaluación lo suficientemente certeros como para reducir los riesgos de un error al mínimo.

Existen situaciones donde los daños pueden ser determinados de una manera relativamente sencilla. Un ejemplo es el caso del bien que pueda ser fácilmente sustituido en el mercado. Si la obligación es una de dar trigo, basta indemnizar al acreedor del mismo con la cantidad de dinero necesaria para comprar, al valor de mercado, el trigo que no se le entregó[21].

En otras situaciones, sin embargo, el tema no es tan sencillo. Existe lo que se conoce como «bienes únicos», es decir, bienes que no tienen sustitutos fácilmente identificables en el mercado. En estos casos, establecer una indemnización que repare realmente los daños es sumamente difícil. Un buen ejemplo es la Corona de la Reina de Inglaterra o la obra de arte «La Gioconda». Los daños que haya podido sufrir el comprador son realmente difíciles de evaluar si tenemos en cuenta la subjetividad individual para valorizar estos bienes. El tema es que le es sumamente difícil a un juez conseguir que cada individuo revele de manera sincera qué daño sufre si uno de estos bienes no le ha sido entregado.

En el *common law*, el caso de los bienes únicos que ha sido aceptado como una excepción a la opción del deudor a resolver el contrato pagando los daños que ocasiona. Existen otras excepciones que veremos más adelante. En estos casos, las Cortes han aceptado que el acreedor pueda exigir la ejecución forzada de la obligación. Veamos algunos ejemplos donde este tema fue discutido.

Un primer caso es Sedmak vs. Charlie's Chevrolet, Inc.[22]. Los esposos Sedmak celebraron un contrato con Charlie's Chevrolet Inc., para comprar un Corvette por US$ 15,000. Este auto era un modelo de una producción limitada hecha para conmemorar la selección del Corvette como el automóvil líder de la carrera Indianápolis 500. Sedmak pagó un adelanto de US$ 500 por el carro y solicitó una serie de accesorios y equipamiento adicional. Cuando el automóvil llegó, a solicitud de Charlie's, Sedmak aceptó que el carro permaneciera en exhibición hasta la carrera de Indianápolis 500. Fi-

21. En realidad, aquí estamos asumiendo que el daño puede ser reparado sólo con el valor necesario para comprar trigo. Esto puede ser simplista en cuanto pueden haber otros daños derivados de la demora o de la confianza depositada en el cumplimiento oportuno. Asumamos, por ahora, que estos daños también puede ser fácilmente evaluados.

22. 622 S.W. 2d. 694 (Missouri Court of Appeals, 1981).

nalmente, cuando el carro debía ser entregado, Charlie's contestó a Sedmak que no podían venderle el automóvil al precio pactado porque la demanda excesiva frente al número limitado de producción había inflado su valor por encima del precio sugerido. Así, el vendedor incumplió el contrato.

Entre los argumentos utilizados por Charlie's estaba el que la ejecución específica solicitada por Sedmak no era un remedio adecuado, teniendo en cuenta el principio general recogido en el *common law*. En el juicio quedó claro que había un contrato. En primera instancia, se determinó que debía darse la ejecución específica de la obligación porque los Sedmaks «carecían de un remedio adecuado porque no podían acudir al mercado y comprar un automóvil de esta clase, millaje, condición, propiedad y apariencia, excepto, si es que lo logran, con un gasto considerable, problemas, gran demora e inconvenientes.» Esta resolución fue confirmada en la instancia superior.

El automóvil no era precisamente un bien «único». Pero sí era difícil de encontrar en el mercado. Además, la Corte implícitamente consideraba que la valorización que los Sedmak le pudieran dar al automóvil era un tema muy subjetivo, por lo que era prácticamente imposible de determinar. Como los daños no podían ser utilizados para adquirir un bien de las mismas características en el mercado, la solución de daños era inadecuada, y por tanto, se ordenó la ejecución específica. Sólo se habían producido 6,000 automóviles como los indicados, sólo un carro estaba a disposición de cada distribuidor, y sólo unos cuantos tenían todos los accesorios que habían solicitado los compradores. La desproporción entre la oferta y la demanda hizo que se ordenara la ejecución específica a pesar que, en sentido estricto, el bien no era único.

Un segundo caso interesante es el American Brands, Inc. vs. Playgirl, Inc.[23] Playgirl es, como todos sabemos, una revista, «Poco convencional, sin precedentes y sin paralelos y permite llegar a una audiencia femenina joven, de buena situación económica y maleable para la propaganda», tal como lo señalaba su propia promoción para potenciales anunciadores. Esta revista tuvo un éxito singular en el mercado y se convirtió en un atractivo medio de publicidad para muchas empresas. American era una empresa productora de cigarrillos. En sus inicios, Playgirl celebró un contrato de publicidad con American por el que esta última empresa podía utilizar la contratapa de la revista por ocho números. Sin embargo, el contrato estipulaba, además, el derecho continuo e irrevocable de American para contratar la contratapa de la revista por cada período de doce meses a su sola

23. 498 F.2d. 947 (United States Court of Appeals, Second Circuit, 1974).

opción, y por todo el tiempo que Playgirl siguiera publicándose. Playgirl publicó los avisos de American por once meses, luego de los cuales, el representante de Playgirl envió una carta a American señalándole que era política de la Revista evitar que los anunciadores tuviesen «una posición de protección perpetua». Así, le indicó que pensaba diversificar la contratapa de la publicación. American reclamó judicialmente la ejecución forzada de la obligación y que, por tanto, se ordene a Playgirl publicar su publicidad en la contratapa. Playgirl sostuvo que sólo debía quedar obligada al pago de daños y perjuicios. La Corte denegó la solicitud de American señalando que «el demandante no ha conseguido demostrar de manera clara que sus daños no podían ser calculados y que, en consecuencia, no podían ser reparados con una indemnización monetaria.»

El tema fue que la Corte no encontró que los daños no pudiesen reparar el perjuicio sufrido, y que, por tanto, no cabía ordenar la ejecución específica. Sin perjuicio de esto, toda la discusión giró en torno a si la contratapa de Playgirl, dadas sus especiales características como revista, era un bien único, y, en consecuencia, carecía de adecuados sustitutos en el mercado.

Un buen camino para determinar si el sistema de ejecución forzada es mejor que el de resolución con pago de daños es determinando las razones por las que se puede justificar la excepción a la regla del *common law*.

Mientras nuestro sistema de Derecho civil admite, como regla general, que toda obligación pueda ser ejecutada de manera específica[24], el *common law* sólo lo acepta en algunas excepciones. En consecuencia, existe un campo en el que ambos sistemas coinciden: en Estados Unidos o en el Perú, uno puede solicitar la ejecución específica si el bien tiene la característica de único.

Analicemos las razones que justifican la excepción en el *common law* para establecer la lógica de un sistema de remedios al incumplimiento contractual.

## IV. LA EXCEPCIÓN DE LOS BIENES ÚNICOS.

Ya hemos dicho que la excepción a la regla general en el *common law* se basa en cuán complicado es calcular una indemnización plenamente compensatoria en las prestaciones cuyo objeto sean bienes o servicios únicos al no existir un referente objetivo de valuación[25].

---

24. Decimos como regla general porque existen excepciones. Así, el inciso 1 del artículo 1150 y el inciso 1 del artículo 1158 del Código civil no admiten la ejecución forzada cuando es necesario el utilizar violencia contra la persona del deudor. Analizaremos estas excepciones más adelante para establecer su racionalidad económica.

25. Es decir, al no existir un mercado a ser utilizado como referencia.

Quizás la primera pregunta es aquella que intentaron resolver las Cortes en los casos de Sedmak vs. Charlie's Chevrolet, Inc. o American Brands, Inc. vs. Playgirl, Inc. ¿Cuándo un bien es «único»? [26]

El diccionario define único como «Sólo y sin otro en su especie». Esto quiere decir que algo es «único» cuando no tiene sustituto o equivalente. En el lenguaje común, lo «único» es aquello que tiene ciertas características que lo hacen distinguible de cualquier otra cosa.

Sin embargo, como bien señala KRONMAN, la teoría económica define el carácter sustituible de un bien a través de la observación del comportamiento de los consumidores, no a través de la evaluación de las distintas propiedades y características de un bien. Así, si la alteración en el precio de un bien afecta la demanda de otro bien, entonces podemos decir que ambos bienes son sustitutos mutuos[27]. Así, el pan es un sustituto de las galletas si al subir el precio de estas últimas se produce un aumento de la demanda de pan. En el caso de «La Gioconda», si al subirse el precio de esta obra de arte la gente decide comprar «El Güernica», entonces este último cuadro sería un sustituto del primero.

---

26. En realidad, el *common law* reconoce numerosos casos en los que cabe ejecución específica y que no son propiamente casos de «bienes únicos», aunque se refieren también a supuestos en que no existen referentes claros en el mercado o los que existen no son adecuados. CORBIN (*Contracts*. Secciones 1143-1155, 1963) hace una completa enumeración de casos en los cuales las Cortes norteamericanas suelen conceder al acreedor la facultad de solicitar la ejecución específica: contratos de venta de árboles en pie, contratos de venta de predios, contratos que requieren una ejecución continuada o periódica como obligación de suministrar una pensión o la promesa de una compañía de seguros de pagar beneficios por armadas, contratos de venta de acciones de una compañía, si las acciones no pueden ser obtenidas en el mercado bursátil y los daños al acreedor no pueden ser determinados, contratos de préstamos de dinero, pero sólo si el deudor ha cambiado sustancialmente su posición desde la celebración del mismo, celebrado nuevos contratos y constituido garantías sobre todas sus propiedades, contratos a favor de tercero y contratos celebrados con un fideicomisario, teniendo en cuenta que la figura del fideicomiso fue creada por las Cortes de equidad y permanecieron por largo tiempo fuera del alcance de las Cortes del *common law*. CORBIN también menciona casos en los que las Cortes norteamericanas niegan normalmente la ejecución específica, incluso cuando el remedio de daños parece inadecuado (sección 1162-1176). Esto incluye casos de frustración del contrato por imposibilidad, dolo, error unilateral y otros parecidos. Los casos enumerados por CORBIN pueden, siempre, vincularse con supuestos donde es difícil encontrar referentes que faciliten el cálculo de los daños causados al interés del acreedor.

27. KRONMAN, Anthony T. «Specific performance». En: *University of Chicago Law Review*, Vol. 45, 1978, pp. 351-375. Para los economistas, estaríamos hablando de la elasticidad cruzada de la demanda (STIGLER, George J. *The Theory of Price*, 3.ª ed., p. 1966, pp. 31-33).

Pero esta es una visión demasiado amplia. Bajo esta perspectiva todo bien tiene sustitutos, pues siempre se puede imaginar elevar el precio de un bien a un nivel tal, que un fanático coleccionista de DA VINCI termine comprando un cuadro de PICASSO[28]. En realidad, como señala Kronman, a los economistas les interesa determinar cuán grande tiene que ser el cambio en el precio de un bien para lograr una modificación de una magnitud determinada en el consumo de otros bienes. Pero estas son preguntas acerca de diversos niveles de sustitución de bienes entre sí. La generalización de este concepto puede llevarnos a que el término «único» pierda contenido[29].

En el caso de «La Gioconda» frente a «El Güernica» es de esperarse que las Cortes en el *common law* concedan al acreedor la ejecución específica de la obligación (a pesar que a un precio dado, «El Güernica» sería un buen sustituto).

El tema del carácter único de un bien o servicio es más complejo. Hemos visto que, para que la indemnización sea plenamente compensatoria[30], el monto en dinero recibido por daños debe poner al acreedor en la misma situación en la que se encontraría si el contrato se hubiese cumplido. Esto es, que reciba dinero suficiente para adquirir aquel bien que sea un adecuado sustituto del bien de cuya entrega el deudor se ha liberado resolviendo el contrato. En otras palabras, si dado el precio de ciertos bienes en la economía, el acreedor siente que le es igual recibir «La Gioconda» que recibir «El Güernica», si el deudor se niega a entregar «La Gioconda» la compensación sería perfecta dándole la cantidad necesaria al acreedor para que vaya y compre «El Güernica» que se encuentra en venta en una galería. El gran problema es cómo saber si «El Güernica» es un adecuado sustituto para el acreedor. La Corte se encontraría con un gran problema para determinar valores que dependen de apreciaciones subjetivas de las partes involucradas. No podemos creer en la palabra del acreedor. Él, probablemente, tratará de exagerar buscando que el juez calcule daños en base a un sustituto más valioso[31]. Tampoco podemos

---

28. Incluso, si el precio se eleva lo suficiente y al coleccionista no le gustan las obras de arte de otros pintores, podría preferir usar el dinero que tenía reservado para «La Gioconda» en un viaje alrededor del mundo, en una casa, en un yate o en comer en restaurantes. Llevado al extremo, todos los bienes pueden ser sustitutos de los otros.

29. KRONMAN. «Specific...», *Loc. cit.*

30. Es decir, para que creen los incentivos para que funcione la teoría del incumplimiento eficiente.

31. Así, el deudor se obligó a entregarle un cuadro del desconocido pintor Juan Pérez, ¿podemos creerle al acreedor cuando dice que sólo «El Güernica» vale para él tanto

creerle al deudor. Él tratará de minimizar la indemnización señalando un sustituto menos valioso[32].

El tema de fondo es la capacidad de la Corte para adquirir información sobre las valorizaciones subjetivas de individuos particulares. El problema de los bienes únicos no se refiere a las características de un bien que lo hacen absolutamente irrepetible. El tema se vincula a la información disponible por las Cortes a fin de que éstas puedan efectuar una adecuada valorización de qué daños son realmente compensatorios y así poner al acreedor en la misma situación a aquella en la que estaría si el contrato se hubiese cumplido. Esto puede explicar la lógica de la excepción contemplada por el *common law* y que admite la ejecución específica de la obligación. Como bien dice KRONMAN, cuando la información relevante es escasa y poco confiable, existe un riesgo sustancial que las indemnizaciones subcompensen la pérdida real sufrida por el acreedor. Por el contrario, cuando existen abundantes datos sobre el comportamiento de los consumidores que generan una rica y confiable información acerca de bienes sustitutos, el riesgo de un error se reduce. Así, cuando las Cortes en el sistema del *common law* dicen que el bien objeto de un contrato es único, nos están realmente diciendo que no pueden obtener, a un costo razonable, información suficiente acerca de bienes sustitutos que les permitan calcular una indemnización monetaria realmente compensatoria. Dentro de esta perspectiva, la excepción de los bienes únicos adquiere un sentido práctico[33].

En el caso de los bienes fungibles, las Cortes no tienen el mismo problema para determinar una adecuada valorización de los daños. La no entrega de una botella de Coca Cola puede ser adecuadamente compensada dándole al acreedor el dinero necesario para comprar otra botella de Coca Cola en el mercado. Nadie duda que una es un adecuado sustituto de la otra, a diferencia de lo que sucedería entre «La Gioconda» y «El Güernica», donde cada uno puede tener valorizaciones completamente diferentes respecto a cuál vale más que el otro. Las Cortes en el *common law* han creado la excepción como un reconocimiento a su incapacidad para valorizar de ma-

---

como el cuadro de Pérez? Lo más probable es que esté mintiendo. Pero no podemos descartar tampoco que esté diciendo la verdad porque cree que Pérez llegará a ser un pintor muy famoso.

32. Así, tratará de utilizar como referencia para no entregar «La Gioconda» un cuadro del desconocido Pérez, diciendo que es un adecuado sustituto.

33. KRONMAN. «Specific…», *Loc. cit.*

nera adecuada los daños en circunstancias donde los sustitutos adecuados no son objetivamente identificables[34].

Existen muchísimos casos intermedios entre la fungibilidad absoluta y el absoluto carácter único. Así, podemos preguntarnos si una escoba de la marca A es un adecuado sustituto de una escoba de la marca B. En general, si la empresa A no cumple con entregar el pedido de escobas que le hace un tercero, la Corte podría considerar que se indemniza de manera adecuada a este tercero dándole el dinero suficiente para comprar escobas de la marca B, que aparentemente gozan de las mismas características y cualidades. Es cierto, como sugiere KRONMAN[35], que en estos casos pueden haber errores de las Cortes. Puede ser que el tercero prefiera las escobas de la marca A simplemente porque cree que duran más que las de la marca B. Pero también es evidente que la existencia de un mercado competitivo reduce la posibilidad de error y el costo de adquirir la información relevante de manera sustantiva.

Podemos concluir con KRONMAN que la explicación a la excepción puede encontrarse en que cuando una Corte hace un cálculo de los daños monetarios sufridos por el incumplimiento, existe un riesgo que el afectado sea subcompensado. Pero la magnitud de este riesgo es inversamente proporcional a la cantidad y confiabilidad de la información en base a la cual la Corte basa su cálculo. En un extremo, cuando existe un mercado bien desarrollado generando evidencia sobre el carácter de ciertos bienes de ser sustitutos de otros, este riesgo se reduce al mínimo. En el otro extremo, cuando no existe tal mercado o al menos algunas transacciones aisladas, este riesgo se vuelve sustantivo. Existe un punto en medio de ambos extremos en el que el riesgo se torna inaceptable. Este es el punto que separa, en el *common law*, los contratos en los que se admite la ejecución específica de aquellos en los que sólo se admite la resolución del contrato y el pago de daños y que ha creado a las Cortes el complejo problema del carácter único de los bienes[36].

## V. *COMMON LAW* VS. DERECHO CIVIL

¿Cuál es la mejor regla? ¿Acaso es la del *common law*, según la cual el acreedor sólo puede, ante el incumplimiento, solicitar los daños sufridos,

---

34. ULEN («Efficiency of specific performance…», p. 375, nota 116) sugiere que la lógica de la excepción a la regla general del *common law* puede, también, explicar por qué la ejecución específica es el remedio que adoptaban la mayoría de países comunistas, pues en dichas economías no suelen existir mercados a los que la parte inocente pueda acudir para celebrar una transacción sustitutoria de aquella que se incumple.

35. KRONMAN. «Specific…», *Loc. cit.*

36. *Ibídem*, *Loc. cit.*

salvo que estemos ante bienes o servicios únicos? ¿O acaso la regla de nuestro Derecho civil que permite al acreedor optar entre la ejecución forzada de la obligación o la resolución, salvo que para la ejecución específica haya que emplear violencia contra la persona del deudor?

No debemos olvidar que, sea cual sea la norma que escojamos, ésta tendrá el carácter de supletoria. Por principio, las normas contractuales, tanto en el *common law* como en el Derecho Civil, sólo operan en defecto de acuerdo entre las partes. Esto quiere decir, que en general, en el *common law*, así el bien no sea único, las partes pueden pactar la ejecución específica de la obligación[37]. Por otra parte, en nuestro Derecho Civil, se admite el pacto que sólo concede al acreedor el derecho a reclamar daños, no pudiendo solicitar la ejecución específica de la obligación. Se puede sostener, quizás con razón, que si se entiende la ejecución forzada como parte de la responsabilidad, no cabe este pacto en caso incumplimiento por dolo o culpa inexcusable de acuerdo al artículo 1328[38] del Código Civil. Sin embargo, creemos que tal prohibición no alcanza a la ejecución forzada, pues existen otros medios legítimos para lograr el mismo efecto. Así, por ejemplo, de acuerdo a los artículos 1161[39] y 1162[40], se puede pactar, como obligación alternativa, el cumplimiento de una prestación determinada, o el pago de daños y perjuicios, quedando la elección en manos del deudor.

Podemos preguntarnos qué interés puede existir en elegir una u otra regla, si siempre las partes pueden cambiarla a entera voluntad. La respuesta a esta inquietud la encontramos en el tema de los costos de transac-

---

37. Respecto al *common law,* esta afirmación no es tan cierta. Existen algunos casos aislados en los que se declaró que el pacto que permitía al acreedor solicitar la ejecución forzada de la obligación era inexigible. Así, por ejemplo, Stokes vs. Moore (263 Als. 59, 77 So. 2d 331, 1955) en el que la Corte no vio con simpatía la ejecución forzada de una cláusula de no competencia. Sin embargo, tal regla no se ha generalizado.

38. Artículo 1328.- Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga.

    También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público.

39. Artículo 1161.- El obligado alternativamente a diversas prestaciones, sólo debe cumplir por completo una de ellas.

40. Artículo 1162.- La elección de la prestación corresponde al deudor, si no se ha atribuido esta facultad al acreedor o a un tercero.

    Quien deba practicar la elección no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra.

    Son aplicables a estos casos las reglas del artículo 1144.

ción ya mencionados. La razón por la que existen normas supletorias es para evitar que las partes se vean compelidas a negociar y redactar todos los términos de un contrato. Ello los llevaría a tener que prever todas las posibles contingencias que podrían presentarse, con el consiguiente desperdicio de tiempo y dinero. De no existir normas supletorias, todos los contratos tendrían una extensión, por lo menos, equivalente a la que tiene la parte de contratos del Código Civil. Los costos de la negociación necesaria para lograr ello serían sustantivos.

Si la función de las normas supletorias es la reducción de los costos de transacción, la mejor regla es aquella que, en la mayoría de los casos, sería adoptada por las partes de haberse puesto de acuerdo sobre el punto en cuestión. Así se logra que, en la mayoría de los casos, no sea necesario un acuerdo de las partes, y por esa vía reducimos los costos de transacción. El «pacto en contrario» tiene que ser excepcional. Si el «pacto en contrario» fuese la regla general, entonces la realidad nos está diciendo que el legislador se equivocó a la hora de establecer la norma supletoria.

Siendo que tanto la regla del *common law* como la del Derecho Civil son supletorias, el análisis de la conveniencia de una sobre la otra debe hacerse a la luz de lo que ordinariamente pactarían las partes como remedio al incumplimiento. Las partes tenderán siempre a un diseño contractual que minimice tanto los costos de celebración como de ejecución del contrato. Debemos, pues, buscar qué regla minimiza, en la que de casos, estos costos.

En base al planteamiento de este problema, y utilizando como herramienta el Análisis Económico del Derecho, KRONMAN ha efectuado una apasionada defensa de la regla de *common law*[41].

Como ya hemos mencionado, si la prestación en un contrato tiene el carácter de única, existe un riesgo alto que la indemnización que asigne la Corte no compense adecuadamente los daños reales sufridos por acreedor. Siendo que el derecho a forzar la ejecución específica de la obligación reduce tal riesgo, los acreedores (como clase) estarán dispuestos a pagar algo más a cambio de tener el derecho a solicitar la ejecución específica cuando no existe un mercado desarrollado que genere información adecuada sobre el valor de la prestación[42].

Así, el comprador de «La Gioconda», temeroso de que el deudor incumpla, estará dispuesto a pagar un precio mayor a cambio que el vendedor le asegure que le entregará de todas maneras el cuadro, renunciando a su facultad de resolver el contrato pagando daños. De esta manera, se evi-

41. KRONMAN. «Specific…», *Loc. cit.*

42. *Ibídem*, *Loc. cit.*

tará el riesgo de que le paguen daños que no reflejen el valor real que el comprador le asignaba al cuadro.

Una posible alternativa sería que las partes acordaran una cláusula penal que determine cuál es el nivel de los daños a indemnizarse por el incumplimiento. Pero esto incrementaría los costos de transacción en cuanto ambas partes tendrían que negociar una cláusula que refleje la valorización subjetiva que el comprador le asigna al bien. Estos costos tendrían que ser asumidos por ambas partes, por lo que no necesariamente llegaríamos a esta solución. Para evitar esta negociación, y siendo conscientes que no existe información adecuada sobre bienes sustitutos, es de esperar, en opinión de KRONMAN, que las partes se pongan de acuerdo en la ejecución específica como solución.

Adicionalmente, debemos tener en cuenta el convincente argumento esbozado por el propio KRONMAN: «El costo de la ejecución específica para el deudor será determinado, en parte, por su propia estimación de las posibilidades que existen en el futuro de que quiera romper el contrato. Si él realmente pretende cumplir, y piensa que será muy improbable que quiera en el futuro romper su promesa, el deudor se mostrará menos hostil a un contrato que contenga una provisión de ejecución específica a lo que se mostraría ante una circunstancia distinta. Un importante factor que determina la creencia del deudor al respecto es la posibilidad de que pueda recibir una mejor oferta en el futuro por el bien o servicio ofrecido en el intervalo de tiempo existente entre la celebración del contrato y su cumplimiento. Cuanto mayor sea esta probabilidad, mayor será su sentimiento de que pueda, en un futuro, desear romper el contrato. La probabilidad de recibir una oferta en el futuro será especialmente baja en el caso que la prestación del contrato tenga el carácter de única. En estos casos, por definición, no existe un mercado desarrollado (...) y en consecuencia el deudor pensará, de manera justificada, que es muy poco probable que reciba una oferta alternativa (y menos aún una mejor) por los bienes o servicios prometidos. Por el contrario, cuando la prestación es genuinamente un caso de bien único, el deudor estimaría probablemente que las posibilidades que se presente una mejor alternativa están cercanas a cero, y en consecuencia, sea prácticamente indiferente respecto a qué remedios puede tener el acreedor en un muy poco probable incumplimiento.»[43]

Bajo esta perspectiva, lo común sería que, en el caso de los bienes únicos, las partes acuerden incluir una cláusula que autorice al acreedor a solicitar la ejecución específica de la obligación, pues reduce un costo impor-

43. *Ibídem*, *Loc. cit.*

tante para el acreedor (el riesgo de una mala evaluación de los daños que sufriría por parte de las Cortes) sin que ello le cueste mucho al deudor (que ve como poco probable que se presente en el futuro una mejor oportunidad). La ejecución específica sería, entonces, la solución adoptada por las partes como la más eficiente. Por el contrario, en el caso de bienes con sustitutos (es decir, en los que existe un mercado generalizado de dónde obtener información), existen más posibilidades que el deudor reciba una oferta alternativa, lo que lo incentivará a tratar de mantener, contractualmente, la flexibilidad necesaria para poder entregar la prestación a su tercero, liberándose con el simple pago de daños. Por el contrario, el riesgo que enfrentaba el acreedor de que en el cálculo de los daños la Corte se equivoque es mucho menor. Así, es de esperarse que las partes puedan ponerse más fácilmente de acuerdo en una regla que, excluyendo la ejecución forzada de la obligación, sólo conceda al acreedor el derecho a solicitar la indemnización por los daños sufridos. Se concede así un beneficio importante para el deudor (la flexibilidad futura para romper el contrato y atender una mejor oferta) a un costo relativamente bajo para el acreedor (que ve que el riesgo de un mal cálculo de los daños por la Corte se ha reducido casi al mínimo). Es más, bajo esta circunstancia, es mucho más fácil imaginar que las partes lleguen a un acuerdo sobre una cláusula penal, pues existe una mejor información respecto a los daños que puede sufrir el acreedor, gracias a los referentes de mercado existentes[44].

En otras palabras, y resumiendo la posición de KRONMAN, cuando «más fungible» es el bien, el riesgo de un mal cálculo de los daños por las Cortes se deduce pero aumenta la posibilidad de incumplimiento, haciendo que la solución de años se torne en la más adecuada. Por el contrario, cuando «más único» es un bien, aumenta el riesgo de un mal cálculo de daños por las Cortes, pero se reduce la posibilidad de incumplimiento, haciendo de la ejecución especifica una solución adecuada para las partes.

Los argumentos dados por KRONMAN para sustentar su posición aparecen como sugestivos y coherentes. Sin embargo, existen opiniones discrepantes sobre las ventajas reales del sistema propuesto por el *common law*, y que critican muchos de los supuestos asumidos por KRONMAN al formular su posición. Por lo pronto no es muy claro por qué si el bien es fungible hay más posibilidades de incumplimiento. Justamente al ser un bien fungible existen sustitutos, y es difícil entender por qué no se acudiría a ese mercado antes de hacer ofertas a partes de un contrato para que lo incumplan.

Alan SCHWARTZ sostiene una posición contraria a la de KRONMAN y se pronuncia, en cambio, por una regla similar a la que acoge el Derecho Civil.

---

44. Es decir, existen menores costos de transacción en este aspecto.

Para ello empieza analizando los casos de las obligaciones de entregar bienes únicos: «Cuando el deudor incumple y el acreedor puede celebrar una transacción que sea un adecuado sustituto de la prestación que el deudor no ha cumplido, el acreedor será simplemente compensado si recibe el monto adicional necesario para comprar el sustituto más el costo de llevar a cabo la segunda transacción. Sin embargo, en algunos casos, como aquellos que involucran obras de arte, las Cortes no pueden identificar cuáles transacciones serían adecuados sustitutos porque la información necesaria suele estar en exclusiva posesión del acreedor. Más aún, es difícil para la Corte establecer con exactitud como se satisface la pretensión del acreedor[45]. Por ejemplo, si el deudor incumple el contrato de venta de una rara esmeralda, el acreedor podría reclamar que sólo el Diamante Hope le produciría la misma satisfacción, y por tanto, podría demandar por la diferencia de precio entre la esmeralda y el diamante, será sumamente difícil para la Corte establecer cuándo esta afirmación es cierta. Si la Corte quiere conceder una indemnización, tiene tres alternativas; ordenar el pago del valor monetario de la satisfacción que pierde el acreedor de acuerdo a la estimación que hace la Corte, lo que puede sobrecompensar o subcompensar; u ordenar la restitución de toda suma pagada, lo que subcompensa al acreedor. El acreedor es plenamente compensado sin que exista riesgo de sobrecompensación o subcompensación si tiene a su disposición la facultad de exigir la ejecución específica de la obligación y su uso es estimulado por la doctrina que señala que los daños deben ser previsibles y ciertos»[46].

SCHWARTZ sostiene que darle al acreedor la opción de la ejecución específica de la obligación o la resolución y el pago de daños (es decir, básicamente la solución contemplada por nuestro Código Civil) es el único mecanismo que garantiza la plena compensación al acreedor en el caso de bienes únicos. Pero yendo mas allá, postula que existen tres razones por las que la ejecución específica debería dejar de ser la excepción y convertirse en la regla general en el caso de incumplimiento dentro del *common law*. Estas, enunciadas por SCHWARTZ[47], son las siguientes:

a) En muchos casos, el pago de daños es subcompensatorio a pesar de no tratarse de bienes únicos. Asumiendo por un momento que efectivamente

---

45. Este es el caso, ya mencionado, del acreedor de la entrega de «La Gioconda», situación en que para la Corte es difícil establecer si «El Güernica» (o cualquier otro bien o servicio) es o no un adecuado sustituto. En este caso, la inexistencia de mercados hace sumamente difícil establecer cuál es un buen sustituto.

46. SCHWARTZ, Alan. «The case for specific performance». En: *Yale Law Journal*, Vol. 89, pp. 274-278.

47. *Ibídem*, *Loc. cit.*

fuese sencillo calcular el valor del bien sustituto, no necesariamente se garantiza una adecuada compensación por los daños. Para que el acreedor sea adecuadamente compensado, se le concede el derecho a reclamar daños incidentales, los mismos que son difíciles de calcular. Principalmente son considerados daños incidentales el costo de identificar y celebrar una segunda transacción que implica principalmente el gasto de tiempo antes que dinero. Determinar el valor monetario de este costo de oportunidad puede ser realmente difícil. Además el rompimiento del contrato por el deudor genera frustración y enojo en el acreedor, especialmente si éste es un consumidor. Estos costos son difícilmente recuperables vía una indemnización.

Pero incluso el pago de daños por la diferencia de precio del bien sustituto puede ser calculado de manera inadecuada en muchos casos menos dramáticos que en la hipótesis de la esmeralda y el diamante mencionado líneas arriba. Esto es ocasionado por la diferenciación entre productos y la temprana obsolencia o caída en desuso de ciertos bienes. Cuando la diferenciación entre productos se vuelve más común, la oferta de productos que sean adecuados sustitutos de la prestación del deudor se ve reducida. Cita SCHWARTZ como ejemplo el caso de la oferta de automóviles. Incluso durante el período en el que existe una abundante oferta de nuevos automóviles Datsun, un Datsun de dos puertas, dos colores, con ruedas anchas, stereo y aire de acondicionado puede tornarse escaso en algunos mercados locales[48]. Pero adicionalmente, la obsolencia de ciertos bienes da al acreedor un tiempo relativamente corto para efectuar una transacción que sustituya la prestación incumplida. Si el deudor se demora en cumplir su obligación de entregar un modelo del año puede ser difícil para el acreedor comprar el modelo exacto que quería adquirir. Por estas razones, una indemnización que le garantice al acreedor comprar «otro carro» podría ser subcompensatoria[49].

Adicionalmente, problemas de predicción hacen que comúnmente sea difícil poner al acreedor en la misma posición en la que se encontraría si el deudor hubiese cumplido su obligación. Si el incumplimiento por un con-

---

48. Siendo el Perú un mercado reducido, no debe extrañarse que esta escasez suele presentarse con relativa frecuencia. Es común que uno ordene un automóvil Tercel de color blanco, caja mecánica, radio, sin tacómetro y sin aire acondicionado, y termine aceptando un Tercel rojo, automático, con radio tocacassette, tacómetro y con aire acondicionado ante una oferta del distribuidor que le dice «O toma este auto o tiene que esperar quizás tres meses más». Esto porque los stocks de automóviles no son lo suficientemente amplios para ser flexibles a los requisitos de la demanda, dadas las limitaciones en las dimensiones del mercado.

49. De alguna manera, éste fue el problema en Sedmak v. Charlie's Chevrolet, Inc..

tratista demorara de manera significativa o impide la culminación de un proyecto de construcción, y el proyecto difiere de manera sustantiva de otros proyectos (por ejemplo, una tienda de departamentos en un lugar distinto al que ocupan otras tiendas) las Cortes pueden mostrarse reacias a indemnizar por la «especulativa» pérdida de utilidades atribuible al incumplimiento.

b) En segundo lugar, los acreedores suelen estar económicamente incentivados para demandar el pago de daños cuando éstos son efectivamente compensatorios. Un deudor que ha incumplido sus obligaciones puede mostrarse reacio a cumplir y puede tener un comportamiento hostil. Esto haría que demandar la ejecución específica de la obligación sea un remedio poco atractivo para el acreedor, sobre todo si el cumplimiento de la prestación es complejo, porque el deudor tenderá a cumplir de manera deficiente cuando se le fuerza a ejecutar su prestación. Incluso, cuando el cumplimiento debe efectuarse durante un lapso de tiempo, como en los contratos de obra, es sumamente costoso para el acreedor monitorear a un deudor reacio a cumplir. En caso que los daños sean efectivamente compensatorios, el acreedor preferirá optar por la indemnización[50]. Finalmente, dado el tiempo que tardarán las Cortes en resolver demandas, los acreedores preferirán celebrar rápidamente transacciones que sustituyan la pretensión incumplida y demandar más tarde por los daños, antes que mantener sus pretensiones suspendidas esperando la resolución judi-

---

50. Estas razones pueden explicar por qué, en nuestro ordenamiento (artículos 1150 y 1158 del Código Civil) se prohíbe la opción por la ejecución específica cuando sea necesario aplicar violencia sobre la persona del deudor:

    Artículo 1150.- El incumplimiento de la obligación de hacer por culpa del deudor, faculta al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas:

1. Exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.
2. Considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para él.
3. Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial.
4. Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere.

    Artículo 1158o.- El incumplimiento por culpa del deudor de la obligación de no hacer, autoriza al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas:

1. Exigir la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.
2. Exigir la destrucción de lo ejecutado o destruirlo por cuenta del deudor.
3. Dejar sin efecto la obligación.

cial que las acoja[51]. En otras palabras, el acreedor suele estar en mejor posición que las Cortes para establecer cuándo el remedio adecuado es la ejecución específica de la obligación, y cuándo será resolver el contrato y solicitar el pago de daños. Así, cuando el acreedor demande la ejecución forzada, nos estará indicando que considera que el pago de daños es un remedio inadecuado.

c) La tercera razón, que de alguna manera incluye las otras dos, es que normalmente los acreedores cuentan con mejor información que las Cortes tanto respecto al carácter compensatorio de la indemnización en dinero como de las dificultades y costos de la ejecución forzada. Esto se ve reforzado por el hecho que normalmente los acreedores cuentan con mejor información sobre los deudores que las Cortes, que recién los conocerán cuando éstos contesten la demanda, por lo que se encuentran en una mejor posición para predecir cuándo la ejecución específica inducirá a los deudores a cumplir sus obligaciones de manera satisfactoria.

Luego de señalar estas razones, SCHWARTZ concluye que: «(...) las restricciones en la disponibilidad de la ejecución especifica de las obligaciones se basan normalmente en que las indemnizaciones suelen ser plenamente compensatorias de los daños sufridos. Por el contrario, la propia meta de la compensación implica que la ejecución específica sea a regla general. Esto es porque las indemnizaciones que dan las Cortes son realmente subcompensatorias en más casos de lo que normalmente se piensa[52], el hecho que el acreedor solicita la ejecución específica es una buena prueba de que la indemnización sería una solución inadecuada y las Cortes deberían delegar a los acreedores la decisión de qué remedio satisface de mejor manera el objetivo de la plena compensación. Incluso, expandir la disponibilidad para el acreedor de la ejecución especifica no resultaría en una mayor explotación de los deudores. Los acreedores rara vez abusarían del poder de determinar cuándo debe ordenarse la ejecución específica pues existen fuertes indicativos para que los acreedores busquen el pago de daños cuando éstos sean sólo aproximadamente compensatorios[53].

La posición de SCHWARTZ puede reducirse a la constatación de que los acreedores suelen gozar de una información mucho más completa que las

---

51. Esta es la solución que adoptan, por ejemplo, el artículo 1150 del Código Civil (que permite que la prestación en las obligaciones de hacer sea ejecutada por un tercero por cuenta del incumplidor) o el artículo 1158 (que permite en las obligaciones de no hacer, destruir lo ejecutado por cuenta del deudor).

52. Esto aquí en el Perú, parece bastante claro dados los montos diminutos que suelen conceder las Cortes como indemnización.

53. SCHWARTZ. «The case…», *Loc. cit.*

Cortes para considerar decidir cuándo el pago de daños puede o no ser plenamente compensatorio y cuál sería el costo de hacer cumplir una orden judicial de ejecución específica. Cuando existe el riesgo a la subcompensación el acreedor optará por la ejecución específica, a pesar que es consciente que esta implica costos superiores de ejecución.

SCHWARTZ no es, sin embargo, el único defensor de que la opción en la ejecución específica y la resolución y pago de daños se conceda al acreedor. Thomas ULEN sostiene una posición similar, aunque aporta algunas razones adicionales. Poniéndose también como meta el crear los incentivos que nos acerquen el óptimo parietano[54], ULEN cree que tal objetivo se alcanzará concediendo al acreedor la opción de ejecutar la obligación de manera específica. El fundamento básico de su posición es que «(...) los costos de transacción que enfrentan las partes que ya han celebrado un contrato son menores, incluso después del incumplimiento de una de ellas, que los costos que enfrentan las Cortes resolviendo un conflicto»[55].

ULEN no critica la solución de una indemnización dirigida a cubrir los daños a las expectativas por su coherencia teórica, que considera inatacable, sino por los grandes problemas de aplicación práctica que presenta. Como ya hemos visto, es sumamente difícil, establecer cuál es la utilidad que la parte inocente ha perdido como consecuencia del incumplimiento. Los defensores de la regla del *common law* no tienen problemas en manejar las variables para concluir que sólo el pago de los daños a las expectativas nos conduce siempre a una situación superior en términos de PARETO. Pero para hacerlo, se está asumiendo que la Corte está en capacidad de establecer cuáles han sido tales daños. Como bien dice ULEN: «Estos modelos ignoran, sin embargo, la posibilidad de renegociar o volver a llegar a un acuerdo después de la celebración del contrato y luego del anuncio del vendedor de su intención de incumplir. Si los costos de renegociar no son muy altos, algunos de los remedios serán más eficientes que otros en inducir a las partes a celebrar un nuevo contrato antes que acudir a alguna alternativa menos eficiente, como un litigio, para distribuir !as pérdidas del incumplimiento»[56].

Si se toma en cuenta este aspecto, es posible concluir que la ejecución específica incentiva al incumplimiento del contrato sólo si este incumplimiento es eficiente en términos de PARETO, convirtiéndose en un adecuado

---

54. Como vimos antes usa situación será superior a otra en términos de PARETO si por lo menos alguien está mejor y nadie está peor.

55. ULEN. «The efficiency…», p. 344.

56. *IBIDEM* p. 363.

mecanismo de protección de las valorizaciones subjetivas que las partes hacen de los bienes y servicios involucrados. Así, si la ejecución específica fuese el remedio que rutinariamente estuviese a disposición del acreedor, el costo de ajustar los términos del contrato para que el bien o servicio termine asignado a su uso más valioso será menor que el que ofrece la resolución con pago de daños: «La razón central de esto es que bajo el remedio de ejecución específica el costo de determinar las valorizaciones de la prestación para las partes es asumido por dichas partes en una negociación voluntaria. Esto quiere decir que el costo de determinar los precios de reserva es asumida por aquellos más eficientemente ubicados para determinar estos montos. Finalmente, siendo que el costo de calcular cualquier valor subjetivo de la parte inocente a través de evidencia presentada a la Corte es demasiado alto y en consecuencia, siendo la posibilidad de subcompensar a la parte inocente a través del pago de daños bastante alta, la ejecución específica ofrece un riesgo mucho menor a ser subcompensatoria y está en mejor posibilidad de proteger la valorización subjetiva del acreedor que cualquier otro remedio judicial»[57].

Para Ulen, producido el incumplimiento, la pregunta más importante que la Corte debe hacerse es cuál es el nivel de costos de transacción existente entre el incumplidor y su acreedor. Si tales costos son bajos, la negociación privada entre ambos es posible y lo más lógico será que la Corte ordene la ejecución específica de la obligación para incentivar al incumplidor a negociar y por esta vía intentar «readquirir» el bien para asignarlo a un uso más valioso. Sólo se justifica la regla de la resolución y pago de daños cuando los costos son altos, en cuyo caso, la Corte debe efectuar una valorización de los daños. Pero, en general, no existe razón para pensar que los costos de transacción entre el incumplidor y su acreedor son altos. «Después de todo, ellos ya han establecido una relación antes del incumplimiento y las razones que contribuyen a que existan altos costos de transacción en otros contextos legales están completamente ausentes en este caso: las partes se han identificado mutuamente, han negociado términos que prevén varias contingencias incluyendo, probablemente, el incumplimiento; ellos han podido tener contactos después de la celebración del contrato y antes del cumplimiento de la prestación para aclarar detalles, informarse sobre los progresos existentes y otros temas similares»[58].

Así, no existen razones para pensar que el costo de que las partes arreglen por la vía contractual el problema del incumplimiento sea mayor que

57. *Ibídem*, p. 366.

58. *Ibídem*, p. 369.

el que tendrían las Cortes para establecer el daño real que ha sufrido el acreedor. La Corte tendría que informarse de todos los términos relevantes del contrato, las condiciones de mercado del bien o servicio involucrado, la veracidad de la evidencia que cada una de las partes presenta sobre cuáles eran sus expectativas, la razonabilidad del riesgo asumido, etc. Esta es una tarea complicada y costosa para una Corte[59].

## VI. POSICIÓN PERSONAL

Es difícil pronunciarse sobre cuál de los dos sistemas (el del *common law* o el de nuestro Derecho Civil) contiene la mejor solución al problema del incumplimiento contractual. Los argumentos a favor y en contra de uno y otro son sugerentes y convincentes. Sin embargo, creo que existen más y mejores razones para preferir la regla del Derecho Civil, desde el punto de vista de la eficiencia[60].

Los defensores de la regla del *common law* señalan que el principio de la resolución y pago de daños es el único que asegura que el contrato se cumpla cuando es eficiente hacerlo y se incumpla cuando no. Como hemos visto, desde un punto de vista teórico, y partiendo de las premisas que asumen sus defensores, los argumentos que usan son concluyentes. Pero partes de varios supuestos que no siempre se cumplen en la realidad.

Quizás el más problemático de estos supuestos es que las Cortes pueden calcular de manera adecuada qué daños son compensatorios. Cuando se les dice, sin embargo, que en muchos casos el cálculo es virtualmente imposible por versar sobre valorizaciones subjetivas, contestan que para ello el *common law* ha previsto adecuadas excepciones. Así, las prestaciones que tiene por objeto bienes o servicios únicos conceden al acreedor la facultad de ejecutar de manera específica la obligación porque se trata de un caso donde no existen referentes claros de mercado que nos diga qué bienes servicios son adecuados sustitutos de otros. El tema parece claro cuando nos referimos a un bien absolutamente fungible o a un bien absoluta-

---

59. *Ibídem*, *Loc. cit.*

60. Como dijimos en un inicio, el presente artículo se ha limitado al análisis del problema desde el punto de vista de la eficiencia, por lo que no hemos considerado otros valores, en particular, el problema de la justicia de una u otra solución. Sin perjuicio de esto, creemos que aquellos que efectúen el análisis de este tema a la luz de los valores imperantes en nuestra sociedad llegarán probablemente a la misma conclusión a la que hemos llegado en el presente artículo: el sistema propuesto por el Derecho civil es mejor. Esto quizás esté orientado por el valor que concedemos al cumplimiento de la palabra empeñada y al principio de buena fe.

mente único. Pero la distinción es tremendamente confusa. Cabe, sin embargo, argumentar en contra de la posición del *common law*. Normalmente las propias partes en un contrato están en mejor aptitud para establecer y revelar cuáles son los daños que sufren. Pero no sólo tienen esta ventaja sobre las Cortes. También están en mejor capacidad de determinar cuándo un bien es realmente «único» para el acreedor, es decir, cuándo no tiene un adecuado sustituto. Como ya hemos dicho, nadie mejor que el propio acreedor para determinar cuándo la escoba de la marca «A» es para él un adecuado sustituto de la marca «B». En tal sentido, los remedios legales al incumplimiento contractual deben conseguir orientarse a conseguir que las partes sean las que decidan finalmente si se cumple o no el contrato y en qué términos.

Un segundo punto omitido por los defensores de la regla del *common law* es que no existe razón para pensar que los costos de transacción entre las partes son altos, y que por tanto éstas no pueden, por la vía de la renegociación o de la transacción, llegar a la solución más eficiente, sea fijando otro precio o incluso fijando contractualmente una indemnización que sea realmente compensatoria (a diferencia de la que fije una Corte y que no ofrecería las mismas garantías).

Según lo sostenido por Calabresi y Melamed[61] es preferible adoptar una regla de responsabilidad (entendida como pago de daños fijados por la Corte) cuando lo costos de transacción entre las partes involucradas son altos. Por el contrario, es conveniente confiar en el camino contractual[62] cuando los costos de transacción son lo suficientemente bajos como para que cualquier conflicto pueda ser resuelto por un acuerdo voluntario. Como bien ha señalado Ulen[63], no existen razones para pensar que, luego de anunciada la intención de incumplir por parte del deudor, los costos de transacción entre las partes son altos. Incluso, la afirmación de Posner[64] de que los costos de transacción en relación al tercer ofertante son demasiado altos como para poder, luego de la ejecución forzada del contrato, negociar una nueva venta del bien[65] tampoco puede ser absolutamente cierta. Para identificar quién es el

---

61. Calabresi, Guido y Douglas Melamed. «Reglas de responsabilidad e inalienabilidad: un vistazo a la Catedral». En: *Themis*, Revista de Derecho N.º 21, 1992, pp. 63-86.

62. Que se identifica con lo que Calabresi y Melamed llaman reglas de propiedad.

63. Ulen. «The efficiency…», p. 344..

64. Posner, «*Economics…*», pp. 88-90..

65. Es decir que, una vez que el elefante de nuestro ejemplo fue entregado al zoológico, venga el dueño del circo y le ofrezca al zoológico más por el elefante que aquella cantidad en la que lo valoriza.

comprador original bastaría preguntárselo al deudor. La atmósfera que rodea la celebración, ejecución e incluso el incumplimiento de un contrato no parecería plantear costos de transacción insuperables. En consecuencia, no existirían razones para pensar que los costos que asume una Corte en determinar el carácter único de los bienes para las partes y/o la valorización de los daños respectivos son menores a los costos de transacción que enfrentarían las partes para solucionar el conflicto. Es, en consecuencia, más fácil hablar del pago de un «precio» por el incumplimiento, determinado entre las partes, que del pago de una indemnización fijada por las Cortes.

Quizás la forma más gráfica de visualizar esto es regresando a nuestro ejemplo del elefante. Habíamos dicho antes que el cazador había acordado venderle el elefante al zoológico por S/. 5,000. El costo para el cazador[66] había sido de S/. 4,000 y la valorización subjetiva del zoológico sobre el elefante se elevaba a S/. 6,000[67]. Luego de celebrado el contrato aparece el dueño del circo, que valoriza el elefante en S/. 8,000 y ofrece S/. 7,000 por el animal. Nuestro objetivo es que el elefante termine en manos del circo, que es la asignación del recurso a su uso alternativo más valioso.

Los defensores de la regla del *common law* sostienen que si se obliga al cazador a pagar los daños que causa su incumplimiento al zoológico (es decir, S/. 1,000) el zoológico estará igual, pero tanto el cazador como el circo estarán mejor. El problema es que para que los daños sean efectivamente compensatorios la Corte tiene que saber que efectivamente el elefante vale S/. 6,000 para el zoológico. Pero ello es sumamente subjetivo. Claro que si existiese un mercado desarrollado de elefantes la Corte tendría un referente del valor real más objetivo. Pero ¿cómo saber que el elefante comprado no es precisamente «único» para el zoológico por sus especiales características? Quizá los otros elefantes existentes en el mercado no son buenos sustitutos para sus intereses. Por ejemplo, el elefante que se quiere adquirir es extraordinariamente parecido al famoso elefante «Jumbo» que acaba de fallecer en el circo. Si la Corte se equivoca en esta valorización, y existen grandes posibilidades de que lo haga, puede llevarnos a un resultado no deseable en términos paretianos. Desde este punto de vista, las partes involucradas gozan de una información más completa en esa área de aquella con la que puede contar una Corte.

Imaginemos ahora que se concede al zoológico la posibilidad de solicitar la ejecución forzada de la obligación (es decir, la entrega del elefante). En ese supuesto el cazador sólo tiene una alternativa para poder venderle

66. Es decir, su precio de reserva.

67. Es decir, el precio de reserva del zoológico.

el mismo elefante al circo: hacerle una oferta al zoológico para que éste acepte la resolución del contrato, que ha dejado de ser potestad del deudor para convertirse en potestad del acreedor. Esta oferta no es otra cosa que una propuesta de indemnización, sólo que no es fijada por la Corte, sino ofrecida por una de las partes. El monto propuesto tendrá que ser superior a los daños reales que el incumplimiento generaría al acreedor (es decir superior a S/. 1,000) para que este lo acepte, y tendría que ser inferior al beneficio adicional que recibiría el deudor por resolver el contrato celebrar uno nuevo con el circo (es decir, menor a los S/. 2,000 de diferencia entre el precio «ofrecido por el circo y el pactado en el contrato con el zoológico). Por el mecanismo de la acepción o rechazo que el dueño del zoológico haga de la oferta de indemnización que le formule el cazador, éste irá revelando su verdadera valorización del elefante. Así, si rechaza una oferta de S/. 500, le está diciendo al cazador que valoriza el elefante en más de S/ 5,500 (es decir, el precio que iba a pagar más la indemnización ofrecida). Por el contrario, si acepta una oferta de S/. 1,500 le está diciendo al cazador que valoriza el elefante en menos de S/. 6,500. Como el cazador jamás ofrecerá más de la diferencia entre la oferta del circo y el precio pactado en el contrato original, nos estamos asegurando la asignación del elefante a su uso más eficiente por la vía de renegociación contractual, o de la transacción.

Sin perjuicio de lo dicho, y en el supuesto que existiesen costos de transacción demasiado elevados entre el cazador y el zoológico que no hagan viable la solución contractual[68] todavía existe la posibilidad de que el dueño del circo averigüe quién adquirió el elefante y haga una oferta para comprárselo. Tal oferta tendrá éxito sólo si la valorización que hace el circo del elefante supera la valorización que hace el zoológico.

Cambiemos los supuestos del caso para ver cómo funciona la ejecución específica de la obligación en otras circunstancias. Sigamos asumiendo que el cazador vendió el elefante al zoológico por S/. 5,000. También mantengamos el hecho que al cazador le costó S/. 4.000 traer el elefante al Perú. Pero como ya hicimos antes, cambiemos las valorizaciones para que ahora, el uso más valioso del elefante sea ponerlo en el circo. Para ello pensemos que el zoológico valoriza el elefante en S/. 10,000, mientras el circo lo sigue valorizando en S/. 8,000 y ha formulado una oferta de S/. 7,000. Así, el hecho que el precio ofrecido por el circo sea superior al pactado entre el cazador y el zoológico no quiere decir que el circo valorice más el elefante que el zoológico. Sólo quiere decir que el zoológico efectuó una negocia-

68. Tal podría ser el caso si el incumplimiento genera tensiones o molestias entre las partes que hacen imposible la renegociación del contrato. Así, el dueño del zoológico puede no querer hablar con el cazador porque lo considera un sinvergüenza.

ción ventajosa de su contrato que le aseguró apropiarse de buena porción del excedente económico de la transacción.

Dados estos supuestos, la primera reacción del cazador, si es que el zoológico puede exigir la ejecución forzada de la obligación, es ofrecer una indemnización para que su acreedor le permita resolver el contrato. Pero el zoológico jamás recibirá menos de S/. 5,000 (es decir, menos de la diferencia entre su valorización y el precio pactado) como indemnización. Por su parte, el cazador jamás ofrecerá más de S/. 2,000 que es el beneficio adicional que le podría producir la venta del elefante al circo. En consecuencia, jamás podrá plantear una oferta para resolver el contrato que satisfaga las expectativas del acreedor, salvo que se comporte irracionalmente. El circo, cuya valorización es de sólo S/. 8,000, tampoco podrá ofrecer un precio que sea atractivo al zoológico dada la valorización que este último ha hecho del elefante. En conclusión, el elefante quedará asignado a su uso más valioso. Si el deudor hubiese podido optar por resolver y pagar daños, y las Cortes no calcularán los daños de manera confiable, no hubiésemos llegado necesariamente a la solución más eficiente. El cazador hubiese optado por pagar daños, porque, por ejemplo, sabe que las Cortes sólo conceden un 20% de los daños reales sufridos por la parte inocente. Como consecuencia, el contrato se hubiese resuelto y el acreedor (y la sociedad en su conjunto) estarían peor[69].

El tema es que existen sólidos fundamentos para pensar que eliminar la intervención de las Cortes sobre el pago de daños reduce la incertidumbre en el sistema. Siendo que la información con la que éstas cuentan para calcular daños es insuficiente, las partes no tendrían certeza respecto al nivel de acierto o error con el que actuarán los tribunales. Esta incertidumbre es un costo de transacción importante. Si el cazador piensa que la indemnización será subcompensatoria y el zoológico piensa que será sobrecompensatoria, no hay muchas posibilidades que se pongan de acuerdo. Así no habrá contrato ni renegociación que resuelva el problema. Por el contrario, la solución de ejecución específica es fácilmente predecible si esa es la regla imperante. El cazador podrá saber cuanto le cuesta cumplir[70] y el

69. Siempre queda abierta la posibilidad que el zoológico haga una oferta al cazador para que no resuelva el contrato, renegociando un nuevo precio, o en su defecto, le compre luego el elefante al circo. Esto sería una consecuencia directa de la primera formulación del Teorema de Coase, que propone que si no existen costos de transacción, es indiferente la solución legal que se adopte, pues por medio de transacciones voluntarias, las partes llegarán siempre a la solución más eficiente.

70. Es decir, cuál es la pérdida de beneficios al no poder celebrar el contrato con el circo.

zoológico sabe cuál es el beneficio que el incumplimiento le produce[71]. Esta información no es fácilmente adquirible por la Corte. Dada la certeza de la solución legal (constatada la existencia del contrato y su incumplimiento, se ordenará la ejecución forzada de la obligación) no hay incertidumbre y la solución vía renegociación aparece como la más viable. En otras palabras, el remedio de ejecución específica favorece una más clara definición de los derechos que a su vez favorece un mejor funcionamiento de los mecanismos del mercado.

Así, la solución de la ejecución específica reduce la incertidumbre tanto respecto a la calidad de «único» que tiene un bien como sobre el monto de los daños causados. Al hacerlo, facilita la renegociación posterior al incumplimiento por esta vía, abre las puertas a la solución más eficiente. Así, parece previsible pensar que, si no existiese regla legal aplicable, las partes probablemente pactarían la ejecución forzada de la obligación en la mayoría de los casos. Es decir, que se inclinarían por la regla del Derecho Civil.

## VII. EL PROBLEMA DE LOS COSTOS DE EJECUCIÓN

Sin perjuicio de las ventajas señaladas, existe aún un problema donde parece que el sistema del *common law* tiene aún una ventaja sobre el sistema del Derecho civil. Esta ventaja es que el costo de hacer cumplir una orden judicial de ejecución específica parece mayor que el costo de hacer cumplir una orden de reparación monetaria. El problema es especialmente claro en los casos de contratos de servicios donde monitorear el adecuado cumplimiento puede ser sumamente oneroso para las Cortes y existen razones que harían al acreedor preferir resolver el contrato y solucionar el pago de daños.

De alguna manera esto se refleja en las excepciones contempladas el Código Civil a la ejecución específica de la obligación y que niegan su uso cuando sea necesario emplear violencia contra la persona del deudor. Al Igual como el *common law* crea la excepción a la reparación monetaria en el caso de bienes únicos por los problemas prácticos de cálculo de los daños por las Cortes, el sistema civil crea una excepción a la ejecución específica cuando los costos de ejecución parecen elevados. Circunstancias en las que es necesario emplear la violencia contra la persona del deudor tiene un costo social apreciable, no sólo por el sacrificio de valores sociales y/o morales que plantean el respeto a la integridad física y la libertad, sino porque en estos casos es poco probable que se pueda lograr una ejecución

71. Es decir, la diferencia entre su valorización y el precio que paga.

que satisfaga el interés del acreedor en la prestación. Basta sólo visualizar el ejemplo de la fuerza pública forzando al deudor a pintar un retrato.

Creo, sin embargo, que tales ventajas son más aparentes que reales. En primer lugar, según nuestra posición, la opción por el sistema del Derecho Civil se justifica porque éste busca que todo conflicto se arregle a través de un acuerdo entre las partes. Para ello, se crean incentivos dirigidos a reducir el número de veces en que sea necesario acudir a las Cortes. Corno hemos dicho, la regla de la ejecución específica plantea una certeza muy superior en cuanto a sus resultados a aquella que plantea el cálculo de daños. Ello porque a la Corte, para ordenar la ejecución, le basta constatar dos cosas: la existencia de una obligación y su incumplimiento. En cambio en el caso del cálculo de daños, las posibilidades de error (es decir, las posibilidades que se dé una indemnización subcompensatoria o sobrecompensatoria) es mayor. La Corte no sólo debe constatar la existencia de la obligación y su incumplimiento, sino la magnitud de los daños sufridos por el acreedor. Ello, como hemos visto, es algo sumamente complejo, dado el nivel de información con que cuentan las Cortes.

Si las partes pueden predecir con certeza cómo fallaran las Cortes en ciertos casos, prácticamente no habría juicios. Si «A» sabe que tiene 50% de éxito y «B» el otro 50%, es probable que no haya juicio y que trancen repartiéndose la materia controvertida en partes iguales. Por el contrario, si la información para las partes es imperfecta y ambas partes exageran sus posibilidades de éxito (es decir, que cada uno cree que tiene 80% de posibilidades de ganar[72] es probable que haya un juicio pues difícilmente podrán ponerse de acuerdo en cómo «repartir» la materia controvertida[73].

Cuando optamos por la regla de ejecución específica facilitamos la previsibilidad de las posibilidades de éxito en un proceso judicial. El acreedor y el deudor saben que, probada la existencia de la obligación y su incumplimiento, el acreedor tiene un 100% de posibilidades de ganar el

---

72. No es difícil imaginar esto, sobre todo cuando los abogados tendemos, muchas veces, a exagerar las posibilidades de éxito judicial de nuestros clientes porque de eso vivimos. Esto se agudiza por el hecho que las Cortes en un país como en el Perú se comportan irracionalmente en cuanto es difícil predecir cómo van a resolver. En este punto, debemos reconocer que el sistema del *common law*, al tener precedentes judiciales de observancia obligatoria, facilita la reducción de los costos de predictibilidad de las decisiones de las Cortes.

73. Sobre este tema se puede revisar ULEN y COOTER. *Law and Economics*, p. 485-487 (en cuanto la sobrevaloración de expectativas como consecuencia de la falta de claridad en la definición de los derechos que genera un mayor número de juicios).

juicio[74]. Este análisis no es tan claro en el caso del cálculo de daños, donde existe incertidumbre de cómo resolverá la Corte por la falta de información con la que ésta puede contar y porque se trata de una decisión más compleja. Esto incrementará el número de juicios.

De lo anterior se desprende que la ejecución específica, si bien puede ser más onerosa en un caso concreto para que la orden judicial sea cumplida, implica finalmente un ahorro porque generará menos juicios y con ello, menos costos de ejecución desde el punto de vista social.

Un segundo argumento en favor de la regla del *common law* en cuanto al costo de la ejecución, es que la decisión de qué mecanismo de ejecución se va a utilizar es puesto en las manos del acreedor que se encuentra en mejor posición para decidir. Existen incentivos para que, tomando en cuenta los costos concretos de la ejecución específica, el acreedor prefiera pedir una indemnización. Para ver qué le conviene, el acreedor debe comparar el riesgo de ser subcompensado por un error de cálculo de las Cortes con el costo de la ejecución específica de la obligación. Entonces, decidirá qué es lo que le conviene. Lo que sí es claro es que el acreedor, por la situación que ocupa y la información con la que cuenta, está en mejor actitud que las Cortes para decidir la conveniencia de una u otra medida. En primer lugar, él sabe cuánto valoriza el bien y cuáles son adecuados sustitutos al mismo. En segundo lugar, él conoce al deudor y cuál es el ánimo con el que probablemente reaccionaría ante una orden de ejecución específica. Así, puede evaluar los costos de ejecución de mejor manera y compararlos con el riesgo de una indemnización subcompensatoria.

En conclusión, creemos que, sin dejar de reconocer que en el caso concreto puede ser cierto que el pago de daños implica menores costos de ejecución, cuando se analiza la situación en su conjunto, darle la opción al acreedor parece la mejor manera de minimizar los costos sociales.

---

74. A veces otros factores influyen en la existencia de juicios. Si la demora de las Cortes en resolver es sustantiva y no existen mecanismos que compensen de manera efectiva la parte que tiene la razón (como el pago de intereses, daños o la indexación de la obligación) existe un incentivo para litigar y aprovechar el rendimiento de los recursos durante el tiempo que dure el juicio. Ello, obviamente, es una de las principales razones por las que existen litigios en el Perú. Sin embargo, para simplificar el ejemplo, vamos a asumir que efectivamente existen mecanismos para compensar la demora judicial, de manera que el incumplidor no se beneficie.

# ¿Hay algo imprevisible?

## La excesiva onerosidad y la impractibilidad comercial*

En la sección anterior vimos las consecuencias del incumplimiento. Y en principio los eventos que ocurran después de la celebración del contrato pero que afecten la posibilidad de cumplir las obligaciones contraídas no son excepciones a la obligatoriedad de los contratos. Es un principio universalmente aceptado el que los contratos son obligatorios entre las partes según los términos en ellos pactados. No es exagerado decir que si tal principio no estuviese consagrado en la Ley, el Derecho Contractual simplemente no existiría.

Pero también son universalmente aceptados distintos principios que permiten a las partes liberarse del cumplimiento del contrato o simplemente modificar los términos de ejecución del mismo cuando se presentan determinadas circunstancias. Una de tales circunstancias es lo impredecible; es decir, aquello que las partes no pudieron imaginar que iba a suceder, y que modifica la base fáctica o jurídica sobre la que se celebró el contrato. Ello explica una serie de instituciones que constituyen excusas al cumplimiento en los términos pactados tales como la frustración del fin del con-

---

* Esta sección se basa en el artículo «¿Hay algo imprevisible? La excesiva onerosidad y la impracticabilidad comercial», publicado en *Themis*, Revista de Derecho, N.º 25, 1993.

trato, la imposibilidad sobreviviente por caso fortuito o la fuerza mayor, la excesiva onerosidad de la prestación o la impracticabilidad comercial.

En todas las instituciones mencionadas existe un elemento común: un cambio en las circunstancias imprevisibles al momento de celebración del contrato determina que éste no deba cumplirse en los términos pactados. Esto se suma al hecho de que en el contenido normativo del contrato, es decir, en las distintas cláusulas pactadas, no se ha regulado quién asume el riesgo de tal contingencia que genera el problema.

El objeto de la presente sección es analizar el tema de la previsibilidad y sus efectos en el ámbito del Derecho de Contratos. Sin embargo, no buscamos comentar al detalle todos los supuestos reconocidos por los distintos ordenamientos jurídicos en los que un evento imprevisible sirve de excusa a la inejecución. Hemos decidido limitar nuestro análisis a dos instituciones recogidas en dos sistemas jurídicos distintos.

La primera de ellas es la doctrina de la impracticabilidad comercial, figura del derecho norteamericano, y que es considerada como una excusa de cumplimiento del contrato. Esta defensa está prevista en el artículo Segundo, Sección 615 del Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos. La norma excusa al deudor de cumplir con sus obligaciones «(...) si su ejecución de la manera pactada sería impracticable por la ocurrencia de una contingencia cuya no ocurrencia fue un presupuesto básico sobre el cual se celebró el contrato o por el cumplimiento de buena fe de cualquier regulación gubernamental extranjera o doméstica aplicable u orden se pruebe o no posteriormente que ésta fue invalidada»[1]. La contingencia debe ser imprevisible, el riesgo no debe haber sido asumido directa o indirectamente por la parte que solicita que se excuse su incumplimiento, la que tampoco debe haber causado el cambio de circunstancias.

La otra institución es la excesiva onerosidad de la prestación, común a los Códigos Civiles promulgados bajo el sistema románico-germánico y que se encuentra acogido en los artículos 1440[2] y siguientes de nuestro Código

---

1. Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos de América.

2. Artículo 1440.- En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

   Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

vigente. Según esta figura, si la ejecución de alguna de las prestaciones resulta siendo excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al Juez que la reduzca o que aumente la contraprestación a fin de que cese la excesiva onerosidad. Sin embargo, el Juez puede, de acuerdo a nuestro Código, ordenar la resolución del contrato si el reajuste no fuese posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si así solicitara el propio demandado.

Ambas instituciones tienen en común el hecho de que su aplicación depende de un acontecimiento imprevisible para las partes al momento en que celebraron el contrato. Dicho acontecimiento modifica el equilibrio económico original entre las prestaciones pactadas. Existe pues para ambos sistemas alguna razón que justifica que el deudor de una prestación libere de la obligación o cumpla en términos distintos a los pactados (sea porque se modifica la prestación o la contraprestación). El presente artículo pretende identificar cuál es esa razón, si es que ésta realmente existe.

## I. ¿EXISTE ALGO IMPREDECIBLE?

Como hemos podido ver, la idea implícita tanto en el caso de la impracticabilidad comercial como la excesiva onerosidad no se refiere a que la ejecución de las prestaciones se haya tornado físicamente o jurídicamente imposible, sino imprácticas dados los términos contractuales existentes. Nada impide que el contrato se ejecute según lo acordado, pero de ejecutarse así se estaría aceptando un desequilibrio evidente entre las prestaciones involucradas. Por ejemplo, la caída del valor de las acciones de una empresa a menos del 25% del valor que fueron adquiridas como consecuencia de un repentino e inesperado descenso de los precios internacionales de los bienes que dicha empresa producía antes de que se cumpla con transferir su propiedad, no impide que las acciones sean entregadas su comprador. Sin embargo, es evidente que existe un desequilibrio abrumador que afecta el fundamento fáctico de la ejecución del contrato según los términos en él acordados. El problema que ambas instituciones pretenden resolver es el que una contingencia no contemplada expresa o implícitamente en el contrato cambia el equilibrio de intereses originalmente acordado y establecido por las partes[3].

---

3. Cuando usamos la expresión «equilibrio de intereses originalmente acordado», no estamos diciendo que el valor de las prestaciones de ambas partes sean perfectamente equivalentes, sino que en el contrato original las partes se obligaron voluntariamente a intercambiar dichas prestaciones a los valores y de la manera que acordaron.

Sin embargo en ocasiones la diferencia entre lo imposible y lo excesivamente oneroso puede ser realmente sutil. En una ocasión fui designado árbitro en un caso donde ese tema se discutió. Un aluvión sepultó una Central Hidroeléctrica. Dicha Central tenía un contrato de suministro de electricidad con una fábrica a un precio bastante cómodo. Pero la destrucción de la Central no le permitía producir la electricidad necesaria para cumplir con su contrato. La Central planteo que existía imposibilidad sobreviviente, como consecuencia del evento, de cumplir su obligación. Sin embargo la electricidad en un sistema interconectado es un bien genérico. Uno puede adquirir de otros generadores la electricidad necesaria y cumplir con su contrato. El problema era que los precios eran tan altos que la Central hubiera incurrido en pérdidas cuantiosas, pues el precio pactado en su contrato era inferior, por un margen bastante alto, al precio de compra de electricidad en el sistema.

Aparentemente la Central dejó pasar el plazo de caducidad previsto en el artículo 1445 del Código Civil para la acción por excesiva onerosidad.[4] De hecho, esa podría haber sido una defensa adecuada. Antes del aluvión, que podía considerarse un evento imprevisible (aunque esto será analizado más adelante) su costo de cumplir era bajo. Tenía una central hidroeléctrica con lo cual su costo era virtualmente solo el costo el uso del agua que está cerca de cero. Pero al perder su capacidad de generación su costo para cumplir el contrato se elevaba a los niveles del precio de mercado, sustancialmente superior.

Pero su defensa se basó en la imposibilidad. Si bien parecía claro que el carácter de bien genérico de la electricidad no hacía la prestación imposible, sí surgió un debate en el caso interesante sobre la imposibilidad. Se discutió si, incluso en el supuesto que hubiera electricidad disponible, hacerla llegar a la fábrica implicaba usar una línea de transmisión que no resistiría la cantidad de energía que debía transmitir. En ese sentido la Central afirmaba que era imposible cumplir con el contrato porque la línea de transmisión colapsaría. La fábrica argumentó que seguía siendo un tema de excesiva onerosidad, porque la Central igual podría haber construido, a un costo enorme, una nueva línea de transmisión o mejorado la existente. Pero como el plazo estaba vencido ya no podía alegar excesiva onerosidad porque había caducado la posible acción.

Finalmente en el caso se determinó que la línea sí soportaba la energía. Pero surgió la duda de si uno podía considerar imposible cumplir por los

4. Artículo 1445.- La acción por excesiva onerosidad de la prestación caduca a los tres meses de producidos los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles a que se refiere el artículo 1440.

altísimos costos de construir una nueva línea. La diferencia entre lo excesivamente oneroso o lo imposible se torna sutil. ¿Se podía exigir a la Central que incurriera en los costos de construir una nueva línea? ¿O es que en realidad sí hubiera existido imposibilidad porque no se podía exigir tamaña inversión?

Efectivamente, en estricto, no era imposible construir la línea, pero el costo es absurdamente alto. De manera similar, cuando se hundió el Titanic, se hubiera podido decir que su entrega en el puerto de destino no era imposible, porque podría ser rescatado, restaurado, reflotado y entregado. El problema es que ello se podría hacer a un costo prohibitivo. Así, a veces llamamos imposibilidad a lo que nos resulta absurdamente costoso, aunque en estricto se parezca más a la excesiva onerosidad.

De manera similar, las diferencias con la frustración del fin de contrato son también sutiles. En otro caso arbitral en que tuve oportunidad de participar, una distribuidora de programación había comprado una telenovela a un proveedor con varios capítulos para ser transmitida en un canal de televisión claramente determinado en el contrato. El canal fue objeto de una intervención judicial que hizo perder el control de la administración a los que lo venían gerenciando, con lo que no podía pasarse la telenovela en el canal indicado en el contrato. La distribuidora alegó imposibilidad. Sin embargo, nada era imposible y las prestaciones podían cumplirse. La programación podía entregarse a la distribuidora y el precio podía pagarse. El problema era que ya no se podía destinar los programas al fin previsto en el contrato. Se había frustrado el fin por un evento supuestamente imprevisible.

En realidad la frustración del fin del contrato es una especie de excesiva onerosidad al revés. Mientras que en la excesiva onerosidad el costo de cumplir se hace muy alto, en la frustración del fin del contrato el beneficio del contrato se reduce o se pierde. Así, no es que una reevaluación de la moneda haga muy caro pagar el precio de los programas. Lo que ocurre es que recibida la programación, su valor para el acreedor de ella es muy bajo porque ya no lo puede destinar al fin que tenía previsto, dado que el canal específico a la que se la había vendido ya no la puede transmitir.

Algo similar pasó en los célebres casos de la coronación en Inglaterra. En ellos un grupo de personas habían alquilado balcones para ver el cortejo del día de la coronación. La coronación se suspendió y por tanto ya no había intereses en usar el balcón un día cualquiera. No era imposible entrar al balcón y mirar la calle. Pero nadie hubiera pagado la cifra que se pagó para ver pasar a los transeúntes un día cualquiera.

Un caso similar se presentó recientemente en el Perú con el Estadio Monumental del Club Universitario de Deportes. Cuando se iba a celebrar

la Copa América de Fútbol en nuestro país, dicho estadio estaba entre los que se iban a programar. Muchos de los dueños de los palcos los alquilaron a terceros para que pudieran ver la Copa. De pronto, por un problema en el campeonato local, el Presidente del Club amenazó con que no iba a ceder el Estadio. La reacción de los organizadores fue descartar su uso y trasladar la cede al Estadio Nacional. Los arrendatarios se encontraron de pronto con contratos totalmente inútiles y que no cumplían el fin por el que fueron celebrados.

Es, como dijimos, una excesiva onerosidad al revés, donde el desequilibrio no viene de que sea muy costoso cumplir, sino que el cumplimiento carece del valor que motivo a su acreedor pagar la contraprestación original. No es que suba el costo, lo que pasa es que se reduce el beneficio.

Más allá de estas distinciones, de hecho, ninguna obligación es comercialmente impracticable o excesivamente onerosa *per se*. Lo que es comercialmente impracticable o excesivamente oneroso es una obligación establecida dada la contraprestación contractualmente determinada.

Por otro lado, desde un punto de vista económico no hay nada imprevisible. Todo es previsible a un costo determinado. Cuando hablamos de la previsibilidad de evento nos referimos a los costos de información involucrados para obtener la información necesaria para prever la posibilidad de su ocurrencia. Por ejemplo, cuando dos partes negocian un contrato de transporte que implica atravesar el Canal de Suez, existen costos involucrados en establecer qué contingencias pueden afectar su ejecución. Si se sabe que existen continuos conflictos bélicos en la zona que pueden determinar el cierre del Canal, es probable que las partes incluyan una cláusula que determine qué sucedería si explotase un conflicto armado que obligara, para cumplir con el contrato, que el barco tenga que dar toda la vuelta al continente africano.

Pero si la zona fuese una absolutamente pacífica, en la que todos los países son buenos vecinos, el costo de prever las contingencias de una guerra se torna bastante más elevado, y menos probable que el contrato prevea cómo se distribuye dicho riesgo.

Para los economistas nada es imposible de prever. Algunos eventos son más caros de prever que otros y en ocasiones los costos son prohibitivos. Aquello que comúnmente es considerado previsible es un evento cuyo costo de previsión es tan alto que no resulta razonable considerarlo en el contrato, pues los costos de previsión superan los beneficios de dicha previsión. Así, por ejemplo, puede establecer en el contrato qué sucedería si Canal de Suez se cerrara como consecuencia de ataque extraterrestre, pero su costo de previsión bordea el infinito. Así hasta la fecha no se ha podido

establecer la existencia de vida extraterrestre inteligente, y menos aún se han establecido sus posibles intenciones respecto a los terrícolas y si bien se piensa en la invasión extraterrestre como un tema de ciencia ficción, lo mismo se pensó en su tiempo respecto de las obras de Julio VERNE. En dicha época llegar a la Luna era algo tan imprevisible como lo es el día de hoy la invasión de extraterrestres. Sin embargo, el hombre ya llegó a la luna hace más de 25 años. En consecuencia, si dicha circunstancia ocurriese probablemente diríamos que era imprevisible (o no previsible a un costo razonable).

Cuando uno comprende que lo que debe analizarse no es el carácter realmente imprevisible de algo, sino lo irracional de incurrir en los costos necesarios para preverlo, comienza a entender cuál debe ser la lógica que explica instituciones como la impracticabilidad comercial o la excesiva onerosidad.

## II. LA DISTRIBUCIÓN CONTRACTUAL DEL RIESGO DE LO IMPREVISIBLE A UN COSTO RAZONABLE

El verdadero problema es que aquella contingencia considerada imprevisible, cambia la estructura de costos de ejecución del contrato y en consecuencia la pregunta que debe responderse es quién debe soportar el riesgo de dicho cambio. Una de las funciones más importantes que tiene el contrato, como ya hemos visto antes, es determinar la distribución de los distintos riesgos que puedan afectar los intereses de las partes. Ello hace que los contratos de ejecución inmediata, en los que ambas prestaciones se ejecutan simultáneamente, impliquen menos complicaciones en su redacción. Por el contrario, los contratos en los que se difiere la ejecución de ambas o de alguna de las prestaciones involucran una dificultad mayor, principalmente porque deben contemplar la asignación de aquellos riesgos vinculados al cambio de circunstancias por el transcurso del tiempo (pérdida del bien, modificación del precio de mercado, aparición de nuevas oportunidades para las partes, etc.)

Utilicemos un ejemplo para graficar qué es lo que queremos demostrar: imaginemos que A compra una máquina de B. La máquina se encuentra en Vendedorlandia y la fábrica de A, donde la máquina debe ser destinada, queda en Compradorlandia. B asume claramente en el contrato la obligación de trasladar la máquina a Compradorlandia, pero el contrato no menciona en ninguna cláusula el medio de transporte a ser utilizado. El costo de producción de la máquina es de US$ 20,000 y el costo de transportarlo por camión es de US$ 3,000. El precio pactado (que incluye el transporte) es de US$ 25,000, por lo que B espera obtener utilidades por US$ 2,000. Así US$ 2,000 constituyen el beneficio total que B recibe del contrato.

Por otra parte, el valor de la máquina para A es de US$ 30,000, que es consecuencia de la evaluación que A ha hecho sobre el rendimiento productista de la misma y las utilidades que ésta le brindará. Como el precio pactado es de US$ 25,000, la utilidad total del contrato para A se eleva a US$ 5,000. El beneficio total del contrato para la sociedad es de US$ 7,000 (US$ 2,000 de beneficio para B y US$ 5,000 de beneficio para A). El contrato y su ejecución en los términos acordados según las circunstancias existentes al momento de su celebración son, como era de esperarse, social y económicamente eficientes. Ambas partes se benefician y nadie se perjudica.

Sin embargo, una inundación, evento realmente extraño en la zona, pues se trata de una región desértica, destruye la única carretera que unía Vendedorlandia con Compradorlandia. Como lógica consecuencia, es imposible transportar la maquinaria a su lugar de entrega en el momento pactado utilizando un camión, que es la forma como B tenía previsto cumplir su obligación. La única forma de cumplir el contrato es utilizando un avión. Pero si B utiliza un avión el costo de transporte se elevaría a US$ 8,000.

Como consecuencia de la inundación ocurrida, la estructura de costos de ejecución del contrato se ha visto alterada. El costo de producción de la máquina sigue siendo US$ 20,000 a los que B debe añadir los US$ 8,000 del transporte por avión, con lo que cumplir el contrato de acuerdo a sus términos le cuesta ahora US$ 28,000. Como el precio pactado es US$ 25,000, B sufrirá una pérdida de US$ 3,000 si es que decide cumplir lo acordado. Si esto hubiese sucedido en los Estados Unidos, B acudiría a una acción por impracticabilidad comercial solicitando que se le excuse de cumplir el contrato. Si por el contrario los hechos se hubiesen producido en el Perú, la acción sería una de excesiva onerosidad de la prestación y B hubiese solicitado probablemente que el Juez eleve el precio para cubrir el incremento imprevisible de los costos de transporte. En uno y otro caso deberá demostrarse que la inundación era un riesgo imprevisible no contemplado en el acuerdo.

Hay una diferencia en los efectos de la aplicación de ambas instituciones. En el caso de impracticabilidad comercial, B podrá liberarse de la obligación. En el caso de excesiva onerosidad, el Juez fijará un nuevo precio de por lo menos US$ 28,000. En este último caso A pudo haber solicitado, al contestar la demanda, que se deje sin efecto el contrato. Sin embargo, en ambos casos el resultado final será prácticamente el mismo. Si se deja sin efecto el contrato como consecuencia de la teoría de la impracticabilidad comercial, pero A valora el bien en US$ 30,000 le interesará igual que el contrato se ejecute pagando el nuevo precio que el juez establezca. Resuelto el contrato ofrecerá a B pagarle los US$ 28,000, pues aún recibiría un beneficio de 2,000. Así se celebrará un nuevo contrato con precio reajustado, con el que si bien gana menos, sigue ganando.

El punto principal en la aplicación de ambas doctrinas es el carácter imprevisible de la contingencia. Para entender esto imaginemos que es posible que exista un contrato perfecto. Llamamos contrato perfecto a aquel que prevé todas las posibles contingencias que pueden afectar su posterior ejecución. Así al contrato perfecto nada se le escapa, porque tiene todo previsto, sin importar los costos de previsión en los que ha incurrido. Será un contrato en el que el número de páginas bordee números astronómicos, quizás llegue al infinito. Pero se cubrirán supuestos tan dispersos como la muerte de las partes, la desaparición del bien por diversas circunstancias, la invasión de extraterrestres y quizás el propio fin del mundo.

Sin embargo, que un contrato sea perfecto no implica que el mismo contrato sea, en términos económicos, un contrato óptimo. El contrato perfecto será probablemente un contrato ineficiente. La razón es la existencia de costos de transacción. Para celebrar un contrato las partes tienen que incurrir estos costos que van desde adquirir toda la información necesaria, perder tiempo en la negociación del mismo o incluso contratar un abogado para redacte sus cláusulas. Todos podemos ver que los costos de transacción para elaborar un contrato perfecto son elevados. Se requiere adquirir cantidades inmensas de información que tienen costos elevados. Además se consumirá gran cantidad de tiempo negociando todas y cada una de las contingencias que puedan afectar la ejecución del trato. Finalmente, la cuenta del abogado que redacte un contrato de tales características no será poca cosa. Los costos de transacción de un contrato perfecto son de tal naturaleza que probablemente coincidiremos en que sus costos de transacción son infinitos. Así, un contrato que prevea absolutamente todas las circunstancias no existe en la realidad y es sólo un presupuesto de trabajo teórico. Sin duda, el contrato perfecto tiene costos muy superiores a los beneficios que éste podría generar.

De alguna manera, como ya dijimos, toda contingencia es previsible. Incluso el evento más inusual pensable puede ser previsto usando nuestra imaginación, si es que tenemos tiempo suficiente para dejarla recorrer el mundo de las posibilidades. El verdadero problema no es si la contingencia es algo que puede ocurrir, sino, si se justifica, en términos de costos de transacción, contemplar su posible ocurrencia en el contrato, y asignar los riesgos que de ella se deriven.

Regresemos a nuestro ejemplo de la maquinaria cuya entrega se ve afectada por una inundación. El hecho de que la inundación sea algo realmente inusual en la región (imaginemos que existió una inundación similar cerca de un siglo atrás) no hace que se trate de un evento absolutamente imprevisible. Sin embargo, su carácter inusual puede llevar a que dicha contingencia no sea previsible a un costo razonable para las partes. La posibilidad era tan remota

que no se hubiese justificado siquiera perder papel en preverla. Debemos considerar que el prever de la inundación implicaría prever todos los demás eventos que sean igualmente improbables de ocurrir en la misma zona (por no «haber ocurrido en los últimos cien años» como heladas, nevadas, terremotos, erupciones volcánicas, huracanes, tomados, no tormentas, guerras, etc.), los costos de tal esfuerzo no guardarían relación alguna con los beneficios. En el caso de la Central Hidroeléctrica antes citado, el aluvión que la destruyó, destruyó de paso un camino inca de 500 años de antigüedad, argumento usado en el caso para destacar su carácter imprevisible.

Así, las posibilidades de que ocurriera la inundación podrían ser demasiado bajas como para justificar el costo adicional de negociar una cláusula que asignara tal riesgo entre las partes del contrato. En consecuencia, el estándar de previsibilidad tiene necesariamente que estar vinculado con costos (racionales o irracionales) de contemplar en el contrato una contingencia determinada. Sólo así llegaremos a un contrato óptimo en términos económicos.

Pero la habilidad para prever una contingencia determinada no es necesariamente simétrica entre las partes. Cambiemos por un momento el presupuesto que hemos asumido hasta aquí respecto que la inundación era algo muy inusual. Imaginemos que Vendedorlandia y Compradorlandia están ubicadas en dos regiones de características geográficas y climatológicas distintas. Como consecuencia de ello las posibilidades de una inundación son distintas en ambas. Podemos asumir entonces que A puede obtener mejor información sobre las posibilidades de una inundación en Compradorlandia a menor costo, y que B puede obtener mejor información sobre las posibilidades de una inundación en Vendedorlandia a un menor costo.

En el caso de la Central Hidroeléctrica anteriormente citado, es posible que la Central esté en mejor posibilidad de prever el aluvión que el comprador de electricidad. La Central fue construida en una zona cuyas condiciones geográficas y riesgos de fenómenos naturales es mejor conocida por su propietario que por una fábrica que se encuentra a cientos de kilómetros de distancia. Si bien puede ser costoso de prever para ambos, es mucho más costoso para la fábrica que para la Central Hidroeléctrica.

Si el estándar de previsibilidad está racionalmente determinado, las partes tendrán incentivos para proveerse mutuamente con la información razonable sobre la futura ocurrencia de una inundación (o cualquier otro evento que pueda afectar la ejecución del contrato) y pueden negociar su incorporación al contrato. Ello podría significar que aquél que puede proveer a menor costo la información de un riesgo razonablemente previsible debe cargar con la obligación de suministrar a la otra parte de la información relevante durante el proceso de negociación a fin de llegar a una más

eficiente distribución de los riesgos contractuales. Así, aquella parte que enfrenta menores costos de información sobre un evento determinado puede minimizar los costos de transacción relacionados con dicho evento, principalmente los costos de adquirir información. Así ayudaría a conseguir un contrato óptimo, es decir, un contrato donde el costo de prever los riesgos en él contemplado sea inferior a los beneficios derivados de tal previsión. De esta manera, la regla de previsibilidad razonable creará incentivos para negociar e incorporar en el texto de un contrato el número óptimo de términos. Para cubrir un nivel óptimo de riesgos (aquellos riesgos cuya previsión contractual genere beneficios que superen sus costos). Si una contingencia se produce, y la Corte determina que una de las partes podría haber previsto el evento a un costo razonable, debería hacerla responsable del riesgo ocurrido. Así, si el riesgo produce un desequilibrio que perjudica a la parte que podía prever la contingencia a menor costo, no debe permitírsele liberarse de sus obligaciones tal como están pactadas (no podrá en su caso alegar ni la impracticabilidad comercial ni la excesiva onerosidad de la prestación). Por el contrario, si el desequilibrio perjudica a la otra parte, esta podrá alegar como defensa la impracticabilidad comercial o la excesiva onerosidad según corresponda. Esta posición implica que el *standard* de previsibilidad que se adopte debe contemplar el carácter asimétrico que pueda existir entre los costos que enfrenta cualquiera de las partes para adquirir la información relevante.

Sin embargo, este razonamiento no está exento de problemas. En la primera edición de este libro nuestra posición era claramente favorable a este razonamiento. Sin embargo creemos, al escribir esta segunda edición, que el mismo debe ser atemperado en sus conclusiones. Nótese que el problema es parecido a aquella regla según la cual la interpretación de un término contractual oscuro debe producir efectos en contra de quien lo redactó. Sin embargo en otra sección de este capítulo, al referirnos a la interpretación contractual, decimos que hay que tener cuidado con no convertir esa en una regla de responsabilidad objetiva. La oscuridad de un contrato puede ser deseable si los costos de transacción para esclarecer el punto son superiores a los beneficios generados por la claridad. De hecho, se sugiere en la referida sección que a veces las partes prefieren, consciente o inconscientemente, dejar el trabajo de clarificación al intérprete posterior porque se asume que los costos de interpretación posterior son menores a los costos de transacción anteriores a la celebración para aclarar el contrato.

Por ello, la regla no puede atribuir una responsabilidad objetiva del estipulante, sino subjetiva. Si la regla fuera objetiva, se forzaría a negociaciones más largas y complejas, que posiblemente no se justifican, solo por el temor a asumir las consecuencias.

Es interesante la relación que se puede establecer entre imprevisión y algunos supuestos de interpretación. En el fondo la interpretación ocurre porque las partes no previeron con claridad un hecho o evento. De hecho, muchos casos de imprevisión pueden ser analizados como interpretación, cuando se dice, por ejemplo que el contratista en una obra actuará como un contratista experimentado, y se discute al interpretar el términos «contratista experimentado» si estaba en posibilidad de prever el evento ocurrido. Y es que la interpretación juega también en el campo de lo no previsto, solo que es en el campo de lo no previsto claramente.

Con la teoría de la imprevisión ocurre algo parecido a lo que ocurre con la interpretación. Al igual como se asume que la capacidad de descubrir cómo redactar más claramente el contrato es asimétrica, también es asimétrica la posibilidad de prever contingencias. Si ello es así, hacer responsable siempre a la parte que pudo prever al menor costo (responsabilidad objetiva) puede llevar a que se negocie en exceso el contrato, alejándolo del contrato óptimo. Por eso la regla no debería implicar una responsabilidad objetiva, sino debería regirse por la culpa, es decir, que no puede invocarse imprevisión si alguna de las partes hubiera podido razonablemente prever el evento, según las circunstancias. En todo caso, ante una situación de asimetría en la capacidad de previsión, debería presumirse que la parte que estaba en mejor posición para prever debió informar a la otra parte, pero permitiéndole probar que no era razonable prever el evento en el contrato por lo remota que era su posible ocurrencia.

En ese sentido la asimetría servirá para trasladar la carga de la prueba de lo imprevisible, pero se le permitirá al imputado liberarse de responsabilidad si prueba que no era razonable prever el evento en el contrato.

Regresando al ejemplo de la Central Hidroeléctrica, hemos señalado que el propietario de la Central está en mejor posibilidad para prever un posible aluvión en la zona. Por ello se le traslada la carga de la prueba de la previsibilidad. Si la Central acredita que efectivamente era un evento de ocurrencia tan improbable, que no se justificaba razonablemente, bajo la regla de culpa, su inclusión en el contrato, entonces se darán los efectos de la imprevisión (sea esta imposibilidad o excesiva onerosidad o frustración del fin, según las consecuencias). Pero si no supera la carga de la prueba, quedará sujeta a las responsabilidades propias del incumplimiento del contrato.

Lo mismo ocurriría en el ejemplo de la maquinaria y la inundación. Si el evento era más previsible para los habitantes de Vendedorlandia, entonces el vendedor soportará la carga de la prueba de la imprevisibilidad. En ese caso, de no superar la carga de la prueba, será responsable y deberá sujetarse a las consecuencias de la responsabilidad por incumplimiento, o cumplir el contrato en los términos pactados. Si superara la carga de la

prueba en una demanda por excesiva onerosidad, entonces podrá solicitar el ajuste de las prestaciones, y si su demanda fuera de imposibilidad quedará liberado de la obligación.

Por el contrario, en el caso del comprador, si el evento fuera más fácil de prever para los habitantes de Compradorlandía, el incentivo será que si guarda silencio, quedará sujeto a la decisión del juez de ajuste de la prestación pactada. En ese caso, si el evento es realmente imprevisible, la consecuencia será la aplicación de la regla de excesiva onerosidad. Pero si era más previsible por el comprador, entonces también debería aplicarse la misma regla permitiendo el ajuste de las prestaciones.

## III. LOS COSTOS DE PREVISIÓN DEL RIESGO VS. LOS COSTOS DE EVITAR EL RIESGO

Es importante, para evitar confusiones, distinguir la capacidad de las partes para prever un riesgo y capacidad para evadir o neutralizar sus efectos. Ambas capacidades no reposan necesariamente en una sola de ellas.

Que una de las partes enfrente menores costos para obtener la información relevante a un posible evento que puede afectar la ejecución del contrato no implica que ella pueda tomar a menor costo las medidas necesarias para evitar que la contingencia afecte en los hechos la ejecución del contrato. Regresando a nuestro ejemplo, imaginemos que las inundaciones son muy extrañas en Vendedorlandia, pero relativamente comunes en Compradorlandia. Así, resulta que puede suministrar en el proceso de negociación la información relevante a un costo razonable sobre una posible inundación en la región en la que se encuentra su fábrica, lugar donde la máquina debe ser entregada, medido ello bajo un estándar de culpa. Pero imaginemos a la vez que B puede tomar mejores previsiones contra la posibilidad de que el riesgo ocurra porque es propietario de un avión que permitiría salvar la contingencia si ésta se presentara. Así, si B recibiera información suficiente sobre la posibilidad de una inundación que le impidiera entregar la máquina por la vía terrestre, aceptaría asumir el riesgo de la inundación a cambio de un incremento en el precio del contrato. En consecuencia, se incluiría una cláusula que establezca precios distintos en caso de una inundación o que establezca un precio más elevado que justifique la asunción del riesgo por parte de B. Pero repetimos que para que ello sea posible es necesario que A provea de la información necesaria a B. A tendrá esos incentivos porque sabrá que si no dice nada, quedará sujeto a la regla de la excesiva onerosidad y lo que se discutirá será un ajuste de las prestaciones por el juez. Sin duda él preferiría que la contingencia sea manejada en la negociación y así evitar la incertidumbre anotada.

En conclusión el primer análisis a aplicarse en el caso que una contingencia modifique la base contractual de manera que se genere un desequilibrio entre las prestaciones pactadas se relaciona con la previsibilidad a un costo razonable de la contingencia por alguna de las partes, lo que permitirá una correcta asignación del riesgo a aquella que puede tomar las mejores precauciones de haber previsto el evento al negociar el contrato. Ello además implicará que podrá descargar su responsabilidad si acredita que no era razonable incluir el tema en el contrato dado lo remoto de su ocurrencia. Si hecho el análisis pertinente, se llega la conclusión que aquella parte que debió prever la información relevante a un menor costo omitió hacerlo, entonces esta parte deberá asumir los costos generados por dicha contingencia si no supera la carga de probar que no llevarlo a la mesa de negociaciones era razonable. Así se crearán los incentivos necesarios para que las partes provean la información adecuada a fin de llegar a un contrato que contenga un número óptimo de cláusulas contractuales.

## IV. ¿Y QUÉ SUCEDE CON LO REALMENTE IMPREVISIBLE A UN COSTO RAZONABLE?

Si una contingencia es imprevisible a un costo razonable para ambas partes no existe posibilidad de que una regla cree los incentivos para asignar tales riesgos en el contrato, salvo que tengamos una bola de cristal para ver el futuro (lo que por la definición haría previsible el evento). Es más, al sistema jurídico no le interesa qua las partes entren a prever aquellos eventos cuyo costo de previsión supere el beneficio de previsión. Ello forzaría a elevar los costos de negociación de los contratos por encima de un nivel óptimo ¿Qué sentido tiene entonces la existencia de la teoría de la impracticabilidad comercial o de la excesiva onerosidad de la prestación en estos casos? Sería irracional que las Cortes traten de crear incentivos para invertir recursos en prever una contingencia cuya previsibilidad es, en sí misma, irracional. Las partes no asumen dicho riesgo, y desde el punto de vista de lograr el objetivo de la eficiencia, las partes no deberían asumirlo, por lo que no pueden ser inducidas a asumirlo en el futuro.

Tampoco debemos olvidar que la aplicación de cualquiera de las dos teorías mencionadas beneficia a una de las partes y perjudica a la otra. Aquella que se ve beneficiada con la diferencia de valor entre las prestaciones, se perjudica cuando el contrato es dejado sin efecto o sus prestaciones son reajustadas por la Corte. Y debemos tener en cuenta que este perjuicio no le es atribuible a él, porque es precisamente consecuencia de un evento imprevisible a un costo razonable para ambas partes y por tanto que le es ajeno.

Bajo esta perspectiva se podría quizás decir que tanto la impracticabilidad comercial como la excesiva onerosidad sólo pueden perseguir objetivos redistributivos, pues nada tienen que hacer con una mayor o menor eficiencia. Esto significaría que sólo implica querer beneficiar a una parte frente a la otra. Sin embargo, esta es una visión parcial y a nuestro entender equivocada.

Una función importante sería preservar el valor creado por el contrato en el caso que éste deba seguir existiendo, y no permitir la ejecución del contrato cuando éste genere más costos que beneficios. Regresemos a nuestro ejemplo para graficar esto.

Asumamos nuevamente que la inundación que impide la entrega de la maquinaria utilizando la vía terrestre es realmente imprevisible para ambas partes a un costo razonable. Así no hay posibilidad de crear incentivos para que en el futuro se prevea contractualmente lo que no es eficiente prever, pero podrían presentarse dos circunstancias diferentes: si el precio pactado era US$ 25,000 y ahora le cuesta a B US$ 28,000 cumplir el contrato[5], quiere decir que podría sufrir una pérdida de US$ 3,000. Pero sabemos que A valoriza la máquina en US$ 30,000, con lo que sigue existiendo un beneficio para él de US$ 5,000[6]. En consecuencia, sigue existiendo un beneficio social de US$ 2,000 si es que el contrato se cumple[7]. Desde esta perspectiva es eficiente que el contrato se cumpla a pesar de la existencia de un evento imprevisible a un costo razonable como la inundación.

Pero la ejecución del contrato no es necesariamente un resultado eficiente. Cambiemos en algo los supuestos del ejemplo para apreciar por qué. Imaginemos que A valoriza la máquina no en los US$ 30,000 indicados, sino en sólo US$ 27,000. Esta valorización sigue justificando que haya aceptado un precio de US$ 25,000 que le garantizaba un beneficio de US$ 2,000[8]. Pero resulta que ahora a B le cuesta US$ 28,000 cumplir el contrato a una pérdida de US$ 3,000[9]. El cumplimiento del contrato, en lugar de producir un beneficio, produce una pérdida social de US$ 1,000[10].

---

5. US$ 20,000 del costo de producción más US$ 8,000 del costo de utilizar el avión.
6. Los US$ 30,000 de su valoración menos los US$ 25,000 del precio pactado.
7. Que son consecuencia de restar de los US$ 5,000 de beneficios de A los US$ 3,000 de pérdida de B, o los US$ 30,000 de valorización de la máquina en manos de A menos los US$ 28,000 que le cuesta a B cumplir con el contrato.
8. Es decir los US$ 27,000 de su valorización menos los US$ 25,000 del precio que debe pagar.
9. Es decir los US$ 28,000 que le cuesta cumplir menos los US$ 25,000 del precio que va a recibir.
10. Esto es consecuencia que se deben gastar US$ 28,000 para poner la máquina en manos de alguien que sólo la valoriza en US$ 27,000.

El problema es que es difícil para la Corte contar con la información para decidir y ordenar el cumplimiento del contrato cuando es eficiente y excusar de su cumplimiento cuando es ineficiente. Para ello debería contar con información respecto al valor subjetivo que A le asigna a la máquina por un lado, y la nueva estructura de costos en que B debe incurrir para cumplirlo por el otro. Una regla adecuada es aquella que induzca a las partes a ejecutar el contrato cuando éste es aún eficiente a pesar del cambio en la estructura de costos, y que a su vez induzca a la no ejecución del contrato cuando el cambio de circunstancias llevó a un resultado ineficiente. En otras palabras, el mejor mecanismo es aquel que incentiva a las partes a ajustar el contrato a términos más realistas dado el cambio de circunstancias. Si la regla ya descrita de previsibilidad a costos razonables es correctamente aplicada, existirán los incentivos para llegar a un contrato óptimo en términos de costos y beneficios de previsibilidad, es decir, uno que prevea lo que es razonable prever y que no prevea lo que es irrazonable prever.

Veamos cuáles serían las consecuencias de aplicar la teoría de la impracticabilidad comercial tal como está recogida en el Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos. Si la inundación era realmente un evento imprevisible a un costo razonable, B podría utilizar esta doctrina como una excusa para no cumplir el contrato. Si A valoriza la máquina en US$ 30,000 y el nuevo costo como consecuencia de la inundación es de US$ 28,000, la entrega de la máquina estará asignando este recurso a un uso más valioso, estando incluso A dispuesto a pagar un precio que refleje el nuevo costo (US$ 28,000)[11]. En un mundo en el que no existan costos de transacción (o donde estos no son significativos) nada impedirá que A y B lleguen a un nuevo acuerdo. Así A ofrecería a B pagarle US$ 28,000 (o quizás algo más) a condición de que éste no utilice la impracticabilidad comercial como una excusa para incumplir. Se modificaría el precio del contrato de US$ 25.000 a US$ 28,000, y llegaríamos a un resultado eficiente.

Si por el contrario A sólo valoriza la máquina en US$ 27,000 lo mejor sería que el contrato quede sin efecto pues sus costos superan sus beneficios. Bajo estas circunstancias y a pesar que no hemos asumido la existencia de costos de transacción, no habrá posibilidad de que se llegue a un nuevo acuerdo. Sería irracional que A ofrezca por la máquina un precio superior a su valorización de la misma. Por otra parte, sería igualmente absurdo que B acepte para no oponer la defensa de la impracticabilidad comercial menos

11. Este hecho cambiaría si, por ejemplo, otro ofertante del mismo tipo de maquinaria no afectado por la inundación puede suministrar el bien a un precio de US$ 26,000. Entonces, A preferiría dejar sin efecto el contrato y comprar la máquina por el nuevo precio ofrecido.

de US$ 28,000, que es el nuevo costo de ejecutar el contrato dado el cambio de circunstancias. Siendo que A jamás pagaría más de US$ 27,000 Y B jamás recibiría menos de US$ 28,000, un nuevo acuerdo es imposible de alcanzar.

¿Qué sucedería si en circunstancias similares aplicamos la teoría de la excesiva onerosidad de la prestación? Si la valorización de la máquina para A es de US$ 30,000, B podrá demandar el reajuste del precio a fin de que refleje el cambio de circunstancias (es decir, el costo de US$ 28,000). Como A sabe que dicho reajuste determinará un precio menor a su valorización tiene dos opciones: o espera el resultado final del juicio y pagar finalmente el precio fijado por los tribunales o simplemente se acercará a B y le dirá que se desista de su demanda, acordando un nuevo precio (no menor a US$ 28,000) y ahorrándose ambos los costos del juicio. Nuevamente se llega a una solución adecuada. Si por el contrario la valorización de A es de sólo US$ 27,000 invocará lo que dispone el segundo párrafo del artículo 1440[12] y pedirá la resolución del contrato. Ello porque no estará dispuesto a esperar un reajuste del precio de US$ 28,000 cuando sólo va a recibir una máquina que valoriza en US$ 27,000. Nuevamente se llega a una solución eficiente. Esta situación explica la sabiduría del segundo párrafo del artículo 1440 al permitir a la otra parte solicitar la resolución del contrato. Por este mecanismo se evita que el contrato se ejecute con las prestaciones reajustadas cuando ello puede resultar ineficiente en términos sociales.

Como hemos visto en los cuatro casos analizados[13], siempre se llega a una solución eficiente. Esto porque hemos asumido que no existen costos de transacción. En aplicación del Teorema de COASE, cuando los costos de

---

12. Artículo 1440.- En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

    Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

13. Es decir:

    a) Cuando A valoriza la máquina en más del precio reajustado, aplicando la doctrina de la impracticabilidad comercial.

    b) Cuando A valoriza la máquina en menos del precio reajustado, aplicando la doctrina de la impracticabilidad comercial.

    c) Cuando A valoriza la máquina en más del precio reajustado, aplicando la doctrina de la excesiva onerosidad de la prestación.

    d) Cuando A valoriza la máquina en menos del precio reajustado, aplicando la doctrina de la excesiva onerosidad de la prestación.

transacción no son significativos no importa cuál es la regla legal que se adopte, pues siempre el mercado, a través de las transacciones que en él se producen, llegará a la solución más eficiente en términos sociales. Así, como asumimos que los costos de transacción son reducidos cualquier regla es eficiente porque las partes, a través de la negociación y facultad para modificar el contrato llegarán a una solución más eficiente.

Debemos considerar, sin embargo, que el análisis de los cuatro casos mencionados contenía otro presupuesto implícito. Este es que las Cortes están en capacidad de reajustar el precio de manera tal que refleje perfectamente el cambio en la estructura de costos, lo que de hecho es otro supuesto de costos de transacción bajos. Así las Cortes podrían establecer a la perfección que el nuevo precio es igual a US$ 28,000. Ello no es necesariamente cierto. El cálculo del nuevo costo de ejecución del contrato no es algo sencillo, menos aún para un ente no especializado en cálculo de costos de producción como un Tribunal. Así, si existe incertidumbre sobre cómo efectuará el cálculo la Corte, será más difícil que las partes lleguen a un acuerdo, o dicho en otros términos, surgirán nuevos costos de transacción. Si A piensa que la Corte subvaluará el nuevo precio o si B piensa que lo sobrevaluará, pueden surgir incentivos para no celebrar una nueva transacción que resuelva el problema.

Si tomamos en cuenta que es posible que la Corte se equivoque por no contar con información suficiente, lo ideal es un sistema que minimice su intervención, no permitiéndole tener las facultades para reajustar el precio. Dado este supuesto, la doctrina de la impracticabilidad comercial es más eficiente. Ello porque al dar el derecho a B para eximirse de cumplir el contrato, obliga a las partes a renegociar sobre si el contrato debe o no ejecutarse con un reajuste de precio sin que puedan especular y desarrollar conductas estratégicas sobre la posibilidad de una subvaluación o sobrevaloración por parte de la Corte. En otras palabras el reajuste de la contraprestación será llevado a cabo con más precisión por la negociación entre las partes y no de una decisión de los integrantes de la Corte que finalmente son ajenos a la relación contractual. Es de esperar que las partes gocen de información mucho más completa que las Cortes sobre los costos de ejecución contractual, con lo que la posibilidad de error se reduce, contribuyéndose así al objetivo de alcanzar la solución más eficiente.

La situación es análoga a si dos personas, que piensan celebrar una compraventa por un bien, tienen que decidir si fijan el precio en una negociación entre ellas o dejan la determinación del precio a un juez en el futuro. Muchos menos contratos se celebrarían si la Ley obligara a las partes a que sea un juez el que fije el precio. De una manera parecida pero restringida, ese es el efecto que tiene la excesiva onerosidad, pues le dice a las partes

que de ocurrir un evento imprevisible, habrá un nuevo precio fijado por un juez. Ello hace más difícil que haya acuerdo. Por el contrario, la regla de la impracticabilidad comercial deja sin efecto al contrato y deja el terreno llano para que las partes negocien y celebren un acuerdo.

## V. ¿Y QUÉ PASA SI LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN SON SIGNIFICATIVOS?

Si los costos de transacción fuesen demasiado altos como para permitir que A y B renegocien el precio del contrato luego de surgido el evento, deja de ser cierto que es indiferente cuál es la regla legal que se adopte. Veamos qué sucede en los mismos cuatro casos comentados cuando los costos de transacción son lo suficientemente elevados como para no permitir una renegociación del precio entre las partes luego que las circunstancias se han modificado por un evento imprevisible.

Dentro de la doctrina de la impracticabilidad comercial, si A valoriza la máquina en US$ 30,000, y se produce la inundación que eleva el costo de ejecución del contrato por encima del precio (es decir, por encima de US$ 25,000, en nuestro ejemplo US$ 28,000) B se excusará de cumplir alegando el cambio impredecible de las circunstancias. Como los costos de transacción son elevados no habrá la posibilidad de una renegociación y en consecuencia la máquina nunca será entregada a A, a pesar de que por su valorización de la misma se estaría asignando a un uso más valioso. Llegamos, pues, a un resultado ineficiente.

Dentro de la misma doctrina de la impracticabilidad comercial, si A valoriza la máquina en US$ 27,000 y se produce la inundación que eleva el costo de ejecución a US$ 28,000, B se negará a cumplir alegando el cambio de circunstancias. Ese resultado es compatible con el objetivo de la eficiencia, pues no se entregará la máquina a un uso valorizado sólo en US$ 27,000 a un costo de US$ 28,000, con una pérdida social de US$ 1,000. Es indiferente en este caso que los costos de transacción sean elevados, pues sin necesidad de acudir a una nueva transacción llegamos al resultado adecuado. Así, ocasionalmente, dada la valorización que A tiene de la máquina, tenemos la suerte que la regla nos conduzca a un resultado deseable.

Podemos apreciar que en el caso de la regla de la impracticabilidad comercial ésta no siempre garantiza un resultado eficiente.

Si analizamos la regla de la excesiva onerosidad de la prestación contenida en nuestro Código veremos que las cosas son diferentes. Si A valoriza la máquina en US$ 30,000 y se produce la elevación del costo de ejecución a US$ 28,000 como consecuencia de la inundación, B pedirá el reajuste del precio a dicha cantidad. Si asumimos por un momento que la Corte está

en capacidad de realizar tal reajuste de manera precisa y adecuada A no pedirá la resolución del contrato, pues a pesar de que tiene que pagar US$ 3,000 por encima del precio acordado, todavía obtendrá beneficios por US$ 2,000. Llegamos así a un resultado eficiente a pesar de la existencia de costos de transacción que impiden una renegociación del contrato.

Cambiando el supuesto de la valorización de A, de manera que sea US$ 27,000 vemos que la regla de la excesiva onerosidad nos vuelve a conducir a un resultado eficiente. B pedirá el reajuste del precio a US$ 28.000. Como A sabe que esa cantidad ésta por encima de la valorización que él ha hecho del bien (es decir, por encima de US$ 27,000) solicitará que el contrato se resuelva. Como consecuencia de la resolución, el contrato no se ejecutará, evitándose incurrir en una pérdida social de US$ 1.000[14].

Como hemos visto la regla de excesiva onerosidad de la prestación si nos conduce siempre a un resultado eficiente. Sin embargo, esta conclusión está sujeta a que la Corte haga un cálculo adecuado de nuevo costo de ejecución de las prestaciones para que éste se refleje en el precio, lo que como hemos mencionado no parece un supuesto realista.

La explicación de este resultado es sencilla. Cuando no hay costos de transacción la mejor regla es la que limita la intervención de las Cortes, pues evitando los errores de éstas en la valorización del nuevo precio se evita cualquier distorsión, por un lado, y se deja el camino abierto para que el mercado, a través de la renegociación del contrato, nos conduzca a un resultado eficiente.

Por el contrario, cuando los costos de transacción son significativos, y podemos confiar en las Cortes para efectuar un reajuste del precio adecuado, no debemos confiar en el mercado, permitiendo que las Cortes simulen el resultado al que dicho mercado nos llevaría de no existir costos de transacción. Así, en nuestro ejemplo, A solicitará la resolución del contrato cuando considere que los costos para él, como consecuencia del reajuste del precio, son superiores a los beneficios, y no lo hará cuando el contrato le siga brindado beneficios a pesar de la modificación del precio.

## VI. ¿POR QUÉ REGLA OPTAR?

Hemos concluido en el punto anterior que cuando los costos de transacción son reducidos es preferible adoptar una norma como la que propone la doctrina de la impracticabilidad comercial. Ello porque concediendo

14. Es decir, transferir el bien a un uso valorizado en US$ 27,000 a un costo de US$ 28,000.

la facultad a la parte perjudicada por el cambio impredecible de circunstancias de excusarse de cumplir su prestación, se crea incentivos para renegociar el precio. A través de la renegociación, las partes llegarán a un resultado eficiente, evitando, a la vez, los posibles errores que la Corte pueda cometer al reajustar el precio. Por el contrario, la posibilidad de error en los tribunales, implícita en la teoría de la excesiva onerosidad, crearía incertidumbre y la incertidumbre crearía falsas expectativas que harían, a su vez, más difícil un nuevo acuerdo entre las partes.

De otra parte, cuando los costos de transacción son elevados, no se puede confiar en los mecanismos de mercado para solucionar el problema. Dado este supuesto la intervención de la Corte para reajustar el precio y la facultad de la parte que no solicita el reajuste para pedir que se resuelva el contrato pueden conducirnos a un resultado adecuado. Esto siempre y cuando no existan errores significativos en la decisión judicial que nos lleven a una solución ineficiente.

En resumen, cuando se pueda confiar más en el mercado que en la capacidad de las Cortes para reajustar el precio, es preferible una regla como la del *common law*. Por el contrario, cuando podamos confiar más en la capacidad de las Cortes para reajustar el precio que en el mercado, como consecuencia de los costos de transacción, la regla de la excesiva onerosidad parece la opción más recomendable. Ante esta disyuntiva: ¿qué regla debemos elegir?

En nuestra opinión la regla más adecuada para este tipo de problemas es la del *common law.* Ello porque normalmente, dadas las circunstancias que rodean los casos mencionados, no existen razones fundadas para pensar que los costos de transacción son elevados. No olvidemos que las partes ya han celebrado previamente un contrato: aquel al que las circunstancias imprevisibles han tomado en comercialmente impracticable o en excesivamente oneroso. Ello porque las partes ya se conocen y tiene información sobre quiénes son y sobre las prestaciones involucradas. Como vimos, uno de los componentes más importantes de los costos de transacción son los costos de información que en el caso bajo comentario son relativamente bajos si consideramos que las partes ya se conocen y negociaron previamente un contrato que llegaron a perfeccionar.

Por el contrario no existen razones fundadas para pensar que las Cortes pueden ser órganos lo suficientemente preparados para llevar a cabo reajustes de precio exactos según el cambio de la estructura de costos del contrato. La dificultad de calcular los costos de ejecución de un contrato (que involucra elementos difíciles de calcular como por ejemplo los costos marginales de producción) hace que desconfiemos de las Cortes para cumplir dicho fin. Imaginemos sino el caso de una devaluación traumática e

impredecible de la moneda acompañada de una aguda recesión del mercado inmobiliario. Puede darse el caso de que la caída del valor de la moneda vaya acompañada de una caída del valor los inmuebles que haga difícil calcular cuál es el valor real de las prestaciones involucradas. Además la Corte tendría que hacer cálculos similares a los que tenían que hacerse en oficinas de controles de precios, calculando costos marginales y razonabilidad de márgenes de utilidad para recuperar inversiones. Ello no es nada fácil en general y es mucho más difícil para una Corte en particular.

Dentro de esta perspectiva —la confianza en los costos de transacción para la renegociación suelen ser reducidos mientras que la posibilidad de error judicial en el reajuste del precio es elevada— nos inclinamos por aquella regla que incentiva a los mecanismos de mercado entren en acción limita la intervención de los tribunales al mínimo indispensable.

Hemos tratado de desmitificar la idea de que lo imprevisible justifica en sí mismo la modificación de los términos de un contrato. Instituciones como la impracticabilidad comercial, la excesiva onerosidad u otras que se apoyan en el carácter impredecible de un evento para permitir que un contrato no se ejecute según los términos en él pactados, persiguen funciones económicas y sociales perfectamente identificables. No es pues que lo impredecible esté rodeado de un aura mágica que se convierte en una justificación en sí misma para no cumplir o para modificar un contrato. Todo en el Derecho debe tener una explicación y lo que hemos buscado es la explicación en este caso.

Sin duda instituciones como la impracticabilidad comercial o la excesiva onerosidad pueden crear incentivos para una correcta asignación de riesgos contractuales entre las partes. Así un estándar de previsibilidad razonable llevará a que partes se informen mutuamente sobre las contingencias que pueden afectar la ejecución posterior del contrato y que sea razonable prever. Esto es especialmente importante cuando la capacidad de previsión entre las partes es asimétrica.

Pero incluso en aquellos supuestos en que ninguna de las dos partes puede prever una contingencia a un costo razonable, estas instituciones deben cumplir el rol de permitir, luego de ocurrida la contingencia, que los beneficios del contrato se conserven si éste sigue siendo eficiente o que simplemente éste no se ejecuta si sus efectos serían económicamente inadecuados.

Se busca, pues, conseguir contratos óptimos en cuanto al nivel de previsión de futuras contingencias, así como mecanismos que garanticen la ejecución de aquellos contratos que sigan siendo eficientes a pesar de las contingencias ocurridas. No todo desequilibrio justifica privar de efectos al contrato.

Como hemos podido ver, los problemas mencionados nos conducen a una discusión que en los últimos tiempos ha tomado especial relevancia ¿Debemos confiar en el mercado como el mejor mecanismo para resolver todos los problemas? ¿O es que acaso debemos confiar más en el Estado (en el presente caso en las Cortes) para conducirnos a la solución más adecuada? En general, en lo que concierne a los intereses de las partes, son éstas las que están en mejor aptitud para saber qué les conviene y qué no les conviene. No olvidemos que las Cortes son siempre terceros extraños a la relación contractual. Así no dudáramos de la probidad de los jueces y de su capacidad profesional, no podemos dudar que están en una posición inferior respecto de las partes para establecer qué es lo más conveniente. Ello no necesariamente es una crítica al Poder Judicial, sino una constatación respecto a los problemas que tiene éste para obtener la información relevante para las decisiones que debe tomar.

Esto nos sirve como excusa para plantear (y confirmar) una hipótesis aplicable no sólo al supuesto analizado, sino en general, a todas las instituciones jurídicas vinculadas a la autonomía privada. En aquellos supuestos donde los costos de transacción son reducidos, son las partes las que deben resolver los problemas que se susciten y la mejor regla legal será aquella que minimice la participación de los tribunales a lo indispensable, pues los errores judiciales pueden conducir a un incremento de los costos de transacción.

# La parábola del mal samaritano.

## La lesión en el Derecho de Contratos*

Un hombre descendía de Jerusalén a Jericó y cayó en manos de unos ladrones los cuales le despojaron de sus pertenencias, lo hirieron y se fueron dejándolo medio muerto. Un sacerdote que bajaba por aquel camino lo vio y pasó de largo. Lo mismo hizo un levita que al verlo también siguió su camino. Un samaritano, que venía por el mismo camino se detuvo y se acercó a preguntarle qué había pasado. El herido contó lo ocurrido y el samaritano se ofreció a ayudarlo a cambio de que le pagara 100 denarios. El herido, temeroso de que nadie más pasara por el camino o que quienes pasaran se negaran a ayudarlo, aceptó. El samaritano lo subió a su asno y lo condujo hasta un mesón donde curó sus heridas, lo vistió y cuidó de él.

Al día siguiente, una vez que el herido se había recuperado y había entrado en contacto con sus sirvientes, quienes le trajeron dinero y vestido, el samaritano le reclamó su recompensa. La víctima de los ladrones se negó a pagarle. Si bien reconocía que había hecho una promesa dijo que la misma había sido obtenida aprovechándose de su estado de necesidad apremiante y que por tanto si se le demandaba ante los tribunales el pago del monto

---

* Esta sección se basa en el artículo titulado «La parábola del mal samaritano. Apuntes sobre la lesión en el Derecho de contratos», publicado en *Themis*, Revista de Derecho, Nº 43, 2001.

acordado por el rescate, iba a alegar lesión y de acuerdo al artículo 1447 del Código civil él podía rescindir el acuerdo.

Efectivamente, el samaritano demanda reclamando el rescate. El juez, sin embargo, acoge la defensa del rescatado y niega el pago de la compensación acordada aplicando la figura de la lesión.

Al poco tiempo el mismo samaritano pasa por el mismo camino y encuentra nuevamente a la misma persona que una vez más había sido asaltada por ladrones y dejada medio muerta en el camino. Se acerca al herido quien le pide que le ayude y le ofrece pagarle los cien denarios del rescate anterior más cien denarios adicionales. El samaritano le contesta que no pensaba perder su tiempo. Él sabía que una vez el herido se recuperara volvería a alegar lesión y no podría cobrar nada. Así, dejó al herido abandonado a su suerte[1].

A diferencia de la parábola del buen samaritano[2], en esta parábola el samaritano era egoísta. Si bien no se negó inicialmente a ayudar al herido, lo hacía motivado por un interés económico. Una vez que descubrió que ese interés económico no podía verse satisfecho perdió todo incentivo para ayudar a la víctima de los ladrones.

La parábola del buen samaritano contiene una hermosa enseñanza que ojalá muchos sigan. Pero no muchos son como el buen samaritano. Las historias de solidaridad con el prójimo suelen relatarse como excepciones a la regla. Quien rescata al prójimo sin mayor interés que su propia humanidad suele ser retribuido con el reconocimiento público, con una medalla de honor al mérito o simplemente con la satisfacción personal de haber sido una buena persona.

Pero aparentemente, en el mundo real este reconocimiento público, estas medallas, o estas satisfacciones parecerían ser insuficientes para motivar los actos de rescate del prójimo que serían deseables. Los actos de solidaridad son escasos en relación a los actos que se motivan por el interés económico. De alguna manera parecería que el principio de solidaridad no está en capacidad de crear los incentivos para que la oferta de acciones de rescate cubra la demanda existente por dichos actos de rescate[3].

Traslademos la parábola del mal samaritano a algunos casos más actuales.

---

1. La idea de la relación entre el buen samaritano y la lesión la he tomado del trabajo de Landes, William y Richard Posner «Salvors, Finders, Good Samaritians, and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism». En: *Journal Of Legal Studies*, N.º 7, p. 82 (1978)»

2. *La Biblia*, Evangelio de Lucas, capítulo 10 versículos 30-35.

3. Ello explicaría por qué algunas normas del ordenamiento crean algunos incentivos adicionales de sentido inverso. Por ejemplo el artículo 127 del Código penal sanciona

El barco ballenero Richmond encalló en una costa desértica del Océano Ártico. Como consecuencia del incidente, el barco comenzó a hundirse con toda su carga de aceite de ballena. En los días subsiguientes, tres barcos se acercaron al Richmond. Los capitanes de los tres barcos se comportaron como buenos samaritanos respecto de la tripulación y aceptaron rescatarlos sin costo alguno[4]. Pero no hicieron lo mismo respecto a la carga. Le dijeron al capitán del Richmond que no rescatarían la carga a menos que éste aceptara llevar a cabo una subasta entre los tres capitanes presentes. Presionado por la situación, el capitán del Richmond aceptó la subasta. Uno de los capitanes ofreció un dólar por barril por toda la carga que pudiera recoger, mientras los otros dos ofrecieron 0.75 dólar por barril. Ambos precios se encontraban muy por debajo del valor de mercado del aceite. Cuando los barcos retornaron al puerto con la tripulación y la carga, los dueños del Richmond, de la misma manera como lo había hecho el rescatado en nuestra parábola del mal samaritano, demandaron a los propietarios de los otros tres barcos reclamándoles que se dejara sin efecto el contrato invocando una figura similar a la lesión. La Corte acogió la pretensión de los propietarios del Richmond. Dejó sin efecto la subasta y ordenó el pago de una compensación justa por el rescate[5].

Cabe preguntarse en este caso qué pasará cuando los barcos «rescatadores» vuelvan a encontrar otro barco ballenero hundiéndose en las heladas aguas del Océano Ártico y cuáles serán sus incentivos para llevar a cabo un riesgoso rescate en esas circunstancias.

---

el abandono de personas en peligro, de manera que quien no es «solidario» en ciertas ocasiones tiene que pagar un «precio» por no serlo. Así esa norma señala: «*El que encuentra a un herido o a cualquier otra persona en estado de grave e inminente peligro y omite prestarle auxilio inmediato pudiendo hacerlo sin riesgo propio o de tercero o se abstiene de dar aviso a la autoridad, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con treinta a ciento veinte días-multa.*»

El mal samaritano posiblemente hubiera podido ser objeto de sanciones penales (como el sacerdote o el levita) por no atender al herido y así enfrentar incentivos adecuados para acudir en ayuda de quien está en estado de necesidad.

De manera similar ciertas normas referidas al transporte aéreo o marítimo imponen obligaciones de «solidaridad» en caso de accidentes o naufragios quienes desarrollan ciertas actividades precisamente para generar incentivos que generen un número de rescates mayor al que generaría la solidaridad pura y simple.

4. Lo cual no era muy meritorio. Las normas de navegación marítima imponen obligaciones a los capitanes de las naves de auxiliar a las víctimas de un naufragio, por lo que no podría asegurarse que se trató de un acto de pura solidaridad.

5. Post vs. Jones 60 U.S. (19 How) 150 Corte Suprema de los Estados Unidos. 1856

Otro caso que se suele usar como ejemplo para la aplicación de la lesión es el del dueño de una famosa pintura que requiere con urgencia dinero para pagar la operación de su hija que se encuentra grave en el hospital. Desesperado por no poder vender el cuadro rápidamente, decide aceptar una oferta por sólo la mitad del valor de tasación del cuadro, cantidad que es pagada en efectivo. Luego de culminada con éxito la operación, reclama la rescisión del contrato alegando lesión pues había aceptado un precio excesivamente bajo motivado simplemente por el estado de necesidad en que el estado de salud de su hija lo había colocado. Su acción tiene éxito y el contrato es dejado sin efecto.

Cabría preguntarse qué pasará cuando nuevamente requiera dinero para una operación de urgencia y no encuentre a nadie dispuesto a pagar rápidamente el valor de tasación. Quienes conozcan el antecedente del contrato anterior, desconfiarán de hacer ofertas por precios menores pero pagadas en efectivo de manera inmediata.

Los casos que hemos relatado muestran los complejos riesgos y problemas que se pueden derivar de la aplicación de una figura como la lesión. La figura trata de impedir que los «malos samaritanos» se aprovechen del estado de necesidad de alguna persona para obtener contraprestaciones que no guarden un supuesto equilibrio desde el punto de vista económico. Esta figura persigue desincentivar una conducta excesivamente egoísta. Sin embargo al hacerlo, la lesión crea un incentivo peligroso en sentido contrario. Así, la lesión desincentiva operaciones de rescate que puedan ser motivadas por la oportunidad de obtener un lucro mayor al que se obtendría en una operación de mercado común y corriente. En esa circunstancia es difícil tener una respuesta clara. Por un lado, no se quisiera que la gente se aproveche del estado de necesidad de otros. Por otro lado, se quisiera que quienes están en estado de necesidad encuentren la mayor cantidad de opciones posibles para salir de dicho estado. Y como las leyes de mercado indican, a mayor precio (o a mayor contraprestación) mayor cantidad ofertada.

Como también indican las leyes de economía, los controles de precios tenderán a reducir la cantidad ofertada. La lesión es una suerte de control de precios en el que las prestaciones son evaluadas a fin de determinar si han sido fijadas de manera justa o como consecuencia de un aprovechamiento del estado de necesidad. Pero al hacerlo envía a los agentes económicos el mensaje de que los precios o contraprestaciones que pacten pueden ser evaluados por el juez, de la misma manera en que lo haría un regulador de precios en un servicio público, solo que incluso con menores herramientas para poder hacerlo. Así como los controles de precios generan escasez y colas para obtener productos, la lesión puede generar escasez de rescatadores y «colas» de potenciales rescatados esperando un rescate.

En esta sección trataremos de analizar la compleja relación que existe entre los incentivos a que los agentes económicos no aprovechen el estado de necesidad de otros y los incentivos para que existan suficientes agentes económicos dispuestos a emprender el rescate de quienes están en estado de necesidad. Trata, en consecuencia, de discernir hasta donde el mal samaritano puede ser realmente considerado malo y hasta donde considerar que confiar solo en buenos samaritanos puede resultar iluso.

## I. LA LESIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

El Código Civil Peruano regula la lesión en los artículos 1447 a 1456. Estas normas establecen un conjunto de principios para su aplicación. Sin embargo, dejan un amplio campo de discrecionalidad al juez.

La definición de la figura está en el artículo 1447[6] y determina básicamente tres elementos:

a) Una desproporción entre las prestaciones que al momento de celebrar el contrato es mayor a las dos quintas partes.

b) Un estado de necesidad apremiante de una de las partes.

c) El aprovechamiento por parte de uno de los contratantes de dicho estado de necesidad.

Aunque el Código no lo dice expresamente es claro que la desproporción está en relación de causalidad con el aprovechamiento del estado de necesidad, es decir, la desproporción se origina en que una de las partes acepta tal desproporción a fin de salvarse del estado de necesidad en que se encuentran.

Otras normas definen algunos aspectos operativos. Por ejemplo, el artículo 1448[7] dispone que si la desproporción fuera igual o superior a dos terceras partes se presume el aprovechamiento del estado de necesidad.

---

6. *Artículo 1447.- Acción por Lesión*

   La acción rescisoria por lesión sólo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor que las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro.

   Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos.

7. *Artículo 1448.- Presunción de aprovechamiento.*

   En el caso del artículo 1447, si la desproporción fuera igual o superior a las dos terceras partes, se presume el aprovechamiento por el lesionante de la necesidad apremiante del lesionado.

Así, no basta la simple desproporción en términos generales, debiendo probarse en principio que la desproporción es consecuencia del aprovechamiento. Pero el Código, acude en ayuda del supuesto lesionado a través de una presunción que le facilita probar en caso de desproporciones más marcadas la existencia del aprovechamiento del estado de necesidad.

Si bien la acción o lesión permite rescindir el contrato, el supuesto lesionante puede «curar» la lesión por la vía de consignar la diferencia de valor entre las prestaciones según el artículo 1450[8] o reconviniendo el ajuste de valor tal como establece el artículo 145[9].

Si uno aplica este esquema en general a los casos que comentamos en la introducción del presente trabajo, veremos que, en teoría su aplicación es relativamente simple, pero en la práctica plantea problemas bastante complicados.

En el caso del mal samaritano la desproporción se produce entre lo que vale un rescate en esas circunstancias (es decir, subir al asno a la víctima de los ladrones, atenderlo y llevarlo al mesón) en relación a los cien denarios pactados. Si bien desconozco cuánto valía un denario, en la parábola del buen samaritano se dice que éste dejó al dueño del mesón dos denarios con la instrucción de que lo cuide y que en todo caso cualquier diferencia que se gaste demás le sería reembolsada a su retorno. Sólo para fines explicativos asumamos que hoy uno deja a una persona malherida en un hotel para que sea atendida por un tiempo razonable. Posiblemente hablemos de una cantidad que se encuentre alrededor de US $ 200.00, con lo que un denario equivaldría a US $ 100.00. Los 100 denarios ofrecidos serían como US $ 10,000 por el rescate.

El precio de rescate en este caso puede parecer exagerado para las acciones tomadas (subirlo al asno, llevarlo al mesón, cuidarlo, etc.) aunque puede ser reducido desde el punto de vista de salvar una vida humana. Subir un herido a la cabalgadura del samaritano y darse las molestias de llevarlo hasta el mesón son razones en las que será difícil justificar una remuneración de US $ 10,000, pero será fácil justificar que alguien pague US $ 10,000 por salvar su vida. Como veremos más adelante, uno de los grandes problemas que

---

8. *Artículo 1450.- Consignación del exceso*

   Fenece el proceso si el demandado, dentro del plazo para contestar la demanda, consigna la diferencia de valor.

9. *Artículo 1451.- Reajuste del Valor*

   El demandado puede reconvenir el reajuste del valor. En este caso, la sentencia dispondrá el pago de la diferencia de valor establecido, más sus intereses legales, dentro del plazo de ocho días, bajo apercibimiento de declararse rescindido el contrato.

enfrenta la lesión es cómo valorizar las prestaciones, en especial cuando no existe un «mercado de rescates» desarrollado que sirva de referente. Pero el problema, como veremos en el presente trabajo es aún más complejo.

Asumamos sin embargo, que la desproporción entre el valor del rescate y lo que se ofreció por el mismo es importante. En tal caso, la acción del rescatado en el Poder Judicial para rescindir el contrato será exitosa, salvo que el mal samaritano contrademande el reajuste del valor de las prestaciones a su real valor.

En el caso del barco ballenero Richmond, las cosas no son muy distintas. De la lectura de la sentencia del caso, se desprende que había una desproporción manifiesta entre lo que se pagó por el aceite de ballena y lo que el aceite de ballena valía en el mercado. Esta desproporción fue calificada por la Corte como una que era consecuencia del aprovechamiento del estado de necesidad en que se encontraban los tripulantes del Richmond. En tal sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos llegó a una solución similar a la que plantea nuestro Código Civil al establecer el pago de un valor razonable de rescate a los propietarios de los tres barcos involucrados, tal como ocurriría si el supuesto lesionante contrademandara el reajuste del valor de las prestaciones.

Finalmente, en el caso del padre que vende la pintura para poder operar a su hija, el comprador que paga un precio menor al de tasación actúa como una suerte de «mal samaritano». Al generarse dicha desproporción el padre podría solicitar la rescisión del contrato si demostrara que la diferencia de precio obedece a que este «mal samaritano» se aprovechó de su estado de necesidad. Siempre sin embargo, el comprador de la pintura podrá, de acuerdo a nuestro Código Civil, consignar la diferencia de valor o contrademandar el ajuste de las prestaciones.

Los incentivos de estas soluciones pueden ser, sin embargo, preocupantes para generar un número adecuado de oferentes de rescate, tal como analizaremos a continuación.

## II. LOS TIPOS DE RESCATE Y LOS INCENTIVOS PARA SU REALIZACIÓN.

Cooter y Ulen clasifican los rescates en tres clases, según los costos que estos implican[10]. A continuación usaremos su clasificación para entender cómo funcionan los incentivos para llevar a cabo un rescate y para fijar

10. Cooter, Robert y Thomas Ulen. *Derecho y Economía*. Fondo de Cultura Económica. México, 1998, pp. 338-339.

la remuneración o contraprestación por el mismo. Según estos autores los tipos de rescate son los siguientes:

a) Rescate fortuito: Un rescate fortuito es aquel que se efectúa utilizando los recursos que estaban a mano por simple casualidad. Por ejemplo, en el caso del mal samaritano, éste utilizó los recursos con que contaba en ese momento y que no habían sido puestos allí con la intención de efectuar un rescate de un herido por los ladrones. Así, su asno estaba allí porque él lo utilizaba. Su tiempo, era el que usaba para recorrer el camino a fin de llegar a su destino. Por mera casualidad tenía lo que la víctima de los ladrones necesitaba. En el caso del barco ballenero, los otros barcos tenían espacio en las bodegas para llevar a cabo el rescate del aceite y lo hubieran tenido a disposición así desconocieran, como efectivamente ocurrió, que iban a tener que rescatar a otro barco encallado en la orilla. En el caso de la pintura y la niña enferma, si el comprador estaba buscando pinturas para su colección y encontró al vendedor en las circunstancias que padecía, utilizó el dinero que hubiera podido usar para comprar cualquier otra pintura en su proceso de búsqueda.

b) Rescate previsto: Este tipo de rescates utiliza recursos destinados a posibles rescates, a pesar que la persona que realiza el rescate, no se dedica usualmente a esta actividad. Ello ocurre, por ejemplo, con quien lleva siempre un galón de gasolina en su maletera para auxiliar a automovilistas que se quedan sin combustible. En el caso del mal samaritano esto ocurriría si este portara siempre un botiquín y un juego de ropa adicional para atender ocasionalmente a las víctimas de los ladrones en los caminos. Si bien él recorre los caminos no en su calidad de rescatista, toma algunas previsiones por si se aparece la posibilidad de rescatar a alguien. En el caso del barco ballenero, podría ser que sea práctica usual de los barcos mantener siempre un espacio reservado en la bodega por si se encuentra un barco encallado a fin de poder eventualmente rescatar su carga. En el caso de la pintura y la niña enferma podría ocurrir que el comprador de pinturas siempre cuenta con una reserva de dinero especial para «compra a personas en estado de emergencia» a fin de tener disponibilidad inmediata de efectivo, a pesar que su actividad normal en el mercado se refiere a transacciones menos idiosincrásicas.

c) Rescate planeado: Un rescate es planeado cuando el rescatador desarrolla como actividad la búsqueda de personas que requieren ser rescatadas. Los recursos que utiliza son consecuencia de una inversión realizada con la intención de dedicarse a dicha actividad. Es lo que hubiera ocurrido si el «mal samaritano» hubiese sido un profesional dedicado al rescate de víctimas de robo y hubiera estado entrenado y equipado con los recursos necesarios para hacer estos rescates, cobrando por los servicios que

presta. En el caso del barco ballenero este supuesto se daría si el rescate hubiera sido realizado por una suerte de «guardacostas privado» especializado en salvar a la tripulación y a la carga en circunstancias como las que se presentaron. Finalmente, en el caso de la pintura y la niña enferma, sería un rescate planeado si el cuadro hubiera sido dejado en una «casa de empeño» que suele especializarse en entregar efectivo de manera rápida a cambio de valorizaciones relativamente bajas de los bienes empeñados y cobrara intereses relativamente altos.

Como señalan COOTER y ULEN los distintos tipos de rescate tienen estructura de costos diferentes y por ello requieren incentivos distintos para que se lleven a cabo. Un rescate fortuito no exige a quien hace el rescate efectuar inversiones adicionales en recursos más allá del tiempo que utilizará en llevar a cabo el rescate y el valor de los bienes que se consumen en el rescate mismo. Para llevar a cabo un rescate previsto, el rescatador potencial deberá haber invertido en contar con los recursos que se requeriría para atender un rescate si este se presentara, los mismos que estarán inmovilizados hasta que se presente un rescate. Pero su actividad principal es distinta y por tanto cubre los costos más importantes con lo que recibe por su actividad común. Así, el mal samaritano llevaría igual su asno a pesar que quizás tendría que gastar algo en contar con un botiquín o un juego de ropa adicional. Los barcos balleneros tendrían que reservar un espacio en la bodega, lo cual tiene un costo pero igual la inversión en el barco y en la operación de pesca se realizaría igual. Sin embargo en el caso de rescate planeado, las cosas son distintas. El mal samaritano esperaría recuperar los costos invertidos en el asno y en todo su tiempo en recorrer el camino en busca de víctimas de ladrones con las remuneraciones del rescate. El guardacostas privado que rescata al barco ballenero tendría que cubrir con las remuneraciones de rescate el costo de su propio barco y todos los costos operativos en que incurre.

Lo que se deriva de esto es que los individuos esperarán en cada tipo de rescate remuneraciones diferentes para establecer los valores de rescate. Como el rescate fortuito utiliza recursos que por casualidad están disponibles, la remuneración podrá ser moderada pues debería cubrir solo el tiempo del rescatador. Como en el caso del rescate previsto, se utilizan aquellos recursos destinados a atender emergencias, entonces bastaría que el valor del rescate remunere los recursos invertidos para estar preparado para una emergencia. En cambio en el caso de rescate planeado el rescatador buscará cubrir todos los costos de los recursos que insume para dedicarse a atender emergencias o rescates.

Basta una somera revisión de la doctrina de la lesión para descubrir que estos aspectos no son siquiera evaluados o considerados, a pesar que son

relevantes para determinar la contraprestación. La doctrina de la lesión parte del supuesto de que el problema es solo el de la proporcionalidad de las prestaciones sin considerar que el rescate mismo tiene costos que deben ser compensados. No basta determinar si la tasa de interés que cobra una casa de empeño es razonable compararla con la que se cobra en un banco. La casa de empeño tiene que otorgar el préstamo muy rápido y recuperarlo en la mayoría de los casos con la venta del bien empeñado. Sus costos son mayores y eso explica no sólo el nivel de las tasas de interés que cobra, sino además por qué valorizan los bienes por debajo de su valor de mercado.

De manera similar, un guardacostas privado podría pretender cobrar más que un barco ballenero que pasó por casualidad simplemente porque el guardacostas tendrá que recuperar, además de la inversión en el barco, el tiempo muerto en el que navega por las aguas del Océano Ártico buscando barcos encallados.

Y los jueces no tienen capacidad ni recursos para discernir que tipo de rescate se enfrenta en cada caso ni por que en uno se cobra más que en otro. Ello sin considerar aún las condiciones de demanda existentes, sino solo los costos del rescatador. De hecho, ello suele ser determinado de mejor manera a través del propio mercado.

Los jueces podrían, en consecuencia, al aplicar la lesión, estar reduciendo los incentivos para que existan ofertas de rescate disponibles. Sin duda, sería mejor que se motive la competencia entre rescatadores por la vía de permitir cobros de rescates más elevados y así haya más oferta disponible.

Pero las normas de lesión restringen esa posibilidad de generar competencia. Y generan por tanto incentivos incorrectos.

## III. ¿CUÁNTO VALEN LAS COSAS? LA TEORÍA DEL VALOR.

Sin embargo, quizás el mayor error conceptual que se encuentra bajo la defensa de la figura de la lesión es su mala comprensión de la teoría del valor. Para los defensores de la lesión las cosas tienen un valor objetivo, determinable y único, sin comprender que toda valorización es subjetiva y por tanto dos personas diferentes pueden asignar a exactamente el mismo bien dos valores diferentes, según sus propias preferencias, sus limitaciones presupuestarias y las circunstancias en las que se realiza la operación.

El problema del valor trasciende las fronteras de lo jurídico e incluso de lo económico para llegar a los terrenos de lo filosófico y hasta lo ético. Creemos que la teoría de la lesión carece por completo de una teoría del valor sostenible. Como veremos, el principal error está en conceptualizar el valor como algo objetivamente determinable. La lesión opera sobre la base

que es posible, de manera matemática, determinar la desproporción entre dos valores. Nada más falso. No es posible que un juez pueda afirmar que los valores de dos prestaciones están en desproporción en un contrato. No existe una regla única de medición de valor. Cada individuo tiene su propia escala de valores, y en consecuencia dos valorizaciones de dos personas diferentes no pueden ser comparadas entre sí, como dos valorizaciones del mismo bien llevadas a cabo por la misma persona pero en momentos diferentes, tampoco pueden ser comparadas entre ellas.

Para efectos de entender la teoría del valor es pertinente seguir el trabajo de BENEGAS LYNCH en el que describe las distintas formas de entender el valor[11].

Una posición excesivamente simple de valor, y que parecería encontrarse implícita en la teoría de la lesión, parte de la idea de la reciprocidad en el intercambio. Para esta posición el valor de lo que se entregaba debe ser equivalente al valor de lo que se recibe. De allí se deriva la teoría del «precio justo», es decir, que existe un precio que cada cosa tiene en justicia.

De esta posición se deriva la idea que hay un valor objetivo que puede ser determinado por un tercero en toda transacción. De hecho, se pierde de perspectiva que no es posible el intercambio sin desigualdad de valorización. Como bien dice BENEGAS LYNCH, si una persona le atribuye idéntico valor al bien «A» que posee respecto del bien «B» que posee otra persona, no sería posible la transacción entre estas personas respecto a estos bienes[12]. Si los valores son iguales ninguno gana nada. Entonces ¿Por qué acordarían un intercambio? Esta teoría pierde de vista un concepto importante: las partes intercambian para obtener una ganancia. Esto quiere decir que están dispuestos a pagar menos que la valorización que tienen de un bien para así obtener como ganancia la diferencia entre su propia valorización y el precio pactado. Si los bienes que se intercambian valieran igual para las partes, el intercambio carecería de sentido. Solo la existencia de valores diferentes para cada parte explica por qué las personas intercambiamos cosas. Esto se explica con la idea de precio de reserva tratada en otras partes de este libro. Para que exista una transacción los precios de reserva de las partes tienen necesariamente que ser diferentes.

Dada la imposibilidad de explicar el valor en términos de reciprocidad de intercambios, se formuló una posición que es ampliamente difundida,

---

11. BENEGAS LYNCH, Alberto (hijo). *Fundamentos de Análisis Económico*. Abeledo Perrot, undécima edición, Buenos Aires, Argentina, pp. 63-72

12. BENEGAS LYNCH, Alberto *Ob. cit.,* p. 64

incluso en nuestros días, y que también parte de una concepción objetiva de valor. Para esta posición, el valor es la sumatoria del costo de todos los elementos que intervienen en la producción de un bien. Las cosas valen lo que cuesta producirlas. Esta posición adolece sin embargo del mismo problema. Si las cosas valen lo que cuestan ¿cómo se puede explicar que un empresario incurra en los costos de producir un bien si no es entendiendo que puede encontrar a alguien que asigne a dicho bien un valor superior? De la diferencia entre lo que esta persona está dispuesta a pagar y lo que al empresario le costó producir el bien se deriva la ganancia. Los precios no se determinan sólo por condiciones de oferta (costos) sino por condiciones de demanda (preferencia de los consumidores, limitaciones presupuestarias de los mismos, etc.). De esta teoría, sin embargo, se derivan algunas figuras o situaciones que son «primo hermanas» de la teoría de la lesión. Por ejemplo, cuando en los periódicos aparecen noticias en las que se dice que las empresas están cobrando muy por encima de sus costos o que hay abusos de las empresas de transporte porque los pasajes suben en la época de Navidad, tales afirmaciones parten de una teoría de costo-valor. Lo mismo ocurre con muchas teorías regulatorias (en especial en tarifas de servicios públicos) o con los conocidos controles de precios que pretenden fijar el valor en base a la sumatoria de costos incurridos para producir algo. Así, bajo esta concepción, es malo cobrar por encima de los costos. La teoría del costo-valor no puede explicar el precio de los pasajes en temporada alta simplemente porque estos suben no por condiciones de oferta sino por condiciones de demanda. Si la gente está dispuesta a pagar más no es porque las cosas cuesten más, sino porque gozan de una mayor preferencia en determinadas circunstancias.

El problema de entender el valor en términos objetivos es que se pierde la perspectiva de que valor es en sí mismo subjetividad. En realidad el valor es determinado en parte por la utilidad, entendiendo por esta la capacidad que el sujeto ve en un objeto determinado para satisfacer sus necesidades en un lugar y espacio definidos. Pero la utilidad sola no puede explicar todo el problema del valor. Como bien se pregunta Benegas Lynch ¿cómo era posible que un bien indispensable y por ende de gran utilidad como el pan tuviera menor valor que los brillantes, los cuales no resultan esenciales para la supervivencia del hombre?[13].

Es recién con la Escuela Austriaca que se formuló y desarrolló la teoría de la utilidad marginal en que la utilidad tiene sentido en relación a la escasez, entendiendo por escasez el significado de *determinada cantidad* para

13. Benegas Lynch, *Ob. cit.*, p. 67

*determinado individuo* en *determinada circunstancia*. Es ello, lo que vincula la escasez a la utilidad. Esto resuelve la antinomia que señalábamos líneas arriba entre el valor del pan y el valor de los brillantes. El pan y los brillantes valen según lo que una determinada cantidad de dichos bienes significa para un determinado individuo en una determinada circunstancia. Los sujetos no valoran los brillantes o el pan en general sino en particular[14]. Si tengo mucho pan, una unidad adicional de pan vale menos para mí. Si el pan no me gusta también vale menos. Si no tengo hambre también vale menos. Y el mismo ejercicio se puede hacer con los brillantes. Si los brillantes valen más que el pan es porque son relativamente más escasos dada la demanda existente. Pero si estoy muerto de hambre en un desierto con una bolsa de brillantes atada al cinto, estaré dispuesto a cambiar una valiosa joya a cambio de una hogaza de pan para sobrevivir. Y ello porque en la circunstancia de encontrarme hambriento en medio del desierto el pan se vuelve, en términos relativos, más escaso que los brillantes para satisfacer mis necesidades concretas.

El propio BENEGAS LYNCH explica cómo se define la utilidad marginal y por qué una cosa no vale igual ni entre individuos distintos ni para un mismo individuo en todas las circunstancias:

«Supongamos que un individuo cuenta con un stock total de diez baldes de agua cada uno de los cuales sirve como medio para atender fines de distinta jerarquía establecida de mayor a menor. Se deduce de la 'acción humana' que el individuo preferirá primero lo que considera más urgente y así sucesivamente en escala descendente. Supongamos que el primer balde de agua es para aplacar su sed, el segundo para darle de beber a sus animales, el tercero para bañarse, el cuarto para regar el jardín, etc. Si se ve obligado a desprenderse de un balde de agua (no importa específicamente cuál, puesto que todos son intercambiables) se desprenderá de aquel que utiliza como medio para atender a su décimo fin en orden de prioridades. Esta última unidad se denomina marginal puesto que se encuentra en el margen y la satisfacción que provee esa unidad marginal se denomina utilidad de la unidad marginal o, simplemente, utilidad marginal. Por ende, *ceteris paribus*[15],

14. BENEGAS LYNCH *Ob. cit.*, pp. 67-68

15. Mantener los demás factores constantes incluyendo aquí el valor al ir aumentando o disminuyendo los bienes permite explicar el sentido de la utilidad marginal, concepto que para nada significa que el valor se mantiene constante. Muy por el contrario, significa que varía (no es propio en este campo recurrir a la expresión «variables» puesto que, precisamente, no hay constantes). Sin embargo, en los «modelos» antes criticados cuando estudiamos temas metodológicos, las conclusiones arribadas implican la existencia de constantes.

cuanto mayor la cantidad del bien del mismo tipo su utilidad marginal decrecerá y cuanto menor la cantidad del bien del mismo tipo aumentará la utilidad marginal. De lo anterior se desprende que el valor de un bien está determinado por su utilidad marginal, lo cual se denomina «ley de la utilidad marginal» que, como hemos mencionado, constituye una implicancia lógica de la acción humana. Todos los deseos que el individuo piensa satisfacer los ordena en su escala de valores según su utilidad marginal aun tratándose de bienes heterogéneos»[16].

En términos sencillos el valor es lo que cada persona valoriza en cada oportunidad y por ello un mismo bien puede tener valores totalmente distintos. Toda valorización es efectuada por un individuo en base a sus preferencias, en determinadas circunstancias y en atención a sus limitaciones presupuestarias.

En una ocasión viajé a un seminario y debía dictar una conferencia. Al llegar al hotel, luego que el vuelo se había atrasado y tenía apenas una hora para alistarme y llegar al auditorio, descubrí que había olvidado las corbatas. Desesperado porque no podía presentarme sin corbata al seminario bajé y busqué por los alrededores dónde podía comprar una corbata. Rápidamente descubrí que no había tiendas cerca del hotel ni a una distancia razonable. Regresé al hotel y en la tienda del mismo encontré una corbata, pero su precio era sumamente elevado (más de cien dólares) y la verdad los colores no eran precisamente de mi agrado. Pero era la única opción. La utilidad marginal de dicha corbata era alta para mí porque en ese momento era un bien escaso (había olvidado las corbatas) en relación a mi necesidad (tenía que presentarme en el seminario), y ello me generó una valorización elevada dadas las circunstancias existentes. No tuve más alternativa que comprarla a un valor que nunca hubiera pagado, solo porque en ese momento mi valorización de dicha corbata era distinta. Mis preferencias y necesidades exigían una corbata. La escasez de las mismas era evidente, y las circunstancias eran apremiantes. El resultado fue una valorización muy superior a la que ordinariamente hubiera tenido. De alguna manera la tienda del hotel operó como un rescatador que me salvó de un estado de necesidad. Y si la diferencia de valor con una corbata similar en otro establecimiento superara los dos tercios el Código Civil hubiera presumido el aprovechamiento de mi estado de necesidad. ¿Podría al día siguiente devolver la corbata alegando lesión? No parece muy lógico, pero hay una pregunta aún más difícil de responder: ¿Qué valor usar para definir la desproporción en las prestaciones si hay infini-

16. Benegas Lynch, *Ob. cit.*, pp. 68-69.

tos valores posibles de un determinado bien según las circunstancias? Si no podemos responder esa pregunta, y creo que ello no es posible, la figura de la lesión pierde todo sentido.

## IV. VALOR Y LESIÓN: UN PROBLEMA SIN SOLUCIÓN.

El error de partida de la lesión se origina en la creencia de la Ley (y su autor, es decir, el legislador) de que un juez está en capacidad de corregir los valores y preferencias que inspiran un acuerdo contractual cuando no son supuestamente justos, como si el valor y las preferencias individuales fueran fruto de concepciones objetivas. Pero como es fruto de concepciones subjetivas, no hay tercero en el mundo, por más imparcial que sea, que pueda resolver el dilema del valor justo de manera correcta. Se parte de la creencia sin sustento de que las cosas valen por sí mismas, como si no fueran las preferencias y circunstancias individuales las que les asignan valor.

Como ya dijimos todos tenemos valorizaciones diferentes. Pero ello no es comprendido por el Código Civil. Por eso nuestras normas asumen que el juez está en mejor situación que las partes para decidir qué es bueno para ellas. Por el contrario son las partes, incluso bajo circunstancias difíciles, las que tienen que decidir sobre su propio destino, no sólo porque tienen mejor información sobre qué es bueno para ellos, sino porque es justo y se condice con la naturaleza de las decisiones humanas.

En la lesión el juez debe decirnos cuánto valen «objetivamente» las cosas. No se comprende que el valor de las cosas es básicamente algo subjetivo, imposible de objetivar. Depende de que cada cual y de cómo cada cual valorice algo. Al lector una corbata le puede parecer horrible y no se la compraría ni la aceptaría así se la regalen. A otro la misma corbata le puede parecer muy bonita y la compraría pagando un alto precio. Algunos valorizamos en cero lo que otros valorizan en 100.

¿Cómo se pueden tomar decisiones sobre valorizaciones que pueden ser tan dispersas y distintas? ¿Cuál es el valor que debe considerarse? ¿Cómo se determina? ¿Cómo puede saber un juez cuánto vale objetivamente una corbata cuyo valor es finalmente una expresión de subjetividad? El contrato es un mecanismo de revelar valores subjetivos. Si alguien pagó un precio por algo es que lo valoriza en más de lo que pagó y si alguien estuvo dispuesto a vender es porque lo valoriza en menos del precio pactado. Nada falso o verdadero puede decirse de esa valorización más allá de definir quiénes llegaron al acuerdo. Corresponderá a las preferencias individuales de cada uno explicar, en su fuero interno, por qué tomaron tal o cual decisión y en función a qué valorización.

Algún lector estará quizás pensando que la posición que sostenemos es excesivamente teórica. Finalmente, incluso aceptando que cada uno tiene su propia valorización, existen en la mayoría de mercados un precio de mercado, es decir, un elemento objetivamente determinable que puede ser usado por un juez. Bastará ir a la bolsa de un bien determinado (como la Bolsa de Valores para las acciones) o a un tasador o analizar las cotizaciones de un producto para definir el valor de mercado. Y ese será un referente objetivo que el juez podría utilizar.

Pero no es cierto que el valor de las cosas sea el precio de mercado. Ello equivale a decir que todos quieren de Presidente al que ganó una elección. La elección del Presidente es sólo el resultado de la agregación de preferencias a través del sistema electoral, pero está lejos de reflejar como valorizamos cada uno de los peruanos al Presidente electo. El precio de mercado es sólo un precio derivado de la agregación de las preferencias, a través de la interacción de oferta y demanda, de un grupo de personas dispuestas a pagar con las de otro grupo de personas dispuestas a vender. Pero cada una de esas personas tiene valorizaciones distintas y la agregación de preferencias no necesariamente es idéntica a lo que cada uno de los integrantes de ese mercado valora.

Si los valores fueran objetivos no habrá intercambio porque todo valdría igual para todos. Al precio de mercado miles no venden bienes y miles no los compran. Al precio de mercado solo un grupo de consumidores adquieren un bien y muchos los dejan de lado. Para un analfabeto un libro no vale nada. El precio de mercado le es irrelevante. Para un amante de MOZART un disco puede valer mucho más que los quince dólares que cuesta en el mercado. Para una persona que necesita una válvula para una operación del corazón de la que depende su vida su valor puede ser igual al que asigna a su vida misma, y para quien goza de perfecta salud su valor es menor que el que asigna a una entrada al cine. Y ello porque las valorizaciones individuales no coinciden necesariamente con el precio de mercado. Es más, casi nunca lo hacen.

El propietario de una casa que vive en ella la valoriza por encima del valor de mercado. Si no, ya la hubiese vendido. Si le obligarán a recibir el precio de mercado se estaría transfiriendo un bien de un uso más valioso a uno menos valioso, conduciéndonos a una mala asignación de recursos. El no quiere venderla a ese precio porque para él no vale eso sino más. Para esa persona el valor de uso es mayor al precio que arroja el mercado.

Bajo esa perspectiva, hablar de lesión carece de sentido. Si una persona recibió por un cuadro un precio bajo porque tenía que operar a su hija de emergencia, es difícil entender cómo se determina que el valor no es el adecuado. Si el precio es bajo puede obedecer a dos razones. La primera es

que exista una suerte de monopsonio por parte del que lo compró, es decir, que sea el único comprador posible en el mercado. Pero esa es una situación realmente extraña. En los mercados de pinturas, como en la inmensa mayoría de mercados, suelen haber muchas alternativas. Y si se diera un monopsomio sería difícil usar un referente de mercado precisamente porque ese referente no existiría al no existir un mercado competitivo. Si esa fuera la justificación el juez se convertiría en una especie de agencia antimonopolio o un regulador de servicios públicos.

La otra posibilidad es que no haya muchas ofertas disponibles para ser pagadas rápidamente. El precio es determinado también por el tiempo de pago y por los costos de identificar alternativas, es decir, por condiciones de oferta y demanda que incluyen la disponibilidad temporal de la oferta. La gente está dispuesta a recibir precios menores si le toma mucho tiempo obtener otra oferta. Eso se castiga en el precio porque ese es el costo de oportunidad de celebrar la operación hoy y no dentro de unos meses. Allí surgen las oportunidades para la aparición de casas de empeño que entregan efectivo rápido a intereses altos y valorizaciones de bienes bajas. Y funcionan porque identifican a personas cuya valorización de dinero es alta porque lo necesitan para pagar algo como la operación de su hija. Es que cuando uno necesita urgentemente un rescate, sus preferencias para pagar (o sacrificarse) para obtener rescate son altas.

Pero lo más serio de la lesión, si el comprador presume que se la van a aplicar, será que no querrá contratar con quien tiene urgencia de dinero para operar a un ser querido. Finalmente podría rescindirse su contrato. El resultado es que, como consecuencia de las normas de lesión, el propietario urgido de dinero tendrá aún más problemas para obtener una oferta en el momento que más necesita el dinero. Así el efecto termina perjudicando al potencial rescatado más que al rescatador. El mercado castiga así la lesión privando de los incentivos para que el rescate se produzca.

## V. LA LESIÓN COMO UNA DISTORSIÓN DEL MERCADO

Quienes propugnan la existencia de la lesión tienen una comprensión incompleta de cómo funciona el mercado. Si bien nuestro Código Civil trata la lesión en el Libro de Fuentes de las Obligaciones, lo que es cierto es que por su naturaleza, se asemejaría más a un vicio de la voluntad y como tal debería regularse en el Libro de Acto Jurídico. En el sistema anglosajón, el equivalente a la lesión es conocido como *economic duress* o «intimidación o violencia económica», y parte del supuesto de que una situación económica determinada presiona la voluntad de una de las partes para hacerla aceptar términos que no aceptaría fuera de esa situación.

La figura toma sentido cuando entendemos que *duress* es como en el sistema anglosajón se entiende a la violencia o intimidación. La diferencia radica, sin embargo, que en la violencia o intimidación, la presión sobre la voluntad de una de las partes proviene de un acto de la otra. Así, si una persona se me acerca en la calle y me amenaza con una pistola diciéndome «la cartera o la vida» mi acto de entregar la cartera difícilmente será calificado como una donación voluntaria porque la razón de mi aparente declaración de voluntad es un acto indebido y no admitido por la ley que coacta mi autonomía privada.

Aquí surge una distinción esencial con la lesión. En la lesión el hecho que restringen mis opciones no provienen de la otra parte, sino de circunstancias que son ajenas a la voluntad de las partes involucradas. En el caso del mal samaritano son los ladrones los que ponen a la víctima en estado de necesidad. En el caso del barco ballenero es el naufragio accidental del buque. En el caso de la pintura es la enfermedad de la niña. Cuando hablamos de violencia o intimidación por parte de una de las partes respecto de la otra, el privar de eficacia al contrato genera incentivos para que los hechos que restringen la voluntad de una de las partes no se den. Pero en los casos de lesión, el privar de eficacia al contrato no incentivará a los ladrones a no asaltar a los caminantes, ni evitará que los barcos encallen ni que las niñas se enfermen. En un caso de lesión, la solución al problema ajeno a las partes es provista por el rescatador a cambio de una contraprestación.

Lo que motiva el cuestionamiento al contrato celebrado en esos términos parecería ser el aprovechamiento del estado de necesidad, es decir, el uso de la solución que puede dar el rescatador al problema como una forma de obtener una ventaja mayor a la que se obtendría en circunstancias normales.

Creo que allí surge precisamente, el error de concepción. Si el valor es determinado, entre otros factores, por las circunstancias particulares de la transacción, ello explica precisamente que no sea dable comparar el valor pactado con el valor que se daría en circunstancias distintas. No puede pues compararse el rescate efectuado por el mal samaritano con el valor de un paseo en asno contratado en otras circunstancias. Son precisamente las circunstancias las que determinan los valores de intercambio.

Mientras que en la violencia o en la intimidación hay un problema de eficiencia, en la lesión hay sólo un problema distributivo. Se mejora la eficiencia si evitamos que las personas utilicen amenazas indebidas en contra de la voluntad de los demás. Si yo le coloco una pistola en la espalda a alguien para que me entregue la billetera nada me demuestra que el ladrón valora el contenido de mi billetera más que yo. Solo demuestra que yo valoro mi vida más que mi billetera. Si yo permitiera esos actos nada asegura una mejor asignación de los recursos.

En cambio si se produce una operación de rescate en la que yo he accedido al pago de una cantidad de dinero para que se efectúe, está demostrado que, en las circunstancias, valorice el rescate más de lo que ofrecí o acepté pagar por él. Y ello porque las valorizaciones no pueden ser sustraídas de las circunstancias y el contexto en el que se producen. Podemos considerar que el precio no es justo solo si sacamos la negociación del momento y lugar en el que se dio y pensamos que es mejor que la transferencia se haga a un valor determinado en circunstancias distintas. Pero ello es mera distribución, y habría que preguntarse si dicha distribución tiene algún fundamento realmente equitativo.

El caso del barco ballenero Richmond nos permite entender esta circunstancia. ¿Vale el aceite de ballena colocado sobre el puerto igual que el aceite de ballena en la bodega de un barco que se está hundiendo en el Océano Ártico? ¿Cuánto pagaría por un aceite de ballena en esas circunstancias? Cada minuto que pasaba el aceite en la bodega del Richmond valía menos. Una vez hundido el barco valdría cero, y cada instante se acercaba más a ese valor. Sin el rescate no habría valor que vender. En consecuencia no es legítimo considerar que el precio pactado es injusto o inadecuado porque se encuentra por debajo del valor que dicho aceite tendría en el puerto. No se trata de aceite en el puerto sino de aceite en un barco que se hunde.

En las circunstancias en que se da la operación ambas partes ganan. Los propietarios del Richmond pueden recuperar algo del valor de un aceite condenado a no valer nada. Los rescatadores ven compensados sus actos de rescate con la compra de aceite barato. Nadie perdió. Los dos ganaron. Entonces ¿por qué dejar sin efecto el contrato? No es válido hacerlo asumiendo que el aceite se hubiera podido vender en el puerto a otro precio. En las circunstancias particulares del caso ello no era posible. Por eso, sólo hablamos de distribución.

La pérdida que sufre el Richmond no es causada por los rescatadores. Por el contrario, los rescatadores minimizan esa pérdida. La pérdida es causada por el naufragio y la acción de rescate recupera el valor condenado a perderse. Por ello, trasladar al rescatador parte de la pérdida causada por el naufragio es desincentivarlo a rescatar.

DALZELL[17], al analizar el problema señala que muchas veces la diferencia entre un contrato coactado y un contrato libre se hace en el punto equivocado. Según él la comparación entre el consentimiento dado en un con-

---

17. DALZELL, John. «Duress by Economic Presure». En: KRONMAN Anthony T. y Richard A. POSNER *The Economics of Contract Law*. Little, Brown and Company, Boston and Toronto, 1979, p. 67-68

trato válido y uno obtenido coactando la voluntad de la otra parte suele hacerse considerando que el segundo es menos genuino por ser producto de una restricción a la voluntad derivada de evitar un daño. Sin embargo, como el propio DALZELL señala, la motivación en todo contrato de los que llamamos derivados de la voluntad o de la autonomía privada, está también referida a la selección de uno de diversas líneas posibles de acción. Así, nos dice:

«Yo acepto pagar diez centavos por una pieza de pan, no porque yo desee darle al panadero diez centavos, sino porque es la única manera como puedo obtener el pan. Yo estoy eligiendo entre dos alternativas, darle diez centavos o quedarme sin pan. Si mi voluntad estuviera libre de restricciones, sin duda preferiría obtener el pan y quedarme con el dinero. Mi libertad está simplemente en la oportunidad de decidir cuándo voy a desprenderme de los diez centavos o cuándo voy a quedarme sin el pan — escoger entre dos vías de acción, ninguna de las cuales es enteramente satisfactoria. Esto es, yo soy libre de seleccionar el menor de dos males; en este sentido la situación que nos concierne es exactamente la situación en la que me encuentro cuando contrato mientras me apuntan con un arma. La no deseada alternativa de comprar el pan puede ser comparada con la de ser asesinado; aún mas. Si yo fuese forzado a entregar mi última posesión en el mundo para obtener dinero dudaríamos en llamar a dicho acto coacción.

Parece más razonable decir que un contrato o un pago obtenido mediante coacción es defectuoso no por la diferencia en la naturaleza del consentimiento, sino por la manera impropia en que se ha presentado la alternativa; esto es, la presión utilizada.»

Como sugiere DALZELL, el problema no está en que quien contrata lo haga entre opciones restringidas y que siempre tenga que optar entre dos males. En un mundo de recursos escasos siempre nuestra voluntad está restringida por tal escasez. El problema está en qué motiva la escasez de opciones. Es entendible, bajo tal perspectiva, que cuando la limitación proviene de los actos de una de las partes dirigidos a presionar a la otra, y que tal presión sea ilegítima, se prive de eficacia al contrato. Pero lo mismo no ocurre cuando tal presión proviene de un factor externo y lo que hizo la otra parte es ofrecerle la posibilidad de aliviar tal presión.

No existen pues bases para cuestionar un acto de los que la legislación peruana califica normalmente como lesión. Si uno entiende la ley de oferta y demanda y entiende que las condiciones de oferta y demanda responden a la relación entre utilidad y escasez, entenderá que los valores resultantes de un contrato celebrado bajo el estado de necesidad de una de las partes (es decir, bajo una situación de escasez extrema) es una mera aplicación de

las leyes de oferta y demanda. Lo otro, es confiar en un mecanismo similar al control de precios.

## VI. POR QUÉ EL MAL SAMARITANO ES UN BUEN SAMARITANO

De todos los resultados posibles de la parábola del mal samaritano, la muerte de la víctima de los ladrones es el peor de todos. La parábola del buen samaritano contiene una enseñanza valiosa. Pero la del mal samaritano también contiene una enseñanza importante. Admiramos al buen samaritano porque salvó la vida de su prójimo sin pedir nada a cambio. El mal samaritano también salvó la vida de su prójimo sólo que pidió una compensación para hacerlo.

Corresponde a la religión y a la ética motivar conductas altruistas. La solidaridad es finalmente un principio que es deseable exista en todo ser humano, como quizás coincidamos todos. El valor de la solidaridad está en que se ejerce libre de coacción. Por eso, no existe solidaridad impuesta. Ello sería mera obligación. Admiramos al buen samaritano porque era libre de no ser bueno. Pero no por eso podemos condenar como malo a quien pidió algo a cambio de ayudar. No le corresponde al Derecho crear buenos samaritanos. Sólo le corresponde establecer reglas que mejoren el bienestar de los individuos. Y la lesión no contribuye a ese fin.

# De acuerdo en que no estamos de acuerdo

## Análisis económico de la interpretación contractual

Tradicionalmente se suele entender la interpretación contractual como la labor destinada a encontrar el sentido de un término o condición acordada por las partes. Bajo tal perspectiva, las partes tendrían claro al momento de contratar qué es lo que querían, pero por alguna razón esa voluntad no quedó clara en la declaración contractual, lo que motivó que hoy no sea simple saber qué es lo que quisieron o dijeron ayer. Así, la interpretación subsana lo que en principio es un problema de lenguaje, un problema básicamente de semántico. Bajo tal perspectiva, las partes saben en qué estaban de acuerdo, sólo que no pudieron decirlo con claridad.

Ante esta circunstancia, surgida de una discrepancia sobre el sentido, el contrato requiere que alguien, distinto a las partes (usualmente un juez o un árbitro), nos diga qué es lo que las partes acordaron. Esta suerte de «reconstrucción» o «redescubrimiento» de lo que las partes dijeron (o quisieron decir) se asemeja a encontrar el «eslabón perdido» entre voluntad y declaración. El intérprete es entonces un mero «descubridor» de algo oculto, enterrado en el texto ambiguo del contrato, pero que existía al momento de contratar.

Sin embargo, tal aproximación es incompleta e imprecisa. Muchas veces interpretar se parece bastante a descubrir algo que se perdió. Pero en numerosos casos, quizás en la mayoría, interpretar es justamente darle sentido a lo que las partes no solo no dijeron, sino nunca quisieron decir. En

ese sentido muchas veces interpretar es en realidad un acto de creación de nuevas reglas contractuales[1], simplemente porque las partes quisieron precisamente usar un lenguaje ambiguo, o porque el lenguaje del contrato justamente quiso dejar claro que no estaban de acuerdo. Como se verá durante el desarrollo de la presente sección, en realidad no hay grandes diferencias entre la interpretación y la integración contractual. La diferencia es más de matiz. En la integración se cubre un vacío en el contrato. Pero en la interpretación se cubre un vacío de precisión. Sólo es un tema del nivel de imprecisión existente, por lo que no es más una diferencia de alcance que de fondo en el proceso cognoscitivo necesario para resolver el entuerto. De hecho, el proceso cognoscitivo, al margen de distinciones conceptuales inútiles, es virtualmente el mismo.

En mi experiencia arbitral ocurrió un hecho que justamente muestra el punto que quiero destacar. Durante la ejecución de un contrato de obra bastante complejo surgió una discrepancia sobre quién debía preparar y nivelar el terreno sobre el que se iba a levantar una parte de la construcción. El propietario de la obra sostenía que el trabajo estaba comprendido en las obligaciones asumidas por el contratista. El contratista decía que se trataba en realidad de una labor que el propietario de la obra debía realizar previamente para que el contratista pudiera efectuar la construcción de aquello a lo que estaba obligado.

La correspondencia entre las partes mostraba dos posiciones claramente discrepantes, que basaban la discrepancia en la ambigüedad del propio contrato. Lo que es cierto es que el contratista decía que no era su responsabilidad (y por tanto su costo) el preparar el terreno. Por el contrario, el propietario era enfático en afirmar que la preparación del terreno era una labor del contratista, que éste no podía evadir.

El problema principal es que la discrepancia no parecía ser de fácil solución, y las idas y venidas de posiciones tenían detenida la obra con lo que afectaba el interés del propietario de tenerla lista a tiempo y del contratista de acabarla y cobrar su contraprestación.

Ante esta situación las partes elaboraron un acta (que podría ser definida como un contrato modificatorio o complementario) que decía más o menos lo siguiente: «El contratista procederá a nivelar el terreno». Sin embargo, al terminar la ejecución de la obra la interpretación de la frase era, nuevamente, claramente divergente. Para el contratista «proceder a nivelar el terreno» no quiere decir hacerlo gratuitamente, y por tanto concedía el

---

1. Lo que en el sistema anglosajón se suele denominar el *gap filling* o llenado de los vacíos contractuales.

derecho a solicitar un adicional de obra que compensara un trabajo no contemplado en el contrato original. Efectivamente nada en el documento indicaba una renuncia a solicitar una contraprestación, pero tampoco indicaba que tal contraprestación existiría ni menos aún cómo se calcularía.

Pero el propietario de la obra sostenía que la frase significaba un reconocimiento que nivelar el terreno era parte de las obligaciones del contratista y por tanto no merecía ninguna compensación adicional a la ya pactada.

¿Cuál de las dos interpretaciones era la correcta? Pues ninguna, si es que definimos interpretar cómo descubrir cuál es la voluntad común expresada por las partes. Era clarísimo de las pruebas actuadas y de las posiciones de las partes que nunca se pusieron de acuerdo sobre quién asumiría el costo de la nivelación. Sólo encontraron una redacción suficientemente ambigua como para permitirles a ambas sostener que era la otra parte. Con ello reservaban la discusión para el futuro, pero por lo menos podían continuar con la obra y así superar la situación de suspensión que las afectaba a ambas. Era un texto concientemente ambiguo, y que justamente reflejaba el acuerdo de que no estaban de acuerdo. Tan es así que durante el informe oral les pregunté a las partes qué tan representativa era la siguiente frase: «*En realidad sólo se pusieron de acuerdo de que no estaban de acuerdo*». Ambas partes coincidieron en que era una buena descripción de lo «acordado».

En ese caso la interpretación no significaba descubrir una voluntad común inexistente. Es, por el contrario, resolver un punto en el que precisamente, no estaban las partes de acuerdo, sólo que oculto en una aparente ambigüedad que no es propiamente tal.

No quiero sin embargo sugerir que la interpretación se reduce a casos tan extremos como el descrito. La interpretación sí significa, en ocasiones, descubrir una voluntad común expresada defectuosamente o de manera ambivalente. Sin embargo, veremos que tal formulación no es tan distinta a la anterior. Por ejemplo, en una ocasión tuve, en otro arbitraje, que determinar si el término «*medida judicial*» incluido en un contrato significaba también medidas adoptadas por un árbitro.

También incluye supuestos en que las partes, conciente o inconscientemente, usan términos generales o abiertos porque no quieren «atarse» a términos excesivamente precisos, porque desconocen con claridad cómo deberá aplicarse el contrato cuando se presente una situación concreta. Por ejemplo, a veces en lugar de definir con precisión todas las obligaciones de un contratista, se limitan a decir que «*ejecutará sus obligaciones como lo haría un contratista experimentado*» sin haber definido qué se entendía por «*contratista experimentado*». Y sinceramente ese término puede significar muchas cosas distintas. Las partes prefieren sin embargo dejar al juzgador la defi-

nición de su sentido frente a la circunstancia concreta que surja en el futuro. Términos de ese tipo, muy comunes en los contratos, son en realidad invitaciones al juzgador (es decir, al intérprete) para completar un contrato que no puede ser completado con precisión al momento de su celebración.

Sin embargo, las situaciones que describo en los últimos dos párrafos no difieren tanto de la primera que mencioné, pues directa o indirectamente reflejan una voluntad, en ocasiones muy clara y en otras imprecisa, de no ponerse de acuerdo sobre todo, o de dejar temas «librados a la imaginación» de un intérprete futuro, usualmente ajeno a las partes.

Cuando las partes usan un término como «*contratista experimentado*» en el fondo están diciendo que no se sienten en capacidad de ponerse de acuerdo en torno a todo lo que ello significa. Es cierto que buena parte del contenido del término puede estar definido por la ley o por precedentes judiciales o arbitrales. Puede ser también que el término tenga un sentido más o menos conocido en la práctica comercial. Pero incluso si eso fuera cierto, las partes renunciaron a incluir tales definiciones en el texto del contrato, porque finalmente contratar cuesta, y contratar con mayor detalle cuesta más.

Y la situación, con claros matices, tampoco es muy distinta a la falta de previsión de las partes en definir qué *medida judicial* también comprende a las medidas arbitrales. Lo más probable es que la omisión sea consecuencia de un desliz o la falta de previsión, o simplemente de haber tomado el texto de un modelo anterior incluido sin mucha reflexión. Si bien las partes no fueron concientes de su omisión, sí son concientes de cuánto tiempo dedican a revisar y reflexionar sobre el contrato. Todos sabemos que más tiempo en la redacción y negociación deben conducir a un contrato más claro y preciso. Pero también somos concientes que más redacción y negociación tiene un costo en tiempo y abogados, es decir, en dinero. En un momento ambas partes expresan que ya no quieren seguir negociando o redactando más. Y saben que en ese momento su decisión conducirá a un nivel de perfección menor a aquel que el contrato tendría si decidieran invertir más recursos. De la misma manera como la gente que decide no hacer ejercicio es conciente que su expectativa de vida se puede reducir, las personas que deciden no seguir estudiando la redacción de su contrato son concientes que «dejar de seguir poniéndose de acuerdo» significa contratos con mayor riesgo de imprecisión y por tanto de litigio y discrepancia futura. Hay una cierta «intencionalidad» en la imprecisión, es sólo que no es que el efecto concreto haya sido querido (la ambigüedad) pero sí había conciencia del riesgo que se estaba asumiendo de que tal ambigüedad podría producirse. De alguna manera las partes están de acuerdo que no quieren seguir poniéndose de acuerdo.

Buena parte de la teoría de la interpretación contractual considera que para evitar problemas de interpretación las reglas y decisiones futuras deben sancionar a la parte que pudo prever el problema a menor costo. Reglas como que el contrato se interpreta en contra de quien lo redactó o que existe una obligación derivada del principio de buena fe, de hablar claro, parecerían dirigidas a motivar que las partes «se sigan poniendo de acuerdo» creando incentivos para que ello ocurra. Y efectivamente, en muchos casos alguna de las partes puede desarrollar conductas estratégicas orientadas a tener contratos imprecisos para sacar partido de la imprecisión. Pero ello no siempre es así. Muchas veces la imprecisión del contrato refleja la voluntad expresa o implícita de no seguir poniéndose de acuerdo. Es una imprecisión, de alguna manera, voluntaria. Forzar a que las partes se sigan poniendo de acuerdo podría entonces ser contraproducente.

## I. COSTOS DE TRANSACCIÓN E INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

¿Por qué las cosas son así? La explicación desde el punto de vista económico, es relativamente sencilla: contratar cuesta, y como dijimos, contratar mejor y más completo cuesta más.

Los costos de contratar son costos de transacción.[2] Como ya hemos dicho en otras secciones de este trabajo si yo quiero comprar una casa debo identificar la casa que quiero adquirir y quién es su propietario. Ello implica invertir una serie de recursos (tiempo y dinero) en buscar casas, compararlas, informarme de sus precios y elegir la que finalmente me gusta. Pero luego tengo que negociar con el probable vendedor que también deberá invertir recursos en ubicarme y en averiguar quién soy. Esta negociación puede consumir también una cantidad importante de recursos. Mientras nos ponemos de acuerdo puedo perder oportunidades de celebrar otros contratos, perder mi tiempo en discusiones interminables, invertir recursos en negociar y en tratar de convencer a la otra parte con mi propuesta.

Luego tenemos que contratar un abogado que también invertirá tiempo y dinero en redactar un contrato y en hacer el estudio de títulos correspon-

---

2. El Premio Nobel de Economía Ronald Coase («The Problem of the Social Cost» en *Journal of Law and Economics*, Octubre 1960. pp. 1-44.) define los costos de transacción en los siguientes términos: «*Para llevar a cabo transacciones de mercado es necesario descubrir con quién deseamos transar, informar a la gente qué deseamos intercambiar y en qué términos, conducir negociaciones que lleven a un convenio, redactar el contrato, llevar a cabo la inspección necesaria para asegurarnos que los términos del contrato se observan, y demás. Estas operaciones son, a menudo, muy costosas; suficientemente costosas para evitar muchas transacciones que se llevarían a cabo en un mundo en el que el sistema de precios funcione sin costos*».

dientes para asegurar mi adquisición. Si mi deseo por una casa nueva y el del vendedor de recibir dinero lo justifican, estaremos dispuestos a incurrir en toda esta serie de costos, que pueden llegar a ser importantes, para perfeccionar la transferencia de la propiedad de la casa y el pago del precio.

Finalmente, una vez que tengo un contrato tengo que hacerlo cumplir. Los costos de ejecución y cumplimiento de un contrato son parte de los costos de transacción dado que cuantos mayores sean habrá menos contratos. Por ejemplo, Poderes Judiciales poco predecibles, que hacen difícil saber si el contrato podrá cumplirse, elevan el costo transaccional y con ello desincentivan a contratar o conducen a contratar en términos ineficientes.

Bajo ciertas circunstancias, los costos de transacción pueden impedir que un contrato se celebre, a pesar que este contrato pudiera ser razonable y beneficioso para ambas partes. O pueden llevar a que el contrato sí se celebre, pero no en los términos que maximizan el bienestar social. Por ejemplo, si un consumidor compra una lavadora que no deseaba porque los costos de transacción le impidieron evaluar cuál era su verdadera calidad, hay contrato, pero podría conducir a una peor asignación de recursos.

Como se desprende de lo dicho, los costos de transacción pueden ser de diversa naturaleza y presentarse en momentos diferentes del devenir contractual. Podemos, sin embargo, ensayar una clasificación, basándonos en Cooter y Ulen[3].

a. Costos de búsqueda, referidos a los costos de identificar con quién y sobre qué contratar. Por ejemplo, el tiempo y dinero invertido para identificar a la contraparte, conocer mis necesidades y preparar la formulación de una oferta, entre otros.

b. Costos de arreglo, entendidos como aquellos derivados del proceso de negociación y redacción de los términos contractuales, lo que incluye el tiempo, el costo de oportunidad durante las discusiones del contrato, los honorarios de abogados, etc.

c. Costos de ejecución, que incluye el costo de hacer cumplir el contrato una vez celebrado éste, monitoreando el cumplimiento, y movilizando los mecanismos necesarios para castigar la inejecución del mismo, lo que va desde la ejecución de garantías contractuales hasta los costos de los procesos judiciales y arbitrales que fueran necesarios.

Como se puede apreciar, las dos primeras categorías (costos de búsqueda y de arreglo) ocurren ex ante a la celebración del contrato, y son los costos

---

3. Cooter, Robert y Thomas Ulen. *Derecho y Economía.* Fondo de Cultura Económica, México. Primera Edición en español. pp. 120-121.

necesarios para llegar a tener un acuerdo. Por el contrario, la tercera categoría (costos de ejecución) se presentan ex post a la celebración del contrato. [4]

La labor de interpretación se da ex post a la celebración del contrato, y es parte de los costos de ejecución. Así, la interpretación es necesaria al momento en que, debiéndose ejecutar el contrato, surge una discrepancia en torno a cómo debe ser leído y entendido el texto de alguna o algunas de sus estipulaciones. Los costos de interpretación son los costos en que incurren los «intérpretes oficiales» del contrato (jueces o árbitros) que involucra el costo mismo de financiar su labor (remuneraciones, equipo de apoyo, tiempo, etc.) el costo para las partes en tiempo y dinero (lo que incluye contratar abogados, expertos o árbitros) así como el costo de error, es decir, el costo que la interpretación esté «equivocada» y que por tanto genere pérdidas.[5]

Sin embargo, la función de costos de transacción ex ante es interdependiente de la función de costos de transacción ex post. Ello significa que modificaciones en los costos ex ante afectan los costos ex post. Para ponerlo en sencillo, el incremento de los costos de búsqueda y sobre todo de negociación puede reducir el costo de ejecución. Al mismo tiempo la reducción de costos de búsqueda y negociación puede incrementar los cos-

---

4. Posner (POSNER, Richard, «The Law and Economics of Contract Interpretation» John Olin Law & Economics Working Paper No. 229, (2D series), p. 4 en http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.htlm) propone una fórmula para determinar los costos de transacción que enfrenta un contrato:

$$C=x+p(x)[y+z+e(x,y,z)]$$

Donde «C» es Costos de transacción, «x» es el costo de negociar y redactar el contrato, «p» es la probabilidad de que surja un conflicto, «y» el costo de litigio para las partes, «z» el costo de litigio para el sistema judicial y «e» el costo del error. El primer término del lado derecho de la ecuación («x») representa la primera etapa en la determinación de lo que el significado del contrato, la etapa en que son las partes las que deciden que dice el contrato, y conforman los costos ex ante. El segundo término («p(x)[y+z+e(x,y,z)]») representa la segunda etapa (costos ex post), en los que en el evento de una disputa legal sobre el significado del contrato, el problema es sometido a la decisión de un juez o de un árbitro.

5. Colocamos la expresión «equivocada» entre comillas precisamente porque, aunque suene paradójico, puede ser un término equívoco. Puede entenderse como la incapacidad del intérprete de encontrar la voluntad correcta, entendiendo como la que fue la voluntad real de las partes. Pero ya vimos que usualmente el problema es justo que tal voluntad no existe, al menos de manera completa. Por eso definiremos como «equivocada» aquella interpretación que no maximiza el valor del contrato, en el entendido que las partes hubieran, de haberse planteado el problema interpretativo que debe ser resuelto, elegido la opción que maximizaba dicho valor.

tos de ejecución. Y ello por el impacto que tienen los costos ex ante en los costos de interpretación, que son costos ex post o costos de ejecución.

Me explico mejor con algunos ejemplos. Comencemos con el caso tomado de mi experiencia arbitral referido a si es el propietario o el contratista el que debe asumir los costos de nivelación del terreno según el acta que suscribieron cuando surgió la discrepancia entre ambas partes. Las partes no se pudieron poner de acuerdo sobre quién debe asumir el costo de la nivelación, pero sí están de acuerdo con el hecho que quien ejecute los trabajos sea el contratista. Es posible que si hubieran seguido negociando hubieran llegado al final a un acuerdo. Pero en su cálculo las partes ven que el tiempo de demora en la negociación para salvar el impasse es alto, y se refleja en el costo de oportunidad de tener las actividades de la obra paralizadas. Ante ello prefieren llegar a un acuerdo que, justamente significa, que no están de acuerdo sobre quién asume el costo, pero que permite continuar con la obra. Al hacerlo reducen los costos de negociación (no acordar es en términos de costos de negociación más barato que acordar algo), pero incrementan los costos de ejecución futura porque elevan los costos de interpretación del contrato, lo que finalmente significaría que tendrían un arbitraje. Así han decidido aliviar los costos de negociación a sabiendas que ello requerirá un arbitraje posterior, con honorarios de árbitros y abogados, para dirimir cómo debe «interpretarse» una supuesta voluntad común que no existe. [6]

Si las partes en el contrato actuaron racionalmente, entonces debe entenderse que en su evaluación advirtieron que el costo de tener paralizada

6. Un ejemplo parecido se dio en mi experiencia profesional en un pacto de honorarios con un cliente. En el contrato se dijo que el honorario de éxito se devengaría cuando «se llegara a un acuerdo con los principales acreedores». Sin embargo, el concepto de principal acreedor no estaba definido, como tampoco estaba definido qué significaba acuerdo. Si uno conociera la historia sabría que cuando se pactó el honorario el desenlace de la historia era realmente impredecible, con lo que definir los términos referidos era realmente muy difícil. El uso de términos generales permitía, luego de saber cómo ocurrieron las cosas, buscar un sentido razonable. Pero las partes eran concientes que existía una ambigüedad. Cuando se llegó a un acuerdo con algunos acreedores, surgió una discrepancia sobre si se había devengado o no el honorario. Afortunadamente las partes llegaron a un acuerdo sobre la interpretación razonable que evitó ir a una interpretación por un tercero, usando el «espíritu del acuerdo». La explicación de lo ocurrido es sencillo. Si las partes se hubieran puesto a negociar en el momento de gran incertidumbre inicial, la cláusula hubiera sido muy compleja. La decisión de dejarla en términos tan ambiguos obedecía a la conciencia de que el costo de interpretación posterior era inferior al costo de redacción ex ante. Los hechos demostraron que las partes estuvieron en lo correcto.

la obra (derivado de los costos de negociación) era sustancialmente superior al costo esperado de la actividad interpretativa posterior de los árbitros. Entonces prefirieron un acuerdo concientemente imperfecto porque el análisis costo beneficio así lo aconsejaba.[7]

La misma lógica se puede aplicar a otros ejemplos. Vayamos al caso de ejecutar la obra como un «contratista experimentado». El texto general y abierto del término delega al intérprete el precisar su contenido frente a un caso concreto que se presente. Sería posible que las partes decidan seguir negociando y dar un contenido más preciso al término. Podrían acordar con gran nivel de detalle los procesos constructivos y los estándares técnicos aplicables a cada actividad y con ello reducir significativamente los costos a los intérpretes. Pero ello significa más negociación, contratos más completos y, sobre todo, mayores honorarios de abogados y personal involucrado. El uso del término general y más abierto deja al intérprete la labor de precisar ex post, ante el caso concreto «qué quisieron decir las partes». Por supuesto que la existencia de referentes que precisen el contenido del término (usos y costumbres comerciales o de la plaza, precedentes judiciales o arbitrales, etc.) reduce el costo de interpretación y por ende el

---

7. Para los aficionados a la economía el acuerdo incompleto e imperfecto es razonable si el costo marginal de una unidad más de negociación (digamos una semana más negociando qué es lo que estiman les va a tomar llegar a un acuerdo completo, y que sería un beneficio si se visualiza como ahorro) es superior al costo marginal de una unidad más de interpretación (es decir, el costo de delegar a los árbitros el «interpretar» la frase que justamente no refleja ningún acuerdo). Como bien me hizo notar Ursula RUESTA en una conversación para discutir el artículo mis términos no son, sin embargo, tan precisos como los que usaría un economista exigente. Otra forma de visualizarlo se deriva de la fórmula de POSNER que citáramos antes. En realidad las partes debería de seguir negociando cuando:

$$x < p(x)[y+z+e(x,y,z)]$$

Donde «C» es Costos de transacción, «x» es el costo de negociar y redactar el contrato, «p» es la probabilidad de que surja un conflicto, «y» el costo de litigio para las partes, «z» el costo de litigio para el sistema judicial y «e» el costo del error. Los costos y beneficios deben ser analizados en términos marginales de manera que representen el costo de una unidad adicional de negociación.

Por el contrario las partes debería dejar de negociar y dejar la imprecisión para una interpretación posterior cuando:

$$x (>) p(x)[y+z+e(x,y,z)]$$

Dados que los dos lados de la inecuación son interdependientes uno del otro (es decir, el aumento de uno baja el otro y a la inversa) el objetivo final es que la suma de ambos lados (es decir, $x+p(x)[y+z+e(x,y,z)]$) arroje la menor cifra posible.

costo de error de los intérpretes. Durante la negociación esos son los tipos de problemas que las partes deben resolver para ampliar o limitar el rol de los intérpretes bajo el costo de incrementar el costo de la negociación.

Finalmente, tenemos el caso de cómo leer el término «medidas judiciales» para determinar si comprende medidas arbitrales. Quizás este es el caso que se parece más a una actividad interpretativa «químicamente pura». Pero no está exenta del mismo problema. Quizás lo que ocurrió es que las partes ni siquiera pensaron que el problema podía surgir. Pero sí son concientes que más revisiones y lecturas del proyecto de contrato reducirán el riesgo de imprecisiones. Si bien no son concientes que no están de acuerdo, lo cierto es que sí son concientes que seguir esforzándose para tener un mejor acuerdo no vale lo que cuesta. Entonces «tiran la toalla» y firman, asumiendo el riesgo de aquellas imperfecciones que saben siempre pueden existir.

La moraleja es que el costo de interpretar es inversamente proporcional a la inversión en negociación. Dado que la cantidad de negociación invertida es una decisión conciente de las partes, la imperfección del contrato (que es la causa principal de la necesidad de interpretación) es en el fondo una decisión más o menos conciente de las partes. Por ello, la necesidad de interpretar es consecuencia de acuerdos, a veces tácitos o no totalmente internalizados, de no estar de acuerdo en todo.

Es interesante notar las similitudes de lo propuesto y analizado con la interpretación constitucional. El intérprete constitucional, y en particular el Tribunal Constitucional, usa técnicas bastante abiertas y menos literales. Como veremos más adelante se enmarca más dentro de lo que llamaremos contextualismo antes que en el textualismo. La razón es que el texto constitucional es consecuencia del consenso político. En las Asambleas Constituyentes los diversos partidos tienen que llegar a acuerdos que reflejan posiciones ideológicas muy diversas. Y no es extraño que no puedan estar de acuerdo. Usualmente se resuelve usando términos ambiguos que permiten interpretaciones diversas, que dan para un lado o para el otro. Ello explica el uso de términos como *economía social de mercado* o *interés social* o *interés público* o *dentro de los márgenes que establezca la ley.* Todos ellos son invitaciones para que el intérprete constitucional le dé un sentido cuando se presente el caso concreto. Los costos del consenso político parecen más altos que los costos de dejar a un intérprete posterior resolver el dilema.[8]

---

8. Alejandro FALLA y Pedro GRÁNDEZ me hicieron notar estas similitudes durante las discusiones llevadas a cabo durante la elaboración de esta sección.

Las ideas que hemos expuesto hasta acá pueden ser entendidas de mejor manera usando dos conceptos que ya vimos en la sección anterior: contrato perfecto y contrato óptimo.

Un contrato perfecto es aquel que contempla todas las contingencias imaginables. Todo está previsto con suficiente detalle como para no necesitar interpretación o encontrar vacíos. Un contrato perfecto es complejo y utópico. Y es utópico porque los costos de negociarlo y escribirlo son prohibitivos. Así, igual como en el dicho «Nadie es perfecto», los contratos perfectos tampoco existen.

Por el contrario, el concepto de contrato óptimo alude a un texto que solo incluye y prevé aquellos términos que es económicamente razonable prever. En un contrato óptimo la inclusión de un término se deriva de que los costos de transacción necesarios para redactarlo e incluirlo están justificados por los ahorros futuros que significarán. En pocas palabras los contratos óptimos sólo incluyen aquellas cláusulas en las que los costos marginales de inclusión son inferiores a los beneficios marginales de inclusión. Por ejemplo, prever un evento que es muy poco probable que ocurra puede tener altos costos de identificación justamente por lo inusual que sería que ocurriese el evento. Y los beneficios son limitados justamente porque es poco probable que esa cláusula sea realmente necesaria. Por el contrario, eventos que ocurren con frecuencia sí parecerían justificar una mayor y más cuidadosa redacción, porque si bien pueden tener costos, los beneficios pueden ser apreciables.

Si uno concuerda el análisis que venimos efectuando con lo desarrollado en la sección anterior sobre la teoría de la imprevisión, descubrirá la íntima vinculación, pocas veces advertida, entre interpretación e imprevisión. Como veremos más adelante, en la sección siguiente, también hay un vínculo muy íntimo entre estos dos aspectos y el dolo y el error. En todos estos casos la previsión de lo futuro es la generadora de problemas y la que exige soluciones. Es que la imprecisión contractual, la no previsión de contingencias o la evitabilidad de errores son partes de un solo proceso: la configuración del contrato, y los costos de transacción que dicha configuración implica. Habrá imprecisión, imprevisión y asimetría de información como consecuencia si los costos de transacción no dejan resolver el problema. Y de la misma manera habrá impresiones, imprevisiones y errores deseables, cuando los costos de transacción de evitarlos son demasiado altos. Estos costos, y su relación con los costos de mecanismos de solución posterior como la interpretación, la imposibilidad, la excesiva onerosidad o las reglas que regulan los vicios de la voluntad determinan como se establece la relación entre contratos óptimos y los nunca deseables contratos perfectos.

Si regresamos al tema de la interpretación, una cláusula imprecisa puede ser óptima, si es que los costos de transacción ex ante necesarios para precisarla no justifican el beneficio que se obtiene por reducción de costos de interpretación futura.

Así, los contratos óptimos logran un balance adecuado entre el detalle de su texto y la necesidad de interpretación posterior. En pocas palabras usan textos muy claros y precisos cuando ello es más barato que dejar la labor al intérprete en el futuro y son incompletos e imprecisos cuando los costos de usar un intérprete posterior son más bajos que la inclusión de textos claros.

Las reglas de interpretación tienen mucho que ver con lograr la existencia de contratos óptimos. Hacen más fácil prever cuánto costará usar redacción precisa y cuándo dejar las cosas a una interpretación futura. Crean además incentivos para incluir o evitar incluir precisión y claridad en los contratos.

La conclusión es entonces que, los contratos precisos y completos, que se acerquen a contratos perfectos, no son deseables. Ello significa que un contrato muy detallado y preciso, contra lo que pueden creer los abogados, no es necesariamente un contrato óptimo. Por el contrario, un contrato impreciso y ambiguo podría ser óptimo, según las circunstancias.

## II. «TEXTUALISMO» Y «CONTEXTUALISMO»

Existen distintas clasificaciones de los métodos de interpretación. Así definimos una multiplicidad de métodos, que van desde el literal hasta el teleológico o funcional, pasando por el sistemático, el histórico, entre otros. A ellos los rodeamos y complementamos con figuras afines como la analogía, la interpretación a contrario o la integración contractual y los lubricamos con principios como el de conservación del acto jurídico o el de buena fe.

Voy a proponer, sin embargo, como punto de partida, una clasificación más simple y general, usada por el análisis económico del derecho, y que agrupa los remedios interpretativos en dos opciones o aproximaciones.

La primera la vamos a llamar «textualismo», castellanización del término inglés *textualism.* Como señala COHEN, si los intérpretes presumen que la contratación completa (casi podríamos decir perfecta) es deseable y posible, entonces se está presumiendo que el texto del contrato es la mejor aproximación a la intención de las partes. Sin embargo, la consecuencia de ello es que si las partes no llegan a tener un contrato completo, se presume, bajo el textualismo, que su carácter incompleto es no deseable. En ese contexto, el rol de las cortes o los árbitros debe ser el de desincentivar contra-

tos incompletos o imperfectos, cargando las consecuencias de la oscuridad de un término a la parte que pudo evaluar la solución o la existencia del vacío a menor costo.[9] Esta es la aproximación que suele tener una buena parte de la doctrina y de los sistemas legales, y sobre todo la práctica de muchos abogados y cortes.

El textualismo explica la aplicación de principios como la interpretación en contra del estipulante, o la imposición, por medio del principio de buena fe, de la obligación de hablar claro o de pedir explicaciones, como cargas cuyo incumplimiento genera una interpretación en contra del interés de quien soporta dicha carga.

También explica una priorización del método literal como el más importante y central en la labor interpretativa.[10] Si el texto del contrato es la mejor expresión de la intención común, entonces el intérprete debe rehuir buscar fuera del texto tal intención.

En el sistema anglosajón el textualismo impacta en la existencia de principios como el llamado *parol evidience rule*[11] o la *four corners rule*[12] que prohíben o limitan al intérprete el uso de pruebas distintas al texto del contrato para encontrar el sentido del mismo.

El textualismo trata además de reforzar el concepto de autonomía privada, asumiendo que son los individuos los mejores jueces de su destino y por tanto nadie debe decidir por ellos. Salirse del texto del contrato puede entonces ser visto como una limitación a tal autonomía al usar elementos ajenos a las partes para determinar las consecuencias de sus actos.

---

9. COHEN, George M. «Implied Terms and Interpretation in Contract Law» pp. 82-83.En *Encyclopedia of Law & Economics*, Publicada por Edgar Elgar y University of Ghent, Editores Generales Boudewijn Bouckaert y Gerrit De Geest, http://encyclo.findlaw.com/

10. También podría decirse que la interpretación sistemática, orientada a usar los otros términos del contrato para entender qué dice un término dado, muestra una aproximación textualista atemperada, pues sigue usando el texto del contrato, pero acepta que las cláusulas no pueden interpretarse leyéndolas en su solo texto.

11. Como señala Richard POSNER (op cit, pp 29-30) según la *parol evidience rule,* si las partes han redactado un contrato que se ve como completo no es posible producir o evaluar pruebas vinculadas al proceso de negociación que condujo a la celebración del mismo. Tales pruebas son inadmisibles en el juicio.

12. Como también dice POSNER (op cit, pp 21-22) según esta regla las partes de un contrato que aparece claro de su simple lectura (lo que significa que una persona competente en inglés y que desconoce el contexto en el que se dio el acuerdo pensaría que el texto sólo admite un significado) están impedidas de presentar pruebas sobre cómo debe ser interpretada extrínsecas a «las cuatro esquinas» del texto del contrato escrito.

En contraste tenemos, como segundo paradigma, el llamado contextualismo (castellanización del término inglés *contextualism*). Como dice COHEN, el contextualismo parte de la premisa que el carácter incompleto de los contratos es inevitable, e incluso deseable, dadas las limitaciones de dinero, tiempo, comprensión y capacidad de prever todo en la negociación. En ese contexto las Cortes llenan los vacíos o le dan sentido a las imprecisiones, presumiendo lo que las partes querían, usando como referentes algún estándar externo al texto del propio contrato.[13]

Del contextualismo se derivan métodos de interpretación como el teleológico o funcional o el uso de la conducta de las partes como indicador de la intención común.

Bajo el contextualismo las Cortes presumen que las partes contrataron bajo la expectativa que dichas Cortes llenarán los vacíos o imprecisiones de lo que han escrito usando los términos que partes racionales hubieran usado bajo condiciones de costos de transacción bajos.[14]

Se cuestiona que el contextualismo enfrenta un riesgo evidente, y es que la regulación de una relación contractual privada queda fuera del ámbito de control de la autonomía de las partes, sujeta a la composición por terceros que no necesariamente son los que mejor conocen el interés de los contratantes. Esta es una afirmación que debe ser matizada. Efectivamente se abre la puerta a que sea un tercero el que decida qué es mejor para las partes. Pero, por otro lado, si partimos de la idea que son las partes las que pudieran acordar que no estaban de acuerdo, lo que han acordado implícitamente, por voluntad propia, es que sea otro el que decida por ellas. Y ello por que asumen que la labor interpretativa de un tercero es más barata que los costos de negociar para ponerse de acuerdo en un texto más preciso.

La disyuntiva entre textualismo y contextualismo refleja el conflicto entre precisión e imprecisión, entre contratos perfectos y contratos óptimos. Y ese no es otro que el conflicto entre seguridad jurídica y flexibilidad ante nuevas situaciones. En ese conflicto no hay reglas únicas. En algunos casos, en particular en los que hay situaciones fáciles de prever la seguridad, la literalidad (y por tanto el textualismo) parecen adecuados. Por el contrario, situaciones en que es difícil prever que va a pasar, la flexibilidad del texto contractual, y por tanto el contextualismo, parecen la mejor opción.

---

13. COHEN, op cit p. 83

14. GOETZ y SCOTT, citados por COHEN, op cit, p. 83

Basándose en las ideas de textualismo y contextualismo descritas, Richard POSNER[15] hace una interesante descripción de lo que los intérpretes (Cortes o árbitros) pueden hacer para resolver una ambigüedad en un contrato. Básicamente sugiere que se pueden usar cuatro posibles reglas:

a. Tratar de determinar qué es lo que las partes realmente querían, es decir, asumir que ellas resolvieron el problema interpretativo en su negociación, sólo que no lo expresaron claramente en la redacción. Propiamente hubo acuerdo, es solo que éste no está claro. La aproximación, si bien podría parecer textualista, busca en realidad fuera del texto del contrato, cuál es la verdadera intención de las partes, justamente porque asume que el texto no es del todo claro. Para ello usualmente se utiliza la conducta previa, simultánea o posterior de las partes. Por ejemplo, se recurre a las evidencias existentes del proceso de negociación (propuestas, proyectos de contrato, etc.) o la forma como el contrato se venía ejecutando, como prueba de cuál era la intención de las partes.

b. Escoger la solución económica más eficiente, asumiendo qué es probablemente lo que las partes querían o habrían querido si se hubieran colocado en el supuesto. Se abre la posibilidad de que el acuerdo sobre el punto en controversia no exista, es decir, que pueda haber un acuerdo explícito o implícito de que no están de acuerdo. Esta aproximación es básicamente contextualista porque el intérprete está recurriendo a un dato externo al texto del contrato (cuál debería ser el acuerdo eficiente) para decidir cómo se cumple el contrato.

c. Tratar el caso como si hubiera que lanzar una moneda al aire para ver si sale cara o cruz porque no está claro (y no se podrá realmente tener claridad sobre) qué se quiso decir (con lo cual no es posible realmente llegar a una solución), y aplicar alguna regla que rompa los nudos creados por la situación, como por ejemplo que las ambigüedades se resuelven en contra de la parte que exige el cumplimiento del contrato o en contra de quien redactó el texto. De esa manera, sabiendo que no es realmente posible descubrir qué se quiso decir, se escoge una regla que manda incentivos futuros a las partes para ser más claros y evitar que ambigüedades similares se produzcan en el futuro. Esa es, por ejemplo, la solución que da el artículo 1401 del Código Civil Peruano,[16] solución que se basa en el entendido que quien redacta condiciones generales de contratación o los formularios con-

---

15. POSNER, op cit, pp 12-13.

16. Artículo 1401.- Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra.

tractuales es el más barato evitador de la ambigüedad al contar con mayor información. Por ello, para reducir la ambigüedad futura, se le hace responsable de dicha ambigüedad por medio de una interpretación contraria a su interés.

d. Combinar los métodos a y c anteriores, pretendiendo que el contrato siempre refleja un acuerdo completo de las partes y que nada fuera del texto del contrato puede ser usado para interpretarlo. Este es el método literal de interpretación, llevado a su máxima expresión, que conduce a una interpretación sumamente formalista. Es pues la máxima expresión del textualismo. La regla lleva implícita que las partes son concientes que si no son claros, solo el texto, y nada más que el texto, se usará para determinar qué es lo que acordaron.

Como acertadamente propone POSNER[17], el primero de los métodos (determinar qué es lo que las partes quisieron decir) arroja los mayores beneficios. Ello, porque asumiendo que las partes tienen la mayor y mejor información sobre sus propias preferencias y necesidades, lo que quisieron pactar es el mejor referente de aquello que maximiza el interés de ambas. Sin embargo, es la solución más costosa porque descubrir qué es lo que se quiso decir puede ser realmente problemático si el lenguaje del contrato no es claro, salvo, claro está, que inventemos la forma de leer la mente.

Se podría pensar que la segunda (escoger la solución eficiente asumiendo que es la que hubieran querido las partes) es la mejor justamente porque se orienta a la que maximiza valor. Pero como dice POSNER[18] ello es incorrecto pues si las partes son mejores jueces de lo que es bueno para ellos, de lo que sería una Corte o un árbitro, el riesgo de error del intérprete no es deleznable. Así el problema no es dudar que debería darse la salida eficiente, sino cómo encontrar cuál es efectivamente esa solución eficiente sin saber cuáles son las preferencias y necesidades de las partes. En términos de HAYEK, en un mundo donde la información para tomar decisiones está descentralizada en millones de individuos, usar mecanismos centralizados de decisión, ajenos a los individuos, conduce a decisiones posiblemente equivocadas.[19]

---

17. POSNER, op cit, pp. 13 y 14.

18. Ibid, loc cit.

19. Para una comprensión adecuada de la teoría hayekiana de la información revisar *The Essence of Hayek*, Chiaki Nishiyama y Kart R. Leube, editores. Hoover Institutution Press y Stanford Universit, 1984, especialmente los ensayos «The Use of Knowledge in Society» (pp. 211 y siguientes), «Competition as a Discovery Procedure (pp. 254 y siguientes) y «The Pretence of Knowledge» (pp. 266 y siguientes).

En el fondo el contextualismo plantea que la información que se use sea distinta a la que tienen en su poder los individuos afectados por la decisión. Por ello si la información de los individuos (intención común de las partes) puede ser identificada a un bajo costo, es preferible usar dicha información.

Sin embargo ¿Qué ocurre cuando los costos de la primera opción (descubrir la verdadera intención) son prohibitivos? Allí parece que buscar la mejor aproximación (*the best guess*) es la salida más lógica. Si uno asume que las partes, actuando racionalmente, van a buscar una salida en la que ambos obtengan beneficios, uno debería esperar que las partes lleguen a acuerdos en los que ambos ganan, lo que en términos paretianos significa un movimiento hacia la eficiencia.

Por ejemplo es de esperar que las partes acordaran que un riesgo sea asumido por aquella de las dos que puede enfrentarlo a menor costo. Imaginemos el riesgo de un defecto de fabricación en un producto. Si surgiera la duda de cuál de las partes debe asumir el riesgo porque el texto del contrato no está claro, parece evidente que el fabricante, por el control del proceso productivo, sería quien debería asumirlo. Así, mientras el fabricante puede, mediante mejoras en su proceso productivo, reducir el riesgo defecto a un costo de 100, el consumidor tendría un costo sustancialmente superior, digamos de 300, para evitar o corregir el mismo problema. Si no sabemos cuál de los dos asumió el riesgo porque no está claro en el texto, parece evidente que los costos del contrato se reducen si se interpreta que el riesgo es asumido por el fabricante. Si este asume el costo incrementará el precio en 100 al consumidor. Pero si no lo hace el consumidor verá incrementado el costo en 300 adicionales, con lo que el fabricante perderá ventas o tendrá que reducir el precio para compensar al consumidor. Ambos ganarían si el que asume el costo es el fabricante. En esa línea es lógico asumir que la intención de las partes es que la asignación de riesgos se efectuará de aquella manera en que minimice los costos del contrato.

Claro que el problema de ello, como ya se anotó, es que a veces no es tan sencillo saber cuáles son los costos para las partes de asumir determinados riesgos ni cuál es la preferencia de ellas para asumirlos o rechazarlos. Por ejemplo, pueden haber determinados riesgos que pueden ser corregidos de mejor manera por el consumidor, con un adecuado uso (conservar el bien en un lugar que tenga determinada temperatura, no darle determinados usos o ser cuidadoso con el uso a darse, etc.). El mismo bien podría comprarse en un contexto de ventas de bienes defectuosos a cambio de reducciones de precios (lo que no es extraño que ocurra por ejemplo en remates de ropa con defectos o «yaya»), lo que muestra que no necesariamente la interpretación que parece obvia es la correcta. En tales supuestos, ante la ambigüedad del contrato, no parece lógico trasladarle el costo al fabricante.

Pero no necesariamente el traslado del riesgo a cambio de un precio menor es claro. Imaginemos sino el caso del mercado de automóviles usados, donde no es tan fácil determinar qué defectos son asumidos por el vendedor y cuáles por el comprador. Si bien parece que el fabricante podría asumir el riesgo de mal funcionamiento de un auto, el mal uso por el consumidor eleva el riesgo de mal funcionamiento. Por ello el contextualismo puede conducirnos a resultados equivocados, solo justificables si los costos del textualismo se tornan aún más elevados que los costos de error.

Vayamos a la tercera opción propuesta por POSNER, es decir, usar lo que él llama «desatar nudos» o «romper ataduras» creando incentivos para que los contratos sean perfectos, usando principios tales como el de interpretación en contra del estipulante, o imponer la obligación de hablar claro o de pedir explicaciones. Según el propio POSNER[20] es la opción más barata, pero también la que ofrece menores beneficios. Incluso los beneficios podrán ser negativos porque se incrementan los costos de transacción en determinadas situaciones. Ese tipo de reglas obliga a las partes a continuar negociando incluso cuando los beneficios de dicha negociación no justifican los costos, sólo para evitar las consecuencias de una interpretación en contra de una de las partes. Así se consumirán más recursos en una redacción más cuidadosa, acercándonos al contrato perfecto y quizás alejándonos del contrato óptimo. Justamente los beneficios de las dos primeras propuestas es que reducen los costos de redacción. Ésta los incrementa.

Por ejemplo, un vendedor, temeroso de ser considerado el redactor del contrato, podría exigir un mayor detalle en el contrato porque la falta de claridad va a ser usada en su contra. Por su parte, el comprador podría encontrar incómodo seguir incluyendo o aclarando cláusulas. Ello incrementa los costos en pérdida de tiempo, en abogados y en complejidad de la transacción. Y quizás conduzca a la frustración del negocio que se pretende realizar.

Esto es particularmente claro en los contratos de consumo, en los que, si bien se han reducido los costos de transacción usando formatos estándares o contratos de adhesión, lo cierto es que los estipulantes colocan mucho más información y detalle en el texto de los contratos de los que quizás fueran necesarios, solo porque la oscuridad o vacío va a ser interpretado en contra de los proveedores. La letra pequeña o la extensión de los contratos podrían ser consecuencia no solo de la intención de engañar y confundir, sino del esfuerzo por evitar las consecuencias de una regla como la tercera mencionada por POSNER, lo que hace de los contratos algo innecesariamente complejo y lleva a reducir la letra para usar

20. POSNER, op cit, pp. 14-15.

menos papel. Habría que preguntarse si ello contribuye a generar mejor o peor información para los consumidores.

Finalmente la cuarta opción, calificada por POSNER como la formalista o literalista, establece que solo el texto del contrato es relevante para la interpretación del mismo, más allá incluso de la intención real de las partes. El reflejo de esta teoría en nuestro sistema legal se expresa en ideas que justamente establecen que es la voluntad declarada la realmente relevante para determinar el contenido de un contrato. Como señala POSNER[21] estas tesis han venido ganando adeptos en el mundo académico en los últimos años, quizás porque los académicos actuales están más desvinculados del mundo real donde se desarrollan los contratos y los negocios que les sirven de base, y se sienten incómodos saliéndose del mundo del mero texto contractual. Para esos académicos es preferible quedarse en el mundo de la semántica y alejarse del mundo en el que actúan los seres de carne y hueso.

Sin embargo esta aproximación tiene serios problemas si uno asume la idea que muchas veces las partes justamente están de acuerdo en que no están de acuerdo, y han dejado en el contrato invitaciones, a veces expresas, pero en otras implícitas, a que otros (jueces o árbitros) determinen su contenido final. El literalismo entonces fuerza a la partes a incurrir en mayores costos de transacción para evitar que interpretaciones meramente semánticas alejen el contrato de sus verdaderos fines o de los resultados queridos por ellos. Contra lo que podría pensarse el literalismo podría conducir a un uso de mayor discrecionalidad, al dejar en manos del intérprete la labor de darle sentido a términos que realmente no tienen sentido.

Los factores que afectan los costos y beneficios de la interpretación son básicamente dos. El primero es la calidad de los intérpretes. La segunda son las propias reglas de interpretación, es decir, cuáles son las facultades y límites que la Ley impone sobre los intérpretes.

## III. EL INTÉRPRETE

La calidad y competencias del intérprete permiten aumentar o reducir los costos y beneficios de la interpretación. Como bien señala POSNER[22] un Poder Judicial bien capacitado y entrenado (y por tanto más costoso de implementar) reduce el costo de error y con ello mejora los beneficios de la actividad interpretativa. Ello incrementa el costo para al Estado, que tiene

21. POSNER, op cit, p. 15

22. POSNER, op cit, p. 16.

que contratar mejores jueces y dotarlos de recursos, pero reduce los costos a las partes de negociar todo el contrato al detalle. Sin embargo, podría haber un beneficio incluso en la reducción de costos gubernamentales, porque mejores jueces hacen la interpretación más predecible, y al hacerlo reducen en número de juicios, lo que a su vez significará menos jueces en el futuro.[23]

El contextualismo será una buena solución en esta situación porque los jueces serán confiables para completar el contenido de los contratos. El resultado es que los costos de transacción ex ante se reducirán porque las partes no tendrán que invertir tanto en negociar y redactar el contrato. Ello generará a su vez más contratos, lo que a su vez requerirá más jueces, porque si bien habrá menos problemas interpretativos por contrato, habrá más contratos en el mercado, lo que contribuye a elevar el número de juicios. La primera y segunda regla de Posner (búsqueda de la intención real de las partes o uso de la regla eficiente para completar el contenido contractual) podrán ser adecuadas.

Por el contrario, si el Poder Judicial es incompetente o corrupto, el resultado será que es poco confiable para completar el contrato, lo que conducirá a las partes a una actividad de redacción más intensa que a su vez incrementará los costos de transacción ex ante. Si los jueces son poco confiables, los costos de transacción ex post se incrementan, lo que hace recomendable el uso de reglas que limiten la ambigüedad ex ante. Las reglas tercera y cuarta de Posner (desatar nudos o literalismo) parecen mejores porque reducen la discrecionalidad del juez.

Ello explica una tendencia, al menos en el discurso, a limitar las facultades de interpretación de juez, cuando este pertenece a un sistema judicial poco capacitado o corrupto. Más de una vez un cliente me ha indicado, cuando pide que le redacte un contrato que «No requiera ir al Poder Judicial», en el sentido que tenga tanto detalle que no genere conflictos. Pero ello incrementa el costo de negociarlo y redactarlo.

De otro lado es interesante analizar el rol del uso del arbitraje para temas contractuales. Es de esperar que el sometimiento a arbitraje lleve a que las partes se inclinen por reglas interpretativas más acordes con el contextualismo. Ello porque la elección de los intérpretes asegura una mejor calidad de los mismos, y a su vez, una mayor confiabilidad en el uso de elementos distintos al texto del contrato para la interpretación. Se reduce

---

23. Como también señala Posner (op cit, loc cit) mejores jueces afectan el negocio de arbitraje, porque mejores jueces hacen menos necesario contratar árbitros que suelen ser «contratados» como intérpretes calificados con experiencia en los temas objeto de controversia.

los costos de transacción ex ante, se reduce parte de los costos de transacción ex post, en especial los vinculados al error en la interpretación, pero eleva otros, al menos para las partes, que tienen que incurrir en los costos de pagar los honorarios arbitrales que se incrementan según se busca mejores árbitros, de la misma manera como ocurre con el gobierno si desea un mejor Poder Judicial.

De hecho, los árbitros suelen ser elegidos precisamente por su conocimiento de los mercados en que se contrata, lo que explica además por qué no es inusual tener árbitros que no son abogados, sino personas con conocimiento de los mercados involucrados. No es extraño tener ingenieros arbitrando contratos de construcción o economistas arbitrando temas de regulación tarifaria.

Es usual además que los árbitros sean abogados en ejercicio, acostumbrados a contratar y a atender demandas de servicios de comerciantes y empresarios. Conocen mejor el tipo de problemas que deben enfrentar sus clientes y comprenden la lógica económica de las cláusulas, y la eficiencia de ciertas salidas frente a otras, al menos mejor que jueces que usualmente se dedican solo a resolver casos y no saben qué se encuentra «tras bambalinas» en el mundo de los contratos, es decir, en el mundo de los negocios. El contextualismo parece por tanto una mejor opción en el mundo del arbitraje.

Ello además es consistente con la existencia del llamado arbitraje de conciencia en el que los árbitros resuelven según sus conocimientos y su leal saber y entender.[24] Los conocimientos del árbitro y su leal saber y entender son elementos ajenos al texto del contrato y suelen reflejar aspectos técnicos o económicos del mercado en el que el contrato objeto de controversia está incluido. Un árbitro de conciencia, en contraposición a un árbitro de derecho, es un intérprete invitado a ser más contextual, y menos textual, al revisar no solo el contrato sino incluso la misma Ley, en base a aspectos ajenos al texto escrito.

---

24. Ver por ejemplo la Ley General de Arbitraje Peruana:

> «Artículo 3.- Arbitraje de derecho o de conciencia.- El arbitraje puede ser de derecho o de conciencia.
>
> Es de derecho cuando los árbitros resuelven la cuestión controvertida con arreglo al derecho aplicable. Es de conciencia cuando resuelven conforme a sus conocimientos y leal saber y entender.
>
> Salvo que las partes hayan pactado expresamente que el arbitraje será de derecho, el arbitraje se entenderá de conciencia.
>
> Los árbitros tendrán en cuenta, de tratarse de asuntos de carácter comercial, los usos mercantiles aplicables al caso.»

Todo esto significa que es de esperar que en contratos con cláusulas arbitrales, tal como sugiere POSNER,[25] el detalle y precisión del contrato (y por tanto los costos de transacción ex ante, derivados de la negociación del mismo) sean menores a los que se tendrían en un contrato cuyos conflictos interpretativos van a ser resueltos por un juez ordinario. Y significa también que debe entenderse al árbitro como un intérprete «más liberal» que un juez en relación al texto estricto del contrato.

Lo explicado en relación del arbitraje también se refleja en otra situación relativamente común, y tiene que ver con el llamado «adelanto de opinión». En lo judicial se considera una seria infracción del juez adelantar opinión sobre lo que va a resolver. Pero en el arbitraje es común que los árbitros «adelanten opinión» sutilmente sobre el tema sujeto a su decisión. No es extraño además el dictado de laudos parciales o simplemente de instrucciones o actuaciones orientadas a motivar acuerdos entre las partes. Ello es especialmente interesante en un contrato que invita a ser contextual. No es extraño que los árbitros adelanten criterios o parámetros de su decisión y dejen luego un espacio para que las partes se pongan de acuerdo. Hace poco, en un arbitraje en el que actuaba como abogado, surgieron una serie de asuntos probatorios. El Tribunal, en lugar de resolver cada una de las tachas, oposiciones y discrepancias (que eran cientos) simplemente anunció los considerandos generales de su decisión, es decir, los criterios que usaría, y dejó que las partes se pusieran de acuerdo sobre qué pruebas quedaban y cuáles no. La controversia se redujo sustancialmente a unos pocos documentos.

La lógica de interpretación que estamos analizando parece sugerir el uso de la misma técnica. El árbitro podría adelantar en un laudo parcial los criterios que va a usar y de ahí dejar que las partes se pongan de acuerdo. Luego solo resolvería lo que no pudieron acordar. Esta es una técnica usualmente aplicada por conciliadores, pero que perfectamente podría ser usada por árbitros. Pero para ello hay que desaparecer el temor al adelanto de opinión. Finalmente ya los árbitros están decidiendo. Es solo que están decidiendo por partes y no de un solo golpe.

Lo que la técnica referida significa es que en una situación que invita al textualismo, surgido el conflicto hay más información sobre como debió haberse pactado, porque ya se conoce el problema.[26] Definir algunos criterios

---

25. POSNER, op cit, p. 18.

26. Regresando al ejemplo antes citado del acuerdo de que el honorario se devengaría cuando se llegue a un acuerdo con los principales acreedores, hoy ya se sabe a que acuerdo se arribó y con quién. Anunciar los criterios generales puede conducir a que las partes se pongan de acuerdo sobre los detalles.

ayuda a que las partes hagan lo que no pudieron hacer antes porque los costos de transacción no lo permitían. La actividad de los árbitros es reducir los incentivos de conducta estratégica que se generan durante el litigio.[27]

## IV. LAS REGLAS Y MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN

Como decíamos, además de la calidad del intérprete, los costos y beneficios de la interpretación dependen también de las reglas legales de interpretación y de los límites que coloquen sobre el intérprete.

Usualmente las reglas de interpretación son una amalgama que combina principios textualistas y contextualistas. El Código Civil Peruano no es la excepción. Sin embargo, las formas en las que se establecen las relaciones entre el textualismo y el contextualismo tienen un impacto importante en los costos y beneficios de la actividad interpretativa.

Como veremos, el Código no tiene un sistema interpretativo, sino una enumeración desordenada e inorgánica de principios y métodos.

En esta sección, vamos a pasar una rápida revista a las reglas de interpretación del Código Civil Peruano, complementados con algunos aportes de la doctrina, para entender su nivel de consistencia (o inconsistencia) con los conceptos que hemos venido desarrollando.

### 4.1 El Método Literal

En una teoría textualista pura, uno diría que lo que es objeto de interpretación es la declaración expresada en el contrato, y no la voluntad real de las partes. Si asumimos que las partes dijeron todo lo que tenía que decir, y que es muy difícil descubrir la voluntad real, lo que uno debe interpretar es solo lo declarado, asumiendo (incluso cuando es evidente que no es así) que el contrato es perfecto.

Ese es justamente el punto de partida de nuestro sistema. El objeto de la interpretación es una declaración o comportamiento pero colocado en el marco de circunstancias que les confieren significado. La interpretación se realiza sobre una entidad objetiva que consiste en la expresión de voluntad y no sobre la voluntad en sí misma de alguna de las partes, lo cual implicaría un análisis del plano volitivo del agente. Así, no es posible saber realmente lo que quiso el agente, pero sí lo que se expresó. Sin embargo, vere-

---

27. El tema del fallo en dos partes y el supuesto adelanto de opinión surgió en una discusión con Huáscar EZCURRA.

mos que el uso de circunstancias ya implica un alejamiento del textualismo, al menos entendido en su sentido químicamente puro.

Este principio referido a que lo que se interpreta es la declaración objetiva y no la voluntad subjetiva se desprende claramente del artículo 168 del Código Civil[28], al señalar la norma que el acto se interpreta «*...de acuerdo a lo que se haya expresado en él...*». Por otra parte el artículo 1361 del mismo cuerpo legal[29] reitera el principio al señalar que»*Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla*».

Sin embargo, estas normas exige al intérprete guiarse por el principio de buena fe al momento de determinar el significado del acto jurídico respectivo, lo que es reforzado por el artículo 1362 del mismo cuerpo legal[30] que impone a las partes a negociar, celebrar y ejecutar el contrato en base al principio de buena fe. Como veremos, el uso de la buena fe es un mecanismo para atemperar el textualismo exagerado que se derivaría de que el Código se hubiera limitado a decir que lo que se interpreta es lo expresado, y punto. El principio de buena fe permite introducir las circunstancias para encontrar el sentido de lo dicho, lo que abre puertas para, indirectamente, identificar la posible voluntad real de las partes. Pero el punto de partida es la declaración.

Así el Código parte de la cuarta regla de Posner (lo que se interpreta es el texto del contrato), pero atemperada con mecanismos que dan al intérprete la posibilidad de entender por declaración algo más amplio que el simple texto del contrato, y añadirle como elemento adicional las circunstancias, principalmente la conducta anterior, simultánea y posterior de las partes. Y esa conducta no es otra cosa que expresión de lo que las partes pueden estar pensando, más allá de lo que declararon expresamente. Atemperar el hecho de que solo se interprete la declaración estrictamente considerada permite, con limitaciones, saltar de la cuarta a la primera regla de Posner (buscar la real intención de las partes), aspecto que no está finalmente vedado al intérprete peruano, como sí puede ocurrir en ciertas cir-

---

28. Artículo 168.- El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.

29. Artículo 1361.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

    Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

30. Artículo 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

cunstancias con reglas del *common law* como la *parol evidence rule* o la *four corners rule,* que limitan estrictamente, en ciertas circunstancias, la posibilidad del intérprete de buscar la intención real de las partes.[31]

Sobre el particular LOHMANN nos dice:

> «Es de advertir, además, que con inusitada y desgraciada frecuencia la intención del resultado que se quiere manifestar no va de la mano ni se lleva bien con el propósito práctico que traslucen los términos o signos con que se expresa la declaración de voluntad, de suerte que el intérprete, además de tener en consideración el comportamiento del agente o agentes, habrá de asumir en todos lo casos la condición, conocimientos y experiencia del declarante y, particularmente, del receptor de la declaración. Pues no hay que olvidar que si las declaraciones recepticias sólo se consuman al ser recibidas por la otra parte, a ésta afecta también el conjunto de circunstancias que rodean la declaración ( ... ) y que tal vez hagan que se interprete la voluntad declarada de una u otra manera.»[32]

Quizás los representantes del lado dogmático de la doctrina civil sugieran que estoy en un error porque en realidad no es que la conducta sea un factor externo de la declaración, sino que es parte de la declaración. En realidad ello me tiene sin cuidado. Si es parte de la declaración o algo externo a ella que ayuda a interpretarlo no es tan importante. Lo importante es notar que el reconocer la conducta y demás circunstancias como elementos relevantes para la interpretación, es reconocer que un literalismo reducido a «las cuatro esquinas del contrato» solo nos conduce a la tragedia de creer que los contratos perfectos existen.

En el fondo una reducción de la declaración contractual como todo lo interpretable (reduciendo la interpretación a un mero literalismo que hace de esta actividad una meramente semántica) conduce a un textualismo asfixiante que olvida que las partes pueden, explícita o implícitamente, haber acordado que no están realmente de acuerdo. Ello lleva al intérprete a armar un rompecabezas sin contar con las piezas principales, solo porque la interpretación meramente semántica no es el problema real que las partes quisieron ponerle. En realidad, quisieron que resolviera justamente la falta o deficiencia del acuerdo, no que descubriera un acuerdo inexistente.

---

31. Por ejemplo, la aplicación de estas reglas anglosajonas limitan la posibilidad al intérprete de revisar proyectos anteriores del contrato, documentos que explican lo que las partes buscaban, y aspectos similares que justamente nos acercarían a la voluntad real.

32. LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Negocio Jurídico.* Editora Jurídica Grijley, 2da Ed, 1994. p. 268.

Entonces ¿Cómo entender el método literal de interpretación como expresión de un textualismo atemperado en nuestro Código Civil? Según este criterio interpretativo, el intérprete indagará lo que la literalidad de la cláusula contractual denota o significa, mediante el uso de las reglas lingüísticas propias del entendimiento común del lenguaje escrito. El método literal es entonces la puerta de entrada a la interpretación dentro de cualquier sistema jurídico basado en la escritura.

Pero salvo que estemos frente a un contrato perfecto, el método literal puede conducirnos a multiplicidad de posibles sentidos. Como dice Marcial RUBIO[33] señala que «*el método literal suele actuar, implícita o explícitamente ligado a otros métodos para dar verdadero sentido a las interpretaciones y, en muchos casos, es incapaz de dar una respuesta interpretativa adecuada*».

La frase de RUBIO reconoce que los contratos perfectos no existen, y que una interpretación siguiendo solo la cuarta regla de POSNER nos dejará en numerosos casos en la orfandad total de comprensión sobre cuál es la regulación contractual aplicable.

Es por ello que al desarrollar la labor de interpretación de la voluntad declarada el agente no debe, según nuestro Código, limitar o restringir su labor al contenido literal del contrato o de la cláusula en cuestión. La interpretación literal deberá ser sólo una primera y necesaria aproximación al problema; pero, posteriormente, los resultados que ésta arroje deberían de ser contrastados con los resultados que arrojen los otros criterios interpretativos.

Así, existe una prohibición al literalismo, no porque la interpretación literal sea prescindible, sino porque siendo el punto de partida, el intérprete está prohibido de conformarse con la simple lectura del texto que se interpreta, en particular si tiene dudas sobre su certeza, y debe pasar a los otros métodos para confirmar o descartar la interpretación que el texto literal sugiere. La interpretación literal es el punto de partida pero también es el punto de llegada, porque luego de aplicar los demás métodos, se regresa al texto del contrato para verificar si el texto soporta lo que los otros métodos sugieren.

Sobre el particular, LOHMANN[34] señala con claridad:

> «(…) la interpretación, a que se arribe debe revelar concordancia, armonía y conformidad entre lo declarado y la voluntad que se dice expresada en la

---

33. RUBIO, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Sétima edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1996. p. 259.

34. LOHMANNN, op cit, 1994. p. 265.

> declaración. Recordemos que la actividad interpretativa concluye con una posición, quiero decir, con un acto mediante el cual el intérprete re-expresa lo declarado. Lo que entonces quiere decir el artículo es que entre la materia objeto de interpretación y el resultado de ésta, ha de haber una suerte de avenencia, de viabilidad, de modo tal que no pueda sostener una voluntad sin un razonable grado de acogida en la declaración.»

Así, nuestro Código tiene a su vez, como puerta de entrada y de salida, el textualismo, pero uno puede encontrar el contextualismo dentro del «recinto» de la interpretación. Por ello uno entra por lo literal, se pasea por lo contextual, pero sólo debería pasar los la puerta de salida aquellas interpretaciones que pasen «físicamente» por el umbral del texto de la declaración.

La opción por una u otra de las alternativas obtenidas a partir de una interpretación literal, se tomará buscando lograr que la interpretación literal que se elija sea aquella que resulta consistente con lo que dictaron, a su vez, la interpretación sobre la base de otros criterios.

Usar el ejemplo del caso Raffles V. Wichelhaus[35] ayuda a ilustrar el punto. Se trataba de un contrato de venta de algodón a un precio fijo. El contrato decía que el algodón iba a ser embarcado en el navío *Peerless*. Sin embargo, surgió que había en realidad dos navíos con el nombre *Peerless* que arribaban en fechas distintas. Dado que el precio del algodón era volátil, el valor del contrato para el comprador variaba según la fecha en la recibía el algodón pues según ello su valor de reventa era distinto.

La interpretación literal no permitía discernir a cuál de los dos barcos se refería el contrato, pues el nombre era idéntico. No era pues un contrato perfecto. Si las partes hubieran usado e invertido más recursos en la negociación quizás hubieran descubierto que había dos barcos con el mismo nombre. Pero al no invertir esos recursos, correspondía al intérprete determinar de cuál le estaban hablando. El contrato no era perfecto y el textualismo «nos dejaba en el aire» para determinar cuándo debía entregarse el algodón.

El intérprete puede recurrir a otros métodos, incluidos aquellos que le permitan descubrir la verdadera intención de las partes, si es que ella existió, pero deberá regresar al texto del contrato una vez llegue a la conclusión de a qué navío *Peerless* se refería el contrato. Lo que está claro es que no se refería al navío *Huáscar*. No sería admisible que por otros métodos de interpretación, el intérprete concluyera que el algodón debía llegar un barco que no se llamaba *Peerless*, salvo que estuviéramos ante un tema de error en la declaración, pero eso ya es «harina de otro costal».

---

35. 2 H. & C. 906,159 Eng. Rep. 375 (Ex. 1864).

Podemos concluir que si bien al efectuar una interpretación no debemos de limitarnos de manera estricta al contenido literal del contrato o cláusula en cuestión, de manera alguna ello implica que la conclusión a la que se arriba pueda ser contraria a lo expresamente señalado por las partes. En efecto, la voluntad expresada por las partes se constituye como el principal límite a la labor interpretativa, en la medida que constituye la expresión directa de la voluntad de las partes, que constituye el eje central de toda interpretación.

¿Qué explica esta preferencia y fuerza dada por nuestro sistema a la interpretación literal? La respuesta es relativamente sencilla a la luz de lo explicado líneas arriba. Si asumimos que lo que las partes quieren es lo mejor para ambas, entonces el contrato maximiza el bienestar social si se cumple lo que querían. Dado que la voluntad real es costosa de descubrir, la opción más barata que nos acerca a dicha voluntad es la declaración. Sin duda la declaración puede tener problemas, pero en principio deberíamos presumir, como dice el articulo 1361 de nuestro Código Civil, que las partes expresaron lo que querían expresar, de la misma manera como deberíamos presumir en una conversación que lo que dice uno de nuestros interlocutores coincide con lo que piensa. Si la declaración es clara, entonces tenemos una muy fuerte evidencia de que responde a la voluntad real, con lo que la declaración reflejaría lo que las partes quieren. Por el contrario, si la declaración es ambigua, ésta debe ser leída como el reflejo de un acuerdo (explícito o implícito) de que no están de acuerdo, y por tanto una invitación al intérprete a resolver ex post el problema creado por los costos de transacción ex ante, es decir, por los costos de negociar y redactar el contrato. Ante tal situación el contextualismo toma fuerza.

Así, la fuerza dada por el sistema a la interpretación literal es entonces el fruto de la necesidad de reducir costos, en particular cuando tenemos buenos indicios de que la declaración maximiza a su vez los beneficios esperados de las partes en el contrato.

### 4.2 La búsqueda de la voluntad real común

Si asumimos que lo que las partes realmente querían es lo mejor para ellas, porque maximiza el valor del contrato, saber cuál es tal voluntad parece la mejor opción. Dado que es difícil conocerla, debe priorizarse el método más económico para acercarse a ella, es decir, la lectura de la declaración. Ahora, si la lectura de la declaración nos genera dudas, quizás valga la pena hacer el esfuerzo para tratar de descubrir cuál de todas las posibles interpretaciones refleja tal voluntad real. Para ello puede ser interesante revisar la correspondencia previa, los proyectos de contrato, los informes

internos de evaluación de las partes, la forma como ejecutaron sus obligaciones, y en general cualquier elemento probatorio que nos acerque a saber qué es lo que realmente querían.

Sin embargo, ello puede tener dos problemas. El primero, ya mencionado, es el costo de descubrir ello de manera adecuada y precisa. No siempre hay información disponible que muestre ello, y de haberla puede ser equívoca. Por ejemplo, la correspondencia anterior entre las partes podría reflejar posturas que justamente fueron descartadas en la negociación. También podría ocurrir que la conducta en la ejecución de las obligaciones contractuales podría ser ambivalente.

Pero la segunda, aún más complicada, es que tal voluntad común no exista, justamente porque el acuerdo es uno que refleja no estar de acuerdo. Si las partes dijeron que el estándar era el de «contratista experimentado», pudieron haber imaginado cosas radicalmente distintas o incluso ni siquiera ponerse a pensar qué significaba ello en la confianza en que los jueces o árbitros le dieran un sentido razonable.

Ello significa que, si bien no debe descartarse la búsqueda de la voluntad real, dicha búsqueda puede ser infructuosa o excesivamente costosa. Por ello no es un último recurso, sino sólo un esfuerzo para acercarnos a la voluntad que maximiza el valor del contrato. Sin embargo, conforme el costo de error se incrementa, su uso se vuelve menos aconsejable.

Decíamos que esta posibilidad se deriva del principio de buena fe, que permite apreciar la declaración más allá de la declaración misma. De acuerdo con DIEZ-PICAZO[36], el principio de búsqueda de la voluntad común de los contratantes implica que:

> «la interpretación debe orientarse, en primer lugar, a indagar y encontrar la verdadera voluntad de los contratantes (...) que es ante todo la voluntad que presidió la formación y la celebración del contrato (...) y la voluntad común de ambas partes y no la voluntad individual de una de ellas».

De acuerdo con el principio de buena fe el intérprete deberá tener en cuenta la confianza y las expectativas que las partes se generaron recíprocamente a través de la voluntad que expresamente declararon y que consta en el contrato celebrado, lo que no excluye las expectativas reales que tuvieron si es que el texto no es claro.

Así, toda interpretación deberá efectuarse de forma tal que la conclusión a la que se llegue refleje y respete la confianza que la voluntad declara-

---

36. DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Volumen 1, Segunda Edición. Madrid: Editorial Tecnos. 1983. p. 263.

da en el contrato generó en ambas partes. Ello teniendo en cuenta que la confianza surgida fue la que generó que se contratara en los términos en que se hizo y que las partes se comportaran como lo hicieron.

Como se puede apreciar, la buena fe implica que al interpretarse el Contrato, éste debe ser leído como un compromiso de colaboración mutua dirigido a que ambas partes vean realizados los intereses por los cuales celebraron el contrato. Por ello ninguna interpretación debe derivar en una consecuencia por la cual una de las partes no vea satisfecho el interés que motivó el Contrato, es decir, llegar a la conclusión que alguien pactó un contrato en términos que no le generaban beneficio alguno. Por ejemplo, un precio sustancialmente bajo en un bien que ambas partes saben defectuoso (como una camisa con «yaya») podría ayudar a interpretar una cláusula de exoneración de garantía de manera que el vendedor no asumió el riesgo de un defecto que lo deja sin ninguna utilidad en el contrato.

Así, para interpretar la declaración, uno no solo debe estar a lo expresado en ella, sino a las circunstancias en las cuales se hizo la declaración, incluyendo elementos tales como la experiencia de las partes, la situación del mercado que rodea la operación, el conocimiento existente de tal circunstancia por las partes, entre otros. Esas circunstancias son tanto las anteriores, las existentes al momento del acto e incluso las posteriores que sean relevantes, tales como la conducta de las partes que permita entender cómo entendieron qué es lo que dijeron.

La búsqueda de la voluntad real es una expresión atemperada del contextualismo. O dicho de otra manera es el contextualismo más textualizado, pues pretende apartarse relativamente poco del texto del propio contrato. Su uso es recomendable cuando existen pruebas o elementos indiciarios de la voluntad real común que reducen los costos de acceder a ella, y siempre que no pueda presumirse que en realidad no estemos frente a un acuerdo a no estar de acuerdo. Si ello es así, se está persiguiendo un imposible pues propiamente no existe una voluntad común.

### 4.3 Interpretación sistemática

Derivado del denominado principio de unidad del contrato, el método de interpretación sistemática está recogido en el artículo 169 del Código Civil, que establece:

> «Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas».

De acuerdo con este principio, toda cláusula dudosa o poco clara debe ser interpretada de manera tal que guarde consistencia con todo el conjunto del contrato. Así, se busca eliminar cualquier duda o contradicción que pudiera presentarse, solucionándola para que el contrato no pierda su finalidad.

Como explica Emilio BETTI, este principio se basa en que:

> «...el negocio viene considerado como un todo unitario para ser interpretado en su totalidad, un todo entre cuyas partes singulares, preliminares y conclusivas, no es admisible una separación neta»[37].

En la misma línea, LUIS DIEZ-PICAZO explica:

> «Dentro de la interpretación lógica tiene una gran importancia lo que Betti ha llamado el canon hermenéutico de la totalidad o interpretación sistemática del contrato (…), según la cual las cláusulas de un contrato deberán interpretarse las unas por las otras atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas. El criterio sistemático es una consecuencia de la unidad lógica del contrato: por ejemplo, la evitación de contradicciones, de antinomias»[38]

Así, siguiendo este principio, deben preferirse aquellas interpretaciones que den coherencia a todas las cláusulas contractuales y no aquellas que nos lleven a interpretaciones absurdas, contradictorias, o a calificar de innecesarias o «duplicadas» algunas de ellas.

En realidad la interpretación sistemática es una mera precisión del textualismo. Sigue siendo un método de vocación textualista porque asume que los contratos se acercan a la perfección. Lo único que indica es que es más probable encontrar cláusulas imperfectas (consideradas por separado) que contratos imperfectos. Muchas aparentes imperfecciones se corrigen con una lectura completa del contrato.

### 4.4 La interpretación teleológica o funcional

De acuerdo con este criterio, en toda labor de interpretación se debe buscar o preferir, entre varias interpretaciones posibles, aquella interpretación que sea consistente con el objeto o la finalidad del contrato o de la cláusula que es materia de interpretación.

---

37. BETTI, Emilio. *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*. Traducción de José Luis de los Mozos. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado. p. 348.

38. DIEZ PICAZO, Luis. Op. Cit., p. 265.

El principio de interpretación funcional se encuentra recogido en el artículo 170 del Código Civil, el cual señala:

> «Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto».

Como se puede apreciar, este criterio de interpretación busca definir la causa del contrato o la razón de ser de la cláusula que es objeto de interpretación. En ese sentido este método se asemeja al denominado *ratio legis* o razón de la Ley, aplicable a la interpretación de normas jurídica. En la interpretación contractual ello implica buscar las funciones que el contrato debe alcanzar.

Parte de la doctrina nacional apunta en este sentido a indicar que finalmente interpretar (y más concretamente interpretar funcionalmente) es identificar la causa del contrato:

> «...la interpretación es justamente la averiguación de aquel sentido concreto a través de la previa individualización de su función. La interpretación entonces apunta primigeniamente al esclarecimiento del aspecto objetivo de la causa, para luego desentrañar la función específica del precepto de regulación, reflejada, en lo material, en el contenido particular del negocio.»[39]

Esta afirmación, en principio correcta, debe ser analizada con cuidado. Si el texto del contrato es claro, el fin práctico que se quiere lograr está claro pues se deriva del precepto a aplicarse. Si el texto no está claro, la búsqueda de la voluntad real es una forma de encontrar dicha finalidad asignada por las partes al contenido contractual, y ayuda a darle sentido.

Pero cuando ninguna de las dos alternativas es posible, no queda sino recurrir a la función económica que la figura contractual tiene, para de ahí deducir cuál fue la intención de las partes, o en todo caso, de haber notado el problema cuál hubiera sido su intención. Nótese que esta aproximación es especialmente relevante cuando nos encontramos frente a un acuerdo de no estar de acuerdo. Justamente es de esperar que las partes ahorran costo de negociación si en lugar de llenar el contenido contractual con todas las reglas prefieren dejar vacíos que los intérpretes llenarán en función a los fines que ordinariamente se persiguen en el tipo de negocios involucrados. De la misma manera como la partes dejan vacíos contractuales en la espe-

---

39. Palacios Martínez, Eric. «Prolegómenos hacía una teoría general de la interpretación del negocio jurídico» En *Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova*. Grijley, Lima, 2004. pp. 229-230.

ranza que las normas supletorias los cubrirán, las partes dejan imprecisiones contractuales en la esperanza que los intérpretes los cubrirán por las reglas usuales, derivadas de la práctica económica, y que responde a determinada racionalidad económica. En otras palabras las prácticas y usos comerciales suelen ser un gran paquete de normas supletorias.

Esta forma de interpretación, se acerca en nuestra opinión a la segunda regla de POSNER (buscar la solución consistente con la eficiencia cuando no es posible identificar aquella solución querida por las partes) y es el reflejo más claro del paradigma contextualista. Así, se escapa del texto para ir a la función económica del contrato celebrado.

Se puede decir que todo contrato, en especial los de prestaciones recíprocas (contratos sinalagmáticos) persiguen maximizar la eficiencia agregada del intercambio. El precio de reserva es la valorización que cada una de las partes hace de la prestación objeto del contrato. Se llama «precio de reserva» porque las partes no lo revelan, dado que si lo hicieran perderían capacidad de negociación. El precio de reserva del comprador es lo máximo que está dispuesto a pagar. El del vendedor lo mínimo que está dispuesto a recibir para desprenderse del bien. Imaginemos que el precio de reserva del comprador de una casa es 200 y el del vendedor es 150. Cualquier precio entre 150 y 200 refleja una transacción beneficiosa para ambos y por tanto que mueve a la sociedad hacia un punto superior en términos de eficiencia paretiana. Si el precio es 190, el comprador gana 10 (compró a 190 algo que valoriza en 200) y el vendedor gana 40 (vendió en 190 algo que valorizaba en solo 150). La sociedad en su conjunto ganó 50 (reflejado en que un bien pasó de un uso menos valioso de 150 a un uso más valioso de 200).

Es de esperar que las partes sean consistentes con sus precios de reserva y que por tanto lo pactado (incluyendo precio y asignación de riesgos y costos del contrato) refleje tales preferencias. En ese sentido debe presumirse que, al menos en principio, los contratos se orientan a maximizar el valor de los mismos.

Pero saber qué cláusulas y condiciones llevan a ese resultado no es sencillo. Un buen indicador es, sin embargo, las propias prácticas y usos del mercado. Si los comerciantes suelen distribuir riesgos y costos de cierta manera, es posible presumir que, salvo circunstancias determinadas y particulares, ello es eficiente en la mayoría de los casos. Ello explica, por ejemplo, las similitudes en los términos de ciertos tipos contractuales. Por ello un buen ejercicio de «adivinación» sobre cuáles son los términos eficientes, es identificar qué es lo que se suele pactar en circunstancias similares.

Así, por ejemplo, al interpretar qué quiere decir «contratista experimentado» para efectos de determinar el alcance de las obligaciones del constructor, el sentido debería partir de la idea que es razonable atribuir-

le los riesgos que alguien con experiencia puede administrar a menor costo. Ello es lo que las partes pactarían para maximizar su utilidad. Y es de esperar que el contenido eficiente de esa interpretación guarde correlato con la práctica comercial y la forma cómo las partes asumen riesgos en el contrato. Y si el intérprete es confiable, entonces tendremos una reducción de los costos de transacción ex ante, que es lo que las partes podrían estar persiguiendo.

En ese sentido, los pactos de acuerdo de desacuerdo pueden requerir justamente del uso de esta mecánica interpretativa. Y para ello se requiere usar el análisis económico de las reglas contractuales para evaluar si efectivamente reflejan soluciones eficientes para las partes.

### 4.5 El uso de la interpretación para incentivar contratos perfectos

La regla tercera de POSNER (el uso de reglas que rompan los nudos que generan ambigüedades tales como interpretaciones en contra del estipulante) también tienen cabida en nuestro sistema legal. En ocasiones tienen reconocimiento expreso, como se deriva del artículo 1401[40] que establece que en las cláusulas generales de contratación o en formularios prerredactados, los términos se interpretan en contra del estipulante.

Pero en ocasiones ello se deriva, de acuerdo a la doctrina, del principio de buena fe, tal como está recogido en los artículos 168 y 1362 del Código Civil. Así, las partes, al negociar el contrato, deben comportarse de manera de colaborar una con la otra para evitar ambigüedades.

De ello se deriva la obligación de las partes de ser claras en su declaración. El emisor de la declaración tiene así la obligación, basada en el principio de buena fe, de ser claro. Tiene la carga de usar un lenguaje que no se preste, en lo posible, a interpretaciones equívocas o ambiguas. Y la consecuencia de ello es que cuando el declarante no es claro, el término debe ser interpretado en contra de su interés si su declaración es la causa de la oscuridad en el término. Así se crean los incentivos para que el declarante use los términos o los defina de manera tal que reduzca el riesgo de confusión u oscuridad en la declaración.

Por su parte, el receptor de la declaración tiene la obligación, también impuesta por el principio de buena fe, de pedir aclaraciones respecto de aquellos aspectos y términos que no le queden claros o no sean precisos.

---

40. Artículo 1401.- Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra.

El peso que se coloca a la obligación de hablar claro frente a la obligación de pedir aclaraciones depende, en gran medida, del nivel de información y conocimiento que tienen las partes respecto a la materia que es objeto de contratación. Así, si bien en la contratación paritaria, el intérprete no debe utilizar principios tuitivos que beneficien a una parte sobre la otra, sí está facultado a interpretar una cláusula en contra de quien, conociendo que un término puede llevar a interpretaciones ambiguas, omite aclarar (por la vía de hablar claro o pedir aclaraciones) a la otra parte dicho hecho para reducir el riesgo de oscuridad. Y ello ocurre tanto cuando quien está en mejor situación para detectar la posible ambigüedad es quien declara (obligado en tal circunstancia a hablar claro) como quien recibe la declaración (obligado en ese supuesto a pedir aclaraciones).

Como el lector habrá advertido, estos principios plantean el problema de forzar a las partes a ponerse de acuerdo cuando precisamente lo que quieren es mantener una ambigüedad que, de ser precisada, elevaría los costos de transacción. Las partes pueden haber sido poco claras porque precisamente eso es lo que explícita o implícitamente querían dados los costos de obtener mayor claridad. Una regla de este tipo puede, por tanto, elevar los costos del contrato y reducir sus beneficios.

Sin embargo, surge la duda sobre cómo evitar conductas estratégicas de las partes con mayor información y que intencionalmente son poco claros para conseguir términos que los beneficien.[41]

Como se dijo, en contratación plenamente paritaria, parece haber poca base para aplicar este tipo de principios. Si dos partes sofisticadas y asesoradas por abogados negocian un contrato y una plantea un término poco claro, también es responsabilidad del receptor de la declaración no haber pedido aclaraciones o precisiones. Y ello porque quizás ambos estaban de acuerdo con la ambigüedad.

El principio parecería solo tener sentido en la contratación entre partes que enfrentan una asimetría informativa severa y que crea oportunidades para generar ambigüedades que benefician a una de ellas. Ello puede ocurrir, por ejemplo, en legislaciones como las de protección al consumidor.

Como dice COHEN[42] si las partes contratantes desean redactar un contrato completo pero fracasan en el intento, tal fracaso puede ser visualizado

---

41. Como ya mencionamos este es el mismo problema que enfrenta la teoría de la imprevisión (excesiva onerosidad, imposibilidad sobreviniente, frustración del fin del contrato) y la teoría del error (y en especial el tema del dolo omisivo) y es por ello que la respuesta que un Código Civil debería dar a todas estas instituciones debería ser coherente. Es, nuevamente, el dilema entre el contrato perfecto y el contrato óptimo.

42. COHEN, op cit, pp. 85-86.

como un caso de responsabilidad por accidentes. El «accidente» pudo haber ocurrido porque una de las partes no tomó precauciones contractuales eficientes. Por otro lado, alguna de las partes puede haber buscado que el contrato esté incompleto para desarrollar una estrategia de negociación que la beneficie mediante retención de información. Como ocurre en la responsabilidad por accidentes, incentivar una mejor contratación tiene sentido si las precauciones son efectivas en términos de costo-beneficio. Ello significa que una de las partes tiene menores costos de transacción para identificar un término adecuado y, además, que incurrir en esos costos este justificado por los beneficios generados. Ese es un cálculo bastante difícil de efectuar para un juez o un árbitro.

Pero además la interpretación en contra del estipulante no necesariamente nos conduce a una regla contractualmente eficiente. En ese sentido los riesgos de error de la Cortes son bastante altos.

Una mejor alternativa es, en caso de ambigüedad, estar por aquella regla que suele pactarse, es decir, inclinarse por una interpretación funcionalista. Con ello se reduce el riesgo de error. Además, es muy probable que si una parte quiere crear ambigüedad es para alejarse de lo que suele pactarse en el mercado. Si ello es así, mantener la regla general crea mejores incentivos que una regla en contra del estipulante.

Sin embargo, no se puede descartar la conducta oportunista o estratégica para distorsionar el contrato. Como bien decía COHEN, la imprecisión podría verse como un accidente. En la responsabilidad por accidentes, si la idea es desincentivarlos, los costos deben ser colocados en el lugar correcto. Si ambas partes tienen capacidad de tomar precauciones para evitar accidentes (por ejemplo, el automovilista manejar a velocidad adecuada y el peatón no cruzar la calle de manera distraída) colocar la responsabilidad en solo una de ellas (por medio de un principio de responsabilidad objetiva) desincentiva a la otra parte a tomar precauciones. Si los automovilistas siempre son responsables, los peatones tomarán menos precauciones y cruzaran la calle desprevenidos o se lanzaran contra los carros para obtener indemnizaciones. De la misma manera, si el estipulante siempre es responsable, la otra parte nunca pedirá que se aclaren las cosas o simplemente no leeré el contrato con suficiente diligencia. Ante tal supuesto es preferible una regla de negligencia, de manera que el automovilista solo será responsable si tuvo dolo o culpa. Bajo tal supuesto los peatones asumirán que si son atropellados el conductor pudo haber sido diligente, con lo que no le indemnizarían los daños. En ese sentido tomará precauciones para evitar sufrir el accidente.

Si las precauciones sólo pueden ser tomadas por una de las partes, entonces tiene sentido hacer siempre responsable a la parte que puede tomarlas. Por ejemplo, un pasajero en un avión no puede hacer nada para evitar

que éste sufra un accidente. Bastaría una regla objetiva que haga responsable a la aerolínea para conseguir el nivel de precauciones adecuadas. Y no se crea el problema de incentivos perversos porque igual la víctima no puede hacer nada para evitar el daño, por lo que no hay nada que incentivar.

Los mismos principios podrían aplicarse a reglas como, por ejemplo, las de interpretación contra el estipulante, asumiendo que la ambigüedad es una especie de accidente. Podría tenerse una regla objetiva que conduce a que ante cualquier ambigüedad el contrato se interprete en contra de quien lo redactó. Pero si ambas partes podían influir para evitar la ambigüedad, se crea un sistema que no crea los incentivos adecuados pues la otra parte no tomará precauciones. Incluso dicha regla haría responsable a una de las partes por una ambigüedad concientemente generada por ambas, lo que fuerza a eliminar la ambigüedad generando mayores costos. Solo se justifica una regla objetiva si solo una de las partes podía evitar la ambigüedad. Ello ocurriría en un caso de asimetría informativa severa, en la que una de las partes controla la información relevante y la otra virtualmente carece de toda información.[43]

Sin embargo, si ambas partes pueden tomar precauciones para evitar la ambigüedad, lo mejor es una regla subjetiva, en la cual solo se interpreta el contrato en contra del estipulante, si este actuó con dolo o culpa para generar la imprecisión. Debería demostrarse que hubo un engaño intencional o una negligencia para generar la ambigüedad en beneficio propio. En tal circunstancia las partes podrán ser ambiguas y delegar la solución de la imprecisión al intérprete sin reglas que fuercen a incurrir en costos de negociación y redacción innecesarios.

### 4.6 El principio de conservación del negocio jurídico.[44]

Otro de los criterios que suele usarse en la interpretación es el de conservación del negocio. Según dicho criterio, entre dos interpretaciones de un término contractual, debe estarse por aquella que determina la permanencia y validez de la cláusula. Así, por ejemplo, si al interpretar una cláusula, una de las posibles interpretaciones conduce a la nulidad o anulación de la misma (porque, por ejemplo, iría contra una norma de orden público, excede las facultades del representante que celebró el acto, etc.), se debe preferir la otra

---

43. Lo que sirve para justificar a veces los sistemas de protección al consumidor que imponen una carga fuerte sobre el estipulante para ser claro, estableciendo virtualmente una responsabilidad objetiva en contra del proveedor que redactó el contrato. Lo que ocurre es que la ley estaría presumiendo una suerte de situación de precauciones unilaterales.

44. Una discusión con Shoschana ZUSMAN me motivo a enriquecer este punto.

interpretación que está por la validez y eficacia del acuerdo. De manera similar, una interpretación que conduce a que una cláusula sea inejecutable, debe orientar al intérprete a preferir el sentido que permite que se ejecute.

El principio parte de una idea correcta. Es de esperar que si las partes incluyeron un texto es porque buscaron darle algún sentido y que el mismo se aplicará. Por ello, presumir que debe buscarse que se aplique es un buen comienzo. Pero no necesariamente es un buen final.

En primer lugar recordemos que las partes podrían haberse puesto de acuerdo en que no estaban de acuerdo. Si ello es así su voluntad no necesariamente es que se aplicará la cláusula en cuestión. Del contexto o del uso de otros medios de interpretación podría derivarse que lo mejor es dejar de aplicar la cláusula. El principio de conservación parte de asumir que las partes fueron tan perfectas al negociar que eran concientes que el contrato tendría siempre un sentido. Pero ello no necesariamente es así. El principio de conservación tiene por tanto un «tufillo» a que los contratos son perfectos, tan perfectos que nunca fallan. Pero como hemos visto ello es inconsistente con la realidad de los costos de transacción que sugieren buscar contratos óptimos y no perfectos. Por ello un resultado una deseable imperfección es la existencia de cláusulas inaplicables.

Por ejemplo, las partes pueden haber dejado concientemente una imprecisión sobre el tipo de algodón que iba a ser entregado en base a un contrato, en la confianza que los intérpretes sabrían, en el momento de ejecución, gracias a los usos y costumbres del mercado, cuál sería el tipo que se entregaría. Si una norma prohíbe la comercialización del tipo de algodón que se esperaba sería el entregable, no necesariamente la entrega de un algodón distinto (sí permitido por Ley) es un resultado deseable, a pesar que conservaría el acuerdo.

Pero incluso en supuesto de interpretación más convencional, el principio de conservación no puede ser llevado al extremo. Si en un contrato se dice que se va a entregar el caballo «blanco» y surge la duda sobre si es el caballo llamado «Blanco» o el caballo de color blanco, y el caballo llamado «Blanco» muere, no parece sostenible que el hecho que el contrato sea inejecutable con el caballo llamado Blanco debe conducir al intérprete a considerar que se debe entregar el caballo de color blanco porque así conserva el negocio jurídico.

## V. A MANERA DE CONCLUSIÓN: ¿CÓMO INTERPRETAR LOS CONTRATOS?

El Código Civil carece de un sistema de interpretación contractual sistematizado. Se ha limitado a enumerar algunos principios, la mayoría defi-

nidos con imprecisión y desorden. No hay prioridades en cuanto al uso métodos y no se ha establecido cómo resolver una situación de conflicto entre dos principios o dos métodos.

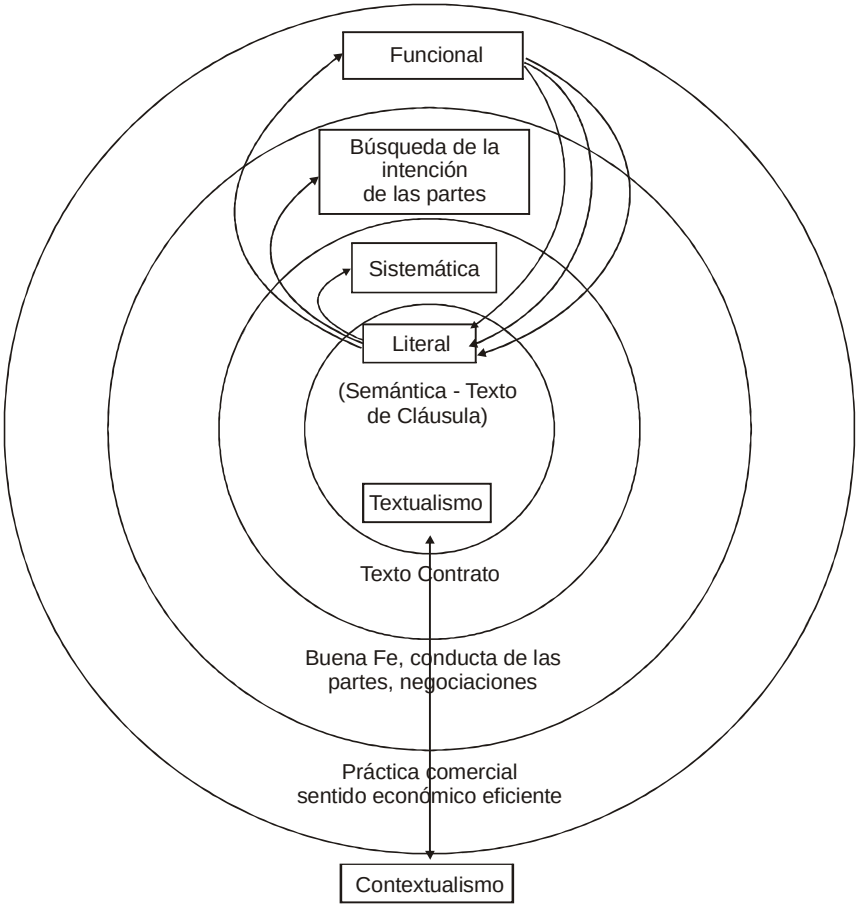
Ello se deba quizás a lo difícil que es tener una solución para todos los casos. Las complejas relaciones que se pueden establecer en un contrato y los problemas derivados de reducir costos de transacción ex ante frente a reducir costos de transacción ex post son un caldo de cultivo para el fracaso de soluciones muy rígidas o poco flexibles.

Sin embargo, sí creemos que es posible formular algunos principios básicos y una secuencia de análisis que ayude a desarrollar la labor interpretativa de mejor manera. Sin duda las complejidades de la interpretación no permiten un esquema excesivamente rígido ni matemático. Pero a su vez, la complejidad del fenómeno no debe servir de excusa para renunciar a hacer un esfuerzo de sistematización.

Antes de analizar el esquema que se propone es importante destacar un par de aspectos generales. El primero, tal como se dijo en un inicio, es que el problema interpretativo no siempre es descubrir qué es lo que se acordó. Suele ser justamente determinar o precisar lo que no se quiso acordar. Y ello por los problemas de costos que tener contratos perfectos significa. Esto le da una dimensión distinta a la labor interpretativa y ayuda a comprender problemas que suelen pasar inadvertidos. En ese sentido la distinción entre interpretación e integración contractual es, como se dijo, más que sutil, virtualmente inexistente. Si es necesario interpretar es porque las partes dejaron de colocar algo que hubiera hecho la interpretación innecesaria. Toda interpretación implica alguna forma de vacío o imperfección que debe ser llenada o reparada.

En segundo tema general tiene que ver con quién hace la interpretación. Es de esperar que los jueces, al menos en un país como el Perú, queden sujetos a esquemas más textualistas y los árbitros a esquemas más contextualistas. Es de esperar además que los criterios se tornen más contextualistas conforme mejore la capacidad de los jueces. Al redactar contratos, el resultado no debería ser el mismo si se redacta uno cuyos conflictos quedan sujetos al Poder Judicial común, a si queda sujeto a un sistema arbitral.

En general, el proceso de interpretación debería visualizarse como un recorrido entre círculos concéntricos, que tienen al centro círculos más textualistas que van diluyendo su textualismos hacia contextualismo conforme caemos en anillos más alejados del centro. Así, el intérprete comienza en el círculo central, que sería la interpretación literal, y va pasando los círculos siguientes (método sistemático, búsqueda de la intención real, funcionalismo) según va agotando los recursos para encontrar un sentido atendible al término contractual. Ello se refleja en el siguiente gráfico:




En ese sentido, entendemos que la secuencia lógica para un proceso de interpretación podría tener los siguientes pasos:

**a. Partir por el Textualismo**. Ello significa que la interpretación comienza por la declaración contractual y parte, en principio, determinando si el texto del contrato tiene o no varias interpretaciones posibles. Si de una lectura simple del texto queda claro que sólo una interpretación es razonable, ahí debería acabar la labor interpretativa. Si presumimos que la intención común de las partes es la mejor alternativa para maximizar el valor del acuerdo y sabemos que descubrir dicha voluntad real enfrenta altos costos, entonces la voluntad declarada de manera clara tiene una alta probabilidad de reflejar el acuerdo más eficiente. En cierta manera se plantea la aplicación de un suerte de *four corners rule* según la cual si el texto es claro, la labor del interprete se reduce a leer dentro de las «cuatro esquinas» del

contrato. Así se evita los costos de buscar la voluntad real. Ello implica no solo la interpretación de la cláusula por separado, sino de todo el contenido contractual, en aplicación del método sistemático.

Regresemos al ejemplo del navío *Peerless* para graficar el punto. Si se dice que el cargamento de algodón debe llegar en el navío *Peerless*, pero a diferencia del caso real, solo existe un navío *Peerless*, la declaración es más que suficiente para saber de qué barco estamos hablando. No tiene ningún sentido salirse de las «cuatro esquinas» del contrato para buscar una voluntad real que está más que clara en la declaración. En ese contexto no hay necesidad de recurrir al paradigma contextualista. El textualismo basta y sobra para resolver el problema. Si el intérprete comenzara a moverse hacia el contextualismo más que interpretar, estaría a la búsqueda de modificar el contrato usando el método de interpretación. Ello porque no sería admisible que el resultado de interpretar el término *Peerless* es que el cargamento debe llegar en el navío *Huáscar*.

**b. Pasar a la interpretación sistemática del texto.** Si de la lectura de la cláusula contractual sola el sentido no queda claro, el intérprete pasa a la interpretación sistemática y comienza a buscar el sentido del término usando los demás términos contractuales. Así, si existieran dos barcos *Peerless*, entonces aún nos queda la esperanza, sin salirnos del textualismo de recurrir a otras cláusulas del contrato. Por ejemplo otras cláusulas, al mencionar fechas de llegada del barco, podrían descartar que podamos estar hablando de uno de los *Peerless*, con lo que solo quedaría una opción. O podría hacer mención a la nacionalidad del barco o a quién es su capitán. La respuesta llegaría sin salir del textualismo.

Hay que tener en cuenta que el pase al método sistemático (como el pase a los demás métodos) no debe ser entendido de manera rígida. A veces el texto de una cláusula es claro por sí solo pero se vuelve impreciso en el contexto. A lo que aludimos es que si de la interpretación de la cláusula aislada el sentido es muy claro, se requiere una fuerte contradicción para revisar ese sentido a la luz de otras cláusulas contractuales.

**c. Búsqueda de la intención real.** Sólo si la declaración no es clara, se debe acudir a dar el primer paso hacia el contextualismo, aquel referido al contextualismo más moderado. El análisis de las circunstancias de la declaración, incluyendo la conducta previa, simultánea y posterior a la celebración del contrato, se tornan relevantes en cuanto reflejan qué es lo que las partes realmente quisieron. Así, por ejemplo, se puede recurrir a los documentos precontractuales, los intercambios de ideas, la forma como se ejecutó el contrato, la experiencia de las partes previa, etc. Sin embargo, el intérprete debe ser conciente de las limitaciones de este tipo de interpretación. En primer lugar, los costos de este tipo de actividad pueden ser eleva-

dos y su resultado limitado. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que una posibilidad es que el problema interpretativo no se derive de la oscuridad de un acuerdo, sino de la voluntad implícita o explícita de no acordar algo. Por ello si hay indicios que esa es la voluntad de las partes, continuar el esfuerzo de descubrir una voluntad inexistente puede no tener sentido.

Veamos nuevamente el ejemplo del *Peerless,* asumiendo, al igual como en el caso real, que hay dos navíos con el mismo nombre. No es posible de la mera declaración, saber de cuál estamos hablando. El textualismo resulta insuficiente. Los otros términos del contrato tampoco aclaran la situación. Entonces es legítimo recurrir a aquellos elementos que nos den pista sobre la intención real. Podría ser que en la correspondencia previa se identifique de qué *Peerless* estamos hablando. Puede ser que se haga referencia a fechas que indiquen de qué barco se trata. O puede ser que el *Peerless* correcto era el que usualmente usaron las partes en operaciones anteriores, lo que lleva a descartar al otro. Si eso es así, esos elementos fuera de las «cuatro esquinas» resultan suficientes. Si la evidencia es concluyente, parece que más contextualismo ya no es necesario. Pero si no existe, o existiendo no es clara, no queda sino seguir moviéndose hacia el exterior del círculo.

**d. Buscar la función del contrato.** De no ser útil el primer paso hacia el contextualismo, dar el segundo, orientado a identificar la función económica perseguida por el contrato. Ello tiene sentido si del texto del mismo o de la intención de las partes, no es posible derivar la función que quisieron darle. Para ello debe buscarse la función que acuerdos de la naturaleza del que es objeto de interpretación desarrollan socialmente. En principio debe asumirse que los acuerdos generan beneficios para ambas partes y que las partes buscarán una reglamentación contractual que maximice el valor del contrato, al momento de asignar costos y riesgos. Dados los costos de identificar qué es lo que las partes querían, la mejor estrategia posible parece ser aplicar la regla que usualmente se usa en el mercado para contratos similares. El problema se puede presentar con transacciones idiosincrásicas, es decir, no comunes en el mercado, y para las cuales no hay referentes. En esos casos la lógica económica debería ser la orientadora de la regla más eficiente.

En el caso del navío *Peerless*, puede ser que para una persona que conoce el mercado, la estacionalidad del mismo, derivada de que la demanda no es igual todo el año, permite identificar que una de las fechas de desembarco de algodón es absurda o antieconómica. Ello podría ser un elemento que, fuera del contrato, permite reconstruirlo de manera adecuada. Si lo que interpretamos es un término como «contratista experimentado», los usos y costumbres del arte o de la plaza pueden ser indicadores adecuados de cuál es la respuesta correcta. O si se tratara de una operación muy parti-

cular, sin mucho referente, la búsqueda de la regla que maximiza eficiencia parece el referente más adecuado. Llegado a este punto, el contextualismo era la única salida.

Es importante destacar que no importa dónde nos detengamos, hasta cuál de los anillos lleguemos, siempre hay que regresar al centro para ver si la conclusión a la que llegamos pasa por el umbral del textualismo, es decir, si la interpretación puede sostenerse sobre la declaración. Y siempre teniendo en cuenta que la declaración podría solo reflejar que no existió realmente un acuerdo. Como dijimos antes, del contextualismo no podría derivarse que se entienda que el *Peerless* quería decir *Huáscar.*

**e. Reglas contra conductas estratégicas.** El intérprete debe ser cuidadoso al aplicar reglas orientadas a buscar menores ambigüedades, tales como interpretaciones en contra de los estipulantes o similares. Esas reglas podrían estar presionando a la generación de contratos perfectos cuando estos no son óptimos. Solo en circunstancias donde es claro que tal conducta estratégica ha ocurrido por culpa o dolo del agente puede usarse una regla de ese tipo. En otras situaciones es más aconsejable usar las reglas más eficientes en atención al análisis funcional.

Usualmente estas reglas son usadas antes de salir del textualismo. Pero a veces son usadas una vez agotados todos los anillos del análisis. En cualquier caso se debe ser conciente que quizás la ambigüedad es querida por las partes y que forzarlas a levantarlas es forzarlas a incurrir en costos que no desean. Que una de las partes haya introducido el término «contratista experimentado» en el contrato no significa que sea ella la que debe cargar con el costo de la imprecisión del término. Por el contrario, puede ser que justamente la otra parte estaba de acuerdo que ese nivel de ambigüedad era deseable.

**f. Conservación del negocio.** Finalmente, la conservación del negocio es un buen referente y por tanto el intérprete debe intentar mantener la vigencia y ejecutabilidad del contrato y/o cláusula específica. Pero ese principio no debe llevarse al extremo, pues el resultado podría ser antagónico con la solución querida o con la económicamente eficiente.

Evidentemente la aplicación de este principio se hace más relevante cuando nos internamos en el contextualismo, dado que si estamos en el textualismo es posible que la solución sea solo una. Si el texto claramente y sin duda conduce a que el resultado sea la ineficacia o inejecutabilidad del contrato, debe esa ser la consecuencia. El intérprete no es un salvavidas llamado a rescatar el contrato del naufragio. Es solo alguien que de debe dar un sentido adecuado a la voluntad de las partes, y de no ser posible, a la generación de eficiencia que es el *best guess* de lo que las partes hubieran querido de no poderse descubrir por otro medio.

En cualquier caso, queda claro que el análisis económico puede ser esclarecedor del sentido que puede tener la interpretación de los contratos y ayudarnos a comprender la verdadera naturaleza del problema. Comprender que interpretar es muchas veces resolver una falta de acuerdo es un paso central para hacer bien el trabajo. Casi podríamos decir que todo se reduce a dos reglas: la central es conseguir que en la interpretación se respete la autonomía de voluntad de las partes. Pero la segunda es que se respete al menor costo posible.

# Cuando la gente se equivoca

## La asimetría y los defectos de información en la contratación*

Durante el verano de 1966 el Sr. Paul Curtis contactó al Sr. Robert Chapman mostrándole interés en comprar un terreno de diez acres en Lake County, Orlando, Estados Unidos. Curtis era un conocido corredor de inmuebles de la zona. Chapman también era corredor. En agosto de 1966 se cerró el trato. El precio pagado fue de US $ 47,500, que de acuerdo a condiciones de mercado de aquel entonces representaba un precio equivalente a una vez y media el valor del terreno. Chapman consideró que habían hecho un excelente negocio.

Posteriormente se descubrió que Curtis conocía un dato importante desconocido por Chapman: Walt Disney había considerado construir Disneyworld en la zona. El impacto de tal decisión en el valor de los inmuebles del lugar, incluido el que fue objeto de la operación, fue impresionante. Los precios se multiplicaron varias veces por simplemente con la difusión de la noticia.

---

* Esta sección se basa en el artículo titulado «La asimetría de información en la contratación. A propósito del dolo omisivo», publicado en el libro *Contratación Contemporánea*, Palestra Editores y Editorial Temis, 2000. Ha sido complementado con el importante aporte y colaboración de Domingo Rivarola.

Chapman interpuso una demanda para dejar sin efecto el contrato sosteniendo que Curtis tenía una obligación de revelar la información con la que contaba al momento en que se realizó la operación, a fin de que pudiera estar informado de las auténticas condiciones de la operación y de sus efectos en el valor del inmueble. Sostenía pues que el silencio de Curtis lo había inducido a error y por ello el contrato debía ser dejado sin efecto.

En primera instancia la Corte determinó que Curtis había incumplido el deber de informar a Chapman sobre la futura construcción de Disneyworld y por tanto amparó la demanda de Chapman. Sin embargo, en segunda instancia la Corte de Apelaciones estableció que no existía nada deshonesto ni injusto en la conducta de Curtis y que las partes negociaron en igualdad de oportunidades, por lo que el contrato era perfectamente válido[1].

Fred Obne y su esposa interpusieron una demanda contra Robert Schlemeyer y su esposa a fin de recobrar los daños ocasionados por la venta de un departamento que los primeros compraron a los segundos y que resultó infestado de termitas. Los demandados conocían esta situación, pero guardaron silencio al momento de la operación. Tanto la Corte en primera instancia, como la Corte de Apelaciones consideraron que la conducta de los Schlemeyer constituía un caso de fraude[2] o actuación dolosa y concedieron los daños solicitados por los demandantes[3].

Ambos casos tienen en común el referirse a una situación de información asimétrica, es decir, una situación en la que una de las partes en el negocio jurídico conocía información que era ignorada por la otra y que hubiera tenido efectos en los términos del contrato celebrado. Así, la contraparte hubiera probablemente pactado en condiciones diferentes de haber tenido conocimiento de la información omitida. En ninguno de los casos se mintió expresamente. Simplemente se guardó silencio. Sólo se dijo lo indispensable pero se dejó de decir algunas cosas importantes. Sin embargo, el resultado final de ambos casos fue distinto. Mientras en el primero la pretensión del demandante fue rechazada, en el segundo fue acogida. Si uno analiza el caso encuentra algo de sentido en cómo fueron resueltos, pero no será fácil definir conceptualmente por qué resultados distintos se derivan de eventos substancialmente similares.

---

1. L & N Grove v. Chapman 291 So. 2d 217 (District Court of Appeal of Florida, 1974).

2. El término «fraude» es la traducción del término *fraud*. Sin embargo tiene una connotación diferente en el *common law* que en sistema de derecho civil. El término «fraud» se traduce más claramente como «dolo» o «engaño».

3. Obne v. Schlemeyer 56 Wash. 2d 449, 353, p. 2d 672 (Supreme Court of Washington, 1960).

Existen numerosos trabajos y estudios sobre información asimétrica en la contratación, pero referidos normalmente a casos de protección al consumidor y contratación masiva. Sin embargo, el problema derivado de que una parte cuente con más información que la otra se presenta en otros ámbitos, que incluyen la contratación paritaria. Las instituciones del error y el dolo en el negocio jurídico parecerían estar diseñadas para lidiar con esta problemática, por lo menos en aquellos defectos de información intrínsecos a la propia estructura del contrato.

Sin embargo, consideramos que el desarrollo conceptual que se ha hecho sobre estos problemas es poco claro y sobre todo disfuncional. No existen muchos trabajos que arrojen luces sobre cuáles son los efectos de la aplicación de estas instituciones en el funcionamiento de los mercados y en su eficiencia.

Las figuras del error y el dolo trabajan con un insumo básico en la formación de toda relación contractual: la información. Es tan básico que si no existiera información no habría contrato posible. Nadie compra una casa sin saber quién es el propietario, cuál es su situación legal, cuál es su estado de conservación, etc. La información es pues un elemento insustituible.

Pero contar con información tiene un costo. La información no se crea en el vacío. Desde la contratación de abogados para determinar la situación de un bien, la identificación entre las partes, la revisión de ofertas, la difusión de publicidad, el tiempo de estudio y búsqueda, etc., generan costos para la sociedad, y en particular para las partes. Como todo costo, su reducción será positiva y el Derecho está en capacidad de reducir esos costos estableciendo incentivos adecuados mediante el uso de reglas legales. Por ello, el tema del error y el dolo en los contratos tiene que ver con la reducción o incremento de los costos de información en la sociedad y no solamente, como parecería decir la mayoría de la doctrina, con la justicia del caso concreto. El adecuado diseño de estas instituciones se vincula pues con las propias bases de un buen funcionamiento del mercado[4].

La presente sección pretende acercarse al problema desde la perspectiva propuesta, tratando de analizar las consecuencias en eficiencia de un inadecuado diseño institucional de las figuras del error y el dolo. Se pondrá especial incidencia en el tema del dolo omisivo, porque él permite entender mejor los alcances de la asimetría informativa. Ello además se verá a la luz de la llamada responsabilidad precontractual. Sobre la base de este

4. En realidad los problemas de información asimétrica se derivan del concepto cousiano de costos de transacción. Entre estos costos se incluye los que deben incurrirse para obtener la información relevante.

análisis trataremos de identificar las razones que podrían explicar por qué el caso de Disneyworld pudo recibir un trato distinto al caso de las termitas, si es que esa distinción tiene efectivamente una razón de ser.

Como también veremos la asimetría informativa plantea relaciones con otros dos temas ya tratados en este libro. En primer lugar, la teoría de la imprevisión, es decir, excesiva onerosidad, imposibilidad sobreviniente y frustración del fin de contrato (que también llevan implícitas un problema de obligación de informar en algunos casos). En segundo lugar la interpretación, en la que, como vimos en la sección anterior, los sistemas legales crean también obligaciones de hablar con claridad para evitar imprecisiones en los contratos. Para quien ya ha leído las secciones pertinentes de este libro será fácil advertir que buena parte de los problemas de imprevisión e interpretación son problemas de información de las partes y de los costos de transacción que la escasa información significa y de cómo se relaciona la información con los costos de negociación de un contrato. Podremos advertir que los problemas de imprevisión, interpretación y de error y dolo, se originan durante la etapa precontractual, en el sentido que es la información usada en dicha etapa la que finalmente determina que el problema se presente cuando comienza la ejecución del contrato. Quizás sea interesante trabajar en el futuro en una teoría unificada de estas instituciones.

## I. LA INFORMACIÓN COMO UN BIEN

La información puede ser definida conceptualmente como un bien, en cuanto tiene un valor económico determinado por las circunstancias y por la utilidad que tiene para los particulares. Así, por ejemplo, un «dato» en las carreras de caballos tiene un determinado valor. La información sobre una casa cuyo titular es plenamente conocido, aumenta el valor de la misma. Una invención no es otra cosa que información de cómo darle utilidad a cierto conocimiento, y que tiene un valor en sí misma. Una primicia para un periódico tiene un valor que se refleja en mayores ventas del mismo.

Como con cualquier bien, el uso exclusivo de la información aumenta o reduce el valor de la misma. Sin duda la exclusividad reconocida para el uso de una casa es el basamento de su valor económico. Si el titular no pudiera excluir a los demás el valor económico de la casa caería dramáticamente. La primicia para un periódico, en tanto sea exclusiva, puede valer mucho. Pero una vez publicada su valor se pierde y el «informante» no podrá volver a vender la información, por lo menos al mismo precio, pues otros medios estarán en posibilidad de difundirla. Se vuelve un bien público.

La información tiene además una característica especial. Si una casa es convertida en bien público (porque se convierte en un parque), luego puede regresársele ese carácter dándole nuevamente al titular de la misma la posibilidad de excluir a los demás. En cambio, con la información ocurre algo diferente. Una vez publicada, su valor difícilmente podrá recuperarse. El costo de devolverle el carácter de bien privado puede ser prohibitivo.

Este principio admite, sin embargo, algunas excepciones. Podría darse algún tipo de protección para que información hecha pública quede sujeta a cierta exclusividad. Ello ocurre, por ejemplo, con una patente de invención que concede al titular el derecho a ser el único que la use, o los derechos de autor que permiten, por ejemplo, al autor de un libro ser el único que disfrute de los beneficios económicos del mismo. Pero se trata de excepciones que confirman la regla. Derechos de exclusividad en bienes intangibles suelen ser muy costosos de ejecutar y un derecho de propiedad sobre los mismos siempre será más difícil de proteger que el mismo derecho sobre un bien tangible. Por ello la Ley ha limitado la protección exclusiva a ciertas situaciones particulares, siendo la regla general que la información, una vez difundida, es un bien público.

Las protecciones que la Ley da a ciertos tipos de información tienen una razón bastante clara: se quieren crear incentivos para que dicha información se genere. Como dijimos, una vez hecha pública la información, su valor cae dramáticamente. Así, para usar cierta información de manera económicamente rentable, es necesario hacerla pública. Por ejemplo no es posible escribir un libro clandestino que nadie puede leer y venderlo para obtener beneficios económicos al mismo tiempo. Tampoco es posible desarrollar industrialmente un invento y pensar que el mismo seguirá siendo totalmente un secreto[5]. Pero si no se diera cierta protección a esta información, la misma no se produciría pues las personas no estarían dispuestas a invertir tiempo y dinero en descubrir o generar una información de la que no podrán obtener beneficios. En consecuencia, la Ley concede derechos de exclusiva en tales casos para generar incentivos a que la gente se aventure en descubrir o crear cierta información considerada socialmente útil.

---

5. Esta es una verdad a medias. Los secretos industriales son precisamente opciones a la asignación de derechos de propiedad. Si bien cuentan con un cierto nivel de protección legal a través de las normas de represión de la competencia desleal, es una tutela bastante más limitada que la que brindan los derechos de propiedad. Muchas empresas adoptan esta opción porque consideran que su capacidad de proteger el secreto les permitirá un mejor uso, por un período más largo (no olvidemos que las patentes de invención solo conceden una protección temporal) o simplemente porque reconocen que por razones legales no cumplen con los requisitos para acceder a la protección que dan las patentes.

Como dice GOLDBERG:

> «Un problema bastante conocido es que las personas se resisten a involucrarse en la actividad de producir información si no reciben recompensas adecuadas. En consecuencia, si no hay derechos de propiedad sobre la información, se producirá muy poca información.»[6].

No se puede, por tanto, dudar del valor que tiene la información como bien, y por ello existe la necesidad de que el sistema legal esté estructurado precisamente para incentivar la generación de información valiosa.

Sin embargo cuando analizamos el problema de la propiedad intelectual en el capitulo referido a la propiedad y las titularidades, nos mostramos bastante escépticos acerca de conceder derechos de propiedad sobre ideas, que no son otra cosa que información. Desde ese punto de vista nuestra posición que desarrollaremos en esta sección podría parecer inconsistente. Pero no es así. Incluso en el caso de la propiedad intelectual, reconocemos que el inventor tiene el derecho de excluir del uso de su idea hasta que la hace pública. Ello significa que si descubre un nuevo medicamento, nadie puede privarlo de su idea. Pero cuando lo hace público y lo comercializa la situación cambia y entramos a la discusión de si debe o no darse protección y en qué nivel. Lo mismo pasa con una obra literaria o una canción. El autor no está obligado a compartirla. La disyuntiva se da cuando se hace pública. Pero nadie puede entrar a la casa del inventor o del autor y robarle sus manuscritos con su idea. Ello sería la violación de un derecho y efectivamente afectaría los incentivos para crear. En otras palabras, nuestra posición sobre la propiedad intelectual no alcanza a los secretos industriales o comerciales, es decir, al uso de información que es mantenida como privada. De alguna manera se sugerirá que cierta información que se discuta deba o no ser revelada durante la negociación, podría ser calificada como una especie de secreto comercial o industrial de una de las partes, en el sentido que tiene el derecho de mantenerla en su esfera privada y no revelarla.

Dentro de esa línea, en el campo de los contratos, el permitir que un contratante calle cierta información que no se ha hecho pública es una forma de extraer valor a la misma obteniendo una ventaja en la negociación. Se parece mucho a la etapa en la que el inventor aún no ha hecho público su invento. La propiedad intelectual sobre esa información se parecería a la situación en que, conocida la información por la contraparte, esta no puede usarla para sacar ventaja en la negociación. Bajo tal aproximación, si ya

---

6. GOLDBERG, Victor P. «Note on Price Information and Enforcement of the Expectation Interest». En: *Readings in the Economics of Contract,* editado por Victor P. GOLDBERG. Cambridge University Press, p. 81

fuera público que Disneyworld se va a construir y fue una de las partes la primera que lo supo, la aplicación del principio que esta detrás de la propiedad intelectual implicaría que debería poder impedir que ese elemento sea usado para negociar el precio y elevar su nivel, porque tendría una especie de propiedad intelectual sobre la misma. Ello, además de absurdo, es imposible de ejecutar.

## II. LA INFORMACIÓN EN LA ATMÓSFERA CONTRACTUAL.

Para nadie es un secreto el valor que puede adquirir la información relevante al momento de contratar. En ocasiones la información es útil para ambas partes. En otras sólo lo es para una y ello puede perjudicar a la otra. Si el bien es de mala calidad, y ambas partes en un contrato lo saben, tal información beneficia al comprador que sabe que debe pagar menos y perjudica al vendedor que sabrá que no puede cobrar más. Por ello cierta información puede ser la diferencia entre ganar mucho, poco, nada o incluso perder. Si solo el vendedor sabe que la calidad del bien es baja, el comprador podría estar pensando que compra algo más valioso de lo que está comprando en realidad. Así, el vendedor recibirá un precio mayor aprovechándose de la información de la que dispone.

Las situaciones de asimetría informativa plantean precisamente ese dilema. Si una de las partes sabe algo que la otra no conoce, podrá usar esa información en su provecho y con ello ganar más. Si el derecho permite a unos usar la información, entonces estará protegiendo un derecho a ganar utilidades usando esa información. Si por el contrario deja de reconocer ese derecho, entonces hace que el valor agregado de dicha información se pierda para quien la obtuvo. En consecuencia si se anula un contrato porque existió asimetría, se puede estar negando el derecho a aprovechar económicamente la información que generó la asimetría. Por el contrario si se mantiene la validez del contrato, se le está dando valor a esa información, pues se permite su uso sin que ello genere efectos negativos para quien la usa.

La consecuencia natural de permitir usar la información es crear incentivos para buscarla, obtenerla y utilizarla. Por el contrario, si no se permite su uso, se crean desincentivos para su obtención y utilización.

En realidad la teoría de la asimetría informativa no es sino la otra cara de la teoría de la imprevisión. En ambos casos lo que está en juego son eventos que hacen que el contrato sea más costoso para una de las partes de lo que ésta podría esperar. Como dicen acertadamente SCOTT y LESLIE, cuando las cortes dejan de hacer exigible el cumplimiento de un contrato por variables exógenas, es decir, externas al acuerdo de voluntades (como un

incendio accidental), se usan doctrinas como la imposibilidad sobreviniente, a la que podríamos añadir la doctrina de la excesiva onerosidad de la prestación, la frustración del fin del contrato, y otras derivadas de la teoría de la imprevisión. Por el contrario, cuando las cortes privan de exigibilidad a un contrato por variables endógenas al mismo (por ejemplo si la vaca, objeto del contrato, era fértil o no), entonces el análisis se hace bajo doctrinas como la del error, a la que podríamos añadir el dolo u otras formas de lo que llamaremos doctrina de la información asimétrica[7].

Sin embargo esa afirmación debe ser tomada con pinzas. En el caso de la teoría de la imprevisión, si bien el fenómeno es exógeno, tiene un cierto nivel de endogeneidad si una de las partes está en mejor capacidad de prever el supuesto evento imprevisible. Y por otra parte en un caso como el de Chapman y Curtis, la construcción de Disneyworld es un elemento exógeno al contrato pero que es conocido por una de las partes.

## III. LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DE LA ASIMETRÍA DE LA INFORMACIÓN EN LOS CONTRATOS.

Todo acuerdo contractual es consecuencia de un determinado número de hechos asumidos por las partes sobre cómo es el mundo. Algunas de estos presupuestos son compartidos por las partes y otros no[8]. Esta diferencia entre lo que se cree y lo que es en realidad solemos llamarla error. El error puede ser unilateral, cuando una de las partes asume algo distinto a lo que la otra sabe, siendo lo que sabe la última lo correcto. También puede ser un error mutuo o bilateral cuando ambos asumen algo equivocado. También puede ser espontáneo (que de cumplir los requisitos que establece la Ley anulará el contrato por error) o inducido (que cumpliendo con los requisitos de ley permitirá anular el contrato por dolo).

Una vez que se produce un caso de asimetría de información, el costo social ya se produjo y ya no puede aliviarse. La decisión legal que dé el Juez sobre la base de lo que diga el Código Civil sólo distribuirá o asignará el costo del error entre las partes involucradas, pero la pérdida ya es un hecho irreversible. La regla legal que se utilice solo servirá para mandar un mensaje al resto de la sociedad sobre las posibles consecuencias del error y

---

7. Scott, Robert E. y Douglas L. Leslie. *Contract Law and Theory*. The Michiell Company, p. 235.

8. Kronman, Anthony T. «Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts». En: *The Economics of Contract,* editado por Anthony Kronman T. y Richard A. Posner. Publicado inicialmente en Journal of Legal Studies N.º 7, p. 114.

podrá influir en el comportamiento futuro para evitar que nuevos errores se repitan[9].

Por ello, es importante establecer reglas que ante los casos de información asimétrica permitan encontrar soluciones que maximicen la eficiencia, tanto evitando errores ineficientes como fomentando adecuadamente la obtención de información que permita obtener mejores resultados económicos.

Los errores de las partes conducen a pérdidas económicas porque llevan a personas a celebrar contratos que no hubieran celebrado de contar con adecuada información, o que celebrándolos, lo hubieran hecho en términos diferentes. El sistema contractual genera una tendencia natural a que los bienes vayan asignándose cada vez a usos más valiosos. Pero si las partes no cuentan con información adecuada entonces puede estar ocurriendo precisamente lo contrario. El sistema de precios deja de ser un fiel reflejo de los niveles de escasez de los bienes y tal distorsión conduce a resultados ineficientes.

Un famoso caso puede ilustrarnos para comprender este efecto del error. Una persona había comprado una vaca en US $ 80.00. Ambas partes en la compraventa creían que la vaca era infértil. Sin embargo, estaban en un error pues la vaca se encontraba preñada de un ternero. Este simple hecho elevaba su valor de mercado a más de US $ 750. La Corte estableció que existía un mutuo error y, como consecuencia de ello, anuló el contrato[10]. El comprador pensó que solo compraba un animal útil para carne, pensamiento compartido por el vendedor. Pero los hechos eran diferentes. Si el vendedor hubiera sabido ello quizás no habría vendido la vaca. Por su parte si le hubieran ofrecido al comprador el precio real del animal quizás no lo hubiese comprado. En consecuencia, nada en la transacción nos asegura que la vaca ha sido asignada a un uso más valioso, y existen posibilidades ciertas de que se haya asignado el recurso a manos de alguien que lo valoriza menos. El resultado es una pérdida social de eficiencia[11].

---

9. SCOTT y LESLIE, *Ob. cit., loc. cit.,*

10. Sherwood v. Walker. 66 Mich. 568, 33 N.W. 919 (Supreme Court of Michigan, 1887).

11. El caso de la vaca ha sido uno de los precedentes que permitió desarrollar la teoría que prima en el *common law* según la cual los errores mutuos permiten la anulación del contrato, lo que no ocurre con los errores unilaterales. Es bastante interesante analizar como se generó este principio. Ello será evaluado más adelante en la presente sección.

## IV. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL Y SU RELACIÓN CON EL ERROR Y EL DOLO.

Un análisis adecuado del problema objeto de esta sección exige tener claras dos instituciones jurídicas, que si bien guardan vinculación, son diferenciables. La primera es la responsabilidad precontractual, es decir, la que se deriva del incumplimiento de la obligación legal de negociar de buena fe. La segunda se refiere a los vicios de la voluntad y en particular para efectos de esta sección, a aquellos vinculados directamente con la asimetría informativa, es decir, el dolo y el error. Su vinculación está en el hecho evidente que el error y el dolo surgen durante la negociación y celebración del contrato (etapa precontractual) aunque tienen consecuencias en el contrato que se llega a celebrar.[12]

Sin embargo, la doctrina pone énfasis, al hablar de responsabilidad precontractual, en el problema de la ruptura injustificada de tratativas, dado que el tema del error y el dolo está abordado en el Código por institutos jurídicos específicos y con un tratamiento sin duda más detallado que el que se da a la ruptura injustificada de tratativas. Pero son parte del mismo fenómeno. Dicho tratamiento se encuentra en el Libro de Acto Jurídico y no en el de Fuentes de las Obligaciones.

En otras palabras, la responsabilidad precontractual puede tener tres expresiones (1) la ruptura injustificada de tratativas, (2) la ineficacia del contrato por violencia, error o dolo o (3) la afectación del reglamento contractual por error o dolo.[13]

Nuestro ordenamiento civil es bastante parco en el tratamiento de la responsabilidad precontractual, pues le dedica, literalmente, menos de

---

12. Así, por ejemplo, la violencia y la intimidación se producen en la etapa precontractual.

13. Como ya hemos adelantado, de alguna manera otras instituciones que hemos visto en otras secciones de este capítulo guardan también relación con la responsabilidad contractual y la obligación de negociar de buena fe. La primera es la teoría de la imprevisión y las instituciones que de ella se derivan (imposibilidad sobreviniente, excesiva onerosidad y frustración del fin del contrato) y la interpretación de los contratos. En el caso de la teoría de la imprevisión, bajo la aproximación que le hemos dado, podría existir responsabilidad si quien tiene la mejor información para prever un evento aparentemente imprevisible, no lo lleva negligentemente a la mesa de negociaciones. Evidentemente el momento de hacerlo es durante las negociaciones precontractuales. Por otra parte algunas de las reglas de interpretación, como la interpretación en contra del estipulante o el uso de la buena fe para interpretar el contrato, analizan la etapa precontractual para determinar reglas que sancionan a una de las partes.

medio artículo. Así el 1362 analiza no solo la responsabilidad precontractual (negociación de mala fe), sino también la mala fe en la ejecución del contrato, responsabilidad que tiene naturaleza contractual.

Quizás la omisión más notoria de la parquedad del Código sea que éste no establece ni se refiere a los remedios en el caso que una de las partes actúe con mala fe en la etapa precontractual. Así, no hay referencia expresa a que el resultado de ello sea una indemnización. Sin embargo, existe un consenso en la doctrina que el incumplimiento del deber contenido en el artículo 1362 puede tener como resultado una indemnización.[14]

Sin embargo, como dijimos, el tratamiento del incumplimiento del deber de información durante las tratativas o negociaciones es bastante escaso en la doctrina, al menos bajo el rubro de responsabilidad precontractual. La razón es que, en realidad, dicha responsabilidad es tratada bajo el rubro de vicios de la voluntad, en particular, bajo las figuras del error y el dolo, teniendo un tratamiento legal bastante más detallado, que contrasta con la parquedad del tratamiento de la responsabilidad precontractual.

Así, los tratadistas que abordan el problema de la responsabilidad precontractual se concentran principalmente en la ruptura injustificada de tratativas, y suelen dejar a los comentaristas de Acto Jurídico el comentario del resultado de proceso de negociación viciados por asimetría informativa (violencia, dolo o error).

Como señala Escobar:

> «La teoría de la responsabilidad pre-contractual nace para tutelar la confianza contractual que, por sus propias características, puede quedar lesionada como consecuencia (i) de la ruptura injustificada de las tratativas, (ii) de la ineficacia (permanente o temporal) del contrato celebrado o (iii) de la falta de adecuación del reglamento contractual a los intereses de una de las partes.»[15]

---

14. Para tales efectos son claras en la doctrina nacional, entre otras, las posiciones que sobre el particular tienen De La Puente, Manuel. *El Contrato en General*. 2da Ed., Palestra Editores. Lima 2001. Tomo I, pp. 360 y siguientes; León, Leysser. «La Buena Fe en la Negociación de Contratos: Apuntes Comparatísticos sobre el Artículo 1362 del Código Civil Peruano y su Presunto Papel como Fundamento de la Responsabilidad Precontractual». En: *Themis*-Revista de Derecho. No. 49. 2004. pp. 127-152; y Escobar Rozas, Freddy. «Apuntes sobre la Responsabilidad por Ineficacia Contractual. El Caso del Artículo 207 del Código Civil Peruano». En: *Themis*-Revista de Derecho. No. 49. 2004. pp. 153-160.

15. Escobar. op cit., p. 154.

El caso del supuesto (ii) (ineficacia del contrato) nos lleva justamente a los casos de anulabilidad por dolo o error, mientras que el supuesto (iii) (falta de adecuación del contrato a los intereses de una de las partes) nos lleva al caso en que el error o el dolo no conducen a la anulabilidad (entre otras razones por no ser esenciales) pero que sí pueden generar responsabilidad por la afectación al interés de una de las partes por una determinación inapropiada del contenido contractual.[16]

Es importante, sin embargo, tener muy clara la diferencia en términos de alcances de la responsabilidad. En primer lugar, el remedio al error o al dolo podría no ser solo la anulación del contrato, sino eventualmente una indemnización. Esto será claro, sobre todo, cuando analicemos más adelante el supuesto de dolo omisivo. Veremos que el Código Civil contiene una regulación bastante confusa e imprecisa sobre estos aspectos.

Por otra parte, en los supuestos que el remedio sea la responsabilidad, la doctrina establece que la misma funciona como un remedio limitado. Así, si estamos frente a un caso de responsabilidad precontractual, la indemnización se limita a la reparación del llamado interés negativo, y no incluye la indemnización del interés positivo. Así lo señala con claridad Manuel DE LA PUENTE:

> «Para poder determinar el monto del daño que debe ser indemnizado por razón del incumplimiento de los deberes que impone la buena fe para la negociación de los contratos, es necesario tomar en consideración que el acuerdo de voluntades sobre la iniciación de tratativas es distinto del acuerdo de voluntades para la celebración del contrato.
>
> La responsabilidad precontractual solo cubre el resarcimiento del daño proveniente del incumplimiento del primer acuerdo, no así del segundo.
>
> Para comprender debidamente esta diferencia, la doctrina distingue entre el «interés contractual positivo» y el «interés contractual negativo».
>
> Se entiende por interés contractual positivo el que tiene el contratante en el cumplimiento del contrato, de tal manera que el resarcimiento de este interés comprende todo daño sufrido por él en razón de la inejecución de las obligaciones sobre las que versa el contrato. Interés contractual nega-

16. Como veremos más adelante, nuestro Código limita la posibilidad de reclamar responsabilidad en el caso de error, y solo admite responsabilidad en el caso de la inducción intencional a error, es decir, al caso de dolo, la que extiende al llamado dolo incidental, recogido en el artículo 211: «Artículo 211.- Si el engaño no es de tal naturaleza que haya determinado la voluntad, el acto será válido, aunque sin él se hubiese concluido en condiciones distintas; pero la parte que actuó de mala fe responderá de la indemnización de daños y perjuicios».

> tivo es, en cambio, el que tienen los tratantes de no ser lesionados por la realización de las tratativas, en razón de haber confiado en la lealtad en que estas han sido conducidas. La indemnización por la frustración de este interés cubre los daños sufridos por el tratante, tales como los gastos que no hubiera hecho si hubiera podido prever que el contrato no se celebraría, o el perjuicio que le depara haber oportunidades o rehusado ofertas de otras personas.»[17]

En el *common Law* la distinción anotada aparece mucho más nítida. La doctrina anglosajona distingue entre *expectation damages* (o daños a las expectativas) y los *reliance damages* (o daños a la confianza). Como ya hemos visto en otra sección, en la que abordamos el tema de incumplimiento eficiente, los primeros buscan colocar a la contraparte afectada por el incumplimiento de una promesa en la situación en la que estaría si la promesa se hubiera cumplido. Así, usualmente se le paga a la parte perjudicada el negocio y utilidad perdida.

En cambio los daños a la confianza buscan colocar a la parte perjudicada en la situación en la que estaría si la promesa nunca se hubiera formulado. Así, limita el resarcimiento a los gastos que hubiera efectuado la persona en la confianza en que la promesa se iba a ejecutar.

Por ejemplo, si la promesa era la entrega de un caballo y el incumplimiento de la entrega está protegido por daños a las expectativas, el acreedor tiene derecho al pago de los premios esperados que el caballo hubiera obtenido en las carreras. En cambio, si el remedio al incumplimiento es sólo daños a la confianza, entonces sólo tiene derecho a los gastos que efectuó en la confianza de que iba a recibir el caballo que nunca llegó, como el heno adquirido para su alimentación o la construcción de un establo que pierde toda utilidad o el falso flete pagado por el camión que se envió para recoger el caballo. Usualmente los daños a la confianza se pagan en supuestos de promesas que no son contratos (por ejemplo, que carecen de *consideration*, es decir, de contraprestación[18]) y, justamente son aplicables a los casos de responsabilidad precontractual.[19]

---

17. De la Puente. Op. Cit., pp. 371-372.

18. En el sistema anglosajón las promesas de donación no son contratos justamente porque carecen de *consideration*. Solo son exigibles como contratos los contratos sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas.

19. Para una revisión más detallada del tratamiento de los remedios al incumplimiento en el *Common Law* puede revisarse Cooter, Robert y Thomas Ulen. *Derecho y Economía*. 1ª Ed. en español. Fondo de Cultura Económica. México 1998. pp. 289 y siguientes.

Ello significa que la pretensión indemnizatoria, en el caso de ser amparable, debe limitarse a compensar el interés negativo, que se refiere a los gastos efectuados en confianza de la promesa. Con ello, una pretensión de lucro cesante por rotura de tratativas debería quedar descartada.

Es importante tener claro por qué se da tal tratamiento. En principio no puede asimilarse la responsabilidad del contrato a la que se genera antes que se celebre. El contrato hace entrar a mi esfera jurídica los derechos que de él se derivan, y entonces mi expectativa es a que se cumpla. Por el contrario, antes de su celebración tal expectativa no existe. Si la consecuencia de, por ejemplo, la ruptura de negativas, fuera idéntica a la de un contrato, una negociación muy avanzada sería ya en sí misma equivalente a un contrato. Lo que se afecta precontractualmente es la confianza depositada en la otra parte, pero aún no se están afectando obligaciones contractuales que no existen.

Si la regla fuera distinta se producirían varios efectos no deseados. El más obvio es que pasada cierta etapa de las negociaciones, en que una de las partes interprete que la ruptura de tratativas generará responsabilidad, es que dicha parte tendrá incentivos para comenzar a ejecutar el contrato que aún no existe porque sabe que los daños le serán compensados, generando con su conducta una pérdida económica.

Un último punto a anotar tiene que ver con si la celebración definitiva de un contrato hace desaparecer la responsabilidad precontractual y la convierte en una responsabilidad contractual, sujeta por tanto a las reglas comunes del contrato, lo que puede significar una extensión de los daños a la reparación del interés positivo. Ello es relevante, por ejemplo, en el caso que estemos frente a un caso de en el que el contrato se llega a celebrar, pero en términos adecuados por la mala fe con  la actuó alguna de las partes durante las tratativas. En este extremo la posición de De la Puente es bastante clara:

> «Sacco y Ravazzoni (…) opinan que subsiste la responsabilidad precontractual aún en la hipótesis de conclusión válida del contrato, consistiendo en tal caso el daño resarcible en el mayor perjuicio que a la contraparte le cause la celebración del contrato por razón de la violación de la buena fe en el curso de las tratativas, como puede ser la demora por falta de información o el diverso contenido del contrato por incumplimiento del deber de claridad.
>
> Estoy de acuerdo con estas últimas opiniones, pues pienso que se tratan de dos acuerdos de voluntad, diferentes (la tratativa y el contrato) que dan lugar a relaciones jurídicas distintas, siendo cada una de ellas susceptible de incumplimiento y, por tanto, de causar perjuicio.»[20]

20. De la Puente. Op. Cit., p. 373.

## V. EL ERROR Y SUS CONSECUENCIAS.

El error y el dolo no se diferencian por el estado mental del errante, sino por la causa de tal estado mental. Así, en el dolo el estado mental es consecuencia de la inducción intencional de la otra parte. En pocas palabras, el dolo no es otra cosa que un error del errante (valga la redundancia) pero intencionalmente inducido.

El error puede ser causal de anulación del acto jurídico cuando es esencial y conocible, según lo que establece el artículo 201 del Código Civil.[21]

El artículo 202 define que debe entenderse por error esencial:

> «Artículo 202º.- El error es esencial:
>
> 1. Cuando recae sobre la propia esencia o una cualidad del objeto del acto que, de acuerdo con la apreciación general o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante de la voluntad.
>
> 2. Cuando recae sobre las cualidades personales de la otra parte, siempre que aquéllas hayan sido determinantes de la voluntad.
>
> 3. Cuando el error de derecho haya sido la razón única o determinante del acto.»

Sin embargo para efectos de lo que estamos analizando más importante es el segundo de los requisitos, es decir el de cognoscibilidad. El artículo 203 establece las reglas sobre el particular:

> «Artículo 203º.- El error se considera conocible cuando, en relación al contenido, a las circunstancias del acto o a la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiese podido advertirlo.»

Ello significa que para que un error determine la anulabilidad de un acto es necesario que la parte no errante hubiera podido conocer que la parte errante estaba en un error.

¿Por qué nuestro Código exige para poder anular un acto que el error sea cognoscible por la otra parte? La razón es muy sencilla y tiene que hacer justamente con la confianza que generan los actos jurídicos y los perjuicios que la traición a la confianza puede generar. Esto está íntimamente vinculado con las ideas del uso eficiente de información y la creación de incentivos para reducir la cantidad de errores. Usualmente los Códigos Civiles acep-

---

21. Artículo 201.- «El error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte».

taban la anulación de actos jurídicos incluso en el supuesto de que el error no fuera cognoscible. Pero se presentaba entonces un problema con la parte que no estaba en error.

Es bastante ilustrativo, para estos efectos, el ejemplo propuesto por Rudolph VON IHERING, considerado precisamente como el creador de la teoría de la responsabilidad precontractual. IHERING analizó el caso de que el perjudicado con la invalidez de un acto pudiera reclamar al causante del vicio una indemnización. Se refería al caso de un individuo que creyendo estar recibiendo cien libras de cierta mercadería, recibió en realidad cien quintales. Ello, porque confundió el signo de la libra con el del quintal, confusión que fue la causa de su error. El sujeto demostró que se había equivocado con lo que consiguió que el contrato se anulara. Pero la otra parte (el vendedor de la mercadería) se preguntaba si podía exigir una indemnización por los daños y perjuicios que la anulación por error de la otra parte le había ocasionado (costos de embalaje y transporte de la mercadería, es decir, el interés negativo del que estuvimos hablando). IHERING consideraba justo que se pagara una indemnización, pero no encontraba solución en la normatividad vigente que salvara el problema. Bajo esta idea generó la teoría de que podía exigirse una indemnización al errante a favor del receptor de la declaración, indemnización que se limitaba al interés contractual negativo, es decir, a los daños a la confianza.[22]

Como se puede ver, el error es una consecuencia no deseable en la contratación, porque genera ineficiencias y por tanto podría generar pérdidas económicas. Bajo un error no podemos asegurar que el intercambio nos esté conduciendo a un punto superior en términos de PARETO. Sin embargo, menudo favor se haría al sistema si se permitiera a las partes equivocarse sin asumir las consecuencias de su error. Los incentivos conducirían a la comisión de demasiados errores. Ello motivaría el descuido y la desidia pues siempre podrían generarse costos a la otra parte que confió que su contraparte no estaba en un error. La preocupación de IHERING era justamente esa: la anulación por error de una parte podía causar externalidades o costos a la otra. Así, el descuido al leer los signos de las mercaderías (libras o quintales) conducía a que la anulación trasladara los costos del error a quien no se había equivocado. Y la mala asignación de costos quiebra el sistema de incentivos.

Ello explicaba que IHERING propugnaba que se internalice la externalidad generada a fin que las partes asumieran el costo de sus errores y así erraran menos. Por ello no, es de extrañar que el Código Alemán (BGB) acogiera entusiastamente la tesis de IHERING y permitiera a la parte no errante solici-

22. ESCOBAR. Op. Cit., pp. 154-155.

tar una indemnización a la parte que pedía la anulación si es que demostraba que había confiado razonablemente en la declaración de voluntad viciada. En pocas palabras, podía reclamar una indemnización en la medida que el error no fuera cognoscible (es decir, que la parte no errante confiaba que la otra no estaba en error porque confiaba en su diligencia). Pero si el error era cognoscible tal indemnización no existiría, precisamente porque las consecuencias de la anulación hubieran podido ser evitadas por la parte no errante, advirtiendo a la otra parte del error y evitando un contrato ineficiente. Si en el ejemplo de IHERING, la parte no errante hubiera podido advertir por la actitud de la otra parte que estaba confundiendo el signo de libras y quintales, se hubiera evitado el «accidente» del error.

El remedio de IHERING es muy parecido al que sugeríamos en la sección referida a interpretación contractual sobre la diligencia para evitar oscuridad en el contrato. Como se recuerda, si ambas partes pueden evitar la ambigüedad (pueden tomar precauciones, es decir, las precauciones son bilaterales) una regla que impone el costo del evento en una sola de las partes no es eficiente y generará muchas imprecisiones. En cambio, cuando por su situación en el contrato sólo una de las partes puede advertir la imprecisión del mismo, siendo razonable corregirla, ella debe cargar con la responsabilidad. Nos referimos a los casos en que se justifica la interpretación en contra del estipulante. De manera similar, la cognoscibilidad del error indica que ambas partes pueden tomar precauciones, y el sistema pretende que las tomen. En cambio si solo una de las partes puede tomar precauciones (el errante, porque para el otro no puede tomar ninguna precaución porque el error precisamente no es cognoscible y por tanto no puede advertirlo) la responsabilidad debe recaer en el errante.

Pero el Código Italiano de 1942 fue más allá, y abordó el problema planteado por IHERING apartándose de la propuesta del jurista alemán. En lugar de permitir una indemnización a favor de la parte no errante, simplemente introdujo como requisito para la anulación que el error fuera cognoscible. Bajo esta teoría, denominada teoría de la confianza, ya que protegían la confianza de la parte no errante en la validez del acto, los costos que generaba el errante eran asumidos exclusivamente por él porque no podía anular el contrato, salvo que se demostrara que la parte no errante conoció o hubiera podido conocer la existencia del error usando la diligencia ordinaria. Si la persona del ejemplo de IHERING confundía el signo de quintal con el de la libra asumía el costo de su error, sin hacerle pagar «los platos rotos» a la otra parte.[23] La externalidad se internaliza simplemente dejando

23. La solución adoptada en el *Common Law*, con bastantes matices, parte de una lógica similar. Ello se refleja en que sólo son anulables los contratos en los que el error es

los costos del error en cabeza de quien se equivocó, sin necesidad del pago de indemnizaciones. La regla es consistente con la creación de incentivos para evitar errores, llevando a que precisamente los contratantes eviten cometerlos.

El Código Peruano vigente acogió la teoría italiana y recogió en el artículo 201 concordado con el 203 ya citados, que el error para dar lugar a la anulación debía ser cognoscible.

Sin embargo, quedaba una duda. ¿Es posible, incluso en el supuesto de un error cognoscible por la otra parte, y que por tanto pudiera dar lugar a la anulación del contrato, que una de las partes pida a la otra una indemnización? La pregunta se orienta a señalar si además del remedio de la anulación, es posible tener el remedio de la reparación a la parte que no generó el error.[24]

El artículo 207 del Código Civil en una norma calificada por la doctrina nacional como novedosa, cierra esa posibilidad:

> «Artículo 207º.- La anulación del acto por error no da lugar a indemnización entre las partes.»

Si bien la norma no está exenta de críticas[25] lo cierto es que refleja una opción clara del legislador en torno a la imposibilidad de reclamarse daños entre las partes como consecuencia de un error. Así, ni el errante puede reclamar daños a la otra parte ni esta otra parte al errante, incluso si este último hubiera conocido o hubiera podido conocer el error, salvo, claro está, que hubiera actuado con dolo, es decir, con la intención de engañar. Ello conduce además a considerar que si el Código no permite reclamar daños por errores esenciales, menos aún puede permitir el cobro de daños por errores no esenciales o incidentales. De alguna manera recoge un principio, que comentaremos con más detalle más adelante al ver el tema del dolo omisivo, y es que el errante difícilmente puede reclamar algo a la otra parte.

---

bilateral, esto es, el error en el que ambas partes están equivocadas (las dos partes ignoran que la vaca es fértil). Si solo una parte se equivoca, y la otra no (una cree que es fértil y el otro no) entonces el contrato no se anula y la parte errante asume el costo de sus errores. Sin embargo no es la misma solución. Como veremos, los errores cognoscibles podrían no dar lugar a la anulación, pues la regla es que la contraparte no tiene, salvo excepciones, el deber de sacar a la otra de su error.

24. El Código Italiano admite esa posibilidad. Sin embargo, como veremos, el Código Civil Peruano la excluye expresamente.

25. Ver por ejemplo los cuestionamientos de Escobar. Op. Cit., pp. 156-157.

Comentando el artículo 207, LOHMANN nos dice:

> «Como se pretende proteger al receptor de la declaración con base en la teoría de la confianza, éste no puede demandar daños y perjuicios pues si el negocio se ha anulado se debe a que el error era esencial y cognoscible. Si es así, el precepto legal da por entendido que el receptor de la declaración pudo haberse percatado del vicio y, por tanto, pudo no haber dado crédito a la declaración o hecho notar al declarante el error en que se encontraba. Hubo entonces una falta en la parte receptora. Por la comisión de esta falta de cuidado, no se le autoriza a reclamar daños y perjuicios.

No ha de ser, empero, la única interpretación válida; también ha de verse de otro lado. Es decir, que quién yerra no puede reclamar del destinatario de la declaración daños y perjuicios por no haberle hecho notar el vicio que era reconocible.»

En sentido similar se pronuncia VIDAL RAMÍREZ:

> «La acotada norma se aparta también de la doctrina tradicional que consideraba que el *errans* que obtenía la declaración de nulidad del acto, si inflingía perjuicios a la contraparte, se los debía indemnizar, lo que ya no es jurídicamente posible en razón a la cognocibilidad del error que debe imputarse a la otra parte y la facultad que tiene ésta de resarcirle el perjuicio que pueda haber sufrido el *errans*.»[26]

Si bien VIDAL, a diferencia de LOHMANN, no se refiere a la imposibilidad del errante de reclamar daños a la parte receptora de su declaración (es decir, a la parte no errante), ello se deriva del texto de la norma que hace referencia a que son «las partes» (en plural) las que no se pueden reclamar indemnización alguna por el error.

La posición del Código pueden entonces graficarse con el ya citado ejemplo de IHERING. Sobre la base de la teoría de la confianza se protege al que yerra si es que el error era conocible por la contraparte. Dicha protección se da por medio de darle la acción de anulación. Por ello, sólo si la otra parte hubiera podido advertir que por la poca claridad de los signos era posible que se confundiera el signo de libras con el de quintales por parte del comprador, procedería la anulación. Por el contrario, si no es posible advertir la posibilidad del error, el receptor de la declaración (el no errante) está protegido porque el acto no será anulable. Así, la anulación sólo será posible si existe una suerte de responsabilidad compartida por negli-

---

26. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El Acto Jurídico*. Gaceta Jurídica. 4ª Ed. 1999. p. 433.

gencia de las dos partes. Y dada la concurrencia de responsabilidades, ninguna parte puede reclamar a la otra indemnización por lo ocurrido. Ello se aplica en ambos sentidos.

Si bien no hay regla legal expresa de qué ocurre con los errores no esenciales (es decir, qué ocurre si hay un error pero este no es causal de anulación) parecería que no puede exigirse una indemnización prohibida para el supuesto más grave, para un supuesto menos grave.

Sólo quedaría claro que en el caso que una de las partes actúe con dolo, es decir, con la intención de engañar e inducir a error a la otra parte, es posible reclamar una indemnización, situación en la cual el resarcimiento parecería reducido al interés contractual negativo, como ya hemos señalado. Si bien ello no está regulado en norma expresa, se deriva de una interpretación extensiva del artículo 211 del Código Civil,[27] que justamente permite pedir una indemnización en el supuesto menos grave (dolo que genera un error no esencial) de lo que debe derivarse que está permitida la indemnización para el supuesto más serio (dolo que motiva un error esencial). Sin embargo ya veremos que ello requiere de un análisis más detallado cuando nos referimos al caso de dolo omisivo.

Es importante tener clara la diferencia entre dolo y cognoscibilidad. Que el error sea conocible (o incluso conocido) por el receptor de la declaración, no convierte la cognoscibilidad en dolo, en particular no lo convierte en el llamado dolo omisivo, es decir, en el engaño generado por omisión (silencio) antes que por acción. Como bien dice LOHMANN, distinguiendo el dolo del error:

> «El error derivado del dolo, en cambio puede ser de otro orden distinto de los previstos en los artículos dedicados al error en la voluntad y la declaración, porque la ley acentúa con el dolo el comportamiento malicioso de una de las partes que con su actividad o con su silencio pretende determinar (crear o impulsar) la voluntad del declarante. Esto es distinto al espontáneo error, porque en el dolo existe la finalidad, la ilícita intención de engaño por acción y omisión. No es el caso del error que habiendo sido conocido no es hecho notar.»[28]

La diferencia hecha por LOHMANN deja claro que no es suficiente demostrar que una de las partes tuvo una información de la que la otra care-

---

27. Artículo 211.- «Si el engaño no es de tal naturaleza que haya determinado la voluntad, el acto será válido, aunque sin él se hubiese concluido en condiciones distintas; pero la parte que actuó de mala fe responderá de la indemnización de daños y perjuicios.»

28. LOHMANN. Op. Cit., p. 471.

ció. Tampoco es suficiente que dicha diferencia de información genere un error. Es necesario que la conducta u omisión se dé con el propósito de generar justamente un error de manera maliciosa e intencional. De no identificarse esa intención maliciosa estaremos frente a un mero error, y no podría exigirse indemnización alguna. Sin embargo, como veremos, la distinción es sutil cuando nos adentremos en el campo del dolo omisivo.

## VI. EL DOLO Y SUS CONSECUENCIAS.

El dolo, al contrario del mero error que es espontáneo, puede ser considerado como sinónimo de engaño.[29] Según RUGGIERO se le puede definir como la conducta dirigida a causar un error en el declarante mediante artificios, astucias o mentiras empleados para inducir a la celebración de un acto jurídico o su celebración de una manera determinada.[30] Como bien reitera LOHMANN:

> «Todo parece sugerir, pues, que el engañante debe tener una voluntad concientemente preordenada a producir o permitir un error injusto, desviando la voluntad del declarante o impidiéndole que se acerque a la verdad»[31]

Como se puede ver, el dolo significa la ejecución de un plan, es decir, una conducta preordenada para lograr como fin la comisión de un error. En ese sentido por definición hay un responsable que induce a error a la otra parte.

A continuación nos vamos a concentrar en el análisis del dolo omisivo que es el que plantea la situación más compleja sobre todo cuando lo analizamos a la luz de la cognoscibilidad del error. Luego analizaremos el llamado dolo incidental, es decir, el caso en que el engaño, por no ser esencial, no permite anular el contrato, pero sí exigir responsabilidad por haberse celebrado el contrato en términos distintos a aquellos en los que se hubiera podido celebrar si la otra parte hubiera contado con información completa.

La figura del dolo omisivo, como una de las manifestaciones del dolo[32], se encuentra recogida en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 212 del Código Civil en los siguientes términos:

---

29. LOHMANN. Op. Cit., p. 493.

30. Citado por LOHMANN, Op. Cit., p. 494.

31. LOHMANN. Op. Cit., p. 495.

32. Siguiendo a Fernando VIDAL RAMÍREZ el dolo es «*una inducción al error, un engaño para provocar el error, y por eso se caracteriza por la mala fe, por el designio de perjudicar al otro: dolus est consilium alteri nocendi*». Op. Cit., p. 440.

> «Artículo 212º.- La omisión dolosa produce los mismos efectos que la acción dolosa».

El dolo omisivo, omisión dolosa o dolo negativo es entendido en doctrina como aquel silencio en que incurre una de las partes en la celebración de un acto jurídico a efectos de inducir a la otra parte a error o a mantenerla en el error en que ha incurrido. En tanto la manifestación del dolo, tiene como base la intención deliberada de engañar a la otra parte con quien se está negociando, a efectos de obtener un beneficio propio en perjuicio de aquella. Según VIDAL:

> «El dolo negativo u omisión dolosa viene a ser la reticencia que se guarda para inducir al sujeto a error, o no sacarlo del error si ya incurrió en él, pues quien actúa con dolo no dice sino en parte lo que debe decir, o no se da a entender con claridad, o con malicia oculta o calla algo. Este es, por lo demás, el significado que al dolo por omisión le da la doctrina»[33].

La omisión dolosa constituye entonces, aquella omisión intencional de información a la contraparte, orientada a inducirla a error respecto de los términos y circunstancias del acto jurídico a celebrarse. La lógica que subyace a la figura bajo comentario es la de desincentivar el aprovechamiento malicioso que una de las partes puede efectuar en perjuicio de la otra respecto de la información con que aquella cuenta y que ésta desconoce, pero que resultaría determinante en el proceso de formación de su voluntad para quedar vinculada con el negocio.

La doctrina entiende, sin embargo, que el dolo por omisión sólo se verifica en aquellos casos en que existe un deber de informar a la contraparte. Así pues, VIDAL RAMÍREZ[34], citando a COVIELLO señala que el dolo omisivo es «(…) la omisión de una circunstancia que por la ley, los usos del comercio o la naturaleza del negocio, había obligación de revelar a la otra parte». A lo que agrega la opinión de STOLFI, según la cual «el dolo negativo supone la violación de una obligación específica de hablar, porque se configura mediante el silencio y la reticencia y también con el ocultamiento de hechos verdaderos», y finalmente la de MESSINEO, para quien la reticencia «es callar u omitir en circunstancias en que se tenía el deber de comunicar, o cuando se da una respuesta negativa, o dubitativa, si la respuesta a darse debía ser afirmativa».

La correlación existente entre la figura del dolo omisivo y el deber de trasladar información a la contraparte en la etapa previa a la celebración de

---

33. VIDAL. Op. Cit., p. 449.

34. Ibid. Op. Cit. p. 450.

un acto jurídico encuentra su explicación en el hecho de que como quiera que resulta difícil demostrar, a partir del mero silencio la intención de engañar, resulta más sencillo presumir que dicha mala intención se configura cuando preexistía la obligación de informar aquello que se omitió. De no existir obligación de informar, la omisión no necesariamente esconde detrás una intención de engañar a la contraparte, sino posiblemente una mera omisión sin mala intención.

En tal sentido, el entendimiento cabal de la figura del dolo omisivo y su posible aplicación a casos concretos pasa por determinar (1) si durante la etapa previa a la celebración de un acto jurídico, las partes tienen la obligación de comunicar a la otra toda aquella información con que cuenten y que resulte relevante para la celebración del contrato, así como los alcances de dicha obligación y (2) si la omisión de informar obedece a la deliberada intención de inducir a error a la otra parte, es decir, que no se trate de una mera omisión culposa, sino de una auténtica intención maliciosa derivada de la mala fe.

Sin embargo la definición de la existencia de un deber de informar es realmente el problema. Si esa obligación es poco exigente (es decir, la contraparte no debe decir mucho o simplemente no debe decir nada) la base de información sobre la que se contrata será más pobre y por tanto habrá mayores costos de transacción. Pero a su vez, si la obligación de compartir información con la otra parte es muy exigente, debiendo revelarse mucho o todo lo que se sabe, entonces no habrá incentivos para obtener información valiosa para que existan contratos, lo cual también eleva los costos de transacción. En uno y otro caso, si no llegamos a un equilibrio, reduciremos la capacidad de los contratos a llevarnos a mejores situaciones en términos de PARETO.

Con respecto al deber de información, ESCOBAR señala:

> «De todos los deberes indicados, el de suministrar información es el que, sin duda, juega un papel trascendental en el ámbito de la responsabilidad por ineficacia contractual. (…) El deber de informar encuentra su justificación en la necesidad de corregir la asimetría que usualmente se presenta en las negociaciones. Por tal razón, en cumplimiento de dicho deber la parte que conoce (o que debiera conocer) ciertos datos relevantes de la operación tiene que hacérselos saber a la otra, en caso esta última no los conozca (o no debiera conocerlos)».

Por su parte, cabe destacar que en el derecho anglosajón, claramente influenciado por la necesidad de la autorresponsabilidad de los contratantes, en especial en el campo de las relaciones comerciales, se entiende que muy rara vez se debe imponer a las partes la obligación de informarse mutuamente, poniéndole límites claros al criterio de buena fe para analizar

las conductas de las partes en la etapa precontractual. Siguiendo a ATIYAH[35] en este punto:

> «El Derecho Inglés ha tradicionalmente, asumido la posición de que no existe ningún deber de las partes en un contrato de suministrarse mutuamente información. Cada parte debe preocuparse de formarse su propia opinión y ejercer su propio juicio al decidir si contrata o no, y no existe ningún deber de ninguna de las partes para colocar en conocimiento de la otra hechos que conoce y que puedan influenciar al otro en decidir cuándo entrar o no en el contrato. (…) Cada una de las partes tiene el derecho de usar la información que posea a fin de obtener el mejor negocio posible; ninguna parte está en obligación de asistir a la otra. De alguna manera esta es la esencia de la autonomía privada y de la libertad de empresa, y no existe ninguna duda de que el intercambio y el comercio no podrían operar de otra manera en que lo hacen sobre la base de cualquier otra regla distinta».

La posición anglosajona es ilustrativa de las necesidades de la dinámica económica y de la idea de que cada parte debe asumir los costos de su interacción con otros en el mercado. Ello, en nuestro ordenamiento está atemperado por el principio de buena fe, el que podría afectar los incentivos para generar información relevante para el mercado.

En efecto, el nivel de información que se exige sea revelada tiene un impacto importante en la cantidad de información que el mercado produce. Si se obliga a las partes a informarse todo se reducen los incentivos para que cada parte busque e identifique la información que le permitirá sacar ventajas en los negocios. Si le obliga a un experto en pintura a poner en conocimiento del propietario de una pintura cuánto vale realmente el cuadro que está vendiendo, se permitirá al vendedor «lucrar» con el conocimiento del experto cuya adquisición ha tenido un costo. El resultado de esa regla, si se generaliza, es que ya no redituará ser un experto en pintura, con lo que habrán menos expertos. Pero los expertos son deseables para reducir los costos de transacción en el mercado del arte y sacarle a la pintura el mayor provecho posible.

Algo similar ocurre, por ejemplo, con los riesgos regulatorios, es decir, el riesgo de que las normas o regulaciones que da el Estado cambien. Si quien tiene mejor información sobre los riesgos regulatorios (porque conoce de la existencia de un proyecto de norma que va a afectar la ejecución del contrato o la relación de costos y beneficios entra las partes) es obligado a

---

35. ATIYAH, P.S. *An Introduction to the Law of Contract*. 4ª De. Clarendon Law Series. 1989. p. 265.

informar a su contraparte de los mismos, se reducen los incentivos para invertir recursos en tener un mejor conocimiento del sistema regulatorio y sus contingencias, lo cual puede ser un resultado malo para el mercado.

Pero volvamos a la definición del dolo por omisión. Al igual como en el caso del dolo ordinario, el dolo omisivo tiene como consecuencia no solo la eventual anulación del acto, en caso que genere un error esencial, sino que permite al engañado exigir una indemnización por daños y perjuicios. Así, si el artículo 211 del Código Civil permite pedir daños y perjuicios en caso de errores no esenciales (consecuencia menos grave) debe entenderse que es intención del sistema que pueda exigirse daños y perjuicios si la conducta dolosa conduce a un error esencial que lleva a la anulación del contrato (consecuencia más grave). Ello siempre que se acredite que efectivamente hubo dolo, es decir, que la omisión obedecía a un plan intencionalmente preordenado para generar un error.

Esto nos conduce al tema del dolo incidental. No siempre el dolo induce a la otra parte a cometer un error esencial. Puede ser que el engaño, descubierto por la parte engañada, no lo hubiera llevado a desistir celebrar el contrato, pero que sí conduzca al agente a estructurar el reglamento contractual de una manera diferente a la que éste hubiera tenido de no haberse producido el error. A este error se le conoce como error incidental, y tiene una regulación específica que no permite anular el acto pero sí exigir una indemnización de daños y perjuicios. Así el artículo 211 del Código Civil establece:

> Artículo 211º.- Si el engaño no es de tal naturaleza que haya determinado la voluntad, el acto será válido, aunque sin él se hubiese concluido en condiciones distintas; pero la parte que actuó de mala fe responderá de la indemnización de daños y perjuicios.

El dolo incidental se refiere entonces a la situación en la que, durante la etapa precontractual, el engaño producido conduce a que el contenido del contrato (cláusulas y condiciones pactadas) resulten siendo distintas a las que habría si el engaño no se hubiera producido. En este caso, si bien el contrato no se anula, la parte engañada puede exigir los daños y perjuicios. Ello ocurre, por ejemplo, si el bien que se recibe no tiene, por error inducido, la calidad ofrecida, pero la diferencia no se considera suficiente para anular el contrato. Puede ser que compre un automóvil pensando que me dará un rendimiento de 30 kilómetros por galón, cando en realidad me da sólo 25 kilómetros. Se ha afectado mi interés, pero es válido preguntarse si el remedio debe ser la anulación del contrato o simplemente una indemnización. Nótese, como veremos más adelante, que esa es la solución a la que se suele llegar en las normas de protección al consumidor, que usualmente

resuelve los problemas de errores inducidos a los consumidores con responsabilidades (multas e indemnizaciones) y no con anulaciones de los contratos.

Sin embargo, el carácter incidental del dolo, cuyo remedio es precisamente una indemnización, no exime al demandante de probar la existencia precisamente de una conducta dolosa, es decir, maliciosa, para orientar a la otra parte hacia el error. En otras palabras, no existe nada parecido a un «dolo incidental culposo», porque ello sería una contradicción en si misma. O se actuó con intención o no se hizo. Si no se hizo estamos frente a un mero error incidental que no genera derecho de indemnización de ningún tipo.

El resultado del análisis efectuado hasta aquí está resumido en el siguiente cuadro:

| Responsabilidad Precontractual | | Base Legal | Requisitos | Responsabilidad |
|---|---|---|---|---|
| Ruptura injustificada de tratativas | | 1362 | Mala fe | - Sí hay responsabilidad.<br>- Solo daños a interés negativo. |
| Ineficacia Contrato (Anulación) | Dolo | 210<br>212<br>211 por interpretación extensiva | - Esencial.<br>- Conducta maliciosa dirigida a inducir a error. | - Sí hay responsabilidad.<br>- Solo daños a interés negativo. |
| | Error | 201<br>202<br>203<br>207 | - Esencial<br>- Conocible | No hay responsabilidad. |
| Afectación de Reglamento Contractual | Dolo incidental | 211 | -No es esencial<br>- Conducta maliciosa dirigida a inducir a error | - Sí hay responsabilidad.<br>- Solo daños a interés negativo. |
| | Error incidental | 207 por interpretación extensiva. | No es esencial. | No hay responsabilidad. |

## VII. EL PROBLEMA ECONÓMICO DEL DOLO OMISIVO.

Hemos escogido el dolo omisivo como la figura que mejor nos puede servir para ilustrar los problemas de información asimétrica y cuáles pueden ser las consecuencias de resolver de acuerdo a una regla o de acuerdo a otra. Como vimos, el punto de partida plantea la existencia de un deber genérico de informar y revelar la información relevante a la otra parte.

El periodo de tratativas precontractuales, especialmente entre comerciantes, no es necesariamente una etapa pacífica y libre de asperezas. Por el contrario, las partes son concientes que el resultado de las negociaciones pueden determinar variaciones importantes en sus ingresos y ganancias. Y la razón de ser de toda empresa es ganar más. Por ello las empresas pondrán todos los medios y recursos a su alcance para sacar el máximo provecho posible. Y la citación no es muy distinta con las personas naturales que de ordinario buscan el máximo provecho posible de un contrato.

Uno de los recursos con los que las empresas cuentan para ello es la información. El conocimiento es poder y uno de los lugares comunes en los que ese poder se usa es precisamente cuando se negocia un contrato. Saber por ejemplo cuáles serán las condiciones de mercado futuras es central para las ganancias de una empresa. Si una empresa que negocia la compra de un bien sabe que en el futuro ese bien subirá de valor ¿tiene que informarlo al potencial vendedor? De hacerlo compartiría los beneficios de contar con la información con la otra parte y perdería parte de las ganancias que esa información le proporciona. ¿Y si el vendedor sabe que el valor de mercado de un bien va a bajar, debe compartir la información con el comprador? La respuesta a ambas preguntas debería ser la misma.

Dado que las partes saben que la información tiene un valor, hacen importantes inversiones y esfuerzos para contar con ella y sacarle el mayor provecho posible. Los departamentos de estudios de mercado, de marketing, las oficinas de asuntos regulatorios o las gerencias legales, y en general toda la organización de las empresas, orientan buena parte de su actividad a obtener y manejar información. La información es uno de los activos más importantes que una empresa tiene. Desde las «mailing list» hasta los estudios de mercado, pasando por los conocimientos técnicos, las estrategias comerciales o la experiencia de la conducta del regulador sectorial, las empresas protegen e invierten por contar con elementos de juicio que les permitan tomar decisiones. Y las personas naturales no están lejos de lo mismo. Contratan asesores y abogados, buscan información y opciones y preguntan a amigos y conocidos cuáles son las mejores alternativas pesa entrar en una operación o en un negocio. Y todo ello cuesta tiempo y dinero.

Todo ello explica las razones por las que, como dijimos, la información puede ser tratada como un bien. Y dado que obtenerla implica costos, la posibilidad de excluir a los demás de su uso y lucrar con ella es una forma de recuperar los costos que hay que incurrir para obtenerla. Si no pudiera recuperar los costos, no obtendría la información. El punto central es entonces determinar cuándo surge la obligación de informar. La existencia de esa obligación hace que no se pueda excluir a la contraparte de la información obtenida, con lo que los incentivos para obtenerla caen. Por el contrario, la facultad de no compartirla, aumenta el valor de dicha información y con ello los incentivos para obtenerla.

Pero la posición sobre cuál es el límite para exigir la entrega de la información, las posiciones están muy lejos de ser unánimes. Frente a las posiciones que plantean que el dolo omisivo sólo se produce cuando se incumple un deber u obligación legal de informar, LOHMANN sostiene que «(...) hay que ir más allá, porque sí bien es cierto que pueden existir obligaciones legales de no guardar silencio, también es cierto que hay obligación de no actuar de mala fe y que el ordenamiento jurídico del negocio está afincado en un deber de lealtad y de seriedad que excluye toda conducta perniciosa hacia el declarante.»[36]

Bajo la posición de LOHMANN, el concepto de dolo omisivo debe ser interpretado extensivamente, existiendo siempre un deber de comunicar a la contraparte la información relevante. Ese será el tema que trataremos de analizar en lo que sigue de esta sección. La posición de LOHMANN reduce los incentivos para obtener información relevante pues toda inversión, gasto o esfuerzo dirigidos a su obtención no se verán retribuidos por los beneficios que ello implica, pues quien obtiene la información estará obligado a compartirla con la contraparte. Conforme la posición de LOHMANN vaya siendo restringida, entonces los incentivos aumentarán de la mano con la posibilidad de que la otra parte pueda estar contratando sobre base de información imperfecta.

La posición de LOHMANN contrasta con la que se ha desarrollado en el *common law*, y en particular en el derecho inglés.

Como mencionamos antes, en el *common law no existe obligación de compartir información con la otra parte.* ATIYAH explica cuáles son los fundamentos económicos del principio enunciado:

> «Una razón obvia por la que no puede existir un deber general de revelar información en transacciones comerciales es que debe existir algún incentivo económico para invertir en la adquisición de habilidades y co-

36. *Ibíd., loc. cit.,*

> nocimientos, y que dicho incentivo es en parte suministrado por la capacidad de las partes de hacer uso de su conocimiento y habilidades en la negociación de los contratos. Si una compañía petrolera, por ejemplo, tiene a los mejores expertos en el mundo a fin de determinar la probabilidad de que se pueda descubrir petróleo en un predio (o en alguna parte del océano), sería absurdo esperar que la empresa divulgue lo que aprendió con la ayuda de sus expertos a los propietarios o concesionarios. Esa sería una manera simple de privarlos de los frutos de su conocimiento, o de obligarlos a compartir este con su contraparte que no ha hecho una inversión similar. De la misma manera, alguien que se ha dedicado toda su vida al estudio de antigüedades o piezas de colección tiene claramente el derecho a usar ese conocimiento para su propio beneficio al juzgar qué comprar, o cuánto ofrecer por un ítem o pintura en un remate.»[37]

Sin embargo, ATIYAH reconoce que llevar este principio al extremo puede conducirnos a una serie de situaciones injustas. Ello explica por qué han ido surgiendo excepciones, siendo las más notables las que han aparecido en las normas de protección de los consumidores, lo que será analizado más adelante.

Tomando ello en cuenta, resulta necesario reconocer que en algunos casos es razonable imponer el deber de informar y en otros no sobre la base de la información de que se trate; en particular, en función del valor de la misma y de los costos que su obtención generó. Al respecto, Freddy ESCOBAR sostiene que:

> «En efecto, nadie puede razonablemente oponerse a la exigencia de que cada parte revele a la otra aquellas circunstancias que puedan influir en la decisión de esta última de efectuar o no la operación contractual. Pero al mismo tiempo nadie puede razonablemente oponerse a la protección de aquella información que, adquirida legítimamente, necesita ser mantenida en reserva para no perder su valor.
>
> (…) no es posible pretender la creación de una situación de simetría informativa en términos absolutos: existen hechos que, en función de ciertos principios del ordenamiento (básicamente los que protegen la libertad de empresa y la propiedad), no tienen por qué ser revelados. En otros términos: existen hechos que legítimamente pueden ser mantenidos en reserva por una de las partes, aun cuando la otra pudiese estar interesada en conocerlos».[38]

---

37. *Ibíd.,* pp. 265-266.

38. ESCOBAR. Ibid. Op. Cit., p. 158.

Es por ello que resulta pertinente analizar la aplicación de la figura del dolo omisivo en función a una regla que, tomando en cuenta el valor y rol de la información en la contratación, así como los incentivos que la misma debe promover para su búsqueda, pueda definir de manera razonable y previsible, cuándo deben las partes trasladarse información y cuándo no. El autor antes citado propone como criterio para determinar la obligación de revelar información la posición contractual que éstas ocupan. Así, en su opinión:

> «La clave para determinar cuándo es legítimo no revelar cierta información depende básicamente de la posición contractual: el que enajena tiene que informar todo aquello que razonablemente la otra parte deba conocer sobre el derecho (a ser transferido) y sobre el bien. Y ello porque no resulta legítimo que oculte la existencia de embargos o de vicios ocultos. El que adquiere sin embargo, no tiene por qué informar acerca de las razones que lo impulsan a contratar. Tampoco tiene por qué informar acerca de las cualidades que ha descubierto en el bien, pues resulta legítimo que aproveche aquello que, por su esfuerzo o fortuna, ha podido conocer»[39].

Sin duda es una labor difícil determinar cuál es el principio correcto. Por ello analizaremos las ventajas y desventajas de las posiciones planteadas. Lamentablemente la jurisprudencia nacional es poco sistemática y/o inexistente, lo que hace difícil identificar criterios o principios que permitan precisar un estándar claro. Por ello, vamos a recurrir a algunos casos de la jurisprudencia del *common Law* que son bastante gráficos sobre los estándares aplicables, en especial, a relaciones de naturaleza comercial, a la obligación de revelar información relevante o *duty of disclosure*.

Los dos ejemplos con los que empieza esta sección podrían ser candidatos a ser considerados casos de dolo omisivo. En el caso de Curtis, Chapman y Disneyworld, la omisión de mencionar la futura construcción del famoso parque de diversiones condujo al vendedor a realizar una operación en términos distintos a los que hubiera aceptado de haber contado con la información completa. Lo mismo se puede decir del caso de las termitas (Obne), en la que la no mención del problema llevó a una clara desilusión por parte de los compradores respecto de lo que esperaban fuera el departamento.

En ambos casos una de las partes (en una el comprador y en la otra el vendedor) dejaron de mencionar información relevante obtenida antes del contrato. En el primer caso su obtención se hizo posiblemente mediante algún tipo de investigación que le permitió obtener datos sobre las intenciones

---

39. Ibidem.

del Sr. Walt Disney. En el segundo caso se obtuvo información relevante de la propia experiencia como antiguos propietarios del inmueble. Las termitas en algún momento demostraron su presencia y así los vendedores descubrieron un problema que dejaron de mencionar a su contraparte.

El problema es determinar qué omisiones son aceptables y cuáles no, en atención tanto a los costos que genera un error, frente a los beneficios generados por incentivos para obtener información socialmente relevante. Así, en algunos casos, deberá imponerse a las partes la obligación de revelar la información relevante mientras que en otros se asumirá que dicha obligación no existe.

Un tercer caso es *Laidlaw v. Organ*.[40] Organ era un comerciante de New Orleans dedicado a la compra y venta de tabaco. En la mañana del 19 de Febrero de 1815 se enteró que se había firmado un tratado de paz entre los norteamericanos y los británicos, poniendo fin a la guerra iniciada en 1812. Con ello se levantaría el bloqueo del puerto que había impedido exportar tabaco, lo que tenía los precios muy deprimidos. Organ recibió la información del Sr. Shephard (directamente interesado en las ganancias de la operación comercial que fue objeto de litigio). A su vez Shephard había obtenido esta información, que era reservada, de su hermano, que obtuvo la información de la flota británica. Nunca se esclareció qué hacía el hermano de Shephard con la flota británica.

Antes de que la firma del tratado se haga pública (*«poco después de la salida del sol»* según el reporte del caso) Organ se comunicó con un representante de la empresa Laidlaw para comprar un cargamento importante de tabaco. Antes de cerrar el acuerdo el representante de Laidlaw le preguntó a Organ si *«...existían algunas noticias que podrían afectar el precio del producto objeto de la transacción»*. Nunca quedó claro qué respuesta dio Organ a la pregunta.

La firma del tratado recién fue de conocimiento público a través de un panfleto distribuido alrededor de la ocho de la mañana del mismo día 19. Como resultado de la firma del tratado, que acabó con el bloqueo de New Orleans, el precio del tabaco se incrementó rápidamente entre 30% y 50%. Así se inició un juicio entre Organ y Laidlaw en el que el primero reclamaba el cumplimiento del contrato en los términos pactados, mientras Laidlaw se negaba a hacerlo alegando que su contraparte actuó de mala fe. Organ demandó para que se le pagaran los daños y perjuicios derivados de la no entrega y para que se inmovilizara la mercadería objeto del contrato.

Inicialmente hubo un fallo favorable a Laidlaw, basado en la supuesta actuación de mala fe de Organ. Pero la Corte Suprema de los Estados Uni-

---

40. 15 U.S. (2 Wheat) 178 (1817).

dos, en una decisión redactada por su Presidente, Marshall, devolvió el caso con instrucciones de un nuevo juicio. No está claro que ocurrió en el mismo, pero sí cuál fue el criterio usado por Marshall. Así el fallo de la Suprema indicó lo siguiente:

> «La pregunta en este caso es si la información acerca de circunstancias extrínsecas que podrían influir en el precio de un bien y que era exclusivamente de conocimiento del comprador, debió ser comunicada por éste al vendedor. La Corte es de opinión de que él no estaba obligado a comunicarla. Resultaría difícil delimitar adecuadamente una doctrina contraria, cuando los medios de información son igualmente accesibles para ambas partes. Sin embargo, al mismo tiempo, cada una de las partes debe cuidar no decir o hacer algo que le permita obtener una ventaja indebida sobre la otra»[41].

A pesar que el fallo en cuestión no ha estado exento de críticas en sus casi 200 años de existencia, aún es considerada la declaración de Ley aplicable en el sistema norteamericano, particularmente en el campo de los negocios.[42]

Ello queda ratificado con una reciente decisión de la Corte Federal de Apelaciones integrada por el Juez Richard POSNER, que al resolver un caso indirectamente vinculado con la materia que nos ocupa, señala lo siguiente a manera de síntesis y resumen del estado de la cuestión en la jurisprudencia:

> «… la regla consiste en que si la información está disponible para ambas partes, la omisión de una de las partes de revelar dicha información a la otra no genera acción legal alguna, incluso si se está omitiendo la información a sabiendas de que dicha otra parte está incurriendo en error» [43].

Nótese que, según POSNER, ni siquiera la cognoscibilidad del error, al margen de la intención o no, da lugar a que el contrato pueda ser anulado. En ese contexto se explica por qué la regla anglosajona no es equivalente a la italiana. Solo el error bilateral o el engaño intencional, con actos en los que se miente a la otra parte, da lugar a la anulación.

Existen dos casos renombrados y comúnmente citados por las Cortes americanas, que son particularmente interesantes y relevantes, porque tie-

---

41. Tanto la reseña del caso como la cita del fallo han sido tomados de KRONMAN, Anthony T. «Error, Deber de Revelar Información y Derecho de Contratos». En: *Themis*-Revista de Derecho. No. 40, 2004. pp. 166-167.

42. Existen excepciones importantes en áreas como las de protección al consumidor.

43. Market Street vs. Frey, 941 F2d 588.

nen que ver con la futura existencia de decisiones regulatorias que podrían tener impacto en la relación contractual entre las partes. Los cambios regulatorios son particularmente sensibles porque usualmente se podría pensar que las políticas públicas son, valga la redundancia, públicas, y por tanto se podría creer que nadie tiene derecho a retener información sobre las mismas, en su provecho, durante una negociación.

Nos referimos a los casos *Morkin contra Lenzi*[44] y *Bass contra Coupel*[45].

En ambos casos se trata de la venta de terrenos. En el caso *Morkin*, el vendedor adquirió información, a partir de comunicaciones legítimas con la Autoridad, del posible y futuro cambio del marco regulatorio. Y en el caso *Bass*, el vendedor le dijo al comprador que en el futuro habrían cambios regulatorios que tendrían impacto en los servicios municipales que se brindarían a futuro a favor del precio.

En el caso Morkin, éste le imputó a Lenzi haber omitido información sobre el futuro aumento del impuesto predial que gravaría en el futuro el predio. La información fue adquirida por Lenzi durante la etapa precontractual pero después de las partes habían negociado y acordado las cláusulas que tenían vinculación con el cambio del marco regulatorio – tributario. Dichas cláusulas eran relevantes porque distribuían entre las partes el riesgo del incremento de impuestos. La Corte estableció que la información adquirida por Lenzi de la Autoridad también estaba igualmente disponible para Morkin, quien pudo haber contactado a la autoridad o solicitado información sobre la materia. En suma, la Corte concluyó que se trataba de información que normalmente se adquiere con algún nivel de esfuerzo y que ambas partes podían obtener. Por ello, rechazó la pretensión formulada por Morkin contra Lenzi.

El caso *Bass* es especialmente ilustrativo, porque fue resuelto por la Corte de Apelaciones de Louissiana, Estado que tiene un sistema legal de *civil law*, similar al nuestro y que cuenta con un Código Civil de inspiración francesa. En *Bass vs. Coupel*, los señores Bass demandaron a los señores Coupel porque éstos habían afirmado durante la etapa de negociación del contrato que en el futuro era posible que las decisiones de la Autoridad en materia de parcelación y subdivisión de terrenos cambiaran, lo que mejoraría el valor del terreno sobre el que estaban negociando.

Los Bass demandaron sustentando su pretensión, entre otras cosas, en que las afirmaciones de los Coupel fueron falsas, porque la Autoridad no había cambiado el marco regulatorio y en consecuencia no se había

44. 82 Ill. Dec. 644.

45. 671 So.2d 344.

incrementado el valor del terreno. Pero la Corte señaló que nadie podía ser acusado de dolo en la formación del contrato por comunicar a su contraparte información sobre posibles cambios en las decisiones regulatorias. La razón de ello fue que tal información está disponible para ambas partes, en el asumido que ambas pueden contactar a la Autoridad, y porque además se trata de información sobre riesgos y eventos a ocurrir en el futuro. En efecto, la Corte estableció que ésta no es información que deba ser revelada, por ser especulativa y consistir en hechos futuros inciertos. Como señaló correctamente la Corte de Apelaciones:

> «El Señor Bass alega (y la primera instancia determinó este hecho como parte de su decisión) que el Señor Coupel le prometió que la subdivisión sería aprobada por la municipalidad de Iberville. Esta afirmación, sobre cosas que ocurrirán en el futuro, bajo los artículos 2529, 2545 o 2547 del Código Civil de Louissiana, no pueden ser errores inducidos sobre hechos (…) no hay evidencia que el Señor Coupel conociera, en el momento en el que realizó las afirmaciones sobre mejoras regulatorias futuras, que tales regulaciones no iban a ser aprobadas. Como se demuestra con la prueba ofrecida por el propio demandante, muchas de estas mejoras (excepto por la pista de asfalto y los servicios públicos) dependían del control de terceros (recojo de basura y mantenimiento de pistas – Municipalidad; servicios postales – Servicio Postal de los EEUU; servicio de bus escolar – División de Escuelas de la Municipalidad). No se puede hablar de fraude cuando estamos ante promesas incumplidas respecto de eventos futuros».[46]

Nótese que *Bass* ni siquiera es un caso de dolo omisivo, sino de dolo por acción (se afirmó que habría unos cambios regulatorios). Evidentemente, el mismo razonamiento se aplica para casos de dolo no por acción, sino por omisión. Si la información no revelada se refiere a eventos futuros e inciertos, cuya ocurrencia o no depende de la Autoridad, entonces no es información que deba ser revelada o que pueda ser considerada como una garantía, salvo, claro está, que el mismo contrato lo ofrezca en esos términos, por ejemplo como la promesa o hecho de un tercero, como una condición, o como una garantía contractual explícita.[47]

---

46. *Bass v. Coupel*, pp. 351 y 352.

47. Este tema de la no obligación de revelar información plantea un problema especialmente complejo con la teoría de la imprevisión. Cuando analizamos el tema en otra sección concluimos que el sistema debe crear incentivos para que se lleve una posible contingencia a la mesa de negociaciones cuando ello sea razonable. Sin embargo, lo concluido hasta aquí parecería indicar que no hay deber de revelar nada de ello. Nos

Del conjunto de esta jurisprudencia comentada pueden extraerse reglas que pueden justificarse principalmente en base a las siguientes consideraciones: (1) no compartir información es conforme a las legítimas expectativas de los comerciantes, reflejando la (dura) moralidad del mercado, (2) en un contrato de venta de bienes cada parte asume el riesgo de que su propia valorización esté errada, (3) recompensa la inteligencia y la habilidad de la parte que adquirió un conocimiento especial[48], (4) cuando la información está disponible para ambas partes no debe imponerse una obligación de revelar porque ello significaría fomentar la falta de diligencia en la activa búsqueda de información fácilmente obtenible, y (5) la información sobre hechos futuros inciertos o probabilidades no tiene por qué ser revelada.

De todos los casos citados, solo en uno se estableció que existía obligación de informar (*Obde*). Pero existe una amplia discusión doctrinaria (que suele vincularse con una sensación intuitiva) que justifica las diferentes consecuencias legales de uno y otro grupo de casos: mientras en el caso *Obde*, la información se refiere a un vicio intrínseco del bien que por ello debe ser revelado, en los otros casos la información omitida se refiere a factores extrínsecos al bien o servicio. Así, *Curtis* se trata de la decisión de un tercero de invertir en el terrero vecino, en *Laidlaw* de la decisión gubernamental de firmar un armisticio, y en *Morkin* tanto como en *Bass*, de decisiones regulatorias actuales o futuras. No ocurre lo mismo con Obde, donde la existencia de termitas es información intrínseca al bien que se vende.[49]

La justificación de *Obde* puede equipararse a la razón de ser del principio de idoneidad en las normas de protección al consumidor. Así, se entiende que el vendedor ofrece una garantía implícita de adecuación del bien para los fines que se adquieren, mientras que no ofrece una garantía sobre posibles actos de o decisiones de terceros. Pero quizás la mejor explicación se encuentre en el trabajo de KRONMAN antes referido y que es sin

---

queda claro que el efecto no puede ser la anulación. Nos queda también claro que la existencia de normas sobre excesiva onerosidad obligan a su aplicación. Pero quizás la conclusión más consistente debería ser la desaparición de figuras como la excesiva onerosidad que crean distorsiones más que soluciones.

48. KRONMAN, op cit, p. 167.

49. Incluso el criterio aplicado en Obde no es uniforme en la jurisprudencia norteamericana. Hay casos de termitas en que las Cortes establecieron que no existía obligación de informar (ver Swinton v. Whitinsville Sav. Bank, 311 Mass. 677, 42 N.E. 2d 808 (1942). Otro caso interesante y más reciente es Gutelius v. Sisemore (365. P. 2D 732 (Okla, 1961), en el que no se obligó al vendedor a informar al comprador que en una casa se acumulaba agua bajo el piso que generaba olores molestos. Ello solo muestra lo fuerte que es el principio general de no revelar información.

duda el trabajo más citado sobre el tema. Sobre la base del presupuesto de que la existencia de mayor información en el mercado es deseable, sus reglas determinan la imposición del deber de informar en función a si como consecuencia de su aplicación los incentivos para producir información en el mercado aumentarán. Para ello es partidario que se reconozca a la parte que cuenta con información una suerte de propiedad o titularidad relativa sobre la información que posee, titularidad que se expresa en la facultad de guardar reserva sobre la información durante la negociación del contrato. Sobre el particular KRONMAN señala:

> «Una manera (raramente percibida) en la que el sistema legal puede establecer derechos de propiedad sobre la información es permitiendo a la parte que la posee celebrar –y exigir el cumplimiento de- contratos cuya información le sugiere pueden ser rentables, sin tener el deber de revelar dicha información a la otra parte.
>
> Imponer un deber de revelar información sobre la parte con conocimientos lo priva de la ventaja que le da el conocer dicha información. Un deber de revelar información es equivalente a exigirle al beneficiario de la información que la publique y esto es antitético con la noción de derecho de propiedad que –con todo lo demás que puede implicar- siempre requiere de protección legal frente a la amenaza de apropiación privada»[50].

El criterio que plantea el autor antes citado no es otro que el de proteger a quien –en el marco de un proceso de contratación- se encuentra mejor informado que su contraparte, revistiéndolo de un blindaje legal consistente en la no imposición del deber de informar, como consecuencia del cual pueda apropiarse válidamente de la información con que cuenta y hacerse de los beneficios que ésta le pueda generar, dado su valor o relevancia en el marco del contrato a celebrarse. En otros términos, la no imposición de un deber de información, confiere a quien la posee un derecho de propiedad respecto de ella que –por ser tal- merece protección por parte del ordenamiento.

Como correctamente señala el autor que comentamos, la información es el antídoto para el error[51]. Por ello el que exista información debe ser un objetivo que la Ley debe perseguir, incluso si ello implica asumir el costo que algunos errores puedan ocurrir para lograr tal fin.

Sobre la base de ello se desarrolla la teoría del *common law* de acuerdo a la cual solo el error bilateral (es decir, aquella falsa representación respec-

---

50. KRONMAN. Op. Cit., p. 169 - 170.

51. Ibíd., p. 167.

to de que la realidad es compartida por ambas partes en un contrato, como que los dos creen que la vaca es infértil) produce la ineficacia del negocio. Por el contrario el error unilateral (es decir, aquella falsa representación respecto de la realidad en la que incurre sólo una de las partes, es decir, uno cree que la vaca es fértil y el otro cree que es infértil) no acarrea la ineficacia del negocio. Se quiere evitar que las partes se equivoquen y el sistema anglosajón ha considerado que la mejor manera de evitar ello es haciendo correr a quien se equivoca con el peso económico de su equivocación. Así tendrá incentivos adecuados para tomar medidas que eviten el error, siendo la más importante de ellas tratar de obtener la información relevante antes de contratar.

Sin embargo, ello no implica, en opinión del autor, que en todos los casos resulte eficiente otorgar un derecho de propiedad al poseedor de la información respecto de ella y, en consecuencia, no imponerle la obligación de compartir dicha información con la contraparte. Ello dependerá de la manera como la información fue adquirida. Así, KRONMAN señala que:

> «Algunas veces, los individuos que suministran la información la han obtenido mediante una búsqueda deliberada; en otros casos la información ha sido adquirida casualmente. Un analista de valores, por ejemplo, adquiere información acerca de una compañía en particular de modo deliberado –estudiando cuidadosamente evidencia acerca de su desempeño económico. Por el contrario, un hombre de negocios que «sobre escucha» una conversación a bordo de un autobús, adquiere la información casualmente»[52].

La distinción es relevante para los efectos de la protección antes referida dado que la información adquirida deliberadamente es el resultado de una serie de esfuerzos en tiempo y dinero por parte de quien la posee que merecen ser incentivados así como protegidos, mientras que en el caso de la información adquirida casualmente, al no ser el resultado de dichos esfuerzos sino del mero azar, su protección no genera incentivos para la búsqueda de información relevante en el mercado como sí se generan en el caso de la protección del primer tipo de información. De hecho, la lógica que subyace a ese criterio no es otra que la de la imposibilidad del mercado de producir información relevante si no es sobre la base de la existencia de incentivos. En ese sentido KRONMAN señala que:

> «Si la información ha sido adquirida deliberadamente (en el sentido definido anteriormente), y se niega a su poseedor los beneficios de poseerla y

52. Ibid, p. 168.

> usarla, éste tendrá un incentivo para reducir (o eliminar por completo) su producción de información en el futuro, (…) desde que el que adquiere información de esta manera por definición incurre en costos que hubiera evitado si no fuera por el prospecto de los beneficios que ahora se le deniegan. Al denegársele los mismos beneficios, una persona que ha adquirido la información casualmente no se verá desalentada de hacer –lo que por motivos independientes- hubiera hecho en cualquier caso»[53].

Para agregar más adelante que:

> «Dado que alguien que adquiere información casualmente no realiza ninguna inversión para adquirirla, sujetarlo a un deber de revelar información probablemente no reducirá el monto de información socialmente relevante que éste realmente genere»[54].

De este modo, la aplicación de la regla antes referida tiene como resultado que si la información es del tipo que se adquiere mediante una búsqueda intencional de la misma, debe permitirse a la parte que la obtuvo hacer uso de ella sin revelarla. Así, se crearán incentivos para producir la información. Por el contrario, si estamos frente a información del tipo que se adquiere casualmente, entonces lo que corresponde es obligar a quien cuenta con la información a revelarla a su contraparte, pues en nada se incentivará su producción dándole un derecho de exclusiva al poseedor de la información.

De esta perspectiva, la determinación sobre cuándo existe –o sería eficiente imponer- el deber de trasladar a la contraparte información relevante sobre las circunstancias que envuelven el contrato a celebrarse podría estar dada sobre la base de la aplicación de la regla antes descrita salvo que exista una norma expresa, ya sea en la ley o en un contrato, que regule específicamente dicho supuesto o las obligaciones de las partes de informar.

Sin embargo, KRONMAN reconoce lo complejo que sería adoptar una regla como la que propone desde el punto de vista de la prueba. Para graficarlo regresemos al ejemplo de Laidlaw v. Organ y la compra de tabaco luego de la firma del tratado de paz. Como se desprende de la descripción del caso es sumamente difícil diferenciar los casos de información casualmente adquirida de información intencionalmente adquirida. Si Organ se enteró por medio de una cuidadosa investigación, o por medio de un accidente (lo escuchó en un bar) parece no ser lo relevante. Si esa fuera la regla, sería muy difícil aplicarla.

---

53. Ibid, p. 169.

54. Ibid. p. 170

Por otro lado, en el caso *Curtis*, también es difícil establecer si Chapman adquirió la información como consecuencia de su actividad como corredor y en el ejercicio de la misma, o si la adquirió casualmente escuchando una conversación en una reunión social. De la misma manera, en *Morkin* no resultó siendo relevante para la decisión si el Señor Lenzi adquirió la información sobre el incremento de impuestos prediales como consecuencia de sus esfuerzos o porque un amigo de los funcionarios municipales se lo contó casualmente. Incluso se podrían discutir si que te cuente algo un amigo es casual o intencional. Hay gente que se hace amigo de los funcionarios e invierte tiempo en fomentar la relación precisamente para obtener información.

Es por ello que KRONMAN plantea el uso de lo que denomina una «regla sábana». De acuerdo a dicha regla, la determinación del carácter de la información omitida en un caso concreto –sobre si se trata de información obtenida deliberadamente o casualmente- pasa por identificar no cómo dicha información fue efectivamente obtenida en los hechos sino si dicha información es del tipo que «normalmente» se adquiere de una u otra forma. En otros términos, se deberá identificar si la información omitida es normal o típicamente obtenida como resultado de una búsqueda o inversión o si, por el contrario, es normalmente obtenida sin llevar a cabo inversión o búsqueda adicional alguna. Así KRONMAN nos dice:

> «Es probable, sin embargo, que una regla que permita la aplicación caso por caso de deber de revelar información, conlleve problemas fácticos que serían difíciles (y caros) de resolver. El propio caso Laidlaw ilustra este punto fácilmente. De acuerdo a los hechos del caso, tal como los tenemos, es imposible determinar si el comprador de hecho realizó una investigación deliberada para adquirir información del tratado. El costo de administrar un deber de revelar información caso por caso probablemente sea sustancial.
>
> Como alternativa, uno podría aplicar uniformemente una regla general (para revelar o no información) a categorías de casos que involucren el mismo tipo de información (por ejemplo, información acerca de condiciones de mercado o sobre defectos en productos). Para determinar la regla general apropiada para un particular grupo de casos, sería necesario primero decidir si es más probable que la información involucrada (en su conjunto) sea generada por casualidad o por búsqueda deliberada. Mientras mayor sea la probabilidad de que la información sea adquirida de modo deliberado y no de modo casual, más plausible será asumir que una regla general que permita no revelar información tendrá mayores beneficios que costos.
>
> En Laidlaw, por ejemplo, la información involucrada tenía que ver con condiciones de mercado cambiantes. El resultado del caso se puede jus-

> tificar (desde la perspectiva más general que acabamos de describir) sobre la base que la información acerca de las condiciones de mercado es típicamente (aunque no en todos los casos) el producto de una búsqueda deliberada. El gran número de individuos que están dedicados a la producción de tal información presta soporte empírico a esta proposición».[55]

La propuesta de KRONMAN refleja lo mismo que ocurre con el derecho de patentes, justamente otro caso en el que el Derecho tiene que definir cuándo concede un derecho de exclusiva sobre cierta información. Si bien es usual esperar que una nueva invención sea consecuencia del esfuerzo e imaginación del inventor, son numerosos los casos en los que las invenciones son consecuencias de simples accidentes o casualidades en las que el esfuerzo e imaginación no fueron factores importantes. Pero un examinador de patentes no analiza ello caso por caso.

No le exige al solicitante de la patente demostrar que hizo investigación o invirtió esfuerzo. Para ello se usa una regla de «altura inventiva», que no es otra cosa que una suerte de «regla sábana». Si la idea tiene altura inventiva, es decir, es innovadora y tiene una aplicación práctica, se le patenta así haya sido consecuencia de una casualidad. Así, el derecho de patentes no hace el intento de discriminar una situación de la otra. Simplemente asume que las nuevas ideas son mérito de quien las presentó y que son consecuencia de su esfuerzo, sin exigir ni estar a una demostración caso por caso. Así se le demostrara al funcionario a cargo de la oficina de patentes que la idea fue casual, éste la inscribirá si tiene altura inventiva. Lo que plantea KRONMAN que haga el juzgador es en esencia lo mismo.

En el campo de los negocios, entre empresas que desarrollan actividades comerciales sofisticadas, que exigen especialización y conocimiento para ser competitivas, la regla general debería ser la de no revelar, salvo que exista la obligación legal de hacerlo. En ese sentido, la buena fe tiene una aplicación restringida, centrada en casos en los que se trata de información que es usualmente adquirida de manera casual (uno descubre que hay termitas cuando se perfora una puerta y es esa la forma normal de adquirir dicha información) o que se refiere a elementos intrínsecos del bien o servicio objeto de la transacción (como ocurre con los productos defectuosos). Caso contrario la regla debería ser la de no revelar.

Una situación en la que debería obligarse a revelar la información detectada es el error evidente en la oferta. El caso citado por SCOTT y LESLIE puede ser un buen ejemplo. Mary entra a la tienda de pipas de John trayendo la colección de pipas de su esposo, recientemente fallecido, para la ven-

---

55. Ibid, loc cit.

ta. John nota que entre las pipas existe una Dunhill valuada en US $ 1,000. Ofrece a María US $ 25 pues advierte por sus preguntas que ella desconoce la calidad y condiciones del mercado de pipas. María acepta[56]. Si bien parte de la ventaja está en la experiencia de John en el mercado, la información sobre la inexperiencia de Mary es la utilizada de manera ilegal, según el principio sugerido[57].

Un caso aún más claro es el también citado por SCOTT y LESLIE. Mientras Mark pasea por una tienda de pipas ve en un mostrador una *Charatan Selected*. Advierte que ella debe haber sido colocada en dicho lugar por accidente, pues se suelen vender a US $ 275 y el precio que figura es de sólo US $ 25. Dado el temor de que el propietario advierta el error, Mark espera que salga a almorzar y un vendedor menos experimentado se quede a cargo de la tienda. Aprovechando la situación, compra la pipa a solo US $ 25[58]. Así, Mark adquiere casualmente (paseándose por la tienda) la información del error del dueño de la tienda, y organiza su conducta para aprovecharse de él. Permitiéndole apropiarse de esa información no va a mejorar los niveles de información sobre el mercado de pipas, como tampoco ocurrirá permitiendo a John en el ejemplo anterior aprovecharse de la poca experiencia de Mary[59].

El principio sugerido por KRONMAN aparece como muy sugestivo. Pero incluso su «regla sábana» plantea problemas de aplicación. Existe mucha información relevante en la que no es fácil distinguir a qué categoría pertenecen los datos obtenidos en cada caso. Por ejemplo, la información sobre las características de un bien no puede ser fácilmente catalogada como información intencional o accidentalmente adquirida. ¿Cómo saber si el pro-

---

56. SCOTT y LESLIE, *Ob. cit.*, p. 451.

57. Debemos reconocer, sin embargo, que la teoría de KRONMAN tampoco aparece como muy clara en estas situaciones. Siempre se puede decir que la omisión del dueño de la tienda es el uso legítimo de su experiencia adquirida como comerciante en dicho mercado, de manera que anulando el contrato solo se desincentiva a los comerciantes a usar su experiencia de mercado en sus negocios.

58. *Ibíd., loc. cit.*

59. Nuevamente el ejemplo no termina de ser totalmente claro. Si bien se descubre el error en la publicidad del precio en el escaparate de manera casual, también se puede decir que ello es advertido por Mark gracias a su experiencia como consumidor especializado, algo que Mark ha conseguido dedicando recursos y tiempo que le permiten identificar una pipa valiosa cuando la ve. Y es que siempre, hasta en la adquisición más casual de información, existe una experiencia previa de quien la obtiene que le permite captar que la información adquirida puede ser utilizada en su provecho, incluso en el caso de quién «para la oreja» en un autobús cuando alguien comienza a hablar de un negocio que le incumbe o interesa.

pietario de un automóvil descubrió que el motor estaba dañado como consecuencia de una mera inspección accidental o de su buen hábito de hacer revisiones periódicas al automóvil? El propio caso de las termitas aparece como uno difícil de clasificar en una u otra categoría.

Incluso algunas ramas del Derecho plantean precisamente el principio opuesto al sugerido por KRONMAN. Las normas de protección al consumidor suelen colocar sobre los proveedores una carga de informar a los consumidores. Y ello incluye la obligación de informar los resultados de sus investigaciones sobre la seguridad y calidad de los productos en las que invierten buena cantidad de recursos[60]. No parece claro en tales situaciones si debe permitirse a los proveedores obtener información y ocultarla a los consumidores a fin de poder colocar precios mayores. Por ejemplo, si un laboratorio descubriera que un medicamento determinado tiene ciertos efectos secundarios peligrosos para quienes los consumen, podría obtener mayores utilidades ocultando dicha información a los consumidores y cobrando un precio mayor al que se pagaría de conocerse dicha información. Pero, por razones que analizaremos más adelante, no parece una salida adecuada.

Trataremos, a continuación, otras posibles reglas que nos ayuden a definir cuándo existe y cuándo no existe una obligación de informar a la contraparte y cuáles son los remedios que se puede dar al problema.

## VIII. ¿EXISTE UNA DIFERENCIA ENTRE MENTIR Y NO DECIR TODA LA VERDAD?

De alguna manera lo que se discute en el tema del dolo omisivo es si podemos asimilar el mentir a simplemente callarse para no decir toda la verdad. Para ello la doctrina tradicionalmente ha dado como respuesta, para establecer la diferencia, el principio de la buena fe. Así, sería válido callarse cuando ello no contradice el principio de la buena fe, y por tanto el silencio podría ser en ciertas ocasiones asimilable a la mentira o al engaño. Cuando la buena fe así lo indique existe una obligación de hablar, que no estaría presente en otros casos. El gran problema es que esa respuesta no es propiamente una respuesta sino simplemente una nueva pregunta, quizás

60. Ello se logra a través de regulaciones especificas que obligan a incluir información (advertencias, estándares de rotulado, normas de publicidad, etc.) o mediante instituciones como la responsabilidad por productos defectuosos que al hacer al proveedor responsable de los defectos de los productos no informados los consumidores, crea incentivos para proveer la información relevante. Este tema se desarrollará con más detalle más adelante.

más abstracta y difícil que la primera: ¿Cuándo se actúa de mala fe y cuándo de buena fe?

Contestar esa pregunta puede convertirse en una misión imposible, pues trata de derivar una norma general de una apreciación subjetiva sobre un estándar de conducta. Así, vincular la aplicación del supuesto de dolo omisivo a la utilización de un principio tan abstracto como la mala fe, nos lleva al campo de la falta de precisión del concepto para poder definir reglas claras acerca de qué información puede uno usar de manera exclusiva en la contratación y cuál no. Ello puede conducir a una radical reducción de los incentivos para producir y obtener información relevante que, precisamente, podría reducir, en el agregado, el número de errores.

El efecto es muy fácil de apreciar. Las partes en un contrato deberán definir previamente sobre qué pueden guardar silencio, y sobre qué no. Para ello deberán «adivinar» qué es lo que un juez considerará es la buena fe. Pero ello tendrá una consecuencia clara en una conducta incluso anterior a la negociación del contrato. La incertidumbre sobre qué se puede callar y qué no se trasladará a la incertidumbre sobre qué información es útil tener y cuál no. Si los jueces pudieran establecer claramente que la información sobre la construcción de parques de diversiones en la zona en la que se compra un inmueble puede ser usada de manera exclusiva sin que se vicie el contrato, entonces existirán incentivos para buscarla y utilizarla.

Pero difícilmente será tan claro el mensaje usando un concepto impreciso como el de buena fe. Lo más probable es que los agentes económicos simplemente establezcan en su mente un conjunto de reglas de probabilidad inciertas y abstractas, de las que a su vez se deriva la predictibilidad de los efectos de su conducta. El nivel de predictibilidad, en esas condiciones será bastante bajo. Ante ello, los incentivos de buscar y utilizar información se diluyen en la incertidumbre, reduciendo la eficiencia social que la obtención de información puede generar.

Ante esta situación planteemos, de manera similar a como lo hace KRONMAN, identificar criterios más objetivos y fáciles de determinar, y que nos liberen del abstracto y subjetivo uso de un estándar impreciso e impredecible, como la buena fe, para favorecer la predictibilidad de lo que los jueces puedan decidir, creando un sistema de incentivos adecuados para la obtención y utilización de información valiosa.

## IX. ¿CÓMO MAXIMIZAR LA ASIGNACIÓN EFICIENTE DE RECURSOS A TRAVÉS DEL USO DE INFORMACIÓN RELEVANTE?

Los contratos persiguen, como fin social y económicamente deseable, la asignación de los recursos escasos a sus usos más valiosos. Quien adquie-

re un bien paga un precio que es inferior a la valorización individual que él hace del mismo. Por su parte quien vende un bien hace una valorización del mismo inferior al precio que finalmente acepta recibir.

La transferencia de recursos de usos menos valiosos a usos más valiosos a través de los contratos, puede ser atribuida, entre otros, a un factor importante: la habilidad para usar dichos recursos. Si quien compra tiene una habilidad especial para darle valor agregado al recurso, entonces el uso más valioso se deriva precisamente de esa habilidad. Así, el carpintero que compra madera paga más que lo mínimo que estaría dispuesto a recibir el leñador precisamente porque tiene la habilidad de convertir esa madera en muebles, algo que el leñador no sabe hacer, por lo menos no con la misma habilidad o la misma eficiencia[61].

Esta habilidad puede, a su vez, depender de una serie de factores. Uno de los más importantes es la información disponible por los agentes económicos. Si quien compra sabe que una sustancia puede ser utilizada para crear un nuevo medicamento para curar el cáncer, al comprar la sustancia de quien la tiene y que desconoce ese uso, está permitiendo que el bien se asigne a un uso más valioso, precisamente por la existencia de la información referida. Así, el conocimiento de quién descubrió la medicina hace que esté dispuesto a pagar más que la cantidad mínima que el poseedor de la sustancia estaría dispuesto a recibir, lo que se deriva directamente de la habilidad para usar la información para mejorar el uso del recurso. En ese sentido la asimetría informativa, tradicionalmente vista como una mal, se convierte en un bien al crear incentivos, mediante el aprovechamiento de las diferencias de información, a que esa información entre a producir resultados mediante el intercambio. La asimetría de información no sería otra cosa que uno de los componentes de una asimetría de habilidad, que explica toda la teoría económica de división del trabajo y la especialización que arroja resultados fundamentales a la eficiencia, creando un sistema de coordinación que maximiza el uso de los recursos. La asimetría

61. En realidad el utilizar solo la habilidad como factor es una sobresimplificación de la realidad que se hace solo para fines explicativos. Otros factores deben ser tomados en cuenta. Por ejemplo se puede recurrir a la ley de los rendimientos decrecientes. Cuando uno tiene muchas unidades de un recurso el valor de cada unidad adicional va cayendo, haciendo más rentable para la persona el vender esas unidades adicionales. Así, si una familia ya cuenta con tres vehículos y compra un cuarto cuando solo tres miembros de la familia saben conducir, probablemente venda una de las unidades porque cae de valor de uso para ellos. Así, aquellos a los que le sobra algo suelen valorizarlo menos que aquellos a los que les falta precisamente ese algo. Un leñador con más madera de la que necesita para su propio consumo podría ir valorizando las unidades de madera en menos.

de información ayuda a que unos nos dediquemos a la carpintería, otros a la abogacía y otros a la producción masiva de enlatados. Si uno no pudiera aprovechar los beneficios que la información que tiene da, los incentivos para especializarse desaparecería.

El caso de Disneyworld nos ilustra esta idea. Cuando Curtis compró el terreno en Orlando, el inmueble estaba pasando de un uso menos valioso (precisamente por la ignorancia de Chapman de su eventual valor adicional) a un uso más valioso que permite al nuevo titular prepararlo más rápido para la nueva situación. Así, por ejemplo, Curtis podrá iniciar los proyectos de un futuro hotel, algo que Chapman no podía hacer con la misma velocidad porque le faltaba información. Ello permite un mejor uso de los recursos dados los evidentes costos de oportunidad, evitando o minimizando la pérdida de beneficios económicos derivados de la demora de usar el bien y orientarlo hacia su uso más valioso lo antes posible.

Así, normalmente el uso de información por una de las partes es uno de los elementos que deriva en una asignación de los recursos escasos a sus usos más valiosos. Favorecer el uso de la información relevante en ese sentido sirve para alcanzar una mayor eficiencia económica. En este contexto, admitir que una de las partes no revele esa información a la otra parte implica no aplicar la figura del dolo omisivo. Así, se permite el uso exclusivo de la información por un contratante, creando incentivos para que la información sea no sólo obtenida, sino utilizada de manera adecuada para generar mayor riqueza y bienestar.

Sin embargo, ello no siempre es tan claro. Existen supuestos en los que no parece sencillo derivar que existen eficiencias en el uso exclusivo de la información. Así, en algunos casos, no se aceptará pacíficamente esta explicación. El caso más típico es el de un defecto en el bien que no es revelado por el vendedor. Si el comprador desconoce de un defecto sí conocido por el vendedor, entonces la asignación del recurso no necesariamente conduce a un uso más valioso. Un automóvil con el motor rajado o una casa con termitas que son vendidos por quien conoce su situación y oculta la información, conduce a una asignación posiblemente ineficiente. Un medicamento con efectos secundarios para las personas con presión alta requerirá que esa información sea brindada a los potenciales compradores. El aprovechamiento del vendedor para dar a los compradores algo menos valioso de lo que esperan parecería ser una situación muy discutible. Y ello porque al ocultarse la información no tenemos ninguna garantía de que el bien o recurso va de un uso menos valioso a uno más valioso.

Debe notarse que existe una diferencia entre el supuesto de la asignación de un recurso a un uso más valioso y el supuesto que estamos comentando. En el primer caso, es decir aquel en el que se permite el uso de la

información de manera exclusiva para que el recurso vaya a un uso más valioso (como el caso Disneyworld o la compra de la sustancia que sirve para preparar un medicamento anticancerígeno), el efecto de la mala información es meramente redistributivo. Así el no revelar la información hace que la parte que la posee gane más y que quien no la posee gane menos. Pero ambos ganan al momento de la transacción sobre la base de sus preferencias individuales. Grafiquemos ello dándole valores al caso Disneyworld.

Imaginemos que Chapman, desconociendo la información de que Disneyworld iba ser construido, valorizaba su terreno en US $. 40,000. Por su parte Curtis, que contaba con la información relevante valorizaba el mismo terreno en US $ 120,000. Con el precio de US $ 47,000 ambos están ganando. Chapman gana US $ 7,000 y Curtis US $ 73,000 dadas las valorizaciones que tenían al momento de contratar. La sociedad en su conjunto gana US $ 80,000. Lo que ocurre es que Chapman creía que Curtis estaba ganando bastante menos de lo que está ganando en realidad, pero ambos están ganando. Si Chapman hubiera sabido lo mismo que Curtis quizás el precio que se hubiera negociado hubiera sido mayor. Pero ello sólo contribuiría a una distribución más favorable a Curtis. En términos de eficiencia se llega al mismo resultado.

Un lector agudo notará, sin embargo, que lo dicho hasta aquí no es totalmente cierto. ¿Podemos estar seguros que Chapman valorizaría el terreno en menos de los US $ 120,000 en los que los valoriza Curtis si es que hubiera tenido la información de la construcción de Disneyworld? Evidentemente no. Quizás con la información relevante Chapman hubiera sentido que podía darle al terreno un uso más valioso a aquel que podría ser dado por Curtis[62]. Así, podría ser que un Chapman informado lo hubiera valori-

62. Podríamos tener algunos indicadores relativos de que lo más probable es que Curtis lo valorice más que Chapman incluso con la información disponible. La posibilidad de obtener información relevante esta en relación directa con la cantidad de recursos invertidos en obtener tal información. Así quien invierte más en información tendrá mayores posibilidades de obtenerla la misma manera de que quien compra más tickets para un sorteo tendrá más posibilidades de ganarlo. Si bien en casos concretos ello no se cumple siempre, si se cumple en el agregado, aplicando simplemente un calculo probabilístico. Por ello, es de esperar que si alguien obtuvo una información que otra persona no obtuvo, ello pueda ser consecuencia del nivel de recursos invertidos para obtenerla. Es cierto que el azar pudo haber contribuido, pero el factor principal será posiblemente los recursos invertidos. Si ello es cierto, el hecho de que Chapman tenga menos información que Curtis podría ser un indicativo de que el segundo invirtió más recursos en obtenerla que el primero. La cantidad de recursos invertidos puede ser a su vez expresión de la mayor valorización que se da al efecto de dicha información en el valor final del bien involucrado. Bajo este razonamiento es bastante posible que un

zado en US $ 130,000, en cuyo caso se podría sostener que el terreno fue asignado a un uso menos valioso. Sin embargo, tal argumentación pierde de vista dos aspectos.

El primero de ellos es que tal conclusión trabaja sobre la base de una especulación que podemos considerar como falsa. La valorización depende de la información disponible. Cualquier otra valorización es una mera hipótesis y por tanto no responde a situaciones reales. Y la información en el momento de la operación es un dato real que afecta de manera efectiva la valorización que se hace, por lo que la asignación de los recursos puede ser considerada eficiente. Finalmente Chapman expresó, por medio del precio que aceptó pagar, cuál era su preferencia. Lo demás es recurrir a una especulación y no a un dato cierto.

Pero el segundo aspecto es que, finalmente, en el supuesto de que la hipótesis fuera cierta, aplicando el Teorema de COASE llegaríamos igual a la solución más eficiente. La razón es muy sencilla. No existen razones para presumir que los costos de transacción para la celebración de un segundo contrato entre Chapman y Curtis, en el que el primero le recompra el terreno al segundo, son altos. Las partes ya se conocen y por tanto pueden volver a negociar y celebrar un contrato. Si luego de descubierto el hecho de que se va a construir Disneyworld la valorización de Chapman sobre el terreno supera a la que tuvo Curtis (así sube a US $ 130,000 frente a US $ 120,000 de Curtis), entonces nada hace pensar que Chapman no se pueda acercar a Curtis para hacerle una oferta de US $ 125,000 que este último aceptaría gustoso. Evidentemente existió un efecto redistributivo claramente favorable a la maniobra especulativa de Curtis. Pero en términos de eficiencia, el recurso siempre terminará asignado a su uso más valioso. No se produce pues, un efecto regresivo en términos de eficiencia, y en la eventualidad de que se produjera una mala asignación, nada nos lleva a pensar que los costos de transacción sean lo suficientemente altos como para evitar que el mercado corrija dicha asignación, pues las partes se conocen y ya han negociado previamente[63].

---

Curtis informado sea reflejo de un Curtis con una valorización mayor que la dada por un Chapman que no invirtió lo mismo en obtener la información.

63. Esta corrección por parte del mercado no es sino la simple aplicación de lo explicado antes, respecto a que la asignación a usos más valiosos depende en parte de la habilidad de las partes en usar los recursos. Lo que nos indica la intención de Chapman de «recomprar» lo que le vendió a Curtis es simplemente que frente a información simétrica sobre la construcción de Disneyworld, Chapman resulta teniendo una habilidad mayor para usar el terreno que se refleja en su valorización individual, lo que justifica la reasignación a su favor a través del mercado.

Por el contrario, la introducción de una regla abstracta y difícil de predecir como la basada en la mala fe para aplicar el dolo omisivo, puede conducirnos a una elevación de los costos de transacción, y con ello a que el eventual efecto regresivo de la falta de información no pueda ser corregido por el mercado a bajo costo. Imaginemos que luego de conocida la información de la construcción de Disneyworld, Chapman consulta a su abogado sobre qué puede hacer y éste le dice que tiene la posibilidad de demandar la anulación del contrato sobre la base de la existencia de dolo omisivo. Esto implica que Chapman desarrollará una expectativa de un posible éxito en un proceso judicial que podría serle beneficioso. Pero siendo que sus posibilidades de éxito se basan en un estándar abstracto e impreciso como la buena fe, habrá un cierto nivel de incertidumbre sobre el resultado del juicio.

Por su parte Curtis, al ser demandado, recibirá posiblemente información de su abogado de que se puede armar una estrategia de defensa basada en que no se actuó de mala fe. Nuevamente se producirá, del lado de Curtis, un nivel de incertidumbre importante sobre el eventual resultado del procedimiento. Ante la incertidumbre de ambas partes, las posibilidades de un nuevo acuerdo son menores y la posibilidad de un intercambio que corrija el llamado «efecto regresivo» se reducirá como consecuencia de la imprecisión de una regla que eleva los costos de transacción[64].

---

64. Lo dicho es una simple consecuencia de una mala asignación de *property rights* o titularidades. Dada que las fronteras de la titularidad de Chapman para anular el contrato y la de Curtis para que no se anule, son imprecisas y vagas, entonces es difícil negociar y llegar a un acuerdo pues se desconoce con precisión qué es lo que se cede y lo que se gana con un acuerdo. Es como cuando se produce la negociación para comprar un terreno litigioso en el que no se tiene certeza sobre cual será el resultado del juicio. Los costos de transacción se elevarán substancialmente, reduciendo las posibilidades de celebración de un contrato. A ello hay que añadir un problema de «free riding» o problema de polizonte en la asesoría de los abogados. Siendo que los abogados ganan dinero por brindar servicios legales, tienen incentivos para llevar a sus clientes a situaciones donde requieren de esos servicios. En consecuencia los abogados tenderán a sobredimensionar las posibilidades de éxito de sus clientes, lo que es favorecido por la imprecisión en la definición de las reglas, y con ello generarán más litigio de lo que es óptimo esperar, haciendo gastar a sus clientes más de lo que seria necesario. Si lo que se discute tiene un valor de S/. 1,000.00 y existen 50% de posibilidades de que gane una parte y 50% de posibilidades de que gane la otra, entonces es racional repartirse S/. 500.00 cada una y aliviarse los costos de litigar, haciendo del acuerdo algo totalmente viable. Pero si los abogados sobredimensionan las expectativas de éxito de sus clientes, haciéndoles creer, por ejemplo, que cada uno tiene 80% de posibilidades de éxito, entonces no habrá acuerdo posible. Cada uno esperará ganar S/. 800.00 en el litigio (80% de posibilidades de ganar S/. 1,000.00) y siendo que solo hay S/. 1,000.00 que repartir (y no S/. 1,600.00 como sería necesario para dejar a ambas partes conformes con su falsa expectativa) no habrá posibilidad deque lleguen a un acuerdo. Si los abo-

Así, podemos concluir preliminarmente en una primera regla. Cuando la asimetría informativa que da origen al problema sea de aquellas que permiten una mejor asignación de recursos a un uso más valioso, y en el que cualquier efecto regresivo en término de eficiencia pueda ser corregido por el propio mercado una vez que la asimetría desaparezca, entonces el silencio de la parte que cuenta con información no debe dar lugar a la anulación del contrato. Ello conducirá a que existan incentivos adecuados para la obtención de información socialmente relevante sin que ello afecte la capacidad del mercado de asignar los recursos a sus usos más valiosos.

Nótese, sin embargo, que una regla como la propuesta implica generar problemas parecidos a los que han sido objeto de nuestras críticas. Se trataría de una regla compleja de aplicar a cada caso concreto, pues habrá que establecer cuáles son los efectos de la reasignación y las posibilidades de que los costos de transacción existentes permitan una reasignación que corrija cualquier efecto regresivo. Para evitar ello proponemos, al igual como hace KRONMAN para su teoría, de «reglas sábana». Así, el legislador (o el juez en su caso) debería diseñar reglas que, como veremos más adelante, se basen en este análisis y en observación empírica, identificando en qué supuestos las condiciones señaladas se cumplen (o hay más posibilidad de que se cumplan) y en qué supuestos no. Sin embargo, como también veremos más adelante, se deben evaluar técnicas alternativas de solución al problema, y que den soluciones que no necesariamente implican la anulación del contrato.

Analicemos ahora un segundo supuesto, ya mencionado, y donde el resultado podría ser diferente. Nos referimos al caso en que aquel que cuenta con la información puede ocultar la misma llevándonos al resultado que el recurso no se asigne a su uso más valioso. Ello ocurre, por ejemplo, en el caso del producto defectuoso, la casa con termitas, el auto con motor rajado o el medicamento con efectos secundarios.

Para estudiarlo usemos el caso de la casa con termitas. Los Obne compraron una casa sin saber que esta tenía termitas, información plenamente conocida por los Schlemeyer. Imaginemos que como consecuencia de la información con que contaban los Schlemeyer éstos valorizaban la casa en

---

gados (como es de esperar) sobredimensionan las posibilidades de anular el contrato o de conseguir no anularlo en Chapman y Curtis respectivamente, entonces no habrá acuerdo posible y el efecto regresivo descrito no podrá ser corregido.

Este efecto de «free riding» en los servicios legales explica por qué en países que tienen un mercado de servicios legales más desarrollado y competitivo, es común el acuerdo de «cuota litis» puro, en el que los abogados solo cobran un porcentaje de lo que ganan en el juicio. Este acuerdo internaliza parte de los costos del problema de «free riding» en el abogado, llevando a un uso más eficiente de los recursos de las Cortes y de los clientes.

solo US $ 40,000. Mientras tanto los Obne, que desconocían la situación real del inmueble, lo valorizaban en US $ 120,000. El precio pactado es de US $ 100,000. Sin embargo, de haber sabido los Obne la verdad, su valorización hubiera caído a US $ 35,000. La operación, que en su apariencia inicial generó una ganancia US $ 80,000 produce en realidad una pérdida de US $ 5,000.

El lector acucioso podrá decirnos, con razón, que estamos jugando con las cifras. Efectivamente el resultado podría ser diferente si la valorización de los Obne hubiera caído solo a US $ 50,000. Igual se hubiera producido una asignación a un uso más valioso. Pero el precio de reserva es un elemento que se coloca en el ejemplo para fines ilustrativos, pues como su nombre lo indica, en realidad es información que la parte en el contrato no revela, al menos de manera sincera, y que tampoco tendrá incentivos a revelar con certeza en el procedimiento judicial en que se discute si la operación debe o no anularlos. Lo que sí es cierto es que la asimetría informativa puede generar una mala asignación del recurso.

Pero lo más grave es que de darse ese efecto regresivo en términos de eficiencia, no habrá lugar a una nueva operación que lo corrija. Si Obne descubre el valor real de la casa, entonces ya no podrá vendérsela de nuevo a Schlemeyer. Puede sí engañar a otro incauto, lo que no elimina la pérdida de eficiencia social generada, sino que simplemente la traslada. Ello además incrementará los costos de transacción pues se generará una cascada de operaciones ineficientes. En tal situación el «efecto regresivo» en términos de eficiencia se torna en irrecuperable económicamente hablando. De alguna manera se generará una especialización del trabajo no deseada que fuerza a las personas a especializarse en cómo engañar a otro incauto, para minimizar las pérdidas en las que he incurrido.

En consecuencia podríamos hablar, nuevamente de manera preliminar, de una segunda regla. Si el uso de información no disponible para la otra parte conduce a una asignación ineficiente de recursos que no puede ser corregida por el mercado, entonces sí es necesario dar una solución al problema por la vía de la intervención del Derecho. Nuevamente proponemos que esta regla no sea formulada en abstracto, sino sobre la base de un conjunto de reglas específicas que recojan estas condiciones. Y nuevamente, como analizaremos más adelante, ello debe quedar sujeto a la posible utilización de otras técnicas alternativas de corrección del problema.

## X. SENDEROS ALTERNATIVOS: LAS OBLIGACIONES DE GARANTÍA Y LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

El tema de información relevante para decisiones eficientes está especialmente presente en sistemas de protección particulares como las normas

de protección al consumidor. Sin embargo, la técnica utilizada en esos casos difiere substancialmente de utilizar figuras como la ineficacia (léase anulación) del contrato, recurriendo a mecanismos como la responsabilidad del proveedor o las llamadas obligaciones de garantía derivadas de «condiciones implícitas del contrato.» Nótese que el Código Civil ya tiene algunas reglas similares. El caso del dolo incidental tiene como respuesta una obligación de garantía, pues el contrato no se anula, sino se paga una indemnización por la información inadecuada.

El mismo principio suele aplicarse al caso de los productos defectuosos. Las normas de protección al consumidor hacen responsables a los proveedores por los defectos de los productos[65] tanto desde el punto de vista civil como desde el punto de vista administrativo. Tal responsabilidad es objetiva[66]. Nótese además que la responsabilidad alcanza no solo defectos conocidos, sino cualquier defecto que el producto o servicio tenga sin per-

---

65. Ver el artículo 32 del Decreto Legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor del Perú que señala: «Productos defectuosos. El proveedor es responsable de los daños causados a la integridad física de los consumidores o a sus bienes por los defectos de sus productos. Se considera que un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la que las personas tienen derecho, tomando en consideración todas las circunstancias, tales como:

    a) El diseño del producto;

    b) La manera en la cual el producto ha sido puesto en el mercado, incluyendo su apariencia, el uso de cualquier marca, la publicidad referida al mismo o el empleo de instrucciones o advertencia;

    c) El uso previsible del producto; y,

    d) Los materiales, el contenido y la condición del producto.

    La indemnización comprende todas las consecuencias causadas por el defecto, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral.

    La responsabilidad de los diversos proveedores de un producto conforme a este artículo es solidaria. Sin perjuicio de ello, cada proveedor tiene derecho a repetir contra el que le suministró el producto defectuoso u originó el defecto.»

66. Ello ya ha sido definido por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual —INDECOPI— en diversos casos en la jurisprudencia administrativa. Por ejemplo en el caso United Airlines vs. Nora Pacheco (Resolución Nº 099-96-TRI/SDC/INDECOPI de fecha 16 de diciembre de 1996) el Tribunal de INDECOPI estableció que la perdida de la maleta de un consumidor constituía un caso de responsabilidad administrativa objetiva y que salvo que hubiera una fractura causal, la empresa era responsable. Es de destacar que en este caso la pérdida de la maleta se produjo en circunstancias en que un huracán afectó el Aeropuerto de Miami, pero que ese hecho no afectó la posibilidad de que la pasajera tuviera su maleta mientras tuvo que permanecer en dicha ciudad. De manera similar en caso Smithklein y Laboratorios Hersil, conocido como el caso Dyazide, (Resolu-

juicio de su conocimiento por parte del proveedor. Esto hace que la discusión sobre el dolo omisivo resulte ociosa. No importa qué sabía y que calló el proveedor. Siempre será responsable por los daños que sus productos causen. Imponer en estos casos una obligación de revelar información implica yuxtaponer un remedio complejo como la anulación del contrato por dolo omisivo a otro más efectivo.

La responsabilidad objetiva genera indirectamente como efecto el de revelar la información relevante a la otra parte para salvar su responsabilidad mediante adecuadas advertencias o cláusulas de exclusión de responsabilidad. Bajo tales supuestos, imponer otra obligación de *disclosure* resulta ocioso e innecesario.

Como bien señala ATIYAH el Derecho Ingles ha creado un mecanismo similar:

> «Aún en Inglaterra el Derecho no ha desarrollado la creación de obligaciones de informar de manera importante durante este siglo. Pero debe anotarse que las excepciones a la regla de no develamiento (*non-disclosure*) han sido creadas indirectamente, o quizás sea más exacto decir que la regla ha sido «bypaseada», por la imposición de responsabilidad de una de las partes por la situación de hecho, indistintamente a su conocimiento. Así, en la mayoría de los contratos de venta de bienes, el vendedor es responsable si los bienes resultan debajo de un estándar de «mercantibilidad», por lo que una obligación de revelar los defectos resulta siendo innecesaria. El vendedor es responsable sea que conocía o no el defecto, por lo que carecería de sentido invocar una menos extensiva obligación de revelar información.[67]

Como puede apreciarse las normas de protección al consumidor, de manera similar a la regla inglesa descrita por ATIYAH, no suelen recurrir a la técnica de la anulación del contrato para corregir el problema. Se elimina así la subjetividad de establecer un estándar o incluso de analizar si el proveedor tenía o no conocimiento de la información relevante. Simplemente se hace al proveedor responsable sin más contemplaciones.

---

ción N.º 095-96-TDC/INDECOPI de fecha 11 de diciembre de 1996) se determinó que el error de un laboratorio de confundir un antisicótico con un diurético determina la responsabilidad administrativa del proveedor, sin perjuicio del análisis de culpa. Así, es un principio reconocido en la jurisprudencia el que la responsabilidad del fabricante es de naturaleza objetiva, es decir, que se establece prescindiendo del dolo o culpa del proveedor.

67. ATIYAH, *ob. cit.*, p. 269.

Esto se vincula con la existencia de condiciones implícitas en los contratos que exigen, para no ser aplicadas, que la parte interesada haya comunicado que el producto o servicio implicado no responde a estas condiciones. Existen dos precedentes administrativos en casos de protección al consumidor del INDECOPI que muestran la existencia de estos principios y que relativizan o, en todo caso, sustituyen la llamada obligación de *disclosure* o develamiento de información.

Un primer caso, que será analizado con mayor detalle en la sección referida a contratación masiva, es Kourus v. Tori[68]. Una tienda de calzado le había vendido un par de zapatos de cuero a un consumidor. Luego de menos de dos meses de uso los zapatos se rompieron y el consumidor reclamó por tal hecho. La Sala de Competencia del Tribunal del INDECOPI estableció como precedente administrativo de observancia obligatoria que existía una garantía implícita en toda operación comercial que involucrara consumidores de que el bien o servicio adquirido era idóneo para el fin para el que de ordinario un consumidor lo adquiría o contrataba, salvo que el proveedor descargara tal garantía implícita poniendo tal condición en conocimiento del consumidor. En tal sentido, el Tribunal consideró que existía una garantía implícita de que un par de zapatos de cuero debía tener una duración substancialmente superior a dos meses bajo un uso razonable[69].

---

68. Resolución 085-86-TDC de fecha 13 de noviembre de 1996 publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el día 30 de noviembre de 1996.

69. De conformidad con lo establecido en el Artículo 43 del Decreto Legislativo N.º 807, se consideró que la resolución citada constituía precedente de observancia obligatoria en la aplicación de los siguientes principios:

a) De acuerdo a lo establecido en la primera parte del Artículo 8 del Decreto Legislativo N.º 716, se presume que todo proveedor ofrece como una garantía implícita, que el bien o servicio materia de la transacción comercial con el consumido es idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren éstos en el mercado, según lo que esperaría su consumidor razonable, considerando las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados, lo que comprende el plazo de duración razonablemente previsible de los bienes vendidos. Sin embargo, si las condiciones y términos puestos en conocimiento del consumidor o que hubieran sido conocibles usando la diligencia ordinaria contenidos en los documentos, envases, boletas, recibos, garantías o demás instrumentos a través de los cuales se informa al consumidor excluyen o limitan de manera expresa los alcances de la garantía implícita, estas exclusiones o limitaciones serán oponibles a los consumidores.

b) La carga de la prueba sobre la idoneidad del producto corresponde al proveedor del mismo. Dicha prueba no implica necesariamente determinar con precisión el origen o causa real de un defecto, sino simplemente que éste no es atribuible a causas imputables a la fabricación, comercialización o manipuleo.

Un segundo caso resuelto por el Tribunal del INDECOPI en este respecto fue Finantur vs. Carbonel[70]. Una pasajera que iba a viajar con sus hijos a Los Ángeles señaló que había sido informada de que el vuelo sólo tendría una escala cuando en realidad tuvo tres escalas. Por el contrario, la empresa sostenía que había informado adecuadamente a la pasajera el número de escalas. Dado que viajaba con menores la pasajera sostenía haber sufrido una serie de inconvenientes por el número de escalas que tuvo que efectuar. Era imposible conocer si se había o no informado del número de escalas. Nuevamente el Tribunal recurrió al principio de condiciones implícitas, estableciendo que había una «banda de situaciones» que podían ser consideradas esperadas por un consumidor razonable (por ejemplo, que en un vuelo a Los Ángeles podían esperarse una o dos escalas). En consecuencia, de no haber medios probatorios que demostraran que se informó algo distinto, se asumiría que estos términos, que podían esperarse por un consumidor razonable ante el silencio del proveedor, eran los que regían la operación. Si la empresa argumentaba que las condiciones ofrecidas eran menores a las que podían esperarse, tenía ella la carga de probar que ello era así. Por ejemplo, si habían tres o más escalas (el servicio tenía una calidad inferior a la que podía esperarse), entonces se asumía que la empresa debía haber probado haber revelado tal información al consumidor. Por el contrario, si el consumidor aseguraba haber recibido condiciones superiores a las esperadas (por ejemplo un vuelo sin escalas) él asumía la carga de la prueba de demostrarlo. Ello creaba incentivos para generar pruebas adecuadas de qué es lo efectivamente pactado sobre la cabeza de quien se beneficiaba con una condición distinta a la esperada por el consumidor razonable[71].

---

c) La voluntad conciliadora de las partes, manifestada a través de los ofrecimientos que se hacen en las audiencias de conciliación o fuera de ellas, no puede ser utilizada como medio probatorio de su responsabilidad, a no ser que los mencionados ofrecimientos contengan un reconocimiento expreso e indubitable de responsabilidad por parte de quien los formula.

70. Resolución N.º 102-97-TDC de fecha 16 de abril de 1997 publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el día 25 de abril de 1996.

71. De conformidad con lo establecido en el Artículo 41 del Decreto Legislativo N.º 807, se consideró que la resolución citada constituía precedente de observancia obligatoria en la aplicación de los siguientes principios:

1. Los proveedores tienen la obligación de poner a disposición de los consumidores toda la información relevante respecto a los términos y condiciones de los productos o servicios ofrecidos, de manera tal que aquella pueda ser conocida o conocible por un consumidor razonable usando su diligencia ordinaria. Para determinar qué prestaciones y características se incorporan a los términos y condiciones de una operación en caso de silencio de las partes o en caso de que no existan otros elementos de prueba

Con los principios aplicados en los casos reseñados la obligación de información cuya omisión puede anular el contrato pierde sentido. Si el proveedor no advierte al consumidor que el zapato es de menor calidad a la esperada o que el vuelo tendrá más escalas de lo ordinario, responde ante su cliente porque ante su silencio se presume que el producto tiene la calidad y se contrata en las condiciones esperadas por un consumidor razonable. Las condiciones implícitas (de las que se deriva una suerte de obligación de garantía) substituyen con ventaja al dolo omisivo como remedio. No tienen que usarse criterios abstractos y confusos como la buena o mala fe.

Nótese cómo existen incentivos para obtener la información relevante en ese caso. La garantía implícita debe brindarse incluso en el supuesto de ignorancia del proveedor sobre un posible defecto del producto. Si el bien no responde a las características o condiciones que espera el consumidor, el proveedor quedará igualmente obligado, no pudiendo usar su ignorancia como excusa, pues su responsabilidad es *objetiva*. Si el vendedor de una refrigeradora desconocía que ésta se encontraba con un defecto, ello no lo excluye de responsabilidad frente al consumidor. Pero saber que la refrigeradora está descompuesta es algo que le sería útil saber a la luz de la eventual responsabilidad que pudiera generarle el defecto. Por tanto tendrá incentivos, si es económicamente eficiente, para contar con un control de calidad que le permita identificar ese tipo de defectos y así reducir el costo de asumir la responsabilidad. En consecuencia, tiene incentivos para obtener la información relevante, ya no por hacer un mejor negocio, sino para evitar ser hecho responsable de los eventuales daños y perjuicios que

---

que demuestren qué es lo que las partes acordaron realmente, se acudirá a las costumbres y usos comerciales, a las circunstancias que rodean la adquisición y a otros elementos que se consideren relevantes. En lo no previsto, se consideran que las partes acordaron que el bien o servicio resulta idóneo para los fines ordinarios por los cuales éstos suelen adquirirse o contratarse según el nivel de expectativa que tendría un consumidor razonable.

2. La prueba de la existencia de una condición distinta o normalmente previsible por un consumidor razonable dadas las circunstancias, corresponderá al beneficiado por dicha condición en la relación contractual. De esta manera, en caso que el consumidor alegue que el bien o servicio debe tener características superiores a las normalmente previsibles dadas las circunstancia, la carga de la prueba de dicha característica recaerá sobre aquel, es decir, corresponderá al consumidor probar que se le ofreció una promoción adicional, que se le ofrecieron características adicionales o extraordinarias a las normalmente previsibles. Por el contrario, en caso que sea el proveedor el que alegase que el bien o servicio tiene características menores a las previsibles dadas las circunstancia, la carga de probar que tales fueron las condiciones del contrato recaerá en él, es decir, corresponderá al proveedor probar que ofreció condiciones menos beneficiosas a las que normalmente se podrían esperar.

pudieran generarse. Incluso, cuando ello sea conveniente para exonerarse de responsabilidad, existirán incentivos para informar a su cliente del defecto (vender la refrigeradora como una defectuosa con el correspondiente descuento de precio con relación a una refrigeradora en buen estado). Con ello se garantizará que no haya compradores de refrigeradoras adquiriendo productos que valorizan en realidad menos de lo que pagan por ellas.

Este criterio coincide con el análisis efectuado respecto a que no hay posibilidad de que una segunda transacción que pueda corregir las ineficiencias generadas por la primera. Los precedentes citados se asimilan al criterio seguido en el caso de las termitas y no al caso de Disneyworld. Básicamente, a partir del concepto de defecto, nos acercamos a condiciones intrínsecas del producto, y que por tanto deberán ser manejadas por el productor, el que deberá siempre informar aquellos hechos vinculados al mismo bien o servicio que lo hagan menos valioso de lo que esperaría un consumidor razonable.

Un crítico acucioso de esta posición puede, sin embargo, encontrar algunos argumentos para cuestionarla. Podrá decir que el establecer condiciones implícitas por parte de autoridades judiciales o administrativas puede crear estándares equivocados y difíciles de predecir (quizás tan subjetivos como la ya criticada buena fe). Quizás el argumento sea cierto, pero es incompleto.

Efectivamente, los funcionarios se pueden equivocar, y tratándose del Estado es posible que se equivoquen con cierta frecuencia. Pero ello parte de analizar la alternativa propuesta en el vacío, sin compararla con la otra alternativa posible: la del dolo omisivo. En concreto, el temor, posiblemente fundado, respecto del error de la autoridad en calificar qué es lo que esperaría el consumidor, es decir, cuál sería el contenido de la garantía, se refiere a la misma autoridad que tendrá que aplicar una teoría aún más subjetiva, abstracta e impredecible como la del dolo omisivo. Por lo menos en el caso de la garantía implícita, existen algunos referentes de mercado a los que se puede acudir para determinar qué es lo que se puede esperar. Las costumbres y prácticas comerciales sobre las calidades y condiciones que se pueden esperar de un producto o servicio en el mercado son una buena guía para tal fin. En el caso del dolo omisivo, esos referentes son virtualmente inexistentes. Así determinar qué es razonable callar o qué es razonable decir es mucho más subjetivo (y por tanto impredecible) que determinar qué es lo que se suele vender y comprar en el mercado (qué características y qué condiciones se suelen incluir en los contratos).

Un segundo problema es que el uso de un estándar objetivo puede conducir a que, si las prestaciones son bilaterales para evitar el error, una de las partes no tome precauciones. Así, si el proveedor es siempre el res-

ponsable de los errores, el consumidor no hará esfuerzos para evitarlos. Por ello su aplicación debe reducirse a casos de asimetría muy severa) por ejemplo defectos que se encuentran bajo control de una sola de las partes, es decir, de precauciones principalmente unilaterales. En los casos de precauciones bilaterales para prevenir el error, la regla de la responsabilidad objetiva se torna muy peligrosa.

Los ejemplos expuestos nos conducen a una conclusión importante: el remedio del dolo omisivo puede ser sustituido con ventajas por el remedio de la responsabilidad objetiva derivada de garantías implícitas. Bajo tal supuesto, cuando se identifica un caso en el que se puedan determinar ineficiencias derivadas de situaciones de información asimétrica, entonces es preferible usar sistemas de garantía implícita con responsabilidad objetiva por su incumplimiento, pero dejando en libertad a las partes de incorporar condiciones distintas si son adecuadamente informadas a la otra parte.

Pero el caso de las normas de protección al consumidor no es el único en el que se han aplicado criterios similares. Por ejemplo en lo que se conoce como el *insider trading* en el mercado de valores, se produce un sistema similar que no recurre a la anulación de la operación, sino a la responsabilidad de quien utilizó información de manera definida por la ley como ilícita.[72] Otro supuesto, de naturaleza civil, son las normas de saneamiento por vicios ocultos que hacen responsable a las partes por los vicios de los bienes que vende o enajena.

Lo que estos ejemplos muestran es que existen formas más directas y efectivas de lidiar con la información asimétrica que la figura del dolo omisivo, y en particular con la aplicación de un principio abstracto e impreciso como la buena fe.

## XI. ¿DEBE ANULARSE UN CONTRATO POR DOLO OMISIVO?

Consideramos que la figura del dolo omisivo debe ser relativizada, para ser aplicada sólo en ciertos casos muy especiales. Si lo que se quiere es corregir situaciones en las que la información asimétrica puede llevar a distorsiones en la asignación de recursos, el remedio idóneo es utilizar reglas de responsabilidad y garantía implícita. Sin embargo, no debe perderse de vista que la aplicación de esta idea se dificulta con el criterio del Código de cognoscibilidad

72. Sin embargo las sanciones en casos de *insider trading* tiene una serie de aristas que sería muy largo abordar aquí. De hecho creo que en principio no deberían existir por que son casos en que el mercado aprovecha las asimetrías informativas para que los bienes se asignen a usos más valiosos.

del error, tomado de los italianos, y que determinara la anulación no sólo de la información conocible, sino también de la conocida.

Muchas veces en doctrina se han hecho intentos por distinguir el incumplimiento de ciertos términos implícitos en los contratos de los casos de dolo omisivo (o ineficacia por falta de información). Las dificultades que ha encontrado la doctrina en este respecto se derivan de creer que son situaciones distintas, cuando en realidad lo que existe es un mismo problema que puede ser atacado usando dos técnicas distintas. Por un lado, se puede acudir a una obligación de informar derivada del principio de buena fe. Por el otro, se puede hacer responsable a una de las partes por ciertos hechos, sin perjuicio de si esos hechos eran o no conocidos.

Las ventajas de la segunda técnica son evidentes. La principal de ellas es que no genera desincentivos para obtener información relevante. Por el contrario, abre el camino para que se creen incentivos para obtener información, y eventualmente informar a la otra parte, a fin de tratar de evitar el costo económico impuesto por la responsabilidad. Pero debe notarse que su aplicación sólo debe darse en algunos casos particulares, debiendo la ley establecer esos supuestos de manera expresa.

La segunda ventaja es la precisión del principio. Es mucho más predecible que un abstracto principio de buena fe, y por tanto reduce los niveles de incertidumbre y las ineficiencias que esta genera.

Así, siguiendo los ejemplos de las leyes de protección al consumidor, consideramos que es preferible acudir a sistemas de responsabilidad y obligaciones de garantía que a figuras como el dolo omisivo.

Muchas veces culpamos de no saber algo, a quien no nos lo contó, en lugar de culparnos a nosotros por no preguntar. Creo que la figura del dolo omisivo es una muestra clara de este complejo. El dolo omisivo puede castigar a quien se esfuerza por saber más y premiar al que no se esfuerza por aprender. Ello, es evidentemente un efecto social que debemos evitar. Se trata de promover el conocimiento y la información, no la ignorancia y la estupidez.

Se suele considerar la «viveza» como un antivalor. Con ello se ha querido forzar a quien usa su esfuerzo e ingenio para saber más a compartir el fruto de sus habilidades con los demás. Pero si de antivalores se trata, la «tontería» o la «despreocupación» se llevan el título de antivalor con más justicia y precisión. No sea que por proteger a los «tontos» le hagamos pagar los platos rotos a los «vivos» que sólo quisieron lograr lo mejor para ellos, y al hacerlo mejoraron la situación de la sociedad en su conjunto.

# El derecho a equivocarse

## La contratación masiva y la protección del consumidor*

El hombre moderno vive atravesado por estándares. El comportamiento humano se ha convertido en un fenómeno estadístico. Nos transportamos en masa, trabajamos en masa, compramos en masa, vendemos en masa, vivimos en masa. Basta levantarse una mañana cualquiera para incorporamos de inmediato en un engranaje de transacciones y actividades que podríamos considerar fungibles. Así, prendemos la radio o la televisión para vemos bombardeados por una publicidad que no es otra cosa que un conjunto de «ofertas al público». Nos detenemos un instante en nuestro automóvil frente a un cajero automático y llevamos a cabo las más variadas transacciones bancarias. Almorzamos en un restaurante y consumimos un

---

* La presente sección se basa en los siguientes artículos: «Contratación en Masa ¿Contratación? Publicado en *Themis*, Revista de Derecho, Nº 15, 1989; «¡Firme Primero, Lea Después! La Contratación Masiva y la Defensa del Consumidor», publicado en el libro *El Derecho civil peruano. Perspectivas y problemas actuales*, Fondo Editorial de la PUCP, 1993; «Lo que no Mata Engorda. Los Productos Basura y los Prejuicios y Perjuicios de la Protección al Consumidor en un País Pobre», publicado en publicado en *Ius Et Veritas*, Nº 12, 1996; y «Me Quiere; No me Quiere. Deshojando Margaritas Ideológicas en Torno a la Protección al Consumidor» publicado en *Ius Et Veritas*, Nº 14, 1997. Así mismo el autor agradece la importante colaboración de Domingo Rivarola en la preparación de esta sección.

menú cuyo precio no estamos en posibilidad de discutir. Estacionamos nuestro auto en una playa sometiéndonos a ciertas condiciones. Asistimos al cine o al teatro o nos matriculamos en la universidad sin que de ordinario nadie nos haya pedido nuestra opinión sobre los términos de la relación jurídica que instauramos.

Estas y mil actividades más, rodean la vida de un ser humano típico, donde la tipicidad se define cada vez más como un molde con el que se producen millones de muñecas de plástico idénticas en una fábrica de juguetes cualquiera.

Cuando trasladamos este panorama al campo de lo jurídico, nos encontramos con la llamada «contratación una masa». Este fenómeno reviste una complejidad sin par en la historia del Derecho. Nuevas técnicas de generación de relaciones jurídicas aparecen como correlato ineludible del desarrollo del capitalismo. A productos y servicios estandarizados se exige, a su vez, consumidores estandarizados. El efecto es relaciones jurídicas hechas en serie. Las sincronizadas maquinarias de la cadena de ensamblaje son reemplazadas en lo jurídico por el formato prerredactado. La voluntad del consumidor ha sido sacrificada, como lo fue la habilidad del artesano, en aras del progreso.

La llamada «contratación en masa» ha convulsionado las más tradicionales estructuras de nuestro Derecho privado. Nuestros Códigos Civiles (incluido el Código Civil de 1984) han quedado a la zaga de los hechos. La teoría contractual tradicional intenta, sin éxito, encasillar estas nuevas formas generación de relaciones jurídicas en las estáticas categorías tradicionales. Se siguen buscando oferentes y aceptantes, se sigue intentando explicar nuestro sistema en base a principios como la autonomía de la voluntad o la buena fe en su sentido clásico, y en el fondo queda oculto lo más importante del fenómeno: masificación, y por ende, su efecto social.

No pretendemos hacer un análisis exhaustivo de todas las diversas modalidades en que se presenta el problema de la contratación en masa (contratos por adhesión, cláusulas condiciones generales de contratación, contratos de hecho, conducta social típica, contratos estándares, protección del consumidor, ofertas al público, etc.). Sólo pretendemos someter a la crítica del AED el marco teórico a partir del cual este fenómeno suele ser analizado por doctrina, sin detenemos en las particularidades específicas de cada una de sus manifestaciones.

Hemos asistido en la década de los 90 a un proceso de reformas y cambios. Estos se han visto reflejados en un conjunto de normas que buscan romper con los esquemas económicos y legales existentes en el Perú para traernos un marco legislativo que persigue el diseño de un nuevo modelo económico.

Sin perjuicio de idas y venidas, de marchas y contramarchas, sin duda, el eje que todo este cambio es un proceso de liberalización y privatización de la economía, producto además de una globalización que parece imposible de detener, gracias al desarrollo tecnológico. Y un primer paso, que todos identificamos con este proceso, es la reducción de la participación e intervención del Estado en la actividad económica, complementado con un aumento sustancial de la participación del Sector Privado. Pero privatizar no es sólo desregular y reducir la presencia del Estado en la economía. Se requiere además de una privatización del propio Sector Privado.

Nuestro Sector Privado no ha desarrollado aún una auténtica cultura de mercado. Los agentes económicos no han ajustado aún su comportamiento a algunos lineamientos básicos para que la libre competencia funcione. Contaminados por la racionalidad de los burócratas de un Estado sobredimensionado, las empresas y los consumidores no siguen un comportamiento que coincida con los presupuestos básicos que el sistema de mercado persigue. Esta forma de comportarse puede desvirtuar el funcionamiento del nuevo modelo económico. Por ello privatizar implica también proteger los mecanismos de la libre competencia. Se regula la actividad económica, es cierto, pero es regulación para el mercado, no del mercado.

Algunas de las normas dictadas se enmarcan dentro de esta idea. En caso es la llamada Ley Antimonopolio[1]. Esta norma combate un conjunto de situaciones que distorsionan el funcionamiento fluido del mercado por actos normalmente atribuibles a los agentes económicos privados, en particular las empresas. Para que el mercado funcione se requiere existan suficientes ofertantes y consumidores como para que ninguno pueda, de manera unilateral, afectar el precio. La Ley Antimonopolio pretende evitar que esta situación se dé. Ello será analizado en otro capítulo de este libro.

Otro tema que se enmarca dentro de la protección de los mecanismos de mercado, y que es objeto de la presente sección, la contratación masiva y la defensa del consumidor. Tal como lo enfoca nuestra Ley de Protección al Consumidor[2] su objetivo principal es generar una mejor y más completa información del lado de los consumidores. Para que el mercado funcione, se requiere que los agentes económicos se encuentren adecuadamente informados para tomar decisiones. El desarrollo de las economías modernas ha traído como consecuencia que exista información asimétrica entre em-

---

1. Decreto Legislativo N.º 701, del 5 de noviembre de 1991, publicado en el Diario Oficial «El Peruano» el 7 del mismo mes.

2. Decreto Legislativo 716, del 7 de noviembre de 1991, publicado en el Diario Oficial «El Peruano» el 9 del mismo mes.

presas y consumidores. Las empresas suelen contar con una información completa que la tienen a su disposición los consumidores respecto a la calidad y precio de los productos, las condiciones del mercado y los términos en base a las cuales se establecen las relaciones contractuales. La nueva norma trata, como veremos más adelante, de revertir una situación, creando mecanismos legales que sancionan aquellas conductas que generan o se aprovechan de la situación de información asimétrica, incentivando a las empresas a proveer información adecuada a los consumidores.

No es suficiente asegurarle al consumidor información sobre la calidad y el precio de los productos y servicios que adquiere en el mercado. También se necesita información sobre qué términos contractuales rigen sus relaciones de intercambio. Problemas como qué tipo de garantías ofrecen los productores, la distribución del riesgo contractual, disposiciones limitativas de responsabilidad, mecanismos de crédito, condiciones de ejecución, son sólo algunos de los que deben ser considerados si buscamos una auténtica protección a los consumidores.

## I. EL CONTRATO

El camino de nuestro Derecho Privado está empedrado del término «contrato». Toda la dinámica económica en nuestra sociedad pasa por la aduana de la contratación. Sin embargo, en la historia del derecho se ha llamado «contrato» a muchas cosas diferentes. Así podemos decir, en los mismos términos que utiliza De Trazegnies para referirse a propiedad[3], que el contrato no es un concepto universal que atraviesa la historia, sino un concepto histórico es lo que los hombres quieren o necesitan que sea, y los hombres quieren y necesitan cosas distintas según las épocas. No es nuestro propósito, sin embargo, efectuar una exposición histórica sobre el desarrollo del término «contrato»[4]. Sólo nos interesa poner de relieve su conceptualización moderna, refiriéndonos a lo que nuestros Códigos, y en general, nuestro sistema jurídico, entiende por «contrato».

El concepto moderno de «contrato» es producto de la ideología liberal imperante a fines del siglo XVIII y principios del XIX. Recoge la idea que la iniciativa individual es el mejor medio para el logro de la auténtica convi-

---

3. De Trazegnies, Fernando. «La transformación del Derecho en propiedad». En: *Derecho*, N.º 33, diciembre 1978. Programa Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 104.

4. Un análisis detallado sobre la evolución del concepto de contrato puede hallarse en la obra de Vallespinos, Carlos Gustavo. *El contrato por adhesión a cláusulas generales*, Editorial Universo, Buenos Aires, 1984.

vencia humana. Si se dejaba a la libertad de actuar, todo sería mejor. Así se acuñan tres ideas centrales, íntimamente ligadas: la autonomía de la voluntad, la igualdad entre las partes y la obligatoriedad del acuerdo.

Vivimos en una sociedad de maximizadores de beneficios, de individuos que actúan motivados por su propio bienestar. De ello se deriva, como premisa central, la necesidad de dividir el trabajo. Ello permitirá una mayor eficiencia económica. Sin embargo esto trae un problema. Si alguien se dedica a producir vestidos, ¿cómo obtendrá el alimento que necesita? La única posibilidad es el intercambio. Pero si quien tengo al frente, y que posee el alimento que necesito, es un maximizador de beneficios como yo, ¿cómo podré asegurarme su colaboración? Sólo existe una manera de compatibilizar este egoísmo humano natural con su libertad: el contrato. Las partes son libres e iguales, pero el mayor ejercicio de su libertad es, curiosamente, la posibilidad de autolimitarla a través del acuerdo al que voluntariamente lleguen. Así, el contrato es ley entre las partes, porque ninguna otra ley distinta podrá satisfacer de mejor manera sus intereses.

Luego se vistió el esqueleto económico con categorías propias de la teoría jurídica. La doctrina se encargó por distintos medios, de crear elemento central para el funcionamiento del sistema: el respeto a los pilares en los que se sostenía la teoría contractual. Se dotó al sistema de una serie de elementos teóricos (autonomía privada, policitación, oferta, aceptación, causa, objeto, consentimiento, etc.) que le dieron una coherencia interna de envidiable pulcritud.

Ante esta situación el poder de la autonomía se dimensiona hasta equipararse a la fuerza de la ley como fuente de las relaciones jurídicas, o incuso superarla como ocurre con el artículo 62 de la Constitución vigente que establece que la Ley no puede modificar los contratos celebrados por las partes y por tanto la voluntad expresada en ellos. El canal por el que esta voluntad actúa es el acuerdo, de cuyo carácter vinculante se deriva el concepto de contrato.

Es este concepto de contrato el que viene recogido en nuestras legislaciones. Basta revisar artículos como el 1351, 1352, 1354, 1356, 1359 o 1361[5],

5. Artículo 1352o.- Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad.

   Artículo 1354o.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

   Artículo 1356o.- Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas.

en nuestro Código civil. En esta idea el legislador parece encontrar la solución al problema de necesidad de instaurar aquellas relaciones jurídico-patrimoniales necesarias para el logro de la convivencia humana.

## II. LAS RELACIONES JURÍDICAS ESTÁNDARES Y LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN

Sin embargo el diseño de contrato aludido está hecho para responder a un mercado de corte «artesanal». Si bien podemos hablar de una cierta uniformidad en la producción de bienes y servicios, en los orígenes del liberalismo, ésta se presenta en niveles bastante incipientes. Nada le permitía al legislador del Código Napoleónico imaginar, siquiera en una pequeña escala, cuáles serían los efectos del posterior desarrollo del capitalismo.

Un presupuesto del contrato que hemos descrito es la autonomía privada. Ella tiene como expresiones la libertad de contratar o libertad de conclusión (entendida como aquella que me permite decidir si contrató o no y con quién) y la libertad contractual o de configuración (aquella que me permite determinar el contenido y normatividad interna de la relación jurídico contractual). Ambas libertades actuaban en la realidad a través de la negociación contractual. Es en ella donde los elementos técnicos de la teoría del contrato (oferta, contraoferta, aceptación, causa, consentimiento, objeto, etc.) comienzan a compaginarse para arrojar como resultado una relación jurídica que permita satisfacer los intereses entre las partes. La negociación es precisamente aquel mecanismo que permite a los interesados la progresiva autolimitación de su libertad y que tiene como culminación, a través del acuerdo, el carácter obligatorio del contrato.

Pero la negociación, como proceso, genera costos de transacción. Cuando alguien desea adquirir una casa por ejemplo, inicia todo un proceso que comienza por obtener información referida a aquellos supuestos necesarios para que la compraventa satisfaga efectivamente sus intereses (naturaleza del bien, estudios de títulos para garantizar que el vendedor sea el propietario o, en todo caso, se trate de un representante con poderes suficientes, etc). Para celebrar un contrato tenemos que obtener información sobre las condiciones del mercado, las ofertas que se nos hacen, los precios existentes, quiénes son y qué cualidades tiene las personas con las que queremos

---

Artículo 1359o.- No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria.

Artículo 1361º.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresad en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

contratar, etc. El consumidor que desee leer un libro de aventuras tendrá que identificar el autor y la obra que llenen sus expectativas. Esto lo llevará a comprar folletos o periódicos donde se comente o sumillen libros. Quizás, si no obtiene la información adecuada leerá libros que le parecerán aburridos, desperdiciando en ellos tiempo y dinero. Si llega a identificar el libro tendrá que encontrar la librería en la que lo venden y quizás comparar precios entre varias tiendas para ver donde lo venden más barato. Obtener toda esta información tiene un costo evidente en tiempo y dinero.

Por otro lado, necesitamos redactar el documento que contendrá la declaración común de voluntad, para lo que, de ordinario, necesitaremos los servicios de un abogado. Ello lleva, en ocasiones, a largas discusiones, muchas de ellas referidas a aspectos accidentales del contrato, y que, sin embargo, generan demoras importantes para llegar a un acuerdo. Esto produce a su vez costos adicionales (que se denominan costos de oportunidad), y que se derivan de la demora en la instauración de la relación jurídica. Ejemplo de esto último sería si deseo utilizar un inmueble como restaurante: una demora de dos meses en la celebración del contrato me hace perder los beneficios que ese período me podría haber brindado. Como contrapartida, la demora en recibir el precio hace perder la posibilidad de una oportuna inversión o utilización del mismo. En cualquier caso tendremos que leer proyectos y anteproyectos, redactar y volver a redactar cláusulas, discutir y muchas veces romper negociaciones por la dura posición de alguna de las partes. Así el consumidor que compra una sierra eléctrica podría pasarse horas negociando con el dueño de una ferretería sobre quién debe asumir los riesgos de un mal funcionamiento de la máquina y los daños que cause a la integridad de las personas o a sus bienes. Esta negociación consume tiempo, recurso valioso en términos económicos.

Las demoras en celebrar el contrato genera costos de oportunidad de los recursos involucrados en la contratación masiva, los mismos que quedan sujetos a una suerte de inmovilismo durante la negociación y que implica una pérdida del rendimiento potencial de los mismos. Así, si quería comprar la sierra eléctrica para dedicarme al negocio de poda de árboles, tiempo que pierdo en negociar la cláusula de garantía me impide obtener beneficios por la actividad que pienso emprender, y le impide al propietario de la ferretería adquirir nuevos bienes para renovar su stock. Pero, además, se requerirá probablemente contratar abogados que estudien la redacción más adecuada dentro del marco legal existente. Así el propietario de la ferretería tendría que tener un abogado permanente en su establecimiento para que lo asesore cada vez que un consumidor visite. Y lo que es peor, el consumidor tendrá que contratar otro abogado para que le aconseje al establecer relaciones jurí-

dicas en sus decisiones de consumo y que lo acompañe cada vez que va de compras. Y como todos sabemos, los abogados cobran.

Finalmente la negociación, al permitir a las partes intervinientes expresar sus preferencias individuales, determinará que una misma empresa tenga que celebrar contratos sobre los mismos bienes y servicios en condiciones y con cláusulas diferentes. Esto encarecerá obviamente el de ejecución de los contratos, sobre todo en el caso de incumplimiento. Se aumentará el trabajo de los abogados y la incertidumbre sobre la interpretación judicial de los contratos se incrementara con los costos consiguientes. Así, el Banco que comienza a atender al público tendrá que abrir cuentas corrientes o de ahorro que se regularán por reglas distintas según los acuerdos a los que se haya llegado con cada depositante. Cada vez que el cliente se acerca a la ventanilla, el empleado del Banco tendría que revisar el contrato correspondiente para verificar si la operación particular se ajusta a los términos pactados en cada caso. Pero adicionalmente, los conflictos que puedan surgir en cada situación serán diferentes. Se requerirá un departamento de asesoría legal de mayores dimensiones y la predicción de cómo interpretarán los tribunales cada contrato será más difícil. Al ser demasiado elevados estos costos de ejecución existirán menos contratos de depósito en los Bancos y el costo del sistema bancario se encarecerá para prejuicio de los propios consumidores.

Todos estos aspectos de la negociación (costos de información, costos de oportunidad e incluso los derivados de la negociación misma) son costos de transacción.

Sin embargo, y a pesar del costo adicional que significa, las partes deciden asumir tales costos en aras de algún motivo considerado importante (una mayor seguridad en la transacción, ciertas expectativas sobre algunas condiciones especiales que se espera obtener en la misma negociación, aversión al riesgo o, incluso, algún capricho de una de las partes). Resulta obvio, sin embargo, que los contratantes no estarían dispuestos a asumir tales costos en otro tipo de operaciones. Quien compra una hamburguesa en una cafetería, difícilmente utilizará los mismos recursos que utiliza el comprador de una casa para dotarse de ciertas seguridades sobre la calidad de propietario del vendedor, ni concurrirá a un abogado para que le redacte un documento, ni hará una evaluación detallada de sus costos y riesgos. Ello se deriva de que en esta operación (compra de una hamburguesa) la desproporción entre el valor del bien y el que generarían los costos de transacción de una negociación intensa y detallada es de tal naturaleza que convertirían al intercambio en un asunto absolutamente inviable, o en todo caso, irracional.

El desarrollo acelerado que presenta la economía moderna, que ha creado un inmenso mercado de transacciones generalizadas, ha llevado a que los costos ocasionados por la negociación impliquen una disminución importante de la eficiencia y beneficios presumiblemente generados por el mercado. Imaginemos a la General Motors negociando, bajo la asesoría de un ejército de abogados, todos los contratos de compraventa de automóviles que celebra la empresa. La burocratización administrativa, el tiempo y recursos perdidos, las demoras en la colocación de los automóviles en el mercado, las dificultades para interpretar y en su caso poder cubrir los posibles incumplimientos de los particulares referidos a relaciones jurídicas de contenido tan diverso, hubieran hecho imposible el eficiente desarrollo que esta empresa ha alcanzado en el presente siglo.

Así, la estandarización de los bienes y servicios que concurren al mercado lleva, indefectiblemente, a estandarizar las relaciones jurídicas vinculadas a dicha concurrencia. Las relaciones jurídicas se producen en serie. Ello exige eliminar los costos de transacción que ocasiona la negociación, lo que no es posible sin conceptuar está última de manera diferente. La consecuencia lógica es la reducción o eliminación de la negociación, al menos tal como la entiende la teoría tradicional, de manera que la configuración de la relación jurídica sea una labor encargada a una de ellas.

Dentro de la concepción aludida, los términos de oferta y aceptación quedan desfasados. Ya no hay posibilidad de discutir. O uno se adhiere a las estipulaciones o cláusulas generales fijadas por la otra parte, o no hay «contrato». El arte de la negociación contractual es reemplazado, en estos casos, por la mercadotecnia, por la publicidad, por el prestigio de ciertos productos o servicios en el mercado.

Para algunas posiciones extremas, con el sacrificio de la negociación se sacrifica también la voluntad individual de una de las partes ya que existe una desigualdad evidente entre los contratantes. Entonces se plantea que debería, también, caer el carácter vinculante de esta «seudocontratación». Sin embargo, como veremos, ello parte de un error conceptual. Todos sabemos que los actos que se dan dentro de la llamada contratación masiva (cláusulas generales de contratación, contratos por adhesión, contratos o relaciones jurídicas estándares, etc.) resultan, por lo menos en la práctica, obligatorios. ¿Cómo explicar esta obligatoriedad dentro del concepto liberal de «contrato»?

Uno de los retos que enfrenta el Derecho es descubrir si los problemas que pretende resolver existen en realidad. Esto es consecuencia de que el Derecho está formado de una serie de instituciones abstractas que muchas veces se alejan de la propia realidad que tratan de regular. Entonces apare-

cen problemas conceptuales a los que se buscan soluciones conceptuales, sin tener en cuenta que el Derecho debe buscar respuestas prácticas.

El primer paso es entonces establecer si existe realmente el problema que nos hemos planteado. Queremos determinar si es cierto que los mecanismos de contratación masiva constituyen una amenaza a la dignidad de los consumidores. Para ello debemos analizar si la aparición de la contratación masiva es un mecanismo de opresión de los débiles (consumidores) por parte de los fuertes (empresas), o si este fenómeno desarrolla una función distinta.

La idea básica del concepto de costos de transacción que hemos comentado es que usar el sistema contractual cuesta, o dicho de otra manera, el uso del mercado no es gratuito. Celebrar cada contrato implica incurrir en una serie de costos, muchas veces no despreciables, y que hacen que en ocasiones la solución contractual sea inviable o ineficiente.

Si estos costos son muy elevados los contratos podrían celebrarse en términos ineficientes e incluso podríamos llegar al caso en que no se celebren a pesar que serían beneficiosos para las partes involucradas. Por ejemplo el consumidor que, desconociendo que la loción para afeitarse marca «Macho» le irritará la cara, acepta un término colocado en la envoltura que exime de responsabilidad del fabricante en estos casos, habrá llevado a cabo una decisión ineficiente pues ha malgastado su dinero en un producto que no puede usar. Los costos de información (que, como vimos, son una forma de costos de transacción) tienen este resultado, incluso hay supuestos en que el contrato ni siquiera se celebra. Por ejemplo, si el mismo consumidor desconoce por falta de información que la marca «Cara Rica» se adapta perfectamente a las características de su piel jamás comprará este producto por más que sería eficiente. Estos resultados (celebración de contratos en condiciones inadecuadas o la simple no celebración de contratos que serían beneficiosos para las partes) no son socialmente deseables.

En una sociedad de masas, con un mercado generalizado y masivo, los costos de transacción se multiplican geométricamente en relación número de transacciones necesarias. Si en cada transacción que se da el mercado los costos de transacción fuesen elevados, la consecuencia podría ser la inviabilidad del propio mercado. Bienes y servicios como el transporte público, los restaurantes, los seguros, los bancos, los supermercados, el teatro, los cines, las playas de estacionamiento, los colegios, universidades, los hoteles, los parques de diversiones, los sistemas ahorro colectivo, las tiendas de departamentos, etc., no serían viables si no existieran formas de reducir los costos de transacción que los afectan.

Sin embargo, al igual como las empresas reducen los costos de producción por la vía de la estandarización de los procesos productivos, también

han encontrado mecanismos para reducir los costos de transacción a través de la estandarización de los términos contractuales de intercambio de los bienes y servicios que producen. Como KESSLER sostiene, «De la misma manera como la reducción de los costos de producción y distribución se refleja en precios más reducidos, la sociedad en su conjunto beneficia finalmente del uso de los contratos estándares»[6]. En la misma línea, la producción en masa ha dado origen a la revolución tecnológica y esta última a la uniformidad contractual[7]. En otras palabras, al reducirse o eliminarse la negociación (por la vida de condiciones estandarizadas), facilitarse el acceso a la información (con mecanismos como la publicidad o facilitando la comparación de precios y productos, como sucede en un supermercado), o uniformizarse las relaciones contractuales, se están reduciendo los costos de usar el mercado como medio para asignar y distribuir recursos.

## III. LOS MECANISMOS DE REDUCCIÓN DE LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN

Como ya vimos en otra sección de este capítulo, uno de los mecanismos que el Derecho ha desarrollado para reducir los costos de transacción son las normas dispositivas de los Códigos. No es necesario que las partes, al negociar un contrato, se pongan de acuerdo sobre todas las posibles contingencias que pudiesen surgir, pues en lo que no hayan acordado se aplican las normas del Código Civil que son supletorias al acuerdo de voluntades. Si las normas supletorias han sido cuidadosamente elegidas (es decir, que recogen los principios que pactarían las partes en la mayoría de los casos) cumplen su función al reducir los costos de transacción pues limitan la necesidad de negociar.

Pero quizás el mecanismo más interesante de reducción de estos costos para efecto de lo que estamos analizando es la propia estandarización de las condiciones contractuales. Así las empresas suelen redactar un conjunto estándar de condiciones que se incorporarán a un número indeterminado de relaciones contractuales que se celebrarán en el futuro. Esta estandarización suele operar a través de la redacción de formularios preimpresos, condiciones publicitadas en las envolturas o comprobantes de compra de los productos, avisos colocados en los establecimientos donde

---

6. KESSLER, Friedrich «Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract» en *Columbia Law Review*, No 43 (1943), p. 632.

7. Citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Biblioteca para Leer el Código Civil, Vol. XI, Primera Parte, T. III. PUCP, Fondo Editorial, Lima, 1991, p. 172.

se comercializan los bienes y servicios publicidad en la que se ofrecen los productos, catálogos, listas de precios o a través de otros medios análogos.

Las condiciones mencionadas suelen ser redactadas de manera unilateral por el productor o proveedor, teniendo el consumidor como única alternativa el adherirse o no a ellas. En el mercado moderno casi todo se ofrece bajo el esquema de «tómele o déjelo». Esto reduce la necesidad de negociar el contrato, facilita el intercambio de información, reduce la intervención de abogados, agiliza la contratación reduciendo los costos de oportunidad, facilita la ejecución de los contratos, etc.

Cuando se ofrece una bandeja de comida congelada para ser calentada en un horno de microondas el consumidor que acude al supermercado no necesita negociar las cláusulas ni el precio del contrato, no utiliza los servicios de un abogado, conoce el producto gracias a la publicidad y a la comparación con otros similares, no pierde tiempo, pues perfecciona la operación en unos cuantos segundos reduciendo los costos de oportunidad, y por esta vía permite que el supermercado pueda celebrar operaciones similares con cientos o miles de clientes, y que serían imposibles si no se diese la estandarización.

El problema, más aparente que real, es que en el sistema contractual, que recoge como principio supremo el de autonomía privada, la negociación es una etapa fundamental. Es inentendible una auténtica libertad de contratación si la negociación no está presente. Los intereses de las partes pueden manifestarse y acercarse a través de la negociación, proceso que ha sido agudamente limitado dentro del mercado de hoy. La empresa suele ser quien redacta o determina las cláusulas a ser incorporadas en el contrato que pretende celebrar. Esto es así porque suele ser la empresa, a través de su experiencia de mercado, la que cuenta con una información más completa sobre qué condiciones deben ofrecerse a los consumidores. La paradoja es que para eliminar los costos de transacción se reduce la negociación que es, en la teoría tradicional del contrato, el mecanismo de garantía para que la autonomía privada autoproteja al individuo a través del ejercicio de su propia libertad.

Como dijimos el tema es que el diseño contractual tradicional obedece a una idea de mercado artesanal, reducido y poco desarrollado. Hoy en día, este esquema es impensable. Es necesario que se reduzcan los costos de transacción para que el mercado pueda funcionar como un adecuado asignador de recursos. La estandarización es un mecanismo idóneo para alcanzar tal fin. Si no, pensemos en lo difícil que sería poder acudir al cine si el propietario de la sala de exhibición no estuviese en la posibilidad de fijar los horarios de las funciones y tuviese que negociar con cada uno de los espectadores a qué hora debe comenzar la película. O qué efectos tendría

en el transporte público el hecho de que cada vez que un pasajero sube a un microbús intente negociar la tarifa y la ruta que le conviene. La estandarización es la llave para permitir que tantos servicios diversos se puedan prestar a tantas personas. Como bien dice el destacado tratadista nacional Manuel de la Puente, la velocidad es un factor determinante de este tráfico[8].

El problema, como dijimos, es el hecho de que una sola de las partes pueda determinar las condiciones que se incorporarán al contrato. Esto ha llevado a que parte de la doctrina identifique la estandarización contractual con una suerte de poder legislativo concedido a los particulares. SLAWSON considera estos casos como legislación privada no consensual. Para él, estos «contratos» no son realmente contratos. Los consumidores no leen los contratos, y si los leen, no los entienden. De acuerdo a este punto de vista los contratos estándares se parecen a legislación y regulación estatal[9].

GOLDBERG ha desarrollado una idea similar. Para él los contratos estándares son una suerte de legislación producida «(...) en un campo que recompensa los recursos con los que cuenta una de las partes la empresa»[10].

CALIS-AUBOY señalan que esta modalidad de contratación es en realidad una facultad unilateral para determinar el contenido de ciertas relaciones jurídicas, tratándose de una atribución reglamentaria otorgada por el Derecho Privado a algunas personas[11].

Bajo estas perspectivas, la empresa ha integrado las relaciones con sus consumidores bajo su esfera de decisión de la misma manera como el Estado ha integrado sus relaciones con los ciudadanos.

Pensamos que asimilar el fenómeno al poder legislativo es arbitrario e inexacto. Este fenómeno tiene sus propias características, por lo que requiere sus propias reglas, como veremos más adelante.

La función desarrollada de este mecanismo de generación de relaciones jurídicas es otra. No exageramos al decir que el desarrollo económico del mercado moderno no hubiese sido posible sin el desarrollo de la contratación masiva y la estandarización de los términos que regulan las relaciones comerciales. Sólo así se pueden superar los costos de transacción

---

8. DE LA PUENTE. *Ob. cit.*, p. 70.

9. SLAWSON. «Standard form contracts and democratic control of lawmaking power». En: *Harvard Law Review*, Nº 84, p. 529.

10. GOLDBERG, Víctor P. «Institutional change and the quasi-invisible hand». En: *Journal of Law & Economics*, Nº 17, p. 562.

11. Citado por VALLESPINOS. *Ob. cit.*, p. 246.

derivados del uso del mercado, haciendo viable el intercambio masivo característico del mundo de hoy.

Habíamos dicho que la empresa suele ser la que redacta las cláusulas porque cuenta con mejor información que el consumidor. Pero esta información (lograda a través de mecanismos como la mercadotecnia o la propia experiencia del mercado) concede a la empresa una aparente ventaja estratégica sobre el consumidor, que suele no leer o no entender las cláusulas a las cuales se adhiere como consecuencia de un acto que podríamos casi catalogar de auto-reflejo. Se habla mucho de la desigualdad económica entre empresas y consumidores. Pero como bien señala DE LA PUENTE. «(...) en este nuevo fenómeno social no existe necesariamente, al menos en teoría, una parte poderosa y una débil. Tan precisado se encuentra el productor de colocar rápidamente su producción de bienes y servicios como bienes y servicios»[12].

Creemos, sin embargo, que el tema importante es la información asimétrica. Es cierto que el poder económico puede ser un medio para obtener mejor información y para desarrollar mecanismos para aprovecharla. Pero incluso en el caso de un sastre humilde e independiente que hace ternos para ejecutivos destacados de empresas (donde la diferencia de poder económico estaría favoreciendo al consumidor) el tema se presenta por el lado que en el mercado de venta de ternos el sastre cuenta con una mejor información que le permite sacar partido al redactar las cláusulas que imprime al dorso de su boleta de recojo, y donde, por ejemplo, limita su propia responsabilidad.

Como sugiere TREBILCOCK, «(...) la proposición de que el uso de los contratos estándares es el resultado de la concentración de poder en el mercado carece por completo de fundamento empírico. La razón por la que tales contratos son usados, es exactamente la misma por la que se usan en el mundo de los negocios entre comerciantes, esto es para facilitar el intercambio, o en términos económicos, para reducir los costos de transacción (...). Más aún, es un hecho fácil de observar que los contratos estándares son usados (...) en incontables casos en los que no existe una significativa concentración del mercado»[13]. Así, tenemos el caso de lavanderías, playas de estacionamiento, cinemas, tiendas de comestibles, etc. DE LA PUENTE también identifica como ventajas de la estandarización (sea a través de la adhesión o de las cláusulas generales) la función de reducción de los costos de

12. DE LA PUENTE. *Ob. cit.*, *Loc. cit.*

13. TREBILCOCK, M.J. «The doctrine of inequality of bargaining power: Post-Benthamite economics in the House of Lords». En: *University of Toronto Law Journal*, N.º 26, 1974, p. 80.

transacción, aunque sin utilizar dicho término, al hablar de la agilidad en la negociación, la claridad del contrato, la mejora de condiciones contractuales, la difusión de negocios[14], el ahorro de costos, la reducción de precios, el ahorro de tiempo, y la racionalización empresarial[15].

Sin embargo, el propio De la Puente sugiere que en ocasiones el uso de modalidades como los contratos de adhesión por parte de empresas que ocupan una situación de monopolio u oligopolio persigue el fin de imponer condiciones que no están dispuestas a negociar, porque saben que, a la corta o a la larga, serán aceptadas. A esta modalidad, De la Puente se refiere como los contratos prácticamente necesarios[16].

Sin embargo, respecto a este punto, Posner señala que no existen razones para esperar que los términos contractuales sean diferentes dentro de un monopolio a aquellos que se producirían bajo una situación de competencia. La única diferencia esperable es que el precio bajo el monopolio será más elevado[17]. Las razones que explican esto son dos. En primer lugar, el monopolista tiene un incentivo, si es que quiere maximizar beneficios, de colocarse en la curva de demanda más alta posible.

El monopolista quiere dar al consumidor exactamente lo que el consumidor quiere, es decir productos de buena calidad a condiciones razonables. La diferencia es que el monopolista va a cargar un precio por encima de aquel que determinaría el mercado bajo condiciones de competencia. En segundo lugar, el monopolista tiene un cierto interés en negociar el contrato, pues eso le permite conocer las preferencias particulares de cada uno de los consumidores y, por esa vía, llevar a cabo prácticas de discriminación de precios que maximicen su utilidad.

Existe evidencia empírica sobre el hecho que las cláusulas suelen ser incluso menos favorables al consumidor en mercados sumamente competitivos y desconcentrados que en supuestos de monopolio u oligopolio. Son comunes las cláusulas abusivas en servicios como lavanderías, playas de estacionamiento, seguros, corretaje de inmuebles, o contratos de crédito. En estas situaciones existen mercados competitivos, y el carácter abusivo de las prácticas parece deducirse más de la actitud del consumidor (que no lee las cláusulas que se le presentan) que de la concentración de poder económico por parte de la empresa.

---

14. De la Puente. *Ob. cit.*, p. 47.

15. *Ibídem*, p. 119.

16. *Ibídem*, p. 28.

17. Posner, Richard A. *Economics of Law*, Little Brown & Company, 1986, p. 102.

En todo caso, existen casos de cláusulas vejatorias en mercados monopólicos en contextos de poca información de los consumidores o en el caso de monopolios sujetos a controles de precios, en los cuales las empresas, imposibilitados de cargar un precio monopolístico, utilizan las cláusulas contractuales para trasladar costos a los consumidores y así aumentar sus beneficios.

Sin embargo, y con prescindencia de cuál es la causa del problema, el asunto es cómo permitir que la sociedad siga gozando de las ventajas que le ofrece la estandarización de las cláusulas contractuales, es decir de la reducción de los costos de transacción, controlando al mismo tiempo la ventaja estratégica que tienen las empresas y que puede conducir a resultados injustos además de ineficientes en términos económicos.

## IV. EL PROBLEMA DE LA INFORMACIÓN ASIMÉTRICA

Nadie está en mejor posición para proteger sus propios intereses que uno mismo. Un consumidor podría preferir comprar un televisor más barato pero por el cual no se le ofrezca garantía y otro preferir pagar algo más pero gozar de una garantía de por lo menos un año. Esto explica por qué un consumidor compra un televisor a un vendedor ambulante o informal por más que sabe carecerá de garantía, y otro prefiere comprarlo en una casa autorizada para sentirse más seguro. Entre estos dos consumidores un tercero no estaría en capacidad de considerar un término contractual que excluye la responsabilidad del vendedor del televisor como perjudicial al consumidor, si éste último, por propia iniciativa, prefirió que le ofrezcan estas condiciones a cambio de pagar un precio reducido.

Intervenir en las cláusulas contractuales es complicado porque los intereses de los consumidores son diversos. Si el Estado obliga a todos los vendedores de televisores a ofrecer garantías esta excluyendo de las posibles opciones del consumidor el comprar televisores más baratos y sin garantía. Si bien es cierto que la obligación de ofrecer una garantía implica un costo adicional para el vendedor del televisor, también es cierto que este costo es trasladado al consumidor por la vía de un incremento del precio, Esta podría ser la razón por la que las normas diseñadas para favorecer al consumidor pueden determinar su propio perjuicio por la vía de un incremento de costos en los productos.

Como dijimos en la sección anterior, debemos descartar la idea, profundamente equivocada, que la asimetría informativa es un fenómeno no deseado. Como dijimos la asimetría informativa es parte del fenómeno económico de división del trabajo, esto es que algunos en la sociedad nos dedicamos a ciertas actividades (usualmente las que conocemos mejor) y otros

a otras. El cliente de un abogado no aspira a a tener información simétrica con él. Si fuera así iría a la universidad a estudiar Derecho. Justamente lo contrata para no tener que estudiar Derecho. El cliente posiblemente sepa más que el abogado respecto de sus propios negocios. Es justamente la diferencia de información lo que hace eficiente el intercambio y permite que cada quien en la sociedad se especialice y aumente la productividad de una manera asombrosa, algo que no ocurría si uno mismo tuviera que producir todos los bienes y servicios que necesita, lo que significaría saber de todo. La división del trabajo, y la asimetría informativa que genere, nos libera de esa pesada carga. En ese sentido es deseable que los proveedores sepan más que los consumidores respecto a los bienes y servicios que ofrecen. Lo que debe evitarse es que en la contratación esa asimetría genere transacciones ineficientes, porque son tomadas sin una adecuada evaluación de costos y beneficios. Por ello el objetivo no es la simetría informativa, sino la información adecuada, entendiendo por adecuada aquella cuya producción para el consumidor cuesta menor que los beneficios que genera. ¿Cómo hacer que el mercado funcione correctamente, asumiendo estas premisas?

Si el sistema de mercado funciona de acuerdo a una conjunto de presupuestos básicos el consumidor se encontrará adecuadamente protegido por sus propias decisiones, y sin necesidad de que el Estado intervenga estableciendo cláusulas contractuales. Son requisitos para que el mercado funcione:

a) Un número elevado de compradores y vendedores de manera que ninguno de ellos está en capacidad, por propia iniciativa, de afectar el precio y condiciones de comercialización de los productos. En otras palabras, tanto demandantes como ofertantes en el mercado son «tomadores de precios». Esto quiere decir, que tienen que vender y comprar según precios y condiciones determinados por todos y a la vez por nadie, a través de un conjunto indeterminado de decisiones atomizados en el mercado[18]. Para lograr este fin son de principal importancia las regulaciones antimonopólicas[19].

b) Que no existan barreras de entrada y de salida al mercado, de manera que puedan entrar a una industria o comercio todos los que quieran, y que se mantengan en una industria o comercio sólo aquellos que sean eficientes.

---

18. En otras palabras, no deben existir monopolios u oligopolios.

19. En el Perú, estas regulaciones están contenidas en el Decreto Legislativo Nº 701 que prohíbe el abuso de posición de dominio en el mercado y las prácticas restrictivas de la competencia.

c) Que todos los agentes que participan en el mercado gocen de información adecuada. Esto quiere decir, que tanto empresas como consumidores gocen de la información necesaria como para decidir qué es lo que conviene a sus intereses. En el caso de los consumidores, éstos necesitan saber qué condiciones y precios se ofrecen en el mercado, qué términos contractuales se incorporan a los contratos que celebran, cuál es la calidad y cualidades de los productos que adquieren, etc. Sin embargo, como hemos visto, este requisito se cumple mejor del lado de las empresas que del lado de los consumidores, lo que puede generar que no siempre los últimos escojan aquello que es mejor para sus intereses.

Si los requisitos reseñados se cumplen, el mecanismo de mercado daría las mismas garantías que ofrece el sistema contractual tradicional por la vía de la negociación, pero prescindiendo de esta última. Si bien nadie negociaría las condiciones contractuales que se incorporan en un contrato estándar, estas condiciones serían determinadas por un conjunto de decisiones atomizadas en el mercado. Las empresas serían «tomadoras de condiciones contractuales» arrojadas por la interrelación de ofertantes y demandantes. Esto quiere decir que las empresas no fijarían unilateralmente las condiciones que ofrecen en sus contratos, sino que recogerían las mismas a través de la información que el mercado les da sobre qué conjunto de términos contractuales son demandados por los consumidores.

Quizás es mejor graficar esto con un ejemplo. Cuando alguien nos pregunta cuánto cuesta una botella de gaseosa de un litro inmediatamente se nos viene a la mente una cifra. Los precios de las gaseosas, dentro de un mercado competitivo, giran alrededor de su precio de equilibrio. Ello sucede porque si un productor eleva demasiado el precio nadie le compraría y los consumidores empezarían a comprarle gaseosas a sus competidores. Por esta vía los fabricantes de gaseosas irán bajando sus precios para tratar de desplazar la demanda en su favor. Pero esta baja del precio tiene un límite: el costo marginal del producto. No se puede vender las gaseosas por debajo de su costo porque de lo contrario el fabricante perdería y en el mediano plazo quebraría. De este razonamiento se deriva la afirmación de los economistas que el precio de un producto en un mercado perfectamente competitivo es igual al costo marginal de producir dicho producto, pues la competencia irá reduciendo el precio hasta llegar a dicho costo[20]. Si el fenó-

20. Algunos objetarán esta afirmación diciendo que olvida que los fabricantes de productos obtienen utilidades. Esta objeción no es válida. Dentro del concepto de costo, los economistas incluyen la utilidad mínima innecesaria para que exista un incentivo para que el inversionista mantenga sus recursos asignados a la producción de ciertos bienes y servicios. En otras palabras, la utilidad es considerada como el costo por el

meno anotado se produce, entonces el consumidor está protegido a pesar que, como experimentamos todos los días en el mercado, no podamos «regatear» el precio y tengamos que tomarlo como puesto por el proveedor. Pero las opciones de precios de otras tiendas nos permiten elegir y proteger nuestros intereses.

Algo similar a lo que sucede con el precio sucede con las cláusulas contractuales. Al igual como hay un precio de equilibrio existen cláusulas de equilibrio arrojadas por el mercado. Así el hecho relativamente común de que prácticamente todos los distribuidores o los fabricantes de artefactos eléctricos ofrezcan una garantía de un año es consecuencia del encuentro de las expectativas de los consumidores frente a las posibilidades de los productores.

Son principalmente dos los factores que determina el buen funcionamiento de un artefacto: la calidad de su fabricación y la calidad del uso que se le dé. El primer factor depende del productor[21], el segundo del consumidor[22]. Es lógico pensar que durante el primer año, cuando el producto es nuevo, el factor determinante sea la calidad de fabricación. Por el contrario, conforme pasa el tiempo, el productor pierde la capacidad de tomar precauciones para conseguir un correcto funcionamiento del aparato y el factor «uso adecuado» comience a tomar un mayor peso específico. En este supuesto el consumidor esta en mejores condiciones para tomar precauciones para un correcto funcionamiento. Eso quiere decir que es probable que en un momento en el tiempo comienza a depender más del consumidor que del fabricante el adecuado funcionamiento de un artefacto. Si eso es así, es lógico que a partir de dicho momento sea económicamente más eficiente que la responsabilidad por el buen funcionamiento se traslade del fabricante al usuario. Esto porque si el fabricante sigue siendo responsable luego de este punto le será más costoso producir y garantizar los bienes que vende. Este costo lo trasladará al precio y venderá un producto más caro. En cambio para el consumidor es más económico tomar precauciones dándole al bien un uso más adecuado. Eso le cuesta menos que pagar un precio superior por una garantía por un periodo más largo.

---

uso del capital, de la misma manera como los salarios son el costo del uso de la fuerza del trabajo y el arrendamiento de la fábrica el costo por el uso del local.

21. Uso de buenos materiales, adecuada tecnología, un buen diseño, buen trabajo de ensamblaje, etc.

22. No abusar del producto, utilizarlo de acuerdo a las especificaciones y advertencias dadas por el fabricante, adecuado mantenimiento, etc.

Es razonable pensar que el punto de quiebre en el que la responsabilidad deba pasar al consumidor sea un año. El hecho de que sea común que se ofrezcan garantías por este periodo en el mercado parecería confirmarlo. La garantía de un año sería entonces una condición de equilibrio[23].

El argumento, muy común en la doctrina, es que el consumidor carece de facultad de elegir porque todas las empresas ofrecen más o menos las mismas condiciones puede ser falaz. Si el mercado está funcionando adecuadamente es probable que los competidores hayan recogido del mercado ciertas cláusulas como deseadas por el común de los consumidores y que pueden ofrecerse asumiendo un incremento en el precio que los consumidores están dispuestos a pagar por el beneficio adicional.

Así mismo pueden haber identificado cláusulas que sin beneficiar directamente a los consumidores, si permiten reducciones en el precio que los consumidores desean pagar. Como vimos, al igual como puede existir un precio de equilibrio pueden existir cláusulas de equilibrio.

Ahora bien, esto será cierto siempre que los consumidores y productores tengan información suficiente como para llegar a establecer, a través del mercado, qué es lo más conveniente para ambas partes. Así, como señala Trebilcock,» (...) la simple uniformidad de los términos, no nos dice nada sobre la presencia o ausencia de competencia»[24].

Por el contrario, podemos afirmar que la uniformidad puede ser un indicativo precisamente de la existencia de una adecuada competencia. El verdadero problema no sería el poder económico sino la existencia de información asimétrica, o más precisamente, en la inexistencia de información adecuada para el consumidor. Los consumidores no leen, o de leer no entienden, las cláusulas y condiciones a las cuales se adhieren. El mercado perfecto puede reemplazar el rol de la negociación en un mundo de intercambio masivo siempre que exista adecuada información. Si bien el consumidor no puede negociar los términos de un contrato, sí puede ir a otro

---

23. El lector suspicaz podría decir que no es cierto que todos los productores de artefactos eléctricos ofrecen garantías por un año. Algunos ofrecen garantías por períodos mayores, otros por períodos menores e, incluso, algunos no ofrecen garantías. Los que ofrecen garantías más prolongadas cobran más. Los que ofrecen garantías por períodos más cortos o simplemente no ofrecen garantías, cobran menos. Lo que puede estar sucediendo es que el producto que se vente no sea el mismo. Si se trata de un producto de mayor calidad, es lógico que el punto de quiebre entre el peso específico de la calidad del bien versus el uso adecuado se produzca después. Por el contrario, si se trata de un producto de menor calidad (y por tanto, más barato) es lógico que el punto de quiebre se produzca antes.

24. Trebilcock. *Ob. cit.*, p. 81.

productor que ofrece mejores términos. Las opciones de los consumidores para dejar de comprar un producto son de mejor incentivo para que una empresa incluya condiciones razonables en sus contratos. Como dice TREBILCOCK[25], el problema no es que las cosas se planteen en los términos de «tómelo o déjelo» sino si en el caso que el consumidor decide dejar lo que se le ofrece, conozca y tenga otras opciones disponibles.

En la teoría contractual tradicional existen dos libertades que configuran la autonomía privada. La primera es la libertad de contratar y la segunda, la libertad contractual. La libertad de contratar es la facultad que tienen las partes para elegir cuándo y con quién celebrar un contrato. La libertad contractual se refiere al contenido mismo de las condiciones contractuales que se incorporan a la relación jurídica que se instaura entre las partes, por lo que también es conocida como libertad de configuración o libertad normativa.

De acuerdo a lo que hemos explicado si el sistema de mercado funciona adecuadamente sólo la libertad de contratar es realmente necesaria. La libertad contractual implica necesariamente negociación. Como vimos la negociación genera costos de transacción. En consecuencia, es preferible que las cláusulas sean redactadas por una de las partes y que la protección contra dichas cláusulas se dé por intermedio del rechazo o la aceptación a las mismas sin necesidad de negociarlas. En este caso el incentivo para incluir cláusulas razonables nace de la necesidad de captar la demanda de los consumidores. Al igual como se reducen precios para competir, se ofrecerán mejores condiciones para desplazar competidores del mercado. Esto funcionará, obviamente, si los consumidores están adecuadamente informados, y toman en cuenta el contenido de las cláusulas a la hora de tomar sus decisiones en el mercado.

Este concepto es comúnmente malinterpretado y se suele creer que la falta de negociación significa falta de autonomía privada, lo cual es un serio error conceptual en el que ha caído el propio Tribunal Constitucional y al hacerlo ha arrastrado al INDECOPI. Así, en la Sentencia del 24 de marzo de 2004, recaída en el Expediente N° 0858-2003-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado:

> «En tal interpretación de las reglas del derecho privado, el órgano competente no puede perder de vista que, tratándose de negocios jurídicos en los que se insertan determinadas cláusulas generales de contratación, el ejercicio de la libertad contractual y la autonomía privada carece de uno de los presupuestos funcionales de la autonomía privada; particularmente,

25. *Ibídem*, p. 80.

> del sujeto más débil de esa relación contractual. Y es que no se puede afirmar, sin negar la realidad, que en los convenios suscritos por un individuo aislado, con determinados poderes sociales, o entre personas que tienen una posición de poder económico o de otra índole, existe una relación de simetría e igualdad, presupuesto de la autonomía privada.»

Sobre la base de esa sentencia el Tribunal del INDECOPI ha comenzado a desconocer acuerdos aceptados por el consumidor como la aplicación de penalidades por prepago en un crédito bancario.[26] El problema salta a la vista. El Tribunal Constitucional parte de la idea equivocada y no sustentada en la sentencia, que existe una desigualdad de poder económico en un mercado competitivo como el bancario. Pero además parte de la idea que sin negociación no hay autonomía, dejando de lado el hecho que la competencia protege efectivamente la autonomía mediante el ejercicio de la libertad de contratar, a pesar que la libertad de configuración no se ejerza de manera directa. Y asume además que no hay autonomía sin igualdad, cuando como ya vimos, la especialización del trabajo nos va a conducir a que precisamente las partes se encuentren en situación de diferencia en cuanto a la información disponible.

En la mayoría de los casos el propio mercado genera la información necesaria. El consumidor adquiere información de distintas fuentes. Su propia experiencia de consumo o la de otros consumidores le informa sobre la calidad del producto y de las condiciones en que se le ofrece. La publicidad es otro mecanismo, en especial cuando se permite la publicidad comparativa[27]. Los consumidores pueden, también, organizarse en asociaciones que obtienen, comparan y transmiten información al público[28]. Finalmente los consumidores pueden, si son cuidadosos, obtener y comprar la información que necesitan.

Los consumidores suelen demandar en el mercado mejor y mayor información, incluso en términos monetarios. Ello explica, por ejemplo, por qué un consumidor paga más por un producto que conoce por la vía de la

---

26 Ver, por ejemplo, la Resolución No. 0387-2004/TDC-INDECOPI, recaída en el caso de Domingo García Belaunde contra el Banco de Crédito del Perú, de fecha 25 de Agosto del 2004.

27. El artículo 8 del Decreto Legislativo 691 admite claramente la publicidad comparativa al señalar 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 (...)».

28. Así, la asociación de consumidores puede contratar a un abogado para que lea y compare las cláusulas que suelen ofrecer los bancos para abrir sus cuentas de ahorro y, por esa vía, establecer qué institución ofrece las mejores condiciones.

publicidad que por otro que le es totalmente extraño. El producto es más caro, entre otras cosas, porque el productor le traslada al consumidor el costo de la publicidad misma. El consumidor a su vez está dispuesto a pagar más porque conoce el producto. El problema es, entonces, que la publicidad sea veraz y no lleve al público a confusiones.

Para demostrar cómo los consumidores «compramos información», veamos otro ejemplo. Un productor decide competir por la vía del precio. Así coloca un shampoo en el mercado en una botella sin ninguna indicación o etiqueta. Como no tiene que pagar el diseño, impresión y colocación de la etiqueta, su shampoo es el más barato del mercado. Sin embargo, los consumidores no lo compran porque no saben que es lo que la botella contiene. Podría ser no sólo shampoo, sino desinfectante, detergente para ropa o una gaseosa. Ante su fracaso el productor decide colocarle una etiqueta que solo diga «Shampoo». Sigue siendo muy barato porque la etiqueta es muy simple, frente a las sofisticadas etiquetas de sus competidores, llenas de colores y con impresiones llamativas, pero cuesta algo más que el mismo shampoo sin etiqueta. Ahora algunos consumidores le compran su producto, a pesar que ahora es más caro, pero no son muchos frente a los que compran otras marcas. En general los consumidores demandan más información. Quieren saber qué tipo de shampoo es, para qué tipo de pelo se utiliza e incluso buscan una marca que lo haga identificable. Así el productor de nuestro ejemplo comenzará a buscar qué información exigen los consumidores y modificará su etiqueta. Incluirá la capacidad de un frasco porque los consumidores quieren comparar que shampoo trae más, el tipo de pelo para el que es bueno, el modo de empleo, las advertencias y garantías vinculadas a su uso, o incluso hará publicidad por el periódico o por televisión. El producto será algo más caro, pero los consumidores están dispuestos a pagar por esa información adicional. Esto lo hará siempre que el beneficio adicional de incluir algo más de información (más venta del producto) sea superior al costo adicional que incluir dicha información implica. Llegará un momento en que el productor advertiría que hay datos por los que los consumidores no están dispuestos a pagar, como la composición química del producto, el nombre de los accionistas propietarios de la empresa o el color de ojos del químico que lo diseñó. Esta información será descartada. El mercado tiende pues a producir cierta información simplemente por su propio sistema de incentivos y estímulos.

Pero existen diversas circunstancias que pueden dar lugar a que el mercado no produzca la cantidad necesaria de información. Un primer supuesto es cuando el costo que tiene que asumir el consumidor para adquirir la información es demasiado elevado. Por ejemplo, para que el consumidor entienda la cobertura de un seguro contenida en una póliza requiere probablemente

de un entrenamiento complejo en terminología de seguros, viéndose quizás forzado a contratar a un abogado para que le explique el contrato[29].

Otra situación que puede presentarse es que el consumidor ignore cuánto vale para él la información que necesita. Por ejemplo, puede ser que la pasta de dientes que desea comprar haga que pierda la dentadura cuando llegue a los setenta años. Pero el consumidor ni se imagina que ello es posible. Por ello no puede demandar la existencia de una advertencia en el producto. Así, cuando se entere de cuanto puede valer esta información estará ya comiendo dieta blanda.

Otra posibilidad es que el productor lleva a cabo estrategias que le impidan al consumidor acceder a información relevante. El uso de letra pequeña, condiciones que no están al acceso del consumidor al momento de celebrar el contrato, terminología compleja, información engañosa, etc., son estrategias que pueden llevarse a cabo para impedir que el mercado genere la información relevante. Esto se vincula muchas veces con la propia idiosincrasia de los consumidores que no invierten su tiempo en leer y entender los contratos a los que se adhieren.

Es ante estas circunstancias que toma relevancia la necesidad de regulaciones de protección al consumidor. Estas normas deben estar dirigidas a favorecer una información adecuada de los consumidores en el mercado, tratando de eliminar o reducir el impacto de la asimetría existente respecto a los proveedores de los bienes y servicios.

## V. LA PROTECCIÓN COLECTIVA AUTÓNOMA

Un primer mecanismo de protección, ya sugerido entre líneas anteriormente, es la organización colectiva de los consumidores a fin de tutelar sus derechos, en lo que se conocen como Asociaciones de Consumidores. A esto lo llamamos protección colectiva autónoma, porque implica la organización plurindividual de aquellos agentes que toman decisiones en el mercado.

Las Asociaciones de Consumidores pueden mejorar sustancialmente la calidad de la información disponible del mercado. Sin perjuicio de sus facultades de representación gremial, que les permiten interponer denuncias y demandas a nombre de los consumidores, estas organizaciones pueden hacer mucho para corregir defectos de información.

---

29. Los *brokers* de seguros son una institución desarrollada por el mercado para facilitar la protección de los consumidores. La existencia de *brokers* encarece, obviamente, el seguro, pero permite a los consumidores sentirse respaldados a la hora de contratar, lo que reduce los costos de transacción.

Imaginemos, por ejemplo, que un modelo de automóvil tiene un defecto de diseño que reduce su vida útil. Para que los consumidores adquieran esa información tienen básicamente dos caminos. Uno es la propia experiencia. Cuando esperaban que su automóvil dure diez anos, descubren que sólo dura cinco. Para cuando los consumidores advierten esto, ya se han fabricado y comprado miles de automóviles de este modelo, y la pérdida económica es inmensa. La otra posibilidad es que antes de comprar el automóvil, el consumidor contrate a un equipo de ingenieros y técnicos que le haga una evaluación de los distintos modelos existentes en el mercado y que descubra el defecto de este modelo. Pero probablemente, este examen es mucho más costoso que el precio del propio automóvil, por lo que el consumidor no lo llevará a cabo. Sólo le queda, entonces, descubrir la información relevante por la vía de la propia experiencia.

Pero si existe una Asociación de Consumidores que agrupe o represente a miles o millones de personas, esta organización sí puede asumir el costo del examen técnico. No tendrá que hacer lo miles de veces, cada vez que un consumidor compra un carro. Bastará que lo haga una vez y que transmita la información a los consumidores. Incluso, ni siquiera es necesario que pague el examen con las cotizaciones de sus miembros. La asociación podría publicar una revista (como es común en otros países) donde se incluya información sobre los resultados de este tipo de exámenes. Los consumidores comprarán la revista porque por esta vía compran la información que necesitan. Así, estas instituciones favorecen la reducción de los costos de la obtención de la información relevante, lo que no es otra cosa que la reducción de los costos de transacción.

Las organizaciones de consumidores pueden, por esta vía, evitar que el público tome decisiones de consumo ineficientes, distribuyendo la información adecuada a un costo razonable, lo que no podría hacerse por la vía de decisiones de consumo atomizadas. Pero, a su vez, se requiere de mecanismos de control del comportamiento de estas asociaciones para evitar el efecto inverso: que distribuyan información equivocada que ocasione injustamente daños a ciertos proveedores de bienes y servicios.

## VI. LA PROTECCIÓN HETERÓNOMA

Decimos que un mecanismo de control es heterónomo cuando el mismo es puesto en las manos de un ente o persona distinta a los agentes que actúan directamente en el mercado, es decir consumidores o proveedores. Salimos pues de la esfera de la autonomía privada, para entrar al campo del intervencionismo en el mercado, normalmente por parte del Estado.

El control heterónomo de la contratación masiva puede estar en manos del Poder Judicial, de las normas dictadas por el Poder Legislativo o de la administración pública, que puede incluir al gobierno central o a los gobiernos locales. En estos supuestos, se confiere a los órganos encargados de actuar, la potestad de tomar decisiones en protección de los mecanismos de mercado, y en concreto, de los consumidores. Asumimos, pues, como excepción, que un tercero esta en mejor situación que un consumidor para saber qué es lo mejor para este último.

Podemos decir que existen básicamente dos grandes categorías de mecanismos de control para proteger a los consumidores de cláusulas abusivas. La primera categoría contempla aquellos casos en los cuales el mecanismo va dirigido a controlar el propio contenido de las cláusulas contractuales. Esto quiere decir que un tercero (autoridad judicial, administrativa, legislativa o arbitral) determinará si las cláusulas son o no abusivas. Este control puede efectuarse *ex ante* o *ex post* a la celebración del contrato. El control *ex ante* implicaría que sólo son válidas aquellas cláusulas autorizadas antes de su incorporación a contratos particulares. Tal sería el caso de la aprobación administrativa previa de las condiciones generales de contratación. El control *ex post* permitiría declarar la nulidad o ineficacia de ciertas cláusulas con posterioridad a la celebración del contrato, dado su carácter abusivo.

Sin embargo, como ya hemos dicho, el control del contenido mismo de las cláusulas es un tema complejo, pues implica decidir sobre intereses particulares que no necesariamente son manejados o entendidos por los terceros que tienen que tomar las decisiones. Si bien en algunos casos los mecanismos de control del contenido de las cláusulas podrían ser necesarios (como por ejemplo, en los contratos de seguros donde la terminología técnica es demasiado complicada como para ser entendida por el consumidor medio) no siempre es la mejor alternativa. Por el contrario, en la mayoría de los casos genera más costos que beneficios. Como hemos dicho antes, si el Estado obliga a incorporar ciertas cláusulas a los contratos o prohíbe la incorporación de otras, esto puede imponer costos adicionales a los productores. Estos costos adicionales son trasladados al precio, por lo que existirá un incremento del mismo. Este precio tendrá que ser pagado por el consumidor. No es cierto pues que la intervención estatal contribuya a redistribuir el poder económico entre productores y consumidores. Por el contrario puede perjudicar a los consumidores quienes se ven obligados a pagar más por una cláusula por la que no necesariamente se favorecen. Y como hemos dicho, la determinación de cuando conviene realmente la cláusula al consumidor a cambio de un incremento del precio es difícil de establecer sin consultar previamente la opinión de cada consumidor particular.

Por ello un sistema intervencionista puede generarle muchos más problemas al consumidor que aquellos que se pretende aliviar.

Una segunda categoría de mecanismos de control serían aquellos dirigidos a establecer un adecuado proceso de transmisión de la información al consumidor. Bajo estos sistemas no interesa tanto el propio contenido de las cláusulas, como la posibilidad de que éstas sean conocibles por los consumidores. Así lo que se controla son aquellas prácticas dirigidas a falsear, confundir u ocultar información. El uso de letras pequeñas, redacción compleja, publicidad engañosa, remisión a condiciones no estipuladas expresamente en el contrato, son ejemplos de estas prácticas que deben ser sancionadas. La idea es crear incentivos para que las empresas trasmitan, de manera clara, la información pertinente a la vez de crear incentivos para que los consumidores asimilen y procesen tal información. Lo que el Estado controlaría y sancionaría sería, antes que el propio contenido de las cláusulas, el desarrollo de prácticas como las reseñadas. Incluso se podría privar de validez a las cláusulas que no hayan sido conocibles por el consumidor con prescindencia de su contenido. La ventaja de este sistema es que deja en manos del interesado (es decir el consumidor) la decisión acerca de qué es lo que más le conviene. Ello es lógico si entendemos que nadie mejor que uno mismo para interpretar cuáles son nuestras expectativas e intereses.

¿Cuáles deben ser los estándares de intervención del Estado? ¿Qué relación deben guardar con los ingresos de los consumidores? ¿Deben ser más exigentes en un país con altos niveles de pobreza? En el punto siguiente analizaremos estos aspectos.

## VII. LO QUE NO MATA ENGORDA: DIAGNÓSTICO DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN UN PAÍS POBRE

No es extraño levantarse por las mañanas en Lima, mirar por la ventana, y ver a una persona rebuscando nuestra basura en busca de sobras de comida. La escena, además de humanamente devastadora, es sintomática de un país con bajísimos niveles de ingreso, tremenda escasez de recursos y desigual distribución de la riqueza.

Sin duda no será difícil que todos coincidamos, fuera de cualquier discusión y planteamiento ideológico, que es una imagen que quisiéramos que desaparezca, o al menos, que no se presente con tanta frecuencia. Nadie podrá decir que ello es algo bueno, o deseable o positivo. Nadie podrá ocultar su deseo de que esas escenas no debieran repetirse. Pero, por otra parte, ¿alguien propondría que se diera una ley que prohíba que la gente recoja los restos de comida de la basura? La respuesta parece bastante obvia. La trage-

dia de la que podemos ser testigos todas la mañanas es solo superada por una imagen aún peor: la de esa misma persona muriendo de inanición.

Comer basura no es, obviamente, nada saludable. Los riesgos de contraer enfermedades o intoxicarse con un alimento descompuesto son más que evidentes. Sin embargo esas personas deciden, conscientemente, asumir dichos riesgos ante un mal mayor, el morirse de hambre.

Los efectos nada deseados de esta situación son propios de un país como el nuestro. La pobreza convierte a la basura en una alternativa posible de supervivencia. Los costos de comerla (enfermar) son menores que los beneficios (seguir viviendo) y ello hace que la conducta, con toda su carga deshumanizante, algo perfectamente racional.

Sin embargo, los riesgos que los países pobres tenemos que correr son muchos más. Un pariente cercano de comer basura lo constituyen los llamados «productos basura» que los peruanos solemos comprar día tras día para satisfacer nuestras necesidades. Desde alimentos elaborados en terribles condiciones sanitarias, ropa que no mantiene su calidad y características luego de la primera puesta, medicinas vendidas en condiciones que las hacen poco confiables, hasta artefactos eléctricos reconstruidos, licores que no son tales o muebles que son víctimas de las polillas en unas cuantas semanas. Esos productos se venden al por mayor y menor, cuentan con cadenas de distribución relativamente sofisticadas vinculadas normalmente al comercio ambulatorio y, lo más curioso, cuentan con la preferencia de un importante número de consumidores que los eligen por sobre productos similares que si brindan todas las garantías. Y la razón de la preferencia no es difícil de encontrar: el precio. Estos productos suelen ser, en términos competitivos, mucho más baratos que aquellos que ofrecen todas las garantías. Y la causa de ello no es ningún secreto: los costos de producir esos bienes son menores precisamente por que no tienen que invertir en ofrecer todas las garantías.

Se exige a las autoridades (como al INDECOPI, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Agricultura, etc.) acciones decididas para decomisarlos y prohibir su comercialización. Se pide a los congresistas la dación de leyes severas que sancionen con mayores penas de cárcel a quienes los fabriquen. Se emplaza al Poder Judicial, al Ministerio Público o a la Policía para que actúen con mayor energía. En pocas palabras se exige que los «productos basura» desaparezcan.

Si estas personas quisieran ser coherentes con su posición deberían exigir acciones igualmente efectivas para impedir que los mendigos, durante las madrugadas limeñas, puedan comer basura. Debería sancionarse no solo a los irresponsables que colocan la basura en la calle (que finalmente somos todos) sino incluso a quienes se la comen.

En este punto pretendemos demostrar que los «productos basura» suelen ser más importantes y necesarios de lo que parece a primera vista. En consecuencia una política de protección al consumidor debería considerar para su diseño e implementación las funciones que estos «indeseables» bienes desarrollan en nuestra sociedad. El no hacerlo convertirá a la política de protección al consumidor en un arma contraria a los intereses de los propios consumidores, al forzar que una economía con pocos recursos tenga que actuar soportando los sobrecostos que los productos garantizados implican. El resultado sería una reducción de los niveles de bienestar general que debemos evitar.

La calidad tiene un costo que debe ser pagado por alguien. Ofrecer mejores condiciones sanitarias implica una inversión para el productor. Hacer que los bienes duren más tiempo o que no sufran desperfectos implica gastar en tecnología, mejores materiales y trabajadores más capacitados. Ofrecer garantías de funcionamiento implica asumir los costos de reparar los bienes luego de adquiridos estos. Exigir prescripción médica para comprar una medicina significa pagar los honorarios de un doctor. Solicitar que los comerciantes cuenten con locales idóneos para asegurar la buena condición de lo bienes que venden implica exigir un gasto mayor.

Pero, a fin de cuentas, no es el productor el que termina asumiendo ese gasto. Finalmente los sobrecostos generados por incorporar calidad a los productos son trasladados al precio, y al hacerlo son asumidos por el consumidor, sea mediante pagar más dinero, sea mediante simplemente dejar de comprar. Forzar a que los productos cumplan con un estándar de calidad determinado es prohibirle, en última instancia, a los consumidores que compren productos más baratos.

Uno de los primeros casos que se presentó en la Comisión de Protección de Consumidor del INDECOPI fue el caso de unos zapatos. A la Comisión llegó una queja telefónica en el año 1993 referida a un par de zapatos adquiridos por un consumidor. El precio pagado al ambulante del que los adquirió fue de S/. 5.00 el par (es decir S/. 2.50 cada uno). La misma noche del día que los adquirió el consumidor se los colocó para ir a una fiesta, con tan mala suerte que en Lima, donde nunca llueve, llovió. Los zapatos se fueron paulatinamente ablandando hasta que literalmente se desintegraron. El pobre consumidor llegó a su fiesta totalmente descalzo, pues los zapatos, que estaban hechos de cartón, no soportaron el agua.

Al formularse la queja la Comisión analizó el caso a fin de determinar qué es lo que debía hacerse. La primera reacción es que debía sancionarse al vendedor por haber vendido zapatos de cartón[30]. Sin embargo, al anali-

30 Finalmente ello hubiera sido imposible. No se pudo ubicar al vendedor pues tratándose de un ambulante había abandonado el lugar original de la venta. Pero además

zarse con algo más de detalle el caso, se determinó que ello era muy peligroso. En primer lugar, los zapatos de cartón en una ciudad en la que llueve poco como Lima pueden ser una alternativa razonable y muy barata. Finalmente los zapatos de cartón pueden ser la única posibilidad de no estar descalzo para gran parte de la población de bajos ingresos. En segundo lugar, el consumidor podía haber recibido, por medio del precio, información sobre las características del bien. Si algo no se le puede exigir a un par de zapatos de cinco soles es calidad.

Este caso ha sido usado como el paradigma del cuidado con el que se debe analizar la actuación del Estado frente a productos de muy baja calidad. Y a su vez ha sido usado como paradigma de los críticos, que con poca comprensión de economía y mucho populismo, usan ejemplos como estos para sostener precisamente lo contrario y decir que la libertad excesiva conduce a resultados inhumanos.

En una ocasión tuve la oportunidad de entrevistar a Ronald Coase. En dicha entrevista incluí una pregunta sobre los productos basura, y en específico el caso de los productos de cartón. Esto respondió el Premio Nobel de Economía:

> «En un caso como ese no vería la necesidad de regulación del gobierno para nada. En el agregado, las personas son muy buenos jueces de lo que es apropiado para ellos. Naturalmente, si eres muy pobre, tú no vas a querer gastar la mayor parte de tu dinero en un producto de alta calidad porque ello significaría que no tendrás la posibilidad de gastar dinero en otras cosas. El significado de ser pobre es que tendrán que comprar zapatos hechos de cartón y otras cosas similares.»[31]

Es un caso paradigmático que muestra las dificultades que debe enfrentar la protección de los consumidores en un país pobre. Como todo caso paradigmático no está libre de los disparos populistas que creen que los problemas de los pobres se resuelven con frases aparentemente bonitas, pero que desconocen la base de la tragedia de la pobreza. Y es que el caso que define un paradigma de una pobreza aguda en la que siempre es difícil encontrar culpables de nuestros problemas. Quizás el problema radique, precisamente, a que nadie, más que la terrible escasez de recursos que sufrimos los peruanos, sea culpable de lo que ocurre.

Es una creencia común que en países con grandes sectores de la población con muy bajos ingresos la protección del consumidor debe ser más

---

el consumidor no tenía un comprobante de pago que permitiera demostrar a quién había comprado los zapatos.

31 En http://coase.org/coaseinterview.htm (5 de Febrero del 2006)

agresiva y activa que en países más desarrollados. Se piden normas más estrictas, sanciones más fuertes y operativos y acciones de oficio por parte de los entes encargados de proteger al consumidor. La base de la creencia es que hay una diferencia de poder económico que justifica un rol más activo del Estado para conseguir una igualación de proveedores y consumidores. Creo, sin embargo, que esa creencia se basa en una premisa total y completamente falsa.

Es incluso curioso ver como defensores, en apariencia, de las ventajas de un libre mercado, pierden la perspectiva (y diría incluso su aparente coherencia ideológica) al hablar de protección al consumidor. No negamos la necesidad de una acción de ciertas autoridades en este campo, pero no para evitar que existan los «productos basura», sino para que sean realmente los individuos (consumidores y proveedores) los que determinen cuál será la calidad de los productos que se ofrecerán y demandarán en el mercado.

La protección al consumidor en un país pobre exige una mayor cautela y cuidado por parte de Estado. La razón es muy sencilla. La regulación del Estado impone, necesariamente, costos a la industria. Al pedirle al industrial que deje de fabricar zapatos de cartón, mejore las condiciones sanitarias de su planta u ofrezca mayores garantías al consumidor lo estamos obligando a gastar más. Al hacerlo quizás lograremos que su producción deje de ser de «bienes basura». Pero sus nuevos productos serán más caros y con ello se alejarán de los consumidores, en especial de los de bajos ingresos. El problema en nuestro país es que nuestros consumidores están en menor capacidad económica de la que están los consumidores de países desarrollados como para soportar esos sobrecostos. En otras palabras, los errores en la regulación (y el Estado suele equivocarse) tienen que ser asumidos por consumidores en peor capacidad para hacerlo.

Los «productos basura» responden en realidad, en un importante grado, a las condiciones de demanda. Una demanda pobre tenderá a consumir bienes de baja calidad porque no tiene muchos recursos para invertir en mejores condiciones y características. Para el pobre la calidad es un bien suntuario. Es algo que pagará quizás cuando tenga un ingreso extra o quiera darse un gusto. Pero en el día a día, en su trágica lucha periódica por la supervivencia, la calidad es algo que no puede adquirir.

En una encuesta realizada por IMASEN[32] se señalaba los criterios que seguía el consumidor limeño al comprar un producto. Así, el 40.1% de los consumidores encuestados señaló que el precio era el aspecto que consideraba en primera instancia frente a otros elementos como la marca (37.4%),

32. «La Otra Cara del Consumidor». En *Trizia*, Magazín de Actualidad. Año 1, N.º 2, pp. 6-9.

la calidad (5.4%) y la promoción u oferta (5.1%). Asimismo, cuando se les preguntó cuál era el elemento que tomaban en cuenta en segunda instancia, el 38.4% consideró el precio, por encima de la marca (24.2%), la promoción u oferta (13.2%) o la facilidad para encontrarlo (7.1%).

Como podemos ver casi el 80% de los consumidores peruanos utilizan al precio como uno de los dos principales elementos que toman en cuenta al momento de comprar. Esta preferencia por precios no sólo es clara, sino explicable en términos económicos por el bajo nivel de ingreso. En el mismo estudio se señala que el consumidor capitalino se inclina por el comercio ambulatorio por que considera que vende más barato que las tiendas, aunque reconoce que los ambulantes no ofrecen productos de la misma calidad que en las tiendas. A una conclusión similar se llega respecto de la compra de electrodomésticos en ambulantes a pesar que esto no ofrece garantías[33]. Pedirle a una familia cuyo ingreso mensual total está por debajo del nivel de supervivencia que se fije en algo distinto al precio es un absurdo. Una familia en tales condiciones solo puede aspirar a cubrir las necesidades básicas, aunque ello no lo pueda hacer exigiendo mucha calidad.

Una familia pobre no tendrá en la cocina de su casa las mejores condiciones sanitarias. La razón es obvia. La higiene cuesta. Hay que invertir en educación, en implementos de limpieza, en tiempo para limpiar. En muchos hogares peruanos el agua, elemento básico para lograr condiciones sanitarias mínimas, es un bien tremendamente escaso y caro. Probablemente esa misma familia adquiera productos alimenticios que no son fabricados en condiciones sanitarias adecuadas. Pero no es de extrañar que a pesar de ello las condiciones sanitarias sean mejores que las de la propia cocina del consumidor. Y ello explica la «trágica coherencia» entre un consumidor que no invierte en mejorar las condiciones sanitarias de su hogar y adquiere productos que tampoco reflejan dicha inversión. La causa es la pobreza.

Es muy común escuchar que en el Perú se venden, por ejemplo, medicamentos prohibidos en los Estados Unidos. De tal constatación se deduce que los laboratorios transnacionales usan a los peruanos como conejillos de indias o para vender lo que ya no pueden vender en los países subdesarrollados.

Efectivamente es cierto que en nuestro país se venden medicamentos prohibidos en otros lugares. Imaginemos por ejemplo el caso hipotético de un médicamente para controlar la presión alta por que se determinó que en uno de cada 25,000 casos generaba ciertos efectos secundarios graves. Sin embargo, para prohibir un medicamento este debe tener sustitutos. De lo

33. *Ibídem,* p. 8.

contrario, por evitar los efectos secundarios, estaríamos forzando a las personas a sufrir la dolencia específica que precisamente el medicamento pretende curar. Sin embargo, en muchas ocasiones cuando aparece un sustituto adecuado, este es mucho más caro. Si es más nuevo es posible que la patente se encuentre vigente, con lo que los costos del monopolio temporal concedido por la ley al descubridor elevan su costo. En otras ocasiones el medicamento es en sí más caro de producir por sus propias características. Finalmente, cuando se prohíba la venta de uno de los sustitutos es de esperar que el precio del otro se eleve como consecuencia de la lógica reducción de competencia generada por la propia prohibición[34]. En tales circunstancias la medida de eliminar un medicamento del mercado conduce a forzar al consumidor a tener que consumir un medicamento más caro.

¿Qué ocurrirá con el consumidor que no tiene dinero para pagar el sobreprecio del sustituto? Pues algo muy sencillo. No podrá comprar ni uno ni el otro. El uno porque el Estado prohibió su venta. El otro porque es muy caro para su presupuesto. Es cierto que la acción del Estado lo protegió de ser uno de los raros casos en los que se manifiestan terribles efectos secundarios. Pero también es cierto que el Estado es responsable de que muera de la dolencia que puede tratar con el medicamento cuyo precio no puede pagar, a pesar de asumir un riesgo. Se le condenó a un mal cierto por evitarle la posibilidad de sufrir un mal incierto. ¿Qué es peor?

Muchos han tratado de calificar al consumidor peruano como uno totalmente irracional, que compra productos de mala calidad a pesar de ver en los medios de comunicación los riesgos que ello implica. Creo, sin embargo, que el consumidor peruano muestra una racionalidad, dadas sus especiales circunstancias, perfectamente explicable y coherente.

Los niveles de ingreso de una persona son un claro limitante de las opciones que tienen en el mercado. Quien solo tiene para gastar en alimentos S/. 50.00 y tiene en el mercado opciones para elegir tres canastas, una de S/. 40.00, otra de S/.50.00 y una tercera de S/. 70.00 solo tiene en realidad dos opciones. Eliminar la canasta de S/.40.00 y la canasta de S/. 50.00 con el argumento de que no ofrecen productos de calidad es, en última instancia, dejarlo sin opciones.

---

34. De hecho es de esperar que el problema real se presente cuando el sustituto sin efectos secundarios sea más caro. Si no fuera así bastaría que exista la obligación de informar adecuadamente al consumidor sobre los efectos secundarios para que este llegue solo a descartar el medicamento. Si adicionalmente el sustituto es más barato, el consumidor tendría que ser muy tonto para seguir consumiendo uno más caro que además impone costos adicionales por el riesgo de sufrir efectos secundarios. El mercado por sí mismo, y sin necesidad de ningún tipo de intervención del Estado, no resuelve el problema.

Para analizar cómo reacciona el consumidor a las diferentes opciones que se le presentan en el mercado, y los riesgos que decide conciente o inconscientemente asumir, es pertinente recurrir al concepto de «efecto ingreso». La capacidad de decidir y las valorizaciones que los individuos dan a determinados bienes, incluso los que no tienen naturaleza patrimonial como la vida o la integridad física, están condicionados con su nivel de pobreza o riqueza, es decir por su ingreso.

Si a una persona se le pregunta cuánto estaría dispuesto a recibir para dejarse matar probablemente respondería que no existe cantidad suficiente para ello. Pero si a esa misma persona le preguntamos cuánto estaría dispuesta a pagar para que no lo maten la respuesta cambia. Probablemente dirá que entregará todo lo que tiene. Y todo lo que tiene es una cantidad determinada reflejada por lo que esa persona tiene como patrimonio.

En el primer caso no existe cantidad suficiente para que la persona acepte que lo maten. En el segundo se paga una cantidad determinada. ¿Cuál es la razón de la diferencia en la valorización? La respuesta es muy sencilla. La segunda de las preguntas obtiene una respuesta condicionada por lo que se conoce como «efecto ingreso». Las personas no pueden pagar más de lo que tienen, así valoricen su vida en más que todo su patrimonio. Y cuanto menos tengan su disposición a pagar, incluso para defender su propia vida, será menor. Por ello a la segunda de las preguntas recibiremos respuestas diferentes según la situación de cada persona a la que se le plantea la oferta. Un millonario estará dispuesto a pagar millones para no morir. Un pobre estará dispuesto a pagar unos cuantos soles. El condicionante del nivel de ingreso se manifiesta de manera distinto, sin que con ello queramos decir que la vida de un rico vale más que la de un pobre. Es solo que el rico tiene más que sacrificar a cambio de su vida y sus alternativas de opción, siendo mayores, le permiten una mayor gama de posibilidades.

Si trasladamos la valorización de la propia vida a situaciones más realistas que la pregunta «¿Cuánto pagarías para no dejarte matar?» veremos que el efecto ingreso también se pone de manifiesto. Las personas, a lo largo de nuestra vida, realizamos distintas inversiones para proteger nuestra vida, para hacerla más larga y saludable. Por ejemplo acudimos a realizarnos exámenes médicos periódicos, contratamos seguros de salud, adquirimos automóviles más seguros o compramos productos que brindan más garantías.

La capacidad de asumir costos adicionales para reducir nuestra posibilidad de morir o para proteger nuestra salud está en relación directa a nuestra capacidad financiera. Es de esperar que los pobres gasten menos en ello de la misma manera como es de esperar que gasten menos en alimentos, compren ropa de inferior calidad, construyan casas más baratas o viajen menos al extranjero. El «efecto ingreso» determina que su vida (valo-

rada como la posibilidad de invertir en aumentar la seguridad de seguir viviendo) sea considerada menos valiosa por él mismo. Solo existe una posibilidad de cambiar ello, y ello es aumentando su ingreso. Los «productos basura» que generen, por ejemplo, un mayor riesgo a la salud, son la simple expresión de ello.

Lo grave es que prohibir esos productos por el mero hecho de no tener una calidad adecuada es condenar al pobre al no consumo, o al consumo clandestino, que en términos económicos y de bienestar social es peor que el consumo de baja calidad.

Bajo los determinantes del «efecto ingreso» la decisión de compra de «productos basura» es una decisión racional y conciente. Quien compra bienes en paraditas en las que no se ofrecen todas las garantías es, en la mayoría de los casos, conciente de lo que compra. El consumidor, por medio de su experiencia de mercado, ha ido paulatinamente identificando los pros y los contras de esos productos. Si sigue consumiéndolos es por que, dado su nivel de ingreso, constituye una opción racional. Pensar que el Estado puede decidir mejor que él y privarlo de la posibilidad de consumir lo que vienen consumiendo carece por completo de sustento fáctico y real.

Los riesgos que el consumidor asume cuando adquiere productos de baja calidad suelen ser riesgos concientes que son compensados por una reducción en el precio respecto del producto que ofrece todas las garantías. Cualquiera sabe que comprar un enlatado en un ambulante plantea más riesgos que comprarlo en una cadena de supermercados. Ello no quiere decir que quienes compran a ambulantes son unos ignorantes o unos locos. Solo quiere decir que realizan una elección coherente a la luz de los niveles de escasez de ingresos que enfrentan y que los llevan a asumir más riesgos.

Pero incluso en el supuesto que uno pensara que los consumidores pobres no son racionales, cabe preguntarse si ello justifica la intervención estatal para sustituir su capacidad de decisión. Un mercado moderno debe basarse en la libre elección. La gente, nos guste o no, debe ser libre de cometer errores si es que queremos que pueda tener aciertos. En el mercado la racionalidad se va forjando en un proceso de «ensayo-error» continuo en el que la libertad es la única garantía del respeto de la autodeterminación individual. Por ello la simple prohibición de los productos basura por el hecho de ser tales no solo es un atentado contra el sentido común, es un atentado contra el principio de libertad individual y el de autonomía privada.

En este contexto es importante definir hasta donde llega el rol del Estado en el campo de la protección al consumidor.

En los últimos tiempos ha sido común oír hablar de «productos bamba» como sinónimo de «productos basura». A pesar de que quizá nos este-

mos refiriendo a términos poco técnicos, creo que son bastante gráficos respecto al problema que tratan de definir. Asimismo creo que hay diferencias importantes entre ambos conceptos.

Aparentemente los dos términos se referirían a aquella categoría de productos de baja calidad que es común encontrar en el mercado peruano. «Bamba» alude sin embargo, a un concepto más específico. Algo «bambeado» es algo falsificado, algo que no responde a las características ofrecidas. Quizás el caso más claro es el de los productos que utilizan marcas que nos les corresponden. De hecho esa parecería ser, dentro de la jerga nacional, la acepción que se ajusta más a lo que la gente entiende por dicha denominación.

Como todos sabemos en el Perú existe una importante actividad de falsificación de productos. Esta falsificación puede o no ir ligada a la baja calidad de los bienes. Es común, por ejemplo, que en productos de belleza, champú, reacondicionadores, perfumes, licores, etc., se utilicen envases descartados de productos legítimos para ser rellenados con sustitutos de baja o pésima calidad. Por el contrario en otras áreas la calificación del control del producto es más discutible. Por ejemplo en textiles se pueden encontrar con marcas pirateadas tanto productos de muy baja calidad como productos de buena calidad a los que se le ha añadido un signo distintivo de manera ilegítima.

El problema que plantean los productos bamba, que no necesariamente son los mismos que los de la categoría productos basura es el uso ilegítimo de elementos de propiedad industrial sin autorización de los titulares correspondientes. Lo que se está produciendo en tal supuesto es una vulneración de los derechos de propiedad de la empresa o persona titular del signo distintivo, y la acción de las autoridades en tal supuesto se justifica en la defensa de tal derecho, sin perjuicio de que esto esté o no afectando al consumidor.

Sin embargo, normalmente, los productos bamba generan confusión en el consumidor que muchas veces no puede distinguirlos de los productos legítimos. Hay casos en que el consumidor es conciente de que compra un producto sin marca legítima o con un alto riesgo de que sea así. Incluso se ha llegado a detectar el caso de prendas de vestir con signos distintivos removibles e intercambiables a través de un sistema de «pega-pega» en el que el consumidor mismo puede cambiar la marca de la prenda teniendo un juego de signos distintivos que adquiere junto con ella. En tal supuesto es evidente que el consumidor no ha sido engañado. Sin embargo, en la mayoría de los casos la información que tendría que obtener el consumidor para discriminar el producto falsificado del que no lo es puede ser alta, y como consecuencia de ello puede generar distorsiones en el mercado.

Debemos destacar, sin embargo, que la acción del Estado no se basa en estos casos en la calidad o no del producto sino en la defensa de un signo distintivo, por una parte, y en el suministro de información inexacta al consumidor, en la otra. El problema es que las marcas y demás signos distintivos son mecanismos de reducción de costos de transacción por la vía de ser continentes de información relevante para los consumidores. El prestigio de una marca se plasma en el signo distintivo que lo representa y con ello la marca informa al consumidor sobre las calidades, garantías y características que puede esperar de un producto. El producto «bamba» no solo viola un derecho de propiedad sino que transfiere toda esta información de manera equivocada al consumidor.

El problema en tal supuesto no es la calidad en sí misma sino la información brindada a los consumidores. Y es que como veremos más adelante la información constituye el elemento clave de las acciones de protección al consumidor.

Es por ello importante distinguir la problemática del producto «bamba» de la problemática del «producto basura». El primero puede constituir una preocupación para el adecuado funcionamiento del mercado. El segundo es solo una opción que el mercado podría estar produciendo dadas las características de la demanda en un mercado determinado. Mantener la distinción es importante para tener claro la necesidad o no de acción estatal en ese campo. Como veremos mas adelante, sin embargo, las acciones de oficio deben ser tomadas como un último recurso y no como una forma usual de acción del Estado.

No todos los problemas de información asimétrica son consecuencia de la falsificación de productos. En ocasiones el consumidor puede estar recibiendo información inadecuada sin necesidad que el proveedor del bien esté utilizando un signo distintivo de manera ilegal. Como sostuvimos anteriormente la problemática de la protección al consumidor se centra en un problema de información asimétrica entre el proveedor y el consumidor. Deben quedar descartadas políticas de control de calidad, por las mismas razones por las que se descartan políticas de controles de precios: En una economía de libre mercado corresponde a las leyes de oferta y demanda qué se produce, cómo se produce y a qué precios. Sin embargo la información insuficiente e imperfecta puede conducir a una ineficiente asignación de los recursos.

Si un consumidor adquiere un bien que requiere ciertas instrucciones mínimas de uso que no le son proporcionadas por el proveedor y como consecuencia de ello sufre un daño, la pregunta es quién debe asumirlo. La respuesta debe enfocarse por el lado de quién podría tomar precauciones a un menor costo. Y en este caso los menores costos están vinculados a la

disposición de la información relevante sobre el uso adecuado del bien. Evidentemente un proveedor que tiene experiencia con el bien que fabrica está en mejor capacidad para ordenar y procesar esa información y ponerla al acceso del consumidor por medio de un manual de instrucciones. En consecuencia al hacer responsable al proveedor por los daños ocasionados se estará generando incentivos para que éste suministre dicha información al consumidor y se eviten así los daños ocurridos.

Lo mismo podría decirse respecto de la calidad de los bienes. En términos teóricos podría decirse que el proveedor deberá transmitir al consumidor toda la información referida a la calidad y características del producto, de manera que este pueda realizar una comparación adecuada de precio y calidad. Lo que ocurre es que en la práctica ello no es posible. El proveedor debería informar al consumidor sobre los materiales que usa, el proceso productivo que aplica, el nivel de calificación de sus trabajadores, la tecnología de la que dispone, etc. No es difícil imaginar lo complicado que sería para un comprador de un simple par de zapatos, una camisa o una lata de sardinas, recibir, procesar, entender y usar de manera útil toda esa información. Quizás le haríamos más un daño que un beneficio.

Y es que el problema real es que suministrar toda esa información y procesarla para utilizarla como mecanismo de decisión, tiene un costo. Desde la impresión de envases, manuales o etiquetas, hasta las horas hombre consumidas tanto por el proveedor como el consumidor para ordenar y utilizar toda esa información, implica un gasto que, como cualquier otro costo vinculado al producto, termina siendo asumido por el consumidor. Por eso intervenir exigiendo estándares de información exagerados no sólo podría no beneficiar al consumidor, sino incluso perjudicarlo.

Cuando hablamos de «productos basura» probablemente también nos estemos refiriendo a «información basura» como la disponible en favor del consumidor. La mayoría de productos basura ni siquiera cuentan con envases o etiquetas donde imprimir la información, por que cuando la escasez de recursos es extrema, hasta en ello es bueno ahorrar. Los manuales o las advertencias son extrañas en ese tipo de productos. Y si lo que se pretende es brindar información sofisticada, es posible que esta termine resultando total y completamente inútil.

Ante esta disyuntiva el problema de cuál es la información exigible a proveedor se convierte en un problema igual de trágico que el de controlar la calidad de los productos en sí. Si regresamos al ejemplo de los zapatos de cartón antes mencionado, cabe preguntarse si el proveedor debió anunciar su producto indicando el material del que estaban hechos. Aceptarlo implicaría que también debió informar sobre la calidad, ancho y características del hilo usado para cocerlo y la resistencia de la cola con la que se pegaron.

Debería también decir qué tipo de pasadores utilizaba y quizás debamos exigir que siempre diga cuál es la duración estimada de su producto en condiciones normales o una advertencia que diga «No usar cuando llueve». Cumplir con todos esos requerimientos hubiera elevado considerablemente el costo de los zapatos en perjuicio del propio consumidor.

En los puntos siguientes vamos a someter este diagnóstico preliminar a una «prueba ácida» basada en algunos conceptos aportados por el AED, a fin de determinar si esta hipótesis de menor intervención estatal en mercados en países pobres tiene o no fundamento.

## VIII. LO QUE DIRÍA PARETO

Hemos dicho que las alternativas dirigidas a eliminar a rajatabla los «productos basura» llevan a resultados ineficientes y tienen consecuencias redistributivas negativas para los sectores de menores ingresos.

En primer lugar vamos a analizar la ineficiencia de la medida. Para ello usaremos como herramienta los aportes ya citados numerosas veces de Wilfredo PARETO.

Como ya se ha visto, según PARETO, una situación será óptima si no es posible mejorar la situación de alguien sin empeorar necesariamente la situación de otro. Esto quiere decir que los recursos disponibles han sido usados de manera tan eficiente que toda mejora individual tiene una consecuencia necesariamente redistributiva, pero no mejora la situación en términos sociales o agregados. Este principio, conocido como el Optimo de PARETO, permite a los economistas identificar una situación ideal bajo la cual se ha alcanzado una autentica eficiencia económica.

Como también hemos visto PARETO nos permite además identificar cuando una situación nueva es mejor que una situación anterior. En términos paretianos, una situación es mejor que la anterior cuando alguien ha mejorado y nadie ha empeorado. Bajo tal circunstancia el cambio de situaciones nos ha hecho ganar algo en eficiencia, es decir que la nueva situación es más eficiente que la anterior. Este es conocido como el criterio de PARETO[35].

---

35. Para una mejor y más detallada explicación de estos criterios consultar (Juan TORRES LÓPEZ. *Análisis Económico del Derecho.* Tecnos: Madrid, 1987, pp. 30-34; Santos PASTOR. «Una Introducción al Análisis Económico del Derecho». En: *Hacienda Pública Española*, Madrid, 1984, N.º 89, pp. 158-160; COOTER y ULEN. *Law and Economics*, Harper Collins: 1988, pp. 16-18, 44-45, 49-50, 229-232, 497-499; MISHAN, E.J. «Pareto Optimality and the Law». *Oxford Economics Papers*, 19, pp. 247-287, citado por TORRES LÓPEZ, *Ob. cit.*,).

Finalmente, según KALDOR y HICKS, una situación nueva también es mejor que una anterior si quienes han mejorado lo han hecho en un grado mayor de lo que lo han empeorado aquellos que terminan estando peor. Así, los que han ganado con el cambio lo han hecho en un grado mayor que quienes han perdido con el cambio[36].

Regresemos al ejemplo de los caramelos usado en el primer capítulo de este libro. Como se recordará teníamos encerrados en un cuarto a cuarenta personas. Asimismo, los únicos bienes existentes son 20 caramelos de fresa y 20 caramelos de limón. Estos han sido distribuidos entre los ocupantes del cuarto al azar, esto es sin utilizar como criterio el gusto de las personas por un sabor u otro. Así resultan con caramelos de fresa algunas personas que hubieran preferido caramelos de limón, y con caramelos de limón algunos que hubieran preferido caramelos de fresa.

Si un amante de la fresa tiene un caramelo de limón, ofrecerá a un amante del limón un trueque por un caramelo de fresa. Ambos aceptarán, mejorando la situación en la que se encontraban. Los dos han mejorado y nadie ha empeorado. Según el criterio de PARETO la situación resultante es más eficiente que la anterior, aunque debe reconocerse que es una situación subóptima, es decir que aún es posible que algunos sigan mejorando sin empeorar la situación de otros[37].

---

36. En realidad KALDOR y HICKS nos dicen algo que es prácticamente obvio. Lo que ocurre es que las definiciones paretianas son más precisas, por que cuando se presenta una situación en la que alguien ha mejorado y nadie a empeorado tenemos la certeza de que la sociedad en su conjunto esta mejor. En cambio cuando alguien ha mejorado y otro ha empeorado, no es sencillo ni certero saber si la mejoría es superior al detrimento. Ello por que mejorías y detrimentos obedecen principalmente a preferencias subjetivas de las personas, algo que para el observador es muy difícil, sino imposible, de identificar en numerosos casos. Por eso es que penamos el robo y permitimos el contrato. Un ladrón no podría eximirse de culpa si es que demuestra que aprecia subjetivamente la pintura robada más de lo que la apreciaba su anterior propietario. Ello depende de cuanto aprecia el arte uno y otro. No se puede descartar la hipótesis de que el robo pudiera ser eficiente, pero no lo aceptamos, entre otras razones, por que no hay forma de llegar realmente a demostrarlo. Pero si el mismo cuadro es vendido, sabemos que su comprador está mejor (porque sino, no hubiera realizado el gasto) y el vendedor está mejor (porque sino, no hubiera recibido el precio a cambio de la pintura). Los dos han mejorado y nadie ha empeorado, por lo que el contrato debe ser respetado al constituirse una vía para llegar a la eficiencia.

37. Según KALDOR y HICKS el robo del caramelo podría maximizar la eficiencia aún más, pero el juez que deba decidir la controversia tendría que tener medios para determinar que el ladrón ama un sabor más que la víctima del robo. En todo caso, se ha asumido que las preferencias son estándares entre todos, con lo que tal posibilidad queda descartada en el ejemplo colocado.

Si los ocupantes de la habitación, disconformes con el sabor que les tocó, siguen realizando trueques, irán paulatinamente aumentando la eficiencia. Llegará sin embargo un momento en que ya no será posible mejorar más. Un grupo de amantes de caramelos de limón o un grupo de amantes de caramelos de fresa se quedarán con sabores no deseados por ellos[38]. Ya no será posible que nadie mejore, salvo que empeore la situación de otro (por ejemplo quitándole un caramelo a otra persona). Estaremos entonces frente a una situación óptima, en términos de PARETO. Ello no implica que todos estén contentos. Algunos se han quedado con sabores que no les gustan. Sin embargo, dados los recursos existentes, se ha logrado la mejor distribución posible, maximizándose el bienestar individual y con ello el del grupo en su conjunto[39].

Si el Estado interviene en este juego puede crear distorsiones. Si considera que quienes tienen caramelos de limón están equivocados porque los de fresa son más sabrosos (los de limón serían una suerte de «producto basura»), y por tanto impide a los amantes del limón entregar en intercambio sus caramelos de fresa, estará creando una distorsión que reducirá la posibilidad de los agentes involucrados de ganar en eficiencia. Si considerara que algunos de los ocupantes del cuarto son tontos y por ello no les permite participar en el intercambio para evitar que sean víctimas de los inteligentes, estará también estorbando la eficiencia, o lo mismo, generando desperdicio, desperdicio que precisamente conduce a la pobreza. Nótese que si en el mercado un consumidor elige comprar un «producto basura», debemos presumir que ello mejora tanto su situación como la del proveedor que se lo vende, salvo, claro esta, que por alguna falla de mercado esté produciendo una mala asignación de los recursos existentes, tal como analizaremos más adelante.

En el fondo de estos conceptos descansa un justificativo ético, que podríamos identificar con uno de los conceptos de justicia, como bien dice el célebre contractualista norteamericano Alan SCHWARTZ:

> «Por justicia entiendo dos cosas. Un aspecto (...) se deriva de las premisas utilitarias y básicamente sostiene que los resultados justos son los que

---

38. Salvo que existieran 20 amantes de la fresa y 20 amantes del limón. Pero si los números no coinciden con el número de caramelos disponibles de cada sabor, entonces siempre habrá un grupo disconforme entre los que amaban el sabor de mayor preferencia.

39. Nótese además que estamos asumiendo que la preferencia por un sabor es estándar. En la práctica pueden haber algunos amantes del limón que deseen mucho más dicho sabor que otros amantes del mismo sabor. Pero para simplificar el ejemplo hemos asumido que la preferencia se da en el mismo grado entre todos los que quieren un sabor determinado.

> surgen cuando se permite a las personas hacer lo mejor que pueden, dadas sus circunstancias. Esto es porque (...) las personas son los mejores jueces de aquello que maximiza su propia utilidad; en consecuencia, dejando que ellos realicen elecciones sin restricciones es más probable maximizar la utilidad para el individuo y para la sociedad en su conjunto. El segundo aspecto de la justicia, que discutiré brevemente más adelante, es la justicia considerada como distribución equitativa. (...)

Quisiera iniciar esta discusión sobre el derecho de los contratos usando el primer concepto: esa noción utilitaria y kantiana que señala que resultados justos resultan de dejar a las personas hacer las cosas lo mejor que ellas puedan[40].

El dejar que las personas decidan lo mejor para ellas constituye, además de un medio para mejorar la situación de la sociedad, un imperativo ético, por lo menos para quienes creen en la libertad como medio para alcanzar la auténtica dignidad. Por ello el punto de partida es que se debe respetar la posibilidad de elección de los individuos, salvo situaciones muy excepcionales.

## IX. LO QUE DIRÍA COASE

Regresando a nuestro ejemplo de los caramelos, pueden darse casos en que no es posible que el intercambio funcione plenamente. Como hemos analizado en otro capítulo, si en lugar de existir 40 ocupantes en el cuarto, existieran 400,000, sería mucho más difícil que se llegue al óptimo de PARETO. La habitación debería ser muy grande y estaría muy congestionada y llegado un punto el poseedor de un caramelo de fresa, deseoso para cambiar su caramelo por uno de limón, tendrá dificultades para ubicar a aquel otro ocupante que detesta el sabor a cítrico. Puede ser que alguna persona no haya nunca probado un sabor o el otro, con lo que carece de información suficiente sobre si desea o no cambiar su caramelo. Podríamos no estar

---

40. SCHWARTZ, Alan. «Justice and the Law of Contracts: a Case for the Traditional Aproach». En: *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 9, N.º 1, p. 107. Según indica el mismo autor en una nota a pie de página del texto citado, el utilitarismo justifica la autonomía de la voluntad en la contratación si uno acepta el punto de vista según el cual las personas son los mejores jueces sobre que maximiza su utilidad si es que consideramos que dicha utilidad se maximiza dejando a las personas celebrar los contratos que eligen y ejecutarlos. El pensamiento kantiano justifica la autonomía privada en la contratación porque sostiene que la autonomía de la persona debe ser respetada permitiéndose que aflore libremente. Un aspecto de esta autonomía es la realización de transacciones que una persona cree redundará en su mejor o mayor interés.

hablando de caramelos, sino de bienes más complejos, en lo que es difícil conocer las características y como estas se ajustan a las preferencias de cada uno, tales como automóviles, seguros de vida o medicinas.

Los ejemplos mencionados se refieren a la existencia de costos de transacción elevados. Así, el número de agentes, la falta de experiencia de mercado o la complejidad o desconocimiento de las características de un bien pueden dificultar la contratación y con ello restringir la posibilidad del mercado de alcanzar la eficiencia. Esto puede desembocar o en la no celebración de contratos que sería eficientes o en la celebración de contratos en términos ineficientes. Estos problemas pueden a su vez generar divergencias entre el costo privado y el costo social de una actividad, es decir externalidades.

PIGOU sostenía que solo cabe resolver la divergencia entre le costo privado y el costo social mediante la intervención del Estado. Así, el Estado debe gravar con impuestos o prohibir actividades que generen externalidades a fin de corregir los defectos del mercado.

La similitud entre la tesis de PIGOU y la de aquellos que reclaman una mayor actividad estatal para controlar los «productos basura» o de baja calidad es evidente. En el fondo la tesis es que los consumidores son víctimas de externalidades generadas por una mala calidad de los productos. Se genera así una divergencia entre el costo social causado por los productores de estos bienes, y que en parte es asumido por los consumidores, y el costo privado de la actividad productiva, que es asumido por el proveedor del bien o servicio. Ello conduce a que se produzcan más bienes y por ende más daños de los que son socialmente deseables.[41] Sin embargo, tal como ya hemos visto, según COASE es totalmente inexacto sostener que la divergencia entre el costo privado de una actividad y su costo social deba ser

41. Para quienes consideran que el rol del Estado, a través de las agencias regulatorias, es el de reemplazar la decisión del consumidor, es importante recordar el nombre de uno de los más celebres seguidores de PIGOU de la historia, el Presidente de los Estados Unidos Franklin Delano Roosevelt y su celebre New Deal. Como nos recuerda SUNSTEIN (*Ob. cit.*, p. 6) las reformas del New Deal fueron el fundamento de la orientación que dio el gobierno a las agencias regulatorias en los Estados Unidos hasta la elección del Presidente Ronald Reagan. Incluso durante los años 60s y 70s estas agencias creadas al amparo del New Deal se reforzaron o se multiplicaron, habiendo sido diseñadas «*(...) para protegernos de los maltratos a la vida, a la salud y a la seguridad de los productos de consumo, los centros de trabajo y sobre todo el medio ambiente en general*». Estas agencias norteamericanas no estuvieron sujetas a un estricto análisis sobre los costos y beneficios de su acción. Los pigounenses parecerían buscar repetir la experiencia americana y convertir al INDECOPI en una agencia «New Dealiana».

resuelta siempre a través de la intervención de Estado. COASE sostiene que todo depende de la existencia o no de costos de transacción.

Por ejemplo, veamos el caso de responsabilidad por productos defectuosos. Si una persona compra un producto con el conocimiento de que le puede causar cáncer, entonces no importará, bajo la primera formulación del Teorema de COASE, la regla legal que se adopte para llegar a la solución eficiente. El hecho de que él conociera el riesgo equivale a afirmar que los costos de transacción respecto al riesgo de cáncer son bajos[42]. Si el consumidor valora el bien en S/. 100, el precio es de S/.50 y la posibilidad de sufrir cáncer tiene un costo esperado de S/. 30[43] será eficiente que compre el producto pues los costos son inferiores a los beneficios. Si la regla legal fuera que el productor no es responsable por los daños que cause su producto, entonces el consumidor consideraría que el bien le cuesta S/. 90, es decir el precio más el riesgo de contraer cáncer, y por tanto lo consumiría. Si la regla legal fuera que el productor es el responsable de los daños, este trasladaría al precio la responsabilidad en que incurriría, con lo que el nuevo precio sería de S/. 90. El consumidor igual adquiriría el bien pues su costo es inferior a la valorización que tiene del mismo. Nótese que en ambos casos se llega a la solución eficiente[44].

---

El enfoque regulador peruano es diferente. El INDECOPI fue creado para promover la competencia, y por dicha vía garantizar el libre ejercicio de las facultades de elección de los agentes económicos, incluidos los consumidores. Su forma de actuación debería incluir un continuo análisis costo beneficio de sus acciones. Sin embargo en los últimos cinco años se estaría convirtiendo en una agencia «New Dealiana» o «pigounense», y no en un ente orientado a promover la competitividad y el protagonismo de los proveedores y consumidores en el mercado.

Quizás el atribuir a PIGOU todos estos males contiene un exceso de dureza. Podemos encontrar mayor responsabilidad sobre estos males en las propuestas de KEYNES. Sin embargo, la referencia a PIGOU persigue contrastarse con la visión de Ronald COASE, a las que nos adherimos.

42. Esto es que existe información adecuada que permita incorporar el riesgo al sistema de precios.

43. Es decir la posibilidad de sufrir cáncer multiplicada por la magnitud total del daño si sufriera de la enfermedad.

44. Esta formulación de Teorema de COASE explica las bases conceptuales económicas de la autonomía privada, la libertad de contratar y la libertad contractual. La atmósfera contractual es una donde es de esperar que los costos de transacción sean bajos, pues las partes se conocen, pueden negociar entre ellas y obtener información relevante sobre el bien o servicio objeto del contrato.

Si cambiamos la preferencia del consumidor llegamos también a un resultado eficiente con prescindencia de la regla legal. Si el consumidor solo valorizara el bien en S/. 70 será eficiente que no compre un bien cuyos costos totales (S/. 90) superan sus beneficios (S/. 70). Si no hay responsabilidad, el consumidor bien informado añadirá al precio (S/. 50) el riesgo de cáncer (S/. 40), lo que arrojará un costo total de S/90 que lo desincentivará de comprar. Si el productor es responsable trasladará el costo de su responsabilidad al precio, el que terminará siendo de S/90. Nuevamente el consumidor no comprará por que el bien le cuesta más de lo que vale para él (que es solo S/.70).

Como sabemos, la segunda formulación del Teorema de COASE establece que si los costos de transacción son significativos, sí importará la regla legal para llegar a una solución eficiente. Para asumir que los costos de transacción son altos imaginaremos que el consumidor no conoce el riesgo de contraer el cáncer o, en todo caso lo subestima. Si valoriza el bien en S/ 100 lo eficiente es que lo compre. Si el precio es de S/.50 comprará el bien así no haya responsabilidad del fabricante. Para su fortuna el riesgo existente, y que desconoce, no hace que el costo supere su valorización, con lo que comprará el bien. Si existe responsabilidad del productor, el precio subirá a S/. 90, con lo que continuará comprando el bien. En ambos casos se llega a la solución eficiente, aunque en uno de ellos (el primero) esto es producto de la suerte.

Pero si la valoración del consumidor fuera de solo S/. 70 las reglas pueden llevarnos a resultados distintos. Si no hay responsabilidad el consumidor comprará el bien pues cree que solo cuesta S/. 50 al no considerar el riesgo de S/. 40 que está asumiendo. El resultado es ineficiente, pues tenemos un consumidor asumiendo un costo de S/. 90. por un bien que solo valoriza en S/. 70. Por el contrario la regla inversa, es decir que exista responsabilidad, si nos lleva a una solución eficiente. Los S/. 40 de riesgo se sumarán al precio, con lo que el consumidor no comprará un bien que solo valoriza en S/. 70. En tal supuesto (costos de transacción altos respecto del riesgo existente) la elección de la regla legal correcta si hace la diferencia entre la eficiencia y la ineficiencia[45].

---

45. La segunda formulación del Teorema nos muestra las bases conceptuales de la exoneración de responsabilidad al productor que advirtió el riesgo adecuadamente el consumidor. Así el consumidor asume un riesgo que, al haberle sido advertido, hace que los costos de transacción en dicho mercado bajen respecto a la información sobre peligros del producto. Para un ejemplo aún más gráfico de la aplicación del Teorema de COASE a la responsabilidad por productos, puede revisarse POLINSKY, Michaell. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Ariel: Barcelona, 1985, pp. 112-122. Allí analiza los problemas de riesgos ocultos o conocidos respecto a la producción de bebidas gasificadas.

La diferencia entre los «cousianos» y los «pigounenses» es evidente. Los segundos plantean, que todo problema de externalidades exige la intervención del Estado para corregirla. Por el contrario los primeros discriminarán entre aquellas situaciones en las que se justifica algún tipo de intervención, por que existen costos de transacción altos, de las situaciones en que dicha intervención es innecesaria porque el mercado está en mejor actitud de corregir el problema.

El tema es entonces determinar si en el caso de los «productos basura» existen costos de transacción lo suficientemente altos como para justificar la intervención del Estado, o si las condiciones de mercado, mediante la experiencia de los consumidores, la información disponible y el proceso de ensayo-error continuo, nos llevarán a una solución adecuada. Si la mala calidad de un producto puede ser identificada y corregida por los consumidores en el mercado, dados los bajos costos de transacción existentes, entonces la intervención de las autoridades estatales se hace innecesaria. Por el contrario si los costos de transacción no permiten corregir el problema, y solo en dicho caso, el Estado debe intervenir.

## X. EL ENFOQUE DEL PROBLEMA DESDE LA DEMANDA Y DESDE LA OFERTA.

Uno de los problemas de la tesis de los intervencionistas sobre los «productos basura» es que plantean sus cuestionamientos desde la perspectiva de la oferta de tales bienes. Para ellos la pregunta con la que pretenden atormentar a las autoridades es ¿Cómo es posible que se vendan dichos bienes? La respuesta que ellos mismos dan es que en todos los casos esos bienes son consecuencia procesos productivos llevados a cabo por bandas criminales o cuasi-criminales, dirigidas a estafar a incautos. En tal supuesto grandes masas de la población acuden al mercado a comprar toneladas de estos productos sin advertir nunca que son continuamente engañadas. Así compran productos de mala calidad que se destruyen o pulverizan al primer uso, y luego regresan al mismo mercado y vuelven a comprar para volver a verlos destrozarse ante sus ojos, y así sucesivamente hasta el fin de los tiempos. La conclusión inevitable de tal razonamiento es que el Estado no hace nada para evitar que se vendan esos productos, con lo que se convierte en cómplice de dichos crímenes.

Pero si uno cambia la óptica de la pregunta puede comprender porque se pierde la perspectiva del problema. Si uno se pregunta ¿Por qué los consumidores compran esos bienes? Descubrirá que los problemas de oferta pobre pueden explicarse como consecuencia de una demanda pobre.

Nótese que estos productos de mala calidad son relativamente comunes en los mercados. A dichos mercados acuden una y otra vez los consu-

midores y vuelven a adquirir esos productos. Toda decisión de consumo responde a dos coordenadas: (1) una preferencia del consumidor y (2) una limitación presupuestaria.

La preferencia del consumidor indica qué es lo que el consumidor desearía tener o adquirir para satisfacer una necesidad. Si requiere vestido su necesidad y sus gustos se inclinarán por determinado tipo de ropa. Si desea comer será el hambre y su afición por determinado plato lo que orientará la conformación de su menú. Si requiere transporte buscará una alternativa para cumplir tal fin.

Pero las preferencias no se ejercen en el vacío, sino en una realidad concreta. No podemos adquirir siempre lo que quisiéramos adquirir, porque estamos sujetos a una limitación presupuestaria. No todos comen carne todos los días o tienen automóviles propios o pueden comprar su ropa en New York o París. Las personas nos vemos forzadas a limitar nuestras preferencias a lo que nuestro bolsillo puede comprar.

Ahora, cuando la limitación presupuestaria es muy aguda, nuestras preferencias se van paulatinamente ajustando, pudiendo llegar al extremo de tener que tomar decisiones trágicas (como por ejemplo escoger cuál de nuestros hijos no va a tomar desayuno una mañana). Nadie discute que todos quisiéramos lo mejor para nosotros mismos, pero ello rara vez es posible de cumplir, menos en un país con grandes sectores en situación de pobreza.

El problema de los «productos basura» no es en principio un problema de oferta, sino de demanda. Estos productos existen porque existe un segmento de la población que los demanda y necesita. Si bien se dan ocasiones en las que ciertos proveedores actual dolosamente, no puede considerarse que ello es la regla. El problema no es propiamente la calidad, sino la pobreza. Reformas económicas inteligentes deben buscar mejorar la situación del ingreso de los sectores más pobres, y una vez que se logren esos objetivos, seremos testigos de cómo irán desapareciendo o reduciéndose los volúmenes de producción de baja calidad[46].

---

46. Un ejemplo bastante gráfico es el fenómeno que se viene dando en los supermercados. Inicialmente, en 1992 sólo un 8% de la población compraba abarrotes en supermercados, mientras que el resto los compraba en distintos establecimientos. Estos productos son (cuando son comprados en supermercados), en términos de precios, más caros, pero brindan una mayor garantía y mejores servicios. En 1996 esta cifra había aumentado a 13% lo que demuestra no sólo un cambio de preferencias, sino una mejora del ingreso de ciertos segmentos que permite pagar los costos adicionales de la garantía y la calidad. Por otro lado, las ventas de las cadenas de supermercados aumentaron, de 1992 a 1996, en 20% aproximadamente. Esto refleja la mejora de los ingresos en ciertos segmentos de la población. (Ver Agenda SAE — Servicio de Asesoría Empresarial. Apoyo: Lima, setiembre, 1996, p. A.9.) Actualmente la cifra supera el 30 %.

Un tema clave en esta discusión es si los mercados están o no trabajando de manera adecuada al generar «productos basura» y si los costos de transacción en dichos mercados permiten o no una adecuada asignación de los escasos recursos existentes.

Es importante que la perspectiva de análisis no puede partir de uno o dos casos individualmente considerados, sino del funcionamiento del mercado en su conjunto. Como bien dicen SCHWARTZ y WILDE:

> «(...) las objeciones normativas a ejecutar contratos celebrados por consumidores informados de manera imperfecta son generalmente injustificadas cuando tales contratos se refieren a bienes intercambiados en mercados competitivos. Una decisión para intervenir regulando los contratos o requiriendo se suministre más información no puede, en consecuencia, sustentarse en la demostración de que un número apreciable de consumidores se encuentran desinformados; por el contrario, la pregunta normativa debería ser cuándo la existencia de información imperfecta produce precios y términos no competitivos»[47].

Estos mismos autores sugieren que los errores que normalmente se cometen en el análisis convencional que se hace de los problemas de información asimétrica en el mercado son dos:

> «(...) el análisis suele fallar en establecer directivas a quienes deben tomar las decisiones legales sobre cuales son las ocasiones y métodos apropiados de intervención legal, y se focaliza de manera incorrecta en individuos antes que en los mercados en los que estos compran»[48].

Si uno analiza las críticas formuladas descubrirá que encajan exactamente en las observaciones que los autores citados hacen a lo que llaman el análisis convencional. No se indica cuál es la manera correcta de regular. Se limitan a decir que se debe hacer algo, pero sin decir qué es específicamente lo que se debe hacer ni decir tampoco cómo se debe hacer (qué medidas tomar, en qué casos sancionar, qué operativos o fines priorizar, etc.). Pero sobre todo, y allí está el error principal, perfilan un análisis partiendo del consumidor individual, y no del funcionamiento o no de los mercados de manera competitiva.

De manera similar se pronuncian BEALES, CRASWELL y SALOP al indicar que:

---

47. SCHWARTZ, Alan y Louis L. WILDE. «Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: a Legal and Economic Analysis». En: *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 127, 1979, p. 631.

48. *Ibídem*, p. 635.

> «La información ha sido tradicionalmente vista como algo que los consumidores tienen o no tienen, y si no la tienen la única solución es (...) dársela. De manera similar, la decepción que pueden sufrir los consumidores ha sido vista como algo indeseable por definición, siendo la respuesta adecuada a tal decepción (obviamente) eliminarla.

Aunque estas afirmaciones podrían ser ciertas tal como han sido formuladas, pierden de vista muchas de las complejidades envueltas en las formas en que la información es comunicada a los consumidores y las formas en las que los consumidores (y los mercados) responden»[49].

En los puntos siguientes demostraremos que no existen razones para pensar que los productos basura estén funcionando en mercados que no se estén comportando de manera competitiva. Por el contrario los problemas detectados son consecuencia de una situación de ingresos reducidos, y no de falta de información adecuada o costos de transacción significativos.

## XI. LOS PRODUCTOS COMO «PAQUETES DE ATRIBUTOS»

Normalmente, cuando uno compra un bien está en realidad comprando un «paquete de bienes» o, más precisamente, un «paquete de atributos». Bajo tal perspectiva la mayoría de bienes ofrecidos en el mercado son en realidad bienes complejos, formados por un conjunto de atributos deseados por los consumidores[50].

Los productores «empaquetan» esos bienes según las preferencias y limitaciones presupuestarias de los consumidores. Por ejemplo, cuando uno compra un automóvil está en realidad comprando un paquete de bienes y atributos. La carrocería, la potencia del motor, el nivel de consumo de gasolina, la calidad de los acabados, las llantas y otros elementos son agrupados por el proveedor según el segmento del mercado (grupo de consumi-

---

49. BEALES, CRASWELL y SALOP, *Ob. cit.*, p. 491.

50. Así, según HOLDYCH y MANN (HOLDYCH, Thomas J. y Bruce D. MANN. «The Basis of the Bargain Requirement: a Market and Economic Based Analysis of Express Warranties — Getting what you Pay for and Paying for what you Get». En: *DePaul Law Review*. Vol. 45, Primavera 1996, pp. 786-787.):

    «Los productos complejos son aquellos que tienen múltiples atributos para los compradores. (...)

    La realidad de hoy en día nos ofrece productos (tanto bienes y servicios) que son complejos. Los productos se componen de una multitud de atributos. Un atributo es una característica del producto que los compradores valoran y que tiene un costo para ser producido.»

dores) al que quiere llegar. Así hay autos deportivos, autos seguros para accidentes, autos compactos, autos de lujo, autos usados, etc. Cada uno constituye un paquete de atributos distinto. A veces ciertas características se incorporan al paquete solo cuando el consumidor lo solicita: el *sunroof* o la parrilla en el techo de un auto no vienen en los modelos estándares. Ello por que no suficientes consumidores desean tales elementos, por lo que si se incorporará a los modelos estándares subiríamos el precio al añadir en el paquete bienes o atributos que los consumidores no valorizan en el nivel en que sube el costo.

Por el contrario otros atributos o bienes rara vez vienen separados del bien. Si bien es imaginable que alguien podría pedir un auto sin ruedas (porque tiene cuatro nuevas de su anterior coche) se trata de un atributo que normalmente es deseado por los consumidores ya incorporado al vehículo. El deseo de algún consumidor idiosincrásico no justifica la creación de esa diferencia.

Otros atributos que se «empaquetan» son las calidades y los términos de los contratos (garantías, responsabilidades del producto, ofertas, etc.). Uno puede comprar un carro con garantía (el paquete estándar de un auto nuevo suele incluir una, aunque los términos entre un ofertante y otro pueden cambiar) o comprar una garantía por separado (contrato de garantía o de seguro, etc.).

Como bien señalan HOLDYCH y MANN:

> «Los productos tienen atributos incorporados a ellos solo cuando los compradores valorizan tales atributos por encima del costo para el vendedor de producir tales atributos. En cuanto los compradores marginales entren al mercado y demanden las características de un atributo, el mercado proveerá tales atributos para todos los compradores del producto. Todos los compradores recibirán el atributo incluyendo a aquellos compradores que no lo conocen o no lo valorizan. Quienes adquieren casas en barrios con «mejores» escuelas, por ejemplo, pagan por ese atributo, incluso si no tuvieran hijos en edad escolar. Los no fumadores pagan por encendedores en sus carros, incluso si nunca han abierto un cenicero. El comprador de un paquete de *software* de procesador de texto paga por el thesaurus, el corrector de ortografía y otros aditamentos, sea que no conozca o no quiera utilizar uno de estas funciones»[51].

Bajo esta perspectiva, los «productos basura» son «paquetes reducidos de atributos» empaquetados de tal manera por el proveedor por que sabe que existen suficientes compradores deseosos de adquirirlo sin que se le in-

---

51. *Ibídem, Loc. cit.*

corpore ni se tenga que asumir los costos de algún atributo adicional. Elementos como la durabilidad, la resistencia, la calidad, la envoltura, el manual de instrucciones, las condiciones de producción, las garantías, la seguridad, etc., son demasiados costosos para los niveles de ingreso de ciertos sectores. De la misma manera que cuando el consumidor peruano de bajos ingresos va al mercado y con su salario solo puede llenar su canasta con pocos bienes, los productos basura son a su vez «canastas reducidas» de atributos. Forzar a los consumidores a comprar paquetes más complejos equivale a forzarlo a comprar con su sueldo canastas básicas con más proteínas. Nadie duda que sería deseable que los peruanos nos alimentemos mejor, pero si obligamos a gastar más en comida, se tendrá que gastar menos en educación, o en vestido o en salud. O lo que es peor, el consumidor no podrá comer porque la canasta que se le ofrece no está al alcance de sus posibilidades.

Otro ejemplo muy gráfico es la situación en la que alguna vez se ha encontrado el lector cuando llega la hora de almuerzo, se encuentra en la calle y solo tiene unas cuantas monedas en el bolsillo. Acudirá a un restaurante y armará su «paquete de almuerzo» según sus preferencias y posibilidades presupuestarias. Quizás tenga que sacrificar el postre, la entrada o la bebida o más de una de estas posibilidades, porque no tiene dinero para comprar un almuerzo completo. Ello no quiere decir que sea bueno que uno deje de comer alguno de los platos de almuerzo. Es solo que dadas las circunstancias, no se puede comprar un «paquete» más completo.

Definitivamente la forma como se empaquetan los atributos de un bien es un factor determinante del precio del mismo. Paquetes más caros serán descartados si paquetes más baratos existen y la diferencia de atributos entre uno y otro no es valorizado por el consumidor por encima de la diferencia de precios existente. Como señalan HOLDYCH y MANN:

> «El precio de un producto depende del paquete de atributos incorporados en el producto. El mercado establecerá cualquier precio de un producto de manera tal que la valoración o utilidad subjetiva del potencial comprador sea igual o mayor que el valor de cualquier otro paquete alternativo (costo de oportunidad), sea que el comprador prefiera o no todos los atributos en el paquete comprado. En adición el precio pagado por el comprador es igual o mayor al costo de empaquetar los atributos en el producto en cuestión»[52].

Más adelante los mismos autores señalan:

> «El precio de mercado de un producto es un índice que refleja la cantidad de atributos en un ítem particular. Un lapicero tiene un precio

52. *Ibídem,* p. 791.

> superior a otro por que tiene más atributos; una casa vale más en el mercado por que su paquete de atributos trae más satisfacción que una en apariencia casa «similar»; el mero prestigio de un automóvil incrementará su precio en el mercado. A pesar que el precio de un producto en el mercado mide el valor de los atributos incorporados en el producto, el mercado refleja el cambio en las demandas de los consumidores y en el costo de producción a través del ajuste tanto del precio del producto como de la conformación de los paquetes de atributos en los productos. Por ejemplo, durante los años 70's y los años 80's, los fabricantes norteamericanos de automóviles cambiaron los paquetes de atributos de estos bienes ofreciendo garantías más amplias, más seguridad y otros accesorios (...)»[53].

Nótese que no existe una diferencia entre forzar a los consumidores a «comprar atributos» adicionales a los deseados y comprar bienes no deseados. Es igualmente contrario al principio de soberanía del consumidor, y por tanto a su libertad, forzar a un consumidor a comprar una bicicleta con una durabilidad adicional como atributo extra que forzarlo a comprar una bicicleta cuando lo que quiere es una patineta. Por ello sugerir que las bicicletas tengan la calidad que tienen la bicicletas Peugeot es condenar a muchos niños del país a nunca tener una bicicleta.

En estos casos se produce una intervención inaceptable en la autonomía privada y en la libertad económica del individuo. Se le esté expropiando su derecho a elegir.

En principio, como veremos más adelante, el mercado genera incentivos adecuados para incluir en el bien el «paquete de atributos» óptimo y adecuado, es decir el que satisface las necesidades de los consumidores dentro del marco de sus limitaciones presupuestarias. No se trata de los consumidores individualmente considerados, sino de la actuación de los consumidores en el mercado, conformando la demanda de un determinado bien o servicio. Si bien se refieren a los términos de un contrato estándar, lo dicho por HOLDYCH y MANN es aplicable a atributos como calidad o durabilidad adicional:

> «Un proveedor en búsqueda de maximizar su ingreso neto incluirá en el formato estándar aquellos términos que sean necesarios para atraer suficientes compradores como para que el proveedor venda en número optimo de bienes, una cantidad en la que el ingreso marginal del vendedor sea igual al costo marginal»[54].

---

53. *Ibídem,* p. 792.

54. *Ibídem,* p. 815.

Lo que ocurre con productos de baja calidad es que, dadas las bajas posibilidades presupuestarias de un segmento de consumidores, estos no están dispuestos a pagarle al proveedor el costo marginal de incluir el atributo «calidad adicional» necesario para que el bien deje de ser considerado un «producto basura». La consecuencia natural es que el producto, entendido como paquete de atributos, no es deseado con atributos adicionales a los que ya contiene a un precio dado.

No se necesita mucha inteligencia para entender qué pasaría si la ley, o el INDECOPI, o cualquier otra autoridad impusieran o forzaran a incluir algún atributo adicional simplemente por el hecho de considerar, por si y ante si, este será bueno para los consumidores. HOLDYCH y MANN analizan las razones por las que un productor puede decidir (o eventualmente verse forzado) a incorporar un determinado atributo al producto:

> «La razón de que un producto esté compuesto de un paquete determinado de atributos sería una función tanto de la tecnología disponible como de restricciones legales. Los vendedores empaquetan atributos en el producto cuando esto reduce costos. Cuando el comprador va a pagar más por el producto con el atributo que sin él y cuando el incremento de precio es mayor que el costo para el vendedor de añadir el atributo al paquete, el vendedor suministrará el atributo como parte del producto. Cuando los compradores pueden añadir el atributo ellos mismos a un costo menor del que puede generar su inclusión por el vendedor, sea por una ventaja comparativa en costos o porque muy pocos compradores estarían dispuestos a pagar por la acción del vendedor, entonces los compradores adquirirán el atributo de manera separada. (...) En otras instancias, como consecuencia de políticas del Estado, los vendedores no pueden desempacar el atributo del producto. Por ejemplo, productos irracionalmente peligrosos deben ser vendidos con seguro para accidentes. Ver el Restatement (Second) of Torts, sección 402A (1965) (estableciendo la responsabilidad de los vendedores de productos por los daños físicos a los usuarios o consumidores) (...) En ambos casos, sea incorporado al producto o comprado por separado, el comprador paga por el atributo»[55].

La cita es bastante clara. No hay forma de evitar el pago adicional por el atributo. Se dirá, sin tener en cuenta la naturaleza económica del argumento, que no se pueden llamar sobrecostos a algo que es peligroso para el consumidor. Son sobrecostos. El problema no es su nombre, sino como se generan. El consumidor es libre de asumir todos los sobrecostos que desee asumir voluntariamente, y por tanto libre de no aceptarlos cuando así lo desee. Ello puede afectar a quienes producen bienes con más atributos,

---

55. *Ibídem,* p. 791, nota 42.

porque desearían que los productos sin dichos atributos no existieran para poder capturar parte del mercado de productos de menor calidad. Como no pueden hacerlo por la vía de la competencia, porque los consumidores efectivamente desean «paquetes» más modestos, pretenden que sea el Estado el que lo haga[56].

Lo peligroso de la postura de los intervencionistas es que pretenden que el sobrecosto lo imponga el Estado en contra de la voluntad del consumidor, que es quien lo paga. Tal supuesta corrección del mercado no es sino colocar un impuesto a la libertad, gravando así la simple iniciativa individual con la imposición de una condición distinta a la deseada y por la que, para colmo de males, el consumidor no quiere ni esta interesado a pagar.

## XII. ¿CÓMO FUNCIONAN LOS MERCADOS DE «PRODUCTOS BASURA»?

Habíamos visto ya que para alcanzar situaciones superiores en términos de PARETO debía dejarse en operación los mecanismos de mercado, salvo que los costos de transacción existentes (entendidos como problemas de información inadecuada) justifiquen algún tipo de acción, siendo necesario además precisar cuales deben ser los alcances de la misma.

Como bien dicen SCHWARTZ y WILDE:

> «Es generalmente aceptado (...) que la información nunca es perfecta; el reto para quienes toman decisiones legales es, entonces, caracterizar, en términos de la necesidad de intervenir, estados que se presentan en la realidad del mundo concreto y que son intermedios entre la información perfecta y la ignorancia perfecta. Esas decisiones son ahora adoptadas

56. Como ya se ha dicho antes hemos sido muchas veces testigos de acciones competitivas por parte de productores de bienes de calidad superior. En bien montadas campañas de publicidad han mostrado a los consumidores las ventajas de sus productos frente a otros de menor calidad. Esa es una estrategia correcta. Si se informa al consumidor de una ventaja y del valor de la misma, es posible que este cambie sus preferencias si valoriza la diferencia suficientemente. Pero si un consumidor, viendo dicha publicidad, desea seguir consumiendo el producto más barato, no es correcto solicitar al Estado que saque a su competidor del mercado. Si un fabricante de colchones de determinada calidad desea desplazar a todos los colchones de inferior calidad a los suyos tiene el camino legítimo de informar las ventajas de sus productos a los consumidores y convencerlos que el precio adicional a pagar vale lo que cuesta. Ahora, si con la complicidad de la autoridad estatal, se prohíben los productos de inferior calidad de los del colchonero de nuestro ejemplo, los consumidores se perjudican y el colchonero se enriquece, con algunas ventas adicionales. Pero muchas personas se quedan durmiendo en el piso. Lo que gana el colchonero es menos de lo que pierden los consumidores. En términos paretianos es un despropósito.

> en lo que puede ser descrito, diplomáticamente hablando, desde una perspectiva «impresionista», por que los abogados no tiene herramientas rigurosas para evaluar y responder a problemas de información»[57].

Definitivamente tratar de definir si conviene o no intervenir en base a la cita de textos genéricos de normas (lo que implica avasallar el espíritu de las mismas) y razonamientos legales simplistas, sin tener una idea clara de los costos y beneficios de la intervención, es un acto irresponsable, muy común en el espíritu «omnicomprensivo» de los abogados que creemos que todo puede ser resuelto a partir del Derecho y sin necesidad de acudir a otras ramas del conocimiento.

Los abogados tenemos la costumbre de acercarnos a un mundo complejo a través del caso concreto y a reaccionar en función a visiones parciales. Por ello compartimos lo que señalan SCHWARTZ y WILDE cuando dicen que el error del análisis convencional es focalizarse en individuos antes que en mercado. Para percibir la naturaleza del error basta observar que los consumidores tienen distintos patrones de comportamiento cuando van de compras el mercado:

> «Algunos consumidores consultan una serie de fuentes de información, como periódicos, amigos o reportes de consumidores, visitan numerosas tiendas antes de comprar y planean sus compras durante largos períodos de tiempo; otros consultan pocas o ninguna fuente de información, y no realizan ningún planeamiento previo serio. Pero un tercer grupo, aparentemente más grande que los otros dos, se involucra en una búsqueda moderada»[58].

La pregunta a plantearse es si la actitud de los consumidores es suficientemente racional como para que se encuentren en situación de protegerse de los riesgos y problemas que se derivan del consumo de productos de baja calidad. De acuerdo a nuestra hipótesis de trabajo, en el común de los casos los consumidores saben, cuando adquieren un producto de baja calidad, los riesgos y problemas que pudieran estar enfrentando. El dolo o el engaño son pues la excepción que confirma la regla. Nadie discute que hay consumidores engañados, como tampoco se discute que hay consumidores que se equivocan, pero la inmensa mayoría de consumidores saben lo que hacen.

La evidencia empírica existente y el análisis de los funcionamientos de los mercado indican que la mayoría de los individuos actuamos razonablemente, esto es ponemos los recursos a nuestro alcance de aquella manera

---

57. SCHWARTZ y WILDE, *Ob. cit.,* p. 630.

58. *Ibídem,* p. 637.

que consideramos maximiza nuestra utilidad. La concurrencia masiva de los consumidores a estos mercados, luego de haber comprado previamente en ellos y probado las calidades y características de los bienes que en ellos se venden, solo indica que encuentran que, en la inmensa mayoría de los casos, los bienes adquiridos fueron satisfactorios para sus expectativas a la luz de lo que había pagado por ellos.

Para que un mercado funcione bien no se requiere que todos los consumidores estén bien informados y actúen racionalmente. Ni siquiera se requiere que la mayoría se encuentren en dicha situación. Una minoría significativa esta en posibilidad de regular el mercado y forzar a las empresas a brindar al consumidor lo que este busca a un precio reducido.

Clasifiquemos a los consumidores en dos categorías: los «buscadores» y los «pasivos». Los buscadores van a varios puestos de venta, comparan precios, condiciones y calidades, y buscan información complementaria antes de comprar un bien. Ellos están en capacidad de motivar a los proveedores para que estos le ofrezcan lo que se esta buscando a un precio determinado.

Por el contrario los «pasivos» simplemente entran al primer local que encuentran, preguntan por lo que buscan y pagan por ello.

La teoría (y la práctica) indican que los primeros, así sean minoría, están en capacidad de llevar el mercado a su equilibrio, esto es a un punto en que las expectativas agregadas de los consumidores coinciden con las expectativas agregadas de los ofertantes[59].

Los «buscadores» y los «pasivos» no se ven diferentes en el mercado. No llevan su forma de ser impresa en la cara ni en un fotocheck. Son personas como cualquier otra[60]. Por tanto cuando se formula una oferta, o se ofre-

---

59. Los mismos Schwartz y Wilde nos proponen un modelo matemático para medir la capacidad del mercado de generar un ambiente competitivo (*Ob. cit.*, pp. 650-651): *«Si A1. = número de consumidores que visitan solo una tienda; A n = número de consumidores que visitan más de una tienda; n=número de tiendas que cada consumidor que compara ha visitado; F=los costos fijos de cada empresa (incluyendo el retorno de su inversión); s= la «restricción de capacidad», o nivel de producción que minimiza el costo promedio; P L = el precio común limite; μ. = el costo marginal de cada empresa.*

    Existirá un equilibrio competitivo si, y solo si An ÷ (A1. + A n) > (1 — (F ÷ (s (PL — μ))); un equilibrio con un punto de masa a un precio competitivo puede existir si, y solo si nAn ÷(A 1 + nAn) > 1 — (F ÷ (s (PL — μ)) > An ÷ (A1 + An); y una distribución continua del precio puede existir solo si nAn ÷ (A1 + nAn) < 1 — (F ÷ (s (PL — μ))).

60. Es curioso apreciar como en ciertos casos las personas sí pueden ser identificadas como pasivos o desinformados. Ese es el caso de los turistas, en especial los que no hablan español. Cuando acuden a mercados son identificados como tales y se les ofrecen precios y condiciones diferentes. Ello se debe a que, normalmente los turistas no disponen de mucho tiempo para comprar y, sobre todo, no son compradores recurrentes,

ce una determinada calidad, le es difícil al proveedor saber si se enfrenta a alguien informado o simplemente frente a un descuidado. A fin de capturar la mayor cantidad de clientes, tenderá a ofrecer los mejores términos y condiciones posibles al precio que se desea pagar. No es posible discriminar entre los buscadores y los pasivos a simple vista, con lo que la posibilidad de explotar a los segundos se mediatiza por la simple existencia de los primeros.

En el mismo sentido se pronuncian SCHWARTZ y WILDE [61] cuando señalan que:

> «La presencia de por lo menos alguna búsqueda por parte de los consumidores en el mercado crea la posibilidad de una «externalidad pecuniaria»: personas que en ocasiones buscan protegen a los que no buscan de empresas agresivas. Este resultado se puede obtener por que en transacciones masivas suele ser demasiado caro para las empresas distinguir entre consumidores agresivos, moderados y despreocupados. (...) En consecuencia, si existen suficientes buscadores las empresas tendrán incentivos tanto para competir por sus negocios y para ofrecer los mismos términos a los no-buscadores. Cuando las preferencias de los buscadores están positivamente correlacionadas con las preferencias de los no buscadores, la competencia entre las empresas por los buscadores tenderá a proteger a todos los consumidores. En este sentido el análisis convencional hace la pregunta equivocada. En lugar de preguntarse cuando un individuo idealizado esta suficientemente informado como para maximizar su propia utilidad, la pregunta normativa apropiada es cuando la competencia entre las empresas por grupos particulares de buscadores es, en un mercado dado, suficiente para generar precios y términos óptimos para los consumidores.»

George PRIEST[62] sostiene algo muy parecido:

> «(...) (los) fabricantes compiten no sobre la totalidad de los consumidores, sino por un grupo de consumidores marginales. Si un grupo pequeño lee las garantías y escoge los productos en función al contenido de las garantías, los fabricantes se verán forzados a redactar garantías que respondan a las preferencias del grupo, incluso si la mayoría de consumidores generalmente se despreocupan de las garantías.»

---

con lo que dejar una buena impresión (precios bajos por ejemplo) no genera relaciones de clientela sólidas para el futuro. Por ello la estrategia de venta del artesano cambia respecto a la estrategia que seguiría con un consumidor doméstico.

61. SCHWARTZ y WILDE, *Ob. cit.*, p. 638.

62 PRIEST, George, «A Theory of the Consumer Product Warranty». En: *The Yale Law Journal*, Vol. 90, N.º 6, mayo, 1981, p. 1347.

Si bien PRIEST hace referencia a la forma como se establecen las garantías como uno de los atributos que se puede estar ofreciendo, lo dicho es perfectamente aplicable a los demás atributos del producto, incluidos los atributos necesarios para que el producto deje de ser considerado como uno «basura».[63]

Según estudios empíricos de BUCKLIN, NEWMAN y STAELIN, citados por SCHWARTZ y WILDE, se puede concluir que aproximadamente un porcentaje de 35% de los consumidores visitan dos o más puestos de venta antes de comprar en los Estados Unidos[64]. Debe destacarse que si bien se trata de estudios referidos a un mercado distinto, es de esperar que consumidores de menores ingresos, como los peruanos, inviertan más tiempo y energías en buscar. Pequeñas diferencias de precio, calidad o términos comerciales pueden liberar un porcentaje importante de su presupuesto reducido para cubrir necesidades básicas. Puede por ejemplo significar la diferencia entre que pueda toda la familia tomar desayuno o solo parte de ella en casos de pobreza más agudos. Por tanto el rendimiento en bienestar de un resultado positivo para el consumidor en la búsqueda es mayor en términos comparativos. Ello nos conduce a esperar que en los consumidores de bajos ingresos peruanos la búsqueda sea aún más generalizada que en caso estadounidense.

Sería absurdo pensar que quienes venden productos de baja calidad tengan en sus locales productos con atributos adicionales para los buscadores y con atributos menores para los pasivos y vendan ambas categorías al mismo precio. Los mercados no funcionan así. Menos aún cuando el vendedor puede regresar luego de probar o experimentar con el producto. Quien quiera sistemáticamente engañar a los consumidores, perderá negocios futuros, pues se puede engañar a algunos todo el tiempo o a todos por un tiempo, pero no se puede engañar a todo el mundo todo el tiempo.

La idea de que no es posible engañar a los consumidores por que estos tienen incentivos para obtener información de diversas fuentes es desarrollada claramente por BEALES, CRASWELL y SALOP:

> «Para satisfacer esta demanda, diversas formas de información han aparecido en la economía. Los consumidores producen ellos mismos información durante sus compras a partir de inspecciones directas de los

63. Ver además (sobre cómo la búsqueda de unos cuantos consumidores beneficia a todos) SALOP y STIGLITZ, «Bargain and Ripoffs: A Model of Monopolistically Competitive Price Dispersion», 44 *Rev. Econ.Stud*, 493, 494, 501 (1977), ROTHSCHILD, «Models of Market Organization with Imperfet Information: A Survey» 81 J. *Political Econ*, 1283 (1973); WILDE, «Labor Market Equilibrium Under Nonsequential Search», J. *Econ. Theory* 373 (1977).

64. SCHWARTZ y WILDE, *Ob. cit.*, p. 653.

> atributos de los bienes. Estos atributos pueden ser deseados por su valor de consumo, su utilidad como señales de la existencia de otros atributos no observados, o ambas cosas a la vez. Información obtenida por experiencias posteriores influye en las decisiones de compra y es esencial en la construcción de señales (...)

Los incentivos económicos para que los consumidores adquieran información son muy fuertes. El incremento en la eficiencia de las decisiones de compra son equivalentes a incrementos en el ingreso real y, dada la diversidad de opciones disponibles en una economía moderna, la mejora en las elecciones puede llevarnos a grandes ganancias (...)»[65].

Un claro caso en que se puede apreciar la capacidad de los consumidores de corregir errores incluso frente a información claramente engañosa fue el resuelto por la Resolución No 072-96-CCD de la Sala de Competencia del Tribunal del INDECOPI. El caso Fabril y Nicolini vs. Transcontinental y Publicitas consistía en una denuncia planteada contra el proveedor del arroz «Costeño Graneadito» embolsado[66]. Este proveedor había difundido una publicidad en la que anunciaba que tres cuartos de kilo de su arroz rendía más que un kilo de arroz a granel. Luego se demostraría que tal afirmación era falsa, pues los estudios en que se basaban carecían de sustento técnico, mientras que tres estudios más completos y detallados mostraban que no existía tal capacidad de rendimiento.

Lo interesante es que cuando la Sala tuvo que analizar la posibilidad de ordenar un anuncio rectificatorio, debía investigar cual era el efecto residual de la publicidad en la mente de los consumidores. La información estadística que obra en el expediente demostraba que, en un inicio, la preferencia por el arroz «Costeño Graneadito» sufrió un incremento impresionante como consecuencia de la publicidad en cuestión, a tal nivel que prácticamente desapareció el consumo de arroz a granel y afecto inicialmente, aunque en mucho menor grado, a los otros productores de arroz embolsado.

Sin embargo en unas cuantas semanas la población fue cambiando nuevamente sus preferencias hacia otros arroces embolsados. Los consumidores había advertido, sin necesidad de hacer los complejos análisis técnicos presentados en el expediente, que el rendimiento ofrecido no era tal. Si bien el arroz embolsado rendía más que el arroz a granel, tres cuartos de kilo no superaban en rendimiento a un kilo. Los consumidores además, no regresaron al granel (como era de esperarse) sino que giraron a otras mar-

---

65. Beales, Craswell y Salop, *Ob. cit.,* pp. 501-502.

66. Resolución 072-96-CCD en el expediente N.º 039-96-CPD y 076-96-CCD, publicado en el Diario Oficial «El Peruano» el día 31 de enero de 1997.

cas de embolsado, corrigiéndose así el defecto inicial de información. La razón del mayor rendimiento es, aparentemente la bolsa. Al estar embolsado el arroz absorbe menos humedad, con lo que su rendimiento final aumenta, lo que no ocurre con el granel. Nótese además que la promoción del arroz estuvo dirigida principalmente a consumidores de bajos ingresos.

Si estos consumidores pudieron advertir en relativamente poco tiempo que el rendimiento no era el ofrecido y que existía una relación entre dicho rendimiento y el embolsado, habiendo incluso corregido el mercado, cabe preguntarse entonces como es posible sugerir que no corregirá otros defectos por una calidad distinta a la esperada, el riesgo a su salud o la poca duración del bien.

Y la sanción para quienes no satisfacen las expectativas del consumidor es bastante grave: la salida del mercado. Quienes ofrecen las mejores condiciones a los mejores precios irán desplazando a quienes ofrecen peores condiciones a más altos precios. Los niveles de calidad existentes son respuestas competitivas, al igual como son respuestas competitivas los precios y las condiciones contractuales.

> «En situaciones en donde los vendedores no mienten, el único problema es cuanta verdad van a decir. En particular si un vendedor tiene un producto malo, si no dice nada, ¿llevará ello a los consumidores a creer que su producto es de un calidad promedio? ¿Podrá la selección adversa por el vendedor de baja calidad sacar del mercado a los vendedores de mejor calidad? Si el mercado es competitivo es evidente que ese no será el caso. Si existe libre entrada de vendedores, entonces el buen vendedor proporcionará información al mercado para distinguirse del mal vendedor. Si cualquier buen vendedor debe enfrentarse a los malos vendedores como consecuencia del silencio de estos deberá decir a los consumidores cuál es la calidad de su producto, entonces el buen vendedor puede a bajo costo informar sobre su calidad y ser distinguido, obteniendo así un precio mayor»[67].

Según GROSSMAN los productos de buena calidad reemplazarán a los de mala calidad como consecuencia de la operación del mercado. Pero en el caso de los «productos basura» lo que ocurre es que los individuos no desean pagar (porque su presupuesto no les alcanza) por un bien promedio. Por eso es que pagan menos. Cualquier persona puede advertir fácilmente que si un producto tiene un precio bajo es por que probablemente tenga

---

67. GROSSMAN, Sanford «The Informational Role of Warranties and Private Disclosure About Product Quality». En: *Journal of Law & Economics*, Vol. XXIV, diciembre, 1981, p. 465.

menor calidad que otro similar de un precio mayor. Por ello asumirá que no esta comprando lo mismo.

Lo que la cita de GROSSMAN nos demuestra es que quienes vendan productos de mayor calidad intentarán convencer a los consumidores que la diferencia vale el precio adicional sea mediante publicidad o el ofrecimiento de garantías contractuales[68]. Si luego de advertido ello por el consumidor, este insiste en comprar el producto barato, solo nos esta indicando que es consciente de que está adquiriendo un paquete de atributos menor, determinado por las coordenadas de sus preferencias y sus limitaciones presupuestarias.

El propio GROSSMAN nos explica este efecto:

> «(...) si el vendedor ofrece menos que una garantía plena, consumidores con expectativas racionales concluirán que lo están tratando de engañar sobre la calidad del producto. Todo consumidor sabe que es óptimo, en términos de PARETO, que un vendedor le venda el bien al precio de reserva del consumidor con una garantía plena. En consecuencia un vendedor solo ofrecerá menos que una garantía completa si esto hace que la posición del vendedor mejore respecto a la situación en la que se encontraría si brindara la garantía total. Pero ello haría que el consumidor estuviera peor a como estaría si recibiera una garantía completa. Pero ello daría al consumidor menos que su precio de reserva, por lo que no habría la compra»[69].

Siguiendo el mismo razonamiento, si una persona acude a un mercado y compra un producto sin garantía contractual (como normalmente ocurre cuando uno compra los llamados «productos basura») está recibiendo una clara señal negativa sobre su calidad: es fácil percibir que el paquete de

---

68. Quien compra en ambulantes sabe que no recibe garantías exigibles. Quien compra en un local formal sabe, por el contrario, que recibe una garantía. La garantía es una señal de calidad importante. Quien ofrece una garantía está dispuesto a respaldar contractualmente la calidad del bien, cosa que el ambulante no hace. Ello explica en parte la diferencia de precio. A pesar que esto es sabido por todos los consumidores, aún muchos siguen comprando en ambulantes, asumiendo conscientemente un riesgo a cambio de una reducción en el precio.

69. GROSSMAN, *Ob. cit.,* p. 463. Más adelante se vera como los consumidores son por naturaleza pesimistas, lo que refuerza la conclusión a la que llega GROSSMAN. Respecto al términos»precio de reserva» usado en la cita, este se refiere a aquel precio que refleja lo más que el consumidor está dispuesto a pagar (precio de reserva del consumidor) o lo mínimo que el proveedor está dispuesto a aceptar por el bien (precio de reserva del vendedor).

atributos referidos a la calidad de este bien difiere de los que se incluyen en un bien que se vende con garantía.

El mismo razonamiento se puede hacer respecto otras señales que envían información al consumidor sobre las diferencias de atributos entre un producto y otro, tales como el lugar de compra (un puesto en la calle y un local comercial) la publicidad, la posibilidad de ubicar al vendedor si hubiera algún problema (un ambulante o una tienda), la apariencia del producto, la experiencia del propio consumidor (a través del proceso ensayo-error continuo al que esta sujeto en el mercado), de sus amigos o familiares, etc.

Así, si *Pg* = el precio que el consumidor estaría dispuesto a pagar con la calidad adicional; *Pn* = el precio que el consumidor estaría dispuesto a pagar por el mismo bien sin la calidad adicional; *Cg* = costo marginal del producto con la calidad adicional y *Cn* = costo marginal del producto sin la calidad adicional, tendríamos entonces que la valorización del consumidor de la calidad adicional es igual a:

$$Pg - Pn$$

El costo marginal de producir la calidad adicional para el proveedor sería:

$$Cg - Cn$$

En consecuencia el consumidor comprará el bien con la calidad adicional solo si:

$$Pg - Pn > Cg - Cn$$

Por el contrario no se añadirá la calidad adicional si:

$$Pg - Pn < Cg - Cn$$[70]

Los precios y las calidades no son pues simple consecuencia del azar o de la casualidad. Tampoco son, de ordinario, consecuencia de las delictivas intenciones de bandas de criminales. Son, por el contrario, consecuencia de

---

70. Las fórmulas propuestas son una simple derivación de las propuestas por SCHWARTZ y WILDE en «Imperfect Information in Markets for Contract Terms: the Examples of Warranties and Security Interest». En: *Virginia Law Review*, Vol. 69, p. 1413. Estos autores señalan sobre el particular:

*«El deseo de un consumidor de pagar por la protección de una garantía es la diferencia entre el precio máximo que el consumidor pagaría por el producto con la garantía y el precio máximo que pagaría el consumidor sin una garantía. Si esta diferencia es menor al costo marginal de la empresa de ofrecer la garantía, no se ofrecerá ninguna garantía. Esto es por que la empresa puede inducir a consumidor a tomar la garantía solo ofreciéndole esta a menos de su costo marginal, y una empresa que maximiza beneficios no haría ese tipo de operaciones.»*

la íntima relación que existe entre el costo marginal de producir un paquete de atributos y el deseo y la posibilidad del consumidor de pagar tal costo marginal.

Si bien pueden existir acto aislados de engaño, estos deben ser combatidos por otros medios distintos a la simple eliminación a raja tabla de los «productos basura». Fíjese la diferencia entre las dos posiciones (la nuestra y la de los «pigounenses»).

Según nuestra posición el problema general de los productos de mala calidad se deriva de las condiciones de oferta y demanda, en otras palabras estos productos son la respuesta natural (y eficiente en términos de uso de recursos escasos) a los bajos niveles de ingresos existentes. La única manera de lograr una mejoría, que sin duda es deseable, es aumentando los niveles de ingresos de la población que consumo dichos productos. No se descarta que puedan darse engaños y estafas, pero estos no son el centro del problema. Combatiendo esos engaños no van a desaparecer los «productos basura». El rol del Estado se centra entonces en mejorar la información disponible y no es controlar la calidad de los productos para decidir cual es la que deben querer los consumidores.

Para los «pigounenses» en cambio, los «productos basura» son un mal en si mismo. El Estado debe invertir ingentes cantidades de dinero en montar ejércitos de funcionarios que arrasen, cual moderno Atila, todo producto de baja calidad del mercado. No importa si el consumidor estaba o no bien informado. Que el consumidor quiera comprarlos es totalmente accesorio. Lo importante es lo que el Estado y sus funcionarios (o quienes tienen llegada a ellos) quieran. Es el Estado el soberano del mercado, destronando de tal título al pobre consumidor.

La diferencia no es poca cosa. Ambas posiciones están de acuerdo en que debe brindarse información y combatirse las prácticas que generan engaños y abusos. Pero difieren en la solución. Frente a garantizar el derecho a la libre elección, otros plantean simplemente expropiarlo a los consumidores de bajos ingresos. Tiene hasta un cariz discriminatorio.

Los actos de fraude, conocidos en la jerga de los reguladores norteamericanos como los *hit and run* (pega y corre) son un fenómeno totalmente distinto al de los «productos basura». Se trata de personas inescrupulosas que entran en un mercado, colocan sus productos y desaparecen, pues saben que no tendrán éxito en el largo plazo. Lo mismo se hace con la falsificación de marcas u otras formas de propiedad intelectual, claros actos de fraude en las que el rol del INDECOPI es reconocido.

Un estudio de Apoyo demuestra que los consumidores, en especial los de bajos ingresos, están plenamente conscientes de los riesgos que implica

la compra de productos de baja calidad. Así indican que saben que: «en los ambulantes no pueden reclamar (...). La mayoría reconoce que saben el riesgo que están corriendo y, por lo tanto, se resignan si fueron engañados. En estos casos funciona una lógica donde se asume que se está pagando muy barato por algo que, asumen, se puede malograr, estar fallado, etc. (...) la mayoría de personas son conscientes de los riesgos que toman al momento de comprar en ambulantes, en un lugar de prestigio dudoso o productos de contrabando o «piratas». Hay consenso en mencionar que se compra en esos lugares por el precio (principalmente los sectores más bajos). Saben que la probabilidad de engaño es alta pero consideran que por lo bajo del precio, se justifica el riesgo»[71].

Lo que si les preocupa a los consumidores es cuando adquieren un producto en un local formal y este no tiene una calidad adecuada[72]. En el mismo sentido se pronuncia una encuesta de IMASEN, que indica que el consumidor capitalino se inclina por el comercio ambulatorio porque considera que vende más barato que las tiendas, aunque reconoce que los ambulantes no ofrecen productos de la misma calidad. A una conclusión similar se llega respecto de la compra de electrodomésticos en ambulante, a pesar de que no ofrecen garantías[73].

## XIII. EL PESIMISMO DE LOS CONSUMIDORES.

Pero incluso en los casos en que existiera un problema de información asimétrica e inadecuada y el consumidor desconociera realmente la calidad que esta comprando, es poco probable que el resultado normal sea un producto no esperado.

La generalización de términos como «consumidores incautos» o «engañados» o «estafados» deja traslucir que la mayoría de los consumidores son optimistas, esto es que normalmente esperan más de lo que reciben. Nótese que no se esta hablando de que no existan incautos, engañados o estafados. Estamos hablando de que generalizar tal descripción para exigir una acción sistemática de eliminación de todos los productos de baja calidad, es un juego peligroso.

Contra lo que esta implícito en quienes llaman a los consumidores incautos, las evidencias teóricas y empíricas existentes indican que los consu-

---

71. «Imagen y Actitudes hacia INDECOPI» Apoyo, Lima, julio-agosto de 1996, pp. 15-16.

72. *Ibídem,* pp. 14-15.

73. «La Otra Cara del Consumidor». En: *Trizia*, Magazín de Actualidad, Año1, N.º 2, p. 8.

midores son pesimistas, antes que optimistas, y tienden a esperar de los productos menos de lo que los productos son en realidad.

Debe quedar claro la importancia de esta afirmación y sus efectos prácticos. Si los consumidores esperan de los bienes más de lo que estos son (es decir si son optimistas) entonces es bastante más fácil engañar a la generalidad de ellos. Y el problema está en el silencio del proveedor. Si el proveedor no dice nada sobre la calidad ¿Qué imagen se hará el consumidor del producto? ¿Será buena, mala o regular? Si es optimista tenderá a pensar que es buena. En consecuencia las personas que ofrecen productos de mala calidad tienen una ventaja estratégica. Sin hacer nada, sin mentir, pero sin decir tampoco la verdad, se encuentran con que el consumidor común tiene una imagen positiva del producto. Podrán entonces vender un «producto basura» al precio de un producto mejor. Venderán entonces «gato por liebre» más fácilmente.

Pero si los consumidores son pesimistas la situación será otra. Ante el silencio total del proveedor creerán que el producto es malo. Ello pone al proveedor en una situación difícil. Si su producto es bueno tendrá que hacer un tremendo esfuerzo para atraer a los consumidores: publicidad, demostraciones, etc.[74]

---

74. Esto ya ha sido claramente sugerido por SCHWARTZ («Justice and the Law of Contracts...», p. 113. Incluso, en otro trabajo («Proposals for Liability Reform: A Theoretical Synthesis». En: *The Yale Law Journal*, Vol. 97, N.º 3, febrero de 1988, p. 374), sugiere algunas fórmulas para determinar los supuestos bajo los cuales los consumidores son optimistas o pesimistas. Según SCHWARTZ si:

    $p^*$ = la probabilidad real de que ocurra un defecto.

    $C^*$ = costo real del defecto.

    Entonces: $R^* = p^* \times C^*$

    Donde $R^*$ es el verdadero valor esperado del daño.

    Por valor esperado SCHWARTZ se refiere al descuento que se hace cuando se sabe que no de todas maneras ocurrirá un daño, sino de que existe alguna probabilidad de que se de. El costo en daños que asume un conductor cuando sube a su auto como parte del costo de la actividad de conducir no es igual a la magnitud total del daño si tuviera un accidente, sino a la posibilidad que él espera de sufrir un accidente cada vez que se sube a su vehículo.

    Si a su vez asumimos que R, P y C son los estimados subjetivos de estos parámetros (es decir no lo que es en realidad, sino lo que el consumidor cree que es), entonces el consumidor será optimista si:

    $$R. < R^*$$

    Así el optimismo se producirá en una de las siguientes situaciones:

    (1) $p < p^*$ y $C < C^*$; o

Pero si el producto es malo solo queda una alternativa: mentir. Y ello genera el problema de vulnerar la ley. Pero incluso si mintiera y no fuera atrapado, será difícil que en el uso el consumidor descubra como bueno un bien que es malo por naturaleza. El proveedor podrá mentir, pero no el producto. Este siempre dice la verdad sobre su calidad una vez que es usado.

Los consumidores son, vistos desde la perspectiva de mercado, pesimistas. Desconfían de los productos y de las cualidades que se le ofrecen, porque saben que quien les vende no lo hace de favor, sino para hacer un negocio[75]. Un consumidor pesimista, que sigue consumiendo un producto de mala calidad, solo nos demuestra una cosa: que es consciente del tipo de bien que tiene entre manos.

Para demostrar cuál es nuestro punto voy a proponer al lector un ejercicio mental que demuestra como solemos comportarnos ante situa-

---

(2) $C>C^*$ *pero* $p<.p^*$ por suficiente como para dominar cualquier sobrestimación de los costos del defecto; o

(3) $p>p^*$ *pero* $C<C^*$ por suficiente como para dominar cualquier sobrestimación de las posibilidades de que se de una pérdida.

La fórmula propuesta por SCHWARTZ muestra claramente que el optimismo o pesimismo de los consumidores depende de como evalúan estos la posibilidad de que se de un defecto o la magnitud del mismo si este se presentara. Un pesimista puede por tanto ser consecuencia o de que el consumidor cree que la posibilidad de que el producto falle es mayor a la posibilidad de que el producto no falle, o si fallara los daños serán mayores de si falla en realidad, o ambas cosas a la vez.

75. Estas razones fueron recogidas de alguna manera en la Resolución N.º 053-96-TRI/SDC de la Sala de Competencia del Tribunal del INDECOPI que resolvió la acción de oficio seguida contra Liofilizadora del Pacífico S.R.Ltda y otros por la publicidad del producto «Manaxx Gold», publicado en el Diario Oficial «El Peruano» el día 3 de octubre de 1996. En dicha Resolución se estableció un precedente de observancia obligatoria según el cual, al apreciar el análisis superficial que según es artículo 2 del Decreto Legislativo 691, Ley de Supervisión de la Publicidad en Defensa del Consumidor, hace el consumidor, debe considerarse qué «*(...) los anuncios deberán ser juzgados atendiendo a su contenido y al significado que el consumidor le atribuirá, al sentido común y usual de las palabras, frases u oraciones, y lo que estas sugieren o afirman sin tener que recurrir a interpretaciones alambicadas, complejas o forzadas prefiriéndose de varias interpretaciones posibles aquella que surge más naturalmente a los ojos del consumidor.* Esto debe hacerse sin dejar de considerar que el consumidor asume, frente al anuncio, una posición prudente antes que ingenua al considerar las expresiones en él contenidas como un testimonio de parte de quien pretende inducirlo a consumir un bien o servicio (...).»

Este precedente implícitamente afirma que los consumidores son escépticos (es decir dudan o son pesimistas) respecto de lo que los anunciantes dicen en sus anuncios.

ciones de incertidumbre (es decir, cuando carecemos de información adecuada sobre cuál es el «paquete de atributos» que nos esta ofreciendo el proveedor)[76]:

Imagínese que va al mercado y en un puesto le hacen una oferta. Le muestran una caja cerrada. Le dicen que no puede abrirla, levantarla ni tocarla. Le dicen además que puede comprar la caja a S/.10, lo que incluye todas las manzanas que haya dentro. No le ofrece ninguna garantía de que el número superará ninguna cifra. Del tamaño de la caja usted puede deducir que hay entre cero y cien manzanas. Evidentemente el ofertante si sabe cuántas manzanas hay. Piense por un momento cuántas manzanas cree que habría en la caja antes de seguir leyendo.

Le puedo asegurar que pensó que había menos de cincuenta (es decir que fue pesimista). Es más, me atrevería a afirmar que pensó que había bastante menos de esa cifra, y que la mayoría pensó que la caja probablemente estaba vacía o tenía apenas unas cuantas manzanas. ¿Cuántos lectores creen que hubieran aceptado la oferta? Me animaría a pensar que la inmensa mayoría la hubiera rechazado. Evidentemente si hubiera habido cien manzanas habría sido un negocio redondo. Pero les podemos asegurar que nadie esperaba encontrarse con dicha calidad.

Repitamos el ejercicio con una ligera variante. El ofertante le dice al formular su oferta que «Por lo menos hay tres manzanas». ¿Cuántas creería que hay?

Probablemente ha pensado en una cifra cercana a tres, sino tres. Probablemente creerán que hay la cantidad mínima ofrecida, pero asumirán que no hay mucho más que eso.

El deseo de pagar del consumidor dependerá de cuántas manzanas cree que hay en la caja. El consumidor sabe que no es un buen negocio para el ofertante ofrecer más manzanas que la cantidad mínima que garantiza, porque sabe que eso reducirá el deseo de pagar por parte del consumidor, lo cual le hará obtener menos que lo adecuado, sabiendo, como saben los comerciantes, que en la mayoría de casos los consumidores son pesimistas.

Existen evidentes incentivos para revelar cualquier atributo adicional que pueda estarse ofreciendo, de la misma manera como existen incentivos para que el consumidor crea que el bien no supera lo ofrecido.

Evidentemente pueden darse casos en que el consumidor dice que existen por lo menos tres manzanas y en la caja no hay ninguna. Pero eso es un

---

76. El ejercicio que se desarrolla a continuación es una simple adaptación del razonamiento que propone GROSSMAN (*Ob. cit.*, p. 466).

problema que se resuelve de manera distinta a prohibiendo la venta de manzanas. Para PIGOU y sus seguidores posiblemente prohibir la venta de manzanas es lo más fácil. Pero esa es la alternativa equivocada. En casos como estos, el problema se debe resolver por el lado de garantizar información adecuada, no de prohibir la venta del producto. Debe mantenerse el derecho del consumidor a elegir.

Como bien anota GROSSMAN, existe una suerte de selección adversa en contra del vendedor que no revela claramente los atributos que tiene su bien. Los consumidores esperan, racionalmente, que la calidad del bien sea la peor posible en relación a la información que le pueda proporcionar el vendedor. El vendedor, conociendo esta conducta de los consumidores, es decir la de pagar el menor monto posible relacionado con la calidad revelada, encuentra óptimo revelar la máxima calidad posible consistente con la verdad[77].

¿Cuáles son las causas de este «pesimismo natural»? En realidad las causas pueden ser muy diversas. SCHWARTZ y WILDE sugieren algunas ideas sobre el particular:

> «(...) los errores del consumidor probablemente tenderán hacía el pesimismo por que la evidencia negativa suele ser más viva para el consumidor que la evidencia positiva. Esto explica por qué la gente tiende a hacer inferencias insuficientemente sólidas de eventos que no llegan a ocurrir. Si un producto funciona bien la mayoría del tiempo, pero falla notoriamente en alguna ocasión, la gente tenderá a pensar que es menos confiable de lo que es en realidad por que le dan muy poco peso al hecho de que no falle, y mucho peso a que falle.
>
> (...)
>
> Como consecuencia de lo vívido que es mucha de la información sobre fallas en los productos y la relativa poca importancia de la información sobre su confiabilidad, los consumidores, en el agregado, suelen sobrestimar la posibilidad de un defecto»[78].

---

77. GROSSMAN, *Ob. cit., Loc. cit.*

78. SCHWARTZ y WILDE «Imperfect Information...», p. 1438. En el mismo sentido se pronunciaría después Alan SCHWARTZ en «Proposals for Producto Liability Reform...», p. 381. En ese mismo lugar cita (pie de pagina N.º 56) a distintos autores e investigaciones que soportan su punto de vista. Así, WEINBERGER, «Products as Targets of Negative Information: Some Recent Findings» (los consumidores dan un peso desproporcionado a la información negativa sobre los productos), LYNCH y SCRULL, «Attentional Factors in Consumer Choice: Concepts and Research Methods», MIZERSKI «An Attribution Explanation of the Disproporcionate Influence of Unfavorable Information» EINHORN y HOGARTH, «Decision Making Under Ambiguity» y «Ambiguity and Uncertainty in Probabilistic Inference», BARON, «Second Order Probabilities And Belief Function» (observando que cuando las personas

El pesimismo natural es incluso sustentable con algunas experiencias por las que todos hemos pasado. Cuando hay un accidente de aviación las personas tienen inmediatamente la sensación de los aviones se caen con más frecuencia de lo que ocurre en realidad. No consideramos que los aviones vuelan millones de veces sin caerse, sino que en unas cuantas ocasiones se cayeron. La muerte de un familiar cercano por cáncer lleva a muchos a pensar seriamente en dejar de fumar, a pesar que conocemos más gente que fuma que no está enferma. Una noticia en la televisión sobre un daño causado por un producto lleva a que mucha gente deje de inmediato de consumirlo a pesar que hay miles de ocasiones en que el producto fue adquirido y no ocurrió nada.

Es de esperarse, incluso que este fenómeno sea aún más agudo en consumidores de pocos ingresos. Dada la tremenda escasez de recursos que enfrentan, el costo de un error es mucho mayor, pues puede afectar la propia supervivencia. Bajo tal situación la pérdida económica por un error llevará a los consumidores a ser mucho más pesimistas que los consumidores ricos. Incluso el nivel de ingreso es uno de los elementos que determina la aversión al riesgo de las personas. Ello porque una misma pérdida para un rico le hace perder sus últimos soles (es decir los que usa para sus necesidades menos importantes), mientras que a un pobre lo priva de sus primeros soles (los que usa para alimentarse, comprar medicinas, alquilar una habitación o vestirse)[79].

Otra explicación adicional, mencionada por SCHWARTZ y WILDE es lo que los psicólogos llaman «falta de representatividad heurística». Una cantidad importante de evidencia empírica sugiere que las personas, cuando tratan de identificar la causa de un evento, son influenciadas marcadamente por la posibilidad superficial de algunas posibles causas del fenómeno mismo. Un ejemplo de ello es lo que se conoce como la «falacia del jugador», que demuestra como un error que se manifiesta representa su causa oculta. Cuando uno lanza una moneda al aire, el que caiga cara o sello no guarda relación con la anterior vez que se lanzó al aire. Si se lanza muchas veces la moneda y se ha producido una seguidilla de caras, el jugador esperará que la próxima vez caiga sello, a pesar que el nuevo lanzamiento no guarda

---

se encuentran en situación de incertidumbre sobre las probabilidades, suelen comportarse como si hubieran asignado altas posibilidades de un mal resultado, evitando tomar las acciones que pudieran llevarlos a un mal resultado incluso si fueran las mismas acciones que los llevarían a un buen resultado) y OLIVER y WINER «A Framework for the Formación and Estructure of Consumer Expectativos: Review and Proposiciones» (la gente hace predicciones pesimistas cuando le falta información).

79. Esta es una simple aplicación de la Ley Económica de Rendimientos Decrecientes.

relación estadística con los anteriores. Este fenómeno se produce porque la gente suele percibir que el proceso que arroja los resultados funciona en secuencia *random*, y largas secuencias de cara y sello son percibidas como más significativas que secuencias de caras continuas[80].

La «falacia del jugador» sugiere que las personas tenderemos a tener representaciones pesimistas de la confiabilidad de los productos que adquirimos en el mercado. Como los consumidores saben que los productos son fabricados por seres humanos, los errores humanos suelen existir. Si el consumidor ve que el bien que adquirió funciona bien, y sabe que el proceso de fabricación existen posibilidades de que se den errores (o incluso engaños), pensará que su próxima compra será menos confiable por que «ahora si le toca». El error del consumidor se deriva de una mala relación entre el pasado y el presente— una secuencia de caras implica sello la próxima, como una relación de buenos resultados del producto implica probablemente un mal resultado futuro. Este error ha sido verificado con análisis empírico. Una investigación, basada en encuestas, realizada por la Universidad de Michigan señaló que las personas percibían que sus necesidades de reparación en la compra de nuevos artefactos para el hogar eran bastante mayores que sus necesidades de reparación respecto de los artefactos que ya venían poseyendo[81].

Debe anotarse, sin embargo, que si el producto «porfía» en comportarse bien por mucho tiempo, su prestigio puede hacer cambiar de idea al consumidor. De hecho así se han construido las marcas más famosas de bienes y servicios. Si un consumidor ve que luego de veinte tiradas cae cara, probablemente «romperá la falacia del jugador» porque creerá que hay un factor extraño que hace que la moneda siempre caída del mismo lado (por ejemplo que está «arreglada») y apueste ahora sí a cara. Pero en períodos cortos, o en productos no tan confiables como aquellos sobre los que estamos discutiendo, es poco probable que «el prestigio del producto» pueda romper el pesimismo.

---

80. Este fenómeno es descrito por KAHNEMAN y TVERSKY en «Subjetive Probability: A Judgement of Representativeness, in Judgement Under Uncertainty» y por ZUKIER en «The Disolution Effect: The Role of the Correlation and the Dispersion of Predictor Variables in the Use of Nondiagnostic Information», citados por SCHWARTZ y WILDE «Imperfect Information...» p. 1439, nota a pie de página 83.

81. SCHWARTZ y WILDE, «Imperfect Information...», pp. 1439-1440. El estudio de la Universidad de Michigan mencionado, citado por los autores de la referencia, fue realizado por COURVELLE y HAUSMAN, «Warranty Scope and Reliability Under Imperfect Information and Alternative Market Structures» en la, p. 1439, nota a pie de página 84.

Bajo estos aspectos, la evidencia empírica y psicológica existente sugiere, como dice SCHWARTZ que:

> «(...) las personas tienden a cometer errores sobre los riesgos de los productos, pero dichos errores, analizados de manera agregada, tienden a ser indiferentes o guían al consumidor hacía el pesimismo. Obviamente la indiferencia no puede perjudicar a los consumidores, y el pesimismo en realidad los ayuda por que los hará demandar mayor protección contractual, en lugar de menos protección. En consecuencia, si por «información imperfecta» uno entiende que las personas cometen errores sobre los riesgos existentes, entonces la evidencia reciente indica que esos errores o no afectan a los consumidores o incluso les dan una ventaja. En consecuencia, si bien la información imperfecta es una posible imperfección del mercado y debería en ocasiones ser remediada, parece que las cosas son bastante mejores de lo que mucha gente asume»[82].

En función a los elementos analizados, podemos concluir que, en el agregado, los consumidores son pesimistas, y que por tanto es menos probable aún que el mercado, ante la falta de información, nos lleve a un resultado que nos aleje del óptimo de PARETO.

## XIV. ¿LO BARATO SALE CARO?

Si los funcionarios a cargo de las regulaciones o quienes pretenden influir en la forma de pensar de estos, no invierten suficientes recursos en preparar y formular sus propuestas de acción (tiempo, estudio, análisis de costo — beneficio de las distintas alternativas, revisión de experiencias reguladoras y doctrina de otros países, resultados de acciones ya tomadas en el país, etc.) entonces tendremos propuestas poco costosas (podríamos decir baratas en términos económicos). Esas propuestas, producidas a bajo costo, son muy caras para los consumidores, y por tanto para la sociedad en su conjunto. Tales aproximaciones hacen que el Estado gaste más en acciones de regulación de resultado negativo, que las empresas y proveedores gasten más en cumplir con regulaciones o prohibiciones incapaces de mejorar el bienestar en la sociedad y que los consumidores enfrenten precios más altos y menos opciones por medidas que en nada los favorecen. En consecuencia esas propuestas son un excelente ejemplo de por que lo barato sale caro.

Ahora, refiriéndose al hecho de que los «productos basura» resulten a la larga más caros para el consumidor, ello depende del análisis costo-beneficio que haga cada consumidor. Algunos podrán objetar que el hecho

---

82. SCHWARTZ. *Justice and the Law of Contracts...*, p. 113.

que los consumidores compren productos más baratos les sale caro en el largo plazo. Productos descartables, que duran menos que otros de buena calidad, llevan a los consumidores a volver a comprar en períodos más cortos de tiempo. Si sumamos lo gastado en total en dichos períodos quizás se esté gastando más que comprando de una sola vez un producto de calidad. Así, por ejemplo, en el caso de los zapatos de cartón de S/. 5 el consumidor seguiría comprando zapatos de cartón todas las semanas (o quizás solo cuando decida usarlos un día de lluvia) de manera que sumando lo que pagaría en total resultaría pagando más que si se hubiera podido comprar solo un par de zapatos de cuero.

En primer lugar, y con esto debería bastar, no olvidemos que se trata de una opción voluntaria del propio consumidor en ejercicio de su soberanía. Por tanto debería ser suficiente que él lo haya decidido así para que su decisión se respete[83].

Pero incluso analizando la lógica del consumidor uno advierte que no estamos frente a una situación ineficiente. El consumidor, en su compra de productos de baja calidad, no se queda sin nada cuando tiene que descartar el producto. Luego de desechado este le queda información. Y esta información tiene un valor importante, porque le permite decidir compras futuras. En el caso del zapato de cartón, la durabilidad de los mismos le dejo al consumidor información sobre cual es su valor real, lo que le permite elegir entre insistir con el mismo tipo de bien (¿Por qué no pensar que cinco soles puede ser un valor adecuado para unos zapatos que duran unos cuantos días?) o variar sus hábitos de consumo hacia otro bien (zapatos de cuerina, algo más caros). Incluso puede optar por adquirir el mismo bien y darle otro uso (no usarlos cuando llueve). Por eso es una falacia pensar que el consumidor seguirá realizando transacciones repetitivas en aquellos bienes

83. Se podrá argumentar que el consumidor estará disconforme con el resultado de su elección. La libertad es, sin duda, un derecho que puede ser ingrato en su ejercicio. La libertad nos da la posibilidad de elegir lo que es bueno para nosotros. Pues bien, a veces acertamos y a veces nos equivocamos. Pero no es posible darle libertad a alguien sin hacerle correr el riesgo de equivocarse. El derecho a elegir libremente a nuestros gobernantes también puede llevar a resultados no deseados, y sin embargo, a pesar que el votante se sienta disconforme con el resultado que favoreció al que era el candidato de sus preferencias, cuando este gobierna de manera distinta a como él esperaba (y que lo puede hacer dudar hasta de la propia democracia) no implica que debamos privarlo de su derecho a elegir. De hecho hay más motivos para pensar que existe más asimetría de la información en el campo electoral que en el mercado, pero ello no puede ser sustento para privar de su derecho de voto a los ciudadanos. Por tanto tampoco debemos privar de su derecho a elegir la calidad de los productos que va a consumir.

que han traicionado sus expectativas. Es más, los propios consumidores peruanos, como ya vimos, consideran el uso de productos baratos, y por tanto descartables, como una buena alternativa[84].

Pero incluso si insistiera en la compra continua y reiterada de productos «descartables» por su mala calidad, podemos estar frente a una buena decisión. ¿Acaso cuando nosotros pedimos un crédito, podemos ser tildados de irracionales porque pagamos intereses? Es claro que quien paga al contado termina en el largo plazo pagando menos de quien paga al crédito. ¿Y entonces por qué la gente usa el crédito? Pues es muy sencillo. Tiene que satisfacer una necesidad hoy que tiene un costo que los recursos disponibles del consumidor el día de hoy no le permiten satisfacer. Entonces acepta tomar prestado y el hecho de usar el bien hoy (y no dentro de tres años cuando pueda haber ahorrado lo suficiente) tiene un valor adicional que supera el costo de los intereses que tendrá que pagar. Entonces su decisión es comprar hoy y asumir un mayor costo mañana.

Las personas que compran «productos basura», que son por naturaleza descartables o de poca duración, tienen que cubrir hoy una necesidad para la cual solo podrán tener suficientes recursos mañana. ¿Puede una persona que necesita tener calzado hoy, esperar tres meses para juntar suficiente dinero para comprar un par de zapatos de calidad? Evidentemente no. Su única salida es encontrar la forma de financiarse. Si un banco le presta dinero para comprarse sus zapatos (cosa poco probable) tendrá que pagar intereses, y eso es una alternativa posible. Pero otra alternativa, sobre todo para quien no tiene acceso al crédito, es comprar bienes descartables. Puede salirle más caro en el largo plazo, pero también el préstamo puede ser más caro y no por ello es irracional. Es solo un problema del costo de oportunidad, y este depende en gran medida de la ocasión en que la necesidad debe ser cubierta. Si uno ve los zapatos de cartón, como una forma

84. Sin duda, entre los atributos que los consumidores buscan al pagar por un bien esta la información que este nos da para compras futuras. ¿Cuántas veces compramos algo para probarlo? Pues en tal caso, si bien descontamos del valor del bien los riesgos que crea la incertidumbre, le añadimos un gasto para adquirir información sobre el mismo (que se concreta en el pago del precio de la compra). Y no es la única manera como compramos información. Cuando pagamos más por un producto que hace publicidad en televisión o en los diarios o incluye información detallada en su envase es por que aceptamos pagar por el valor agregado que nos da la información, mandando así el mensaje al proveedor que consideramos a la información como un atributo importante que debe ser en ocasiones incluido en los bienes. Pero en otros casos comprar productos de marca, que dan la información *ex ante*, puede ser muy costoso. Entonces el consumidor prefiere pagar por adquirir la información relevante a través de su propia experiencia, es decir *ex post*.

de financiamiento para los pobres, entenderá por que los productos basura son más importantes de lo que parecen[85].

¿Es acaso lógico que un padre que quiera comprar la primera bicicleta para su hijo en Navidad tenga que esperar hasta tener suficiente dinero como para comprar una bicicleta Peugeot? Si lo hace, su hijo quizás no aprenda a montar bicicleta hasta los 18 años. «Financiarse» con una bicicleta de inferior calidad no solo es económicamente eficiente, sino un acto bastante humano para quien quiere satisfacer una necesidad.

## XV. ¿SE DEBE PRESERVAR LA VIDA Y LA SALUD A CUALQUIER COSTO?

Es muy fácil armar falacias utilizando alguna premisa aparentemente indiscutible, que aparece como una verdad en sí misma, y a partir de ellas deducir como verdad algo que no necesariamente se deriva de la premisa.

Se puede por ejemplo decir lo siguiente:

Primera Premisa: *La vida y la salud son los valores más importantes.*

Segunda Premisa: *Algunos productos afectan la vida y la salud.*

Entonces: *Todos los productos que afecten la vida y la salud deben ser eliminados.*

Lo dicho parecería ser una conclusión que todos estaríamos dispuestos a asumir pacíficamente. Sin embargo, como veremos en los ejemplos y explicaciones que siguen, ello no es así.

En ocasiones anteriores se ha dicho que hemos afirmado que los productos que matan son buenos, por que son baratos, por lo que nuestras afirmaciones conducen al absurdo. Veamos algunos ejemplos de la aplicación del silogismo propuesto en la crítica que se nos ha hecho, para que veamos cuál criterio es el que nos lleva al absurdo.

Primera premisa: *Los vida y la salud son los valores más importantes.*

Segunda premisa: *Los cigarrillos afectan la vida y la salud.*

Entonces: Los cigarrillos deben ser eliminados.

Otro ejemplo:

Primera premisa: *La vida y la salud son los valores más importantes.*

Segunda premisa: *Los automóviles causan daños a la vida y la salud.*

---

85. Los créditos de consumo, en especial los que vienen otorgándose a los sectores más pobres del país, son un excelente ejemplo de esta situación. Se trata de créditos tremendamente costosos, mucho más que el crédito ordinario dado a las empresas, porque tienen altos costos administrativos y un riesgo mayor. Pero los que reciben esos créditos pagan estos altos costos a fin de poder cubrir sus necesidades actuales.

Entonces: *Los automóviles deben ser eliminados.*

Otro ejemplo:

Primera premisa: *La vida y la salud son los valores más importantes.*

Segunda premisa*: Algunas medicinas tiene efectos secundarios para la vida y la salud.*

Entonces: *Las medicinas que tienen efectos secundarios para la vida y la salud deben ser eliminadas.*

Otro ejemplo:

Primera Premisa*: La vida y la salud son los valores más importantes.*

Segunda premisa*: Las comidas con colesterol afectan la vida y la salud.*

Entonces: *Las comidas con colesterol deben ser eliminadas.*

Un último ejemplo:

Primera Premisa*: La vida y la salud son los valores más importantes.*

Segunda Premisa: *Los «productos basura» afectan la vida y la salud.*

Entonces: *Los «productos basura» deben ser eliminados.*

Los ejemplos que hemos puesto son una muestra muy clara de como se puede construir una falacia (o muchas) a partir de una afirmación efectista y de la que nadie parecería dudar. Pero si utilizamos la misma línea de razonamiento casi cualquier producto, servicio o actividad humana debería ser eliminada del mercado.

El truco esta en reducir probabilidades a certezas. Evidentemente cuando un producto lleva a la certeza de un daños a salud (o a una posibilidad alta de que ella ocurra) entonces es evidente que no es un producto deseado por el consumidor. Los consumidores tienen expectativas a partir de los cuales se hacen una representación en abstracto de un bien o servicio. Difícilmente dicha expectativa implica una certeza de muerte o daño a la salud. Pero las personas si desarrollamos actividades o adquirimos productos más o menos seguros, siendo conscientes de soportar más o menos riesgos, incluso a la vida y la salud.

Este principio es de fácil aplicación a través de un precedente de la Sala de Competencia del Tribunal del INDECOPI. Así en el caso de Humberto Tori Fernández contra Kouros E.I.R.L.[86] se estableció como precedente que «se presume que todo proveedor ofrece una garantía implícita, que el bien o servicio materia de la transacción comercial con el consumidor es idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren estos en el mercado, según lo que esperaría un consumidor razo-

86. Resolución Nº 085-96-TDC, publicada en el Diario oficial «El Peruano» el día 144749.

nable, considerando las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos y los servicios contratados, lo que comprende el plazo de duración razonablemente previsible de los bienes ofrecidos. Sin embargo, si las condiciones y términos puestos en conocimiento del consumidor o que hubieran sido conocidos usando la diligencia ordinaria por parte de éste, contenidos en los documentos, envases, boletas, recibos, garantías o demás instrumentos a través de los cuales se informa al consumidor excluyen o limitan de manera expresa los alcances de la garantía implícita, estas exclusiones o limitaciones serán oponibles a los consumidores»[87].

Así, en circunstancias normales no es esperable por un consumidor que el bien le cause con certeza la muerte o un daño a la salud, y por tanto se entenderá comprendido dentro de la garantía implícita que el bien no es un veneno. Pero si es posible que los bienes involucren ciertos riesgos siempre que sean conocidos e identificables por el consumidor, sea porque las circunstancias de la compra así se lo indican o porque ha sido informado en tal sentido por el proveedor.

No es inmoral, por tanto, que ciertos bienes involucren ciertos riesgos para las personas que los adquieren. Sino los cigarrillos, las medicinas con algún posible efecto secundario o los automóviles serían inmorales. Como bien señala el Premio Nobel de Economía, el profesor Gary Becker:

> «La buena salud y la larga vida son objetivos importantes para la mayoría de las personas, pero un momento de reflexión bastará segura-

87. Este precedente establece el principio de garantía implícita. Sin embargo tiene un contenido distinto al desarrollado en los Estados Unidos en diversas leyes, en especial la Magnuson-Moss Warranty Act. Mientras en Estados Unidos las garantías implícitas suelen establecer su obligatoriedad, de manera que no pueden ser renunciadas por el consumidor, el principio establecido en el Perú es más flexible y permite al proveedor liberarse de tal garantía informando de tal hecho al consumidor. De esa manera se reducen los costos de transacción (se entiende que el bien es lo que normalmente se esperaría que fuera) pero se crean incentivos para revelar cualquier diferencia entre lo que se puede esperar y lo que el bien es, dadas las circunstancias.

Evidentemente dentro del concepto de «circunstancias» queda incluido el lugar donde se adquirió el bien. Quien compra en una paradita o a un ambulante puede esperar algo distinto a quien compra en un Centro Comercial de reconocido prestigio. Debe destacarse, sin embargo, que esta idea parecería estarse cambiando en la jurisprudencia reciente. En el caso Domingo García Belaunde vs. el Banco de Crédito, la Resolución No 0357-2004/TDC-INDECOPI de fecha 25 de Agosto del 2004 resolvió que los consumidores podían efectuar prepagos de su crédito sin respetar las penalidades pactadas, lo que significa que la garantía explícita pactada (penalidad por prepago) no se aplica por ir contra la idoneidad del servicio bancario.

> mente para convencer a cualquiera que estos no son los únicos objetivos a alcanzar por las personas en cuestión: puede sacrificarse un poco de salud o algunos años de vida si estos objetivos entran en conflicto con otros. El enfermo económico implica que existe una esperanza «óptima» de vida y esta se encontrará allí donde el valor en términos de utilidad de un año adicional de vida sea menor que la utilidad que se pierde utilizando el tiempo y otros recursos para conseguir dicho año de vida. Por tanto, una persona puede ser fumadora empedernida o puede trabajar tanto que excluya de su vida todo ejercicio físico, y ello no necesariamente porque ignore las consecuencias de sus actos o por que sea «incapaz» de utilizar la información que posee, sino porque el período de vida que se le garantiza no vale el coste de dejar de fumar o el de trabajar con menor intensidad. Si el conseguir una vida larga fuese el único objetivo de la persona, su comportamiento sería absurdo, pero puesto que existen otros objetivos, sus decisiones pueden ser racionales y estar bien informadas.
>
> De acuerdo con el enfoque económico, por tanto, la mayoría (si no todas) las muertes son en cierta medida «suicidios», y en el sentido que el fallecimiento pudo haberse pospuesto si se hubiesen invertido más recursos con el objeto de prolongar la vida. Esto no solo tiene implicaciones para el análisis de lo que normalmente denominamos «suicidios», sino también pone en cuestión la distinción que normalmente se hace entre suicidio y 'muerte natural'»[88].

Los individuos toman continuamente decisiones que afectan su expectativa de vida. Desde temas tan fundamentales como donde trabajar (unos trabajan en socavones en las minas o como toreros, reduciendo su expectativa de vida, y otros como jardineros o carpinteros, alargándola en relación a otros trabajos) o tan banales como el placer de fumar.

Bajo una perspectiva exagerada como la que se ha venido proponiendo en las tesis «pigounenses», jugando efectistamente con valores como la vida o la salud, los cigarrillos y su nicotina, los chorizos españoles y su colesterol o los baños de cobalto para los enfermos de cáncer, serían «productos basura» por que según los propios términos expuestos llega a «conclusiones reñidas con valores fundamentales como la vida, la salud o el buen término de las actividades económicas» o «el riesgo es la enfermedad grave o la muerte». El cigarro, el chorizo y el cobalto tienen como riesgo la enfermedad grave o la muerte, y no se pide al INDECOPI que salga a las

---

88. Becker, Gary, «El Enfoque Económico del Comportamiento Humano». En: *Información Comercial Española*, N.º 557, enero 1980, pp. 15-16.

calles a destruir el tabaco, desaparecer los chorizos o perseguir a los que utilizan en cobalto como medio de curación.

El uso de estos bienes, y de miles de otros más, debe hacerse en una atmósfera de información adecuada. Ello es la auténtica garantía para un auténtico bienestar. El Estado no debe rehuir su rol, debe hacer lo correcto, y lo que sugieren los «pigounenses» en este aspecto es equivocado.

No debe perderse de vista, además, como veremos en el siguiente punto de esta sección, que las regulaciones que imponen de manera forzada sobrecostos a los consumidores tienen un efecto claro en la reducción de las expectativas de vida de los sectores de pocos ingresos. No solo la afectación de ingreso de los pobre puede agravar problemas como la desnutrición, falta de recursos para salud, menos educación, viviendas inseguras, y otros males derivados de gastar más de la cuenta en regulaciones absurdas y paternalistas, sino que todos estos aspectos reducen además las expectativas de vida de los seres humanos. Pero además los gastos excesivos de esquemas regulatorios intervencionistas, reducen a su vez la disponibilidad del gasto en apoyo social. Por eso el gasto de una agencia regulatoria moderna debe dirigirse principalmente a la construcción de un marco institucional que permita a los consumidores decidir, antes que a reemplazar tal decisión.

## XVI. LOS EFECTOS DISTRIBUTIVOS DE PROHIBIR LOS «PRODUCTOS BASURA»

A pesar de las tremendas pérdidas en eficiencia económica que producen regulaciones de calidad inadecuadas en países con grandes segmentos de la población en la extrema pobreza, podría ensayarse un último argumento en favor de las tesis intervencionistas. Sin perjuicio de los costos en eficiencia, podemos lograr una mejor distribución del ingreso si protegemos a los sectores más pobres forzando a los proveedores a ofrecerles mayor calidad a sus productos.

Una primera objeción importante a tal argumento es que mucho de los proveedores de estos productos son también gente de pocos ingresos, con lo que en realidad estaríamos hablando, curiosamente, de una redistribución de recursos entre dos grupos de pocos ingresos: los consumidores pobres y los proveedores pobres. Dejemos, sin embargo, dicho problema de lado por un momento.

Alan SCHWARTZ analiza los efectos que puede tener una regulación equivocada en los sectores más pobres. Si bien se refiere a las cláusulas contractuales, lo que dice es perfectamente aplicable al caso de la calidad de los productos. En realidad todo problema de calidad puede enfocarse simple-

mente como una menor o mayor garantía dada por el proveedor al consumidor en el contrato que existe entre ambos[89]. Según SCHWARTZ:

> «Prohibir una cláusula contractual por que para el pobre es difícil comprar términos más favorables nos lleva a un resultado no óptimo. Asumamos, por ejemplo, que un minorista está ofreciendo dos contratos que son idénticos salvo por una cláusula: el primer contrato, que cuesta $ 100, incluye una garantía contra defectos del producto, mientras que el segundo, que cuesta $ 90, incluye una renuncia a la garantía. El minorista hipotético tiene clientes para los dos contratos, pero el Estado, por legislación o decisión jurisdiccional, prohíbe la renuncia a la garantía. Bajo tales circunstancias, la prohibición de la renuncia a la garantía no ayuda ni afecta a aquellos consumidores que hubieran comprado la cobertura de la garantía. La prohibición, sin embargo, daña a los consumidores que hubieran comprado el contrato renunciando a toda garantía. Estos consumidores valorizan el seguro contra defectos de los productos en menos de lo que valorizan otros usos de sus $ 10. En consecuencia, la prohibición de la renuncia nos lleva a un resultado no óptimo: algunos compradores se consideran peor que antes de la prohibición, y ningún comprador se considera mejor»[90].

Hasta aquí SCHWARTZ hace un simple análisis de los efectos en eficiencia de la medida, siguiendo una línea de razonamiento similar a la que hemos desarrollado en los puntos anteriores. Pero luego continúa diciendo:

> «Este resultado es particularmente indeseable, porque prohibir la renuncia a las garantías afectará probablemente más adversamente a los pobres, que a los ricos. Una persona pobre gasta un gran porcentaje de su ingreso en bienes para los que su demanda es inelástica respecto de su ingreso, por ejemplo comida, vivienda y vestido. Conforme su ingreso se incrementa, él comenzará a comprar bienes para los que su demanda es más elástica respecto del ingreso. El análisis sugiere que la demanda

---

89. Tal como se ha analizado antes, todo productor ofrece una garantía implícita que se refiere a una calidad mínima esperable por el consumidor, y que se incorpora como un término contractual a partir del cual el proveedor debe responder.

90. SCHWARTZ, Alan, «A Reexamination of Nonsubstantive Unconscionability» En: *Virginia Law Review*, Vol. 65, pp. 1057-1058. Como se puede apreciar esta es una simple aplicación del llamado criterio de PARETO.

George, PRIEST se pronuncia de manera similar («A Theory of the Consumer...», p. 1344) cuando nos dice, refiriéndose acciones judiciales que afectan la facultad de decisión del consumidor: «*Si el jurado se equivoca, el veredicto hará responsable al fabricante por la falla del producto en satisfacer un uso no preferido por la clase dominante de consumidores, poniendo a ambas clases de consumidores en una situación peor.*»

> de una persona pobre por la protección de garantías es probablemente más elástica respecto del ingreso que la demanda por «necesidades»[91].

En el mismo sentido se pronuncia CRASWELL, cuando nos dice:

> «La escasez de recursos de estos consumidores los dejara normalmente en la imposibilidad de pagar mucho por el producto mismo y en la imposibilidad de pagar mucho por la garantía, (...). En tal caso, los consumidores pobres perderían por la introducción de la garantía, y solo los consumidores con más recursos se beneficiarían»[92].

Más adelante, el mismo autor continúa diciendo:

> «(...) un consumidor extremadamente pobre puede encontrarse imposibilitado de pagar algo por la garantía por que todos los escasos recursos del consumidor son dirigidos a compras más urgentes. Sin embargo, si se le diera la garantía, el consumidor tendría el derecho de exigir una compensación si el producto falla (...) la falta de deseo de pagar por un derecho legal estaría reflejando el alto valor que el consumidor deposita en el dinero, en lugar de bajo valor que deposita en el derecho legal»[93].

Evidentemente el derecho legal a una mayor calidad, derivado de los términos implícitos o explícitos del contrato, puede ser un bien deseado o no por el consumidor de la misma manera como ocurre con cualquier otro bien o atributo. La falta de calidad adicional no tiene entonces que ser interpretada necesariamente como un engaño, sino como un bien que el consumidor simplemente decidió o no pudo comprar por falta de presupuesto.

Así, CRASWELL nos dice:

> «Desafortunadamente, mientras que todos los consumidores que continúen comprando el producto se estarían beneficiando por obtener una garantía a un precio relativamente bajo, otros consumidores estarían perdiendo porque el precio los ha sacado del mercado.

---

91. *Ibídem,* p. 1058. La elasticidad respecto del ingreso mide el nivel de respuesta de la demanda a cambios en el ingreso de las personas. Es determinada dividiendo un porcentaje de variación en la cantidad entre un porcentaje de variación en el ingreso. Se puede decir, según lo afirmado por SCHWARTZ, que la demanda por calidad es elástica respecto del ingreso, por lo que el consumidor preferirá cubrir sus necesidades básicas (en las que la demanda es inelástica) antes de adquirir calidad adicional.

92. CRASWELL, Richard. «Passing on the Cost of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships». En: *Stanford Law R*eview, Vol. 43, p. 379.

93. *Ibídem,* p. 392.

> (...)
> De alguna manera, el problema es que las reglas legales como las garantías implícitas son, en el mejor de los casos, una respuesta parcial a problemas como la pobreza, falta de conciencia o información imperfecta. La regla legal podría darle a muchos consumidores lo que hubiesen querido si tuvieran dinero, si sus preferencias han coincidido con las creencias de la sociedad o si hubieran tenido información imperfecta. Sin embargo, tal regla legal no hace nada para corregir la fuente del problema: los consumidores seguirán estando imperfectamente informados, seguirán siendo pobres y seguirán teniendo preferencias inadecuadas. Como resultado, algunos consumidores seguirán sin la posibilidad de obtener todos los beneficios que deberían obtener de la regla legal. Por el contrario, ellos rechazarán la protección adicional negándose a pagar un precio muy alto por ella (...)»[94].

Sin duda los efectos negativos en términos de redistribución terminan siendo evidentes:

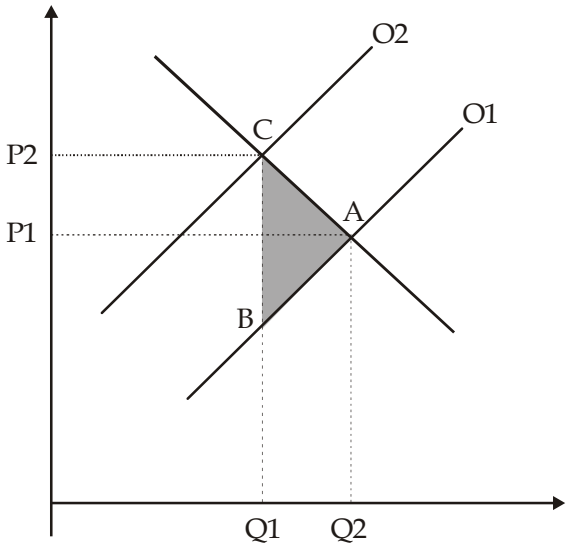
> «(...) la definición de una posición pro-consumidor se torna problemática cuando algunos consumidores pueden probablemente beneficiarse (...) mientras otros tenderán a perder. Los perdedores, una vez más, son aquellos consumidores que se encuentra en o cerca al margen existente entre comprar y no comprar el producto sin la garantía. Si bien este grupo podría estar formado por aquellos que simplemente tienen pocas preferencias por el producto, pueden también estar conformados por aquellos que tienen poco dinero que gastar. En tal supuesto, la redistribución entre los consumidores será regresiva.
>
> Si dejamos de lado la presunción de que los verdaderos beneficios de la garantía son los mismos para todos los consumidores, y asumimos, por el contrario, que la divergencia entre el verdadero valor y el deseo de pagar varía entre los distintos consumidores, la redistribución a través de los consumidores se torna aún más compleja. Los consumidores marginales serán entonces o los que le dan el menor valor al producto mismo o los que le colocan de alguna manera un valor mayor pero estarían dispuestos a pagar solo un monto muy reducido por la garantía. Si aquellos que van a pagar un monto reducido por la garantía están en tal la posición como consecuencia de la información imperfecta o por falta de conciencia, entonces la redistribución trasladará recursos de estos en favor de aquellos que tengan mejor información y aquellos cuyas preferencias no han sido tan distorsionadas. Si bien es difícil generalizar

94. *Ibídem,* pp. 395-396.

> sobre la distribución en estas dimensiones, en muchos casos los perdedores serán precisamente los grupos que la garantía trata de ayudar»[95].

Fijémonos que CRASWELL se pone incluso en el supuesto de mercados que están funcionando con altos costos de transacción (preferencias irracionales e información imperfecta) y sin embargo concluye que los efectos distributivos de imponer condiciones en los contratos entre consumidores y proveedores no son los deseables.

La pérdida de eficiencia, que afecta principalmente a los pobres, se puede ver reflejada en la siguiente gráfica, en el triángulo sombreado. Esa es la parte del excedente social que se pierde prohibiendo a rajatabla la existencia de baja calidad en ciertos productos.




O1 refleja la curva de oferta de un producto basura. El punto de equilibrio con la curva de demanda (D) determina que se producirá Q1 al precio P1. Como consecuencia de la exigencia legal de una calidad adicional, se produce un desplazamiento de la curva de oferta, siendo la nueva curva resultante O2. El nuevo punto de equilibrio determina que se producirá Q2 al precio P2, donde Q2 < Q1 y P1  P2, es decir que se producirá menos a un precio mayor. Ello confirma la predicción que menos consumidores podrán

95. *Ibídem,* p. 397.

comprar, y los que compran lo harán a mayor precio. El triángulo ABC refleja la pérdida del excedente social como consecuencia del aumento de costos de producción.

El contraargumento que probablemente se plantee al efecto redistributivo regresivo es que los consumidores pobres son menos racionales o están sujetos a una cierta incapacidad civil para tomar decisiones adecuadas. Sea por que tienen menos información, o por que son un grupo de «incautos» fáciles de estafar, estos consumidores no pueden apreciar correctamente los valores de lo que compran o lo que dejan de comprar, «atraídos por el cuento del precio barato».

Como bien señala SCHWARTZ, esas inferencias de incompetencia, comunes especialmente en muchos abogados, «(...) raramente se sustentan en el trabajo de expertos —psiquiatras o psicólogos; reflejan por el contrario juicios abstractos en lugar del resultado de exámenes individuales o experimentos controlados; y suelen basarse en anécdotas o impresiones subjetivas»[96].

Como bien señala luego el mismo autor, tales inferencias son objetables, no por que se haya probado que sean falsas, sino simplemente por que la evidencia utilizada es incapaz de llevarnos a tales conclusiones. Los estudios empíricos realizados, por el contrario, contradicen tales conclusiones. Un estudio realizado por NEWTON sobre familias pobres rurales concluye que:

> «La gente pobre percibe y actúa de acuerdo con costos y retornos marginales (...) Ellos están (...) cerca al óptimo dadas sus circunstancias, que es más de lo que podemos decir de cualquier otro grupo. Esto significa que es apropiado asumir (...) que los pobres se comportan racionalmente y en su mejor interés»[97].

Otro estudio, examinando el comportamiento crediticio de un grupo de personas de bajos ingresos en los Estados Unidos concluyó que:

> «En general los compradores de bajos ingresos o pertenecientes a minorías aparecen teniendo una percepción realista de la estructura del mercado de crédito, al menos si los comparamos con otros grupos de la población»[98].

---

96. SCHWARTZ, Alan. «A Reexamination of...», p. 1078. De manera similar se pronuncia SUNSTEIN cuando afirma que debe trabajarse en el diseño e implantación de marcos regulatorios contra la «regulación por anécdota» o las presiones de grupos privados bien organizados. SUNSTEIN, *Ob. cit.,* p. 18.

97. NEWTON, «Economic Rationality of the Poor». En: *Human Organization*, Vol. 36, 1977, p. 58, citado por SCHWARTZ. «A Reexamination of...», p. 1079.

98. DAY y BRANDT. «A Study of Consumer Credit Decisions: Implications for Present and Prospective Legislation». En: *Technical Estudies*, Vol. 1, 1972, p. 95, citado por SCHWAR-

A conclusiones similares llegan una serie de estudios realizados sobre la racionalidad económica de los campesinos peruanos, grupo bastante pobre de la población, los que han sido definidos como muy eficientes y efectivos en el uso y aprovechamiento de los recursos existentes. SCHULTZ, citado por FIGUEROA, nos dice que, «En la agricultura tradicional, es decir en la economía campesina, no existe ineficiencia ni sobrepoblación; la pobreza aquí se explica por la pobre dotación de recursos y por la tecnología tradicional. Los campesinos son pobres pero eficientes»[99]. Javier ALBO concluye que la estrategia campesina no es irracional, sino que es producto del bajo nivel de tecnología disponible, constituyéndose posiblemente en la mejor adaptación posible al medio ambiente dadas las circunstancias[100].

Es evidente que personas que tiene que satisfacer una gran cantidad de necesidades básicas con una cantidad muy reducida de recursos, tienen incentivos para desarrollar una aguda racionalidad en el uso de los mismos. Es de esperar que los pobres racionalicen sus gastos y asignen sus riesgos de manera mucho más adecuada y eficiente que personas de ingresos altos. El rico puede perder dinero, pero el pobre podría cruzar la línea de la no supervivencia, y eso agudiza su ingenio y su capacidad para administrar su escasez. La existencia de paquetes de atributos limitados puede ser una estrategia adecuada para resolver muchos problemas. Considerar un «incauto» a una persona que puede administrar tan bien sus recursos es, sin duda, un exceso, por lo menos cuando se generaliza el término para justificar una intervención más agresiva del Estado[101].

---

TZ, «A Reexamination of...» *Loc. cit.,* En el mismo trabajo se concluye que no existe correlación entre variables demográficas como la raza o el ingreso y el comportamiento poco racional o desinformado de los consumidores.

99. Citado por FIGUEROA, Adolfo. *Economía Campesina* Lima, pp. 67-89.

100. ALBO, Javier. «Algunas Pistas Antropológicas para un Orden Jurídico Andino». En el libro *Derechos Humanos y Servicios Legales en el Campo.* Comisión Andina de Juristas, Lima 1987, p. 63.

101. Incluso existen estudios realizados en personas con enfermedades mentales (AYLLON y AZRIN «The Mesurement and Reinforcement of Behavior of Psycotics». En: *Journal of Experimental Analysis of Behavior.* Vol. 8 o BATTALIO, KAGEL, WINKLER, FISHER, BASMANN y KRASNER «A Test of Consumer Demand Theory Using Observations of Individual Consumer Purchases». *W. Economics Journal*, Vol. 11 citados por SCHWARTZ, «A Reexamination of...», p. 1080) que demuestran que esa categoría de personas responde a incentivos económicos tales como mejores sueldos o cambios en los precios relativos de los bienes. Ante tal evidencia, considerar a los pobres incapaces de responder a incentivos económicos tiene una clara connotación discriminatoria.

Quizás la mejor manera de comprender esto es leyendo la cita que hace NEWTON de una madre pobre y que explica como funciona la racionalidad humana cuando se enfrenta a una aguda escasez de recursos:

> «Mira mi amor, si quieres ver cómo la gente gasta su dinero en cosas que no necesitan, y que no tienen idea sobre qué es lo que están obteniendo por su dinero, y que harán sus compras incluso sin pensar qué es lo que les pasará, mejor anda a estudiar a los ricachones. Si yo desperdiciara el dinero como lo hacen ellos, estaría muerta»[102].

Pero a los costos que la regulación carga a los particulares, hay que añadir el inútil gasto público que esquemas regulatorios equivocados y mal aplicados genera (como por ejemplo salir a eliminar todos los productos basura aplicándoles «estándares de calidad») y que sustrae recursos de otros gastos que van desde uso de esquemas regulatorios más inteligentes y que si pueden generar bienestar, hasta gastos de apoyo social que ayuden a muchos a salir de la pobreza.

Como señala SUNSTEIN, existe literatura reciente que sugiere que los gastos en regulaciones inútiles, incluso dirigidos a supuestamente preservar la salud y la vida de los consumidores, podrían tener a su vez un costo en vidas humanas. Los gastos generados por las regulaciones absurdas pueden generar más desempleo y pobreza. Siendo que la gente pobre tiene una expectativa de vida menor que la gente rica es posible que el agravamiento de la pobreza este, literalmente, matando gente. Incluso cita un celebre fallo del Juez Williams, de los Estados Unidos, en el cual este afirma:

> «(...) gastos extravagantes en salud pueden, en ciertos casos, afectar la salud de manera adversa, por la vía de cerrar el paso a gastos en otros ítems —como comida de mejor calidad, vivienda o recreación— que contribuirían más a la salud de los individuos que los gastos directos en cuestión»[103].

Pero adicionalmente a todo lo dicho, crear un esquema regulatorio especial para los productos que consumen los pobres tiene un cariz claro de intentar estigmatizar a una categoría de personas, tratándoles como minusválidos incapaces de decidir por sí mismos. ¿Por qué considerar racional a quien no desea gastar en un vehículo Volvo, evidentemente más seguro que un Tico de Daewoo sustancialmente más barato, por más que se puede demostrar que su posibilidad de morir en un accidente aumenta

---

102. NEWTON, *Ob. cit., Loc. cit.*

103. SUNSTEIN, *Ob. cit.,* p. 11.

dramáticamente en el último caso, y si prohibir a un consumidor comprar una bicicleta de poca calidad en lugar de una Peugeot u otro modelo parecido? ¿Acaso no es tan peligroso fumar como comprar muchos de los productos que espantan a los «pigounenses», y sin embargo no se plantea salir a las calles a desaparecer los cigarrillos? Salvo que se considere que las personas de altos ingresos tienen una cualidad especial que les permite comportarse más racionalmente que los pobres, crear un régimen regulatorio especial que les coloque a los sectores de bajos ingresos en una especie de «ghetto» jurídico es realmente discriminatorio y por tanto inconstitucional pues se afecta, sin motivo, su derecho a la libre elección.

Por eso es que el análisis costo beneficio que sugerimos es, siguiendo a SUNSTEIN, mucho mejor desde el punto de vista democrático, pues comparado a las formas de regulación tradicional (inspiradas en el «New Deal») está en capacidad de reducir los efectos de las presiones de grupos de interés sobre la administración pública, al dar criterios más objetivos de toma de decisiones[104]. Así, nos dice:

> «(...) los requerimientos de costo beneficio tienen además un fuerte justificación democrática. Así, pueden ser entendidos como una forma de mediatizar las presiones de grupos de interés sobre las regulaciones y como un método que asegure que las consecuencias de la regulación no están sepultadas en el misterio sino por el contrario están a disposición para la inspección y revisión públicas. Algunos de los argumentos más sólidos en favor de los requerimientos de costo-beneficio no son característicamente tan económicos como democráticos»[105].

Quizás la mejor manera de resumir lo analizado en este punto es citando a SCHWARTZ, cuando al referirse a la prohibición por el Estado a que se den ciertos pactos entre particulares, muestra cómo los consumidores pobres terminen siendo aún más pobres[106]:

> «Empobrecer a una persona quiere decir aquí reducir el número de opciones que una persona tiene disponibles para mejorar su vida. Supongamos que un juez prohíbe una cláusula en el contrato. El ha puesto una

---

104. *Ibídem,* p. 20.

105. *Ibídem,* p. 4.

106. Como se recordará, si entendemos los bienes como «paquetes de atributos», entonces la eliminación de una cláusula de garantía puede ser sinónimo de la exigencia de mayor calidad. Se trata simplemente de tratar de expandir por ley la responsabilidad del productor porque el producto no tenga determinados atributos que la autoridad pueda considerar exigibles.

> restricción a las opciones disponibles que tienen las personas para ponerse de acuerdo (...). La gente pobre tiende a tener menores opciones que la gente rica porque tiene menos dinero. Pero los pobres tienen, al menos, autonomía privada. Si un juez prohíbe una cláusula basado en el ostensible campo de proteger al pobre, el juez está finalmente reduciendo las opciones de la gente pobre y por tanto esta impidiendo que los pobres hagan las cosas lo mejor que pueden dadas sus circunstancias, (...).

Para ser concretos, si alguien compra una garantía, uno compra un seguro contra los defectos del producto. Un pobre puede preferir comprar un par de zapatos que comprar un seguro contra los defectos de los productos. Siendo que la gente pobre va a preferir renunciar a las garantías, por que ello reduce el precio de compra, asumirá sus propios riesgos sobre la confiabilidad del producto. Si el juez se niega a reconocer la renuncia como valida, esta eliminando una opción. Cuando los jueces se niegan a reconocer una cláusula y las personas involucradas son ricas, el problema no es serio. Los ricos tienen muchas opciones. Pueden ser compelidos, si el juez no reconoce la cláusula, a comprar un seguro y podrán ahogar su depresión en Bermudas. Los pobres en cambio, tienen un verdadero problema; cuando menor es la cantidad de opciones que uno tiene, más importante será cada opción. En consecuencia, a pesar que las inequidades distributivas deben de ser remediadas, remediarlas mediante normas contractuales es poco inteligente porque todo lo que el derecho contractual puede hacer es incrementar o reducir las opciones de las personas. Es difícil entender cómo las personas pueden ser colocadas en una situación mejor limitando, en lugar de ampliando, el número de cosas que pueden hacer»[107].

## XVII. ¿CÓMO ACTUAR RESPECTO DE LOS PRODUCTOS BASURA?

Actuar con criterio e inteligencia frente a problemas trágicos no es sencillo. La tentación de querer ayudar a superar los problemas de pobreza del país con acciones efectistas pero inefectivas e ineficientes es muy grande. Una sociedad con una gran escasez de recursos enfrenta equilibrios muy frágiles, como los de un «castillo de naipes». Una acción antitética o vehemente, que no mida sus costos y beneficios puede traerse todo el «castillo» abajo.

La reacción que parece más natural es atacar la mala calidad en si misma, sin atender a las causas que producen tal situación. Si la calidad es consecuencia de las fuerzas de mercado actuando sin distorsiones, existen tantas

---

107. SCHWARTZ. «Justice and the Law...», p. 115.

razones para intervenir de manera radical como las que existirían si el precio es alto como consecuencia de las fuerzas de mercado actuando sin distorsiones.

Constatadas razones de mercado que pueden explicar la existencia de «productos basura», lo que cabe es determinar en qué supuestos se producen niveles de asimetría informativa con información inadecuada que pueda estar llevando a resultados ineficientes, identificando en qué casos los costos de transacción existentes podrían estar derivando en un mal funcionamiento de mercado. E incluso en aquellos casos en que se determine que tales costos de transacción existan, debe determinarse si la intervención del Estado (sea legislativamente, judicialmente o administrativamente) no va a generar mayores costos y distorsiones que aquellas que pretende aliviar.

La intervención no debe orientarse ni tener por efecto la reducción de opciones a los consumidores. Cualquier decisión de actuación que se tome debe orientarse, por el contrario, a crear las condiciones para que sean los propios agentes económicos (consumidores y proveedores) los que corrijan las fallas que pudieran estarse produciendo como repuesta a los incentivos que cree la intervención. De lo contrario la regulación caería bajo las críticas de Sunstein cuando se refiere a las acciones tomadas por los entes reguladores norteamericanos:

> «Actualmente se está sugiriendo que el gobierno nacional a fallado en cumplir adecuadamente su labor y que ello ha llevado a que comúnmente las cosas estén peor. Bajo esta perspectiva, no estamos sugiriendo que los mercados son ideales; pero usualmente los mercados funcionan mejor que los programas regulatorios que se diseñan como soluciones. En suma, la pregunta es cuándo los beneficios justifican el costo»[108].

Como él mismo señala, es muy común que los gobiernos cometan el error de regular a través de directivas rígidas que prohíben el uso de medios más flexibles y efectivos en términos de costos para lograr los mismos fines[109].

En este contexto promover competencia, antes que limitarla, es una salida más inteligente:

> «Una vez que se ha identificado que el mercado no se está comportando competitivamente porque muy pocos consumidores están informados, las opciones que quien tiene que decidir son cuándo regular las transacciones en los aspectos sustantivos o intentar mover el mercado hacía el

108. Sunstein, *Ob. cit.*, p. 7.

109. *Ibídem,* p. 9.

> equilibrio competitivo. (...) Mover el mercado hacía el equilibrio competitivo es preferible a tales regulaciones (...)»[110].

Y el tema se reduce a un dilema muy claro. ¿Quién está en mejor posibilidad de elegir qué es bueno para el consumidor? ¿El propio consumidor o los funcionarios públicos? El consumidor conoce mejor sus preferencias y su presupuesto que los funcionarios. No existen entonces patrones objetivos para todos los consumidores. Los seres humanos queremos y buscamos cosas distintas en la vida, y no hay razones para pensar que los funcionarios tienen alguna habilidad especial para identificar qué es lo que cada ser humano quiere y busca.

Evidentemente lo que los «pigounenses» platean es intervenir en la transacción sustantiva, esto es controlar la calidad. Lo que nosotros planteamos es brindar información adecuada y dejar que las decisiones de los propios consumidores terminen corrigiendo el problema. Esto sin perjuicio de actuar selectivamente y con inteligencia en los casos de fraude.

Los casos de fraude o «hit and run» (golpea y corre) requieren de acciones selectivas, que investiguen a los responsables y actúen con eficacia en coordinación con las demás autoridades. Pero no debe caerse en el error de eliminar todo un género de productos del mercado por no poder identificar a quiénes son los responsables de la acción.

Los demás casos deben resolverse mediante acciones destinadas a suministrar mayor información a los consumidores, permitiéndoles que ellos mismos corrijan el mercado. La acción de las autoridades ante las fallas del sistema de competencia, no debe ser barrer con la competencia, sino por el contrario promoverla. Acabar con los «productos basura» es simplemente barrer con parte importante de los bienes que compiten en el mercado reduciendo sin fundamento, las opciones de los consumidores.

Y ello debe hacerse solo en mercados que, por los costos de transacción existentes, no se estén comportando competitivamente. Tal alternativa elevará la curva de costo marginal de la empresa y en consecuencia llevará a los consumidores a pagar precios más altos[111]. En tal sentido:

> «Dadas las dificultades de separar las imperfecciones del hecho de que la información es costosa, la intervención debe limitarse a aquellas instancias en que las imperfecciones de información claramente nos lleven a daños significativos a los consumidores, y que puedan ser corregidos

110. SCHWARTZ y WILDE, «Intervening in Markets...» pp. 666-667.

111. SCHWARTZ y WILDE, «Intervening in Markets...», p. 668.

> en una manera efectiva en términos de costos —sin crear distorsiones serias o efectos colaterales que nos lleven incluso a un daño mayor. (...) Quienes deben tomar decisiones al respecto deben contar con información adecuada para decidir y sopesar cuidadosamente los beneficios y los costos de las estrategias de intervención propuestas»[112].

Las acciones de publicar información, educar consumidores, promover competencia mediante publicidad, generar *rankings* de calidad o *performance* de productos y servicios le da a las decisiones de los consumidores valor agregado, y no les quita nada en términos de libertad. En lugar de expropiar su derecho a elegir, estas acciones refuerzan tal derecho. En tal sentido se pronuncia SUNSTEIN:

> «Una aproximación especialmente valiosa basada en la generación de incentivos consiste en el suministro de información. El Gobierno debe suministrar por propia iniciativa información vinculada al riesgo, como por ejemplo ha hecho en el caso de los cigarrillos, o requerir a las empresas que provean tal información a los trabajadores y consumidores. Si, por ejemplo, las compañías ofrecen tal información sobre los riesgos, se tendrá un efecto en la conducta de los consumidores y de los trabajadores»[113]

Por eso hay que tener mucho cuidado con los «cantos de sirena» que llaman a una actuación alocada pero finalmente anecdótica, en la que se cita uno o dos casos usados de manera efectista. Así:

> «Cuando los ciudadanos tienen una mala percepción de los hechos, el gobierno no debería responder a ello. Los juicios de los ciudadanos que se basan en creencias equivocadas deben ser corregidas mediante educación. Y cuando ellos están equivocados, el gobierno debe actuar en base a la realidad en lugar que en base a la ficción. Para que los juicios y decisiones públicas gobiernen, es importante asegurarse que están sustentados en base científica, en oposición a anécdotas sensacionalistas o tácticas que dejan heridas. No existe nada antidemocrático en que el gobierno se rehúse actuar en respuesta a demandas de regulación basada en ignorancia fáctica. Por el contrario, un sistema de representación democrática tiene como una de sus justificaciones centrales el «filtrado» de juicios ignorantes»[114].

---

112. BEALES, CRASWELL y SALOP. «The Efficient Regulation of...», p. 512.

113. SUNSTEIN. *Ob. cit.,* p. 10.

114. *Ibíd.,* p. 16.

SCHWARTZ y WILDE se pronuncian también en favor de llevarnos a un equilibrio competitivo mediante suministrar al consumidor información:

> «El método más promisorio de conseguir que los mercados se comporten competitivamente es suministrando información a los consumidores con comparaciones de precios y términos»[115].

La misma opinión sobre la conveniencia de utilizar remedios de difusión de información antes que intervención en los contratos de los consumidores es sustentada por BEALES, CRASWELL y SALOP:

> «(...) remedios basados en información serán usualmente las soluciones preferibles. Remedios que simplemente ajustan la información disponible a los consumidores dejan aún a los consumidores en libertad de hacer sus propias elecciones libres, introduciendo en consecuencia menos rigidez en el mercado. Tales remedios dejan al mercado libre para responder a los cambios que se dan a través del tiempo en las preferencias de los consumidores y en la tecnología de la producción. Por la misma razón, los remedios de información generan menos riesgo de daños serios si los reguladores se equivocan. Por ejemplo, si los consumidores no están realmente interesados en aumentar la calidad o la seguridad de los atributos de cierto bien, un remedio de información no forzará al mercado a realizar un cambio ineficiente (como lo haría un estándar obligatorio de producción). De manera similar, los remedios de información permiten a los diferentes consumidores tener distintos balances entre precio y calidad del producto, mientras que exigencias directas de calidad casi necesariamente imponen una sola opción a todos los consumidores»[116].

Luego, los mismos autores continúan diciendo:

> «(...) los remedios de información colocan la carga de la ejecución de una adecuada información sobre consumidores informados en conjunción con fuerzas de mercado. Este suele ser una manera más eficiente de ejecución, pues los consumidores están continuamente monitoreando la calidad durante su búsqueda en el mercado, liberando así a los reguladores de tal función. Los proveedores entonces autoejecutan el cumplimiento de una calidad adecuada motivados por incentivos de utilidad en lugar de como consecuencia del miedo a las acciones que adopte el gobierno»[117].

---

115. SCHWARTZ y WILDE. «Intervening in Markets...», p. 673.

116. BEALES, CRASWELL y SALOP. «The Efficient Regulation of...», p. 513.

117. Ibid, pp 513-514. Debe destacarse que los autores citados no son un grupo de defensores de las empresas privadas. BEALES, CRASWELL y SALOP eran, al momento de escribir el artículo que se cita, miembros de la Federal Trade Commission, la agencia estado

Refiriéndose en concreto a lo que ocurre en economías en transición, KOVACIC coincide que el énfasis debe ser puesto en educación y difusión de información:

> «Los mayores ingredientes de un programa de implementación de reformas en el área de legislación antimonopolios y protección al consumidor debe ponerse en publicitar la existencia de un nuevo marco legal y en educar a los consumidores, gerentes de empresas y funcionarios de gobierno sobre su contenido y racionalidad.
> (...)
> Las instituciones a cargo de la ejecución de las normas pueden enseñar a los consumidores sobre su habilidad para influir el comportamiento del productor. Enseñando a los consumidores como la competencia puede proteger sus intereses, la autoridad a cargo de la ejecución de las normas puede incentivar esfuerzos de los productores para atraer consumidores en base a mejores precios y atributos de calidad»[118].

Pero la pregunta que puede surgir de inmediato es por qué no dejar también al sector privado generar tal información comparativa. Si esa información es valiosa para los consumidores, entonces estos deberían estar dispuestos a pagar a las empresas que decidan organizar tal información y venderla a los consumidores. ¿Por qué no confiar en el propio mercado para cumplir esa labor? La razón es muy sencilla. Se producirían externalidades que harán poco rentable el negocio. Como dicen SCHWARTZ y WILDE:

> «Una vez que una empresa crea una lista de precios (o de calidades o términos contractuales), tendrá grandes dificultades para impedir que otras empresas o consumidores usen la información que ha revelado sin pagar por ella. Por ejemplo un consumidor que compra dicha lista podría distribuirla libremente entre sus amigos. En consecuencia las empresas privadas muy pocas veces invierten en producir tal información. Las agencias del gobierno, por el contrario, pueden producir esa información y distribuir información comparativa de precios (o calidades o términos) o subsidiar empresas para que lo hagan»[119].

---

unidense encargada, entre otras funciones, de regular los mercados de consumo. La experiencia reguladora de dicha agencia lleva a los tres autores señalados a las conclusiones que se citan e indican, en base a un auténtico conocimiento de causa, cuál es el camino correcto.

118. KOVACIC, William E. «Designing and Implementing Competition and Consumer Protection Reforms in Transitional Economies: Perspective from Mongolia, Nepal, Ukraine and Zimbabwe». En: *Depaul Law Review*, Vol. 44, Verano de 1995. N.º 4, pp. 1221-1222.

119. SCHWARTZ y WILDE, «Intervening in Markets...», p. 674. En realidad estamos simplemente ante un caso de bienes públicos. La información es un bien en el que, por su

Si el camino es establecer mejores sistemas de información, la pregunta que surge de inmediato es cómo deben actuar los entes reguladores para promover el mejor funcionamiento de los mercados.

Beales, Craswell y Salop sugieren que es preferible usar sistemas de suministro (*disclosure*) de información que dejen el mayor margen de acción a las fuerzas de mercado. La meta no es, sin embargo, especificar con todo detalle cuál es la información que debe suministrarse, sino crear los incentivos adecuados para que sean los propios proveedores los que revelen tal información. Esto reduce los riesgos de una mala decisión por el gobierno pues no fuerza a los proveedores a revelar información de manera inefectiva o a revelar información que, como consecuencia de cambios en las circunstancias, ya no es deseada por los consumidores[120].

Curiosamente, lo que estos autores sugieren a continuación, es muchas veces considerado una acción ineficiente, cuando es, precisamente, todo lo contrario: los cuadros comparativos, que son definidos como *«medición de la cantidad de uno o más atributos de un producto a través de las marcas»*[121]. Si bien la referencia que se hace es al uso de marcas, ello no impide utilizar ese criterio para comparar productos por su origen (por ejemplo adquiridos en locales formales frente a locales informales como se ha venido haciendo).

> «(...) los cuadros comparativos persiguen reducir los costos de comunicación referidos a atributos medidos. Antes de que las empresas puedan competir en base a diferentes cantidades de algún atributo, es necesario que los consumidores estén en la posibilidad de observar las cantidades

---

naturaleza, es imposible o muy costoso excluir a los demás de su uso. En consecuencia una vez revelada la información, el costo de obtenerla y procesarla difícilmente puede ser recuperado por quien trabajó para ello. La razón es la misma por la que se considera a las calles como bienes públicos. Por ejemplo, como ya vimos, los costos de asignar los derechos sobre el uso de la calle a un particular son muy altos. No es imaginable aún, con la tecnología existente, y de una manera barata, la creación de peajes en cada calle para que se pueda «alquilar» su uso a los transeúntes y vehículos y con ello mantenerlas. Por eso el Estado se encarga de suministrar los bienes públicos. Lo mismo ocurre con la información, y ello puede justificar el rol del Estado para ser quien suministra este bien público. De manera similar se pronuncian Beales, Craswell y Salop (*The Efficient Regulation of...,* pp. 523-524). Ellos concluyen diciendo que «*Un sistema de cuadros comparativos con información sobre productos es (...) un bien público en muchos aspectos. Si bien es un bien que puede ser suministrado privadamente por una asociación de comerciantes u otra entidad, es de todas maneras un bien colectivo. El gobierno es frecuentemente un mecanismo eficiente de tomar decisiones que son inherentemente colectivas.*»

120. Beales, Craswell y Salop. *The Efficient Regulation of...,* pp. 522-523.

121. Llamados por Beales, Craswell y Salop, («The Efficient Regulation of...», p. 523) scoring systems.

> de un atributo en diferentes productos. Cuando el sistema de cuadros comparativos suministra una nueva medida donde ninguna existía previamente, la comparación por los consumidores (y en consecuencia la competencia) sobre el atributo se hace posible (...)»[122].

Incluso, estos sistemas suelen ser baratos para la propia administración. Una vez difundida la información obtenida, la experiencia demuestra que los competidores favorecidos con la información suelen hacer el gasto de darle una difusión mayor. No es necesario por tanto invertir en grandes campañas. Los competidores tendrán incentivos suficientes para hacer ellos el gasto[123].

En este contexto, el camino de difundir sistemas de comparación de productos puede repotenciar la libertad de elección del consumidor. Y eso es lo que se persigue. Los cuadros comparativos pueden verse complementados con otras medidas como información sobre los riesgos de adquirir cierto tipo de productos, educación en como elegir, difusión de criterios para comparar, información estadística sobre marcas o tipos de productos más denunciados ante las autoridades, etc. Las acciones de intervención sustantiva en la relación contractual (determinación por regulaciones de precios, calidad y términos comerciales) deben ser descartadas como regla general de acción.

---

122. Beales, Craswell y Salop, «The Efficient Regulation of...», p. 523. Un excelente ejemplo de este tipo de acciones, que es solo uno de una inmensa cantidad de acciones similares, es la Revista Alemana *Test*. Esta revista publica regularmente cuadros comparativos de todo tipo de productos y servicios, obteniendo la información por medio de exámenes de perfomance de estos. Con un tiraje de 700,000 números mensuales, es a su vez una de las publicaciones de más consulta en las bibliotecas alemanas, según las estadísticas existentes. La revista es publicada por un patronato en el que participan los consumidores, los proveedores y el Estado, y si bien se financia en gran parte con sus propios ingresos, recibe un subsidio estatal dirigido a compensar la falta de ingresos por publicidad, medida tomada por el Consejo Editorial para mantener una transparencia e independencia más clara. (Información recibida por el autor durante la visita a las oficinas de la revista *Test*, en Berlín, Alemania en octubre de 1995).

123. Esta opinión es compartida por Beales, Craswell y Salop, «The Efficient Regulation of...», pp. 536-537. En casos como la publicación de los rankings de puntualidad entre aerolíneas o del «colómetro» de bancos por el INDECOPI se apreció muy bien este efecto. Publicados los rankings en el periódico, y en ocasiones solo en avisos en el aeropuerto a un bajo costo, las empresas con mejores resultados incluían la información relevante en avisos televisivos. Por ello afirmar que los periódicos llegan a muy poca gente es perder totalmente la perspectiva de la capacidad que tienen ese tipo de información para diseminarse en el mercado.

En este contexto, creemos que queda claro cuál es el camino y cuál debe ser la actitud tanto de las autoridades, de los consumidores y de los proveedores de los llamados «productos basura». El objetivo debe ser siempre reforzar la soberanía del consumidor, no mediatizarla. Y ello solo se logra con inteligencia y con un adecuado manejo teórico sobre el funcionamiento del mercado, ligado a un pragmatismo que permita obtener resultados concretos en mejora del bienestar. Se trata de llegar a puntos superiores en eficiencia, en términos de PARETO, evitando caer en las fáciles tentaciones que nos colocan los seguidores de PIGOU y que nos conducen precisamente al camino contrario.

Se dice que las acciones de promoción son menos efectivas porque, por ejemplo, la publicación en diarios de información sobre productos peligrosos o de cuadros comparativos de bienes y servicios llega a muy poca gente. Es interesante advertir, sin embargo, qué operativos masivos en mercadillos, realizados sin base cierta y sin fines definidos, tienen costos bastante mayores y una efectividad no comprobada.

Sin duda toda acción debe estar sujeta a un análisis costo-beneficio que permita determinar que los beneficios de la medida superan los perjuicios que esta genera. En las propuestas que suelen formularse populistamente bajo unan supuesta nueva dimensión de una competencia que se afirma en el discurso pero que se niega en la propuesta misma, no se ha formulado ni se identifican los beneficios, ni se determinan los costos y menos aún se establece un balance entre ambas cosas. La administración tiene la obligación y la responsabilidad de actuar racionalmente, no sólo porque utiliza recursos públicos, sino porque afecta recursos privados y una actuación irracional no difiere en tal sentido de una confiscación si su efecto final es privar de recursos a los consumidores, en especial a los más pobres.

## XVIII. LOS MECANISMOS DE CONTROL EN EL CÓDIGO CIVIL.

El problema de la contratación masiva es abordado tanto por las normas civiles ordinarias, como por una legislación especial cuya aplicación está a cargo de INDECOPI. Pasemos a analizar cada una de estas dimensiones.

El Código civil vigente incluyó artículos expresos referidos al problema de la contratación masiva. La lógica de recoger legislativamente normas al respecto en la parte general de contratos era proteger al consumidor. Desde este punto de vista, la intención era buena. El problema es que las soluciones contenidas en Código no son las más adecuadas.

Un primer problema es que el Código civil trata de enmarcar el fenómeno de la contratación masiva dentro del esquema de la teoría contractual tradicional, y que como vimos, respondía a las necesidades de mercado de corte artesanal. Ello lleva a que existan conceptos forzados ficciones que no necesariamente responden a la realidad de los hechos. Tal es el caso, denunciado acertadamente por FORNO[124], del tratamiento que nuestro Código da a la oferta al público, en un esfuerzo de «malabarismo conceptual» a fin de mantener incólume la concepción tradicional de oferta, esfuerzo que carece de razón de ser, salvo que se considere la coherencia conceptual es más importante que la coherencia de las normas con la realidad. Así se concluye que la oferta al público, la más común de las ofertas en un mercado masivo y desarrollado, no es realmente una oferta, sino una invitación a ofrecer.

Un segundo problema es que el Código muestra una clara tendencia a controlar el propio contenido contractual antes que el proceso transmisión de información al consumidor.

Nuestro Código recoge dos modalidades de la llamada contratación masiva: los contratos de adhesión y las cláusulas generales de contratación.

Mientras el contrato de adhesión es aquel en el que una de las partes es colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente estipulaciones fijadas por la otra[125], las cláusulas generales son aquellas que, habiendo sido redactadas previa y unilateralmente en forma general y abstracta, tienen por objeto fijar el contenido normativo de una serie definida de futuros contratos particulares[126]. En otras palabras, mientras adhesión se refiere al íntegro del contenido contractual, las cláusulas generales se refieren al contenido parcial del contrato. Creo, sin embargo, que no existe razón que justifique una distinción. El consumidor se adhiere al íntegro o a una parte del contenido contractual fijado por la empresa. Pero, a su vez, esa adhesión se produce a cláusulas generales de contratación, sea que estas cláusulas generales formen el íntegro del contrato o sean una parte del

---

124. FORNO, Hugo «La oferta al público: razones para una discrepancia». En: *Derecho* N.º 45, diciembre 1991, p. 215.

125. Artículo 1390.- El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar.

126. Artículo 1392.- Las cláusulas generales de contratación son aquéllas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos

mismo. Como hemos dicho, lo importante es que nos estemos refiriendo a modalidades de contratación en que la negociación se haya eliminado o, en todo caso, se encuentre severamente limitada.

Ambas modalidades no expresan más que puntos de vista distintos frente al mismo fenómeno. Es como mirar el mismo paisaje, pero parados en lugares diferentes. Mientras el contrato por adhesión parte de una concepción voluntarista, de origen francés, las cláusulas generales parten más de la incorporación de ciertas condiciones que regularán la relación jurídica en cuestión, mostrando una concepción más objetivista, de origen alemán.

Sin embargo, en uno u otro caso estamos ante fenómenos muy similares. Para que haya adhesión se requieren condiciones a las cuales adherirse, y que han sido estipuladas previamente por una de las partes. Si bien se puede argumentar que el artículo 1390 no se refiere a una cantidad indeterminada de contratos prerredactados, resulta obvio que el estipulante está en la posibilidad de colocar al adherente en la disyuntiva de adoptar o rechazar (sin oportunidad de negociar) el contenido de la relación jurídica a generarse. Ello resulta claro en el caso de la «contratación masiva», donde la disyuntiva viene impuesta por la ventaja estratégica que la asimetría informativa le da al estipulante en el mercado. Resulta difícil imaginar un ejemplo en el que, la adhesión no se dé a cláusulas generales. Por el contrario, el fenómeno de las cláusulas generales resulta teniendo un espectro de cobertura más amplio, permitiendo que la «adhesión» se produzca no a la integridad del contenido contractual, sino a algunas condiciones particulares.

A ello podemos agregar un inconveniente práctico importante referido a los contratos por adhesión. Como veremos líneas más abajo, el principal motivo para regular estas modalidades de «contratación» está en la posibilidad de contemplar mecanismos de protección heterónoma a fin de tutelar a la parte más débil, evitando configuraciones abusivas de la relación jurídica. En síntesis, podríamos decir que nuestro Código es, al menos en la intención, pro-consumidor. Sin embargo otra norma, directamente relacionada a la «contratación en masa», recoge precisamente el principio contrario. Nos referimos al artículo 1388[127], que regula la oferta al público. La mencionada norma dice que la oferta al público no es en realidad una oferta, sino una invitación a ofrecer. Se invierte la posición natural que tienen el oferente y el aceptante. Resulta ser que en los contratos dados en

127. Artículo 1388o.- La oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente.

Si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal.

un contexto de publicidad masiva (casi la totalidad de la «contratación en masa») el estipulante resulta siendo el aceptante de las ofertas que les plantean los potenciales adherentes. Este intento de catalogar fenómenos tan novedosos como la oferta al público dentro de categorías tradicionales como oferta, aceptación, consentimiento, etc., tiene, a nuestro entender, resultados contraproducentes. Le permite al estipulante rechazar las «ofertas» que le presentan los consumidores. La ley, en lugar de igualar la situación de ambas partes, amplía la brecha existente.

Una consecuencia directa de esto es que en aquellos «contratos» celebrados en un contexto de oferta al público, hablar de adhesión es prácticamente imposible. En los términos del artículo 1390, la adhesión es del «aceptante». No existe adhesión del «oferente», en tal virtud, el consumidor que se acerca a «ofrecer» la celebración de un «contrato» al estipulante no se adhiere a nada y curiosamente, resulta siendo el que prefija el contenido de la relación jurídica, el que curiosamente, se «adhiere» a sus propias condiciones.

En lo que concierne a los mecanismos de protección, el Código civil combina mecanismos de control legislativo, administrativo y judicial. Recoge la posibilidad de la aprobación administrativa previa de las cláusulas generales.[128]

Asimismo, ejerce un control legislativo sobre aquellos contratos por adhesión o cláusulas generales no aprobados administrativamente a través de la prohibición de incorporar cierto tipo de condiciones[129]. Finalmente,

---

128. Artículos 1393, 1394, 1396, entre otros.

Artículo 1393o.- Las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1395o.

Artículo 1394o.- El Poder Ejecutivo señalará la provisión de bienes y servicios que deben ser contratados con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa.

Artículo 1396o.- En los contratos ofrecidos con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, el consumo del bien o la utilización del servicio genera de pleno derecho la obligación de pago a cargo del cliente, aun cuando no haya formalizado el contrato a sea incapaz.

129. Artículo 1398o.- En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

Artículo 1399o.- En los contratos nominados celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, carecen de efica-

incluye un control judicial dándole la facultad al juez de interpretar el contrato en favor de aquella parte que no lo ha redactado[130].

Como dijimos, el Código muestra una tendencia clara a un control del contenido contractual. Así se somete a los contratos a una aprobación administrativa que evidentemente va dirigida a revisar el contenido de las cláusulas para excluir aquellas que son consideradas por la burocracia como abusivas o inconvenientes. Se asume entonces que un funcionario está en mejor capacidad que el propio consumidor para decidir que es que le conviene a este último, y lo peor es que dicho análisis se hace en abstracto, sin considerar las distintas preferencias e intereses de los diversos consumidores individuales en cada circunstancia concreta. Esto llega al extremo que, en el caso que las cláusulas generales hayan sido aprobadas administrativamente, éstas se incorporan al contrato incluso si no son conocidas por el consumidor[131]. Se asume, sin ninguna razón válida, que la administración pública está en mejor pie para saber qué es mejor para un consumidor, por lo que es innecesario que este tome conocimiento del contenido contractual al que se adhiere. El consumidor no puede sino sentirse insultado. Se le considera una suerte de un incapaz.

Adicionalmente, se prohíbe de manera expresa la incorporación de ciertas cláusulas por considerar que tienen una naturaleza *per se* abusiva[132]. Además, se sacan las cláusulas de su contexto. Por ejemplo se excluye la posibili-

---

cia las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato, a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no es de aplicación cuando las partes se hubieran sometido a un reglamento arbitral.

130. Artículo 1401o.- Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra.

131. Artículos 1393, 1396 e interpretación en contrario del 1397.

Artículo 1397o.- Las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente se incorporan a la oferta de un contrato particular cuando sean conocidas por la contraparte o haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria.

Se presume que la contraparte ha conocido las cláusulas generales de contratación cuando han sido puestas en conocimiento del público mediante adecuada publicidad.

132. Artículo 1398o.- En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato

dad de incluir cláusulas limitativas de responsabilidad en favor del estipulante sin tener en cuenta que el resto de las condiciones contractuales podrían hacer que esa cláusula sea perfectamente explicable. Lo que hace que una cláusula sea abusiva no es su contenido en sí mismo, sino la ruptura que ésta puede producir en el equilibrio contractual. Exactamente la misma cláusula en un contrato puede ser más que razonable y en otro crear problemas. No olvidemos que, como hemos dicho antes, el efecto de dichas prohibiciones puede ser el incremento del precio de los productos en el mercado. Y no olvidemos tampoco que ese precio lo paga finalmente el consumidor.

Quizás, el único artículo que hace alusión directa al mecanismo de transmisión de información es el 1397[133] que señala que las cláusulas generales no aprobadas administrativamente sólo se incorporan al contrato cuando sean conocidas o, al menos, conocibles por la otra parte. Asimismo este artículo contiene la presunción que las cláusulas han sido conocidas cuando han sido puestas en conocimiento del público mediante adecuada publicidad. En otras palabras, este artículo debe ser interpretado en el sentido que no forman parte del contenido contractual aquellas cláusulas que se incorporan utilizando mecanismos que ocultan o distorsionan la información que el consumidor recibe. A nuestro entender, este es el artículo más importante para poder controlar los abusos que se derivan del problema de información asimétrica. Sin embargo, esta norma es insuficiente, Y sus alcances están mediatizados por otros artículos que permiten una intervención, a nuestro entender innecesaria y excesiva, en el contenido contractual.

Nuestro legislador civil tuvo pues, a nuestro entender. una visión errada del problema. Se preocupó más de un poder económico supuestamente abusivo, que de cuidar la existencia de mecanismos adecuados de transmisión de información a los consumidores.

## XIX. LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN EN LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y EN LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA DEL INDECOPI.

El 9 de noviembre de 1991 se publicó el Decreto Legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor, norma que, con una serie de modificaciones

---

133 Artículo 1397o.- Las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente se incorporan a la oferta de un contrato particular cuando sean conocidas por la contraparte o haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria.

Se presume que la contraparte ha conocido las cláusulas generales de contratación cuando han sido puestas en conocimiento del público mediante adecuada publicidad.

introducidas en los últimos años regula el llamado Derecho del Consumidor y ha dado origen a una abundante jurisprudencia que ha ido precisando los criterios de interpretación y aplicación.

Esta norma ha establecido en la década de los noventa un nuevo marco en el que se desenvuelven las relaciones entre los proveedores y los consumidores, un marco normativo que se encuadra dentro de un sistema de libre mercado. Este marco, que ha sido complementado por las decisiones adoptadas por el INDECOPI, entre las que se incluyen algunos precedentes de observancia obligatoria, han buscado dinamizar el rol del consumidor en el mercado, convirtiéndolo en protagonista del mercado.

Como ya hemos visto, el rol de los consumidores en el mercado es esencial. No es posible imaginar un sistema económico de este tipo sin entender que su figura central es el consumidor. El mercado existe por y para los consumidores. Nada se justifica en términos de su funcionamiento sin comprender su rol. El consumidor es soberano del mercado por que en el fondo el desarrollo no es otra cosa que aumentar el nivel de bienestar que atraviesa la sumatoria de los consumidores.

El modelo peruano se contrapone claramente con otros modelos legales establecidos para regir las relaciones de consumo. Es un modelo pensado en términos de dinamizar la autonomía privada antes que en restringirla como hacen otros sistemas. La idea no es que otro decida por el consumidor sino crear las condiciones para que el consumidor decida por sí mismo. Incluso en este aspecto, y de manera paradójica, el sistema de protección administrativa protege más la autonomía privada de los consumidores que el propio Código civil.

Esta idea de potenciar la autonomía está recogida en la jurisprudencia del Tribunal del INDECOPI que en el caso Cheenyi vs. Konica[134] estableció:

> «Para tal efecto, debe tenerse en cuenta que la protección al consumidor se desarrolla en el ámbito de una economía social del mercado, esto es, de un sistema en que la interacción entre los ofertantes y demandantes orienta la asignación de los recursos, determinando la calidad y los precios en los que los bienes y servicios se incorporan al mercado. En consecuencia, no es rol del Estado y, por tanto, tampoco lo es del INDECOPI, el sustituir las decisiones de los ofertantes y demandantes. Por ello, una adecuada interpretación de las normas de protección al consumidor y, en especial, la definición de qué consumidor se encuentra amparado por nuestra legislación, es necesaria y deberá permitir que este régimen especial guarde relación con el funcionamiento de un mercado libre y dinámico.»

---

134. Resolución N.º 101-96-TDC/INDECOPI del 18 de diciembre de 1996.

Esto reformula el rol del Estado que deja de ser un agente económico para convertirse en un árbitro que garantice la transparencia del proceso de agregación de preferencias de los consumidores en el mercado. El Estado, lejos de regular y determinar el sentido de las relaciones de consumo se vuelve un facilitador para que en el proceso sea uno transparente y orientado a reflejar lo que los consumidores desean en el marco de lo que los proveedores están en capacidad de ofrecer.

Dentro de esta línea el problema central es el ya señalado la asimetría informativa y la inadecuada información entre los proveedores y consumidores. Como vimos, lo que hace la asimetría informativa es elevar los costos de transacción en el mercado. Estos costos de transacción implican que en ocasiones no se lleguen a celebrar contratos o estos se celebren en términos que no son los más adecuados.

Sin embargo algunos pronunciamientos relativamente reciente ponen en riesgo esta aproximación y toman un sesgo bastante más intervencionista. Así en el caso Domingo García Belaunde vs. Banco de Crédito del Perú[135] se estableció:

> «Puede observarse que, los negocios jurídicos -sobre todo aquellos celebrados en el marco de la contratación masiva- no pueden servir como instrumentos para restringir derechos, alegando que dichas restricciones fueron voluntariamente aceptadas. Una consecuencia de esta constatación es que las autoridades están obligadas a garantizar que los derechos legalmente reconocidos prevalezcan sobre los mecanismos de restricción de dichos derechos, sin importar que intenten presentarse como voluntariamente aceptados.

Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, esta Sala considera que, el derecho de los consumidores a realizar pagos anticipados en forma total o parcial reconocido por el literal g) del artículo 5 de la Ley de Protección al Consumidor, no puede ser vaciado de contenido por un negocio jurídico celebrado en el marco de la contratación masiva, donde el ejercicio de la libertad contractual y la autonomía privada se encuentran relativizados por la inexistencia de una relación de simetría e igualdad, presupuesto de la autonomía privada».

La pobre concepción del principio de autonomía privada, distorsionado es cierto por una lamentable resolución del Tribunal Constitucional, refleja que en la vía administrativa se prive de eficacia a un acuerdo contractual. En el caso se había pactado una penalidad por prepago. Así si el consumidor deseaba pagar el crédito por adelantado podía hacerlo, pero pagando una

---

135 Resolución No. 0387.2004/TDC-INDECOPI de fecha 25 de Agosto del 2004.

penalidad que él había aceptado en el contrato. Con el argumento que la Ley estaba siendo desnaturalizada (cuando quien la desnaturaliza es la resolución que citamos pues la Ley sí permite el cobro de costos por el prepago, y qué mejor costo que el que ha sido previamente pactado) lo que hacen en realidad es inaplicar un pacto que no iba contra ninguna Ley, solo porque no lo consideran justo. El efecto será un aumento en las tasas de interés.

Sin perjuicio de ello el sistema legal peruano debería sustentarse en un marco conceptual relativamente simple pero consistente en sus premisas básicas.

La primera de ellas se refiere a que el consumidor es quien está en mejor situación para decidir qué es bueno para él. Esta idea, que los economistas identifican como el principio de soberanía del consumidor, conduce a que el Estado devuelva al consumidor la facultad de autodeterminar su destino, y de decidir qué consumir y en qué condiciones.

La segunda premisa es que el consumidor, a pesar de ser quien mejor sabe qué le interesa, no necesariamente cuenta con la información suficiente para tomar las decisiones que le competen. En ese marco, existe asimetría entre lo que los proveedores pueden saber y lo que el consumidor sabe sobre un producto o servicio. Esta asimetría puede, en ocasiones, generar distorsiones que nos alejan de soluciones adecuadas.

La tercera premisa es que, normalmente, el propio mercado genera incentivos para que los consumidores obtengan información adecuada que los ayude a decidir. Así, la propia competencia estimula a los proveedores a suministrar información precisa y adecuada para ganar las preferencias de los consumidores, tanto sobre sus propios productos como sobre los productos de sus competidores. Por otra parte los propios consumidores tienen incentivos para obtener información, sea a través de su propia experiencia de mercado, como a través de otras fuentes (amigos, publicidad, publicaciones especializadas, etc.). Todo esto conduce a que, incluso en ciertas situaciones de asimetría informativa, la actuación del Estado no sea necesaria para que el mercado esté funcionando adecuadamente[136]. Esto conduce

136. Incluso, como ya se vio anteriormente, en muchas ocasiones, ni siquiera es necesario que todos los consumidores, y ni siquiera un número mayoritario de ellos estén adecuadamente informados. En mercados realmente competitivos una actitud informada de un grupo relativamente reducido de consumidores crea incentivos adecuados para que los proveedores suministren los bienes de manera adecuada. Ello por un razonamiento bastante sencillo. Si los consumidores son poco racionales y actúan con poca información sus decisiones funcionarán «random» es decir llegarán a soluciones adecuadas en función al azar o a la suerte, con lo que en una cantidad de casos harán elecciones adecuadas y en otro número decisiones inadecuadas. Bastará que un

a una actuación excepcional y residual del Estado[137].

En cuarto lugar, se parte de la idea que las normas contractuales ordinarias y los mecanismos de cumplimiento de las mismas, no serán adecuados para resolver los problemas que se presenten. Así, el recurrir a las Cortes ordinarias no será un mecanismo adecuado de proteger a los consumidores en este tipo de transacciones masificadas dado por un lado, el carácter distinto del proceso de formación de voluntad (basado en la adhesión principalmente) y el costo elevado de recurrir al sistema judicial para resolver el tipo de problemas que se plantea[138].

---

número relativamente reducido de consumidores actúen racionalmente y con información adecuada para que creen incentivos en los proveedores por ganar las preferencias de esos consumidores. Como en la mayoría de los mercados competitivos no es posible discriminar los consumidores desinformados de los informados, los bienes y servicios terminarán respondiendo a las preferencias de los consumidores informados, generando una «externalidad» o beneficio externo en favor de los consumidores poco informados.

137. Esto fue recogido en el caso Cheenyi vs. Konica (Resolución N.º 101-96-TDC de fecha 18 de diciembre de 1996) en la que la Sala de Defensa de la Competencia estableció lo siguiente:

«Quien conduce un proceso productivo y/o de comercialización de bienes y servicios cuenta con la posibilidad de adquirir y utilizar de mejor manera información relevante y con ello, eventualmente, obtener una ventaja que podría ser utilizada en contravención a la Ley. Esto no implica que toda la asimetría de información deba ser corregida por la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI. De hecho, si el mercado funciona adecuadamente, éste puede generar la suficiente cantidad de información relevante para que los agentes económicos tomen decisiones racionales y adecuadamente informadas, sin que sea necesario que desarrollen una capacidad de manejo de información similar a la de los proveedores. En efecto, es objeto de la presente Resolución determinar en qué casos la asimetría en la información justifica la intervención de la Comisión de Protección al Consumidor.»

138. Así, en el ya citado caso Chennyi vs. Konica (Resolución N.º 101-96-TDC/INDECOPI se estableció lo siguiente:

«Una razón que podría esgrimirse contra esta interpretación es que las normas contractuales vigentes ya contemplan soluciones al problema de la asimetría informativa entre las partes, motivo por el cual la necesidad de un sistema especial de protección administrativa se torna en innecesario. Figuras como el error, el dolo o el saneamiento por vicios ocultos podrían ser utilizados por quien se hubiese visto afectado por un problema de información asimétrica entre las partes.

Sin embargo, la existencia de un régimen diferente se justifica entre otros motivos, de un lado, por las características especiales que en muchos casos presenta la falta de información en las formas de contratación masiva, en especial por el poco margen que este tipo de contratación deja a la negociación como medio para obtener y utili-

Estas premisas conducen a descartar, como temas objeto de la ley de protección al consumidor, problemas como desigualdad económica entre proveedores o consumidores. No es ese el tema que preocupa a la legislación. El problema es diferencias de información. En todo caso los problemas de monopolio o concentración de poder de mercado, son abordados por otro conjunto de normas, en particular el Decreto Legislativo 701 y sus modificatorias, es decir por la legislación de libre competencia o normas antimonopolios. Dicha norma, también a cargo de INDECOPI, será aplicada por la Comisión de Libre Competencia, y no por la Comisión de Protección al Consumidor[139].

---

zar la información disponible; y, otro, por los problemas que presenta la jurisdicción civil ordinaria para enfrentar estos problemas, que suelen tener cuantías reducidas y requieren de acciones que corrijan prácticas reiteradas y no sólo casos particulares».

139. Así, el Tribunal del INDECOPI estableció en el caso Cheenyi vs. Konica (Resolución N.º 101-96-TDC/INDECOPI de fecha 18 de diciembre de 1996) lo siguiente:

«Bajo esta perspectiva, la justificación de un juego de normas especiales obedecería a que un grupo de agentes económicos está en posibilidad de abusar de otro, aprovechando que los primeros tienen una mayor concentración de recursos económicos que les permite imponen condiciones a los segundos.

Esta Sala considera que tal aproximación no es compatible con la realidad de los casos que se presenta en el área de protección al consumidor, ni con el régimen legal vigente.

En primer lugar, los problemas que se suscitan suelen presentarse en mercados desconcentrados en los que existen una gran cantidad de competidores y en los que hablar de poder económico resulta ser inexacto.

Los proveedores no se enfrentan a la necesidad de satisfacer la demanda de un consumidor particular, sino la de un conjunto de consumidores que buscan oportunidades en el mercado. Si los consumidores advierten que lo ofrecido no responde a sus expectativas, el resultado serán un desplazamiento de la demanda existente hacia otros competidores, lo que permite que la acción de aquellos discipline el mercado y lleve a los proveedores a ofrecer términos más favorables o adecuados.

En segundo lugar, ya existe otra área de las normas de competencia que se encarga de la temática de un uso inadecuado del llamado poder económico en el mercado. Estas son las normas de Libre Competencia, incluidas en el Decreto Legislativo Nº 701, que, al declarar la ilegalidad de los casos de abuso de posición de dominio y de las prácticas restrictivas, aborda el tema de las eventuales distorsiones que se pueden generan en el mercado por un uso inadecuado de la situación de poder de mercado. Pretender que las normas de protección al consumidor deban cumplir el mismo rol, implicaría una duplicidad innecesaria de funciones dentro del marco económico y legal vigente y una aproximación confusa al problema.

Esto conduce a la Sala a considerar que la intervención de la Comisión se sustenta en otro problema. La protección al consumidor se basa, a criterio de la Sala, en la asimetría de información existente entre los proveedores y consumidores. Los problemas que esta legislación especial pretende enfrentar parten de la premisa que una catego-

Los problemas de información pueden a su vez, generar dos tipos de problemas. Los primeros son los problemas de información en sí misma, entendidos como los casos en que el proveedor omite u oculta brindar alguna información relevante al consumidor para poder evaluar la contratación del bien o servicio a adquirir, o para, habiéndolo adquirido, le permita un uso adecuado del mismo. Estos casos suelen estar regulados bajo el ámbito del artículo 5, inciso b del Decreto Legislativo 716[140].

Dentro de estos casos que se encuadran situaciones tales como ocultar el verdadero kilometraje de un automóvil por la vía de manipular el tacógrafo del mismo[141], no informar a los pasajeros sobre atrasos en la salida de los vuelos y las causas de éstos[142], la realización de extornos en la cuenta del cliente para corregir un error del banco sin informar al cliente la realización del mismo[143], el no informar a los consumidores adecuadamente sobre los riesgos en caso de robo de una tarjeta de crédito, como por ejemplo que el consumidor podría ser responsable por consumos encima de su línea de crédito[144], entre otros.

Al otro lado se encuentran los llamados casos de idoneidad, que suelen enmarcarse bajo la aplicación del artículo 8 del Decreto Legislativo 716[145]. En ellos se sanciona a aquellas empresas que no ofrecieron bienes o servicios idóneos dentro de lo que hubiera esperado recibir un consumidor razonable. Por idoneidad se entiende, como veremos más adelante, la ade-

---

ría de agentes económicos —los proveedores— se encuentra en una posición ventajosa frente a la otra —los consumidores o usuarios— como resultado de su capacidad para adquirir y procesar información, consecuencia a su experiencia en el mercado y a su situación frente al proceso productivo».

140. Artículo 5 inciso b) derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

141. Resolución Nº 072-97/TDC (Antonio Márquez vs. Abical Motors) de fecha 19 de marzo de 1997.

142. Resolución Nº 130-1998/TDC (Oficio vs. Aerocontinente) de fecha 15 de mayo de 1998.

143. Resolución Nº 077-1999/TDC (Rafael Delgado vs. Banco Wiese) de fecha 3 de marzo de 1999.

144. Resolución Nº 167-1999/TDC (Edith Y. Espejo vs. Banco Santander) de fecha 12 de mayo de 1999.

145. Artículo 8.- Responsabilidad de los proveedores. Los proveedores son responsables además, por la idoneidad y calidad de los productos y servicios; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben los productos; por la veracidad de la propaganda comercial de los productos; y por el contenido y la vida útil del producto indicados en el envase, en lo que corresponde.

cuación entre lo que un consumidor razonable esperaría recibir y lo que recibe en realidad en la transacción de consumo, dadas las circunstancias.

Dentro de estos casos podemos citar situaciones tales como el no cumplimiento de los plazos pactados para la entrega de muebles de cocina[146], errores de tipeo en el número de leucocitos colocados en un examen de laboratorio[147], el no otorgar los títulos ofrecidos a un grupo de alumnos de una universidad porque recién dos años después de haber estado estudiando, la universidad decide cambiar los requisitos para otorgar dichos títulos[148], el no ofrecer a los consumidores un transporte seguro al haber ocasionado un accidente en el que fallecieron y resultaron heridos numerosos pasajeros[149], las demoras excesivas en la entrega de vehículos, tarjetas de propiedad y placas de los mismos[150], o el no velar porque en un local se respeten las reglas de aforo máximo según la capacidad y recibir exceso de personas poniendo en riesgo la seguridad[151].

Una primera impresión podría llevar a pensar que los casos de idoneidad no tendrían nada que ver con información, pero ello no es exacto. Si uno parte que el proveedor suele tener mayor información, podrá advertir que se encuentra en mejor posición para tomar precauciones sobre en qué condiciones puede ofrecer un bien o servicio idóneo. Si él diseña el bien o servicio y finalmente lo suministra, la información con que cuenta le permite saber qué medidas debe adoptar para ofrecer lo que el consumidor razonable esperaría, dadas las circunstancias.

Así, uno puede conseguir un efecto similar obligando al proveedor a informar todo lo que el bien o servicio es, o simplemente haciéndolo responsable por lo que es, sin importar si lo informó o no. Lo primero es abordar el problema como una infracción de información, y el segundo como un problema de idoneidad.

Ambas infracciones pueden ser las dos caras de una moneda. Uno puede hacer a una aerolínea responsable por no haber informado que perdería

---

146. Resolución Nº 120-1998/TDC (De oficio contra Gasayo) de fecha 6 de mayo de 1998.

147. Resolución Nº 170-1998/TDC (Jorge Guimet contra Clínica Ricardo Palma y José Chavez) de fecha 24 de junio de 1998.

148. Resolución Nº 186-1998/TDC (Cecilia Iparraguirre y otros contra Universidad Garcilazo de la Vega) de fecha 8 de julio de 1998.

149. Resolución Nº 221-1998/TDC (De oficio contra Civa) de fecha 19 de agosto de 1998.

150. Resolución Nº 222-1998/TDC (De oficio contra Abical Motors) de fecha 21 de agosto de 1998.

151 Resolución Nº 0294-2005/TDC-INDECOPI (Ralp Robilliard D'onofrio y otros contra Dinoprox) de fecha 11 de Marzo del 2005.

una maleta o simplemente por haberla perdido, sin perjuicio de si suministró o no la información relevante, para usar un caso extremo. Se puede sancionar a una compañía de seguro porque no informó sobre una exclusión de cobertura o simplemente porque al no haber brindado la cobertura en este supuesto, el servicio que brindó no fue idóneo. Y es que si uno asume, como ha hecho la jurisprudencia peruana, que idóneo es lo que el consumidor razonable espera, y uno espera lo que sabe del producto en base a la información que tenía disponible, descubrirá que la diferencia entre información e idoneidad es más instrumental que una diferencia en el problema mismo[152].

El examen de idoneidad suele ser considerado más efectivo que el examen de falta de información, y ello ha influido en un paulatino cambio de peso en la técnica de solución de problemas por el INDECOPI, que en sus inicios, en la primera mitad de la década de los 90, privilegiaba el análisis de información y hoy privilegia el análisis de idoneidad.

Quizás la principal razón de este cambio de peso específico es la mayor efectividad de la regla de idoneidad. Ello porque la regla de información exige demostrar que el proveedor conocía algo que no informó, lo que en muchos casos hace onerosa o hasta ridícula la prueba. Suena forzado exigirle a un proveedor que haya tenido que informar que iba a perder la maleta de un pasajero. En ocasiones un riesgo de un medicamento no era conocido cuando se puso el mismo en el mercado, por lo que no se le puede exigir al proveedor que informe lo que no sabe.

Por el contrario el análisis de idoneidad no enfrenta esos problemas. Si bien se basa en la misma idea de asimetría informativa, lo hace no partiendo de la idea de quien cuenta con mejor información, sino también de quien está en mejor posición de contar con la misma[153]. Quizás el provee-

---

152. Sobre este particular es interesante leer la posición de Atiyha («An Introduction to the Law of Contracts», pp. 269-270) en el que claramente distingue estas dos técnicas para lidiar con el mismo problema. Así, compara la obligación de informar con la obligación de responder por términos implícitos, que es básicamente el uso de la técnica de la idoneidad. Así, señala que en muchos sistemas «*…se ha creado indirectamente una excepción a la regla de no suministro de información, o quizás más exactamente la regla señalada ha sido «bypaseada», por la imposición en una de las partes de responder por un estado de hechos, independientemente de su conocimiento de dicho estado. Así, en la mayoría de los contratos de venta de bienes, el vendedor es responsable de los bienes que no cumplen con la garantía de mercantibilidad* (léase idoneidad), *por lo que una obligación de informar los defectos del bien resulta innecesaria.*»

153. Esta es una simple aplicación del principio de «the cheapest cost avoider» o más barato evitador del riesgo que utiliza Guido Calabresi. Para tal efecto revisar Guido Calabresi, *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Editorial Ariel S.A.; Barcelona. 349 p.

dor desconocía que la maleta se iba a perder o que el medicamento tenía un efecto secundario no deseado, pero en ambos casos estaba en mejor situación de evaluar los riesgos y tomar las medidas para evitarlos, por su propio manejo del proceso productivo y la información que tal posición le permite obtener, si uno compara esa posición con la que ocupa el consumidor en el mercado.

Sin embargo es evidente la relación que ello tiene con obligaciones de informar. Si se detecta un efecto secundario en un medicamento (por ejemplo es riesgoso para quienes tengan presión alta) el proveedor puede liberarse de responsabilidad si informa de dicho hecho a los consumidores por medio de advertencias adecuadas que el producto no es recomendable para quienes tengan presión alta.

## XX. EL CONSUMIDOR RAZONABLE.

Todo esto conduce, dentro de las premisas inicialmente señaladas, a que el esquema de protección al consumidor se centre en la idea de proteger a consumidores razonables, entendiendo por consumidor razonable a aquel que actúa con la diligencia ordinaria que es esperable en ciertas circunstancias.

No nos referimos a un consumidor experto o excesivamente exigente y cuidadoso. No es un consumidor racional, calculador y frío capaz de analizar con detalle todas las alternativas. Por el contrario es una persona que actúa con la diligencia ordinaria que se le puede exigir a cualquier persona.

Por ejemplo, un consumidor razonable esperaría que si compra un pasaje aéreo, el servicio sea brindado por una aeronave comercial y no por una aeronave militar[154], o que si no se ha fijado un plazo para la entrega de la tarjeta de propiedad de un automóvil, esta se realiza en un plazo prudencial[155].

La lógica de este concepto, que ha generado diversas críticas, y cuestionamientos, es en realidad bastante sencilla. Los problemas de consumidores recibiendo algo distinto a lo que deseaban tienen básicamente dos fuentes: una es la falta de información de los proveedores, pero la otra es la falta de diligencia de los propios consumidores. De la misma manera como los atropellos dependen de cómo manejan los conductores de vehícu-

---

154. Resolución Nº 130-1997/TDC (De oficio contra Expreso Aéreo y Kinyo Travel Service S.A.) de fecha 21 de mayo de 1997.

155. Resolución Nº 222-1998/TDC (De oficio contra Abical Motors) de fecha 21 de agosto de 1998.

los pero también de cómo se comportan los peatones, los problemas de consumo dependen de ambas partes en la relación.

Queremos conductores cuidadosos, pero también peatones cuidadosos. Queremos también proveedores y consumidores cuidadosos, que se informen y tomen precauciones adecuadas.

Asumir que el consumidor puede ser protegido en cualquier caso, sin importar su nivel de diligencia, es asumir que tendrán una suerte de seguro contra su propia irresponsabilidad brindado por los proveedores. Si el proveedor debe responder incluso en supuestos de consumidores descuidados, se estaría elevando los costos que los proveedores tendrían que asumir para cubrir dicho seguro. Estos costos se trasladan a precios con lo que los consumidores no razonables estarían siendo subsidiados en su conducta negligente por los consumidores diligentes. Dado que la conducta diligente no generaría ningún valor agregado para el que la desarrolla (porque igual pagaría precios más altos como consecuencia de los costos que los consumidores negligentes trasladan al proveedor) y asumiendo que ser diligente tiene algunos costos (como tiempo, cuidado, adquirir información, etc.) entonces el resultado sería que los consumidores no tendrían incentivos para ser diligentes. El resultado sería más transacciones cerradas en términos ineficientes por falta de diligencia del consumidor a precios más elevados. Es decir, habría más errores por parte de los consumidores.

Asumir otros estándares, como por ejemplo el de consumidor medio o promedio, nos llevaría a que renunciáramos a tener mejores consumidores. Si uno quisiera evitar accidentes de tránsito por parte de los chóferes de «combis» evidentemente no usaría como principio de responsabilidad el del chofer promedio de «combi» El resultado sería más accidentes que los deseables.

De la misma manera, si el consumidor promedio no leyera lo que firma, y se le protegiera, entonces no habrá incentivos para leer lo que uno firma, a pesar que ello sería deseable en términos de mejorar el buen funcionamiento de las relaciones de consumo. Leer tiene un costo en tiempo y recursos para el consumidor. A través de la lectura se pueden evitar errores que lleven a transacciones ineficientes o poco justas. Pero si el consumidor promedio no lee, entonces el proveedor será responsable sin importar si el consumidor tuvo al frente un documento que le informaba de cierto riesgo o de determinada condición contractual. Por otra parte, los consumidores que leen no ganarían nada, pues igual estarían protegidos así no leyeran. El resultado es que aquellos problemas que el proveedor podría resolver a bajo costo, informándolos por escrito al consumidor, no podrán ser resueltos por esa vía porque la autoridad no considerará ese aspecto

para liberar de responsabilidad al proveedor. Por ello el costo del problema será trasladado el precio. El resultado final es consumidores poco diligentes a precios mayores de los productos y servicios involucrados, es decir el peor de los mundos. Si es razonable leer lo que se firma, entonces no se puede amparar al que no quiso leer. Así, de la misma manera como el derecho común solo protege al hombre razonable, el derecho de los consumidores solo debe proteger a los consumidores que sean razonables.

Este criterio no solo se ha fijado en la jurisprudencia sino incluso en la ley. Así, por ejemplo, el artículo 1314 del Código Civil señala que quien actúa con la diligencia ordinaria, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su incumplimiento parcial, tardío o defectuoso. La referencia a diligencia ordinaria evidentemente se refiere a la forma como actuaría una persona (en este caso un consumidor) razonable.

Un caso que ayuda a comprender el problema y que se presentó en INDECOPI es el de Henri Van Hasselt Dávila vs. Bancosur[156]. En él el Sr. Van Hasselt adquirió un automóvil a crédito, por lo que obtuvo un préstamo de Bancosur. En el contrato se establecían claramente las condiciones del préstamo, entre las que se incluían los mecanismos a seguir para efectuar un prepago.

El Sr. Van Hasselt sin embargo, como consecuencia de no leer el contrato, siguió un procedimiento distinto, pues creyó que bastaba depositar el dinero en su cuenta corriente para que el prepago ocurriera automáticamente. Luego, cuando descubrió que el Banco no había considerado sus depósitos como prepago (porque el contrato exigía para ello que los pagos anticipados podrían efectuarse recién a partir de la tercera cuota, siempre que dicha decisión fuese comunicada al Banco de manera expresa) pretendió que se sancionara al Banco por falta de idoneidad del servicio. Ello a pesar que no había leído el contrato, no había exigido copia del mismo, no había leído los estados de cuenta en los que se indicaba que no se habían efectuado prepagos durante varios meses y que el sistema de prepago que él consideraba debía efectuar no se ajustaba a los usos y estándares comerciales usuales en ese tipo de operaciones de crédito.

El Tribunal del INDECOPI estableció:

> «Es responsabilidad del consumidor leer adecuadamente el contenido de los contratos que suscribe, toda vez que éste determina los alcances de los derechos y obligaciones que asumen ambas partes. La Sala no ampara la negligencia en que pudiese haber incurrido el consumidor que no leyó adecuadamente los términos del contrato que ha suscrito. Así, la firma del

156. Resolución Nº 179-1999/TDC de fecha 21 de mayo de 1999.

> señor Van Hasselt en el contrato de crédito automotriz implicaba la aceptación y el conocimiento de todas y cada una de las cláusulas que contenía, incluida la cláusula sétima previamente citada. En este orden de ideas, debe presumirse que el denunciante estaba al tanto del procedimiento establecido por el Banco para la realización de pagos anticipados.»

Se consideró que el Sr. Van Hasselt no había sido un consumidor razonable, y por tanto no era digno de protección por la negligencia con la que había actuado.

Si el caso hubiera sido resuelto de manera distinta, entonces el Banco no hubiera podido informar el sistema de prepago y hubiera tenido que aceptar como prepago cualquier cosa que el consumidor hubiera considerado tenía esa condición. Ello, evidentemente, hubiera elevado el costo del crédito para los consumidores, incluidos aquellos que sí tuvieron el cuidado de informarse y leer el contrato.

Muchas veces se critica que el estándar de consumidor razonable puede ser irreal. La afirmación puede ser correcta, pero equivoca la función del estándar. No se protege a los consumidores razonables porque se considere que la mayoría de los consumidores lo sean. Se les protege porque es un estándar diseñado a incentivar conductas consideradas adecuadas. El chofer razonable de «combis» quizás no exista, pero esa no es razón para usar un chofer de combi promedio para establecer un principio de responsabilidad.

## XXI. PRIVILEGIO DE LA ACCIÓN *EX POST* SOBRE LA ACCIÓN *EX ANTE*.

Hay otra característica importante que marca el sistema de protección al consumidor en el Perú, y en particular la acción del INDECOPI, en comparación a otras experiencias históricas. Esto es el privilegio de las acciones *ex ante* sobre las acciones *ex post*.

Por acciones *ex ante* se entiende aquellas que toma el Estado antes de que un problema ocurra, a fin de prevenir precisamente su ocurrencia. Ejemplos de ello son los sistemas de control de precios, control de calidad, normas técnicas obligatorias, aprobación previa de condiciones contractuales en contratos estándares. Por el contrario los sistemas de actuación *ex post* actúan luego de ocurrido el problema a fin de sancionar a quien ha infringido las normas o resultados que la Ley persigue.

Dentro de ese marco se ha considerado que las acciones *ex post* son más efectivas, eficientes y mejores para las empresas y para los consumidores. Las acciones *ex ante* establecen controles y barreras de acceso al mercado que, además de reducir la competencia al elevar los costos de acceso al

mercado, elevan los precios al implicar mayores costos para las empresas que a su vez son trasladados a los consumidores. Adicionalmente reducen las opciones de los consumidores para elegir determinadas calidades u opciones de productos o diversas combinaciones precio-calidad. Así cuando el Estado establece un estándar mínimo de calidad para, por ejemplo, zapatillas, impide a los consumidores poder optar por zapatillas de inferior calidad pero a precios más accesibles. Los controles previos, al basarse en discrecionalidad administrativa, perjudican a los consumidores por que reduce su capacidad de elegir, y al hacerlo los empobrece. Esto sin considerar que los controles previos elevan el costo de actuación del Estado al exigir aparatos administrativos más complejos y grandes y fomentan la corrupción y el mercantilismo, al dar discrecionalidad a la administración pública sobre qué debe y qué no debe entrar en el mercado.

En esta línea el sistema peruano considera que los controles posteriores, basados en análisis de información y en las propias decisiones de los consumidores, se condicen con la idea del respeto del principio de soberanía del consumidor y con el desarrollo de un sistema orientado a corregir los problemas generados por la asimetría informativa que se presenta en las relaciones de consumo.

## XXII.¿QUIÉN ES CONSIDERADO CONSUMIDOR PARA LA LEY?

No todo consumidor, en sentido lato, está protegido por las normas de protección al consumidor. Siguiendo la línea recogida por regímenes de protección al consumidor en todo el mundo, la legislación peruana se limita a contemplar dentro de sus disposiciones a los destinatarios finales de los bienes y servicios. Así lo establece el artículo 3, inciso a del Decreto Legislativo 716[157].

No basta ser el adquirente de un bien o servicio para ser considerado consumidor. Es necesario que se trate de lo que se llama «consumidor final», y que la jurisprudencia administrativa del INDECOPI entendió como aquel consumidor que adquiere o usa el bien para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato. Sin embargo este concepto ha sido cambiado recientemente creando una regla bastante compleja y tan difícil de aplicar que en lo hechos no se está aplicando por el mismo Tribuna que la dio.

---

157. Artículo 3.- Definición. Para los efectos de esta ley, se entiende por:

a) Consumidores o usuarios.- Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios.

El primer precedente de observancia obligatoria que toco el tema fue definido en el caso Cheenyi E.I.R.L. vs. Konica[158], en el que una empresa (Cheenyi) dedicada a la importación, distribución, comercialización y venta al por mayor de productos alimenticios y similares, adquirió de Konica un laboratorio fotográfico para brindar el servicio de revelado de fotografías en su establecimiento. Sin embargo la máquina presentó averías que no le permitieron funcionar adecuadamente. La Comisión de Protección al Consumidor, y posteriormente el Tribunal, por medio de un precedente de observancia obligatoria, establecieron que la empresa no se configuraba como un consumidor final, por lo que correspondía declarar improcedente la denuncia. Así se dijo:

> «Se considera como consumidor o usuario, de acuerdo a lo establecido en el inciso a) del artículo 3 del Decreto legislativo N.º 716, a la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta un producto o un servicio para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato. No se consideran por tanto consumidores y usuarios para efectos de la Ley a los proveedores cuando adquieren utilizan o disfrutan de un bien o servicio para fines propios de su actividad como tales, según las definiciones contenidas en los artículos 1 y 3 inciso b) del mencionado cuerpo legal. En tal sentido, las denuncias que tengan por pretensión la protección de intereses de quienes no puedan ser consideradas consumidores o usuarios, deberán ser declaradas improcedentes.»

Así quedaron excluidos de las normas de protección al consumidor aquellos casos en los que empresas adquieren bienes o servicios para destinarlos a actividades vinculadas con su calidad de proveedoras. Estos criterios no excluían que una persona jurídica pueda ser un consumidor final, pero lo condiciona a actividades distintas a la incorporación a su proceso productivo de dichos bienes o servicios. Así, el Tribunal del INDECOPI estableció en el caso bajo comentario, lo siguiente:

> «También debe tenerse cuidado con los casos de empresas o comerciantes que adquieren, utilizan o disfrutan bienes o servicios que no incorporan al desarrollo de su actividad como proveedores. Aquí el principio base, entendido como que las normas de protección al consumidor persiguen corregir los casos de asimetría informativa, debe ser usado como principio guía a fin de establecer si estamos o no ante un caso de destinatario final. La contratación de un servicio de comida para la celebración navideña de una empresa en la que los asistentes resultan intoxicados, podría ser un caso límite que justifique la aplicación de las normas de protección al consumidor.»

158. Resolución Nº 101-96-TDC/INDECOPI de fecha 18 de diciembre de 1996.

Para hacer estas diferenciaciones e interpretaciones el INDECOPI analizó el problema y las posibilidades que se den interpretaciones distintas al problema del destinatario final. Por ejemplo se discutió si el carácter de destinatario final podía alcanzar la adquisición de bienes o contratación de servicios que no iban a ser, en estricto revendidos por la empresa que los adquiría. Así, el Tribunal realizó respecto a esa posibilidad, el siguiente análisis:

> «Una primera interpretación posible es que destinatario final es quien adquiere, utiliza o disfruta de manera directa el bien o servicio de acuerdo a la finalidad para la que fue fabricado o prestado. Así, no será destinatario final quien compra un conjunto de trajes a una empresa textil para venderlos en la tienda de su propiedad, porque en sentido estricto no es su destinatario final, pero sí lo sería una empresa que compra una caldera para desarrollar su proceso productivo en cuanto ella es la que la utiliza de manera directa para el desarrollo de su proceso productivo.
>
> La Sala considera que dicha interpretación, excesivamente literal, va contra el espíritu de la Ley. No habría razón para distinguir el caso de los trajes del de la caldera. En ambos ejemplos, quien adquiere el bien es un comprador especializado, es decir alguien que desarrolla una actividad económica vinculada directamente al bien o servicio que adquiere. Las tiendas de ropa no se encuentran, en términos de asimetría informativa, en una situación distinta a aquella en la que se encuentra la empresa que compra la caldera para incorporarla en su proceso productivo. En ambos casos la competitividad de los adquirentes debe sustentarse, entre otras razones, en su capacidad para adquirir, procesar y utilizar información relevante de manera adecuada.
>
> La Ley de Protección al Consumidor brinda un nivel de protección especial, bajo el supuesto precisamente que los consumidores (de los que habla la Ley), si bien lógicamente debe, por ejemplo, informarse en la medida de lo posible sobre lo que adquieren, no se desenvuelven en ese contexto de competitividad, en el que se deben lograr niveles de eficiencia en una serie de actividades, entre ellas, la adquisición de bienes. Como ya se ha dicho, éste es más bien el caso de las empresas en su función productiva. La eficiencia que logren las empresas, por demás, genera beneficios para la sociedad en su conjunto. Si bien todo agente económico debe tener la posibilidad de defender sus derechos, esta categoría especial de protección está exclusivamente pensada para los consumidores (tal como los define la Ley). Esta protección aplicada a todos los agentes económicos por igual podría incluso implicar que la Comisión de Protección al Consumidor asuma un rol que de alguna manera reduzca los incentivos que este otro tipo de compradores (los proveedores) tienen para comportarse con la mayor eficiencia en el mercado.

En este orden de ideas, la Sala considera que el consumidor que la Ley de Protección al Consumidor ampara es más bien el que ocupa el último eslabón de la cadena producción-consumo, es decir aquel que adquiere, disfruta o utiliza un bien o servicio, en principio, para la satisfacción de sus necesidades personales, familiares o de su entorno social inmediato. En ese contexto, en principio, no le es exigible a quien adquiere, utiliza o disfruta un bien o servicio la diligencia propia del proveedor sino únicamente la que le corresponde como un consumidor razonable.

Esto significa que dicha persona, para ser considerado consumidor o usuario, debe destinar el producto o servicio a un uso distinto al que le daría un proveedor. Su adquisición, uso o disfrute no debe estar dirigido a la realización o al soporte de actividades de fabricación, elaboración, manipulación, acondicionamiento, mezcla, envasado, almacenamiento, preparación, expendio, suministro o prestación, propias de un proveedor. Esto implica que no pueden ser considerados consumidores o usuarios para efecto de la Ley, los proveedores cuando adquieren, utilizan o disfrutan un bien o servicio para el desarrollo de sus actividades como tales, pues en tal circunstancia, la persona no adquiere, utiliza o disfruta un bien o servicio como el último eslabón de la cadena producción-consumo, dado que su consumo agota el bien o servicio, sustrayéndolo de la actividad económica comercial o industrial.

Debe tenerse cuidado, sin embargo, de no interpretar este principio de manera excesivamente amplia. La adquisición de un bien de capital (por ejemplo una maquinaria industrial) o la contratación de un servicio (vigilancia o crédito bancario) por parte de un proveedor no lo lleva a que pueda ser considerado como consumidor o usuario de dicho bien o de dicho servicio. Si bien el bien o el servicio correspondiente parecería agotarse en el uso que le da la empresa, ello no es así.

El activo fijo se deprecia con su uso, uso que está destinado a producir otros bienes o servicios, a los que va paulatinamente trasladando su valor, y que sí pueden estar dirigidos a satisfacer necesidades de destinatarios finales. Si la caldera de nuestro ejemplo se emplea para fabricar alimentos, su uso no agota su valor, sólo lo transforma en nuevos bienes que sí se agotarán en su uso y saldrán del circuito económico con su consumo por los consumidores o usuarios.»

Bajo tal precedente se declararon como improcedentes numerosos casos en que no se considera que exista destinatario final del bien o servicio, en un caso, el elevador y la lavadora de vehículos materia de denuncia fue adquirida por la denunciante para brindar el servicio de lavado de vehículos, es decir, para el desarrollo de fines propios de su actividad como proveedor. Así, dicha maquinaria se incorporó al proceso económico para permitir prestar un servicio. Por tanto, la denunciante no pudo ser

considerada como destinatario final para efectos de aplicación de la Ley de Protección al Consumidor»[159].

En otro caso quedó acreditado que el denunciante adquirió un auto para prestar servicios de taxi, siendo que además trabajaba para la empresa Taxi Real. En ese sentido, la Sala consideró que el denunciante prestaba un servicio en forma habitual a los consumidores, actividad que encajaría en la definición contenida en los artículos 1 y 3 inciso b.4) del Decreto Legislativo 716 —es decir, que se trata de un proveedor, mas específicamente, un prestador—. Así, dicho auto se incorporaría al proceso económico para permitir prestar un servicio, no pudiendo considerarse al denunciante como destinatario final para efectos de aplicación de la Ley de Protección al Consumidor[160].

En otro caso quedó acreditado que el denunciante adquirió de la empresa Aisoft siete programas de computación y el servicio de la denunciada correspondiente a otros 7 programas más para introducirlos en la actividad económica que realiza. En ese sentido, el consumo de la empresa Prosac no ha agotado los productos y servicios adquiridos, al haberlos incorporado a su actividad como proveedor. En esa medida, la denunciante no constituía el último eslabón en la cadena producción-consumo, por lo que se declaró que no se encuentra dentro del marco de protección de la Ley de Protección al Consumidor[161].

Otro ejemplo fue un caso en el que la denunciante era titular de un establecimiento abierto al público, el Hostal San Antonio Abad. En este establecimiento, la denunciante presta servicios de hospedaje y hotelería en general, dentro de los cuales se encuentra el servicio de lavado de ropa de los huéspedes del hostal, así como el lavado de manteles y sábanas. Dicha actividad haría que la situación de la denunciante encaje en la definición contenida en los artículos 1 y 3, inciso b.4) del Decreto Legislativo 716 —es decir, que pueda ser considerada un proveedor, más específicamente como un prestador—. La lavadora objeto de la denuncia habría sido adquirida por la denunciante para brindar los servicios antes descritos, es decir, para el desarrollo de fines propios de su actividad como proveedor. Así, dicha lavadora se incorporaría al proceso económico para permitir prestar un servicio. Por

---

159. Resolución Nº 001-1997/TDC (Inmobiliaria Suiza vs. Braillard) de fecha 3 de enero de 1997.

160. Resolución N.º 196-1997/TDC (Filiberto Nureña vs. Cedea Motors) de fecha 1 de agosto de 1998.

161. Resolución N.º 197-1999/TDC (Prosac S.A. vs. Aisoft del Perú) de fecha 2 de junio de 1999.

tanto, la denunciante no puede ser considerada como destinatario final para efectos de aplicación de la Ley de Protección al Consumidor[162].

Sin duda los criterios enunciados planteaban varios retos complejos, como es el caso de bienes y servicios adquiridos para ser incorporados a usos mixtos, es decir como proveedor y como consumidor final. En estos casos el INDECOPI se inclinó a analizar cada caso, considerando, en caso de duda, que estamos frente a un consumidor final. Así, en el caso en el que se estableció el precedente que comentamos, la Sala estableció lo siguiente:

> «La Sala debe reconocer que el principio, tal como ha sido enunciado, puede enfrentarse a zonas grises, en las que no es sencillo determinar con toda precisión si el valor del bien se agota o no con su uso por el destinatario. Ello ocurriría, por ejemplo, con el caso de quien adquiere un bien para su uso simultáneo como consumidor final y como proveedor. El padre de familia que utiliza el automóvil familiar como taxi en sus horas libres o la madre de familia que usa una máquina de coser para prestar el servicio de confección de vestidos son ejemplos gráficos de este supuesto.»

Por otra parte no era requisito para ser considerado consumidor ser el adquirente del bien o contratante del servicio. Podía ser considerado consumidor aquel que disfruta o usa de los mismos, como sería el caso de la familia del comprador. Así los términos «utilizan o disfrutan» en el artículo 3, inciso a del Decreto Legislativo 716 ha sido interpretado en el sentido de ampliar el concepto de consumidor a personas que no necesariamente adquirieron o contrataron el bien o servicio. Así, en Cheenyi vs. Konica[163] se estableció el siguiente principio:

> «En lo concerniente a la primera condición, cabe destacar que el ámbito de protección del Decreto Ley Nº 716 no se encuentra restringido exclusivamente a los compradores o contratantes de un producto o servicio. Una persona puede entrar en contacto con un bien o un servicio de muchas maneras sin necesariamente haberlo adquirido directamente como propietario o sin que incluso medie una relación contractual con el proveedor. Así, por ejemplo, una persona puede recibir prestado o regalado un producto de quien lo adquirió, que posteriormente resulte defectuoso. Lo mismo ocurriría con el caso del padre que compra juguetes para sus hijos. Si bien los hijos no son parte de la relación contractual con el

---

162. Resolución N.º 004-1997/TDC (Inversiones San Antonio vs. Representaciones y Distribuciones Americanas S.A.) de fecha 3 de enero de 1997.

163. Resolución Nº 101-96-TDC/INDECOPI de fecha 18 de diciembre de 1996.

> proveedor, sí son consumidores de los juguetes. Nada justifica distinguir estos supuestos del de un consumidor-comprador.
>
> De acuerdo a la segunda condición, conforme se señalara anteriormente, no basta que una persona adquiera, utilice o disfrute un producto o un servicio, para que ésta sea considerada consumidor. Para ello, será además necesario que esa persona sea destinatario final de los mismos. Esto implica identificar qué personas jurídicas o naturales pueden ser considerados consumidores de acuerdo a la Ley.»

Un caso más complejo y discutible es el de la empresa que adquiere un bien para entregárselo a un ejecutivo para que este lo use para fines personales. En tal situación se consideró que el bien estaba destinado al uso familiar o personal del consumidor y por tanto era consumidor final.

El fundamento de estos principios se encuentra en la misma idea de asimetría informativa antes señalada. En realidad la existencia de un régimen especial y que crea una excepción al régimen contractual común, se sustenta precisamente en diferencias de información entre proveedores y consumidores. Pero en operaciones comerciales entre empresas tal diferencia no suele existir, o de existir no reúne las condiciones de diferencia que se aprecian en las relaciones con los llamados consumidores finales. No es, además, un análisis que se hace en concreto, según la situación de cada consumidor y proveedor específico, sino un análisis en abstracto, es decir un análisis que comprende categorías y no individuos. El precedente anterior consideraba que en otro tipo de relaciones la capacidad de adquirir y procesar información es parte de las ventajas competitivas que las empresas deben desarrollar para ser eficientes y que por tanto, la intervención del Estado en esos campos puede estar distorsionando la competencia, antes que promoviéndola. Así, en el caso Chenyi vs. Konica[164] que venimos analizando, el Tribunal del INDECOPI señaló en este respecto:

> «Este tipo de problemas se podrían presentar en casi cualquier relación contractual, pues siempre es posible identificar que alguna de las partes se encontraba en mejor situación que la otra para conocer la información relevante o tomar las precauciones necesarias. Sin embargo, como veremos más adelante, para identificar los sujetos que potencialmente puede tutelar, las normas de protección al consumidor no hacen un análisis caso por caso, sino por categoría; esto es, identifican una categoría (los proveedores) que, frente a la otra (los consumidores), tiene una posición de ventaja en cuanto al manejo de la información relevante, a fin de atribuirle las obligaciones contenidas en el Decreto Legislativo Nº 716.

---

164. Resolución Nº 101-96-TDC/INDECOPI de fecha 18 de diciembre de 1996.

> En este sentido, la Ley presume que los proveedores de bienes y servicios, gracias a su organización empresarial y a su experiencia en el mercado, suelen adquirir y utilizar de mejor manera que los consumidores la información relevante sobre las materias primas, diseño del bien, forma de producción, condiciones de comercialización y otros factores involucrados en sus procesos productivos y de comercialización. Bajo tal supuesto, la racionalidad de las normas de protección al consumidor se orienta a proteger a los consumidores, como categoría genérica, de la asimetría informativa en que suelen encontrarse dentro del mercado. De ahí la importancia y relevancia de definir claramente qué se entiende por consumidor o usuario, evitando que se incluyan dentro del esquema especial de la Ley categorías de sujetos para las cuales no está prevista la protección de la misma.
>
> De esta manera, el análisis para determinar qué debe entenderse por consumidor o usuario debe efectuarse por categorías, no caso por caso, Pueden presentarse situaciones en que una de las partes se encuentre en una situación de asimetría real. Pero ello no es suficiente para que las normas de protección al consumidor lo tutelen. Así, el hecho que una empresa compre por primera vez una caldera puede implicar que en los hechos aquella tenga poca información y experiencia en este tipo de operaciones. Pero esa asimetría no es del tipo de la de la que concierne a la legislación de protección al consumidor. Esa empresa requiere manejar esa información para desarrollar su actividad eficientemente, y en todo caso, cualquier problema debería ser resuelto acudiendo a las vías ordinarias, como se verá más adelante.
>
> Por el contrario, un médico puede tener mejor información que una farmacia cuando adquiere una medicina, precisamente por su conocimiento profesional. Pero siendo que el análisis debe ser hecho por categorías, si éste adquiere el medicamento para su propio consumo, formará parte de la categoría de consumidor o usuario y podrá presentar una denuncia amparando sus intereses por medio del Decreto Legislativo Nº 716, aunque en definitiva, luego podría declararse infundada la denuncia porque en el caso específico no hubo infracción a la Ley.»

Como se puede apreciar no es la asimetría en concreto la que ayuda a hacer la distinción, sino la asimetría considerada en abstracto, identificando las categorías entre las cuales la distinción es relevante e inspira la regulación contenida en la Ley de Protección al Consumidor.

Los criterios señalados han sido modificados por otro precedente, el que si bien parte de la base del citado, intenta incorporar, de manera confusa, equívoca y virtualmente inaplicable, a las pequeñas empresas y a ciertas situaciones bajo el ámbito de la Ley.

Como habíamos dicho, la lógica de la normatividad de protección al consumidor es proteger únicamente a la categoría de agentes (consumidores) que no tienen la capacidad adecuada de procesar y utilizar la información disponible en el mercado y que por lo tanto se encuentran en una situación de marcada asimetría informativa severa en relación a otra categoría de agentes (proveedores) que, por su experiencia en el mercado, procesan y utilizan la información disponible en el mercado de manera profesional y especializada.

Así, una persona natural que solicite un crédito hipotecario para adquirir su vivienda, se considera que lo hace como destinatario final del servicio de crédito. Tal persona no utiliza la línea de crédito como eslabón intermedio en la cadena productiva (es decir, para llevar a cabo un proceso productivo o transformador de insumos en productos finales) sino como eslabón final de la cadena productiva. En consecuencia, tal persona natural será considerada consumidor para la Ley de Protección al Consumidor.

El nuevo precedente fue aprobado en el caso Reynaldo Moquillaza S.R.L. contra Milne, mediante Resolución No. 422-2003/TDC-INDECOPI[165]. En el caso, una empresa de propiedad del Sr. Moquillaza compró un vehículo para ser usado por el referido Sr. Moquillaza para sus labores pero también su uso personal. Según el precedente anterior el caso hubiera caído bajo la Ley porque el usuario final lo usaba para su uso personal y familiar, sin perjuicio que el adquirente fuese una empresa. Recordemos que se interpreta que consumidor no es solo el adquirente, sino quien usa el bien o servicio en su provecho. Sin embargo el Tribunal decidió complicar el análisis e igual cambiar el criterio anterior para buscar una puerta de entrada distinta a la que ya existía.

El nuevo precedente señaló:

> «Se considera como consumidor, de conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 3 del Decreto Legislativo No. 716, a la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta un producto, ya sea un bien o servicio, para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato».

En este aspecto el precedente no difiere del anterior que modifica. La idea central es que las personas naturales, cuando no realizan actividad empresarial pero contratan en el mercado para satisfacer necesidades personales o familiares, se considera que no manejan la información disponible en el mercado de manera profesional. Por ello, son consideradas consumi-

---

165. De fecha 3 de octubre del 2003.

dores para la Ley y merecen protección. Y en el caso de las personas jurídicas, la idea central es que si no tienen fin de lucro, se considera que no manejan la información disponible en el mercado de manera profesional y como consecuencia de ello son consideradas consumidores para la Ley de Protección al Consumidor y merecen protección. En esto se pronuncian en un aspecto que no era tocado por el precedente anterior.

Sin embargo, el precedente también establece lo siguiente:

> «Las personas naturales o jurídicas pertenecientes a la categoría profesional de los pequeños empresarios son también sujetos afectados por la desigualdad informativa en la relación de consumo y, por tanto, son considerados como consumidores para efectos de la Ley de Protección al Consumidor cuando debido a las necesidades de su actividad empresarial adquieran o utilicen productos, ya sean bienes o servicios, para cuya adquisición o uso no fuera previsible que debieran contar con conocimientos especializados equiparables a aquellos de los proveedores.»

De acuerdo con el precedente, existe una nueva categoría de consumidor que goza de la protección de la Ley de Protección al Consumidor, al cual llamaremos «consumidor-empresa». Son dos los requisitos para calificar como consumidor-empresa: (a) Calificar como «pequeño empresario»; (b) Que dadas las circunstancias, no sea razonable exigir un manejo profesional de la información que existe en el mercado sobre el bien o servicio materia del contrato específico del cual se trate.

En este cambio el nuevo precedente parte de dos ideas a nuestro entender equivocadas. La primera es considerar que las pequeñas empresas deben mantenerse como tales y que por tanto merecen una protección particular para ser competitivas. Por ello no se les puede exigir ser igual de eficientes que una gran empresa. Así se les premia por ser ineficientes para manejar información o alcanzar economías de escala. En segundo lugar entra a un análisis en concreto, analizando caso por caso si en la realidad la empresa enfrenta o no asimetrías. Veamos como funcionan los requisitos señalados.

De acuerdo con la Resolución que aprueba el Precedente, se consideran «pequeños empresarios» aquellas personas naturales o jurídicas comprendidas dentro del ámbito de la Ley No. 28015 – Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa (MYPE). El artículo 2 de dicha Ley define el concepto de MYPE de la siguiente manera:

> «La Micro y Pequeña Empresa es la unidad económica constituida por una persona natural o jurídica, bajo cualquier forma de organización o gestión empresarial contemplada en la legislación vigente, que tiene como objeto desarrollar actividades de extracción, transformación, producción, comercialización de bienes o prestación de servicios. (…)»

La definición precisa que no importa que la empresa haya sido constituida como Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, Sociedad Anónima Cerrada, o Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada, por mencionar sólo algunas formas empresariales; lo que importa es que la empresa cumpla con los criterios cuantitativos para calificar como MYPE, los mismos que son objetivos. En tal sentido, el artículo 3 de la Ley No. 28015 establece que las MYPE deben reunir las siguientes características concurrentes:

> «a) El número total de trabajadores:
> - La microempresa abarca de uno (1) hasta diez (10) trabajadores inclusive.
> - La pequeña empresa abarca de uno (1) hasta cincuenta (50) trabajadores inclusive.
>
> b) Niveles de ventas anuales:
> - La microempresa: hasta el monto máximo de 150 Unidades Impositivas Tributarias - UIT.
> - La pequeña empresa: a partir del monto máximo señalado para las microempresas y hasta 850 Unidades Impositivas Tributarias - UIT.»[166]

En conclusión, son consumidores de acuerdo al nuevo precedente, aquellas personas naturales o jurídicas que califiquen objetivamente como MYPE de acuerdo a los requisitos cuantitativos fijados por la Ley No. 28015.

En la Resolución que aprueba el precedente, se establecen cuatro categorías de contratos en los que puede participar una MYPE, y en los que, de antemano, el INDECOPI ha decidido sobre la razonabilidad de considerar si la MYPE cuenta o no con conocimientos especializados, y que por ello, *a priori*, merece o no merece la protección de la Ley. Así, el Tribunal del INDECOPI ha establecido categorías de contratos protegidas por la LPC y categorías no protegidas.

La primera y segunda categoría de contratos son la adquisición de materia prima para el proceso productivo y la adquisición de bienes que conformarían el activo fijo de la empresa (la Resolución se refiere a «aspectos de capital» y los divide en edificaciones, maquinaria, equipos y equipos de oficina). En estos casos, no se aplica la Ley porque el Tribunal del Indecopi ha considerado que es razonable considerar que las MYPE cuentan con conocimientos especializados cuando celebran estos tipos de contratos. La única excepción son los equipos de oficina, puesto que de acuerdo con la Resolución, «*…los pequeños empresarios…, por necesidades de su actividad profe-*

166. El artículo 2 del Reglamento de la Ley de PYME, aprobado por Decreto Supremo No. 009-2003-TR publicado el 12 de septiembre de 2003, precisa para los fines del artículo 3º de la Ley, deben considerarse las ventas brutas anuales.

*sional, se ven obligados a adquirir este tipo de bienes de los cuales no tienen ningún conocimiento o especialización distinta a la de cualquier particular».* Sinceramente es difícil entender el sentido del precedente. Si la idea es diferenciar situaciones en las que las empresas tienen más experiencia, principalmente por la existencia de transacciones repetidas. Pero es muy probable que una pequeña empresa tenga mucho más experiencia comprando útiles de oficina (lo que hace todos los días) que comprando edificios o equipos. Hacer esas diferencias no tiene ningún sentido.

La tercera categoría se refiere a los contratos de servicios de mantenimiento y reparación, así como los servicios de asesoría y consultoría profesional. En estos casos, sí se aplica la Ley, ya que el Tribunal del Indecopi ha considerado que es razonable considerar que las MYPE no cuentan con conocimientos especializados cuando celebran estos tipos de contratos. ¿Por qué una empresa podría no tener familiaridad con servicios de asesoría vinculados a sus actividades? Es también difícil entender ese aspecto.

La cuarta y última categoría es la contratación de servicios en general. Al referirse a esta categoría, el Tribunal del Indecopi hace una diferencia entre servicios tradicionales (o «utilizados frecuentemente debido a las necesidades del negocio») y servicios no tradicionales (o «no utilizados frecuentemente debido a las necesidades del negocio»). Las MYPE siempre estarán comprendidas dentro de la Ley cuando contraten servicios en general, sin importar si éstos son tradicionales o no. Sin embargo, las medianas y grandes empresas solo estarán protegidas cuando contraten servicios no tradicionales.

Como ejemplo de servicios en general, el Tribunal del INDECOPI considera los servicios financieros. Como las MYPE siempre están protegidas cuando contratan servicios en general, los servicios financieros contratados por las MYPE están dentro del ámbito de la Ley de Protección al Consumidor, de acuerdo con el razonamiento del Tribunal. Adicionalmente, el Tribunal considera que los servicios financieros son servicios tradicionales. Por lo tanto, concluye que las medianas y grandes empresas no están incluidas en la Ley cuando contratan servicios financieros.

Si usted entendió el precedente lo felicito, porque sinceramente lo he leído varias veces y todavía no entiendo su lógica y razón de ser ni cómo se aplica. Y lo curioso es que ni el propio Tribunal lo entiende porque, por ejemplo, en el caso el caso de Eduardo Gálvez contra el Banco de Crédito, en el cual dicho banco otorgó un préstamo comercial (servicio financiero) a una persona natural que calificaba como microempresaria, el Tribunal del INDECOPI consideró mediante Resolución No. 442-2003/TDC-INDECOPI, que no cabía aplicar la Ley para proteger a dicha persona natural microempresaria. Esta decisión contradice la Resolución mediante la que se

aprobó el Precedente de Observancia Obligatoria, la que sostiene que los servicios financieros prestados a la microempresa están siempre incluidos dentro de la protección de la Ley. Así el Tribunal consideró que un abogado administrador de un Estudio de Abogados, que recibió un préstamo comercial en calidad de microempresario y que denunció a título personal por supuestos incumplimientos al deber de información, no podía ser considerado consumidor para los efectos de la protección brindada por la Ley.

## XXIII.EL CONCEPTO DE PROVEEDOR.

Por otra parte las normas han definido como proveedor a aquellas personas naturales o jurídicas que realizan operaciones de venta de bienes o prestación de servicios de manera habitual o en establecimientos abiertos al público, tal como lo han establecido las definiciones contenidas en el inciso b del artículo 3 del Decreto Legislativo 716[167]. No son pues proveedores aquellos que venden bienes o prestan servicios de manera ocasional, como podría ser el caso de quien vende un carro usado o una casa de su propiedad. Así, tal como se estableció en el caso Chenenyi vs. Konica[168]:

> «Podría decirse que existen ciertos bienes que son adquiridos por sus destinatarios finales y que no son sustraídos totalmente del circuito económico. Así, por ejemplo, una persona que adquiere un automóvil para su uso personal puede reincorporarlo al circuito económico para venderlo como un automóvil usado. Pero debe advertirse que en el uso que le dio antes de la venta, el bien no estuvo dirigido a producir nuevos bienes

---

167. Artículo 3 inciso b) Proveedores.- Las personas naturales o jurídicas que fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden o suministran bienes o prestan servicios a los consumidores. En forma enunciativa y no limitativa se considera proveedores a:

    b.1 Distribuidores o comerciantes.- Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual venden o proveen de otra forma al por mayor, al por menor, bienes destinados finalmente a los consumidores, aun cuando ello no se desarrollen en establecimientos abiertos al público.

    b.2 Productores o fabricantes.- Las personas naturales o jurídicas que producen, extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los consumidores.

    b.3 Importadores. Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual importan bienes para su venta o provisión en otra forma en el territorio nacional.

    b.4 Prestadores.- Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual prestan servicios a los consumidores.

168. Resolución Nº 101-96-TDC/INDECOPI de fecha 18 de diciembre de 1996.

> y servicios, como sí hubiera ocurrido si el automóvil hubiera sido utilizado para prestar el servicio de alquiler de vehículos.
>
> Por ello es importante considerar lo que establece el artículo 1 del Decreto Legislativo Nº 716 según el cual la Ley se aplica a todas las personas naturales o jurídicas que en establecimientos abiertos al público o en forma habitual se dedican a la producción o comercialización de bienes y servicios. Esta realización de operaciones comerciales en establecimientos abiertos al público o de manera habitual no es compatible con la situación del consumidor que vende su automóvil como usado.»

Dentro de esta línea, la misma Resolución citada estableció claramente cuándo se considera que una persona natural o jurídica se comporta como proveedor, en los términos de la Ley:

> «Interpretando sistemáticamente los artículos 1 y 3 inciso b) de la Ley de Protección al Consumidor, tenemos que se considera proveedor a toda aquella persona, natural o jurídica, de Derecho público o privado, que se dedique (i) en establecimientos abiertos al público, o (ii) en forma habitual, a la producción o comercialización de bienes (esto es, a la fabricación, elaboración, manipulación, acondicionamiento, mezcla, envasado, almacenamiento, preparación, expendio o suministro de bienes) o a la prestación de servicios, en el territorio nacional. A continuación, la misma Ley contiene un listado que, sin ser limitativo, define detalladamente a los distintos proveedores involucrados en la cadena producción-consumo. Cuando nos encontremos frente al caso de alguien cuya actividad encaja dentro de la definición general de proveedor (inciso b) del artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 716), o las definiciones específicas de distribuidor y comerciante (b.1), productores y fabricantes (b.2) importadores (b.3) o prestadores (b.4), aquel no podrá ser considerado consumidor o usuario de los bienes o servicios que adquiere, utiliza o disfruta para el desarrollo de los fines propios de su actividad como proveedor.»

Y más adelante continúa diciendo:

> «Así, basta desarrollar una actividad de producción, comercialización o prestación en un establecimiento abierto al público, sin importar que nunca antes haya realizado o recién inicie dicha actividad, para que quien adquiere, utiliza o disfruta de un bien o servicio sea considerado proveedor y por tanto se encuentre fuera del ámbito de tutela de la Ley para las operaciones que realiza para el desarrollo, de los fines propios de su actividad como tal.
>
> En lo concerniente al segundo supuesto —el de habitualidad—, debe tenerse presente que incluso en el caso que la persona no realice sus actividades en establecimientos abiertos al público, si esta realiza la actividad de manera común y reiterada, será considerado proveedor y las

> operaciones que realice para el desarrollo de sus actividades como tal se encuentran fuera de la ley. El concepto de habitualidad no está ligado a un número predeterminado de transacciones que deben realizarse para presumir la habitualidad. Por el contrario, la habitualidad a la que se refiere la Ley de Protección al Consumidor se encuentra referida al supuesto en que pueda presumirse que alguien desarrolla la actividad para continuar en ella.»

Adicionalmente la norma exige que el bien o el servicio haya sido vendido o prestado a cambio de una contraprestación. Las operaciones a título gratuito están excluidas, lo que ha sido establecido por las definiciones de productos y servicios contenidas en los incisos c y d del artículo 3 del Decreto Legislativo 716[169]. Sin embargo si el bien o servicio suministrado gratuitamente lo es a propósito de una operación onerosa, como ocurre con ofertas, promociones o regalos vinculados a una operación de consumo específica, se considera que sí se trata de una operación de consumo y por tanto sujeta a la Ley. Así por ejemplo si el bien es un regalo entregado al consumidor a propósito de la compra de otro bien, como consecuencia de una promoción, entonces el ámbito de la ley alcanza la información y la idoneidad referidas al bien regalado.

Las razones para establecer estas reglas se refieren al mismo problema de la información asimétrica. El concepto de proveedor se vincula justamente con aquel que se encuentra, por su situación en el mercado, en mejor aptitud para contar con información relevante. Así los «proveedores ocasionales» no se encuentran en tal situación y no justifican la intervención de un sistema especial como el diseñado por el Decreto Legislativo 716.

El tipo de bienes y servicios que se encuentran bajo la competencia del INDECOPI son de los más variados e incluyen, alimentos, medicinas, educación, transporte, servicios bancarios y financieros, seguros, servicios profesionales de todo tipo, etc. Esto es sin perjuicio de que existan entes u oficinas del Estado que establezcan regulaciones específicas sobre el particular. Así se ha dictado como precedente de observancia obligatoria la Resolución Nº 217-99/TDC-INDECOPI de fecha 18 de agosto de 1999 (Shirley Sánchez Cama vs. Juan Edgardo Cantuarias Pacheco y Corporación Lindley S.A.), dicho precedente establece lo siguiente:

---

169. Artículo 3 c) Producto.- Es cualquier bien mueble o inmueble, material o inmaterial, producido o no en el país, materia de una transacción comercial con un consumidor.
d) Servicios.- Cualquier actividad de prestación de servicios, que se ofrece en el mercado a cambio de una retribución, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito, de seguridad y los servicios profesionales. Se exceptúan los servicios que se brindan bajo relación de dependencia. (Modificado por el artículo 18 D. Leg. N.º 807)

> «Todos los proveedores en territorio nacional se encuentran sujetos al ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Legislativo N.º 716 —Ley de Protección al Consumidor —, conforme a lo señalado en el artículo 1 de dicha ley. Por otra parte, la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI es el órgano administrativo competente, a nivel nacional, para conocer los procesos referidos a las presuntas infracciones al Decreto Legislativo Nº 716 que puedan presentarse en todos los sectores de consumo, salvo la excepción establecida en «norma expresa de rango legal», conforme a lo dispuesto en el artículo 46 de dicho cuerpo legal.
>
> Por excepción establecida en «norma expresa de rango legal», únicamente pueden entenderse aquellas disposiciones contenidas en leyes, u otras normas de igual jerarquía, que señalen que una entidad administrativa, distinta a la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, será competente para sancionar las presuntas infracciones al Decreto Legislativo Nº 716 que pueden cometerse en las relaciones de consumo que se presenten en un sector específico».

El mismo principio se ha aplicado, por ejemplo, en el caso de accidentes de empresas de transporte de pasajeros, en los que se impuso sanciones al proveedor, por infringir la ley de protección al consumidor sin perjuicio de las sanciones que pudiera haber recibido por infringir las normas sectoriales que regulan la actividad[170].

La lógica de este principio diferencia entre la acción regulatoria *ex ante* del Estado frente a las normas de protección al consumidor, que diseñadas para actuar en las relaciones de consumo, establecen el principio de actuación *ex post*. Así por ejemplo, si un ómnibus se pasa una luz roja y sufre un accidente, es distinta la infracción administrativa cometida que el daño ocasionado al consumidor por un servicio no idóneo. Lo segundo es de clara competencia del INDECOPI.

Solo se encuentran excluidos los servicios públicos como electricidad, agua y saneamiento y telecomunicaciones, al estar sujetos a la acción de órganos reguladores específicos con normas que han determinado procedimientos e instancias especiales de reclamo y sanciones para esos casos.

## XXIV.IDONEIDAD VS. INFORMACIÓN

Como se indicó en un inicio, casi todos los problemas de aplicación de las normas de protección al consumidor pueden verse resumidas en dos

---

170. Resolución Nº 221-1998/TDC (De oficio vs. Civa) de fecha 19 de agosto de 1998.

grandes categorías. La primera se refiere a los problemas de idoneidad, la segunda a los problemas de información.

Como ya indicamos en realidad los problemas de idoneidad y de información pueden ser considerados como las dos caras de la misma moneda. La idoneidad es la falta de coincidencia entre lo que el consumidor espera y lo que el consumidor recibe. Pero a su vez lo que el consumidor espera depende del nivel de información que ha recibido. Sin embargo, para efectos operativos, tanto la Ley como la jurisprudencia administrativa han hecho esfuerzos para ir forjando algunas diferencias.

Para determinar si el proveedor cumplió con sus obligaciones se construye un modelo de idoneidad, que se compara con lo que el consumidor recibió. Si lo que recibió es menos que el modelo no hay idoneidad y entonces hay responsabilidad del proveedor.

Así, se cumple el modelo de idoneidad si:

| MODELO DE IDONEIDAD | | REALIDAD |
|---|---|---|
| X+Y+Z | = | X+Y+Z |

Donde X, Y y Z son las características del bien o servicio.

Por el contrario, no hay idoneidad si:

| MODELO DE IDONEIDAD | | REALIDAD |
|---|---|---|
| X+Y+Z | = | X+Y+H |

Donde X, Y y Z son las características esperadas por el consumidor razonable del bien o servicio y X,Y y H es lo que recibió en realidad, siendo H menos que Z. En ese caso habrá incumplimiento del deber de ofrecer un bien o servicio idóneo.

En el caso Tori vs. Kourus[171] se estableció el principio de garantía implícita y garantía explícita que se deriva del artículo 8 del Decreto Legislativo 716. El caso se refería a un par de zapatos adquiridos por un consumidor en el que en un plazo de apenas dos meses uno de ellos apareció con un agujero. El Tribunal del INDECOPI consideró que el referido zapato no era idóneo porque no cumplía con las garantías implícitas que se consideraba el proveedor había ofrecido, pues un consumidor razonable no esperaría que un zapato comprado en las circunstancias en que se adquirió en el caso duraría tan poco tiempo.

En dicha Resolución se establecieron tres precedentes de observancia obligatoria, dos de los cuales tienen relación directa con el tema de idoneidad que venimos analizando. Así se estableció:

---

171. Resolución 085-96-TDC/INDECOPI de fecha 13 de noviembre de 1996.

> «a) De acuerdo a lo establecido en la primera parte del artículo 8 del Decreto Legislativo 716, se presume que todo proveedor ofrece como una garantía implícita, que el bien o servicio materia de la transacción comercial con el consumidor es idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren éstos en el mercado, según lo que esperaría un consumidor razonable, considerando las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados, lo que comprende el plazo de duración razonablemente previsible de los bienes vendidos. Sin embargo, si las condiciones y términos puestos en conocimiento del consumidor o que hubieran sido conocibles usando la diligencia ordinaria por parte de éste, contenidos en los documentos, envases, boletas, recibos, garantías o demás instrumentos a través de los cuales se informa al consumidor excluyen o limitan de manera expresa los alcances de la garantía implícita, estas exclusiones o limitaciones serán oponibles a los consumidores.
>
> b) La carga de la prueba sobre la idoneidad del producto corresponde al proveedor del mismo. Dicha prueba no implica necesariamente determinar con precisión el origen o causa real de un defecto, sino simplemente que éste no es atribuible a causas imputables a la fabricación, comercialización o manipuleo.»

La diferencia entre garantía implícita y garantía explícita es clara. Ambos conceptos sirven para reconstruir la expectativa del consumidor respecto de lo que esperaba recibir.

En las relaciones de consumo muchas veces es difícil determinar, según los términos contractuales, qué características y condiciones debía tener el bien o servicio ofrecido. En la mayoría de los casos el único documento relevante es un simple comprobante de pago.

Sin embargo para determinar qué es lo que el consumidor compró o adquirió es necesario reconstruir un modelo ideal de bien, aquel que dadas las circunstancias, él esperaría haber recibido. El análisis de idoneidad pasa por la reconstrucción de este bien o servicio que hubiera esperado el consumidor para luego compararlo con el bien o servicio que efectivamente recibió. Si se aprecia una diferencia significativa entre ese modelo y lo que se recibió, en perjuicio del propio consumidor, entonces se considera que el bien no es idóneo.

Pero este modelo no se construye en abstracto. Por el contrario, se diseña en base a tres coordenadas. La primera es la llamada garantía implícita. Por garantía implícita se entiende aquellas características y condiciones que el consumidor razonable hubiera esperado recibir, dadas las circunstancias. Así, en el caso que reseñamos, se consideró que un zapato que duraba menos de dos meses no era idóneo, pues dadas las circunstancias

un consumidor razonable esperaría una duración mayor. Así, el Tribunal estableció, en el caso Tori vs. Kourus, lo siguiente:

> «La garantía implícita no implica que el proveedor deba responder cuando el producto no ofrece la mejor calidad posible. Ello podría, en última circunstancia, perjudicar a los propios consumidores, pues los proveedores se verían obligados a colocar en el mercado productos a mayores precios para responder a dicha calidad ideal. Los consumidores están en la posibilidad de elegir entre productos de distintas calidades y precios, y no es función de la Comisión decidir cuál es la calidad estándar que deberían reunir los productos o servicios que se ofrecen en el mercado. En tal sentido la garantía implícita a la que se refiere esta Sala es la obligación de responder cuando el bien o servicio no es idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren o contratan éstos en el mercado, debiendo considerarse para ello las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados. Así, un lapicero es adquirido para escribir razonablemente bien por un tiempo a su vez razonable, dadas las circunstancias en las cuales fue adquirido. Un electrodoméstico es adquirido para su uso en el hogar, esperándose que el mismo funcione adecuadamente por un tiempo razonable, nuevamente teniendo en consideración las circunstancias en que fue adquirido. En el caso de un zapato de cuero, es de esperar que el mismo sea idóneo para ser utilizado como calzado, teniendo una duración mínimamente razonable, dada las circunstancias que rodean su adquisición.»

Veamos algunos ejemplos de aplicación de este principio.

En el caso Solmenia Reátegui Herbachi vs. Construcciones e Inversiones Los Andes S.R.Ltda., se determinó que lo que esperaría un consumidor razonable de un proveedor es que una obra de remodelación de los acabados de su domicilio no presente desperfectos. No se desprendía que la empresa denunciada hubiese advertido a la señora Reátegui o a su esposo respecto de la calidad de las losetas que iba a emplear, o los problemas que podría presentar el tamaño de la cúpula que iba a instalar, de modo que un consumidor razonable esperaría que los materiales utilizados en este caso resultarían idóneos para los fines de la obra contratada[172].

En el caso Víctor Roggero Terrones vs. Consorcio Comercial S.A., el señor Roggero manifestó que los portahornillas de la cocina que adquirió de Consorcio Comercial S.A. se habían deteriorado a los 2 meses de adquirida la cocina. En dicha oportunidad, los mismos fueron cambiados. Sin embargo, manifestó que los portahornillas continuaron deteriorándose, siendo el caso

172. Resolución Nº 096-1998/TDC de fecha 8 de abril de 1998.

que dichos accesorios fueron cambiados hasta en 3 oportunidades, en el lapso de aproximadamente un año de uso. Al respecto, la Sala consideró que un consumidor razonable no esperaría que el portahornillas de una cocina que acaba de adquirir se deteriore a los dos meses de uso. Asimismo, en el presente caso, el proveedor no demostró que el rápido deterioro de los portahornillas de la cocina que adquirió el señor Roggero se debiera a causas que no le eran imputables, por lo que, en este sentido, la infracción del artículo 8 del Decreto Legislativo Nº 716 es atribuible al proveedor[173].

En el caso Roberto Dañino Zapata vs. Lima Driver S.A., el Sr. Dañino había contratado un taxi de la empresa Lima Driver S.A. para ir al aeropuerto. En el camino se detuvo en la casa de su suegra por unos minutos, circunstancia en el que el taxi fue asaltado, robándose las maletas del consumidor. El denunciante sostuvo que debía entenderse que la compañía de taxis debía contratar un seguro contra robos. La Sala consideró que un servicio de tales características hubiera sido considerado novedoso por los consumidores, lo que indicaba que no se encontraba dentro de los términos y condiciones que esperaría un consumidor razonable, y por tanto tal obligación no estaba comprendida dentro de la garantía implícita. La denuncia fue declarada infundada[174].

La garantía implícita es simplemente la reconstrucción de aquellos términos que dada la expectativa de un consumidor razonable, se entienden implícitamente incorporadas a la relación contractual de consumo.

La segunda coordinada es el concepto de garantía explicita. Así, la reconstrucción del modelo de idoneidad no se limita a utilizar las garantías implícitas, sino que añade las garantías explícitas, entendiendo por ellas las características y condiciones expresamente ofrecidas por el proveedor en el etiquetado del producto, comprobante de pago, publicidad, contrato y cualquier otro medio porque se pruebe qué específicamente se ofreció al proveedor, siempre que haya sido informado de manera clara al consumidor.

Así, las garantías explícitas, como su nombre lo indica, se refieren a lo expresamente ofrecido por el proveedor. Así, en la Resolución del caso Tori vs. Kouros, se señaló lo siguiente:

> «Si las condiciones y términos expresos (contenidos en los documentos, envases, boletas, recibos, garantías o demás instrumentos a través de los cuales se informa al consumidor) no señalan algo distinto, se presume que el producto es idóneo para los fines y usos previsibles para los cuales normalmente éstos se adquieren en el mercado, considerando las

173. Resolución Nº 160-1998/TDC de fecha 19 de junio de 1998.

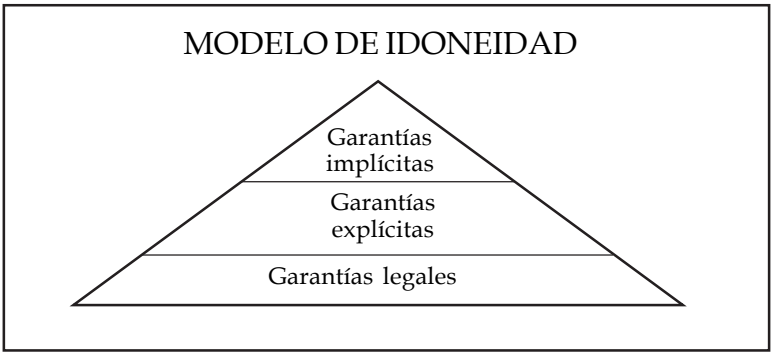
174. Resolución Nº 69-1998 /TDC de fecha 11 de marzo de 1998.

> condiciones en los cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados. Sin embargo, el proveedor podría limitar esta obligación si es que informa que vende el bien al consumidor en condiciones distintas a las que se derivan de la garantía implícita. Por ejemplo, si se informa al consumidor claramente que no se ofrece ninguna garantía por el bien, o si se limita temporalmente la obligación de garantía, o si se excluye cierto tipo de problemas de la obligación de garantía o se ofrecen garantía expresas porque excluyen expresamente las garantías implícitas o cualquier otra limitación similar, entonces responderá en los términos ofrecidos expresamente, siempre y cuando dichos términos y condiciones hayan sido conocidos o conocibles por el consumidor razonable usando su diligencia ordinaria.»

Así, en caso de surgir un conflicto entre una garantía implícita y una garantía explícita se considera que prima la garantía explícita, sea porque esta ofreció más de lo que esperaría el consumidor, o sea que esta ofreció menos, en cuyo caso se considerará que si el consumidor fue adecuadamente informado no podrá exigir más de aquello que le ofrecieron expresamente.

A ello se añade una tercera coordenada no incluida en el precedente, que es la garantía legal. Así si la Ley manda un estándar o característica que el bien debe tener necesariamente y contra el que no cabe pactar, no cabe que este sea desplazado por la garantía explícita. Así el modelo de idoneidad incorpora todas las características y garantías que la Ley ordena. Por ejemplo una norma técnica obligatoria que indica las características que debe reunir el cemento no puede ser dejada de lado por medio de un pacto. Lo mismo ocurre si una aerolínea pacta con un pasajero que no le ofrecerá seguro de accidentes cuando la Ley ordena que ello sea obligatorio. O el caso que un contrato establece el cobro de una comisión o una tasa de interés prohibida por norma expresa.

En esa línea podemos graficar las relaciones entre las garantías en el siguiente gráfico:



La pirámide que antecede muestra que la base no puede ser desplazada por las garantías que están encima. Las garantías explícitas deben respetar las garantías legales y las implícitas deben respetar las explícitas.

Estos principios se complementan con las precisiones que se hicieron al caso Tori vs. Kourus por medio del caso Carbonel vs. Finantur[175]. En ese caso se presentó una consumidora alegando que no había sido informada, al comprar un pasaje Lima-Los Ángeles, que el vuelo iba solo a tener una escala. La empresa de turismo que le vendió el pasaje señaló, por el contrario, que el número de 3 escalas (Panamá, Costa Rica y México) que tuvo el vuelo había sido informado expresamente al consumidor. De las pruebas que obraban en el expediente no quedaba claro que ello hubiera sido informado al consumidor, pero tampoco que hubiera la garantía explícita de que el vuelo solo tendría una escala.

El análisis efectuado por el Tribunal del INDECOPI condujo, sin embargo, a precisar algunos principios de carga de la prueba que ayudan a definir la importancia de las garantías explícitas. Se señaló que si el término o condición ofrecida era de tal naturaleza que superaba lo que esperaría un consumidor razonable, entonces la carga de probar que tal término o condición fue ofrecida correspondía al consumidor. Por el contrario si el término o condición se encontraba por debajo de lo que esperaría un consumidor razonable, entonces la carga de la prueba de que tal condición menos favorable había sido ofrecida al consumidor correspondía al proveedor.

Así, en la Resolución referida se estableció un precedente de observancia obligatoria en el siguiente sentido:

> «l. Los proveedores tienen la obligación de poner a disposición de los consumidores toda la información relevante respecto a los términos y condiciones de los productos o servicios ofrecidos, de manera tal que aquélla pueda ser conocida o conocible por un consumidor razonable usando su diligencia ordinaria.
>
> Para determinar qué prestaciones y características se incorporan a los términos y condiciones de una operación en caso de silencio de las partes o en caso de que no existan otros elementos de prueba que demuestren qué es lo que las partes acordaron realmente, se acudirá a las costumbres y usos comerciales, a las circunstancias que rodean la adquisición y a otros elementos que se consideren relevantes. En lo no previsto, se considerará que las partes acordaron que el bien o servicio resulta idóneo para los fines ordinarios por los cuales éstos suelen adquirirse o contratarse según el nivel de expectativa que tendría un consumidor razonable.

175. Resolución 102-97-TDC/INDECOPI de fecha 25 de abril de 1997.

> 2. La prueba de la existencia de una condición distinta a lo normalmente previsible por un consumidor razonable dadas las circunstancias corresponderá al beneficiado por dicha condición en la relación contractual. De esta manera, en caso que el consumidor alegue que el bien o servicio debe tener características superiores a los normalmente previsibles dadas las circunstancias, la carga de la prueba de dicha característica recaerá sobre aquél —es decir, corresponderá al consumidor probar que se le ofreció una promoción adicional o que se le ofrecieron características adicionales o extraordinarias a las normalmente previsibles—. Por el contrario, en caso que sea el proveedor el que alegase que el bien o servicio tiene características menores a las previsibles dadas las circunstancias, la carga de probar que tales fueron las condiciones del contrato recaerá en él —es decir, corresponderá al proveedor probar que ofreció condiciones menos beneficiosas a las que normalmente se podrían esperar.»

Para determinar los alcances de este precedente la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal usó en la misma Resolución algunos ejemplos para graficar los principios en él recogidos:

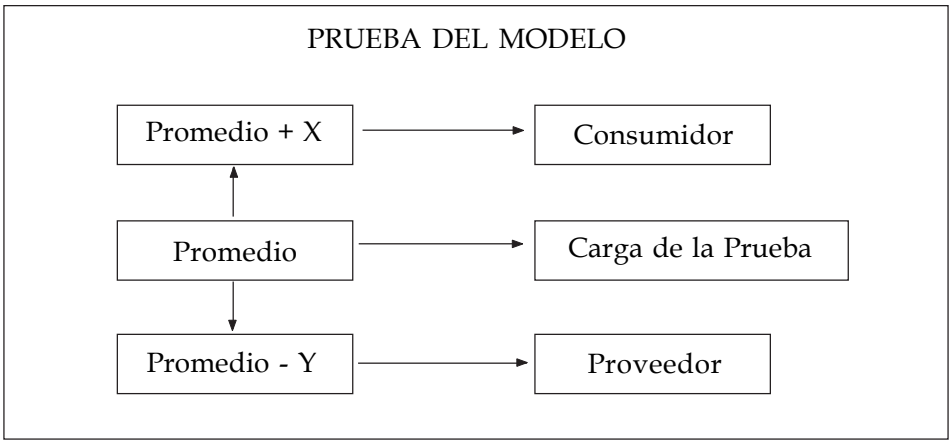
> «Por ejemplo, el consumidor que contrata un servicio de confecciones de un traje esperará como mínimo que como resultado del trabajo tenga una prenda de vestir que se ajuste a su talle, que la duración del trabajo sea la normalmente previsible, que las costuras tengan un nivel aceptable de resistencia, etc. Quien adquiere un televisor esperará que este funcione adecuadamente, tenga una señal meridianamente clara, y tenga una vida útil aceptable. La determinación precisa de estas características dependerá de las circunstancias y de los usos y costumbres comerciales existentes en la plaza.
>
> Sin embargo, en caso que el consumidor alegue que el bien o servicio debe tener características superiores a las normalmente previsibles dadas las circunstancias la carga de la prueba de dicha característica recaerá sobre aquél. Es decir, corresponderá al consumidor probar que se le ofreció una promoción adicional o que se le ofrecieron características adicionales o extraordinarias a las normalmente previsibles como consecuencia de su experiencia en el mercado. Por ejemplo, si ante el silencio de las partes o la falta de documentos que prueben algo distinto, el consumidor alegase que el pasaje adquirido es de primera clase y no de clase económica como el que recibió, él deberá demostrar que tal condición efectivamente le fue ofrecida y se incorporó al contrato.
>
> Por el contrario, en caso que sea el proveedor el que alegase que el bien o servicio tiene características menores a las previsibles dadas las circunstancias, la carga de probar que tales fueron las condiciones del contrato recaerá en él. Es decir, corresponderá al proveedor probar que ofreció

> condiciones menos beneficiosas a las que normalmente se podían esperar. Por ejemplo, si ante el silencio de las partes o la falta de documentos que prueben algo distinto, el proveedor sostuviese que el pasaje aéreo vendido es uno condicionado a que haya espacio disponible, le corresponderá demostrar que ello fue efectivamente ofrecido y/o informado al consumidor y, por tanto, que tal condición se incorporó al contrato.
>
> En pocas palabras, la prueba de la existencia de una condición distinta a la normalmente previsible por un consumidor razonable dadas las circunstancias, corresponderá al beneficiado por dicha condición en la relación contractual.»

En el caso Finantur se consideró que dado que no había pruebas de si se había ofrecido un vuelo directo o se había informado el número de escalas, era necesario establecer qué esperaría un consumidor razonable respecto de un vuelo Lima-Los Ángeles. Se consideró que esperaría razonablemente que tuviera una o hasta dos escalas, pero que tres ya superaba el estándar de garantía implícita. Por tanto se sancionó a la empresa de turismo por no acreditar que informó al consumidor del problema.

Otro ejemplo gráfico sería el siguiente, caso que se presentó en la realidad como una consulta. Una persona compra una rifa para dos pasajes Lima-Buenos Aires. Gana el sorteo y le entregan dos pasajes en ómnibus. Al reclamar que se trataba de pasajes aéreos el organizador le dice que en ninguna parte de la publicidad ni el boleto se indicaba eso. Pero ante el silencio ¿Qué esperaría un consumidor razonable? Sin duda un pasaje aéreo. Esa es la garantía implícita. Siendo esa la garantía implícita la carga de la prueba de demostrar que se informó que era un pasaje por tierra será entonces del proveedor. Si no acredita que lo informó se considerará que el pasaje es por avión.

Las cargas de la prueba están graficados en el siguiente esquema:



Según ese esquema si el consumidor afirma que se le ofreció algo más de lo que se derivaría del modelo de idoneidad (definido en el cuadro como «el promedio»), es decir que había una garantía explícita que extendía las calidades o condiciones del producto por encima de lo esperado, es el consumidor el que tiene que probar que se le ofreció más de lo esperado, es decir la existencia de una garantía explícita. Así si dice que por el precio de clase turista le ofrecieron primera clase, el tendrá que presentar el documento o la prueba que muestre que ello se le ofreció.

Por el contrario si el proveedor afirma que en realidad se ofreció menos que el modelo de idoneidad, deberá ser dicho proveedor el que demuestre que informo al consumidor de dicho hecho, es decir que existía una garantía explícita limitativa de la garantía implícita. Así si dice que se vendió un producto con defecto o «yaya» bajo conocimiento del consumidor, tendrá que demostrar que el consumidor fue informado adecuadamente.

Al sustentar la Sala el principio recogido en Carbonel vs. Finantur manifiesta su intención de reducir los costos de transacción, reconociendo lo complicado que sería en los mercados masivos obligar a que las partes documenten todos los términos y condiciones que regulan los contratos entre proveedores y consumidores. Así, en Carbonel vs. Finantur se señala:

> «Las razones que inspiran este principio radican en la necesidad de garantizar la seguridad en las operaciones de consumo sin elevar los costos de transacción en el mercado correspondiente. Así, se considera que lo pactado es lo que normalmente hubiera aceptado un consumidor razonable dadas las circunstancias. Esto evita generar pruebas o documentación excesiva en este tipo de contratación estandarizada, dinámica y masiva. Por el contrario, si alguien alegara que en realidad las condiciones son distintas a las previsibles y que dicha diferencia lo beneficia, entonces tendrá la carga de demostrar lo que afirma.»

Podemos apreciar cómo estos principios reflejan la íntima relación que existe entre idoneidad e información, tal como hemos señalado líneas arriba. El análisis de idoneidad establecido en Tori vs. Kourus depende en gran parte de lo que se haya informado al consumidor. Por otro lado las cargas de la prueba sobre qué se informó y qué no se informó al consumidor depende en gran parte de cómo se determina la idoneidad en función a las garantías implícitas que se entiende ha ofrecido el proveedor. Son las dos caras de la misma moneda, por lo que separar los temas de información de los temas de idoneidad es, en la práctica, imposible.

Así, lo que se debe informar depende de lo que el consumidor espera y lo que el consumidor esperaría depende de qué es lo que le informó.

Pero el problema de la idoneidad no se agota en determinar si el bien es o no idóneo. Si un televisor no funciona no es idóneo para los fines para los cuales se adquirió. Sin embargo podría ser que no funciona precisamente por que el consumidor le dio un uso inadecuado (por ejemplo lo conectó a electricidad 220 cuando estaba preparado para 110, hecho que le fue oportuna y adecuadamente informado). Así, no basta establecer que el bien no es idóneo, sino que además a quien es atribuible la falta de idoneidad.

En el mismo caso Tori vs. Kourus se estableció como precedente de observancia obligatoria que, una vez demostrado que el bien no es idóneo, se presumirá que la falta de idoneidad es atribuible al proveedor, salvo que éste demuestre que tal falta de idoneidad no le es imputable[176].

Así, en términos de la Sala:

> «El hecho de que exista una garantía implícita no implica que el proveedor sea siempre responsable. Podría ser que el deterioro haya sido causado por un factor diferente como puede ser el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho de un tercero o el descuido o negligencia del propio consumidor, circunstancias en las cuales obviamente no podría hacerse responsable al denunciado de lo ocurrido.»

Así, en dicho caso nunca se pudo determinar si el agujero en el zapato había sido ocasionado por un uso inadecuado (se dijo que el consumidor podría haber usado los zapatos para patear piedras) o a una mala fabricación del zapato. Pero dado que el proveedor tenía que probar que el defecto no le era imputable (cosa que no hizo) se le atribuyó responsabilidad por lo ocurrido.

Algunas personas han criticado el precedente por haber invertido administrativamente la carga de la prueba que, según estos críticos, no se deriva de la Ley. Sin embargo tal supuesta inversión es en realidad la aplicación del principio contenido en el artículo 1229 del Código Civil, según el cual la prueba del pago corresponde a quien afirma haberlo efectuado. Siendo que el pago de la obligación de entregar un bien o dar un servicio idóneo es precisamente la entrega de un buen o servicio idóneo, probar que eso se cumplió corresponde precisamente al proveedor.

Esto además se refuerza con la idea de que la prueba de una fractura causal (como el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de un tercero o la imprudencia de la víctima) corresponde a quien la invoca.

---

176. Así, como ya se citó anteriormente, en este caso se estableció que «*La carga de la prueba sobre la idoneidad del producto corresponde al proveedor mismo. Dicha prueba no implica necesariamente determinar con precisión el origen o causa real de un defecto, sino simplemente que éste no es atribuible a causas imputables a la fabricación, comercialización o manipuleo*».

Estos principios se derivan además de la idea que es el proveedor el que, por su conocimiento del mercado, está en mejor posibilidad, respecto del consumidor, de determinar cuáles son las causas posibles del problema y tomar las precauciones necesarias para evitarlo. Así, el principio se sustentó en la siguiente fundamentación efectuada por la Sala en la Resolución que comentamos:

> «De las dos partes es el proveedor el que se encuentra en mejor posición para poder determinar que la falla no puede serle atribuida. Ello por que el control y manejo que tiene sobre el proceso productivo y/o el de comercialización y su propia experiencia de mercado le permiten, en el común de los casos, ser quien puede determinar a menor costo la idoneidad del producto. El consumidor, en la mayoría de los casos no contará con elementos suficientes como para determinar si el defecto es o no atribuible al fabricante.
>
> Dentro de estos alcances la carga de la prueba sobre la idoneidad del producto debe ser asumida por aquél que es responsable de tal idoneidad y se encuentra en mejor posición para producir prueba sobre la misma. Esta carga de la prueba no implica, necesariamente, llegar a demostrar qué fue lo que realmente ocasionó el defecto (lo que de lograrse lo exoneraría de responsabilidad) sino que el defecto no le es atribuible al proveedor, así no se llegue a probar con toda precisión cuál fue realmente la causa real.
>
> Hay que tener en cuenta, que resultaría imposible efectuar un análisis que, partiendo del supuesto contrario exija al consumidor que demuestre la mala calidad o falta de idoneidad del producto, para lo cual tendría que contar con la misma información que tiene el proveedor respecto del bien, lo que supondría elevar excesivamente sus costos de prueba.»

Debe destacarse además que respecto a la imputabilidad del defecto, se estableció en el caso Tori vs. Kourus otro precedente de observancia obligatoria limitando los efectos probatorios que podría tener un ofrecimiento conciliatorio. Así se señala en la Resolución lo siguiente:

> «c) La voluntad conciliadora de las partes, manifestada a través de los ofrecimientos que se hacen en las audiencias de conciliación o fuera de ellas, no puede ser utilizada como medio probatorio de su responsabilidad, a no ser que los mencionados ofrecimientos contengan un reconocimiento expreso e indubitable de responsabilidad por parte de quien los formula.»

La idea radica en no limitar la posibilidad de que el proveedor, en la negociación, pueda hacer ofrecimientos basados en su intención de llegar a un arreglo y de los cuales no se pueda inferir un reconocimiento de responsabilidad. Incluso, antes de considerar dichos ofrecimientos como indicati-

vos de responsabilidad, la Sala consideró que los mismos pueden ser usados para atenuar la responsabilidad del proveedor:

> «La audiencia de conciliación o las ofertas de conciliación hechas fuera de ella, no tienen la naturaleza de pruebas ni implican una «confesión» de responsabilidad. Bajo tal supuesto las empresas que tienen políticas de total satisfacción al cliente y que aceptan cambios sin expresión de causa podrían ser hechas siempre responsables por aceptar los cambios.
>
> La conciliación es un mecanismo que ha permitido solucionar la inmensa mayoría de los casos que en el área de protección al consumidor ha recibido el INDECOPI. Se debe por tanto reforzar dicho mecanismo. El criterio de usar el ofrecimiento conciliatorio en sí como prueba, por el contrario, debilita la institucionalización de la conciliación.
>
> Así, salvo que en el Acta de Conciliación exista un reconocimiento expreso e indubitable de responsabilidad por parte de quien los formula, los ofrecimientos que se hagan no pueden ser considerados como prueba de la existencia o aceptación de responsabilidad.
>
> Incluso, a fin de fomentar la vocación de conciliación de las partes, esta Sala considera que los ofrecimientos de conciliar hechos de buena fe sí podrían ser considerados como elementos que deben ser merituados al momento de graduar y atenuar la sanción aplicable a quienes resulten responsables de los hechos materia de denuncia en un procedimiento.»

Otro principio que es importante destacar es que la jurisprudencia administrativa ha interpretado que la obligación de información no se limita a la información puesta a disposición del consumidor al momento de contratar, sino, en el caso de relaciones de tracto sucesivo o continuadas en el tiempo, dicha obligación se extiende a aquella información requerida por el consumidor durante el desarrollo de la relación de consumo. Así, por ejemplo en el caso del Banco Internacional del Perú (Interbank), se estableció que este debía dar respuesta a los requerimientos del consumidor sobre los créditos que tenía contratados, considerando que la obligación de informar no se limitaba a lo que se brinda al momento de contratar[177].

Los temas de idoneidad e información son el corazón del sistema de protección al consumidor. En base a ellos se construyen todo el sistema de reglas que regulan en el Perú las relaciones de consumo. Sin embargo aún es necesario contemplar un aspecto adicional e importante, vinculado a la

---

177. Resolución Nº 234-1997/TDC-INDECOPI (Evvín Vásquez García vs. Banco Internacional del Perú) de fecha 24 de setiembre de 1997

obligación de advertir a los consumidores sobre los riesgos y peligros de los productos y servicios ofrecidos a los consumidores.

## XXV. LAS ADVERTENCIAS A LOS CONSUMIDORES.

Un tema, vinculado a la información a los consumidores es el de las advertencias de los riesgos y peligros de los productos. Según el artículo 5, inciso a del Decreto Legislativo 716, es un derecho de los consumidores el de ser protegidos contra los riesgos que presenten los bienes y servicios en el mercado[178].

Por su parte, según el artículo 9 de la misma norma, los productos y servicios no deben conllevar riesgos injustificados o no advertidos a los consumidores[179]. Por su parte, de acuerdo al artículo 10, de detectarse luego de colocado un producto en el mercado que el mismo conlleva riesgos no previstos, el proveedor está obligado a tomar las medidas razonables necesarias para contrarrestar el peligro[180].

Así, la norma asume que existen riesgos justificados y no justificados. Los justificados son los que no pueden ser removidos del producto dada la relación existente entre el uso del bien y las medidas necesarias para minimizarlo, dentro de lo cual debe incluirse los costos en que habría que incurrir para hacerlo. Así, por ejemplo, es un riesgo justificado en un cuchillo, que uno se corte al utilizarlo. También se puede aceptar ciertos efectos secundarios y ocasionales de algunos medicamentos. Por otro lado los automóviles no pueden ser fabricados para que los ocupantes del mismo puedan sobrevivir a cualquier accidente, pues ello elevaría excesivamente los

---

178. Artículo 5 inciso a) derecho a una protección eficaz contra los productos y servicios que, en condiciones normales o previsibles representen riesgo o peligro para la salud o la seguridad física.

179. Artículo 9.- Productos o servicios riesgosos a la salud o seguridad del consumidor. Los productos y servicios puestos a disposición del consumidor no deben conllevar riesgo injustificado o no advertido para la salud o seguridad de los consumidores o sus bienes. En caso que, por la naturaleza del producto o del servicio, el riesgo sea previsible, deberá advertirse al consumidor de dicho riesgo, así como del modo correcto de la utilización del producto o servicio.

180. Artículo 10.- Detección de peligros en bienes o servicios que se encuentran en el mercado. En el caso que se coloque en el mercado productos o servicios, en los que posteriormente se detecta la existencia de peligros no previstos, el proveedor se encuentra obligado a adoptar las medidas razonables para eliminar o reducir el peligro, tales como notificar a las autoridades competentes esta circunstancia, retirar los productos o servicios, disponer su sustitución o reparación, e informar a los consumidores oportunamente con las advertencias del caso.

costos de fabricación de los mismos. Pero los riesgos justificados deberán, en caso que no puedan ser conocidos por un consumidor razonable, ser advertidos a los consumidores. Así, carece de sentido informar a los consumidores que es posible cortarse con un cuchillo de cocina, pero sí puede ser razonable comunicar a los consumidores el tipo de efectos secundarios que podrían presentarse al consumir un medicamento.

Por el contrario los riesgos injustificados no admiten la posibilidad de permanecer en los productos, y en aplicación de un principio de razonabilidad no admitiría que el producto tenga esos peligros implicados en su consumo. Por ejemplo un medicamento que genera cáncer en un alto porcentaje de usuarios, podría ser considerado como un producto con un riesgo injustificado.

Por el contrario, en los riesgos que, justificados o no, no eran conocidos al momento de la incorporación del producto al mercado, la Ley establece que el proveedor deberá tomar las medidas necesarias para compensar y resolver el problema. A nuestro entender, de detectarse un riesgo justificado, deberá advertirse a los consumidores en ese momento, y de ser un riesgo injustificado, deberá corregirse y/o retirarse el producto del mercado.

La jurisprudencia administrativa ha diferenciado claramente los riesgos injustificados de los riesgos no advertidos. Así, en el caso Dyazyde (Smithkline Beecham I.a.c. y Laboratorios Industriales Hersil S.A.)[181] se analizó lo ocurrido cuando, por un error en el proceso productivo, se incluyó como ingrediente de un medicamento diurético (Diazyde) un antisicótico en dosis que eran además peligrosas para la salud[182]. En dicha Resolución

---

181. Resolución 095-96-TDC/INDECOPI de fecha 18 de diciembre de 1996.

182. El nivel del riesgo existente se gráfica claramente con la siguiente cita de la Resolución emitida por el Tribunal del INDECOPI:

> «Ha quedado claramente demostrado en el expediente que el Lote Nº 911075 de Dyazide no contenía el componente Hidroclororiazida que le daba las características de diurético, sino que contenía el compuesto Trifluoperazina, un antipsicótico. Pero además se ha demostrado que esta última sustancia se encontraba en dosis muy altas y por tanto peligrosas para la salud. En lugar de contener de 2 a 14 miligramos, dosis normalmente utilizada, contenía 25 miligramos (Informe Resumen de fojas 911), lo que no permite siquiera predecir qué efectos tendrá en los consumidores, hecho que se agrava si se tiene en cuenta que los consumidores de un diurético son personas de edad avanzada a las que normalmente no se les administraría un antipsicótico de las características del Stelazine (nombre comercial del antipsicótico Trifluoperazina), y menos en esas dosis.
>
> Incluso en dosis normales la Trifluoperazina (antipsicótico) tiene entre sus efectos secundarios registrados los siguientes: sueño, mareos, reacciones cutáneas, erupcio-

se estableció, respecto a la diferencia del riesgo no advertido y el riesgo injustificado, la siguiente idea:

> «Los productos colocados en el mercado pueden contener distintos tipos de defectos. En ocasiones el producto conlleva un riesgo que puede ser evitado o, en todo caso, asumido por el consumidor, siempre que se le advierta adecuadamente, pues es un riesgo natural. En tal caso el producto se torna defectuoso si la advertencia no se hace o se hace de manera inadecuada. Ello ocurre, por ejemplo con las contraindicaciones o con los eventuales efectos secundarios previsibles.
>
> Otro supuesto de producto defectuoso es el de aquel que en su diseño o configuración normal no conlleva un determinado riesgo, pero por un defecto de fabricación se torna en riesgoso para el consumidor. Ese es el caso del lote de Dyazide materia del presente procedimiento. Allí no habría nada que advertir previamente pues el defecto no es uno de advertencia, sino uno de fabricación. En términos del artículo 9 que venimos analizando, no se trata simplemente de un caso de riesgos no advertidos, sino, y principalmente, de riesgos injustificados, derivados del error humano antes aludido.
>
> Esto explica la utilización de la conjunción «o» en el primer párrafo del artículo 9 cuando el mismo distingue entre «riesgo injustificado» y «riesgo no advertido». La existencia de un riesgo injustificado es tan sancionable como la existencia de un riesgo justificado pero no advertido. La Sala considera que al momento de colocar en el mercado el Dyazide defectuoso la infracción al artículo 9 se configura porque el producto conlleva un riesgo injustificado»

---

nes, sequedad bucal, insomnio, amenorrea, fatiga, debilidad muscular, anorexia, segregación láctea, visión borrosa, reacciones neuromusculares o extrapiramidales, tales como la disquinesía tardía, reacciones distónicas, parkinsonismo, acatisia, síndrome neuroléptico maligno y disquinesia perioral (según el Physician's Desk Reference, Smith Kline Beecham: Dosis y Administración del Stefazine en adultos), razón por la cual se recomienda consumir otros fármacos para combatir algunos de estos efectos, tales como los agentes antiparkinsonianos, barbitúricos, Benadryl, anfetaminas, dextro-anfetaminas, cafeína con benzoato de sodio, Levofed, Neo Synefrin (según el Physician's Desd Reference, Smith Kline Beecham, a fojas 456). Esto demuestra el nivel de riesgo al que estuvieron exuestos los consumidores. Toda esta información demuestra que el Dyazide defectuoso no cumplía con los requisitos mínimos exigidos en el artículo 8 del Decreto Legislativo Nº 716, pues no sólo no producía el efecto diurético ofrecido (lo que de por sí ya es una infracción) sino que además contenía una sustancia distinta que podía tener consecuencias graves para la salud de los consumidores, lo que no cumple el más mínimo requisito de idoneidad ni calidad. El Dyazide defectuoso traiciona por tanto las más mínimas expectativas del consumidor en cuanto a los efectos y contenido del producto».

Así, mientras los riesgos injustificados tenían más que ver con un tema de idoneidad, los riesgos no advertidos (que debían ser justificados) obedecían a un problema de información. Se acepta que existen riesgos que, dado el estado de la técnica, no pueden ser removidos del producto a un costo razonable, y que por tanto quedan justificados, pero que ello no libera de la necesidad de informar de su existencia a los consumidores. Por el contrario, los riesgos injustificados debían ser removidos del producto, por no ser admisibles dado el estado de la técnica que dichos riesgos existan en relación a los costos y beneficios de su exclusión o eliminación. En tal sentido se consideró que el error cometido en el Diazyde era un problema de idoneidad por que el producto tenía un riesgo injustificado y que carecía de sentido entender que era un simple problema de advertencia.

Sin embargo se determinó que una vez descubierto el problema el riesgo injustificado que planteaba el Dyazide, éste debía ser informado a los consumidores al lado de tomar aquellas medidas necesarias para evitar o minimizar los daños que venía produciéndose.

Así la Resolución del caso Dyazide[183] estableció una serie de principios para evaluar la adecuación de las advertencias, señalando, con carácter de precedente de observancia obligatoria, cuáles eran estos principios. Si bien la Resolución se refería a un riesgo descubierto luego de que el producto había ingresado al mercado, los principios enunciados son perfectamente aplicables a las advertencias que deben hacerse de riesgos justificados pero que deben ser informados a los consumidores. Para tal efecto el INDECOPI ha estimado que cuando el artículo 10 se refiere a adoptar «*las medidas razonables para eliminar o reducir el peligro*» implica la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el riesgo y peligro generado por el defecto y las medidas que se adopten. A mayor riesgo, mayores serán las medidas que deberán adoptarse para corregir dicho riesgo o peligro. Así, claramente se alude a un análisis costo-beneficio de las posibles medidas que deben ser necesarias.

Los principios que se han establecido son los siguientes:

> «a) La advertencia debe ser difundida con la debida celeridad. Se deben difundir las advertencias en un plazo prudencial de acuerdo con la gravedad del riesgo o peligro involucrado. Esto implica que, tratándose de un daño grave a la salud de los consumidores, las advertencias deben ser difundidas de inmediato, apenas existan indicios razonables para suponer la existencia del peligro.»

Este principio es solo aplicable a riesgos descubiertos luego de que el producto es colocado al mercado, pues hace alusión al tiempo de reacción

183. Resolución 095-96-TDC/INDECOPI de fecha 18 de diciembre de 1996.

del proveedor. Esto los diferencia de los demás principios que se refieren al texto mismo de la advertencia y que son aplicables tanto a advertencias luego de descubierto el problema como a advertir riesgos justificados del producto. El principio recoge la idea de proporcionalidad entre la magnitud del daño potencial o real y la rapidez con la que se actúa, haciendo incluso referencia expresa a que cuando el riesgo afecta gravemente la salud la acción debe ser inmediata[184].

---

184. Para graficar esta idea se puede revisar como analizó la Sala el tiempo de reacción de las empresas denunciadas en el caso Dyazide:

«Sobre este punto, la Comisión consideró que SmithKline y Hersil no actuaron con la debida celeridad pues detectaron el problema el 14 de mayo de 1996 y no lo dieron a conocer al público consumidor sino hasta el 20 del mismo mes a través de anuncios públicos en los diarios «Ojo», «Expreso» y «El Comercio». Además, la Comisión consideró que las mencionadas empresas no hicieron uso de todos los recursos a su alcance para mitigar los daños que se estuvieran produciendo.

Hersil y SmithKline sostienen que si no decidieron poner los hechos en conocimiento de las autoridades y del público consumidor sino hasta el 17 de mayo de 1996 fue porque hasta ese momento no estaban totalmente seguros de que la Trifluoperazina (antipsicótico) hubiera sido incluida en el proceso de fabricación del Dyazide. Sin embargo, dichas empresas no han podido justificar por qué tardaron dos días en remitir muestras no identificadas del lote defectuoso del producto a S.G.S. para efectuar el segundo análisis.

El día 17, contando con los resultados de los análisis efectuados por la empresa S.G.S., dieron a conocer los hechos a DIGEMID y redactaron un aviso para ser publicado en los diarios antes mencionados, publicación que no se habría podido realizar sino hasta el 20 de mayo por problemas de falta de espacio.

En opinión de esta Sala, el hecho que fuera comprobado que en la documentación de fabricación del Dyazide aparecía la hidroclorotiazida (diurético) con el código de análisis de la Trifluoperazina (antipsicótico), dentro del contexto antes comprobado del sobrante de aquella y el faltante de éste (ambos en cantidades equivalentes), era suficiente para dar la alarma y poner lo ocurrido en conocimiento de las autoridades y del público consumidor. Esto se descubrió el día 14 de mayo. Los análisis posteriores sólo buscaban reconfirmar lo que hasta ese momento era bastante claro.

Los riesgos del error cometido eran más que evidentes y la magnitud de sus posibles consecuencias saltaba a la vista, tal como ha quedado demostrado en el expediente. Un error tan grave requería una acción inmediata, sobre todo si se considera las altas dosis de Trifluoperazina (antipsicótico) contenidas en el Dyazide defectuoso que ya se había estado comercializando por cerca de dos meses, conforme lo expresado por Química Suiza S.A. a fojas 1641. En tales circunstancias, la demora en la acción configura una infracción grave a la luz de la magnitud del daño que podría resultar.

Si las empresas responsables hubieran actuado inmediatamente, DIGEMID hubiera conocido los hechos el mismo 14 de mayo e informado a la Comisión, pudiéndose haber difundido la advertencia al público consumidor mucho antes del 20 de mayo.»

> «b) El uso de un encabezamiento o señal de advertencia adecuados al riesgo o peligro que se advierte. El 'título' con el que pretende llamar la atención del consumidor debe ser adecuado para que, sin alarmar innecesariamente, llame la atención lo suficientemente en relación a la magnitud del riesgo al segmento de la población afectada que busca advertirse y permita a los interesados identificar la importancia de la advertencia para ello.»

La advertencia no sólo debe ser precisa, como se verá más adelante, sino suficientemente llamativa. Por eso se pone énfasis en el encabezamiento y la pertinencia de dicho encabezamiento al problema que se advierte y el grupo específico al que la advertencia va dirigida[185].

> «c) El tamaño y frecuencia de la advertencia deben de ser adecuados. Las dimensiones de la advertencia y la frecuencia con la que se hace (en el caso que la advertencia se haga por medios de comunicación) deben permitir razonablemente que se llegue a la mayoría de los consumidores afectados.»

En la misma línea indicada, es importante que la advertencia esté en capacidad de llegar al grupo específico que pudiera verse afectado, llamando la atención de manera clara y en atención a las circunstancias. Por ello las dimensiones del texto y del encabezamiento de la advertencia deben permitir que esta sea advertida. En caso de productos introducidos en el mercado y en los que luego se descubre el riesgo o peligro, la frecuencia de la advertencia (es decir las veces, lugares y formas) en las que aparece en los medios de comunicación debe también guardar relación con lo que se persigue advertir[186].

---

185. Así, la Sala consideró que los avisos publicados por los denunciados en el caso Dyazide no habían sido adecuados porque no llamaban la atención del grupo específico que debía ser informado, tal como se aprecia en el siguiente análisis:

> «En primer lugar, en lo que concierne al encabezamiento del anuncio, éste está dirigido a «la opinión pública» y no hace referencia alguna al problema ocurrido. Una apreciación superficial del mismo no sería susceptible de llamar la atención del lector consumidor de Dyazide hacia su texto y, como consecuencia, el aviso podría pasar desapercibido, a pesar de la importancia del mensaje que debía transmitirse. Posteriormente, cuando a iniciativa de la Comisión, a partir del 17 de junio de 1996, se implementa un servicio de atención médica para los consumidores del producto defectuoso, recién se publican anuncios dirigidos a «los consumidores de Dyazide».

186. Así, al momento de evaluar el tamaño y la frecuencia de las advertencias que hicieron los laboratorios involucrados en el caso Dyazide al publicar avisos en los periódicos, la Resolución emitida por el Tribunal del INDECOPI hizo el siguiente razonamiento:

> «En lo que concierne al tamaño y la frecuencia con la que se hizo la advertencia, estos resultaron, como ya se dijo, a todas luces insuficientes e inadecuadas, más aún cuando

> «d) Se debe especificar la naturaleza del riesgo o peligro que se advierte. Esto implica señalar si estamos, por ejemplo, frente a un riesgo a la salud, o a la propiedad del consumidor o simplemente pueden implicar la pérdida del producto adquirido. Por ejemplo, si un producto es tóxico si se bebe o dañino si se aplica sobre los ojos debe indicarse tales efectos.»

Este principio, al que podríamos llamar principio de especificidad de la advertencia, implica que la advertencia indique claramente cual es el riesgo y alcance del mismo. Así las referencias vagas o imprecisas no pueden ser admitidas. La información que se dé al consumidor debe permitirle identificar cuál es el problema que está enfrentando a fin de tomar las decisiones más adecuadas frente a las circunstancias[187].

---

se analiza la gravedad de las consecuencias. La Sala considera que el riesgo generado requería tomar medidas bastante más agresivas y amplias que la simple publicación de avisos de dimensiones que van desde 12,5 cm x 13,5 a 16,5 cm x 15,5 cm (ancho x alto), tal como lo hicieron las empresas involucradas. Esta Sala considera que, teniendo en cuenta el evidente peligro y el grave riesgo que podía generar el error, existen otros medios más idóneos, rápidos y efectivos a los que SmithKline y Hersil podrían haber recurrido para dar a conocer a los consumidores los peligros generados en el consumo del lote defectuoso de Dyazide. Así, por ejemplo, las empresas denunciadas pudieron emplear la televisión y la radio, incluso acudiendo a avisos de servicio público, o distribuir notas de prensa que dieran cuenta del posible error y que se hubieran podido difundir mucho antes que los avisos finalmente públicos, como posteriormente lo hicieron a iniciativa de la Comisión.»

187. Cuando la Resolución del caso Dyazide evaluó cómo se habían advertido los riesgos, quedó claro que los denunciados no habían sido específicos, pues según la información disponible el texto utilizado no reflejaba ni permitía inferir cuál era el problema que se estaba produciendo. Así se indicó en la Resolución:

«En cuanto al contenido mismo de los anuncios publicados por Smith Kline y Hersil con la finalidad de alertar y prevenir a los consumidores sobre los hechos especificando la naturaleza de los riesgos y peligros existentes, esta Sala considera que no se informó adecuadamente del riesgo que podría acarrear el consumo del lote defectuoso del producto Dyazide. Incluso ni siquiera se proporcionó a la Comisión elementos de juicio suficientes para medir y determinar qué medidas debían adoptarse, señalando cuáles eran los posibles efectos y síntomas consecuencia del consumo del Dyazide defectuoso. Como se precia en el Anexo C de la presente Resolución, denominado «Cuadro Comparativo de los Posibles Efectos del Consumo del Dyazide Defectuoso» se han comparado los posibles efectos que el lote materia del error podía ocasionar según lo informado por los denunciados a la Comisión (escrito de fecha 30 de mayo, a fojas 232) frente a los efectos que la propia Smith Kline reconoce puede tener el consumo de Trifluoperazina (antipsicótico) (Physician's Desk Reference, Smith Kline Beecham, que obra a fojas 447) y los que se señala en el informe médico del Doctor Alberto Arregui, elaborado a solicitud de la Comisión (que obra a fojas 290).»

> «e) Debe utilizarse un lenguaje accesible y entendible por un consumidor razonable. Debe por tanto descartarse el uso de lenguaje excesivamente técnico o científico, utilizándose por el contrario términos que permitan al consumidor entender cuáles son los riesgos o peligros que se le advierten.»

El lenguaje debe ser claro y pensado en informar a un consumidor razonable. El uso de lenguaje técnico, científico, complejo o confuso debe ser descartado. El lenguaje debe ser directo y no prestarse a interpretaciones equivocadas sobre la existencia de un problema y la magnitud del mismo[188].

> «f) Se debe describir el nivel de certidumbre que rodea al riesgo o peligro previsible. Si el riesgo es sólo potencial o no se tiene certeza absoluta del mismo, puede indicarse ello en el aviso, pudiendo en esos casos usarse expresiones condicionales. Por el contrario si se trata de un riesgo cierto y preciso, debe utilizarse un lenguaje que dé a entender ello al consumidor.»

Esto implica que el nivel de conocimiento sobre la posibilidad que el riesgo se materialice debe quedar claramente reflejado en la advertencia. No se puede advertir como probable algo que es cierto ni como poco probable algo que es muy probable. Así no solo se cumple advirtiendo la existencia de un riesgo, sino el nivel de certeza que se tiene sobre la posibilidad que se materialice. Así la advertencia no debe «sobreadvertir» sobre el riesgo, pero tampoco debe «subadvertir» el mismo.

> «g) Deben explicarse las medidas que se deben adoptar para evitar el riesgo o para mitigar los efectos que pudieran producirse. La adverten-

---

188. Esto fue recogido en la Resolución al analizar la complejidad del lenguaje que se había utilizado en las advertencias del problema Dyazide y en lo complejo y poco entendible que era el lenguaje utilizado. Así, la Resolución en el caso señaló:

> «En lo que concierne al lenguaje utilizado, el mismo resultó totalmente inadecuado para informar a los consumidores sobre lo que estaba ocurriendo. El anuncio publicado el día 20 de mayo tan sólo se limita a informar que en la elaboración de referido Lote N.º 911075 se empleó «clorohidrato de Trifluoperazina en lugar de Hidroclorotiazida», lo cual resulta incomprensible para un consumidor común y corriente que no cuente con conocimientos avanzados y sumamente técnicos respecto al tema. A continuación señala que el 80% del lote ha sido retirado y se agradece «a los pacientes que estuvieran en tratamiento con este medicamento certificar el lote, a fin de suspender inmediatamente su ingestión». La terminología empleada a todas luces resulta inocua e inadecuada para alertar a los consumidores de lo ocurrido, de las consecuencias que el consumo del producto defectuoso conlleva y qué hacer en caso de haberlo tomado —esto es, de haber ingerido en altas proporciones, excediendo a las dosis normales—.»

> cia debe, de ser posible, señalar cómo corregir estos problemas de una manera clara y sencilla.»

Finalmente se establece que no basta advertir la existencia del riesgo, sino qué medidas se deben tomar para contrarrestarlo según la información que se tiene disponible. La advertencia no solo debe usarse para que las personas sean conscientes de un peligro, sino para informarles cómo lidiar con él y minimizar sus efectos[189].

Así, las advertencias tienen también una íntima relación con la información que debe proporcionarse a los consumidores y con la idoneidad de bienes y servicios. Ello motivó la preocupación del INDECOPI en establecer algunos principios básicos que deben ser seguidos por las empresas al momento de diseñar estas advertencias, de manera que el resultado de las mismas sea predecible.

## XXVI. LA CONTRATACIÓN MASIVA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

Adicionalmente a la protección del Código Civil y a la protección de las normas especiales del INDECOPI, el Tribunal Constitucional ha empezado a entrar con fuerza a establecer criterios sobre la protección a los consumidores. La jurisprudencia ha sido ambigua y en algunos casos se ha apartado de la lógica económica que, entendemos, está reflejada en la Constitución. Hay, como en botica, decisiones adecuadas y otras que no lo son tanto. Como hemos visto el Tribunal parte de la idea equivocada que el problema de protección al consumidor es uno de asimetría de poder económico, sin advertir que ese es en realidad un tema de las regulaciones antimonopolios. Con ello mediatiza el concepto de autonomía en este campo.

---

189. En el caso Dyazide el Tribunal señaló claramente que no bastaba recomendar que se dejara de consumir el bien, sino que dados los riesgos involucrados se debió recomendar a quienes lo habían consumidor que acudieran al médico. Así, la Resolución indicó:

> «Finalmente, en los avisos publicados no se recomendó siquiera a los consumidores de Dyazide defectuoso adoptar la medida más evidente para reducir los riesgos: acudir al médico. El aviso se limita simplemente a sugerir el cambio del producto por el de otro lote. Si se tiene en cuenta que en su uso regular la Trifluoperazina (antipsicótico) debe administrarse con otros fármacos para contrarrestar sus efectos adversos, la simple recomendación de suspender la ingestión del lote defectuoso resultaba insuficiente para corregir dichos efectos. Es recién después cuando, a solicitud de la propia Comisión, se implementa un servicio de asistencia médica, que puede decirse que los denunciados comienzan a reconocer la necesidad de tomar tal medida».

La base de la actuación del Tribunal ha sido el artículo 65 de la Constitución, según el cual:

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

Como se ve la aproximación del artículo se centra en la información adecuada, así como la salud y seguridad de la población. El artículo no hace referencia a corregir desigualdades económicas ni a limitar la autonomía privada, ni sustituirla, sino por el contrario reforzarla usando para ello un mejor acceso a información. Nótese además que la intervención por otras razones se basa en situaciones de salud y seguridad. Por ello la intervención para aspectos distintos a mejorar la información está limitada a problemas de seguridad y salud.[190]

Sin embargo, el Tribunal Constitucional sostiene que está autorizado por la Constitución a intervenir en otros casos, como por ejemplo sugiriendo controles de tasas de interés o modificaciones de cláusulas contractuales pactadas en contexto de relaciones de consumo.

Ya citamos anteriormente en esta sección la Sentencia del 24 de marzo de 2004, recaída en el Expediente N° 0858-2003-AA/TC, en el que Tribunal Constitucional ha señalado:

> «En tal interpretación de las reglas del derecho privado, el órgano competente no puede perder de vista que, tratándose de negocios jurídicos en los que se insertan determinadas cláusulas generales de contratación, el ejercicio de la libertad contractual y la autonomía privada carece de uno de los presupuestos funcionales de la autonomía privada; particularmente, del sujeto más débil de esa relación contractual. Y es que no se puede

---

190. Evidentemente hay otras formas de intervención, en lo que se refiere a las normas de libre competencia, pero que se dan en un ámbito distinto, y que si bien defienden el bienestar de los consumidores, lo hacen cuando se determinan la existencia de monopolios o carteles. Así se desprende del artículo 61 de la Constitución, según el cual:

«Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.»

> afirmar, sin negar la realidad, que en los convenios suscritos por un individuo aislado, con determinados poderes sociales, o entre personas que tienen una posición de poder económico o de otra índole, existe una relación de simetría e igualdad, presupuesto de la autonomía privada.»

Vimos también que esos conceptos no tenían una adecuada comprensión de los alcances de la autonomía privada en el campo de la contratación masiva, lo que puede desembocar en decisiones contrarias a los propios intereses de los consumidores que pueden ver reducidas sus opciones. Según lo expuesto por el Tribunal, ello autoriza a revisar lo pactado, lo que fue interpretado por INDECOPI para, por ejemplo, dejar sin efecto una penalidad por prepago pactada en un contrato de crédito.[191]

En otra Sentencia del Tribunal, este hizo un detallado inventario de los principios que cree son aplicables a los derechos de los consumidores derivados de la Constitución. Ello ocurrió en el caso Agua Pura Rovic contra el INDECOPI.[192]

El caso se originó en una decisión del Tribunal de INDECOPI en un caso de Competencia Desleal. Rovic se dedicaba a la venta de agua pura. Pero a diferencia de otras marcas la envasaba en el mismo punto de venta mediante unas máquinas especiales. Para ello usaba dos modalidades. Parte de sus ventas era agua envasada antes de la llegada del consumidor, quien adquiría el envase ya rellenado. Para ello usaba algunos envases registrados como marcas por otras compañías competidoras. Pero la segunda modalidad consistía en que el propio consumidor traía su envase y este era rellenado en el punto de venta. En muchas ocasiones los consumidores traían envases registrados como marcas por competidores de Rovic.

El Tribunal del INDECOPI considero que ambas modalidades consistían en violaciones a las normas de competencia desleal. Pero el Tribunal Constitucional, en un criterio que consideró acertado, resolvió que la segunda modalidad era legítima y no constituía competencia desleal. Ello porque el envase físico era de propiedad del consumidor y este tenía el derecho a darle el uso que estimara pertinente. El hecho que la forma del envase estuviera registrado como marca no limitaba el derecho del consumidor. Ello era muy distinto a la segunda modalidad en la cual el envasado previo podía ser interesado como una infracción marcaria que podría confundir a los consumidores sobre el origen empresarial del agua.

---

191. Caso Domingo García Belaunde contra el Banco de Crédito, Resolución No. 0387.2004/TDC-INDECOPI de fecha 25 de Agosto del 2004.

192. Expediente 3315-2004-AA/TC, de fecha 17 de enero del 2005.

El Tribunal estableció:

«(…) d) A diferencia de los criterios utilizados por la jurisdicción administrativa, este Tribunal considera inconstitucional el que se pretenda cuestionar la venta de agua Rovic en recipientes directamente proporcionados por los consumidores, utilizando para ello la modalidad de relleno de bidones en los lugares de expendio (…). Para arribar a dicha conclusión, este Colegiado asume que son los consumidores de un producto quienes, tras haberlos adquirido libremente en el tráfico comercial, se convierten en propietarios absolutos del envase o recipiente que lo contenía y, por lo tanto, son los únicos que pueden decidir acerca de la utilidad que le otorgan o el destino que le imponen dentro o fuera del mismo tráfico comercial en el que lo adquieran, resultando inadmisible en dicho contexto que, por intereses comerciales que no son de su incumbencia, se pretenda privarlos de una libertad tan elemental como es la libre disposición de su propiedad. La resolución cuestionada pretende reducir el problema a un asunto de estricta competencia desleal imponiendo restricciones de venta. Sin embargo, debe admitirse que lo que impone a la empresa sancionada no es una restricción con implicancias en estricto empresariales o vinculadas a su sola esfera de desenvolvimiento, sino una prohibición que afecte a los consumidores, quienes, no obstante ser propietarios de un envase o recipiente, se encuentran con que, so pretexto de un conflicto empresarial, vean enervada o neutralizada su utilidad. Lo que es más delicado aún, es que ni siquiera se toma en cuenta su opinión, a través de sus entes corporativos, sea a favor o en contra del sistema de venta implementado y de las eventuales ventajas que con él obtienen.

e) En la alternativa de ver sancionada a una empresa por una presunta competencia desleal y la de privilegiar los derechos que les asiste a los consumidores como propietarios de un envase cuyo producto original libremente adquirieron y posteriormente consumieron, este Colegiado no encuentra término medio. Son indefectiblemente estos últimos quienes merecen la protección o el privilegio de ponderar en su favor, pues, de otro modo, se llegaría al absurdo que las reglas del mercado se colocarían por encima de la protección a la persona, en abierto desconocimiento de la lógica proclamada desde el artículo 1° de nuestra Norma Fundamental. La Constitución contiene reglas explícitas en torno a la libre competencia que no admiten discusión, pero de allí a pensar que las normas que regulan tal libertad pueden ser interpretadas aisladamente y que el *status* de los consumidores debe limitarse a un papel absolutamente pasivo dentro del marco de las relaciones económicas, hay una enorme distancia que este Tribunal no puede ni debe ignorar.

f) Queda claro, en todo caso, que el rol de consumidor es para ser desempeñado como tal, al igual que el de propietario forzoso de los bienes que

> acompañaron al producto consumido. En ese sentido, la facultad de libre disposición a la que se refiere este Tribunal no es para comercializar los envases con fines lucrativos, sino con propósitos estrictamente personales de uso y libre disposición. Por consiguiente, no es igual que los consumidores decidan usar o vender los envases o recipientes en tanto son de su propiedad (lo que es absolutamente lícito), que decidir ellos mismos comercializar con productos nuevos en su interior como si se tratara de otro que se desea introducir en el mercado. La protección que este Tribunal reconoce a los consumidores se limita a su rol de destinatario fundamental del modelo económico como usuario final de los productos ofertados en el mercado, quienes, como ha quedado establecido, no deben ver privado o limitado su derecho de disponer libremente de su propiedad.»

El análisis efectuado por el Tribunal en los párrafos citados nos parece impecable, al balancear adecuadamente el derecho de los consumidores con el de la empresa, pero partiendo de un principio de autonomía de respeto a la propiedad y el derecho de libre contratación de los consumidores. A ello añade la necesidad de proteger la libre competencia.

Sin embargo en la sentencia citada hay una definición de los principios que supuestamente sustentan la protección a los consumidores que dejan serias dudas sobre la consistencia del marco teórico que viene usando el Tribunal. Varios de esos principios son contradictorios entre sí, pues por un lado refuerzan su autonomía, y por otro la debilitan:

> «Este Colegiado estima que el derrotero jurídico binario establecido en el artículo 65 de la Constitución se sustenta en una pluralidad de principios, entre los cuales cabe mencionar los siguientes:
>
> a) El principio pro consumidor
>
> Dicho postulado o proposición plantea la acción tuitiva del Estado a favor de los consumidores y usuarios en razón de las objetivables desventajas y asimetrías fácticas que surgen en sus relaciones jurídicas con los proveedores de productos y servicios.»

Nótese que en este primer principio se habla de desventajas fácticas y asimetrías que no son definidas. Sin embargo en el sentir del Tribunal estas son desventajas de desigualdad económica y no necesariamente informativa. Ello hace que se genere un rol tuitivo cuando este no podría ser necesario por no existir un verdadero problema.

> «b) El principio de proscripción del abuso del derecho
>
> Dicho postulado o proposición plantea que el Estado combata toda forma de actividad comercial derivada de prácticas y modalidades contrac-

> tuales perversas que afectan el legítimo interés de los consumidores y usuarios.»

La definición de practicas contractuales perversas (calificativo más propio de una película de terror que de una sentencia constitucional) tampoco deja claro cuáles son los límites a la autonomía privada de los consumidores para aceptar cláusulas contractuales. ¿Son distorsiones de información o la simple imposición de cláusulas muy favorables a la empresa, así hayan sido debidamente informadas y aceptadas por el consumidor?

> «c) El principio de isonomía real
>
> Dicho postulado o proposición plantea que las relaciones comerciales entre los proveedores y los consumidores y usuarios se establezcan en función de trato igual a los iguales y trato desigual a los desiguales.»

Dada la no definición de desigualdad anteriormente anotada, no queda claro que es tratar desigual a los desiguales y que significado tiene ello para la autonomía de los consumidores. Parecería construirse un principio de igualación sin tener claro cuáles son las razones por las cuales se igualan. La Constitución hace referencia a corregir problemas de información y proteger la salud y la seguridad de los consumidores. Pero el principio de isonomía no está regulado en esos términos.

> «d) El principio *restitutio in íntegrum*
>
> Dicho postulado o proposición plantea que el Estado resguarde el resarcimiento por los daños causados por el proveedor a los consumidores o usuarios en el marco de una relación comercial.»

Este principio está fuera de discusión. Si en la relación se genera responsabilidad del proveedor, este debe indemnizar.

> «e) El principio de transparencia
>
> Dicho postulado o proposición plantea que el Estado asegure que los proveedores generen una plena accesibilidad de información a los consumidores y usuarios, acerca de los productos y servicios que les ofertan.
>
> f) El principio de veracidad
>
> Dicho postulado o proposición plantea que el Estado asegure la autoridad y realidad absoluta de la información que el proveedor trasmite a los consumidores y usuarios en relación con las calidades, propiedades o características de los productos y servicios que las ofertan.»

Estos dos principios, aunque reiterativos (no queda clara cual es la diferencia entre uno y otro) son plenamente consistentes con el texto cons-

titucional y con nuestra aproximación conceptual al tema. Efectivamente es función del Estado contribuir a una información adecuada.

> «g) El principio *indubio pro consumidor*
>
> Dicho postulado o proposición plantea que los operadores administrativos o jurisdiccionales del Estado realicen una interpretación de las normas legales en términos favorables al consumidor o usuarios en caso de duda insalvable sobre el sentido de las mismas. En puridad, alude a una proyección del principio pro consumidor.»

Nuevamente este es un principio que carece de parámetros claros. ¿Qué es lo que se corrige? ¿El poder económico? ¿O es el defecto de información? Si parámetros parecería ser que todo el esquema contractual y normativo se inclina a darle la razón al consumidor sin establecer en base a que lo hace.

> «h) El principio pro asociativo
>
> Dicho postulado o proposición plantea que se facilite la creación y actuación de asociaciones de consumidores o usuarios, a efectos de que estos puedan defender corporativamente sus intereses.»

Qué no es otra cosa que el reconociento de los mecanismo de protección colectiva autónoma que antes hemos reseñado.

El Tribunal continúa diciendo:

> «En función de la proyección normativa de los principios anteriormente reseñados u otros sobre la materia, se aprecia, en concreto, que en el artículo 65° de la Constitución aparecen las dos obligaciones estaduales siguientes:
>
> § Garantizar el derecho a la información sobre los bienes y servicios que están a su disposición en el mercado. Ello implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles.
>
> § Velar por la salud y la seguridad de las personas en su condición de consumidores o usuarios. Ello implica que se asegure que los productos y servicios ofertados en el mercado deben ser tales que, utilizados en condiciones normales o previsibles, no pongan en peligro la salud y seguridad de los consumidores o usuarios.»

Sin embargo veremos que de la formulación de los principios no se deriva que estos sean los derechos. Los principios no están formulados en términos de información, y se limitan a referirse a una suerte de corrección de la desigualdad (efecto redistributivo) y no necesariamente de la protección de una autonomía informada.

Pero podría pensarse que la enumeración de los derechos cierra la posición del Tribunal hacia la protección de la información, salud y seguri-

dad del consumidor. Sin embargo, lamentablemente ello no es así, como veremos a continuación.

La mejor forma de entender la comprensión de los principios anotados es estudiando como aplica el Tribunal los principios enunciados. Como vimos en el caso Rovic, el Tribunal llegó a un resultado satisfactorio, a pesar de la ambigüedad de los principios enunciados. Pero justamente esa ambigüedad muestra que se puede llegar a resultados que reflejan precisamente lo contrario. En pocas palabras los principios tal como han sido enunciados crean un amplio margen de discrecionalidad.

El caso es el Carlos Ever Gamarra Musso, Expediente. 1238-2004-AA/TC y trata el tema de la relación entre los bancos y los consumidores. Pero curiosamente el caso que comentamos no se refiere un amparo contra un Banco por parte de un usuario descontento con los altos intereses que le cobraban. De hecho ninguna de las partes es un Banco y el caso tiene que ver con el reingreso de un militar al servicio activo. Se trata de un caso totalmente ajeno a ese problema y en el que el Tribunal pudo perfectamente pronunciarse sin necesidad de hacer la declaración contenida en la resolución.

Se trata de una acción de amparo iniciada por el señor Carlos Ever Gamarra Tapia contra el Estado Peruano, representado por el sector Defensa. El acto violatorio consiste en una Resolución Ministerial mediante la cual se deniega la reincorporación del demandante al servicio activo en la Fuerza Aérea. El sustento de la denegatoria de reincorporación es un supuesto no pago de una serie de deudas dinerarias que el demandante tenía, y que él calificó como usurarias.

La sentencia analiza correctamente la relación entre la sanción que se impone en la Resolución Ministerial y el hecho que la motiva. En concreto declara que no existe relación entre el no pago de las deudas mencionadas y el adecuado funcionamiento del instituto militar. Ello porque el hecho que el demandado no hay pagado los créditos no dice nada de sus cualidades y capacidades para el servicio castrense. A ello añade que en el caso de algunas de las deudas, los acreedores fueron sancionados por delito de usura, lo que refuerza lo ilegítimo de la acción tomada. Si la sentencia se hubiera limitado a este extremo las cosas hubieran ido bien y el caso no pasaría a mayores.

Pero a partir del considerando 10 la sentencia toma un giro inusual, en el que los vocales se salen del expediente para sustentar las recomendaciones que carecen por completo de relación con los hechos, y que por el contrario afectan a todo el sistema financiero y, lo que es más lamentable, a los usuarios de dicho sistema, es decir a los consumidores. Es así que base de una serie de argumentos económicos equivocados e inconsistentes entre sí, muchos de los cuales de fundamento claramente marxista, sustentan una

teoría de la explotación de los consumidores por parte de los Bancos, que «no tenían velo en el entierro», es decir en el expediente. Y no se limitan a un tema de información, sino de desigualdad en sentido amplio. Todo para concluir con la recomendación a la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) y el Banco Central de Reserva (BCR) para que revisen la normatividad existente y refuercen un control de las tasas de interés.

El fundamento central de la posición tomada en sustento de la recomendación es básicamente económico. Como se desprende de todo lo escrito en este libro, nos parece más que saludable que un Tribunal tome en cuenta los efectos económicos de sus decisiones y analice como opera la relación económica que sirve de base al problema que analiza. Pero si lo hace debe ser cuidadoso en el uso en el análisis, pues una mala interpretación económica puede ser tanta o más grave que una errada interpretación legal.

Partiendo de la existencia de un poder fáctico en los proveedores en el mercado financiero que puede ser ejercido contra los consumidores, el Tribunal da una serie de razones que justifican una mayor intervención estatal en el mercado, las que enumera en el considerando 13 de la sentencia. La cantidad de fundamentos y lo redundante de los mismos nos lleva a restringir el análisis a los principales:

a) Se hace referencia a la necesidad de eliminar cláusulas abusivas, asumiendo que la asimetría existente entre la entidad bancaria no deja *«la más mínima posición de negociación»* pues los contratos son *«redactados, sin la participación o asentimiento previo del adherente en la determinación de las tasas e intereses»*[193]. Y ello se hace *«con el exclusivo propósito de someter al cliente a los planes y directivas cuyo fin es el mejor éxito del banco.»*[194]

b) Se indica que la tasa de interés debe *«guardar relación el servicio efectivamente prestado»*[195] dado que en épocas de baja inflación nada justifica las tasas altas y punitivas que se aplican[196], debiendo evitarse que *«sean incrementadas permanentemente por la banca, demostrando el poder económico y unilateral de la misma»* siendo el resultado de *«una decisión oligopólica abusiva»*[197]

c) Añaden que *«si los bancos aducen sufrir costos excesivos, estos deben ser exclusivamente atribuidos a su ineficiencia comparada con el nivel internacional»*[198] llegándose a castigar a los consumidores que pagan puntualmente (es decir a

193. Considerando 13, literales a y b.

194. Considerando 13, literal l.

195. Considerando 13, literal c.

196. Considerando 13, literal d.

197. Considerando 13, literal f.

198. Considerando 13, literal h.

la mayoría) por los costos que generan los que no pagan[199], sobre todo considerando que «*las instituciones bancarias tienen el deber de informarse de la situación del cliente al que le concederán un crédito, es decir la obligación de reunir la información previa y necesaria sobre la solvencia y capacidad de pago del cliente, por lo que la excusa del riesgo crediticio, esgrimida para justificar el cobro de altos intereses por parte de los prestadores del servicio crediticio, quedaría totalmente descartada*[200]

En síntesis, los tres argumentos principales son (1) que los términos de los contratos por adhesión no reflejan en nada el interés de los usuarios (lo que parece sugerir una regulación de los contratos), (2) que los servicios no guardan relación con el costo del interés por la existencia de un «oligopolio abusivo» (lo que parece sugerir una regulación mayor de las tasas de interés) y (3) que en todo caso si los bancos enfrentan mayores costos es por su culpa e ineficiencia y los costos de morosidad no pueden ser trasladados a los usuarios que si pagan puntualmente mediante tasas más altas que reflejen el costo crediticio (lo que sugeriría que los bancos deberían tener tantas tasas como clientes tienen, según el riesgo de cada uno).

Estos tres argumentos son equivocados y parten de una falta de comprensión de cómo funcionan los mercados, y en particular los mercados financieros y los riesgos a ellos vinculados. Lo peor de todo es que los criterios seguidos por el Tribunal, derivados de una teoría de la explotación económica, pierde de vista que los efectos más serios de su posición los sufrían los consumidores con aumentos de tasas de interés (por tener que recurrir a mercados informales), o con tener a su disposición el crédito más caro del mundo, es decir el crédito inexistente, porque ya nadie les prestará dinero. Lo peor es que el efecto de la decisión es regresivo por que afecta a los más pobres, justamente aquellos que tienen mayor riesgo de crédito, como ya hemos analizado antes.

Notemos cómo el análisis se aleja del mandato constitucional contenido en el artículo 65, que no habla de corregir estas diferencias de poder económico. No hay referencias a que el problema sea la información, y en tasas de interés supuestamente altas no hay relación con temas de salud o seguridad. Es una intervención que excede el marco de la Constitución y que se enmarca dentro de la sugerencia de un puro intervencionismo contractual.

Es lamentable que ese análisis se haya efectuado sin revisar ni citar ninguna data que sustente las afirmaciones que se efectúan. Analicemos los tres argumentos centrales en los puntos siguientes.

---

199. Considerando 13, literal i.

200. Considerando 13, literal k. Dicho sea de paso, de todos los considerandos citados, quizás sea este el que se lleve el «Oscar» al sinsentido económico.

El primer punto parecería sugerir que existe una ecuación entre contratación con cláusulas generales o estándares y el abuso. Así, el razonamiento de base del Tribunal es que las cláusulas generales de contratación en el sistema bancario tienen como *exclusivo propósito someter al cliente*[201] (así de enfático es). «Exclusivo» quiere decir que no tienen otro propósito y fin. La contratación por adhesión a cláusulas generales es un «artilugio» creado por los proveedores para explotar a los consumidores. Se llega a sugerir que todos los contratos deberían negociarse en términos paritarios, es decir iguales.

Si ello es cierto tendríamos que prohibir la contratación de ese tipo. Pero ello es regresar a la época de las cavernas. Pierden de perspectiva que la existencia de ese tipo de contratación tiene por objeto, uno muy distinto y justamente antagónico con el que se propone: beneficiar a los consumidores por la vía de reducción de costos de transacción, lo que les permite acceso a más opciones a menores precios.

Ya hemos analizado al detalle la función de este tipo de contratación y los inmensos beneficios que trae y no es nuestra intención repetir el análisis. De hecho esta forma de contratación ha permitido el desarrollo económico actual de los mercados y buena parte del bienestar que el desarrollo económico genera.

Como ya vimos, la autonomía de la voluntad, bajo la concepción tradicional, se construyó bajo los conceptos de la libertad de contratar o libertad de conclusión (entendida como aquella que me permite decidir si contrato o no y con quién) y la libertad contractual o de configuración (aquella que me permite determinar el contenido y normatividad interna de la relación jurídico contractual). Ambas libertades actuaban en la realidad a través de lo que se conoce como la negociación contractual. Pero como hemos ya analizado extensamente la negociación, como proceso, genera costos de transacción.

La forma como estos costos, que son inmensos en una economía moderna, se reducen, es mediante la estandarización contractual, tan vapuleada por el Tribunal Constitucional. La estandarización de los bienes y servicios que concurren al mercado lleva, indefectiblemente, a estandarizar las relaciones jurídicas vinculadas a dicha concurrencia.

Para posiciones extremas, como la adoptada por el Tribunal, con el sacrificio de la negociación se sacrifica también la voluntad individual de una de las partes ya que existe una «desigualdad evidente» entre los «contratantes». Entonces se plantea que debería, también, caer el carácter vinculante de esta «seudocontratación». Sin embargo, ello parte de un serio un error conceptual.

---

201. Considerando 13, literal l.

Como KESSLER sostiene, «De misma manera como la reducción de los costos de producción y distribución se refleja en precios más reducidos, la sociedad en su conjunto beneficia finalmente del uso de los contratos standards»[202].

El problema, como dijimos, es el hecho de que una sola de las partes pueda determinar las condiciones que se incorporarán al contrato. Pero de lo dicho no se puede, como pretende el Tribunal, asimilar la contratación estandarizada a un fenómeno similar al ejercicio de una suerte de poder legislativo que permite imponer nuestras decisiones a otros.

La empresa suele ser la que redacta las cláusulas porque cuenta con mejor información que el consumidor. Pero esta información concede a la empresa una ventaja estratégica sobre el consumidor, que suele no leer o no entender las cláusulas a las cuales se adhiere como consecuencia de un acto que podríamos casi catalogar de auto-reflejo.

La posición según la cual el banco está en capacidad de explotar al consumidor por el simple hecho que es quien redacta las cláusulas no resiste el menor análisis. Si el sistema de mercado funciona de acuerdo a una conjunto de presupuestos básicos el consumidor se encontrará adecuadamente protegido por sus propias decisiones, y sin necesidad de que el Estado intervenga estableciendo cláusulas contractuales. Estos requisitos son (1) un número elevado de compradores y vendedores de manera que ninguno de ellos está en capacidad, por propia iniciativa, de afectar el precio y condiciones de comercialización de los productos. En otras palabras, tanto los demandantes como ofertantes en el mercado son «tomadores de precios», (2) que no existan barreras de entrada y de salida al mercado, de manera que puedan entrar a una industria o comercio todos los que quieran, y que se mantengan en una industria o comercio sólo aquellos que sean eficientes y (3) que los agentes que participan en el mercado gocen de información adecuada.

Si los requisitos reseñados se cumplen, el mecanismo de mercado daría las mismas garantías que ofrece el sistema contractual tradicional por la vía de la negociación, pero prescindiendo de esta última. Si bien nadie negociaría las condiciones contractuales que se incorporan en un contrato estándar, estas condiciones serían determinadas por un conjunto de decisiones atomizadas en el mercado. Las empresas serían «tomadoras de condiciones contractuales» arrojadas por la interrelación de ofertantes y demandantes. Esto quiere decir que las empresas no fijarían unilateralmente las condiciones que ofrecen en sus contratos, sino que recogerían las mismas a través de la información que el mercado les da sobre qué conjunto de términos contractuales son demandados por los consumidores.

---

202. KESSLER, op cit, loc cit, p. 632.

Como vimos, en la teoría contractual tradicional existen dos libertades que configuran la autonomía privada. La primera es la libertad de contratar y la segunda, la libertad contractual. La libertad de contratar es la facultad que tienen las partes para elegir cuándo y con quién celebrar un contrato. La libertad contractual se refiere al contenido mismo de las condiciones contractuales que se incorporan a la relación jurídica que se instaura entre las partes, por lo que también es conocida como libertad de configuración o libertad normativa.

De acuerdo a lo que hemos explicado si el sistema de mercado funciona adecuadamente sólo la libertad de contratar es realmente necesaria. La libertad contractual implica necesariamente negociación. Como vimos la negociación genera costos de transacción. En consecuencia, es preferible que las cláusulas sean redactadas por una de las partes y que la protección contra dichas cláusulas se dé por intermedio del rechazo o la aceptación a las mismas sin necesidad de negociarlas. En este caso el incentivo para incluir cláusulas razonables nace de la necesidad de captar la demanda de los consumidores. Al igual como se reducen precios para competir, se ofrecerán mejores condiciones para desplazar competidores del mercado.

Nótese la diferencia de lo que ocurre entre el fenómeno de la contratación en masa y un acto de ejercicio de función pública como la sentencia del Tribunal Constitucional que estamos comentando. En el caso de la sentencia terminamos si sometidos por una decisión unilateral del Tribunal, sin siquiera haber tenido el derecho de adherirnos y menos de negociar los términos de las reglas que nos regirán en el futuro. No puedo «desplazar» mi demanda de reglas a otro Tribunal distinto. El Tribunal, a fin de cuentas, tiene un monopolio. A diferencia de lo que suele ocurrir en el mercado, el Tribunal sí está en la capacidad de imponernos sus ideas pues «*no existe la más mínima posibilidad de negociación*».

En pocas palabras la adhesión, en sí misma, y en una atmósfera competitiva no nos dice nada. En todo caso el problema de información asimétrica, que podría sí ser un verdadero problema, ni siquiera es tratado por el Tribunal, posiblemente porque el resultado no sería una recomendación intervencionista de mayor control de cláusulas y tasas, sino una recomendación razonable que proponga un mayor cuidado con reglas que permitan una mejor información a los consumidores, es decir una regla menos intervencionista.

El segundo aspecto en el que se basa el Tribunal es la supuesta existencia de un *oligopolio abusivo*[203] que permite cobrar a los bancos por encima del

---

203. Considerando 13, literal f.

servicio efectivo prestado. Debemos entender que, en su ambigüedad lingüística, el Tribunal se estaría refiriendo a una capacidad de cobrar por encima del costo de dar el crédito, lo que es solo posible si se cuenta con poder de mercado para dejar de ser un tomador de precio y poder cobrar así rentas monopólicas.

Un primer punto, en que la confusión es evidente, es la relación que se establece entre poder monopólico y contratos de adhesión con cláusulas abusivas. Nada en la teoría económica indica que ello ocurra.

Como ya hemos visto, la existencia de adhesión o de cláusulas abusivas no tiene relación directa con el poder económico ni con la teoría de la explotación sugerida por el Tribunal. Es cierto que el poder económico puede ser un medio para obtener mejor información y para desarrollar mecanismos para aprovecharla. Pero ello no necesariamente es así. Recordemos el caso de un sastre humilde e independiente que hace ternos para ejecutivos destacados de empresas (donde la diferencia de poder económico estaría favoreciendo al consumidor) el tema se presenta por el lado que en el mercado de venta de ternos el sastre cuenta con una mejor información que le permite sacar partido al redactar las cláusulas que imprime al dorso de su boleta de recojo, y donde, por ejemplo, limita su propia responsabilidad.

Como sugiere TREBILCOCK, «(...) la proposición de que el uso de los contratos estándares es el resultado de la concentración de poder en el mercado carece por completo de fundamento empírico. La razón por la que tales contratos son usados, es exactamente la misma por la que se usan en el mundo de los negocios entre comerciantes, esto es para facilitar el intercambio, o en términos económicos, para reducir los costos de transacción (...). Más aún, es un hecho fácil de observar que los contratos estándares son usados (...) en incontables casos en los que no existe una significativa concentración del mercado»[204]. Así, tenemos el caso de lavanderías, playas de estacionamiento, cinemas, tiendas de comestibles, etc.

Como también ya vimos respecto a este punto, POSNER señala que no existen razones para esperar que los términos contractuales sean diferentes dentro de un monopolio a aquellos que se producirían bajo una situación de competencia. La única diferencia esperable es que el precio bajo el monopolio será más elevado[205]. Las razones que explican esto son dos. En primer lugar, el monopolista tiene un incentivo, si es que quiere maximizar beneficios, de colocarse en la curva de demanda más alta posible.

---

204. TREBILCOCK, M.J. op cit,, loc cit.

205. POSNER, Richard A. *Economics of Law*. Little Brown & Company, 1986, p. 102.

El monopolista quiere dar al consumidor exactamente lo que el consumidor quiere, es decir términos y condiciones razonables. La diferencia es que el monopolista va a cargar un precio por encima de aquel que determinaría el mercado bajo condiciones de competencia. En segundo lugar, el monopolista tiene un cierto interés en negociar el contrato, pues eso le permite conocer las preferencias particulares de cada uno de los consumidores y, por esa vía, llevar a cabo prácticas de discriminación de precios que maximicen su utilidad.

Existe evidencia empírica sobre el hecho que las cláusulas suelen ser incluso menos favorables al consumidor en mercados sumamente competitivos y desconcentrados que en supuestos de monopolio u oligopolio. Son comunes las cláusulas abusivas en servicios como lavanderías, playas de estacionamiento, seguros, corretaje de inmuebles, o contratos de crédito. En estas situaciones existen mercados competitivos, y el carácter abusivo de las prácticas parece deducirse más de la actitud del consumidor (que no lee las cláusulas que se le presentan) que de la concentración de poder económico por parte de la empresa. Pero si ello es así, antes de pensar en regular precios (como sería ridículo regular los precios de las lavanderías) hay que trabajar en mejores esquemas de transparencia de información a los consumidores que es una opción menos intervencionista y mucho más efectiva.

Pero en todo caso lo dicho solo muestra el error del Tribunal de mezclar el problema de las tasas de interés con el problema de las cláusulas contractuales. Todavía podría sostener que sin perjuicio que las cláusulas no se ven afectadas por el poder de mercado si lo hace el interés, que es finalmente un precio.

El Tribunal no dice si el llamado oligopolio abusivo es un caso de abuso de posición de dominio (en el que cada banco por su poder de mercado puede fijar unilateralmente la tasa de interés) o un caso de concertación de precios (en el que los bancos se han puesto de acuerdo para fijar una tasa de intereses superior a la del mercado).

Si el tema fuera el de concertación de precios se equivocó en su invocación a la SBS y el BCR, porque el que esta a cargo de controlar esas conductas es el INDECOPI a través de la Comisión de Libre Competencia. Si estamos frente a un cartel la respuesta no es regulación de tarifas o tasas, sino una acción por parte de las autoridades antimonopolio para sancionar la concertación. No es una respuesta saludable a los casos de concertación la regulación de precios máximos. Lo que hay que hacer en ese caso es devolverles a los consumidores la capacidad de decidir y que el acuerdo entre competidores les ha quitado.

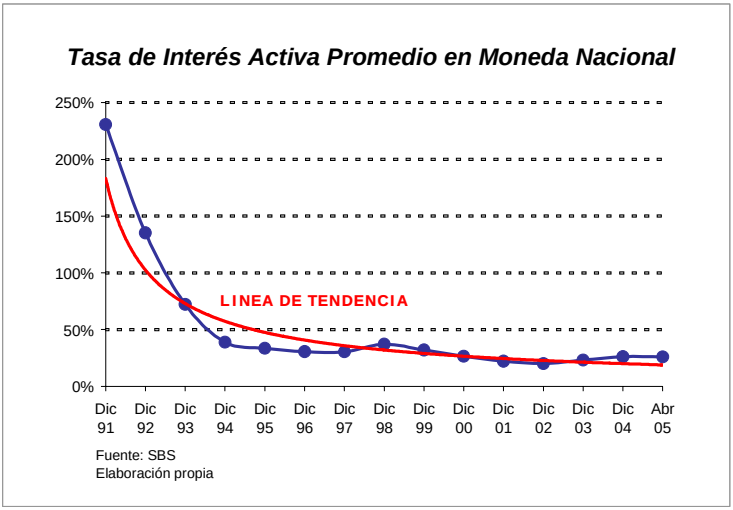
Por el contrario, si estuviéramos ante un caso de abuso de posición de dominio, tendría que armarse un argumento según el cual no hay suficiente

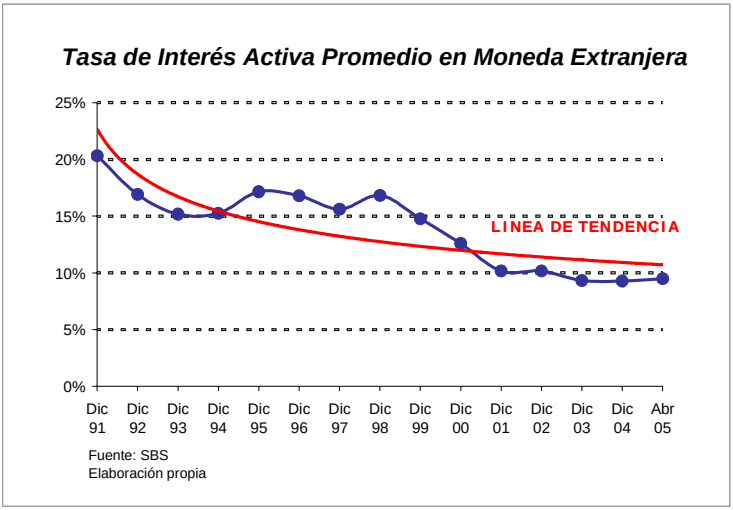
competencia y no hay posibilidad de entrada al mercado de nuevos competidores. Tendría entonces que tratarse al sistema financiero como un monopolio natural y tener un regulador tipo OSIPTEL u OSINERG fijando tarifas de manera más estricta. Pero ello no tiene ningún sentido.

En primer lugar existen en el mercado 14 Bancos, del más diverso tipo, tamaño y origen. Ninguno de ellos parece tener un porcentaje que permite presumir una posición de dominio en el mercado. Para un mercado pequeño como el Perú no es un número despreciable. Hablar de un abuso de posición de dominio parece sinceramente un mal chiste. Por otro lado el número de Bancos, sumado a la diversidad de productos que ofrecen hacen muy poco probable la existencia de concertación pues los costos de transacción para poder tomar y ejecutar tales acuerdos son muy altos. Por el contrario se aprecian campañas muy agresivas de publicidad, marketing y lanzamiento de nuevos productos que no parecen ser consistentes con la existencia de un cartel. Pero en todo caso su existencia debe demostrarse y no presumirse. En ello el Tribunal ha violado hasta la presunción de inocencia, porque habría asumido que la concertación ya se está produciendo.

Y si uno ve la evolución de las tasas de interés descubre que la conducta del mercado es totalmente inconsistente con la existencia de una empresa monopólica o de un cartel. Si uno analiza la evolución de las tasas de interés activas, estas han pasado por un proceso de progresiva y significativa reducción en los últimos años. Como se aprecia en los siguientes dos cuadros, la tasa de interés activa promedio en moneda nacional se ha reducido de 230.68% en 1991 a 26.7% en el 2005. Algo similar ha ocurrido con la reducción de la tasa de interés promedio en moneda extranjera (no distorsionada por la alta inflación de inicios de los noventas) que ha bajado de 20.32% a 9.49 en el mismo periodo. La tendencia es claramente a la baja, justamente lo contrario de lo que estaría ocurriendo en un mercado supuestamente distorsionado con prácticas abusivas o restrictivas de la competencia. No existe pues el *permanente incremento del interés*[206]del que nos habla el Tribunal. Los intereses en el agregado han bajado y no se puede hacer una generalización tan irresponsable como la que hace la sentencia.

206. Considerando 13, literal f




En todo caso el Tribunal equivoca su aproximación al creer que el punto está en el poder de mercado. En el fondo el crédito es como cualquier otro bien y servicio. El alimento es mucho más importante para el ser humano que el crédito y parecería no despertar las mismas inquietudes a pesar que los alimentos se compran usualmente por contratos de adhesión y que en muchas industrias de alimentos encontramos mucho más concentración de mercado de lo que uno encuentra en el mercado financiero. El Tribunal no ha podido entonces explicar por qué le preocupa este mercado y no otros distintos, como para exigir una regulación más agresiva.

El último argumento podría ser resumido así: finalmente, si el crédito es caro por sus costos, es culpa del banco, y no tiene por qué trasladar sus costos a los consumidores. De todos los fundamentos usados este es quizás el más ridículo y absurdo de toda la sentencia. Y eso que los otros ya son bastante ridículos y absurdos. Imaginemos el siguiente ejemplo. Usted va a comprar un automóvil y le ofrecen una garantía de un año por buen funcionamiento. Evidentemente el costo de la garantía ya está incorporado en el precio del automóvil, precio que es igual para todos quienes compran dichos automóviles. El vendedor de automóviles tiene que hacer un cálculo estadístico sobre cuántas veces se descompondrá el auto durante el periodo de garantía, determinará un costo estimado en base al riesgo y lo cargará al precio. Algunos autos se descompondrán más que otros, y entonces su estimación calculará un costo promedio que trasladará a todos los carros por igual. Seria virtualmente imposible hacerlo de otra manera.

Pero los carros no solo se descomponen porque tienen fallas de fábrica, sino además por la calidad del uso del conductor. La forma que maneja y cuida el vehículo incrementa o disminuye los riesgos de un desperfecto. Cada conductor es distinto y por tanto implica un diferente nivel de riesgo de desperfecto que a su vez significa un distinto nivel de costo. Pero el vendedor no se involucra en la imposible tarea de monitorear, previa a la compra, como maneja y se comporta cada comprador. Con ello los mayores costos de algunos (los descuidados) son asumidos por quienes tiene menores costos (los cuidadosos) paro pagan el mismo precio. Finalmente los costos de transacción existentes no hacen aconsejable medir ese riesgo en detalle. Lo más que hace el vendedor es establecer algunas precauciones mínimas para manejar el riesgo, como contratar seguros, poner exclusiones a la garantía (ninguna cubre un choque del conductor, por ejemplo), etc.

Imagínese que usted interpone una acción de amparo porque se han violado sus derechos constitucionales. ¿Cuál es el fundamento? Pues que usted es un conductor cuidadoso y ordenado y como tal cuida su vehículo más que los demás. Pero resulta que al venderle el automóvil no le han descontado la parte proporcional al menor riesgo que usted tiene en relación al riesgo que generan otros conductores no tan buenos y cuidadosos. Como cada persona tiene riesgos diferentes que se materializan en un mejor o peor funcionamiento de los vehículos que conducen, es de esperar que los costos sean diferentes por cada persona. ¿Tiene el vendedor de automóviles *el deber de informarse de la situación de cada cliente*, es decir del nivel de riesgo que debe asumir con cada uno en la garantía y por ello estar imposibilitado de cargar a los clientes más riesgosos lo mismo que a los más riesgosos? Evidentemente es un absurdo, el mismo nivel de absurdo que

tiene la sentencia del Tribunal en ese extremo pues pide que con el crédito se haga lo mismo que se ha sugerido podría hacerse con los automóviles.

Los riesgos de no pago de crédito son innumerables y muy difíciles de medir en concreto, es decir en relación a cada deudor. Cuando usted contrae un crédito, ¿está en posibilidad de conocer con certeza cuáles son sus posibilidades reales de pago? Posiblemente solo tiene un buen estimado de cómo podrá pagar usted mismo. Y quizás usted sea la persona que mejor se conoce a sí mismo. No es fácil saber si conservará el trabajo o si el negocio irá bien. Tampoco sabe si enfermará o algún pariente cercano de quien se depende morirá. Tampoco sabe cuáles serán los precios futuros de los productos que vende y si tendrá ingresos para pagar el crédito.

Si uno mismo no lo sabe ¿Cómo pretende el Tribunal que el Banco lo sepa con certeza? El Tribunal cree que las posibilidades de cobro son una función solo de la solvencia y capacidad de pago actual de una persona. Pero esas son solo dos variables de las muchísimas que pueden existir.

Entonces ¿Cómo manejan los bancos esos riesgos? Una posibilidad es que contraten un seguro. Ese seguro cubrirá las deudas morosas. Pero para ello tiene que cobrarle el costo del seguro a alguien. Y ese alguien va a ser el usuario. Pero no podrá cobrar pólizas distintas a cada consumidor porque desconoce el nivel de riesgo específico de cada uno. Por ello termina cobrando a todos igual.

Eso es exactamente lo que hace el Banco. Calcula el interés en función del costo del crédito que incluye el riesgo de cobro, recolecta de cada consumidor el equivalente a una «prima de seguro» que cubre los riesgos de morosidad. Si el argumento del Tribunal fuera correcto habría que prohibir los seguros de todo tipo, como el SOAT, los seguros de salud o contra incendio, porque en todos los asegurados se reparten los riesgos, no estando obligada la compañía aseguradora a identificar al dedillo el nivel de riesgo de cada uno. El SOAT sería inconstitucional porque unos manejan mejor que otros y pagan igual seguro. ¿Tienen las empresas de seguros el deber de identificar qué asegurados son más costosos y por tanto la obligación de no cargarle más a los más seguros? En todos los seguros los más riesgosos se benefician de los menos riesgosos. Es la regla de juego y así los mercados han encontrado una solución de bajos costos de transacción que hacen viable la existencia de crédito a bajo costo.

Esto es sin perjuicio que el Banco (como los seguros) tiene incentivos para identificar a los individuos más riesgosos. Para ello recurren a la historia de crédito, a evaluar el patrimonio y las garantías, o a las centrales de riesgo (que parecen tampoco ser de simpatía de los miembros del Tribunal). Ello porque así puede bajar el costo de crédito a los más seguros y

atraerlos al Banco. Si no lo hacen es porque posiblemente el costo de hacerlo supere los beneficios.

Pero el asunto es aún más complicado. La mayor miopía de la sentencia es en atribuir solo a la negligencia del Banco los mayores costos de crédito, lo que, según el Tribunal, explicaría por qué el crédito en el Perú es tan caro. Pero en el Perú uno de los mayores condicionantes del costo del crédito es la institucionalidad existente, es decir el riesgo legal.

Como se ve en el siguiente cuadro el llamado riesgo de crédito es un componente muy importante de la tasa de interés. El cuadro muestra los puntos porcentuales del costo del interés que son aportados por dicho riesgo. Ese riesgo está formado principalmente por costos legales, como costos de ejecutar y hacer cumplir las obligaciones, sistema de garantías, etc. Esos costos son determinados en buena parte por las leyes y cómo son aplicadas estas. Por ejemplo, en el caso de la pequeña empresa ese costo es, en términos porcentuales, 65 veces el porcentaje del crédito corporativo, que podría bajar 13 puntos si ese riesgo desapareciera.

***Costo del crédito en el Perú***

| Segmento | Tasa | Costo de Fondos | Riesgo de Crédito | Costos Operativos | Utilidad |
|---|---|---|---|---|---|
| Corporativo | 6.8 | 2.3 | 0.2 | 1.0 | 3.2 |
| Mediana Empresa | 10.7 | 2.3 | 5.0 | 3.6 | -0.3 |
| Pequeña Empresa | 16.7 | 2.3 | 13.0 | 8.8 | -7.4 |
| Consumo | 20.4 | 2.3 | 6.2 | 8.8 | 3.1 |
| Microfinanzas | 58.6 | 12.0 | 9.0 | 30.0 | 7.6 |
| Hipotecario | 13.6 | 4.1 | 1.0 | 4.6 | 3.9 |

Fuente: El Costo del Crédito en el Perú. Presentación de Richard Webb, Presidente del BCRP Junio 2002

Los riesgos legales incluyen cosas tan variadas como el cumplimiento de las regulaciones existentes, la ineficacia de las Cortes para poder cobrar, la incertidumbre de leyes populistas que da el Congreso y, por supuesto, los nuevos costos de incertidumbre que sentencias como la que comentamos generan en el sistema financiero. Y como el lector podrá comprender ¿Cómo hace un banco para aliviar esos costos y así reducir la tasa de interés a «niveles internacionales» como exige el interés si nuestra Ley y nuestros Tribunales no se comportan a «niveles internacionales»? No sé que países se habrán tomado como referencia por el Tribunal para decir que los intereses son altos, pero le puedo asegurar que son países en los que la Ley y las Cortes que la aplican son más eficientes y sobre todo

predecibles que en nuestro caso. No se puede decir que no se justifica un crédito caro en un país con inflación baja, cuando ese país genera sobrecostos legales tan importantes, en especial a los más pobres, como se ve en el cuadro anterior.

Es fácil decir, lo difícil es demostrar lo que se dice. Y la resolución del Tribunal carece de todo análisis o información que le permita afirmar lo que afirma. Y como van las cosas, decisiones como la adoptada por el Tribunal son más culpable de tasas de interés altas que los contratos de adhesión, los monopolios o la negligencia de los Bancos. No hay que «ver la paja en el ojo ajeno cuando se tiene una viga en el propio». Y el Tribunal nos «adhiere» a la fuerza a un criterio que elevará los costos del sistema financiero, comportándose como un monopolio (porque puede imponer sus decisiones), por lo que será su negligencia la que puede llevar a los consumidores a pagar un crédito más caro, o lo que es peor, a no tener crédito, en especial por parte de quienes más lo necesitan.

## XXVII. EL DERECHO A EQUIVOCARSE.

La presente sección ha abordado los aspectos más destacados del análisis legal de los casos de protección al consumidor.

Los criterios desarrollados en los últimos años por la jurisprudencia del INDECOPI y del Tribunal Constitucional han contribuido a hacer más impredecibles las decisiones sobre y con ello oscurecer a los proveedores qué tipo de decisiones es razonable adoptar para cumplir con la Ley.

Es importante es apreciar como se está distorsionando el paradigma previsto en la Ley, más centrado en respetar las propias decisiones de los consumidores y su propia capacidad de elegir.

Hay un derecho de los consumidores que no suele enunciarse en las leyes y tratados de protección al consumidor. Este es el derecho a equivocarse. No corresponde al Estado corregir los errores de los consumidores, sino solo corregir factores que puedan distorsionar su libre decisión. Respetar el derecho a equivocarse del consumidor es esencial para respetar su derecho a la libertad y a la autonomía privada. No es posible conceder el derecho a acertar y decidir correctamente sin proteger el derecho del consumidor a equivocarse. Por eso la protección al consumidor debe tutelar este derecho y no sustituir la voluntad del consumidor.

En el fondo los derechos de los consumidores se asemejan al derecho político al voto. De la misma manera como corresponde al sistema electoral definir un marco que permita una expresión democrática de los electores en los que los resultados de una elección reflejen lo que los votantes quie-

ren, el sistema de protección al consumidor tiene por finalidad que los «votos monetarios» de los consumidores reflejen en las decisiones de los productores lo que los consumidores quieren, en una auténtica democracia económica. No se trata de decidir en lugar del consumidor, sino de reforzar su propia capacidad de decisión. El sistema electoral será democrático no porque eligió al mejor presidente, sino porque el presidente, refleja las preferencias del electorado, incluso haya el riesgo, frecuente, que el electorado se equivoque.

De la misma manera, el sistema de protección al consumidor, será adecuado no porque los consumidores nunca se equivoquen, sino porque puedan decidir libres de prácticas que distorsionen su voluntad.

# La fábula de los tres chanchitos

## La seguridad en internet y los nuevos paradigmas contractuales*

El célebre cuento de «Los Tres Chanchitos y el Lobo Feroz» es quizá uno de los más populares de la literatura infantil. Como todo cuento infantil contiene mensajes y moralejas, las que se construyen sobre la base de un conjunto de paradigmas de partida que se asumen como ciertos.

En el cuento la bondad y la maldad son estereotipadas. Hay un lobo malo, unos chanchitos tontos (los dos menores) y un chanchito bueno e inteligente (el mayor). El lobo está al acecho de sus tres potenciales víctimas. Los dos más tontos construyen sus casas de paja y madera respectivamente, las cuales son fáciles víctimas de los soplidos del lobo. Mientras tanto el chanchito mayor, responsable e inteligente, construye su casa de ladrillos, lo que la hace inmune a los ataques del lobo.

En el cuento el mensaje central es la importancia de la seguridad. Tomar decisiones que brinden seguridad es mejor que tomar aquellas que no la brindan. Las casas de ladrillos son siempre preferibles a las de paja y madera. En consecuencia quien fabrica casas de paja y madera es un tonto,

---

* Esta sección se basa en el artículo titulado «La Fábula de los Tres Chanchitos. Internet y los Nuevos Paradigmas Contractuales.» En LORENZETTI, Ricardo Luis y Carlos Alberto SOTO COAHUILA. *Comercio Electrónico. Instituciones de Derecho Privado.* T. 3. Ara Editores. Lima Perú. Editorial Themis. Bogotá Colombia. 2003.

quien hace casas de ladrillos es inteligente. El cuento sanciona moralmente al tonto constructor de casas inseguras y premia moralmente al inteligente constructor de casas de ladrillo. Así, establece una suerte de escala o regla de medición de «tontería» que corre paralela a una escala o regla de medición de seguridad: más seguro es sinónimo de más inteligente, menos seguro es sinónimo de más tonto.

Un segundo paradigma importante en el cuento es que el mundo está lleno de lobos en base a los cuales debemos tomar decisiones sobre cómo hacer nuestras casas. Así el factor determinante es el riesgo del lobo viniendo a devorar a los chanchitos. Es un mundo de lobos y chanchitos, de fuertes y débiles, en los que el riesgo del abuso está presente todo el tiempo y es el determinante de las decisiones más importantes.

Pero como todo cuento infantil, «Los Tres Chanchitos y el Lobo Feroz» sobresimplifica la realidad para hacerla entendible a un niño. Y al simplificar la realidad nos trae una serie de paradigmas que no necesariamente son útiles y que pueden contener falacias o simplificaciones absurdas.

Nada en el cuento nos habla de los costos de la seguridad. No se analiza cuánto puede costar construir una casa de ladrillo frente a sus más baratas alternativas de paja o madera. El costo marginal de unidades adicionales de seguridad no está contemplado por ninguna parte. No sabemos que tan «racional» puede ser construir una casa de ladrillo dada una comparación con los costos que los riesgos que el lobo puede significar. Simplemente carece de un análisis costo-beneficio

Tampoco analiza el efecto de medidas de seguridad alternativas que podrían ser utilizadas por los chanchitos a menos costos y con mayor efectividad, y que podrían incluir las habilidades de los propios chanchitos. Por ejemplo un chanchito correlón y ágil, o el especialmente inteligente, o el que tenga mucha experiencia para lidiar con lobos, podría preferir una casa más barata en la seguridad que podrá evadir al lobo corriendo más rápido o siendo más astuto.

Y no se tienen en cuenta que las decisiones de cómo construir las casas no solo dependen de los riesgos de un lobo (o del único riesgo de un lobo) sino de factores adicionales, que no solo contemplan el costo de construcción ya aludido, sino factores como el clima, la comodidad, la estética, la duración esperada de la casa, entre otros factores. Por ejemplo, construir una casa de ladrillos en una zona sísmica puede implicar un riesgo mayor que el de ser comido por un lobo.

Y finalmente el cuento de los tres chanchitos no toma en cuenta la existencia o no de costos de transacción entre los chanchitos y el lobo, que podría permitir una solución alternativa al problema de ser devorado. Por

ejemplo, si los chanchitos negociaran un contrato para suministrar gallinas, preferidas de pronto por el lobo, a cambio de tener el derecho a no ser devorados, entonces podrían invertir los ahorros en ladrillo y cemento en gallinas u otros manjares y tener todavía un saldo a su favor.

Pero no quiero criticar a un cuento infantil por el hecho de no haber realizado un análisis científico de los paradigmas en los que se basan. Por eso es un cuento infantil y está bien que sea así, porque su objeto no es transmitir un conocimiento complejo y completo, sino simplemente un conjunto de mensajes simples y fácilmente entendibles por un niño.

El problema que quiero anotar es otro diferente. Se refiere al hecho que muchos de los paradigmas que construimos para tomar decisiones regulatorias o para diseñar marcos legales se construyen sobre la base de paradigmas tan estereotipados y poco sistemáticos como los que se usan para redactar un cuento infantil. Así se parte de un conjunto de premisas de aparente fácil aceptación, y a partir de ellas se trata de construir todo un esquema de normas, como quien escribe un cuento.

Uno de esos casos es la discusión sobre Internet y el comercio electrónico. La mayor preocupación jurídica parecería ser la seguridad y el posible uso del Internet para generar fraudes y abusos. Y entonces se piensa en sistemas que generen seguridad antes que todo. Se trata de regular la actividad porque se considera que los usuarios no podrán protegerse a sí mismos. Muchos esquemas proponen una suerte de «obligaciones» de construir «casas de ladrillos» y «prohibiciones» a construir «casas de paja o madera». Se crean esquemas que, al dar prioridad a la seguridad, aumentan los costos de funcionamiento del sistema.

Además entienden el funcionamiento de Internet como un mecanismo en el que abundarán lobos abusivos y peligrosos y en donde la libertad de elección de los usuarios del sistema tendrá una capacidad muy limitada para proteger sus intereses frente a esos «lobos feroces». Y se deja de lado otros elementos, en particular el impacto que ciertas medidas tendrán en la elevación de costos de transacción en el uso del sistema.

Se hacen así generalizaciones tan absurdas como las de decir que las casas de ladrillos serán siempre preferibles a las de madera y las de madera a las de paja, cuando la pregunta es «¿Preferibles para qué?». Y es que en Internet no siempre la seguridad deberá ser preferida sobre todas las cosas como no siempre la casa de paja será una mala opción frente a la casa de madera. Y no es cierto que Internet sea un bosque lleno de lobos, ni que los que construyen casas de paja o madera sean unos tontos.

Y es que el mundo real es más complejo y plantea más variables que las que nos muestran los cuentos infantiles.

La creación de estos falsos paradigmas ha hecho que tratemos de enfrentar el problema que plantea Internet a partir de principios establecidos, sin entender que en sí mismo Internet es otro paradigma distinto que precisamente exige construir soluciones legales diferentes a aquellas a las que estamos acostumbrados.

Veremos en esta sección que la seguridad es solo uno de los factores a considerar, que las medidas de seguridad a adoptarse deben quedar sujetas más al juego de la autonomía privada y la libre elección que a la existencia de regulaciones estatales, que no solo corren el riesgo de ser equivocadas, sino que además serán inejecutables en la práctica. Pero al tratar de regular lo irregulable generaremos mayores costos de transacción que reducirán la eficacia de Internet para generar bienestar vía intercambios voluntarios. Como veremos, el propio Internet está en mayor capacidad que las normas estatales para resolver los problemas de seguridad, y puede hacerlo con mayor flexibilidad y sin elevar innecesariamente los costos de transacción en un medio cuyo mayor mérito ha sido precisamente reducir los costos de transacción.

## I. INTERNET Y COSTOS DE TRANSACCIÓN

Como sabemos, los costos de transacción son los costos en los que tenemos que incurrir para celebrar un contrato. Estos costos incluyen los costos de negociación, los costos de encontrar información relevante, los costos de hacer cumplir los contratos, los costos de encontrar opciones adecuadas y de elegir entre ellas, entre otros. Cuando estos costos son muy elevados, o no se celebran contratos, o simplemente estos se celebran en términos ineficientes.

Como analizamos en la sección referida a interpretación contractual, los costos de transacción pueden ser agrupados en tres categorías[1]:

### 1.1. Costos de Búsqueda

Son los costos de identificar sobre qué y con quién contratar. Por ejemplo si uno quisiera adquirir un disco de música de determinado compositor o cantante, es el costo del tiempo requerido y de la inversión efectuada para encontrarlo. Si se tratara de un disco raro entonces los costos de transacción serán más elevados. También incluye los costos de encontrar la mejor opción (la mejor edición, el mejor precio, la mejor oferta, etc.).

---

1. Esta clasificación ha sido adaptada de la efectuada por COOTER, Robert y Thomas ULEN. *Derecho y Economía*. Fondo de Cultura Económica. México, pp. 120-121.

### 1.2. Costos de Celebración

Son los costos de celebrar el contrato propiamente dicho, y que incluye el tiempo de negociación, la revisión de términos y condiciones, la asesoría legal o de otro tipo y el dinero invertido en el acto de celebración del contrato (por ejemplo los gastos de escrituración o de honorarios del notario). La contratación de términos complejos es más costosa que la celebración de términos sencillos que no requieran de asesoría legal ni de redacción de documentos. Por ejemplo, como vimos en la sección anterior, la contratación por adhesión es una forma de reducir costos de transacción al estar los términos del contrato estipulados de antemano por una de las partes.

### 1.3. Costos de Ejecución

Son los costos de hacer cumplir los acuerdos, es decir, de conseguir que las obligaciones se cumplan. Por ejemplo el costo que implica recurrir al Poder Judicial para que un acuerdo se cumpla (lo que incluye los honorarios de abogados, el costo de las tasas judiciales, el tiempo y dinero a invertir en el juicio y, de manera importante, los costos que trae la incertidumbre del resultado). Si no es posible obtener resultados predecibles a bajos costos habrá menos contratos porque la gente no confiará en los mismos para el logro de sus fines.

La existencia de costos de transacción es determinante en el desarrollo de los mercados. Se puede decir que los países que han desarrollado mercados dinámicos y eficientes son aquellos que han logrado precisamente reducir sustancialmente los costos de transacción, de manera que contratar sea menos costoso, más rápido y eficiente. Por el contrario, si los costos de transacción son demasiado elevados entonces habrán menos contratos y con ello menor desarrollo del mercado y pérdida de los beneficios que su operación podría generar a los consumidores y a las empresas.

Como también hemos visto, los costos de transacción dependen de una serie de factores bastante disímiles y variados, que van desde el nivel de complejidad de los productos y servicios involucrados, la claridad en la definición de los derechos legales, el número de partes involucradas, la información disponible, etc.[2]

Internet ha tenido un impacto importante en la reducción de costos de transacción. La capacidad de encontrar información relevante sobre productos y servicios, empresas y proveedores, naturaleza de transacciones y opciones en el mercado se ha multiplicado en términos geométricos con el desa-

---

2. Para un análisis más detallado de esto ver COOTER y ULEN, *Ob. cit.*, pp. 121-124.

rrollo y nivel de interconexión de la red. Hoy el acceso a información relevante, a opciones y la mejora en la capacidad de evaluar dicha información nos conduce a un mundo de costos de transacción sustancialmente menores.

Así tanto los costos de búsqueda como los de celebración se han reducido sustancialmente. Un buscador común y corriente puede encontrar lo que buscamos en segundos y mostrarnos una inmensa variedad de opciones. El hipertexto nos permite viajar a velocidades insospechadas y contactarnos con proveedores ubicados virtualmente en cualquier lugar del mundo.

Los costos de celebración también se han reducido y es posible con un «clic» del «mouse» celebrar un contrato con todas las condiciones y términos estipulados de antemano por el proveedor.

Sin embargo, la preocupación principal está en los costos de ejecución. Existe la sensación que hacer cumplir los acuerdos celebrados por medio de Internet es costoso y difícil. La «lejanía» de los proveedores, la inexistencia de «jurisdicciones» claras a las cuales recurrir, la sensación de «lobos feroces» sueltos en el «bosque» de la red, crean la idea de que contratar puede ser costoso porque estamos en un terreno fértil para los fraudes, engaños y estafas.

Se asume que, al no existir mecanismos de fiscalización efectivos, habrá inseguridad y que ésta se volcará en una elevación de los costos de transacción que reducirá los beneficios del sistema de intercambios por Internet. Estas conclusiones se derivan de los paradigmas anotados de los tres chanchitos, y serán analizados a continuación en este trabajo.

## II. COSTOS DE TRANSACCIÓN, SEGURIDAD Y CONFIANZA

Es evidente que existe una relación entre la seguridad que brinde la contratación y los costos de transacción. La falta de seguridad, en especial en la ejecución de la promesa efectuada por el proveedor en Internet, llevará a que exista incertidumbre. La incertidumbre es aplicada por quien contrata como un costo, que toma la forma de una tasa de descuento en los beneficios esperados del contrato. Así las partes, en condiciones de incertidumbre, aplican un descuento a los beneficios que reducen su ganancia esperada. Si la reducción es lo suficientemente grande entonces simplemente no contratarán. Si deseo comprar un disco compacto que me generará un beneficio estimado de S/.10 pero el proveedor que me lo ofrece me genera grandes dudas sobre su posible cumplimiento (creo que solo existen 50% de posibilidades de que cumpla) entonces el beneficio esperado se reduce a S/. 5. Ante tal circunstancia las posibilidades de contratar se reducen o se contratará otra opción más cara pero que me brinda mayor seguridad.

¿De qué depende la seguridad que debe adoptarse en una transacción? Básicamente de dos factores. El primero de ellos es el nivel de confianza que deposito en la posibilidad de cumplimiento. Ello depende de las garantías legales y extralegales con que cuento. Estas garantías pueden ser un sistema judicial eficaz, el otorgamiento de colaterales (garantías reales, fianzas, avales) o simplemente la confianza en quien contrato. Así, es fácil contratar con alguien que conozca desde hace tiempo y con quien he tenido relaciones comerciales satisfactorias antes.

Pero el segundo factor es cuánto tengo que gastar o en qué costos debo incurrir para sentirme seguro. Y no nos referimos solo a gastos monetarios, sino al tiempo y esfuerzo para obtener seguridades. Si pido una fianza el proveedor tendrá que pagar por ella y la trasladará al precio que me cobra. De la misma manera el desarrollo de sistemas legales de garantía o seguridad puede incrementar sustancialmente los costos de cumplir con la Ley y con ello elevar los precios de operación del mercado.

Internet no es el primer caso en la historia de un sistema que tienen que balancear el otorgar seguridad con los costos de obtenerla. De hecho, ello ocurre en todo el sistema jurídico. No hemos desarrollado registros públicos para amparar todas las operaciones de transferencia de propiedad porque en muchos casos es muy oneroso hacerlo. Así, en muchos bienes muebles brindar esa seguridad por medio de un registro público es muy costoso dado el valor del bien involucrado. En esos casos (como un lapicero o un libro) confiamos en la posesión como mecanismo para hacer oponible y perfeccionar la transferencia de propiedad. Sin duda un registro es más seguro y eficaz, pero también es más costoso. En consecuencia sólo usamos el registro en operaciones cuyo valor justifica incurrir en los costos de hacer la transacción una más segura.

Y la seguridad depende de diversas variables tales como el grado de conocimiento que tengo de mi contraparte. La gente que contrata con un amigo (le presta dinero para el fin de semana) no le pide que le firme una escritura pública. Un apretón de manos o un gesto con la cabeza parecen suficiente seguridad de que el dinero será devuelto.

Si la persona a la que le presto no es mi amigo, pero tengo buenas referencias de él por otros amigos, quizás le pida un documento escrito, simple. Pero a un desconocido le pediré que me legalice la firma ante un notario o incluso exigiré un título valor o una escritura pública.

Uno balancea ciertos elementos con otros para decidir qué seguridades tomar, y éstas cambian por factores tan diversos como el valor involucrado, el nivel de conocimiento que tengo de la otra parte, la complejidad de la transacción, mi experiencia en el mercado, etc. Y es que la seguridad cuesta.

Solo se justifica invertir en ella cuando la tasa de descuento generada por la incertidumbre es lo suficientemente alta frente a otras alternativas como para justificar la inversión en el costo de brindarme tal seguridad.

Así obtener seguridad es, al mismo tiempo, una forma de reducir costos de transacción, pero a la vez una forma de aumentarlos por la vía de aumentar la inversión que debe hacerse para contratar. Y esto depende de cada operación y de las características y condiciones que reúnan los contratantes.[3]

En un bosque sin lobos (o con muy pocos lobos) las casas de ladrillo son un desperdicio. O para chanchitos bien entrenados en correr, casas de madera son más que suficientes y adecuadas para estar seguros. Y si se puede negociar con el lobo alternativas a ser devorado (como entregarle gallinas a cambio de seguridad) el chanchito mayor termina siendo el tonto, y entonces los menores son los buenos y ordenados comerciantes de los que se habla en la doctrina del derecho comercial. Así, en seguridad en la contratación, todo es relativo. Y la relatividad está determinada por la estructura y nivel de costos que enfrenta cada persona en particular.

El problema que enfrentamos puede ser entendido con el Teorema de Coase. Según la primera formulación del mismo, si los costos de transacción son bajos no importa la regla legal que se establezca para llegar a la solución más adecuada y eficiente. Las partes, mediante arreglos contractuales o de mercado encontrarán soluciones satisfactorias que les brinden seguridad adecuada. En cambio, según la segunda formulación, si los costos de transacción son altos sí interesa cuál es la regla legal que elijamos para llegar a la solución eficiente. Así, de no ser posible que las partes lleguen a acuerdos satisfactorios por ser los costos de transacción elevados, la intervención del Estado puede ser necesaria para llegar a una solución satisfactoria.

En ese contexto una de las respuestas puede ser la certificación de firmas. Bajo esta idea el que alguien certifique la autenticidad de la firma electrónica contribuye a generar más seguridad. Podemos tener distintos sistemas. Una alternativa es un sistema cien por ciento privado, en el que las empresas certificadoras generan confianza sólo por su prestigio y su conocimiento en el mercado. Otra puede ser un sistema cien por ciento público o estatal, en el que quien certifica es una entidad del Estado (de

3. Esto ya fue analizado en el capítulo en que se analizó la propiedad y las titularidades, y más específicamente en la sección referida a transferencia de propiedad. Allí vimos que reducir incertidumbre de la transferencia reduce costos de transacción, pero al costo de crear sistemas notariales y registrales que en sí mismos implican costos de transacción.

manera similar a como un Registro Público certifica el contenido de las inscripciones). Finalmente, podríamos tener un sistema mixto en el que las certificadoras son privadas pero son autorizadas y supervisadas por el Estado (como ocurre con los notarios públicos que siendo particulares, reciben una autorización del Estado para desarrollar su función).

Las opciones entre un sistema y otro deberían depender del nivel de costos de transacción existentes. Si estos son bajos en el mercado la aparición de certificadoras privadas sería suficiente. En cambio si los costos de transacción son muy altos, de manera que el mercado no genere soluciones adecuadas que generen confianza, entonces un sistema con más o menos intervención del Estado podría ser conveniente, siempre que los costos de tal intervención sean inferiores a los beneficios (cosa que suele ser bastante inusual tratándose del Estado).

En Internet sistemas de certificación de firma pueden ser alternativas adecuadas para ciertas transacciones y totalmente inadecuados para otras. Y distintos sistemas de certificación pueden ser buenos en unos casos y absurdos en otros. Por eso pretender generar un sistema uniforme de certificación de firmas, con respaldo estatal, puede tener por efecto elevar innecesariamente los costos de transacción en numerosos mercados. Y es que no se necesitan los mismos niveles de seguridad para comprar un libro de los que se necesitan para comprar un automóvil o para hacer una operación de compra de minerales. Y corresponderá a cada cual evaluar qué seguridades pide en cada momento.

Pero hay un elemento adicional que suele ser evaluado muy superficialmente y es el relativo a los incentivos para generar seguridad. La seguridad de una transacción, cuando es deseada por los consumidores, reduce los costos de transacción. Si un proveedor encuentra formas baratas de brindar seguridad a sus consumidores sabe que podrá reducir la tasa de descuento por riesgo e incertidumbre que éste incorpora a la transacción. Si ello es así, sabe que venderá más y más caro. Como su objetivo es vender más tendrá incentivos para encontrar formas de seguridad que estén justificadas por el tipo de transacción involucrada en cada caso. Es decir, que existen incentivos para generar sistemas privados de seguridad que reduzcan la tasa de descuento que el consumidor aplica a ciertas transacciones.

Esto no es un fenómeno privativo de Internet. En los mercados actuales es una estrategia común de venta de las empresas ofrecer seguridades a los consumidores, tales como garantías contractuales (garantía de un año de buen funcionamiento de un electrodoméstico), uso de marcas prestigiadas (la gente compra en McDonald's porque sabe que le garantiza una calidad determinada), sistemas arbitrales privados (como el desarrollado por Visa para el uso de tarjetas de crédito), penalidades por incumplimiento

(«si la pizza no le llega en 30 minutos es gratis»), y otras medidas similares. Estas garantías o seguridades persiguen generar confianza en la transacción y hacerla más segura y confiable.

El propio mercado crea incentivos para que existan mecanismos de seguridad adecuados, y que no requieren de regulación estatal previa para operar. Estas garantías y seguridades se han venido desarrollando en Internet, convirtiendo a este sistema en uno tremendamente confiable si uno evalúa los volúmenes de tráfico y la cantidad de usuarios que tiene.

## III. ¿CÓMO GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS EN INTERNET?

Al igual como las casas de los chanchitos (ladrillo, madera y paja) todos los mecanismos ideados para conseguir el cumplimiento de contratos pueden ser resumidos en tres categorías. Cada una de ellas enfrenta costos diferentes y puede ayudarnos a comprender cómo se genera la confianza que hace operar los mercados.

### 3.1. El Autocumplimiento

La mayoría de los contratos se cumplen y ejecutan simplemente porque las partes quieren cumplir. No se requiere acudir a las Cortes o a Tribunales. Y el autocumplimiento es, de todas las formas de ejecución contractual, la más económica de todos. Reduce los costos de transacción y no es exagerado decir que los países que han alcanzado algún nivel de desarrollo son precisamente aquellos en la que los contratos se cumplen regularmente de manera autónoma.

Las compras en Amazon son ejecutadas de esa manera. Debe ser muy inusual acudir a las Cortes o a algún mecanismo estatal para ejecutar una operación de compraventa de libros a través de ese sistema. Y es importante ver cómo este hecho reduce a su vez los costos de transacción. Como los consumidores saben por referencia o por experiencia que Amazon cumple sus obligaciones, el volumen de contratación se multiplica, aumentando el bienestar de los consumidores (que pueden contratar de manera rápida y barata) y las utilidades de Amazon. Los objetivos de mayores ventas y mayores utilidades se alcanzan mejor cumpliendo que incumpliendo.

En un interesante estudio realizado por MACAULY éste demostraba cómo, en los arreglos contractuales, es relativamente extraño que los comerciantes acudan al sistema legal para conseguir que las promesas contractuales sean cumplidas. Era más común acudir a mecanismos o arreglos no contractuales, basados principalmente en mantener un prestigio necesa-

rio para seguir haciendo negocios[4]. Así, la inexistencia de sanciones legales efectivas no necesariamente implica el fracaso del sistema de intercambio, y la evidencia empírica parecería demostrar que los sistemas de ejecución de promesas contractuales son menos importantes de lo que creemos en la mayoría de los casos.

El autocumplimiento es el objetivo último tanto del sistema económico como del sistema legal y en la experiencia histórica es la forma más común de ejecución de los contratos. En impensable el desarrollo de mercados como los modernos sin que una parte importante de las operaciones (la inmensa mayoría) se ejecuten directamente y sin que la intervención del Derecho, al menos como lo conceptualizamos, sea necesaria. El Internet es una muestra clara de ello.

### 3.2. Ejecución por Segunda Persona

Sin embargo en la experiencia práctica muchas veces se acude a otra forma diferente de ejecución contractual, en especial cuando el nivel de confianza a depositar en la contraparte no es el suficiente. En estos casos se confía que será otra persona la que cumplirá la obligación o la que forzará el cumplimiento si el obligado principal no lo hace.

En Roma, cuando una parte quería que la otra cumpliese su obligación tomaba un rehén. Este rehén (que podía incluso ser un hijo del deudor) era mantenido en poder del acreedor hasta que la obligación fuese cumplida. Por este mecanismo se confiaba en que la obligación fuese cumplida[5].

En el mundo moderno hemos sustituido al rehén por fianzas, avales o incluso el uso de marcas que garantizan la calidad de los bienes y servicios, marcas que identifican productos que no necesariamente son fabricados por su titular, sino por un licenciatario, pero que adquirimos en la confianza que el licenciante garantiza su calidad, es decir que garantiza el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

Cuando uno ingresa a un local de McDonald's o Burger King no le importa que no sea McDonald's o Burger King el que administra directamente el local. Le basta que esas cadenas hayan franquiciado su marca. La confianza es generada por el uso de la marca, es decir por una segunda persona distinta al obligado directo que al ceder la marca «avala» el resultado. Ello nos garantiza la calidad ofrecida.

---

4. MACAULAY, Stewart. «Non-Contractual Relations in Bussiness: A Preliminary Study». En: FRIEDMAN, LAWRENCE y MACAULAY, *Law and the Behavioral Sciences*, pp. 145-161.

5. Para una descripción de este tipo de forma de ejecución se puede revisar BULLARD, Alfredo. *La Relación Jurídico Patrimonial*, pp. 71-76.

En las operaciones comerciales ocurre lo mismo. Las fianzas bancarias son mecanismos de generación de confianza que reducen tremendamente los costos de transacción, utilizando como sustento para lograr ello el nivel de confianza que un Banco genera respecto al nivel de confianza que genera el deudor directo. Se introduce la confianza al mercado y se convierte en un «bien» que se negocia y transa en el mismo.

Estos mecanismos, si bien son más costosos que el autocumplimiento, permiten precisamente conseguir un cumplimiento a relativamente bajo costo. Son un mecanismo efectivo de reducción de costos de transacción. Estos se reducen porque la confianza en la segunda persona hace más fácil contratar y medir los riesgos e incertidumbres que genera todo contrato.

### 3.3. Ejecución por Tercero Imparcial

Finalmente, una tercera forma para hacer cumplir acuerdos es por medio de una tercera persona imparcial. Cuando un obligado no cumple con aquello a lo que se obligó, entonces lo podemos demandar ante el Poder Judicial o ante un árbitro si así se hubiera pactado. Este tercero es en principio ajeno a la relación contractual y cuenta con facultades para obligar a las partes a cumplir sus mandatos.

Su función es precisamente hacer cumplir las promesas legalmente vinculantes cuando el autocumplimiento o la ejecución por segunda persona no operan.

Este sistema de cumplimiento contractual contribuye a que haya mayores niveles de autocumplimiento. Cuando los agentes en el mercado saben que hay una forma de hacer cumplir los acuerdos tienden a cumplir sus obligaciones porque saben qué conductas estratégicas orientadas a incumplir no funcionarán o serán sancionadas. Pero no es posible pensar en un sistema económico basado en ejecución de todas las obligaciones por este medio. Su costo transaccional sería inmenso e inmanejable si todo contrato requiriera de un proceso judicial o arbitral para cumplirse, y los niveles de litigiosidad contractual están en relación inversamente proporcional al nivel de desarrollo y buena operación del sistema económico.

Definitivamente la tendencia debe orientarse hacia el autocumplimiento, pero este es difícil de lograr en todas las circunstancias, en especial en mercados donde hay alta asimetría de información entre las partes y por ello los costos de transacción son elevados.

En esta línea las soluciones al problema del cumplimiento de los contratos celebrados por Internet pueden encontrarse en estas formas de ejecución o cumplimiento anotadas. En primer lugar, es de esperar que algunos acuerdos (la inmensa mayoría de ellos) se cumplan simplemente por el hecho de

existir. Las personas contratan por Internet en la confianza que las promesas planteadas por su intermedio serán cumplidas por quienes las formulan. De hecho es así y viene ocurriendo sin perjuicio de la existencia de fraudes y engaños, que finalmente son la excepción que confirma la regla.

El otro mecanismo es el uso de sistemas de ejecución por segunda persona. La aparición de signos distintivos que acreditan la seguridad de pagos, el uso de marcas (o nombres de dominio) reconocidas (la gente espera que las adquisiciones de bienes y servicios identificados con Yahoo sean cumplidas a pesar que quien brinda el servicio o vende el bien no sea precisamente el titular de la marca Yahoo), o sistemas similares generen suficiente confianza para que los consumidores quieran contratar. Esta confianza tiene un costo, como si se contratara un seguro de buen cumplimiento, y que sin duda se refleja como un valor adicional que se paga por la operación, correspondiéndole a cada contratante definir si quiere pagar más por algo más seguro o menos por algo menos seguro. De hecho ello también viene ocurriendo. Y es de esperar que los consumidores estén dispuestos a buscar esas seguridades e incluso a pagar más por ellas. Entonces la existencia de sistemas u opciones menos seguros serían asumidos por el consumidor a cambio de una prima de descuento en el precio.

Finalmente, y es aquí donde viene el problema principal, podría pensarse en mecanismos de ejecución de obligaciones por medio de un tercero imparcial. Pero aquí es donde la mecánica y características de Internet plantean un reto difícil de enfrentar.

Hay dos características de Internet que son especialmente relevantes para entender las dificultades que enfrenta la ejecución de obligaciones por tercero imparcial y que se analiza a continuación.

*a) Despersonalización*

En Internet no se contrata con personas, sino con signos. Uno no sabe quién está detrás de Amazon o Yahoo. Solo sabe que esos signos tienen el prestigio suficiente para confiar en ellos. Y hay otros signos que no tienen el mismo nivel de prestigio y como tales plantean riesgos mayores cuando se contrata por su intermedio. Esto no es nuevo y ya era una característica de los mercados modernos. Uno no sabe quién embotella Coca Cola en cada país, solo sabe que Coca Cola es una marca confiable e identifica qué viene detrás de dicha marca. Está despersonalizado, como ocurre con todas las marcas prestigiadas.

Es además un hecho que el desarrollo de mercados modernos parte de la idea de despersonalización de las relaciones contractuales. Antes uno contrataba con personas y era la confianza en ellas la que reducía los costos

de transacción. Así el mercado, de manera artesanal, se basaba en niveles de confianza en el artesano o en la casa comercial de turno. Pero la competencia exige sistemas de identificación más baratos y con menores costos de transacción y así aparecen las marcas, en las que los consumidores depositan su confianza.

La despersonalización es un símbolo de mercados con bajos costos de transacción. Las marcas y los signos distintivos, conforme se prestigian, se vuelven más estables y mejores portadores de información que los prestigios personales. Y ello explica que en los mercados masivos sean esos signos los que priman.

Internet crea un ambiente en el que agudiza el fenómeno. Internet establece contactos sin conocer a las personas. Las marcas y los símbolos son lo que uno identifica y es el prestigio de los mismos los que nos da la información que permite reforzar o no la existencia de confianza.

*b) Desgeografización*

El segundo fenómeno es la desaparición o el relajamiento de los referentes geográficos. Internet al crear una red virtual crea «sitios» que no están en ningún sitio. Y ello genera un problema serio para el Derecho. La ejecución de las normas jurídicas se sustenta en el principio de jurisdicción de las autoridades encargadas de hacer cumplir las normas. Y esa jurisdicción tiene un sustento geográfico que no se encuentra de manera clara en los conflictos que surgen en Internet. El lugar donde está ubicado el servidor que aloja una página no nos dice mucho de dónde están las personas que respaldan dicha página.

En otras palabras el Derecho, cuando sustenta su aplicación en la acción del Estado, requiere de una definición geográfica del poder que utiliza, definición que requiere a su vez de fronteras físicas. El campo de acción de un Estado se determina y limita por el concepto de frontera, que define un área geográfica de acción. Pero Internet no respeta las fronteras.

La consecuencia de ello es que la contratación en Internet no permite definir claramente qué autoridad es competente para aplicar Derecho y no se puede determinar claramente cuál es el Derecho aplicable. Las implicancias prácticas de ello es un debilitamiento dramático de los mecanismos de ejecución por tercero imparcial, con los costos que ello puede tener para la ejecución del sistema en su conjunto.

Esto explica la preocupación recurrente de abogados, tratadistas, y sobre todo autoridades estatales de diversos países sobre la posibilidad de crear sistemas alternativos de ejecución para enfrentar el problema.

Estos dos problemas (despersonalización y desgeografización) son el centro del problema de la ejecución y de la falta de seguridad que se presentaría en Internet. Pero debemos tener en cuenta que parten del paradigma de la existencia de un solo sistema de cumplimiento de los acuerdos y contratos que se celebren por Internet.

## IV. ¿ES UN PROBLEMA NUEVO?

El problema de que las relaciones económicas no coinciden con las fronteras políticas de los Estados no es un problema nuevo. Ya en otras ocasiones el Derecho ha enfrentado situaciones similares que han sido resueltas privadamente, precisamente por medio de cambiar mecanismos de ejecución por tercero imparcial, por sistemas de autocumplimiento o sistemas de ejecución por segunda persona.

Y en algunos casos nos referimos a supuestos ocurridos hace ya varios siglos.

El primero de ellos fue la letra de cambio. Curiosamente la letra de cambio es un instrumento cuyo diseño original y sin perjuicio del uso actual que se le da, buscaba solucionar un problema parecido. Cuando un comerciante iba a emprender un viaje necesitaba llevar dinero de un lugar otro. Pero enfrentaba el problema de ser asaltado en el camino. Dado que las localidades involucradas en el viaje comprometían jurisdicciones distintas, esto dificultaba las operaciones entre estas localidades.

El comerciante debía entregar el dinero a un comerciante de la localidad de origen. Este le giraba una letra destinada a ser aceptada por otro comerciante en la localidad de llegada. El comerciante viajero entregaba el dinero en la confianza de que al llegar a su destino, el comerciante indicado por el girador de la letra la aceptaría y quedaría obligado a entregarle una cantidad equivalente a la entregada al comerciante girador. Si el comerciante de la localidad de destino se negaba a aceptar la letra, entonces el comerciante viajero no tendría otra forma de recuperar su dinero que regresando contra el girador.

El problema era el mismo y la solución era una de ejecución por segunda persona. La confianza entre los comerciantes era la clave del tema. Ante la imposibilidad de sujetar toda la operación a una sola jurisdicción, los comerciantes usaron la confianza entre ellos como un buen sustituto. El comerciante viajero confiaba posiblemente en el comerciante de la localidad de origen, pero desconocía al de la localidad de llegada. Pero el comerciante de la localidad de origen sí conocía y confiaba en el de la localidad de origen. Así estructuraban la relación de manera tal que la confianza se hacía transitiva de

uno al otro. La confianza ente ellos era usada como la forma de reducir los costos de transacción. Un sistema que se basara en la ejecución por tercera persona imparcial no hubiera operado con la misma eficacia.

¿Qué hubiera pasado si los Estados hubiesen querido regular el uso de letras de cambio en esas circunstancias para asegurar que la transacción era segura? Pues no habría aportado mucho al sistema, cuyo valor estaba precisamente en la confianza en lo privado. Y es que el paradigma según el cual es Estado es más confiable que los sistemas privados para generar confianza no debe ser aceptado pacíficamente. Si los costos de transacción son bajos, entonces lo más probable es que sea una afirmación equivocada. E incluso cuando los costos de transacción son altos, habrá que ver si los costos de acción estatal no son aún más altos.

Otro ejemplo es la carta de crédito. Nuevamente, las operaciones de comercio internacional atraviesan más de una jurisdicción y los mecanismos de ejecución si quisiéramos confiar en normas nacionales y *executors* serían muy onerosos. La solución creada para resolver este problema es similar a la letra de cambio. Para garantizar el pago se usa una carta de crédito, la misma que no es otra cosa que la promesa de un banco de honrar la misma si se cumplen las instrucciones contenidas en el documento. La fuente de seguridad no es el mecanismo de ejecución judicial, que se usa muy excepcionalmente, sino la confianza que se deposita en que el banco, como tal, actuará con seriedad. El banco certificará ante sí mismo que las instrucciones han sido cumplidas y pagará la obligación.

Si bien luego se ha pretendido regular la carta de crédito, su origen se sustentaba en la confianza en los agentes involucrados y no en las formas de ejecución estatal o por tercera persona.

Un tercer ejemplo, que precisamente es usado en Internet como un medio de pago, es la tarjeta de crédito. Si el lector entra en un establecimiento comercial ubicado en Guinea Ecuatorial que recibe la tarjeta Visa, el propietario del establecimiento no lo conoce ni tiene interés en conocer su capacidad de pago. Simplemente le concede un crédito al mostrar una tarjeta Visa con una bandera azul, banca y mostaza y un holograma de seguridad con una paloma. Desconoce de qué país viene. Solo le exige cumplir algunos requisitos formales muy simples y le entrega la mercadería cuando aún no le han pagado.

El comerciante de este país lejano no confía en usted. Confía en Visa. Sabe que Visa le va a pagar y ejecuta la obligación sobre la base de un mecanismo de segunda persona.

Y carece de objeto esperar que el Estado regule al dedillo el uso de tarjetas de crédito. Y los países que han intentado hacerlo resultan con nor-

mas desfasadas de la realidad y que solo limitan innecesariamente las posibilidades de acción de proveedores y consumidores y elevan los costos de operación del sistema. Las tarjetas de crédito han desarrollado incluso sus propios sistemas arbitrales internos que resuelven a muy bajo costo las controversias que se presentan[6].

Internet está recorriendo los mismos caminos. Asumiendo que el sistema de ejecución por tercero imparcial es ineficaz, los propios operadores generarán marcas o signos que generarán confianza y que reemplazarán al Estado como mecanismo de ejecución. Y de hecho ya existen signos certificadores de pago, o venta de dinero informático con respaldo privado, entre otras opciones. Y todo por el interés de los propios agentes de reducir costos de transacción por estos medios y así aumentar el número de operaciones y el valor de las mismas. Se reconoce así como la ruptura de la capacidad del Estado para resolver estos problemas se debe dejar paso a mecanismos más privados. Y a ello el Estado suele reaccionar tratando de crear más regulaciones.

Esto no significa que los consumidores solo adquirirán bienes y servicios en páginas certificadas o a través de mecanismos seguros. Los consumidores deberán ser libres de elegir sistemas menos seguros y beneficiarse de descuentos en el precio por menos seguridad (casas de paja más baratas) pero será su propia decisión y no la estandarización por mandato estatal. No es un tema de seguridad impuesta, sino de seguridad elegida. La seguridad, como todo bien, tiene un precio y hay que pagar por ella.

Al igual como uno puede comprar un automóvil con *air bag* más seguro pero más caro, o un automóvil más barato sin esa seguridad, los consumidores y usuarios de Internet en general deben estar en posibilidad de entrar en operaciones más o menos seguras en función a las garantías que se brindan a la misma.

## V. REGLAS SIMPLES PARA UN INTERNET COMPLEJO

En un libro que es ya un clásico, Richard Epstein exigía reglas simples para un mundo complejo[7]. Epstein sugería que, contra lo que podría pensarse, un mundo cada vez más complejo debía encontrar respuestas no en reglas complejas, sino por el contrario reglas simples.

Es casi un axioma: reglas complejas exigen aparatos estatales más grandes y sofisticados para encontrar respuestas y formas de aplicarlas. Pero

---

6. Ver Cooter, Robert y Thomas Ulen. *Ob. cit.*, pp. 515-516.

7. Epstein, Richard A. *Simple Rules for a Complex World*.

los Estados complejos suelen dar soluciones inadecuadas. La falta de información, la adecuada identificación de preferencias individuales, la incapacidad para actuar, la falta de recursos y otros problemas similares convierten al Estado complejo en un pésimo «aplicador» de reglas complejas.

En un trabajo vinculado al mismo tema, Peter SCHUCK[8] daba cuenta de las variables que suelen caracterizar o determinar la existencia de reglas complejas e identificaba cuatro: densidad, tecnicismo, diferenciación e indeterminación o incertidumbre.

Por densidad entiende un conjunto numeroso de reglas que cubren con mucho detalle todos los aspectos de una transacción dada: quiénes participan, qué formas tienen que usarse, qué términos o condiciones son permitidos, qué aprobaciones o autorizaciones tienen que obtenerse.

Por tecnicismo se entiende que las reglas requieren un cierto nivel de capacitación técnica para ser comprendidas y aplicadas. Será difícil para los ciudadanos comunes y corrientes saber si están o no cumpliendo con la Ley o si están sujetos a sanciones, requiriendo contratar a costosos expertos para estar informados sobre como se aplica la norma, en especial abogados.

Por diferenciación SCHUCK se refiere a que debe acudirse a un amplio número de diferentes fuentes del Derecho para poder entender las consecuencias para una situación dada, generándose superposiciones o inconsistencias.

Por incertidumbre o indeterminación se refiere a la dificultad para que la consecuencia de la norma pueda dilucidarse de respuestas inequívocas a una pregunta o a un grupo reducido de ellas. Por ejemplo, señala que la regla de mayoría de edad para votar tiene una respuesta simple e inequívoca: tener 18 años. En cambio saber si existe responsabilidad por un producto defectuoso puede conducir a encontrar respuestas a 10 o 12 preguntas distintas y las respuestas a éstas no necesariamente serán fáciles o unívocas.

Por su parte, EPSTEIN señala que una forma sencilla de identificar una regla simple es porque ésta suele contener el término «salvo pacto en contrario». Esa es una regla que todos entienden y cuya respuesta es determinar simplemente lo que las partes acordaron[9].

En ese contexto, en un mundo complejo, reglas que dejan a los particulares decidir sobre cómo regular una transacción, conducen a resultados más simples y predecibles que reglas que tratan de «simular» lo que las

---

8. Schuck, Peter. «Legal Complexity: Some Causes, Consequences and Cures». En: *Duke Law Journal*, N.º 42.

9. EPSTEIN, *Ob. cit.,* p. 27

partes hubieran pactado. Estas reglas «de simulación» suelen ser muy complejas porque tratan de reconstruir y contemplar una innumerable cantidad de situaciones e intereses en juego, lo que fuerza a redacciones complicadas y siempre incompletas.

Señala EPSTEIN que dos de los enemigos más claros de la simplicidad son el concepto de justicia perfecta y la existencia de grandes grupos a regular. Respecto al deseo de alcanzar una «justicia perfecta» señala que el afán de tener reglas que satisfagan todos los casos con soluciones justas conducen finalmente a reglas demasiado complejas, pues no se tiene en cuenta que por la ley económica de rendimientos decrecientes, pasado cierto punto gastar más en perfección no vale lo que cuesta. El resultado es que la perfección se vuelve un disvalor.

El segundo elemento, muy ligado al anterior, parte de la pretensión de tratar de dar respuestas a todos los integrantes de un grupo grande de agentes involucrados. Al sustituir las decisiones individuales de los integrantes por decisiones colectivas conducimos el mundo a soluciones muy complejas. Usa un ejemplo muy gráfico. Cuanto más músicos se coloquen en una orquesta, más difícil será que el director pueda coordinar a todos ellos. Es mejor, pasado cierto punto, dividir la orquesta en unidades más pequeñas y darles «autonomía» para tocar música. Con la sociedad pasa lo mismo. Es difícil que las reglas legales puedan coordinar todas las conductas de todos los individuos de una sociedad. Por ello, es mejor dividir la regulación de estas conductas en unidades autónomas de decisión que establezcan sus propias reglas. Así, por ejemplo, gran parte de las decisiones que se dan en la esfera familiar han sido dejadas a los padres, en el entendido que la Ley no podría regular todos los aspectos de esa relación (elegir el colegio al que irán los hijos, elegir la religión, decidir el lugar de domicilio, ver qué se va a comer cada día o qué programas de televisión deben ver los niños).

En el mismo sentido, puede visualizarse la esfera contractual. Dejar a las partes autorregular su esfera evita tener que formular reglas complejas que regulen todas las transacciones. Así, las partes quedan libre de fijar, por ejemplo, cuál será el bien objeto de un contrato, qué precio se pagará, qué garantías ofrecen, cómo se entregará el bien, qué pasa si se pierde, cómo se resuelven los conflictos que surjan, etc.

El resultado de este análisis es que la respuesta a más complejidad es más simplicidad, lo que implica generar reglas que confíen en la autorregulación para que sea ésta la que resuelva las complejidades del mundo moderno.

Si uno aplica este esquema de análisis a lo que ocurre con las transacciones en Internet verá cuál es su pertinencia.

Internet es un fiel reflejo de un mundo más conectado, de un mundo con más acceso de información, a través de una red con capacidad de generar innumerables relaciones sumamente complejas. Es reflejo de un mundo más complejo. La respuesta a esa complejidad no puede ser más complejidad. Se requieren reglas más simples que confíen precisamente en la autonomía privada y que dejen a la autorregulación la solución de los problemas que se presentan, dejando abierta la posibilidad de que sean los particulares quienes encuentren soluciones para generar confianza y certidumbre.

Si uno analiza las cuatro variables que SCHUCK menciona como determinantes de la complejidad de las reglas verá que la regulación de los contratos vía Internet potencialmente genera un enorme riesgo de complejidad.

Dada la variedad de problemas que se pueden presentar en Internet, el riesgo de una regulación «densa» está latente. Es fácil para un regulador crear muchas reglas que regulen cada detalle de la contratación a fin de evitar abusos. Asimismo, el tecnicismo puede estar presente por el simple hecho de que hablamos de un tema vinculado al uso de tecnologías, lo que genera la posibilidad de reglas cuyo contenido no sea entendido por el común de los ciudadanos. Respecto a la diferenciación, dada la existencia de numerosos países involucrados y de intentos de regulaciones internacionales por parte de diversos organismos, será fácil, como ya viene ocurriendo, que varios pretendan regular lo mismo desde distintas perspectivas. Y ello no se limita al campo geográfico sino también al campo temático. Es posible que los reguladores de telecomunicaciones quieran tener reglas particulares, las agencias de protección al consumidor también quieran sus propias reglas, los códigos civiles busquen incluir en su articulado esa temática, entre otros. El riesgo de superposiciones y tratamientos inconsistentes es evidente.

Finalmente, dada la complejidad del tema, es muy probable que las reglas que se dicten sean inciertas y de difícil predicción en sus consecuencias cuando se apliquen a casos particulares. Es difícil dar respuestas unívocas y simples por la vía de normas que regulen esos temas.

Esto aconseja ser cauto al pensar que las reglas legales dictadas por la autoridad estatal van a solucionarnos el problema. Lo más probable es que lo haga más complejo. Y los enemigos de la simplicidad estarán presentes. La búsqueda de una justicia perfecta en la que nadie sea engañado conducirá a regulaciones más densas, técnicas, diferenciadas e inciertas, generando altísimos costos de transacción al funcionamiento de Internet.

Pero además la cantidad de personas involucradas muestran cuán complejas son las soluciones si se adopta una decisión colectiva o regulatoria. Es mejor confiar en «parcelar» la regulación repartiéndola entre los agentes

involucrados y dejando que ellos autorregulen su propio destino y generen a su vez sistemas y reglas que aseguren o garanticen la ejecución de los acuerdos. Es muy probable, como ya viene ocurriendo, que la solución sea la aparición de mecanismos que fomenten el autocumplimiento o lleven a la ejecución por segunda persona, sin necesidad de incurrir en los costos y dificultades de la ejecución por tercero imparcial.

En esta línea la respuesta es no regular o en todo caso desregular para evitar caer en la tentación de las reglas complejas.

## VI. LA REGULACIÓN PERUANA SOBRE LA SEGURIDAD EN INTERNET.

El legislador peruano ha mostrado su preocupación por la seguridad de las operaciones en Internet. Son dos las normas centrales que se han dictado en este año. Por un lado, la Ley 27269 (modificada por la Ley 27310), Ley de Firmas y Certificados Digitales, ha regulado, como su nombre lo indica, la utilización de la firma electrónica a fin de darle la misma validez y eficacia que la firma manuscrita[10].

La segunda norma es la Ley 27291, Ley que modifica el Código civil permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de la voluntad y la utilización de la firma electrónica. Para tales efectos modifica los artículos 141 y 1374 del Código Civil y adiciona un artículo 141-A a dicho cuerpo legal.

Debemos señalar que la ley peruana muestra una preocupación válida pero a nuestro entender innecesaria respecto a los problemas que puedan presentarse en la contratación electrónica. Afortunadamente, se trata de normas que no son realmente invasivas de la esfera privada y que en principio actúan supletoriamente a la voluntad de las partes que no están obligadas a cumplir las formalidades de utilizar los mecanismos previstos. Prevé una suerte de sistema de autorización respecto a quienes pueden emitir certificados digitales. Crea, de alguna manera, una suerte de «notarios elec-

---

10. *Artículo 1.- Objeto de la ley*

La presente ley tiene por objeto regular la utilización de la firma electrónica, otorgándole la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita u otra análoga que conlleve manifestación de voluntad.

Entiéndase por firma electrónica a cualquier símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención precisa de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita.

trónicos» que pueden o no ser utilizados para «certificar» una firma electrónica. Pero las partes serán libres de utilizarlos o no al no incorporar como requisito de validez de ningún contrato celebrado por Internet ninguna forma de obligatorio cumplimiento.

En ese sentido, la normatividad peruana, incorpora implícitamente el «salvo pacto en contrario» que sugería EPSTEIN, es decir, una regla que las partes puedan entender fácilmente. Si quieren utilizan el sistema, si no quieren no.

El problema que enfrenta le Ley 27269 (modificada por la Ley 27310) es cómo responder a la pregunta referida a la identificación de quien envía un mensaje electrónico. ¿Cómo sé que quien envía el mensaje es quien dice que es? La respuesta que da la norma es mediante la certificación de la firma digital. Sin embargo, con buen criterio deja en libertad a las partes de escoger otro medio para alcanzar el mismo fin o, en todo caso, para asumir el riesgo de que la persona no sea quien dice ser y por tanto puede evadir su obligación.

En otras palabras, describe como una opción una casa de ladrillos pero deja en libertad a las partes de vivir en una de madera, en una de paja o simplemente en la intemperie.

Sin duda la intención es buena y el enfoque tiene el mérito de respetar la autonomía de las partes. Sin embargo es de esperar que la norma tenga poca vigencia en la práctica. En primer lugar, la definición de firma digital contenida en el artículo 3[11] tiene elementos tecnológicos que posiblemente queden desfasados en poco tiempo sea porque caigan en el desuso o porque aparezcan otras alternativas más adecuadas a costos razonables.

La idea es que una entidad de certificación emite certificados digitales que vincula una clave a la identidad de la persona[12]. Asimismo, describe con todo detalle el contenido de un certificado digital[13]. Para efectos del

---

11. *Artículo 3.- Firma digital*

    La firma digital es aquella firma electrónica que utiliza una técnica de criptografía asimétrica, basada en el uso de un par de claves único; asociadas una clave privada y una clave pública relacionadas matemáticamente entre sí, de tal forma que las personas que conocen la clave pública no puedan derivar de ella la clave privada.

12. *Artículo 6.- Certificado digital*

    El certificado digital es el documento electrónico generado y firmado digitalmente por una entidad de certificación, la cual vincula un par de claves con una persona determinada, confirmando su identidad.

13. *Artículo 7.- Contenido del certificado digital*

funcionamiento del sistema existen Entidades de Certificación que es la que emite y cancela los certificados digitales, definidas en el artículo 12[14] y Entidades de Registro o Verificación que se encargan de levantar los datos y comprobar la información de un solicitante de certificado digital, entre otras funciones, según lo establecido en el artículo 13[15].

Para cumplir su rol, la Entidad de Certificación y la Entidad de Registro o Verificación deberán gozar del reconocimiento que le brinde la autoridad competente peruana[16]. En términos sencillos, el sistema plantea la creación de un sistema de registro estatal peruano de las entidades que

---

Los certificados digitales emitidos por las entidades de certificación deben contener al menos:

1. Datos que identifiquen indubitablemente al suscriptor.
2. Datos que identifiquen a la Entidad de Certificación.
3. La clave pública.
4. La metodología para verificar la firma digital del suscriptor impuesta a un mensaje de datos.
5. Número de serie del certificado.
6. Vigencia del certificado.
7. Firma digital de la Entidad de Certificación.

14. *Artículo 12.- Entidad de Certificación*

La Entidad de Certificación cumple con la función de emitir o cancelar certificados digitales, así como brindar otros servicios inherentes al propio certificado o aquellos que brinden seguridad al sistema de certificados en particular o del comercio electrónico en general.

Las Entidades de Certificación podrán igualmente asumir las funciones de Entidades de Registro o Verificación.

15. *Artículo 13.- Entidad de Registro o Verificación*

La Entidad de Registro o Verificación cumple con la función de levantamiento de datos y comprobación de la información de un solicitante de certificado digital; identificación y autenticación del suscriptor de firma digital; aceptación y autorización de solicitudes de emisión de certificados digitales; aceptación y autorización de las solicitudes de cancelación de certificados digitales.

16. *Artículo 15.- Inscripción de Entidades de Certificación y de Registro o Verificación*

El Poder Ejecutivo, por Decreto Supremo, determinará la autoridad administrativa competente y señalará sus funciones y facultades.

La autoridad competente se encargará del Registro de Entidades de Certificación y Entidades de Registro o Verificación, las mismas que deberán cumplir con los estándares técnicos internacionales.

Los datos que contendrá el referido Registro deben cumplir principalmente con la función de identificar a las Entidades de Certificación y Entidades de Registro o Verificación.

permitirán dar seguridad a la firma electrónica. Sin embargo, el Perú competirá respecto de la seguridad que brinde este sistema con la seguridad que puedan brindar otros países o incluso con la seguridad que puedan brindar sistemas privados.

Creemos que es poco probable que el sistema peruano pueda competir con otros sistemas. Por ejemplo, los sistemas de tarjeta de crédito han diseñado un mecanismo de seguridad para garantizar el uso de la tarjeta y los consumos que con ella se hacen. Los establecimientos comerciales confían en Visa o Mastercard porque son Visa o Mastercard y no porque estén registrados en algún sistema en algún país del mundo con certificación estatal. No habría porque pensar que la certificación de firmas digitales las cosas van a ser diferentes. Será la capacidad de las entidades privadas para vender confianza lo que ganará la preferencia de los consumidores o comerciantes en cuanto a la seguridad que se brinde en la contratación en Internet. Bajo ese esquema, es poco probable que existan estas Entidades de Certificación, Registro o Verificación registradas ante autoridades peruanas, y de llegar a existir es poco probable que la confianza de los usuarios se derive de dicho registro.

Algo similar ocurre con la modificación del Código Civil. Las modificaciones a los artículos 141[17], 1374[18] y la inclusión del artículo 141 A[19] pretenden dar eficacia a declaraciones de voluntad que, en nuestra opinión, ya

---

17. *Artículo 141.- Manifestación de voluntad*

    La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

    No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

18. *Artículo 1374.- Conocimiento y contratación entre ausentes*

    La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

    Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo.»

19. *Artículo 141-A.- Formalidad*

    En los casos en que la ley establezca que la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, ésta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.

la tenían con las normas originales. Como señala Carlos Soto[20] el Código Civil no regulaba ni señalaba la contratación por teléfono, ni por fax, ni por télex, ni por correo de manera específica, pero se entendía que estaban incluidas en el enunciado general.

Sí tienen alguna importancia el que el artículo 1334 precise ahora que la declaración contractual se presume recibida cuando el remitente remite el acuse del recibo y que se reconozca que el cumplimiento del requisito de firma puede cumplirse a través del uso de una firma digital.

En todo caso, la legislación peruana contiene algunas precisiones útiles aunque en general la mayoría de las normas aprobadas tendrán, aparentemente, una vigencia muy relativa y una aplicación poco frecuente.

El principal mérito de la legislación es que evita caer en la tentación de crear normas complejas y obligatorias, dejando abierta a la voluntad de las partes la adopción de las medidas de seguridad que estas estimen pertinentes. Sin embargo, su defecto principal es considerar que su vigencia se basará al estar en una ley antes que en la capacidad real de competir con alternativas privadas que brinden seguridad a los usuarios en Internet.

## VII. CONTRATACIÓN EN INTERNET Y AUTONOMÍA PRIVADA

Al ser humano siempre le ha preocupado lo complejo. Parecería que el temor a no comprender un fenómeno en su integridad lo asusta, y lo introduce al desesperado afán de entender el mundo en toda su complejidad.

Y si esto preocupa a los seres humanos comunes y corrientes, preocupa más a los abogados, y en especial a los abogados que están encargados de legislar y regular. Hay una suerte de «escuela barroca» jurídica que genera un «horror al vacío», es decir un temor a que algo quede sin regular.

Esta visión «barroca» del Derecho debe ser combatida. El vacío no es malo. El espacio deja campo para que los particulares regulen sus intereses. El espacio es ese «salvo pacto en contrario» que mencionaba EPSTEIN y que le da sobriedad y limpieza al sistema legal.

Internet ha acercado a la gente y le ha brindado más oportunidades para interrelacionarse. Ello genera el riesgo de que más gente se equivoque o que simplemente tenga que sufrir las consecuencias de riesgos que ha

---

Tratándose de instrumentos públicos, la autoridad competente deberá dejar constancia del medio empleado y conservar una versión íntegra para su ulterior consulta.

20. Exposición en el Primer Seminario de Actualización Jurídica Registral, llevado a cabo en el Hotel Las Dunas de Ica, el día 19 de mayo de 2001.

asumido. Sin duda minimizar esos riesgos favorece la contratación, pero a la vez una regulación inadecuada la encarece. Buscar el equilibrio es importante, pero en la duda debe confiarse en la regla privada sobre la regla estatal. Finalmente el particular tiene los incentivos correctos porque decide sobre lo que le pertenece. El Estado decide sobre lo ajeno y con ello se puede equivocar con más frecuencia.

Pero además hay un problema práctico de fondo que desautoriza las visiones barrocas del problema: el Estado no está ya en capacidad de llenar los espacios. Internet ha sobrepasado toda capacidad de regulación y el Poder del Estado es hoy incapaz de controlar y superar la fuerza del mercado expresada a través de este nuevo medio tecnológico. Internet ha debilitado al Estado y ha reforzado al particular. Internet ha democratizado el acceso a información, y al hacerlo ha repartido poder entre todos.

Que la gente se equivoca no es ningún secreto, y no corresponde al Derecho conseguir que nadie cometa errores. Que la gente quiera correr ciertos riesgos es algo común y explicable y tampoco es función del Derecho decidir quiénes y qué riesgos deben correrse y menos forzar a la gente a pagar por seguridades o garantías que no desea. No le corresponde a las normas jurídicas ordenar que se construyan casas de ladrillo para quienes solo desean casas de madera o de paja. Finalmente el tema de la seguridad en la contratación en Internet no tiene por qué ser invasivo de la autonomía privada. No le corresponde a las normas decidir en lugar de los particulares que seguridades debo tomar, como no le corresponde a la Ley decidir en qué tipo de casa debo vivir.

# Bibliografía
# Parte IV


— «Agenda SAE — Servicio de Asesoría Empresarial». Apoyo. Lima. setiembre, 1996.

— ALBO, Javier. «Algunas Pistas Antropológicas para un Orden Jurídico Andino». En: *Derechos Humanos y Servicios Legales en el Campo*. Comisión Andina de Juristas. Lima. 1987.

— ATIYAH, Patrick. *Essays on Contract*. Ed. Clarendon Press. Nueva York. 2da edición. 1990.

— ATIYAH, Patrick S. *An Introduction to the Law of Contract*. Clarendon Law Series. 4ta edición. 1989.

— AYLLON y AZRIN «The Mesurement and Reinforcement of Behavior of Psycotics». En: *Journal of Experimental Analysis of Behavior*. Volumen 8.

— BECKER, Gary y NASHAT, Guity. *The Economics of Life*. Ed. McGraw- Hill. Estados Unidos. 1997.

— BECKER, Gary. «El enfoque económico del comportamiento humano». En: *Información Comercial Española*, N.º 557. Enero 1980.

— BENEGAS LYNCH (h), Alberto. *Fundamentos de Análisis Económico*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1994.

— BOZA, Beatriz. «Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del Derecho: Reflexiones en torno a la reproducción humana asistida». En: *Derecho* PUCP 45. Diciembre de 1991.

— BULLARD, Alfredo. «¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría del incumplimiento eficiente: ejecución forzada vs. pago de daños». En: *Ratio Iuris* 1. Año 1. 1993.

— BULLARD, Alfredo. «Contratación en Masa ¿Contratación?» En: *Themis*, Revista de Derecho 15. 1989.

— BULLARD, Alfredo «¡Firme Primero, Lea Después! La Contratación Masiva y la Defensa del Consumidor», En: *El Derecho civil peruano. Perspectivas y problemas actuales*. Fondo Editorial de la PUCP. 1993.

— BULLARD, Alfredo. «Lo que no Mata Engorda. Los Productos Basura y los Prejuicios y Perjuicios de la Protección al Consumidor en un País Pobre». En: *Ius Et Veritas*12. 1996.

— BULLARD, Alfredo. «Me Quiere; No me Quiere. Deshojando Margaritas Ideológicas en Torno a la Protección al Consumidor». En: *Ius Et Veritas* 14. 1997.

— BULLARD, Alfredo. «¿Hay algo imprevisible? La excesiva onerosidad y la impracticabilidad comercial», publicado en *Themis*, Revista de Derecho 25. 1993.

— BULLARD, Alfredo. «La parábola del mal samaritano. Apuntes sobre la lesión en el Derecho de contratos», En: *Themis*, Revista de Derecho 43. 2001.

— BULLARD, Alfredo. «Advertencia: el presente artículo puede herir su sensibilidad jurídica. El alquiler de vientre, las madres sustitutas y el Derecho contractual». En: *Ius Et Veritas* 10. 1995.

— BULLARD, Alfredo. *La Relación Jurídico Patrimonial. Reales vs. Obligaciones*. Ara Editores. 1991.

— BULLARD, Alfredo. «La asimetría de información en la contratación. A propósito del dolo omisivo», En: *Contratación Contemporánea*. Palestra Editores y Editorial Temis. 2000.

— BULLARD, Alfredo. «La Fábula de los Tres Chanchitos. Internet y los Nuevos Paradigmas Contractuales.» En: LORENZETTI, Ricardo Luis y SOTO, Carlos Alberto. *Comercio Electrónico*. Instituciones de Derecho Privado. Tomo 3. Editorial Themis. Bogotá Colombia. 2003.

— CALABRESI, Guido y BOBBIT, Philip. *Tragic Choices. The conflicts society confronts in the allocation of tragically scare resources*. Ed. W.W. Norton & Company. 1978.

— CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas. «Reglas de responsabilidad e inalienabilidad: un vistazo a la Catedral». En: *Themis*, Revista de Derecho 21, 1992.

— COASE, Ronald. *The Firm, The Market and The Law*. The University of Chicago Press. 1998.

— COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Law and Economics*. Harper Collins Publishers. 1988.

— COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y Economía*. Fondo de Cultura Económica. México. 1998.

— CRASWELL, Richard. «Passing on the Cost of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships». En: *Stanford Law Review*. Volumen 43.

— DE LA PUENTE, Manuel. *El Contrato en General*. Tomo I. Palestra Editores. 2ª Edición. Lima. 2001.

— DE LA PUENTE, Manuel. *El Contrato en General*. En: Biblioteca para Leer el Código Civil. Volumen XI. Primera Parte. Tomo III. Fondo Editorial de la PUCP. Lima 1991.

— DE TRAZEGNIES, Fernando. *Filosofía del Derecho*. Materiales de enseñanza editados por la PUCP.

— DE TRAZEGNIES, Fernando. «La transformación del Derecho en propiedad». En: *Derecho* 33. Diciembre 1978.

— EPSTEIN, Richard A. *Principles for a Free Society. Reconsiling Individual Liberty with the Common Good*. Persues Books. Masachusetts. 1998.

— EPSTEIN, Richard A. «Reglas Simples para un Mundo Complejo». *Ius Et Veritas*-Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. 2005.

— ESCOBAR, Freddy. «Apuntes sobre la Responsabilidad por Ineficacia Contractual. El Caso del Artículo 207 del Código Civil Peruano». En: *Themis*-Revista de Derecho 49. 2004.

— ESLAVA, Fernando. «Aproximación Metodológica al Análisis Económico del Derecho: Un Marco para el Estudio de la Escasez, el Tráfico y el Mercado de órganos». En: *Derecho Económico*. Tomo IV. Colección Enrique Low Murtra. Universidad Externado de Colombia. 2003.

— FIGUEROA, Adolfo. *Economía Campesina*. Lima.

— FORNO, Hugo «La oferta al público: razones para una discrepancia». En: *Derecho* 45. Diciembre 1991.

— GOLDBERG, Victor P. «Note on Price Information and Enforcement of the Expectation Interest». En: *Readings in the Economics of Contract*, Goldberg, Victor P. (editor). Cambridge University Press.

— GOLDBERG, Víctor P. «Institutional change and the quasi-invisible hand». En: *Journal of Law & Economics* 17.

— HOLDYCH, Thomas J. y MANN, Bruce D. «The Basis of the Bargain Requirement: a Market and Economic Based Analysis of Express Warranties — Getting what you Pay for and Paying for what you Get». En: *DePaul Law Review* 45. Primavera 1996.

— http://coase.org/coaseinterview.htm (5 de Febrero del 2006)

— *Imagen y Actitudes hacia INDECOPI.* Apoyo. Lima. Julio-agosto de 1996.

— KESSLER, Friedrich. «Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract». En: *Columbia Law Review* 43. 1943.

— KOVASIC, William E. «Designing and Implementing Competition and Consumer Protection Reforms in Transitional Economies: Perspective from Mongolia, Nepal, Ukraine and Zimbabwe». En: *Depaul Law Review*. Volumen 44. Verano de 1995. Nº 4.

— KRONMAN, Anthony T. «Specific performance». En: *University of Chicago Law Review*. Volumen 45. 1978.

— KRONMAN, Anthony T. y POSNER, Richard A. *The Economics of Contract Law*. E. Little Brown and Company. Boston. 6ta Edición. 1979.

— KRONMAN, Anthony T. «Error, Deber de Revelar Información y Derecho de Contratos». En: *Themis*-Revista de Derecho 40. 2004.

— KRONMAN, Anthony T. «Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts». En: *The Economics of Contract*, editado por Kronman, Anthony y Posner, Richard A. Publicado inicialmente en: *Journal of Legal Studies* 7.

— LANDES, William y POSNER, Richard. «Salvors, Finders, Good Samaritians, and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism». En: *Journal Of Legal Studies* 7. 1978.

— LEON, Leysser L. «La Buena Fe en la Negociación de Contratos: Apuntes Comparatísticos sobre el Artículo 1362 del Código Civil Peruano y su Presunto Papel como Fundamento de la Responsabilidad Precontractual». En: *Themis*-Revista de Derecho 49. 2004.

— LEROY, Roger y otros. THE ECONOMICS OF PUBLIC ISSUES. HarperCollins College Publishers. Estados Unidos. 1996.

— MACAULAY, Stewart. «Non-Contractual Relations in Bussiness: A Preliminary Study». En: Friedman, Lawrence y Macaulay, *Law and the Behavioral Sciences*.

— MALLOY, Robin. *Law and Economics. A Comparative Approach to Theory and Practice*. West Publishing Co. Minnesota. 1990.

— MEYERS, David M. *The human body and the law*. Stanford University Press. Stanford, 1990.

— MISHAN, E.J. *Pareto Optimality and the Law*. Oxford Economics Papers 19.

— NISHIYAMA, CHIAKI y LEUBE, Kurt. *The Essence of Hayek*. Hoover Institution Press. California. 1984.

— NORTH, Douglas. *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico*. Fondo de Cultura Económica. México. 1993.

— PARDOLESI, Roberto y TASSONE Bruno. *I giudici e l'analisi economica del diritto privato*. Ed. Il Mulino. Bologna. 2003.

— POLINSKY, Mitchell A. *An Introduction to Law and Economics*. Little, Brown and Company. 1989.

— POLINSKY, Michaell. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Ed. Ariel. Barcelona, 1985.

— POSNER, Richard. *Economics Analysis of the Law*. Ed. Little Brown, 2da edición. Estados Unidos. 1977.

— POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Harvard University Press. 2ª Edición. 1983.

— PRIEST, George, «A Theory of the Consumer Product Warranty». En: *The Yale Law Journal*. Volumen 90. N.º 6. Mayo 1981.

— ROSSMAN, Sanford. «The Informational Role of Warranties and Private Disclosure About Product Quality». En: *Journal of Law & Economics*. Volumen XXIV. Diciembre 1981.

— ROTHSCHILD, «Models of Market Organization with Imperfet Information: A Survey» En: *J. Political Econ*. 81. 1973.

— SALOP y STIGLITZ, «Bargain and Ripoffs: A Model of Monopolistically Competitive Price Dispersion», *Rev. Econ.Stud*. 44. 1977.

— SANTOS PASTOR. «Una Introducción al Análisis Económico del Derecho». En: *Hacienda Pública Española* 89. Madrid. 1984.

— SCHUCK, Peter. «Legal Complexity: Some Causes, Consequences and Cures». En: *Duke Law Journal* 42.

— SCHWARTZ, Alan. «Justice and the Law of Contracts: a Case for the Traditional Aproach». En: *Harvard Journal of Law & Public Policy*. Volumen 9. N.º 1.

— SCHWARTZ, Alan. «The case for specific performance». En: *Yale Law Journal*. Volumen 89.

— SCHWARTZ, Alan, «A Reexamination of Nonsubstantive Unconscionability» En: *Virginia Law Review*. Volumen 65.

— SCHWARTZ, Alan. «Proposals for Liability Reform: A Theoretical Synthesis». En: *The Yale Law Journal*. Volumen 97. N.º 3. Febrero de 1988.

— SCHWARTZ, Alan y WILDE, Louis L. «Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: a Legal and Economic Analysis». En: *University of Pennsylvania Law Review* 127. 1979.

— SCHWARTZ y WILDE. «Imperfect Information in Markets for Contract Terms: the Examples of Warranties and Security Interest». En: *Virginia Law Review*, Vol. 69.

— SCOTT, Robert E. y LESLIE, Douglas. *Contract, Law and Theory*. The Michie Company.

— SLAWSON. «Standard form contracts and democratic control of lawmaking power». En: *Harvard Law Review* 84.

— TORRES LOPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho*. Tecnos: Madrid, 1987.

— TREBILCOCK, M.J. «The doctrine of inequality of bargaining power: Post-Benthamite economics in the House of Lords». En: *University of Toronto Law Journal* 26. 1974.

— ULEN, Thomas S. «The efficiency of specific performance: Toward a unified theory of contract remedies». En: *Michigan Law Review* Volumen 83. Noviembre 1984.

— VALLESPINOS, Carlos Gustavo. *El contrato por adhesión a cláusulas generales*. Editorial Universo. Buenos Aires. 1984.

— VIDAL, Fernando. *El Acto Jurídico*. Gaceta Jurídica. 4ª Edición. 1999.

— WILDE. «Labor Market Equilibrium Under Nonsequential Search». En: *J. Econ. Theory* 373. 1977.

— WILLIAMSON, Oliver E. *Economic Organization: Firms Market and Policy Control*. New York University Press. 1986.

# Parte V
# Responsabilidad civil extracontractual

# El sistema de responsabilidad civil extracontractual

Todos, con más o menos suerte, hemos sufrido un accidente. Desde el común accidente de tránsito, pasando por una simple caída por un resbalón o el corte sufrido al manejar descuidadamente un cuchillo, hasta algún daño ocasionado por un producto defectuoso o mal diseñado. Estos accidentes nos han causado daños de lo más diversos: la pérdida de un ser querido, daños a nuestros bienes, disminución de nuestro patrimonio, dolor, sufrimiento, cicatrices, gastos médicos o simplemente fastidio e incomodidad. En la mayoría de los casos hemos cargado con el costo de tales daños. A veces porque el accidente se debió a nuestra propia responsabilidad o descuido (me caí porque venía caminando de manera descuidada) y no tenemos a quien reclamarle. Otras veces porque no se debió a la negligencia de nadie, sino a una mala jugada del destino (mi casa se cayó porque hubo un terremoto). Pero a veces, a pesar que otro nos causó el daño, en ocasiones de manera negligente o incluso intencional, no hemos encontrado el mecanismo para que el causante nos indemnice. ¿Por qué y cuándo pedimos que otros nos indemnicen?

Siempre hemos escuchado decir en las clases de Derecho en la Universidad o en una conferencia que «Aquel que causa un daño a otro debe indemnizarlo». Parecería que este es el principio base de lo que se conoce como sistema de Responsabilidad Civil. Pero ello no es cierto. No existe ninguna ley o norma que sostenga tal principio. Existen otras normas que atribuyen responsabilidad, pero ninguna se limita a decir «Aquel que causa un daño a otro debe indemnizarlo», sino que dicen que: «Aquel que

por su culpa causa un daño a otro (...)» o «Aquel que por el uso de un bien riesgoso causa un daño a otro (...)». Es decir que se requiere algo más que el simple hecho de causar un daño para poder solicitar una indemnización. Parece entonces que en nuestro sistema, al igual que como lo ha sostenido HOLMES para el *common law*, la regla es precisamente la contraria: «La pérdida en un accidente es soportada por la víctima». En general, si hay un accidente, es la víctima quien debe soportar el costo del daño, salvo que una norma la autorice, por alguna razón, a solicitar una indemnización a otra persona.

Este principio tiene mucha lógica. Cuando se produce un accidente ya se ha generado una pérdida social. La vida humana perdida, el brazo inmovilizado, o el automóvil dañado son pérdidas concretas y en términos sociales irrecuperables. Claro que se podrá decir que un automóvil puede ser reparado, el dolor causado por la pérdida de un bien querido aliviado con una indemnización y la rehabilitación del brazo es posible con un adecuado y costoso tratamiento. Pero ninguno de estos daños se repara sin ocasionar otro daño a alguien.

Si alguien paga la reparación del automóvil, la indemnización al pariente de la víctima o la rehabilitación del brazo del accidentado, está dejando de utilizar sus recursos en otros usos valiosos. En otras palabras, la pérdida ocasionada por un accidente nunca es reparada realmente en términos sociales. Sólo es trasladada a otro, y al hacerlo se está ocasionando un nuevo daño. Entonces el daño causado no se crea ni se destruye, solo se traslada, es decir que se desviste un santo para vestir a otro.

Pero trasladar el costo del daño genera además un costo adicional. Se requiere de un sistema burocrático, normalmente de un aparato judicial, para atribuir responsabilidad al causante. Hay que contratar abogados, mantener un sistema de jueces, actuar pruebas, perder tiempo, trabar embargos e incurrir en muchos gastos y costos adicionales para lograr que el costo del daño se transfiera de la víctima al responsable. En otras palabras, no sólo no se elimina el daño al trasladarlo, sino que el propio traslado emplea recursos sociales que podemos considerar costos, o si queremos, un nuevo daño a nivel social.

Como consecuencia de lo dicho tiene lógica que el principio sea «La pérdida queda en la víctima (...)» si es que lo completamos con la siguiente frase: «(...) salvo que haya una buena razón para incurrir en los costos de trasladarla a otra persona».

¿Cuál puede ser una buena razón? Una primera es reducir el número y gravedad de los accidentes. Ello es lo que CALABRESI llama la reducción de los costos primarios, es decir de aquellos que, precisamente, se derivan de ma-

nera inmediata y obvia del accidente.[1] Hemos dicho que en estricto el costo de un accidente ya ocurrido no puede ser eliminado, sino solamente trasladado. Pero a veces ese traslado generará incentivos para que en el futuro haya menos accidentes y así se minimice la pérdida social. Así, si Juan, que quiere manejar su auto a exceso de velocidad, sabe que cuando Pedro manejó el suyo a exceso de velocidad atropelló a alguien y lo obligaron a pagar los daños, pensará dos veces antes de violar el límite de velocidad. Esto explica, por ejemplo, la lógica de un sistema de culpa como factor atributivo de responsabilidad. Incluso algunos casos de responsabilidad objetiva (bienes riesgosos por ejemplo) tienen esta función. Se hace responsable a aquella categoría de individuos (los que usan bienes riesgosos) porque son los únicos que pueden tomar precauciones para evitar un accidente.

Una segunda razón para incurrir en los costos de trasladar el daño es porque aquel a quien se le traslada está en mejor aptitud para absorberlos. Esto puede ser porque se hace responsable a alguien que puede distribuir el costo del accidente entre varias personas. Tal es la lógica de la teoría de la distribución social del riesgo, defendida en nuestro país por el Dr. Fernando DE TRAZEGNIES.[2] Así la sociedad sufre menos si 1000 personas pagan un sol cada una a si una sola persona se ve obligada a asumir un costo de S/. 1,000. Un sistema de seguros obligatorios distribuye el costo de los accidentes entre todos los asegurados, o un sistema de responsabilidad por productos distribuye el costo de la responsabilidad entre los consumidores a través de un incremento en el precio de los productos, sin que el propio consumidor lo advierta. Pero a veces se puede reducir el sufrimiento social de un accidente no distribuyendo su costo, sino simplemente haciendo pagar a quien más tiene. Así quien tiene S/. 1'000,000 sufre menos pagando S/. 1,000 que quien tiene sólo S/. 1,000 sufre pagando el íntegro de su patrimonio. Esto dio origen a teorías como la del *deep pocket* o «bolsillo profundo» que sostiene que de las dos partes involucradas en un accidente debe pagar aquella que tiene más recursos económicos. Así se puede utilizar el sistema de responsabilidad civil como un mecanismo de distribución de ingresos. Esta función en sus dos variantes (distribución social del riesgo del accidente y el *deep pocket,* se basan en una ley económica muy simple: la Ley de los Rendimientos Decrecientes. Según este principio cada unidad adicional del recurso genera un incremento en el beneficio, pero que llegado un punto el rendimiento de cada unidad adicional del recurso genera un

1. CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidentes*. New Haven and London Yale University Press. pp. 26-27.

2. Ese es el planteamiento que recorre toda su obra central sobre el tema. DE TRAZEGNIES, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*. Biblioteca Para Leer el Código Civil. Vol IV. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. 1988.

beneficio menor a la unidad anterior. Ello lo vimos cuando analizamos la lesión en el Derecho de Contratos. El primer balde de agua, luego de cruzar el desierto, vale mucho porque sirve para calmar la sed intensa que se siente. El segundo vale, porque se usará para el aseo persona y refrescar el cuerpo, pero no tanto como el anterior. El balde número diez vale casi cero porque ya es demasiada agua para las necesidades de la persona. El rendimiento de cada unidad adicional va cayendo conforme tengo más unidades. Lo mismo ocurre con el dinero. Mis primeros soles valen muchos porque sirven para satisfacer las necesidades más importantes (alimentación, vestido) y los últimos menos (los que uso para entretenimiento o gasto suntuario). Por ello si se afectan los últimos soles antes que los primeros se sufre menos. La distribución social del costo del accidente genera la tendencia que se afecten los últimos soles de las personas, pues si concentramos toda la pérdida en una persona afectaremos tanto sus últimos como sus primeros soles. Lo mismo ocurre con el *deep pocket*: la misma cantidad pagada por un pobre o por un rico tienen un costo diferente porque el pobre lo obliga a sacrificar sus soles más valiosos (sus primeros) mientras que al rico solo le hace sacrificar sus últimos soles, es decir los menos valiosos. A esta función Calabresi la denomina reducción de costos secundarios[3], es decir la reducción de los costos derivados de la forma como se asigna el costo primario de accidente.

Una tercera razón es reducir los llamados costos terciarios o costos administrativos del sistema, es decir el costo mismo del traslado. Por ejemplo los sistemas de culpa pueden ser más caros que el sistema objetivo porque el análisis de la forma como se desarrolló de conducta del causante puede ser mucho más costoso que simplemente identificar al causante y hacerlo responsable. En la responsabilidad por culpa la prueba implica saber cómo venía conduciendo el automovilista, a qué velocidad, si el semáforo estaba o no en rojo, etc. Ello significa más tiempo del juez, de las partes, de los peritos, de las investigaciones. En la responsabilidad objetiva basta demostrar que el vehículo atropelló al peatón, lo que es mucho más barato. En ese caso el uso de un sistema u otro solo puede ser una opción para reducir costos.

Finalmente podríamos querer asumir el costo de trasladar las pérdidas porque queremos proteger ciertos valores o preferencias. Así creemos que Juan le debe pagar a Luis porque es justo que lo haga. O podemos utilizar un cierto estándar de culpa porque usar otro puede discriminar a las mujeres o atentar contra la libertad de religión. O podemos, como alguna vez explicó Guido Calabresi la lógica de ciertas reglas de responsabilidad, buscar un sistema de responsabilidad que genere suficientes juicios como para dar de

3. Calabresi, op cit, pp 27-28.

comer a todos los abogados.[4] Así, asumimos socialmente el costo del traslado del daño simplemente porque lo consideramos justo, necesario, valioso, importante, útil, etc. Esta categoría puede considerarse como un gran cajón de sastre donde entran razones distintas a la desincentivación de accidentes o a la mera compensación de la víctima por alguien que está en mejor situación para soportar la pérdida o reducir los costos de hacer funcionar el sistema.

En pocas palabras, todo sistema de responsabilidad debe tener una razón de ser, debe desarrollar una determinada función, cualquiera que esta sea. Nada justifica el trasladar el daño por el mero hecho de trasladarlo. Si el sistema de responsabilidad carece de toda función, entonces no existe razón válida para incurrir en los costos de trasladar los daños. Bajo tal supuesto, estaríamos mejor si siempre el daño quedase en la víctima.

En el Perú tenemos, al menos formalmente, un sistema de Responsabilidad Civil. Existe una serie de artículos en el Código Civil. Existen trabajos académicos sobre el tema. Uno puede iniciar una demanda y obtener, luego de un largo y costoso litigio, una sentencia que decida sobre el pago de una indemnización. Cabe ahora preguntar ¿Qué función desarrolla nuestro sistema? Las indemnizaciones que pagan las cortes nacionales luego de un juicio largo y oneroso difícilmente compensan a la víctima siquiera con lo que le costó llevar el propio juicio. Dudo que las indemnizaciones que se pagan hayan, alguna vez, desincentivado a alguien de comportarse negligentemente o llevar a cabo una actividad riesgosa. Dudo que alguna vez se haya trasladado el costo del accidente a alguien que esté en mejor capacidad para asumirlo. Dudo aún más que algún valor socialmente rescatable pueda verse protegido o destacado por la actuación de nuestros jueces en esta área. Por el contrario nuestro sistema, como está planteado, hace que el daño sufrido por la víctima se agrave con un juicio que vacía su bolsillo, liquida su ánimo y pisotea su propia dignidad.

## I. ¿POR QUÉ EXISTE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL?

En términos teóricos, es posible imaginar un mundo sin responsabilidad civil extracontractual, sólo si los costos de transacción existentes en ese mundo fueran cero, es decir que si entre las partes no existieran *costos de transacción*. Según el Teorema de COASE , en su primera formulación, todos los problemas de este mundo se resolverían por contratos en donde todas

4. Ibid, loc cit.

las consecuencias posibles de la interacción recíproca estuviesen previamente acordadas.

Por ejemplo, cuando una persona sale en la mañana a caminar, para encarar el riesgo de ser atropellado, celebraría un contrato con todas aquellas personas que lo podrían, eventualmente, atropellar en el camino a su trabajo su casa, para asegurarse una eventual indemnización en caso de concurrir un accidente o un evento dañoso o simplemente para que le dejen libre la ruta por la que piensa pasar en el momento en que piensa pasar por allí. En teoría, es concebible que todas las personas celebrasen tales negociaciones previas. Sin embargo, en la vida real, en muchos casos, los altos costos de transacción impiden alcanzar esos acuerdos contractuales, puesto que eso implicaría tener un abanico de contratos semejantes con demasiadas personas, a las que, además, se desconoce.

Son precisamente estos altos costos de transacción los que hacen que se requiera un sistema que resuelva los problemas que no pueden ser resueltos por los contratos y que asigne en qué valor se van a transferir esas titularidades cuando hay un accidente, ya que es imposible que uno negocie con quien lo atropellará en la mañana porque simplemente no sabe que lo van a atropellar.

Expliquémoslo mejor. Bajo ciertas circunstancias, los costos de transacción pueden impedir que un contrato se celebre, a pesar de que el contrato puede ser razonable y beneficioso para ambas partes. Por ejemplo, una fábrica podría obtener beneficios por mil soles, pero, por medio de la contaminación, generar daños a sus cinco mil vecinos por un sol cada uno, porque estos se ven afectados por enfermedades a las vías respiratorias. Obviamente, la sociedad estaría mejor si la fábrica cerrara, porque sólo produce mil soles de beneficios y, por otro lado, cinco mil soles de pérdidas. La pérdida social sería de cuatro mil soles. En tal sentido, y asumiendo que la fábrica tiene el derecho a continuar produciendo, lo que implícitamente la autoriza a contaminar, existe una buena razón para que los vecinos celebren un contrato con la fábrica por medio del cual, ya través de un pago, ésta deje de producir.

Imaginemos que los vecinos se ponen de acuerdo para aportar cada uno 0.40 soles con ello obtendrían dos mil soles en total, con los que irían a la fábrica y le propondrían cerrar obviamente la fábrica aceptaría, pues estaría recibiendo mil soles más que antes por cerrar la fábrica. Los vecinos también estarían mejor, porque si bien gastan en total dos mil soles, se están ahorrando en la práctica tres mil soles, al aliviarse cinco mil soles en daños.

El problema, en este ejemplo, es que esta solución contractual es poco probable. Los costos de conseguir que se identifique a los cinco mil afectados, que se pongan de acuerdo sobre el monto de los daños que sufren y

sobre cuánto están dispuestos a pagar para evitarse la contaminación, pueden ser elevadísimos.

Adicionalmente, cada uno de los vecinos tratará de ser «un viajero gratis»[5] en la campaña de conseguir que la fábrica se cierre. Así, cada uno intentará ocultar cuál es el verdadero daño que sufre, para tratar de contribuir con menos de los 0.40 soles que les solicitan para solucionar el problema. En otras palabras, los costos de transacción hacen prácticamente inviable la solución contractual. Así, las opciones son: que el Estado intervenga prohibiendo la contaminación o establecido un sistema de responsabilidad civil que haga que las fábricas paguen por los daños que causan y así, por la vía de la internalización de los costos que los contaminadores producen se logre que cierren aquellas fábricas que causan socialmente más daños que beneficios. En suma, es posible pensar en un mundo sin responsabilidad civil sólo si los costos de transacción fueran cero, pero como dichos costos no son cero, solamente puede funcionar el mundo si es que existe un sistema que asigne y que evite que se produzcan las externalidades, es decir, que alguien le genere costos (externalidades negativas) o beneficios (externalidades positivas) a terceros, fuera del esquema contractual. Ello fundamenta la existencia de la responsabilidad civil.

En ese contexto no es de extrañar que los primeros trabajos de AED se hayan encontrado vinculados a responsabilidad extracontractual. El AED tiene una utilidad que no se limita sólo a la responsabilidad civil extracontractual pero definitivamente es una de las áreas donde más desarrollo ha tenido. Su utilidad es muy clara: esta herramienta nos permite ser conscientes de que resolver los problemas de la sociedad tiene un costo; y ser conscientes de que debemos buscar en la solución de esos problemas, beneficios. Si no tenemos clara la posibilidad o las herramientas para hacer un análisis costo-beneficio, será muy difícil que podamos diseñar sistemas de responsabilidad realmente efectivos. Es mucho más fácil poder hacerlo si uno cuenta con herramientas de análisis que consideren los costos de transacción, las externalidades generadas en la economía, los efectos que puede tener la responsabilidad civil en el mercado con ciertas actividades económicas, etc.

Cuando usted hace responsable a alguien por el desarrollo de una actividad, está incrementando los costos del desarrollo de esa actividad. Y la pregunta es, ¿se justifica o no incrementar los costos de desarrollo de esa actividad? Si ustedes deciden que todos los productores son responsables por todos los daños que generen sus productos, lo que ustedes van a tener

---

5. Estos son los que se conocen como *free riders*, es decir, aquellos que exigen cumplir sus derechos en su beneficio pero que no cumplen con sus obligaciones que reflejan el aspecto de los derechos de los demás.

es productos más caros y van a tener menos producción. El determinar si eso es razonable o no requiere de ciertas herramientas conceptuales. El AED nos da esas herramientas.

Se puede decir que nuestro Código Civil piensa la responsabilidad civil en términos clásicos. En general, el Código Civil recoge un sistema que es más o menos un sistema universal. La mayoría de países, y me atrevería a decir casi la totalidad, hoy en día tienen un sistema de culpa, de responsabilidad objetiva que conviven con la culpa y tienen un sistema de causalidad. No hemos inventado nada especial.

Inicialmente creía que la parte de responsabilidad civil extracontractual, de nuestro Código Civil no era tan buena. Sin embargo cada vez me convenzo más que no es tan mala. Creo que el problema principal del sistema de responsabilidad civil no es tanto en la forma como se ha conceptualizado en el Código, que mal que bien, tiene algunas herramientas que nos permiten manejar la problemática de la responsabilidad, sino que está básicamente en el sistema judicial.

El problema principal de la responsabilidad es el problema judicial, es la falta de preparación y de recursos destinados para que los jueces puedan enfrentar la problemática de los accidentes y de los daños extracontractuales. En ese sentido, si me dieran a escoger entre un mal Código con un buen Poder Judicial y un buen Código con un mal Poder Judicial preferiría lo primero, preferiría un mal Código con un buen Poder Judicial. Creo que un mal Código siempre puede ser corregido en su aplicación por un juez inteligente, mientras que un buen Código puede ser distorsionado totalmente por un juez que no está en capacidad de aplicarlo.

Como ya se mencionó se puede hablar de tres funciones o aspectos que afectan al sistema de Responsabilidad civil, siguiendo la tesis de Calabresi[6]: (i) la primera, es la desincentivación de accidentes o la reducción de la gravedad o cantidad de accidentes (que Calabresi llama la reducción de los «costos primarios»), lo cual se logra a través de internalizar las externalidades que genera la conducta humana; (ii) el segundo, es compensar a la víctima en aquellos casos donde la transferencia del daño reduce sufrimiento social (reducción de los «costos secundarios»); y eso se logra, teóricamente, a través de la famosa Teoría de la Difusión Social del Riesgo de la que habla Fernando de Trazegnies[7] o a través de la Teoría del *deep pocket* o bolsillo profundo; que busca que las personas con más recursos sean las que asuman el costo del accidente; esas teorías reflejan una idea compensatoria; y (iii) en tercer lugar, la reducción de los costos administrativos del sistema («costos terciarios»),

6. Calabresi,. Op cit..

7. De Trazegnies, Op cit.

es decir, el intentar que el sistema de transferencia de daños no sea costoso; básicamente me refiero al sistema judicial, al sistema de abogados. Se trata de que el sistema permita transferir los daños en aquellos supuestos en los que pueda hacerse a un costo razonable.

De acuerdo a la normatividad peruana, lo que está privilegiado es claramente la función de desincentivación de accidentes. Contra lo que dice la mayoría de la doctrina, es decir que la función de nuestra responsabilidad civil es compensar a la víctima, creo que la función recogida es desincentivar daños.

El Código civil privilegia la culpa, y la culpa sólo tiene relación con la desincentivación de conductas dañinas, es decir, el establecer un *standard* de conducta para que la gente se comporte de manera distinta. ¿Y para qué? Para reducir la cantidad de accidentes. Y la teoría de la causalidad adecuada, es una teoría centralmente dirigida a abordar el tema de la previsibilidad del daño, es decir, el hecho de poder visualizar antes de desarrollar la conducta, las posibles consecuencias de ella: el daño. Se considera causalidad adecuada aquel supuesto en el cual se da una condición en la actividad que tiene como consecuencia normal y de esperarse, determinado tipo de daño. Tiene que ver con previsibilidad y la previsibilidad no se relaciona con la compensación, sino con poder reducir la cantidad de accidentes. Por eso, nuestro Sistema de Responsabilidad hace que se pague cuando el daño es previsible. Bajo esa esfera nuestro sistema es básicamente un sistema de previsión de accidentes. No estoy diciendo que así funcione, estoy diciendo cómo está en el Código. En la práctica el sistema de responsabilidad civil funciona suficientemente mal como para no generar una función claramente definida.

La teoría de la «distribución social del riesgo»[8] considera que se debe trasladar el costo de la indemnización a toda la sociedad a través de dos mecanismos de difusión: (i) el sistema de precios; y (ii) la contratación de seguros. ¿Cómo funcionan estos mecanismos para lograr el propósito de la *risk distribution*?

Relativamente sencillo. Si se contrata un seguro, cuando ocurra el accidente, el costo de este accidente va a ser pagado por un fondo que se obtiene de todos los asegurados, en consecuencia, los mil soles de daños se distribuyen entre los mil que tienen seguros —que han pagado su prima de seguro— y el daño se diluye. Y eso reduce de alguna manera el sufrimiento social.

---

8. La Teoría del *risk distribution*, según Fernando DE TRAZEGNIES, en *La Responsabilidad Extracontractual*. Lima, Fondo Ed. PUCP, 4ª ed., 1988, p. 53. «(…) consiste en diluir el peso económico del daño, intersubjetivamente e intertemporalmente, de manera que el 'responsable' no sea una nueva víctima, desde el punto de vista económico».

¿Qué cosa es mejor? ¿Qué una persona pague mil soles o que mil personas paguen un sol cada una? Como ya vimos es una cuestión de sentido común. Uno sufre menos pagando un sol, porque finalmente me afecta los últimos soles, me afecta lo que tenía reservado para irme al cine. Pero cuando a una persona le hacen pagar sus últimos mil soles, le pueden estar afectando lo que necesita para comer y vivir. Entonces el sufrimiento es mucho mayor si se hace pagar a una persona mil soles que a mil un sol cada una.

La difusión social del riesgo y del costo de los accidentes trata de distribuir ese costo y minimizar el impacto, a través de los seguros.

Y el sistema de precios funciona de manera similar. Cuando uno compra una Coca Cola, hay una parte del precio de la Coca Cola que refleja el costo de los accidentes que la Coca Cola pueda ocasionar. ¿Por qué? Porque la Coca Cola, en su estructura de costos, traslada esos costos al precio. Si la Coca Cola causara muchos accidentes su precio subirá. Si no ocasionara muchos accidentes, su precio disminuirá. En suma, todos nosotros pagamos algunos centavos a un *fondo indemnizatorio*, o sea, que la Coca Cola se autoasegura creando ese fondo.

Entonces, a través, de estos mecanismos se reduce el sufrimiento social. Cuando uno distribuye socialmente el costo del accidente, se reducen los incentivos para evitar accidentes y este es uno de los problemas que la *teoría de la distribución del riesgo* tiene. Si el costo se distribuye entre todos ¿Qué incentivos tiene el causante para reducir un costo que el no asume, sino que se distribuye?

Si el sistema de responsabilidad civil no funciona adecuadamente puede estar creando subsidios que distorsionan el funcionamiento del sistema económico. Si no le pago a la víctima, la víctima me está subsidiando. Es decir, cuando salgo con mi automóvil a manejar, si sé que no tengo que pagar por los accidentes que ocasiono, entonces alguien (la víctima) está pagando mis externalidades.

Los que conducimos automóviles pagamos poco por conducir porque no incorporamos el costo de los accidentes que los automóviles ocasionan. En realidad, es un subsidio, es decir, las víctimas de los accidentes nos pagan a nosotros parte del costo de nuestra actividad. Es como si yo, conductor, detuviera a alguien para sacarle del bolsillo dinero para echarle gasolina a mi carro. Sólo que, en este caso, a quien le saco recursos es a la víctima. ¿Y cómo se la saco? No le saco plata. Le saco una pierna, lo mato, lo dejo herido, lo hospitalizo, lo dejo sin trabajar. Y esa persona, si yo no le pago el daño que le he causado, me está subsidiando. En consecuencia, diríamos que nuestro sistema de responsabilidad está haciendo que parte del riesgo de una actividad no sea asumido por quien desarrolla la actividad.

El sistema de responsabilidad civil es un fracaso histórico en nuestro país. La cantidad de accidentes, daños y costos sociales[9] que se generan son tremendamente altos y aún no tenemos un elemento claro. Esa cifra nos muestra que estamos totalmente desfasados. En otras palabras nuestro sistema de responsabilidad extracontractual no cumple ninguna función socialmente tutelable. Muy por el contrario, acarrea toda una serie de costos que lo hacen inútil.

De alguna manera, todos los que somos dueños de esos vehículos somos corresponsables de los daños que ocasionan; y esto es terrible. Y es que nuestro sistema, en la realidad no cumple ninguna función. En el fondo, todos somos corresponsables. Muchos culpamos a los chóferes de las combis. Estos viven de quienes suben a esos vehículos y pagan un pasaje; y ese pasaje es bajo, porque no refleja el costo de los accidentes. Como las combis saben que no pagan indemnización alguna, no nos transfieren el costo del pasaje a nosotros los transportados. Y como no nos transfieren el costo del pasaje a todos nosotros, estamos disfrutando de un pasaje artificialmente barato.

En consecuencia, todos somos corresponsables de alguna manera. Nos estamos beneficiando de las muertes y aún podemos ser nosotros mismos las víctimas cuando haya un accidente. Nos estamos beneficiando que el costo social de la actividad no se ha convertido en costo privado de quienes desarrollan la actividad.

## II. LOS SEGUROS Y SUS EFECTOS EN NUESTRO PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.

Como dice Calabresi, si uno puede identificar el *Cheapest Cost Avoider*, es decir, aquella de las partes involucradas en un accidente, que hubiera podido evitar el daño a menor costo por tener mejor información sobre como evitar ese daño, está reduciendo la cantidad de accidentes. Como puede verse, ésta es una variable de la teoría objetiva, en el que se impone la responsabilidad sobre quien puede evitar el accidente a un menor costo[10].

Si el Estado le impone la obligación de asegurarse a esa persona, va a conseguir de alguna manera algunos incentivos para tomar mayores precauciones. Ello porque las primas de los seguros se determinan, entre otros

9. El costo social es el costo total involucrado en la producción de un bien o servicio, o en seguir un determinado curso de acción, a diferencia del costo privado que es aquella parte del costo social que el individuo en particular que produce el bien o servicio, o realiza la acción debe afrontar.

10. Calabresi. *Ob. cit.,* p. 136.

factores, por la capacidad de generar riesgo de una persona. A una persona que tiene muchos accidentes le van subir las primas de los seguros; entonces, teóricamente, tendrá más incentivos para causar menos accidentes.

Pero lo que ocurre, en la realidad, es que por más que suceda así, el seguro tiene grandes limitaciones para medir esa posibilidad. El seguro no puede estar identificando exactamente y *ex ante,* cuál es mi capacidad de causar riesgo en cada momento. Consecuentemente, la prima trata de reflejar mi capacidad de ocasionar daño, pero lo hace de manera imperfecta porque finalmente no refleja necesariamente toda mi capacidad de generar daño. Y eso podría estar generando incentivos para generar más daños de los deseables. No refleja las verdaderas externalidades que produzco, sobre todo si la prima es mucho menor al costo social que no se internaliza. Y esto porque si las personas saben que si tienen un accidente el seguro les va a pagar, entonces toman menos precauciones.

El problema es que si la cobertura es total se generan incentivos para causar demasiados accidentes. A ese problema se le llama riesgo moral o azar moral. Es necesario controlar ese incentivo para evitar el exceso de accidentes. La compañía de seguros tiene muchas formas imaginativas para hacerlo. Esto suele hacerse a través de la relación contractual entre el asegurado y la compañía de seguros; a través de ella las partes encuentran la forma que se establezcan franquicias, primas más altas, regulaciones por las compañías de seguros, etc. En principio no le corresponde al Estado decir cómo se debe solucionar el problema del azar moral, pues ello debería dejarse a las relaciones contractuales entre las partes.

Sin embargo, dados los problemas de nuestro Poder Judicial, los sistemas de seguros obligatorios podrían contribuir en algo a mejorar la problemática del Poder Judicial.

Por ejemplo, el Seguro Obligatorio de Accidentes de Transito (SOAT) ha establecido claramente que el seguro debe pagar a las víctimas sin importar el análisis de culpa, caso fortuito o fuerza mayor.

Esto va contribuir a sincerar los precios en el mercado de transporte y estaremos viendo el reflejo más real (pero aún imperfecto) del costo del accidente. Lo que explica que las primas hayan subido para los transportistas, es que las empresas no asumían el costo de los accidentes. Ahora van a comenzar a asumirlo. Esto se va a reflejar en el alza del precio del pasaje, y ello va a ser impopular. Pero en el fondo está reflejando la necesidad de que la actividad comience a internalizar sus costos.

Además, el sistema de seguros, en ese contexto, puede ayudar a generar mejores incentivos; las empresas ahora van a tratar de reducir sus accidentes para conseguir por esa vía que se reduzcan las primas. Finalmente,

creo que hay un problema social que una compensación efectiva y rápida a las víctimas a través del seguro soluciona. Un sistema de seguros puede reducir en parte el problema y evitar que se concentre el daño de una manera tan brutal en el momento del accidente, pero ello solamente por que Poder Judicial no está funcionando adecuadamente..

Sin embargo, en el balance, mantengo mis serias dudas sobre la conveniencia de los seguros obligatorios. Tengo la sensación de que si uno quiere ser pragmático, el seguro obligatorio puede llegar a solucionar algunos problemas, sin embargo, uno siempre tiene que tener cuidado al tomar esas decisiones, porque la generación de una obligación por parte del Estado pueden generar esquemas bastante nocivos y distorsionantes.

Lo que sí considero imposible es sustituir el sistema de responsabilidad civil extracontractual por un sistema de seguros. En el mejor de los casos el seguro no es más que una solución contractual a algunos problemas, pero está lejos de ser un sustituto adecuado. Por ello, aspirar a un sistema de mera distribución del riesgo es una aspiración utópica que olvida que una función central del sistema es reducir el número y gravedad de los accidentes.

Un ejemplo de ello es el reciente intento en el Perú de crear un seguro obligatorio para responsabilidad médica. El SOAT parece haber despertado entusiasmos sobre los seguros de este tipo para sustituir a los sistemas de responsabilidad civil.

La seguridad siempre tiene un costo. Un auto Volvo es muy superior al de un Tico, entre otras razones porque uno protegerá al conductor y el otro este será fácilmente aplastado por el impacto. ¿Obligaría a que solo puedan haber carros Volvo?

En la seguridad, como en todo bien, siempre es deseable una mayor calidad o cobertura, pero no siempre estamos en aptitud de pagarla. Si usted quiere proteger su casa contra robos, puede escoger desde un sofisticado sistema de alarma, con vigilantes y cámaras (muy costoso) o cambiar de chapa en la puerta (muy barato). Si usted le pregunta a alguien en abstracto cuánta seguridad quiere para su casa todos le dirían que el primer sistema, pero si ve en el mundo real cuánta gente pagó por esa seguridad verá que son muy pocos.

¿Le parecería buena idea que se diera una Ley que obligara a todos los ciudadanos estén obligados a instalar un sistema de seguridad sofisticado para que no les roben? Seguro que dirá que no. La razón es que forzará a la gente a sacrificar parte de sus ingresos (comida, educación, salud, etc.) en un bien o servicio que no está en sus prioridades que su presupuesto puede soportar. Nadie puede negar que más seguridad es buena. Pero tampoco se puede negar que forzar a «comprar» seguridad adicional es una mala idea.

El proyecto de Ley para crear un «SOAT» médico no ve este problema. Quiere obligar que los pacientes paguen por más seguridad. Y es que los médicos tendrán que asumir un costo, que trasladarán a los pacientes. En pocas palabras se les obligará a pagar por una seguridad cuyo costo no necesariamente están en capacidad de soportar.

Algunos dirán que el SOAT (esta vez sí el de accidentes de tránsito) tiene el mismo problema. La respuesta es sí, pero hay algunos elementos distintivos. El SOAT automotor evita que vayamos al Poder Judicial para obtener la cobertura. El pago es directo. Ir al Poder Judicial es también un «producto» que solemos estar obligados a pagar para ser indemnizados. Y no hay otra salida: uno tiene que soportar los costos de los abogados, tasas judiciales, peritajes, etc. Si el producto obligatorio uno (SOAT) es más barato que el producto obligatorio dos (Poder Judicial) entonces se justifica «obligar» a pagar el más barato, antes de «obligar» a pagar el más caro.

EL SOAT automotor es distinto porque se basa en un principio de responsabilidad objetiva. Si usted es herido en un accidente de tránsito está cubierto, sin importar si el conductor del vehículo tuvo o no culpa. La ecuación es sencilla: accidente = pago. Por ello, salvo casos excepcionales, el SOAT automotor sustituye al Poder Judicial para compensar a la víctima dentro del radio de cobertura.

Pero la responsabilidad médica no puede ser objetiva. Si se muere el paciente no necesariamente hay responsabilidad del médico. Si queda una cicatriz ¿quiere decir que el medico actuó mal? ¿Es una «lesión» causada por la impericia del médico? ¿Quién va a decir si hubo o no negligencia? ¿Toda persona que sale del hospital en silla de ruedas tiene que recibir una indemnización? La ventaja del SOAT automotriz es que justamente consigue indemnizar sin ir al Poder Judicial. Pero en el «SOAT» médico el Poder Judicial va a tener que decir, para que el pago se produzca, si el medico actuó o no con negligencia. Por tanto se eleva el costo del servicio médico para incluir mayor seguridad, pero seguimos pagando el costo del Poder Judicial. El SOAT médico nos genera dos «productos obligatorios». Eleva los costos por donde se le mire.

# Responsabilidad civil y subdesarrollo*

En un viejo caso del *common law* un caballero venía viajando en su carroza cuando los caballos se desbocaron. Los caballos desbocados comenzaron a recorrer las calles sin control. Entonces el caballero salió por la ventana de la carroza a gritarle al cochero: «Golpea algo barato, golpea algo barato».

El caso refleja la conciencia del caballero y del cochero de que hay que tratar de evitar causar daño, y si ello no es posible, hay que tratar de causar los menores daños posibles. Dicha conciencia no es producto de una actitud espontánea y desinteresada. No es que el caballero y su cochero actúan inspirados solo por un principio de solidaridad social que nace de valores o principios morales. Dicha conciencia es consecuencia de que el sistema legal, un par de siglos atrás -que es cuando ocurre este caso- le está diciendo que causar daño no le conviene. Y no le conviene porque les generará consecuencias económicas.

Usando los términos que usa el Profesor EPSTEIN en su libro «Reglas Simples para un Mundo Complejo», el caballero y su cochero han entendido una regla muy simple, y que es la base del sistema de responsabilidad extracontractual o *torts* en el *common law*. La regla es «no molestar», «no me toques» (*keep off*)[1]. Solo comprendiendo esa regla simple y sencilla podre-

* Esta sección ha sido elaborada en base al trabajo «Responsabilidad Civil y Subdesarrollo» publicado en el libro *Derecho Civil Patrimonial*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1997.

1. EPSTEIN, Richard A. «Reglas Simples para un Mundo Complejo» en *Ius Et Veritas,* Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. 2005. p. 113.

mos entender en su complejidad el sistema de responsabilidad civil. Y es que la regla significa que si me tocas, y al hacerlo me dañas, entonces me pagas. Es simple y clara y hasta un descuidado caballero que viaja en una carroza podía organizar su conducta para responder a los objetivos de la regla, que es reducir los daños en la sociedad.

Más allá de la complejidad de las reglas que uno pueda poner y conceptuar, el sentido práctico de «no molestar» es el corazón de todo el diseño. Puesto en esos términos la responsabilidad civil es algo muy práctico, muy concreto y por tanto algo que tiene que tiene que ser visto en su relación con la realidad.

Es por ello que al analizar los distintos aspectos de la responsabilidad civil y sus elementos, he preferido darle una aproximación partiendo de nuestra realidad. A través de las funciones que ya hemos descrito en la sección anterior, veamos cómo los distintos elementos de la responsabilidad civil se enfrentan a una realidad que los desvirtúa y muestra la disfuncionalidad de nuestro sistema. Encontremos por qué en una sociedad que ha adoptado el mismo principio de «no molestar», tantas personas molestan a los demás, los atropellan, los golpean, los insultan, en general los dañan, y no pasa nada que haga cambiar la situación.

Buena parte del problema está vinculado al subdesarrollo y a nuestra pobreza. El subdesarrollo tiene muchas expresiones: una tremenda escasez de recursos, que se traduce en pobreza, en falta de infraestructura, en una mala distribución de la poca riqueza, etc. Como consecuencia de esta escasez de recursos, sufrimos la existencia de aparatos estatales normalmente ineficientes, que carecen de recursos suficientes como para poder afrontar los problemas que están llamados a resolver. Y también, como consecuencia de lo mismo, sufrimos accidentes.

El Poder Judicial no es la excepción y está afectado por el mismo problema. Sufre de una escasez de recursos que llega a extremos impresionantes: los magistrados trabajan en circunstancias de gran limitación; cuentan con poco personal, pocos recursos técnicos, pocas posibilidades de actuar pruebas, poca tecnología, y una inmensa carga procesal. El juez peruano desarrolla una labor muy distinta a la que puede desarrollar un juez en otro país donde sí cuenta con todos estos medios. Una jueza amiga mía me comentaba hace unos días que en su despacho tiene 1000 expedientes en trámite.

Así, el subdesarrollo de un país se manifiesta en el sistema jurídico. Los países subdesarrollados solemos tener sistemas jurídicos, valga la redundancia, subdesarrollados. Esto nos lleva a plantear y a analizar dos aspectos distintos pero estrechamente vinculados: el primero, tratar de describir cómo es el sistema jurídico en un país subdesarrollado, en particular cómo es el sistema de responsabilidad civil. El segundo, tratar de

reflexionar sobre cómo debería ser el sistema para poder ayudarnos a resolver nuestros problemas.

Quisiera partir mencionando dos casos paradigmáticos reseñados en un trabajo de Alejandro FALLA. El primero es el de un menor llamado Juan José Nuñovera, que tenía apenas diez años. Iba acompañado de su hermana Rina, cuando son atropellados por el auto conducido por Marcelino Huanca. El primero de ellos falleció. Luego de un largo proceso, que tardó prácticamente cinco años, su familia recibió por toda indemnización la cantidad de dos dólares y sesenta y dos centavos.

El segundo es el de Fermín Rivas Quiroz de veintinueve años de edad. El conducía su triciclo y fue embestido por un camión volquete. Luego de agonizar una semana, falleció. En junio de 1984 su padre plantea una demanda por cuarenta millones de soles (de los soles antiguos) que equivalían en ese momento a doce mil cincuenta y dos dólares. La sentencia de primera instancia, cuando se había cambiado ya la moneda a intis, le dio veinte mil intis. Esta sentencia fue confirmada en las tres instancias. Cuando finalmente la Corte Suprema resolvió el caso, el monto equivalía a cinco dólares ochenta y dos centavos.

Los casos son extremos, pero no son anecdóticos. Se dieron en una época en la que había una tremenda inflación (segunda mitad de la década de los ochenta, gobierno de Alan García) y eso explica cómo fue que sucedió lo que sucedió, es decir, cómo fue posible que esas indemnizaciones se hayan visto reducidas a esos niveles. Esto nos muestra también que teníamos un sistema jurídico que era incapaz de responder al problema. Un sistema cuyo propio subdesarrollo lo llevó a una solución no sólo ineficiente, sino brutalmente absurda.

Los casos anteriores están reseñados en un estudio elaborado por el Alejandro Falla.[2] En el mismo estudio nos dice que en el período 1986-1989, la indemnización promedio por pérdida de vida humana dada en la Corte Suprema de la República del Perú era de trescientos sesenta y ocho dólares y que la mediana, es decir el 50% de las indemnizaciones, se encontraba por debajo de ciento sesenta y tres dólares. Estas cifras nos muestran que el sistema no funcionaba. Lamentablemente no se ha vuelto a efectuar un estudio sobre niveles indemnizatorios en el país. Si bien tenemos la intuición de conversaciones con litigantes y jueces que los niveles indemnizatorios han mejorado, siguen moviéndose en niveles realmente bajos. Nuevamente, ¿cómo se vincula esto con el subdesarrollo del país?

---

2. FALLA JARA, Alejandro. *La responsabilidad Civil Extracontractual en el Perú: Análisis de un fracaso.* Tesis de Abogado, 1993.

Imaginemos que un automóvil viene por la Av. Javier Prado y se le vacían los frenos. El chofer toma conciencia de que tiene que golpear algo barato, como el cochero del ejemplo inicial de esta sección. En ese momento se acerca a la intersección y tiene dos opciones: un automóvil Mercedes Benz detenido en el semáforo, esperando a que cambie la luz roja, y un pobre peatón esperando a tomar su microbús en el paradero. ¿Qué es más barato de golpear? Parece más aconsejable subirse a la vereda y llevarse de encuentro al pasajero, en lugar de abollar al Mercedes Benz. Ese es el incentivo que genera un sistema se subcompensación a los daños personales.

¿Por qué se llega a un resultado tan ridículo? El problema justo tiene que ver con reglas complejas en el funcionamiento del sistema de responsabilidad civil extracontractual.

Si uno tiene que indemnizar el daño causado a un Mercedes Benz abollado, posiblemente llegue a un monto de un orden de magnitud de entre cinco y seis mil dólares. ¿Y cómo sabemos que cuesta entre cinco a seis mil dólares? Porque uno lo lleva a un taller, le dan una factura y la factura determina cuál es el valor del daño. Es decir que el cálculo del daño es un problema de solución simple gracias a la existencia de un referente de mercado para calcular el daño. Y como es un problema simple, su solución es simple: basta la factura para saber cuánto cuesta. Pero por la vida de una persona no nos dan factura. Es difícil calcular cuánto vale.

En general, todo es más difícil en un país subdesarrollado. Desde tomar un taxi hasta organizar un evento porque hay menos recursos para hacer las cosas. Pongamos un ejemplo: un muchacho va a una cristalería con el deseo de comprarle un regalo a su madre. Este muchacho gana (como no es extraño en este país) cincuenta dólares al mes. Descubre con desazón que todo cuesta mucho más de lo que él puede pagar. Luego de recorrer la tienda y darse cuenta de que no puede comprar nada, decide salir, y tiene tan mala suerte que tropieza con un escaparate y se caen doce floreros al suelo. No sólo no pudo comprar nada, si no que no podrá pagar la indemnización por los daños causados.

Algo similar sucede en el Perú con el sistema jurídico. El Perú tiene problemas para desarrollar mercados, tiene problemas para que, por ejemplo, entrando los peruanos a una cristalería podamos comprarle un regalo a nuestra madre. Pero también tiene problemas para cubrir los daños y perjuicios que se ocasionan en la sociedad. Los recursos monetarios existentes en el Perú podrían no cubrir todos los daños que se ocasionan por las actividades que se desarrollan en el país, con un añadido adicional: que para evitar que se produzcan daños hay que incurrir en costos, es decir, para que no se dé un accidente tengo que arreglar los frenos de mi automóvil, y tengo que revisar periódicamente la dirección. Pero como se tienen menos

recursos, los automóviles en el Perú están peor mantenidos que en otros lugares. Basta ver los taxis que a veces pasan por las esquinas y descubrir que en seguridad dejan mucho que desear.

Entre el año 1980 y 1991, murieron en el Perú por accidentes de tránsito 28,000 personas. La cifra es elevada sobre todo si consideramos que en el mismo período murieron por terrorismo (que en ese momento era un problema sumamente grave) sólo 22,000 personas; es decir, murieron 6,000 personas más por accidentes de tránsito que por actos de terrorismo. Sin embargo, el terrorismo llenaba las primeras planas de los periódicos y los accidentes de tránsito llenaban las páginas policiales.

¿Quién pagaría en este país indemnizaciones como las que se pueden pagar en otros países distintos? ¿Cuántos pueden pagar un millón de dólares en este país? ¿Cuántos pueden pagar cien mil dólares'? ¿Cuántos pueden pagar diez mil? ¿Cuántos pueden pagar mil dólares en este país, por una indemnización? Si ustedes se ponen a pensar, en este país con los ingresos que tenemos no mucha gente puede pagar mil dólares por una indemnización ¿Cuántos autos circularían en Lima si decidiéramos dar indemnizaciones de un millón de dólares o de cien mil dólares por cada accidente de tránsito? No podemos por tanto usar los mismos estándares ni tampoco podemos usar sistemas de responsabilidad idénticos a los que tienen países más desarrollados como Estados Unidos, Inglaterra, Alemania o Italia. Debemos aspirar, al menos por ahora, a algo distinto.

## I. LAS FUNCIONES DE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Como vimos en la sección anterior, citando a CALABRESI[3], al interior de un sistema de responsabilidad civil podemos identificar las siguientes funciones:

- Desincentivar accidentes, o reducción de costos primarios, es decir internalizar externalidades para generar incentivos, a fin de que hayan menos accidentes.

- La segunda función es compensar a la víctima. Pero no se trata de compensar un daño y crear una nueva víctima. Se trata de compensar precisamente trasladando el daño a alguien que sufra menos, sea porque tiene más recursos (la famosa teoría del *deep pocket* o bolsillo profundo) o porque esta persona puede distribuir mejor el costo del accidente entre todas las personas, por ejemplo, utilizando el sistema de seguros, o el sistema de precios.

---

3. CALABRESI, Guido. The Cost of Accidentes. New Haven and London, Yale University.

- Y la tercera función enunciada por CALABRESI[4] consiste en la reducción de los costos administrativos del sistema de responsabilidad civil, es decir, lo que se conoce como costos terciarios. Los aparatos de administración de justicia tienen que ser eficientes para que el sistema funcione. Pero tener aparatos de justicia eficientes cuesta dinero, ya que es necesario dotarlos de recursos suficientes para colocarlos en situación de resolver correctamente los casos que se presentan. Por ejemplo, un sistema de culpa finalmente implica una mayor inversión en el aparato judicial, porque probar la culpa es más difícil que probar simplemente la causalidad. Si tengo un sistema de responsabilidad subjetiva, tendré que demostrar no solamente que hubo un accidente y quién lo causó, sino también cómo se comportó la persona en el momento en que ocasionó el accidente (esto significa analizar si la persona podía o no prever las consecuencias de sus acciones). Tendré que ver además si ese es el *standard* del «buen padre de familia»; todo esto implica una carga probatoria adicional a la que tendríamos en un sistema objetivo, en donde bastaría probar quién causó el accidente. Nos cuesta más mantener un aparato judicial que tenga que aplicar un sistema de culpa que mantener un aparato judicial que tenga que aplicar un sistema de responsabilidad objetiva, y este último punto es muy importante, porque si los recursos son escasos en nuestra sociedad, porque somos pobres y porque somos subdesarrollados, tenemos que tener mucho cuidado con las reglas de responsabilidad que adoptemos para hacerle más fácil el trabajo al Poder Judicial.

Estas funciones, y basta ver los ejemplos que hemos mencionado, se van por los suelos en un sistema de responsabilidad civil de un país subdesarrollado como el nuestro. Pagando dos dólares por indemnización por vida humana no estamos desincentivando ningún accidente, no estamos compensando a ninguna víctima, y tampoco quizás estemos resolviendo el problema de los costos administrativos que enfrenta el Poder Judicial. Los magistrados actualmente tienen que ver veinte o treinta causas por día para poder estar al día en su trabajo. Eso sin duda, demuestra la escasez abrumadora de recursos que enfrenta un Poder Judicial en un país subdesarrollado. Y todas las discusiones sobre el sistema de responsabilidad civil se centran en cuál es el sistema más adecuado: el sistema objetivo, el sistema subjetivo, la culpa, la difusión social del riesgo, otros discuten sobre la conveniencia de poner un impuesto a la gasolina para sacar de ahí dinero y pagar las indemnizaciones, otros piensan en tener un sistema de seguro social o imponer un sistema de seguro obligatorio.

Pero toda esta temática nos aleja un poco del problema real. Estas discusiones dogmáticas son como dos calvos peleándose por un peine. Es

4. Ibid.

como tres amigos que entran a un restaurante, piden la cuenta y se pelean por pagar. La cuenta es de cien soles y ninguno de ellos tiene ni un sol en el bolsillo. De la misma forma, aquí estamos discutiendo sobre quién va a pagar, qué sistema vamos a adoptar y no nos damos cuenta de que ninguno de los sistemas nos resuelve el problema más importante. No estamos poniendo el énfasis en un problema real que es ¿cómo utilizar los escasísimos recursos para diseñar un sistema de responsabilidad civil que se adapte a nuestras circunstancias?

Si el sistema fuera subjetivo paga el culpable. ¿Y si el culpable no tiene dinero? (lo que es muy común en el Perú). Entonces sólo tenemos responsabilidad civil en teoría, pero no en la realidad. Si el sistema es objetivo paga el causante. Pero se presenta el mismo problema: si no tiene dinero ¿quién paga? Si es un sistema de seguro obligatorio lo tiene que pagar el asegurado. Se fracciona el pago, y por lo tanto parece que será más fácil pagar. Pero nuestros potenciales asegurados tampoco tienen dinero para pagar primas que reflejen el costo real de los accidentes. Si por ejemplo obligamos a alguien a tener un seguro que cubra una indemnización de un millón de dólares, la prima no podría ser pagada por la mayoría de los peruanos. Si tenemos un impuesto a la gasolina para cubrir daños subimos el precio del combustible con todas las consecuencias que ya nosotros conocemos. Si es que queremos poner un impuesto a la gasolina cuya finalidad sea pagar a las víctimas, si tenemos un sistema como el Neozelandés, es decir, un sistema de seguro social donde los daños se sacan de un gran fondo que se recoge a través del sistema tributario, sólo conseguiremos o elevar los impuestos, y la presión tributaria generará inflación. Y si finalmente si hubiera personas con capacidad de pago ¿Cuánto cuesta el propio sistema de transferencia del daño (jueces, abogados, peritos) y qué capacidad tenemos para pagar su existencia?

Sin embargo ninguno de los sistemas parecer solucionar el problema satisfactoriamente. Los recursos siguen siendo escasos y pocas veces discutimos el problema principal: ¿cómo invertir esos pocos recursos en el sistema de responsabilidad civil? ¿Cómo diseñar el sistema de responsabilidad civil para que responda a esa escasez?

Como veremos ello significa que al diseñar los sistemas de responsabilidad extracontractual no solo debemos tener en cuenta que dice la dogmática, sino cuanto cuesta el sistema en su diseño e implementación. Veremos también, a la luz de esta constatación de los costos, que los sistemas simples son preferibles a los sistemas complejos. Reglas menos perfectas, pero sencillas de aplicar, deben ser preferidas a reglas aparentemente perfectas conceptualmente hablando, pero imposibles de aplicar.

## II. COMPLEJIDAD, SIMPLICIDAD Y POBREZA.

El problema de la complejidad de las reglas es mucho más difícil y serio cuando nos encontramos en una sociedad pobre. La regla compleja es una regla cara, porque implica muchos recursos para resolver el problema: muchos abogados y mejor entrenados, más jueces y bien entrenados, recursos para investigación, una policía capacitada, más tiempo perdido por las partes en el litigio, etc.

Pongamos como ejemplo el daño a la vida humana. La regla de indemnización de vida humana es una regla cara, en especial a la luz de la pobreza que enfrentamos. Cuando los recursos son escasos el valor marginal de ellos es mayor. Ello porque en Perú, para pagar indemnizaciones, tenemos que sacrificar recursos que usamos para cubrir necesidades básicas. Un taxista que mata a alguien tiene que dejar de darle de comer a su familia para poder pagar la indemnización. No usa por tanto la plata reservada para irse de viaje a Europa porque simplemente ese ahorro no existe. Y el dinero para cubrir necesidades básicas es un dinero que nos cuesta mucho más sacrificar. En consecuencia, la regla compleja, que ya es cara si se aplica en un país rico como Estados Unidos, nos resulta a los peruanos más cara aún, porque sacrificamos recursos aún más escasos y, en consecuencia, nosotros, como consecuencia del costo marginal, preferimos gastar nuestros recursos en necesidades inmediatas –alimentos, vestido, etc.- y dejamos desatendidas otro tipo de necesidades, como seguridad, revisión técnica de nuestras automóviles, etc.

La escasez hace que en los países pobres todo sea más difícil: es más difícil comprarse una casa, es más difícil tener alimentos, es más difícil tener una buena educación. Todo porque tenemos menos recursos para hacer lo mismo. Entonces, también es peor tener reglas complejas. Es decir las reglas complejas nos cuestan mucho más. La complejidad del Derecho se vuelve una suerte de bien suntuario en el que no podemos gastar.

Cuando uno enfrenta el tema de los accidentes, descubre lo difícil que es ejecutar una decisión como la que puede presentarse en un país más desarrollado. En primer lugar, como ya dijimos, si alguien tiene un accidente que debe ser indemnizado, el primer problema es que los niveles de ingresos son mucho menores y por tanto hay menos recursos para pagar daños que parecen similares a los que sufre una persona en otro país.

Pero, en segundo lugar, como también hemos dicho, el pago de indemnizaciones es solo una parte de los costos del sistema de responsabilidad civil extracontractual. Un costo sumamente importante es el de inversión en la toma de precauciones. Para evitar accidentes tengo que gastar en precauciones como arreglar mi carro, manejar a menor velocidad (que im-

plica perder tiempo), tomar precauciones aunque para una «combi» signifique perder pasajeros, instalar sistemas contra incendios, entrenar mejor a mi personal, investigar mejor los riesgos de los productos o usar materiales más caros pero más seguros. En otras palabras tener menos accidentes tiene a su vez un costo. Es de esperar que cuanto más se gaste en precaución, deberían haber menos accidentes, cuando menos se gaste la cantidad de accidentes se incrementará.

Pero a su vez tengo menores recursos para asumir esas precauciones, lo que hará que a su vez los accidentes se incrementen. Entonces, tenemos una sociedad con menos capacidad de tomar precauciones y por tanto de controlar daños. Menos precauciones significan entonces más daños que soportar.

Y, en tercer lugar, los costos administrativos de los sistemas de responsabilidad civil extracontractual son también altos y difíciles de cubrir. Tener abogados, jueces, sistemas de prueba y de investigación policial, el tiempo de los litigantes, consumen recursos nada despreciables. Muchas veces un daño causado no es asumido por el responsable porque es muy costoso para la víctima litigar. No es de extrañar que con el nivel de indemnizaciones que se pagan, «la planchada sale más cara que la camisa» y entonces el sistema no se use, los costos no se internalicen en sus causantes, la víctima no es compensada y la cantidad de accidentes se incrementa por que «matar a alguien» sale a cuenta porque la no toma de precauciones no tienen un efecto económico significativo.

Como vemos, todo se vuelve más difícil en un país pobre y es de esperar que las cosas funcionen menos en un país sin recursos justamente por que la escasez no permite financiar lo que es necesario para resolver nuestros problemas.

La respuesta parece ser obvia. Si tengo un problema complejo debo buscar una regla simple. Y ello porque es de esperar que la regla simple sea más barata de aplicar. Ello porque en los países pobres hay menos recursos para hacer funcionar el sistema, con lo que la simplicidad hace que el sistema de responsabilidad civil se vuelva «pagable».

Esto no quiere decir dejar de lado las reglas buenas para preferir las reglas simples. No siempre lo bueno es simple ni lo simple es bueno. Y a veces la simplicidad excesiva nos aleja del resultado adecuado.

Richard EPSTEIN tiene un buen ejemplo para mostrar la relación entre simplicidad y bondad de una regla.[5] Como bien dice la regla más simple imaginable es una regla donde dices «el demandante siempre gana». Es facilísima de aplicar. Basta ver quien demando y se puede sentenciar sin

5. EPSTEIN, op cit, p. 57.

incurrir en más costos y problemas. Es además muy predecible en su resultado porque presentada una demanda ya se sabe quien tienen la razón. Basta preguntarse «¿Quién es el demandante? Si la respuesta es «Fulano», entonces «Fulano» ya ganó. Se acabó y no hay nada más que discutir.

Pero esa regla, simplísima en su formulación y aplicación, es una mala regla. Una regla formulada en esos términos hace que todos estemos incentivados a demandar solo porque sabemos que al hacerlo ya ganamos. Bastará que alguien nos demande para que paguemos sin perjuicio de las precauciones que hayamos podido tomar. Todos correrán al Poder Judicial a entablar demandas sin pies ni cabeza simplemente porque el hecho de demandar te hace ya un ganador de lo que pidas. Pero los incentivos para reducir daños desaparecerían, y serían reemplazados por incentivos perversos que elevarían enormemente los costos sociales de los accidentes.

Entonces, no basta que la regla sea simple. Lo que el profesor EPSTEIN plantea no es escoger la regla simple sobre la buena, sino tomar en cuenta los dos elementos para generar una regla adecuada. ¿Qué quiere decir esto? La regla simple es normalmente la regla fácil de entender. Y si yo quisiera resumir todo el libro del profesor EPSTEIN en una frase, usaría una que me parece la más gráfica. Una regla simple siempre se reconoce de una manera muy fácil: las últimas palabras de la norma son «salvo pacto contrario».[6]

Esa regla la entiende todo el mundo y de manera fácil porque simplemente nos está diciendo es: «la complejidad del problema se la dejo a lo que decidan los interesados y los interesados están en mejor posibilidad de decidir qué es bueno para cada quien». Cada quien sabe como lidiar con sus líos. Cada quien armará su contrato, convenio o decisión según la regla que necesite en cada caso. No es un tercero el que tendrá que armar *ex ante* una regla capaz de resolver toda la diversidad de problemas que pueden surgir en virtualmente toda relación humana.

Por el contrario el juez o el legislador está lejos del problema sobre todo está lejos de saber qué es lo que quieren y les interesa a las partes. Lo que pactes es tu problema y se puede ajustar más a lo que los interesados pueden querer. Tu problema no es lo que otro diga, sino lo que tú mismo pactes. Pero esa regla la olvidamos con mucha frecuencia.

La regla que termina con «salvo pacto en contrario» es, simple, y suele ser buena, porque deja a quienes están en mejor situación parea resolver el problema, la posibilidad de hacerlo por medio de la autonomía privada.

Así, encontrar la simplicidad es encontrar la capacidad de las partes para arreglar sus problemas. Las reglas deben motivar que sea cada quien

---

6. Ibid, p. 51

busque como resolver sus propios temas, porque tienen mejor información y capacidades para saber qué es lo que conviene. Por el contrario las leyes complejas dificultan que las partes encuentren sus propios caminos, y a su vez aplicar la regla se vuelve muy costoso en si mismo.

Quiero centrarme en tres elementos básicos de la responsabilidad civil: el daño, el factor de atribución y la causalidad. Luego aplicaré, a la luz de la idea de la simplicidad y subdesarrollo, los principios desarrollados a dos supuestos de responsabilidad civil especialmente relevantes: los accidentes de tránsito y la responsabilidad por productos defectuosos.

## III. EL DAÑO

La valorización del daño es diferente en un país subdesarrollado que en un país desarrollado, de la misma manera como los precios son diferentes.

Para que se tenga una idea de lo importante que es el nivel de ingreso para determinar cómo se valoriza el daño pongamos un ejemplo clásico. No es lo mismo que a mi me pregunten: ¿Cuánto aceptarías para que te maten?, a que me pregunten: ¿Cuánto me pagarías para dejarte de matar? Demos la respuesta a la primera pregunta.

¿Cuánto aceptarías para que te maten? La inmensa mayoría diría que no aceptaría nada. El precio de ello es infinito. Jamás aceptaríamos que nadie nos dé nada porque ese dinero no lo vamos a disfrutar. Si me hacen la pregunta al revés y me dicen: ¿Cuánto pagarías para dejarte de matar?, la respuesta no es la misma. Mi respuesta es todo lo que tengo en el bolsillo, y nada más que eso. Sino piensen en los que han tenido la pésima experiencia de ser asaltados y les dicen: «la cartera o la vida». Y lo que dan en tal circunstancia es todo lo que tienen en la cartera. No pueden dar un centavo más. Esto nos demuestra que cuando uno tiene pocos recursos valora las cosas de manera distinta. De hecho quienes tienen más recursos valorarán su vida más. Cuando les digan «la cartera o la vida», unos entregarán un millón de dólares y otros entregarán cinco soles. La valorización es distinta cuando depende del nivel de ingreso de la persona.

Los niveles de ingreso de un país cambian el sentido de las valorizaciones, y si bien se puede criticar al Poder Judicial por dar valorizaciones bajas, lo cierto es que no se le puede pedir que de valorizaciones muy altas cuando tenemos una situación que probablemente no las soporte. Hay, una razón para que las indemnizaciones sean distintas en el Perú, porque nos guste o no nos guste, las cosas en el Perú valen distinto, valen menos. La vida humana en el Perú, nos guste o no nos guste, termina valiendo menos, porque nuestros niveles de ingresos son distintos. Si pensamos en

indemnizaciones de millones de dólares podemos llegar a la sobrecompensación, que hará, por ejemplo, que haya muy pocos automóviles. Por el contrario las subcompensaciones pueden hacer que hayan demasiados automóviles en muy malas condiciones. Ver cómo se valorizan las cosas y ver cómo se deben valorizar los daños y perjuicios en el país implica un esfuerzo muy distinto y, probablemente, mucho más complicado que el que se tiene que hacer en un país desarrollado.

Si tenemos un Poder Judicial que tiene una gran escasez de recursos para poder resolver los casos, deberíamos tener reglas que faciliten el trabajo. Por ejemplo, en el caso de la vida humana, si es que pensamos que hay que indemnizarla justamente para desincentivar actividades contrarias a ella sería mejor tener un sistema de daños tarifados que permitiría a los jueces no utilizar los pocos recursos que tienen en estar tratando de demostrar cuál fue el daño real.

Si queremos desincentivar accidentes nos bastará que se calcule un daño promedio, es decir un daño que refleje realmente cuánto de la externalidad queremos internalizar para poder efectivamente lograr un sistema eficiente. Probar el daño cuesta y ese costo debe ser asumido de alguna manera a pesar de que tenemos pocos recursos para hacerlo. Sé que desde un punto de vista dogmático, un sistema de daños tarifados puede parecer irracional, pero desde un punto de vista real, en un país como el Perú, puede ser necesario porque alivia el trabajo de los jueces (y de las partes que también son pobres) y les permite ser más eficientes en sus decisiones. Tratar de demostrar cuál fue el monto real de los daños desperdicia recursos inútilmente.

## IV. FACTOR DE ATRIBUCIÓN

Analicemos dos casos: uno sucedió en Estados Unidos. El otro sucedió en el Perú.

*El que sucedió en Estados Unidos es Adams Vs. Bullock.* [7]

Existía un puente. Por debajo de dicho puente pasaba un tranvía que se alimentaba de una línea eléctrica con cables suspendidos. En esas circunstancias un menor de edad pasa sujetando un cable de manera que, sin darse cuenta, hace contacto con los cables eléctricos que alimentaban al tranvía y sufre una descarga, con ella sufre una serie de daños. La Corte consideró que no había responsabilidad de los propietarios del tranvía por-

7. Court of Appeals of New York, 1919. 227 N.Y. 208,125 N.E. 93.

que las precauciones que hubiera tenido que tomar el sistema de tranvías de la ciudad para evitar ese accidente eran irracionales. No sólo habría que pensar en que un niño pase por un puente llevando un cable, habría que prever también que alguien se suba en el techo de un carro y agarre un cable, que alguien desde una ventana alcance y lance otro cable, etc. Es decir, se tendría que poner vigilantes cada dos metros o cada tres metros para poder verificar que nadie tocara los cables incluso en circunstancias tan excepcionales y curiosas como la del caso.

*El caso peruano es Quispe Vs. Electrolima.*

Quispe, en fiestas patrias, decidió subir al techo de su casa a poner la bandera. En el mismo momento en el que instala la bandera, el mástil hizo contacto con un cable de alta tensión que pasaba por encima. Quispe sufrió una descarga eléctrica que le costó la amputación de un brazo. El caso es muy parecido. Sin embargo aquí se declaró que la demanda era fundada (al menos en términos teóricos, porque la indemnización que se pagó fue muy baja).

El estándar que nosotros adoptemos va a determinar el incremento o no de ciertos bienes o servicios. Existe una teoría según la cual los sistemas subjetivos de culpa son utilizados como una palanca para el desarrollo, es decir, se busca utilizarlos como una forma de hacer menos responsables a las empresas que normalmente ocasionan daños para permitirles desarrollarse económicamente.

Pero también los estándares de conducta están determinados por los niveles de ingresos, porque la gente en el país no puede tomar las mismas precauciones que en otros lugares. El «buen padre de familia» en el Perú, es un buen padre de familia pobre. Su capacidad para comportarse depende también de sus ingresos. El padre de familia que tiene un vehículo, que tiene que salir a hacer taxi en la mañana para mantener a su familia sabiendo que su carro está con los frenos mal, pero sin tener dinero en el bolsillo para repararlo, enfrenta una decisión trágica. Sabe que si no sale sus hijos no comen. Se encuentra ante un dilema que quizás haga muy razonable salir a conducir, lo que puede no ser razonable en el mismo taxista pero ubicado en los Estados Unidos, con un nivel de vida distinto. Tomar precauciones cuesta y cuando uno tiene menos dinero cuesta más porque no tenemos recursos para permitir cubrir esas precauciones que, en principio, parecen razonables. Los estándares exigentes reducen la producción, encarecen los bienes, afectan a los consumidores y además son absolutamente inviables en cuanto los consumidores no pueden pagar los costos derivados de ellos.

Como hemos visto antes, hay gente que dice continuamente (y aparece en el periódico o en las noticias) que un cierto tipo de medicamento se estaba vendiendo en las farmacias en Estados Unidos está prohibido, ya no

se vende. «Estamos haciendo de conejillos de indias de los laboratorios internacionales», se dice. En realidad quizás el problema es distinto en Estados Unidos —y me animo a plantear una hipótesis—. Existen sustitutos de ese medicamento. Sustitutos que probablemente como consecuencia de la prohibición de este medicamento, son ahora más caros. Pero en Estados Unidos, finalmente, se pueden dar el lujo de asumir ese sobrecosto porque el nivel de consumidor que tienen es distinto. Pero acá en el Perú la diferencia va a estar entre tomar ese medicamento que en uno de cien mil casos genera un efecto secundario o no tomar nada y morirme.

Tenemos menos recursos para tomar precauciones, pero también tenemos menos posibilidades de causar daños porque hay menos recursos en nuestro país que afectar. Hay menos Mercedes Benz contra qué chocar. Hay menos ingresos que se pierden cuando uno mata o lesiona en un accidente a una persona, porque su ingreso será de cincuenta dólares al mes y al año será de seiscientos dólares.

Pero además tenemos el problema de que el aparato judicial tiene escasez de recursos para afrontar el problema y es, entonces, que tenemos que diseñar el sistema con factores de atribución que sean más razonables, que estén más de acuerdo a nuestra realidad judicial.

En esa línea puede ser que, en muchas ocasiones, los sistemas objetivos signifiquen menores costos de ejecución, aunque quizás nos conduzcan a menores resultados en términos de prevención.

## V. CAUSALIDAD

Nuestro Código, de acuerdo al artículo 1985 se acoge al sistema de causalidad adecuada. ¿Cómo explicar la causalidad adecuada? La mejor manera es a través de un ejemplo de la jurisprudencia norteamericana: el famoso caso del tranvía y del árbol.[8]

Un tranvía venía circulando a exceso de velocidad y en esas circunstancias pasa al lado de una casa, con tan mala suerte que un árbol cae encima del tranvía y ocasiona una serie de daños. El dueño del tranvía demanda al dueño del árbol porque no tomó las precauciones necesarias para que la vejez del mismo no hiciera que éste se cayera. ¿Cómo se defendió el dueño del árbol? Señaló que el tranvía venía a exceso de velocidad. Si no hubiera venido a esa velocidad hubiera llegado al lugar en donde estaba el árbol antes de que éste se haya caído. Habría encontrado el árbol en la vía, habría frenado y no habría ocurrido el accidente.

---

8. Berry v. Sugar Notch, Supreme Court of Pennsylvania, 1899, 191 Pa. 345, 43 A. 240.

Se declaró infundada la pretensión del demandado (dueño del árbol) de exonerarse de responsabilidad alegando que el daño había sido causado por el exceso de velocidad del tranvía. Ello porque no había causalidad adecuada, la causa adecuada es la idónea para causar determinado tipo de daños, de tal manera que los daños sean la consecuencia normal y esperada de la conducta. Ello puede derivarse de una observación empírica. El exceso de velocidad del tranvía no incrementa las posibilidades de que ocurra un accidente de ese tipo. No es la consecuencia normal la del exceso de velocidad que se caigan los árboles. Será consecuencia normal del exceso de velocidad el atropello o el descarrilamiento, pero no de caída de árboles sobre los tranvías.

La causalidad adecuada busca que se identifique como causa de un daño aquella que normalmente hubiera ocasionado ese tipo de daños en particular. Se busca identificar comportamientos que incrementa las posibilidades de un tipo de un accidente. ¿Qué tiene que hacer la causalidad adecuada con el nivel de subdesarrollo del país? La causalidad adecuada puede ayudarnos a manejar mejor el sistema de responsabilidad. En la mayoría de casos de responsabilidad civil nunca se llega a demostrar la causa en concreto, es decir la causa *sine qua non*. Es muy difícil demostrar en un accidente de tránsito, en el que un automóvil atropella a un peatón, si el conductor estaba ebrio, si efectivamente la ebriedad fue la causa del accidente. Sólo se infirió que había un estado de ebriedad que muy probablemente causó el accidente. Se utiliza la causalidad adecuada de una manera distinta: se hace un «salto». Estamos en un extremo y cuando ya no nos alcanza la prueba saltamos y entonces establecemos un vínculo causal que no podemos demostrar plenamente.

Les pongo otro caso. Se encuentran una persona muerta con el cuello roto al pie de la escalera. La luz de la escalera estaba malograda. Entonces demandan al propietario del edificio, porque si hubiera habido luz no se habría caído la persona. Pero, ¿cómo se sabe que no lo empujaron o que no se tropezó o que existe otra causa distinta? Sin embargo, la Corte lo hizo responsable porque normalmente dejar las luces malogradas produce un incremento de posibilidades de que se dé ese tipo de daño, ello aunque no estemos totalmente seguros de si fue en última instancia la causa. El Juez encuentra que ya no puede ir más allá en su esfuerzo probatorio, pero su intuición le indica que es muy probable que esa haya sido la causa del accidente. Cuando estamos con un Poder Judicial que tiene pocos recursos, quizás es mejor flexibilizar aún más este concepto de causalidad adecuada y hacer saltos un poco más largos, porque nos cuesta mucho más acercarnos a la causa real del accidente. Si lo que buscamos con la causalidad adecuada es desincentivar accidentes, conseguiremos el mismo objetivo, porque si

esa conducta es la que normalmente produce este tipo de daños, al hacer pagar al causante, aunque quizás en la realidad no lo fue, si incrementó estadísticamente las posibilidades de que el accidente ocurriera.

Tratemos de ver algunas de estas ideas sobre los elementos de la responsabilidad civil a la luz de dos situaciones concretas, comunes y del día a día: los accidentes de tránsito y los productos defectuosos.

## VI. ACCIDENTES DE TRANSITO Y SIMPLICIDAD.

Los jueces, a los que se suele criticar, suelen tener algo que la mayoría de abogados en ejercicio suelen perder de vista. Los jueces tienen intuición práctica, sin perjuicio de los errores y yerros que puedan cometer. Viven en medio de los casos y por ello comprenden muchas veces mejor los problemas de la complejidad y de los costos que esta complejidad les impone. Para mostrarlo quiero usar un ejemplo de la experiencia peruana y que muestra que muchos jueces, sin nunca haber leído a EPSTEIN, a veces comprenden el sentido de las reglas simples.

El Código de 1936 tenía una regla de responsabilidad extracontracual aparentemente clara: la culpa. Nadie discutía en doctrina que esa era una regla de culpa. Los autores del Código lo decían, y ello era aceptado y seguido por virtualmente todos los comentaristas del Código. Todos decían que nuestro Código había recibido la herencia francesa del factor de atribución subjetivo, es decir de buscar la culpa. Nadie defendía que el Código tuviera un origen objetivista. Para ser responsable debías haber cometido un acto de imprudencia o negligencia. Sino no podías ser hecho responsable.

Pero ¿Cómo interpretaron los jueces la norma? Se agarraron de la palabrita «hecho» del texto y dijeron «esto es responsabilidad objetiva». ¿Por qué lo hicieron? ¿Acaso porque no conocían la exposición del motivos o lo que los comentaristas habían dicho? No parece creíble. Todos los abogados lo citaban continuamente.

Creo que lo hicieron porque comprendieron, en su visión práctica, que las reglas complejas son difíciles de aplicar cuando eres pobre y que por tanto la regla perfecta es el peor enemigo de la regla buena. Cerca del 90 por ciento de los casos de responsabilidad civil en nuestros tribunales son accidentes de tránsito. ¿Cuál es la prueba clave en un expediente de accidente de tránsito? Normalmente es el atestado policial. ¿Qué suele decir el atestado policial? Casi todos dicen lo mismo: UT1 (unidad de tránsito 1, que es el carro) viene circulando de norte a sur por la avenida Javier Prado. UT2 (unidad de tránsito dos, peatón) cruzó la avenida por la esquina. Hubo

un impacto entre UT1 y UT2, es decir un accidente. Las causas casi son descritas, literalmente, con las mismas palabras. Causa principal: el exceso de velocidad. Causa contributiva: la distracción del peatón. ¿Por qué los atestados dicen eso? Porque los recursos con los que cuenta la policía para investigar un accidente son escasos. No tienen ni herramientas, ni laboratorios, ni capacidad técnica. Tienen mucho trabajo y poco tiempo para hacerlo. Así no se puede investigar bien el accidente ni concluir en las verdaderas causas del mismo.

Una vez interrogué a un policía sobre cómo había llegado a la conclusión de que el vehículo iba con excesiva velocidad y sólo me contestaba que él había estudiado como hacerlo, pero que no me podía explicar con precisión cómo lo había determinado. No usaba explicaciones como «medí la longitud de la frenada» o «lo determiné por el tipo de abolladura de la carrocería». No hay recursos para hacer ese tipo de análisis. Simplemente se limitó a decir «Iba rápido porque si no iba rápido no lo hubiese atropellado pues».

Pero para hacer operar la regla de la culpa, saber con precisión que pasó (o que no pasó) es central para poder aplicar la norma. Si no tengo recursos para poder determinar que pasó, la regla es inaplicable.

Con la regla de la culpa, si yo tengo un expediente con un atestado técnicamente paupérrimo, nadie pagaría daños, porque no se generaría en el juez ninguna convicción de que la culpa existió y que por tanto el conductor debe responder.

Entonces los jueces, ante la dificultad de encontrar recursos para generar las pruebas que se necesitarían para hacer funcionar el sistema de culpa buscaron una salida y dijeron (1) es caro probar, entonces (2) hay que reducir el costo de prueba, (3) el sistema de responsabilidad objetiva reduce el costo de prueba, entonces, (4) el sistema objetivo es mejor para nuestro país.

Así una regla simple como la de responsabilidad objetiva permite que se den más indemnizaciones. Ya no hay que probar cómo ocurrieron específicamente los hechos. Basta demostrar que el accidente se produjo. Pero el lector descubrirá que ello genera otros problemas. La regla de la responsabilidad objetiva es una especie de regla intermedia entre la regla de la culpa y la regla que propone EPSTEIN como ejemplo, de que el demandante siempre gana. Es muy fácil para el demandante demostrar que lo atropellaron y así ganar el juicio. ¿Y esto qué genera? Incentivo para los demandantes, para las víctimas de los accidentes, de tomar pocas precauciones, porque si siempre le van a pagar, para qué tomar precauciones que tienen un costo y que no van a generar un beneficio porque el daño va a estar ya cubierto.

Pero en el Perú ese no es un gran problema. Como las indemnizaciones son realmente muy bajas, no hay muchos incentivos para generar conductas que incrementen accidentes simplemente por la conciencia de que siempre me van a pagar. Tenemos juicios de bajo costo para dar indemnizaciones de bajo monto.

## VII. REGLAS SIMPLES Y RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS.

Analicemos otro tipo de casos que nos muestren como obviar el análisis que hace EPSTEIN puede conducirnos a resultados contraproducentes. Es el caso de las relaciones de consumo y la responsabilidad extracontractual derivada de los daños causados por bienes y servicios en dichas relaciones. Hay una tendencia en el Perú, reforzada en los últimos años y que, de alguna manera, intenta emular lo que ha venido ocurriendo en los Estados Unidos. Me refiero al traslado de las relaciones de consumo de las reglas contractuales a la esfera de las normas de responsabilidad extracontractual.

La línea inicial dentro del *common law*, y también dentro de nuestro sistema, era abordar las relaciones de consumo como relaciones contractuales. Finalmente entre el proveedor y el consumidor existe un contrato voluntario en virtud del cual el primero entrega al segundo un bien o le presta un servicio bajo ciertas condiciones explicita o implícitamente dadas. En ese sentido de la adquisición del bien o de la contratación del servicio nace una relación obligatoria que refleja una naturaleza contractual, en la que los términos y condiciones se derivan de una expresión voluntaria del estipulante y aceptada por el consumidor por la vía de la adhesión.

Como ya hemos visto en la sección referida a contratación masiva, algunos han pretendido usar el concepto de adhesión como una antinomia de lo que sería una relación contractual. Sostienen que la adhesión no es un acto voluntario y por tanto la relación resultante no puede tener naturaleza contractual. Pero si los mercados son suficientemente competitivos no es posible discernir por qué una relación nacida de ese tipo de expresión de voluntad carece de naturaleza contractual. Mientras el consumidor tenga varias opciones de diversos proveedores en el mercado está en capacidad de ejercer su libertad y expresar su autonomía privada. En esa línea las condiciones contractuales estándares serán consecuencia de la interacción de proveedores y consumidores. Si una cláusula contractual es excesivamente favorable al proveedor y no tiene una compensación contractual percibida por el consumidor, (por ejemplo un precio menor como consecuencia de riesgo que la cláusula traslada al consumidor) entonces los consumidores girarán a otra opción en el mercado y el proveedor perderá

clientes. No es necesario estar en aptitud de negociar un contrato para poder expresar nuestra autonomía privada. La pluralidad de opciones permite ejercer la autonomía privada con igual efectividad y conseguir relaciones que reflejen una naturaleza contractual.

Pero la tendencia de la que hablamos trata de negar estos hechos y considerar a la «contratación con consumidores» como algo diferente a una contratación. Esa tendencia se deriva del intervencionismo contractual en las relaciones de consumo, mayores regulaciones de calidad o incluso de precios y, en lo que nos ocupa, la conversión de la responsabilidad por productos defectuosos a esquemas más parecidos a los de responsabilidad extracontractual. Una de las consecuencias de ello es la pérdida de valor vinculante de ciertas cláusulas o estipulaciones contractuales, las que no pueden limitar, regular o restringir la responsabilidad del proveedor. Ello se ve reflejado desde la ineficacia de la cláusula hasta interpretaciones siempre favorables al consumidor, forma indirecta de privar a dichas cláusulas de eficacia.

Bajo este paradigma las partes no pueden pactar entre ellas libremente. La adhesión es limitada como mecanismo de formación del contrato y muchos de los términos contractuales vienen impuestos de afuera, por el legislador o por las Cortes.

En otras palabras esta tendencia renuncia a usar la regla simple que enunciaba EPSTEIN y que las partes reconocen fácilmente. La tendencia limita el uso de la frase «salvo pacto en contrario» y al hacerlo plantea como alternativa un conjunto de reglas complejas que tratan de recoger soluciones a toda la inmensidad de problemas que pueden presentarse en un problema de, por ejemplo, defecto del producto. Son reglas difíciles, impredecibles y discrecionales en su aplicación. Y ello porque parten de la premisa de renunciar a la autonomía privada como mecanismo de regulación de las complejidades de la vida diaria.

Si se permitiera al consumidor aceptar una condición determinada, tenemos una regla simple y que todos entienden. El renunciar al «salvo pacto contrario» implica renunciar a la capacidad de la interacción entre individuos para contemplar y lidiar con las vicisitudes que ellos conocen mejor que nadie. Normalmente lo que dice el contrato, incluso bajo el esquema de contratación por adhesión, suele ser mejor.

El otro día escuchaba en una conferencia al Presidente de la Sala de Competencia, el Sr. Juan Francisco ROJAS, capturado en esa nueva tendencia. Para él el rol de una institución como Indecopi es velar justamente por los consumidores y la defensa del aspecto social de la población. Pero no en el sentido de proteger su proceso de elección, sino de decidir en lugar del

consumidor, de saber qué es mejor para ellos en cada caso, de convertir lo contractual en extracontractual. En otras palabras, refleja el espíritu de construir una regla compleja. Solo a título de ejemplo basta leer el precedente en el que cambian el concepto de consumidor final[9]: para poder contemplar todos los casos han creado una regla tan compleja, que hará que su aplicación sea un verdadero dolor de cabeza.

Nótese el uso de una palabrita muy particular: «Social». Es la típica palabrita que, usada en un cierto contexto, permite reconocer una regla compleja, una que nadie puede predecir en su resultado y que, por el contrario, requiere de todo un andamiaje de pasos y reglas menores, sin contenido objetivable, que hacen costoso e impredecible al sistema jurídico. Crea una regla compleja, porque nadie sabe qué significado específico tiene «lo social». Que algo tenga que ajustarse a un abstracto y no definido «interés social» hace que la regla no tenga un contenido definido, por lo que el contenido será definido en cada ocasión según el leal saber y entender (o ignorancia y desatención) del funcionario de turno.

Regresemos al problema de los llamados productos basura, ya tratados en la sección referida a la contratación en masa. Nos dicen que en el Perú uno encuentra muchos productos de mala calidad. Efectivamente si uno los compara esos productos con los de otros países desarrollados, o incluso con productos que se venden en el Perú a ciertos sectores, encontrará diferencias de calidad apreciables.

Pero es que la calidad tiene un costo y ese costo se incrementa conforme se tiene más calidad en un producto o servicio. Y si los consumidores no pueden pagar por la calidad adicional, la calidad en esos segmentos del mercado será menor porque no habrá proveedores incentivados a ofrecer lo que no va a ser comprado. La calidad cuesta y, si la calidad cuesta, las reglas legales tienen que comprender que no todos pueden pagar la calidad idónea y que les haríamos a los consumidores un menudo favor si forzáramos la fabricación de productos de mejor calidad pero cuyos precios no pueden pagar. Ello reflejaría además una regla compleja. En cada caso la autoridad debería definir cuál es la «calidad adecuada». Por adecuado no me refiero a la que el consumidor aceptó explícita o implícitamente, sino lo que la autoridad considera aceptable. ¿Pero cómo tener una regla que permita identificar la calidad adecuada para cada consumidor en cada circunstancia? El resultado va a ser un conjunto de principios y reglas complejas y abstractas que tratarán de encontrar salidas para cada caso.

---

9. Caso Moquillaza vs .Milne, Resolución No. 422-2003/TDC-INDECOPI:

En cambio la regla que respeta la decisión informada de un consumidor que asumimos debe actuar razonablemente resuelve el problema pues elegirá la calidad que está al alcance de su bolsillo y que refleja, dentro de sus limitaciones presupuestarias, la mejor satisfacción posible a sus preferencias y necesidades. En pocas palabras, el «salvo pacto en contrario» es la mejor regla cuando uno tiene que lidiar con cosas tan complejas como millones de combinaciones de precios, calidades y términos distintos en un mercado determinado.

Por eso es que, cuando pensamos en la responsabilidad civil, tenemos que pensar en reglas más simples. Tiene que pensar que los problemas tenemos que resolverlos a muy bajo costo, asumiendo que enfrentamos una tremenda escasez de recursos.

## VIII. CONCLUSIÓN

En realidad, cuando un país es pobre las reglas tienen que ser aún más simples. No creo en un Congreso haciendo reglas simples. Tampoco confío en los abogados haciendo reglas simples, por más que soy abogado, y menos confío en los juristas haciendo reglas simples. Creo que las reglas deben resolver problemas prácticos, no resolver dilemas conceptuales. Y para eso creo que la gente común y corriente, la de carne y hueso, interactuando en situaciones concretas, tiene mejor capacidad para crear reglas.

La regla debe resolvernos el problema que tenemos en frente: ¿Cómo hago para reducir los accidentes? La pregunta no es entonces si la doctrina italiana es mejor que la francesa. La pregunta es cómo tener una regla buena y simple. Ello es cierto en cualquier país del mundo, pero es mucho más cierto en un país pobre como el nuestro.

En conclusión, con la responsabilidad civil sucede algo similar a lo que sucede con cualquier decisión de política económica. La responsabilidad civil, sobre todo en países con pocos recursos, puede tener efectos inflacionarios, tener efectos redistributivos, incentivar la producción de ciertos bienes, desincentivar la producción de otros, establecer estándares de producción, etc. La responsabilidad civil es un complemento necesario a todo el sistema del mercado y nos ayuda a resolver casos donde los costos de usar el sistema contractual son prohibitivos. Al igual como las decisiones de política económica son más difíciles en un país pobre, son también más difíciles las decisiones entorno al sistema de responsabilidad civil. Tanto a nivel legislativo (cómo diseñar el sistema) como a nivel judicial (cómo resolver cada caso), quizás la única conclusión a la que podemos llegar es que el sistema debería tratar de ser conciente de su escasez de recursos para resolver los problemas y dar a los jueces estándares de más fácil apli-

cación. Nuestro sistema tiene que responder a esas limitaciones que le impone el subdesarrollo.

Los errores al aplicar un sistema de responsabilidad civil son un costo. Una economía próspera tiene más recursos para solventar errores. Por ello se puede dar el lujo de cometer más de ellos. Un sistema de responsabilidad civil en un país subdesarrollado no se puede dar el mismo lujo, porque su nivel de recursos para cubrir esos errores es mucho menor.

Requerimos un sistema de responsabilidad civil que pise tierra, que no se quede sólo a un centímetro del piso, sino que sienta cuál es la realidad de este país en concreto. La escasez nos impone un mayor pragmatismo del que se puede exigir en cualquier otro sistema. Ser conciente es el primer paso para salir del subdesarrollo. El segundo es confiar en las personas como dueños de su propio destino.

El subdesarrollo es la más terrenal de las realidades en este país. Dejarnos atrapar en paraísos dogmáticos no sólo es ponernos de espaldas a lo real, es condenarnos a seguir siendo subdesarrollados para siempre.

# La Causalidad*

¿Por qué si Juan es atropellado puede obtener la reparación del chofer del automóvil? ¿Acaso no es igual cobrarle al chofer del siguiente automóvil que pase por la misma calle? ¿Por qué, si Luis es herido por un arma disparada por Jorge puede demandar a este último si quizás un tío de Luis tiene más dinero de donde obtener una indemnización? ¿Por qué si un médico comete negligentemente un error que le cuesta la vida a Alberto sus herederos pueden solicitarle a él la indemnización y no a la fábrica de automóviles ubicada frente al hospital? Quizás al lector le parezcan tontas las preguntas. Pero el problema de fondo no es tan tonto ni su respuesta tan obvia.

Una primera respuesta, que en realidad no es tal, sino que es producto de un razonamiento circular, es acudir al Código Civil y decir que el chofer debe responder porque, de acuerdo al artículo 1970, mediante un bien riesgoso causó un daño a otro, el cazador porque de acuerdo al artículo 1985 existe una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido o que el médico, de acuerdo al artículo 1969, causó, por su culpa, un daño a otro. En pocas palabras, la respuesta a todas las preguntas es que debe existir un nexo causal entre el hecho y el daño.

---

* Esta sección se basó en el artículo «Causalidad Probabilística: El problema de los costos administrativos en el diseño de un Sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual», publicada en *Ius Et Veritas*, N.° 3, 1992.

Pero la pregunta es, en realidad, por qué el Código, y en general casi todos los sistemas de responsabilidad civil extracontractual, exigen la existencia de un vínculo causal. Por tanto, cualquier respuesta no se puede limitar a lo que dice la norma positiva.

## I. LA CAUSALIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL.

Quizás el artículo 1985 sea, junto con el 1969 y el 1970, una de las normas más importantes de la parte de responsabilidad extracontractual del Código Civil de 1984. La razón de su importancia suele ser perdida de vista. Si bien parecería definir el contenido de la indemnización, mencionando los rubros que pueden comprenderla (lucro cesante, daño a la persona y el daño moral) lo más importante es que la referida norma establece como debe entenderse el llamado nexo causal o relación de causalidad.

Así como el 1969 y 1970 definen el uso del factor de atribución subjetivo y objetivo, respectivamente, el 1985 define cuál es la teoría causal a la que se acoge nuestro Código. Es por ello que, sin perjuicio de la importancia de los diversos rubros que pueden comprender la indemnización, concentraremos nuestro comentario en la importancia y sentido del concepto de causalidad adecuada.

Como se desprende de lo dicho, la técnica legislativa usada no es la más adecuada pues la definición causal aparece en un artículo que parecería referirse sólo a los daños. Sin embargo, establece justamente que para que un daño sea indemnizable debe establecer una relación de causalidad adecuada con la acción dañosa. Así, en lugar de tratar con cuidado el tema causal, el Código establece sus alcances usando una sola palabra: adecuada.

La definición de que consecuencias de una acción pueden considerarse daños indemnizables es tan rica como la discusión entre cuál de los factores de atribución es el más adecuado. De hecho, la definición de la relación causal comprende qué tipo de daños son indemnizables y cuál es la extensión de la indemnización.

Usualmente se suele entender que el nexo causal se define en base a una relación de causa natural (relación causa-efecto), a la que usualmente la doctrina denomina causa *sine qua non*. Bajo tal concepción un daño es consecuencia de una acción, si se puede establecer como relación lógica que «de no haberse desarrollado la acción, esta consecuencia no habría ocurrido».[1]

---

1. Curiosamente en el sistema anglosajón a la causa *sine qua non* se le denomina «but for cause» que en una traducción literal seria «de no ser por…»

Así, por ejemplo, afirmaciones como «si el vehículo no hubiera estado circulando el peatón no hubiera sido atropellado» o «si no hubiera lanzado la piedra la cabeza no se hubiera roto» reflejan esta idea. Con ello la circulación del vehículo sería la causa del accidente y el lanzamiento de la piedra la causa de la lesión.

Pero resulta evidente que ese simple criterio es insuficiente pues muchas causas naturales de una consecuencia no parecen relevantes como para hacer responsable a una persona. Llevando el tema al extremo, si un sastre se demora en entregar un terno, y como consecuencia de ello su cliente pierde un avión, y al verse forzado a tomar otro, éste se estrella y causa su muerte, podría decirse que si no hubiera omitido entregar el terno su cliente no estaría muerto. Pero si bien es una causa natural, no parece ser la causa jurídicamente relevante. También podría decirse que si los padres del conductor no lo hubieran concebido, este no hubiera atropellado al peatón, pero no parece lógico considerar a los padres causantes del daño y obligarlos a indemnizarlo.

Esto conduce a que la mera causa natural o *sine qua non* no sea una herramienta suficiente para que el sistema de responsabilidad civil cumpla sus funciones. Por ello, sobre este concepto se han construido en la doctrina diversas construcciones conceptuales de causalidad como las de la causa preponderante, la causa inmediata o la causa próxima, dirigidas justamente a discriminar de todas las causas posibles, aquellas que son relevantes para los fines del sistema. Con esas teorías trata de discriminarse, de todas las causas naturales existentes aquellas que pueden ser jurídicamente relevantes.

Pero sin duda es la teoría de la causalidad adecuada la que mejor cumple este rol y permite identificar de todas las posibles causas de un accidente las que son realmente relevantes.

Un ejemplo nos puede ayudar a entender mejor este punto. Imaginemos que en un lugar de la calle hay un cartel que prohíbe estacionarse dado lo estrecho de la vía. Este lugar es adyacente a un edificio en cuyo segundo piso opera un gimnasio. En esas circunstancias un vehículo, estacionado en la zona prohibida, recibe el impacto de una pesa, dejada negligentemente en la ventana por un instructor descuidado, causándole una serie de daños. Si bien es cierto que de no haberse estacionado en esa zona los daños no se habrían producido al vehículo, también es cierto que el estacionar vehículos en zonas prohibidas no incrementa el número de daños por caídas de pesas. La única excepción sería que el cartel que prohíbe estacionarse dijera «Prohibido Estacionar. Caen Pesas.» En ese caso el conductor hubiera podido establecer la relación entre estacionarse en ese lugar y los daños que pudiera sufrir.

Como el lector podrá advertir, la causalidad adecuada se relaciona directamente con la predictibilidad del daño, es decir con la capacidad del actor de identificar, al momento de llevar a cabo su conducta, cuáles pueden ser las posibles consecuencias. De no ser así y uno respondiera incluso por las consecuencias que no se pueden prever se desincentivaría incluso el desarrollo de muchas actividades deseables para la sociedad.

Evidentemente la causalidad adecuada guarda relación con el factor de atribución. Por ejemplo si el factor de atribución es la culpa, la consecuencia debe estar en relación de causalidad adecuada con el tipo de daños. Si un chofer está ebrio cuando conduce y atropella a una persona, se puede decir que el manejar ebrio incrementa las posibilidades de que sé de un accidente de ese tipo. Pero si el chofer ebrio está detenido en un semáforo, su culpa no está causalmente vinculada con un accidente de un vehículo que se le estrella por detrás.

Por otro lado, si estuviéramos frente a un factor de atribución objetivo (como por ejemplo el riesgo) la adecuación debe darse con el tipo de riesgo generado. Si por el desarrollo de una actividad riesgosa, como volar una cantera con dinamita, alguien recibe una piedra en la cabeza, esa es una consecuencia normal de ese tipo de riesgos.

La causalidad adecuada busca que se identifique como causa de un daño aquella que normalmente hubiera ocasionado ese tipo de daños en particular. Se busca identificar comportamientos que incrementa las posibilidades de un tipo de un accidente. La causalidad adecuada puede ayudarnos a manejar mejor el sistema de responsabilidad. En la mayoría de casos de responsabilidad civil nunca se llega a demostrar la causa en concreto, es decir la causa *sine qua non*. Es muy difícil demostrar en un accidente de tránsito, en el que un automóvil atropella a un peatón, si el conductor estaba ebrio, si efectivamente la ebriedad fue la causa del accidente. Sólo se infirió que había un estado de ebriedad que muy probablemente causó el accidente. Se utiliza la causalidad adecuada de una manera distinta: se hace un «salto». Estamos en un extremo y cuando ya no nos alcanza la prueba saltamos y entonces establecemos un vínculo causal que no podemos demostrar plenamente.

Desde una aproximación funcionalista al sistema de responsabilidad civil debemos responder cual es la función que desarrolla la causalidad, y en específico la causalidad adecuada. Esto es, definir cuál es el efecto económico y social perseguido a través de hacer responsable de un daño a aquél que lo causó y no a cualquier otro.

## II. LA CAUSALIDAD Y LAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

Siguiendo en este punto de nuevo a CALABRESI[2], el sistema de responsabilidad se organiza para minimizar los costos de los accidentes. Ello implica que básicamente desarrolla las tres funciones mencionadas en las dos secciones anteriores. La primera es reducir el número y gravedad de los accidentes (*deterrence*). Se debe desincentivar aquellas actividades potencialmente dañinas que imponen a la sociedad costos superiores a los beneficios que generan. La idea es que no todo accidente debe ser evitado, pues ciertas actividades generan beneficios deseables que superan el costo social que dichas actividades imponen a los demás.

En segundo lugar, el sistema de responsabilidad puede tener como fin compensar a las víctimas. Pero esta compensación sólo tiene socialmente sentido si aquél llamado a compensar está en mejor situación que la víctima para enfrentar el costo del daño. Esto se logra, como ya vimos, a través de dos mecanismos. Uno es difundir socialmente el costo del daño. Para ello responde por el daño aquél que está en mejor situación para trasladar el costo al resto de la sociedad. En este sentido, y por la simple aplicación de la ley económica de los rendimientos decrecientes[3], es preferible que mil paguen uno a que uno pague mil. El sufrimiento social se minimiza haciendo que muchos soporten el costo económico del daño en lugar que sea sólo uno. Esta difusión social del costo se logra a través del sistema de seguros[4]

---

2. CALABRESI, Guido. *The cost of accidents*. *New Haven and London,* Yale University Press, pp. 26-31.

3. De acuerdo a esta ley económica, el rendimiento de un recurso va disminuyendo conforme vamos aumentando más unidades del recurso, si los demás factores de producción permanecen fijos o constantes. El ejemplo más conocido es el terreno agrícola en el que originalmente laboran 10 trabajadores para explotarlo. Podremos seguir aumentando trabajadores para aumentar la producción hasta que lleguemos a un momento en que saturaremos el terreno por un exceso de mano de obra. Así, el valor marginal de cada unidad adicional de mano de obra decaerá. Llegado un punto (por ejemplo 1,000 trabajadores) al aumentar un trabajador más, la producción, en lugar de incrementarse, decaerá, pues los trabajadores se hostilizarán entre ellos. Lo mismo sucede con el dinero. Los primeros mil soles de una persona son valorizados de mayor manera que los últimos mil. Difundiendo el costo del daño entre varios habrá una tendencia a afectar los «últimos» soles de varios, en lugar de los «primeros» soles de uno solo.

4. El seguro actúa como un ente recolector de recursos de todos los asegurados que pagan, por adelantado, la magnitud esperada de los daños que pueden causar. Cuando el accidente sucede, el seguro indemniza a la víctima del fondo creado por el pago de las primas de varios asegurados.

o del sistema de precios[5]. El segundo mecanismo es buscar aquella parte cuya solvencia económica le permita soportar el daño con menor sacrificio. En otras palabras que pague el que más tiene. Esta teoría, conocida en el sistema norteamericano como el *deep pocket* (bolsillo profundo), se basa, en la misma razón que justifica la difusión social del daño. Dentro de la ley de rendimientos decrecientes, el que tiene un millón «sufrirá» menos pagando mil que el que tiene sólo mil sufrirá por pagar esos mil.

Finalmente una tercera función es reducir los costos administrativos del propio sistema de responsabilidad civil. Trasladar el costo de un accidente de la víctima al responsable implica incurrir en nuevos costos: manejar un sistema judicial que decida y ordene quién debe responder es de por sí costoso. No tiene sentido desarrollar un sistema de responsabilidad civil cuyo costo de implementación sea superior a los beneficios que genera al resto de la sociedad. Dentro de la idea de costos administrativos no sólo debe considerarse el costo del manejo operativo del sistema, sino los costos que un sistema administrativo ineficiente impone a las partes. Así, por ejemplo, un sistema que tiende al error, impone un costo por cada error que cometa por sus propias deficiencias.

Cabe preguntarse ahora qué tiene que ver la causalidad con estas funciones. Tal como se aprecia en el artículo 1985 nuestro Código Civil se acoge a la teoría de la causalidad adecuada. ¿Qué quiere decir este término? Como señala De Trazegnies[6], esta terminología fue desarrollada por J. Von Kries, partiendo de la idea que la causalidad debía determinarse en base a una observación empírica para determinar si se trata de aquella causa que normalmente produce el resultado dado. No se trata, pues, de cualquier causa.

En general cualquier accidente ha sido ocasionado por una madeja de causas imposible de desenmarañar. En un accidente de automovilismo, se puede encontrar una relación de causalidad, en sentido amplio, entre el acto de los padres del chofer de haberlo concebido y el daño. Si el chofer no hubiese nacido el daño no se hubiese producido. Pero jurídicamente

---

5. Por ejemplo, si se hace a las empresas siempre responsables por los daños que sus productos ocasionen, éstas transmitirán el costo de los accidentes al precio de sus productos. Los consumidores pagarán un poco más por cada producto, pues en el costo de producción se ha incluido el costo de los accidentes. En estricto, el sistema es similar al de seguros. La empresa actúa como el asegurador y los consumidores se «aseguran» contra cualquier accidente pagando un poco más por el producto. Así todos los consumidores pagan una parte del accidente que cualquiera de ellos pudiese sufrir.

6. De Trazegnies, Fernando. *La responsabilidad extracontractual.* PUCP. Fondo Editorial. Biblioteca para leer el Código civil. Vol. IV, T. 1, pp. 288-289.

esto no nos interesa. La concepción del chofer por sus padres no es una causa adecuada del accidente. Dentro de esta línea, CALABRESI define lo que él llama el *causal link*. Este se da cuando, entre un acto o actividad y un daño, encontramos que la recurrencia del acto o actividad incrementa la posibilidad de que el daño ocurra[7].

Esto ya se vio en la sección anterior cuando analizamos el caso del tranvía en exceso de velocidad. Cuando pasa por un predio un árbol del mismo se cae como consecuencia de su mal mantenimiento por parte del dueño de la propiedad. El árbol cae sobre el tranvía ocasionando daños a los pasajeros. Cuando el propietario del tranvía demanda al propietario del predio éste contesta que el daño fue causado por el exceso de velocidad del tranvía.[8] Si éste hubiese respetado el límite de velocidad establecido el árbol se hubiese caído antes que el tranvía llegase a dicha zona, con lo cual no le hubiese golpeado. Pero como venía a exceso de velocidad llegó antes de lo debido. Sin embargo, no existe un vínculo de causalidad adecuada entre el exceso de velocidad y la caída del árbol. Si bien es cierto que si el tranvía no hubiese ido a exceso de velocidad el accidente no se hubiese producido, el hecho que los tranvías vayan por encima a la velocidad permitida no incrementa las posibilidades de que los árboles se caigan. El incremento en la frecuencia de actividad no guarda relación alguna con el incremento de la frecuencia del tipo de accidente, sin perjuicio que en este particular caso el accidente fue causado, en sentido amplio, por el exceso de velocidad. Distinto sería el caso si se demuestra que el exceso de velocidad de los tranvías producen una vibración en el suelo que incrementa el riesgo de caída de los árboles.

Si analizamos la reducción de los costos secundarios como única función de la responsabilidad civil (es decir si el punto es desarrollar mecanismos para compensar a la víctima), no existe razón atendible para establecer una relación de causalidad adecuada entre un hecho y el daño. No necesariamente el que «causó» el daño de acuerdo con el artículo 1985 está en mejor posición para distribuir socialmente el costo del accidente ni tiene mayores recursos que la víctima. Que la actividad incremente las posibilidades de que el riesgo se dé no quiere decir nada respecto de la habilidad del causante (o de la víctima) para difundir el costo social ni respecto a su solvencia económica.

Claro que, como sugiere CALABRESI, uno puede plantear el problema de la causalidad adecuada de una manera diferente. La pregunta podría ser si

---

7. CALABRESI, Guido. «Concerning Cause and the Law of Torts: An essay for Harry Kalven Jr.». *University of Chicago Law Review,* N.º 43, p. 71.

8. Court of Appeals of New York, 1919. 227 N.Y. 208,125 N.E. 93.

al poner la responsabilidad en una de las partes va a incrementar las posibilidades idea de que pueda en el futuro (a través de la contratación de un seguro, por ejemplo) distribuir las pérdidas. Este concepto de causalidad (es causante el que más fácilmente se puede asegurar) obviamente creará incentivos para favorecer a una mejor distribución del costo. Pero esta idea de la causalidad no es la reflejada bajo la idea de causalidad adecuada[9] ni puede argumentarse que sea la que acoge nuestro Código Civil.

Tampoco se puede establecer claramente la relación entre la reducción de los costos administrativos del uso del sistema de responsabilidad civil y la idea de causalidad adecuada. Por el contrario, quizás es menos costoso atribuir responsabilidad a través de un simple sorteo o haciendo responsable a la primera persona que pase por la calle. De hecho, probar la relación causal puede ser excesivamente oneroso en varias circunstancias. Como veremos más adelante, son precisamente los costos administrativos de prueba de la relación causal en supuestos en que existe un largo período de tiempo entre el desarrollo de la actividad y el daño lo que justifica cambiar la idea de causalidad adecuada por la de causalidad probabilística.

Pero donde sí se puede apreciar la razón de ser de la causalidad es en la función de desincentivar actividades que ocasionan accidentes. Obviamente, si queremos reducir el número gravedad de los accidentes el primer paso es identificar aquellas actividades cuyo desarrollo y repetición incrementa las posibilidades de que se dé un accidente. En el caso que pusimos del tranvía, nada se ganará estableciendo que el exceso de velocidad es causa del accidente si éste se produjo por la caída de un árbol. Obviamente tendría sentido controlar el exceso de velocidad si el tipo de accidente es de aquellos donde exceso de velocidad es «causa adecuada» de los mismos (como por ejemplo un atropello o un descarrilamiento). Pero no lograremos que los árboles dejen de caerse haciendo responsable al tranvía del accidente.

Si una actividad incrementa las posibilidades que un accidente se produzca esa actividad está externalizando costos al resto de la sociedad o, en otras palabras, se está produciendo una externalidad. Como no asume este costo, el agente puede estar desarrollando una actividad ineficiente. Imaginemos un mundo en el que no hay responsabilidad civil. El dueño del viejo árbol que aplastó el tranvía pudo haber evitado el accidente podándolo a un costo de 100. Si el árbol caía el daño esperado[10] puede ser de 1,000. En

---

9. CALABRESI. «Concerning Cause and the Law of Torts: An essay for Harry Kalven Jr.». *University of Chicago Law Review*, N.º 43, p. 74.

10. La idea de daño esperado difiere de la de daño real. El daño esperado se obtiene multiplicando la posibilidad porcentual de que el árbol se caiga por la magnitud absoluta del daño si el árbol efectivamente se cae. Por ejemplo, si existen 10% de

tal sentido, lo razonable sería cortar el árbol. Pero como en este mundo no hay responsabilidad civil, el propietario del árbol jamás lo cortará, pues se ahorra 100 y otro paga los 1,000 (en este caso, la víctima). Pero si se introduce un sistema de responsabilidad civil con causalidad adecuada[11], el propietario del árbol esperará pagar 1,000 en indemnizaciones[12] con lo que, de cortar el árbol, se ahorraría novecientos (1,000 – 100). Lo que la indemnización estaría haciendo es internalizar la externalidad. La idea de causalidad adecuada está íntimamente ligada con la de externalidad. Se dirá que una causa es adecuada cuando la actividad externaliza, a través de potenciales daños, parte del costo de la actividad[13]. En otras palabras, la causalidad jurídica puede ser traducida en términos económicos como externalidad.

Dentro de esta línea de razonamiento, la idea de causalidad adecuada va dirigida a identificar en quién es razonable internalizar el costo de los accidentes a fin que los individuos tomen en cuenta, al decidir, cuando y como desarrollan ciertas actividades, no sólo los beneficios, sino también los costos.

## III. LA CAUSALIDAD ADECUADA COMO UNA LOTERÍA.

Si bien la idea de la causalidad adecuada va dirigida a identificar dónde deben internalizarse los costos externos que genera una actividad potencial-

---

posibilidades de que el árbol se caiga, y el daño, si esto sucede, sería de 10,000, el daño esperado será de 1,000 (0.1 x 10,000 = 1,000).
En realidad estamos simplificando el cálculo para efectos prácticos. Como sugiere Christopher SCHROEDER («Corrective Justices and Liability for Increasing Risks». *UCLA Law Review*. Vol. 37, p. 460) el daño esperado debe calcularse por la simple sumatoria de cada uno de los distintos daños que una acción pueda causar descontándoles la probabilidad de que cada daño específico pueda realmente suceder. Así, el dueño del árbol no sólo debe considerar el riesgo de que se dañe un tranvía que pasa, sino a un niño que camina por la vereda o a la casa del vecino.

11. Es decir, si se entiende que el no cortar árboles viejos incrementa las posibilidades que uno de ellos al caerse dañe a un tranvía.

12. Nuevamente la indemnización esperada no es igual a la indemnización real, sino a la posibilidad que el accidente ocurra multiplicada por la indemnización que deberá pagarse si el daño ocurriese.

13. Los economistas dirían que existe «causalidad adecuada» cuando las funciones de utilidad de dos individuos son interdependientes. La utilidad (o beneficio) que recibe alguien no depende únicamente de sus propias decisiones de consumo, sino de las decisiones de consumo de otros. Así, si yo fumo puede ser que reciba un beneficio (el placer de fumar) pero genero una externalidad en quien se encuentra a mi lado (que ve incrementadas las posibilidades de sufrir un cáncer).

mente generadora de daños, este sistema funciona como una lotería. No todos los que desarrollan una actividad que incrementa las posibilidades que se dé un determinado accidente responden por el daño. Cuando el tranvía es golpeado por el árbol, la indemnización no es pagada por todos los propietarios de árboles viejos cercanos a vías de tranvía[14], sino sólo por aquel propietario del árbol que, de manera específica, causó el accidente. Si la posibilidad de que un árbol viejo se caiga y ocasione un accidente es de 10%, quiere decir que sólo uno de cada diez propietarios de un árbol podrá ser demandado. Los otros nueve árboles no han causado ningún accidente, a pesar que ha creado el mismo riesgo que el que efectivamente se cayó. La idea de internalizar el costo bajo un sistema de causalidad adecuada se torna en una lotería. Uno de cada diez propietarios será el «agraciado» responsable.

Ello ocurre porque la causalidad adecuada se construye sobre la causa natural o causa *sine qua non*. Ello significa que si bien la causalidad adecuada se analiza en relación al incremento de probabilidad de causar el daño que ocurrió, es necesario (al menos en principio) que en concreto al que tratamos de atribuir responsabilidad haya causado el daño objeto de la demanda. Así no hacemos responsables de un atropello por exceso de velocidad a cualquiera que va a exceso de velocidad, sino en concreto a la persona que yendo a exceso de velocidad, atropelló de manera efectiva a la víctima.

Podemos, sin embargo, cambiar el sistema para que la lotería se convierta en una internalización cierta. Pongamos el ejemplo de quienes exceden el límite de velocidad. Imaginemos que por ir a 100 kph se incrementa la posibilidad de atropellar un peatón. Así, yendo a la velocidad reglamentaria, existe una posibilidad en 10,000 de atropellar un peatón causándole daños a S/. 100,000. Ello quiere decir que el costo esperado del accidente a velocidad reglamentaria es S/. 10[15]. Imaginemos ahora que al ir a 100 kph el riesgo se incrementa en un 100%. Es decir que en lugar de atropellar uno en 10,000 se va a atropellar dos en 10,000 o, lo que es lo mismo, uno en 5,000. Imaginemos, para efectos de simplificar el ejemplo, que cada atropello sigue causando daños por S/. 100,000[16]. Entonces, el costo esperado por

14. Ni siquiera es pagada por todos los propietarios de árboles viejos que se cayeron, pues un árbol puede caerse sin ocasionar daño alguno.

15. Como vimos, el costo esperado se obtiene de multiplicar la posibilidad que se dé el accidente por la magnitud total del daño si el accidente se da. Así, 0.0001 x 100,000 = 10.

16. En realidad, sería más realista asumir que los daños se incrementan en cada caso porque la mayor velocidad causará mayores estragos. Sin embargo, para simplificar el ejemplo, vamos a asumir que no hay incremento en el monto de daños.

manejar a 100 kph es de S/. 20[17]. Pero éste es sólo el costo esperado. De cada 5,000 casos en que alguien rompe el límite de velocidad, sólo uno asumirá el costo total. Los otros 4,999 crearon el riesgo pero no asumieron el costo porque tuvieron la suerte de que no se dé un accidente. Sin embargo, si todos los individuos tienen información perfecta, conocen las posibilidades de que se dé un accidente y saben que si el accidente se da, pagarán una indemnización, internalizarán un costo de S/. 20[18].

Pero un sistema pensado en estos términos es, como dijimos, una lotería. Uno en 5,000 es «agraciado» en recibir el «premio» de tener que pagar los S/. 100,000. Existe, sin embargo, una idea de causalidad que permite descartar el azar como sistema de asignar los costos de los accidentes. Esta idea es lo que se conoce como causalidad probabilística.

Imaginemos que instalamos en cada automóvil (como requisito para circular) un detector computarizado de exceso de velocidad. Este detector está conectado por un sistema de radio a una central. Cuando se rompe el límite de velocidad, una computadora determina el incremento estadístico del riesgo y calcula cuál es el costo esperado de tal violación. La misma computadora liquida una «indemnización» de S/. 10[19] por violación que será recibida por correo por el conductor en su casa. Así se estaría internalizando el costo esperado del accidente. Si el análisis estadístico se hace de manera adecuada, el efecto para desincentivar aquellas actividades

---

17. Es decir, la posibilidad de que el accidente ocurra multiplicada por la magnitud absoluta de los daños si esto ocurriese. Así, 0.0002 x 100,000 = 20.

18. Esto será sólo si los individuos son neutrales al riesgo. Si tienen aversión al riesgo asumirán que el costo es mayor. Se dice que alguien tiene aversión al riesgo cuando no es indiferente entre pagar 100 con certeza o asumir un riesgo de 10% de pagar 1,000. Quien tiene aversión al riesgo estará dispuesto a pagar 100 con certeza con tal de evitar la eventualidad de tener que asumir un costo total de 1,000.

19. La cantidad es S/. 10 y no S/. 20 porque el conductor sólo debe responder en la medida que su negligencia incrementa el riesgo. Siendo que el manejar a la velocidad reglamentaria genera un riesgo de S/. 10, el daño esperado por la negligencia de conducir a exceso de velocidad sólo se ha incrementado en S/. 10. Sin embargo, dentro de la idea de causalidad probabilística, podría recurrirse a un sistema objetivo. Así, el supuesto del pago de la indemnización no dependerá del hecho que el conductor maneje diligentemente (es decir que no rompa el límite de velocidad) sino simplemente del hecho que maneje. En ese supuesto, incluso, el conductor que maneje dentro del límite reglamentario deberá asumir una indemnización de S/. 10, y el que maneje a 100 kph de S/. 20.

    En este caso, la causalidad no se establece sólo respecto del acto negligente sino del simple acto de manejar un automóvil.

no deseadas que ocasionen daños, será el mismo que se lograría con el sistema tradicional causalidad adecuada.

En realidad, la causalidad probabilística no sólo implica cambiar la idea de nexo causal, sino también la idea de daño. El daño no es la producción del accidente sino el incremento probabilístico de que se dé un daño cierto por efecto del desarrollo de una determinada actividad. Dentro de este sistema, la lotería desaparece. Ya no hay agraciados y perjudicados entre los que desarrollan una actividad riesgosa. Ahora, cada uno internaliza aquellas externalidades que sus actividades potencialmente generan.

Dentro del aspecto conceptual no hay diferencias sustanciales con un sistema basado determinar una relación de causalidad adecuada. En ambos casos, la idea central es identificar aquellas actividades cuya repetición incrementa las posibilidades que un determinado tipo de accidente se produzca. La diferencia es que la idea de causalidad probabilística elimina el efecto «lotería» del sistema.

Sin embargo, no cabe duda que el lector preguntará por qué utilizar un sistema tan complicado para alcanzar el mismo fin que se alcanza utilizando la idea de causalidad adecuada. El costo de detección puede ser elevado y el sistema, asemejarse a una historia de ciencia ficción

Análisis semejantes al propuesto ya se han utilizado en algunos países. Un célebre caso fue Sindell vs. Abbott Laboratories, seguido ante la Suprema Corte de California, Estados Unidos. El caso se trataba de los efectos de un medicamento antiabortivo conocido como DES. Este medicamento incrementaba las posibilidades de sufrir cáncer en las niñas cuyas madres lo habían utilizado durante el embarazo, una vez que la niña alcanzara la mayoría de edad. Varias mujeres, hijas de consumidores de DES y que venían sufriendo cáncer, demandan a los once laboratorios que produjeron este medicamento. La razón por la que se demandó a los once laboratorios era que por el transcurso del tiempo era imposible determinar de cuál de estos laboratorios provenía el medicamento consumido por cada una de las madres, sea porque las madres no lo recordaban (pues había transcurrido toda una generación desde que los productos fueron consumidos) o habían fallecido. La disyuntiva ante la que se encontraba la Corte era trágica, pues era imposible establecer la vinculación causal entre la producción de cada laboratorio y el daño de cada una de las víctimas. Sin embargo, la solución fue ingeniosa. Se estableció una idea de causalidad similar a la que venimos analizando. Cada empresa fue hecha responsable por una parte de los daños equivalente a su participación porcentual en el mercado. Así, por ejemplo, si una empresa vendió el 15% del DES, esta debía cancelar el 15% de la indemnización. De esta manera, se reconocía que cada empresa había generado un riesgo equivalente a la cantidad de DES que había puesto en el mercado,

independientemente de si ese DES había o no producido el daño específico por el cual se demandaba. Se eliminaba así el efecto «lotería» y se creaban los incentivos necesarios para una adecuada internalización de externalidades.

Sin embargo, la tesis de la causalidad probabilística va más lejos aún. Según esta teoría, la pregunta es si las hijas de madres que consumieron DES, pero que aún no han sufrido daños, pueden demandar a los laboratorios por el incremento de posibilidades de sufrir cáncer generado por el consumo de sus productos.

Por ejemplo ¿pueden los vecinos que han visto incrementado el riesgo de sufrir cáncer en un 30%, porque una empresa ha contaminado el agua de los pozos cercanos, demandar a la empresa por el incremento del riesgo aún sin sufrir ellos mismos el daño?

## IV. ¿CUÁNDO ES RAZONABLE UTILIZAR EL CONCEPTO DE CAUSALIDAD PROBABILÍSTICA?

La sociedad moderna ha creado una serie de riesgos donde la desincentivación de actividades dañinas no puede ser lograda a través de la idea tradicional de causalidad adecuada. Si para conseguir el comportamiento eficiente de los distintos agentes sociales deben internalizarse las externalidades, la idea de causalidad adecuada, que como vimos está íntimamente vinculada a esta función, resulta insuficiente.

Existe un conjunto de riesgos en donde existe un período de tiempo considerable entre la actividad causante del daño y la manifestación de este último. Ello sucede con casos como el del DES, el del agua contaminada, daños al medio ambiente o exposición a sustancias cancerígenas como fue el caso de los productores de asbesto, donde el daño se manifestó 20 años después. Como consecuencia del transcurso del tiempo, tres problemas complican la posibilidad de una efectiva internalización de externalidades:

a) El transcurso del tiempo complica las relaciones de causalidad. Como bien dicen COOTER y ULEN, en el caso del DES, las víctimas pueden no sólo atribuir el daño al consumo del DES, sino al hecho de que fumaban, trabajaron en locales tratados con pintura de asbesto, o en general, estuvieron expuestas a otras sustancias cancerígenas[20].

b) La existencia de un largo período de tiempo entre la realización de la actividad que causa el daño y la manifestación de este último hace que

---

20. COOTER, Robert y Thomas ULEN. *Law and Economics,* Harper Collins Publishers, pp. 418-419.

la mayor parte de las pruebas o hayan desaparecido o sean inubicables[21]. Por ejemplo, en el caso del DES las madres de las víctimas o habían fallecido o no recordaban de qué laboratorio era el medicamento que habían consumido.

c) Normalmente, este tipo de riesgos se vinculan a la responsabilidad de empresas. Los administradores de una empresa (directores y gerentes), que por naturaleza rotan y cambian en períodos de tiempo relativamente cortos, no se preocuparán por los daños que puedan aparecer que treinta años después, simplemente porque estarán en sus casas gozando de su jubilación. Así un sistema de responsabilidad civil con causalidad adecuada no crea los incentivos adecuados para un comportamiento racional de las empresas respecto a qué precauciones son adecuadas[22].

La única manera de evitar estos problemas es internalizando los costos antes que el transcurso del tiempo haga difícil su internalización efectiva. Pero si el daño recién se va a producir luego de un largo período de tiempo, la única manera de lograr esto es cambiando nuestra idea de daño y de causalidad. En lugar de tener un sistema de responsabilidad que entra en operación *ex post* al daño, se debe recurrir a un análisis *ex ante*. Pero con un análisis *ex ante* es imposible determinar la causa específica de un daño determinado que aún no se ha producido en una víctima específica, y que incluso podría jamás suceder. Por ello, la teoría de la causalidad probabilística pretende darnos elementos que nos permitan realizar un análisis *ex ante* al daño para determinar la responsabilidad.

Para lograr su objetivo, esta teoría considera el daño como el incremento estadístico de las probabilidades de sufrir un daño cierto por el desarrollo de una determinada actividad. Por ello, quizás se puede decir que lo que realmente cambia no es tanto la idea de causalidad como la propia idea de daño. En este sentido podríamos hablar del «daño probabilístico». Dentro de este modelo, la indemnización se determina multiplicando la posibilidad de que el daño ocurra por la magnitud absoluta del daño, si éste llegase a ocurrir.

Para graficar esto, imaginemos que una fábrica contamina las aguas de un río incrementando las posibilidades de que sus 1,000 vecinos sufran cáncer. Imaginemos, además, que ese incremento es la elevación en 10 puntos porcentuales de las posibilidades ordinarias que cualquier persona tiene de sufrir cáncer. Esto quiere decir que si el riesgo original era de 5%, como

---

21. Ibid, p. 419.

22. Schroeder, Christopher H. «Corrective Justice and Liability for Increasing Risks». En: *UCLA Law Review,* Vol. 37, pp. 475-476.

consecuencia de la contaminación, el nuevo riesgo es de 15%. Dentro de la idea de causalidad, la fábrica debe responder sólo por el incremento del riesgo, pues ella no es causante del riesgo original.

Dentro de nuestro ejemplo, antes sólo 50 pobladores[23] sufrirán cáncer. El día posterior al acto de contaminación, serán 150 pobladores[24]. En consecuencia, habrá 100 nuevas víctimas atribuibles a la contaminación del río. Imaginemos que los daños promedio por una muerte por cáncer sean de S/. 1'000,000. Como el incremento en el riesgo es de 10% (0.1), la indemnización debe ser igual a S/. 100,000:

$$P \times D = I$$

$$0.1 \times 1'000,000 = 100,000$$[25]

Donde P es el incremento en las posibilidades de sufrir el daño, D es la magnitud absoluta del daño e I es la indemnización de acuerdo a la base probabilística.

Si la idea es internalizar los costos que la actividad de la fabrica produce, ambos sistemas logran, al menos, en teoría, el mismo efecto. Si se aplica el modelo tradicional de causalidad adecuada, las cien nuevas víctimas podrán demandar por S/. 1'000,000 una vez que se produzcan los daños (es decir, dentro de, por ejemplo, 30 años). Ello implica que se estaría internalizando como costo para la fábrica la cantidad de S/. 100'000,000, es decir:

$$100 \times 1'000,000 = 100'000,000$$

Por el contrario, si aplicamos un sistema de causalidad probabilística, el día de hoy los 1,000 vecinos que han visto incrementadas sus posibilidades de sufrir cáncer, y sin necesidad de ver quiénes sufrirán efectivamente la enfermedad, pueden pedir que se les indemnice con 100,000 cada uno, que representa el 10% de incremento de riesgo de sufrir un daño de 1'000,000. En consecuencia:

$$1,000 \times 100,000 = 100'000,000$$

---

23. El 5% de 1,000.

24. El 15% de 1,000.

25. En realidad debería descontarse de la indemnización la tasa de rendimiento del dinero correspondiente al período que se espera transcurra desde el pago de la indemnización hasta la eventual producción del daño. Así, a la fecha de producción del daño esperado, la indemnización habría ganado lo suficiente para corresponder a la magnitud estadística del daño. Sin embargo, para efectos de simplificar el ejemplo, vamos a obviar este punto y a asumir que el día de hoy se debe cancelar el íntegro del monto esperado de la indemnización.

Como podemos ver, en ambos casos el monto internalizado será el mismo: 100'000,000. La ventaja del segundo sistema es que se evita el efecto del transcurso del tiempo que puede hacer difícil y hasta imposible la internalización. Así, el punto central es que, si bien la relación causal busca cumplir la función de reducir los costos primarios de los accidentes[26] en ambos sistemas, el segundo tiene la ventaja de reducir los costos terciarios, es decir, los costos administrativos del sistema de responsabilidad civil y que pueden llevar, a su vez, a una ineficiente internalización. Claro que se tiene que considerar que los costos terciarios del sistema de causalidad probabilística también pueden ser elevados. Así, descubrir cuál es el costo esperado y la probabilidad de que un accidente suceda el futuro puede ser sumamente complicado. En muchos casos es imposible saber, al momento que se desarrolla la actividad, de que existe un daño potencial, con lo que resulta imposible aplicar un sistema de causalidad probabilística. Pero en aquellas situaciones en que se pueda determinar, a un costo razonable, esta información, el sistema puede ser una alternativa real al problema del control de los accidentes.

## V. LA CAUSALIDAD PROBABILÍSTICA Y LA COMPENSACIÓN DE LOS DAÑOS DE LA VÍCTIMA

Habíamos dicho que el sistema de causalidad probabilística elimina la lotería del lado del causante del daño. Pero como consecuencia de este hecho crea una lotería del lado las potenciales víctimas. Si la idea es que las víctimas que reciban una indemnización por daño probable no puedan solicitar una indemnización cuando el daño se toma en cierto, resulta que aquellos que sufren efectivamente el daño han sido «sorteados» como los «agraciados» un daño que ya nadie les va a reparar. Así, la parte del daño que excede la indemnización por incremento de posibilidades de sufrirlo, resulta siendo el «premio» en la lotería.

Tal como hemos explicado, el sistema de causalidad probabilística tiene dos problemas principales. El primero, ya mencionado, es que muchas veces es muy costoso, sino imposible, identificar las probabilidades y magnitudes exactas de un daño potencial. El segundo es que, de acuerdo a este sistema, por lo menos en su diseño original, no existe una adecuada compensación a las víctimas. Muchos que nunca sufrieron realmente los daños resultaron indemnizados por el incremento de un riesgo que nunca se con-

26. Es decir, la frecuencia y magnitud de los accidentes.

cretó, y otros que efectivamente lo sufrieron resultaron compensados sólo de manera parcial.

Dentro del diseño expuesto, el acento está puesto en la reducción de los costos primarios[27] y no en la compensación a la víctima[28]. En otras palabras, la atención se centra en la internalización de las externalidades generadas. El mérito del sistema de causalidad adecuada tradicional es que no sólo sirve para identificar al causante del daño, sino a la víctima del mismo. Esto no se da en el sistema de causalidad probabilística, principalmente porque el propio concepto de daño ha sido cambiado.

Sin embargo, el sistema puede ser perfeccionado determinando que las indemnizaciones no vayan *ex ante* a las víctimas, sino *ex post*, sin perjuicio de que sean exigidas *ex ante* a la producción del daño. Así, las indemnizaciones pueden ir a formar un fondo que, debidamente depositado en una institución financiera, irá compensando a las víctimas finales del daño, conforme éstas vayan apareciendo. Este sistema ha sido sugerido por SCHROEDER[29]. La idea es que todos los que crearon el riesgo sean demandados para constituir este fondo, el mismo que será utilizado para compensar a las víctimas cuando estas aparezcan como consecuencia de la materialización del daño. Obviamente, habrá problemas para que los ingresos del fondo (indemnizaciones) sean iguales a los egresos (pago a las víctimas). Ello si atendemos al hecho que nos movemos en el campo estadístico, donde siempre hay un margen, muchas veces no despreciable, de error. A veces se recolectará más de lo necesario, y otras veces menos. Pero, si tomamos en cuenta que el período de espera para que el daño se materialice, puede hacer imposible recuperar la indemnización que compense el daño e internalizar la externalidad; comprenderemos que en ese caso sí existirá una diferencia sustancial entre lo que se recaude *ex post* al daño para indemnizar a las víctimas y las necesidades de estas últimas como consecuencia del accidente. En este aspecto, la teoría de la causalidad probabilística no sólo puede derivar en una más eficiente desincentivación de los accidentes, sino en una mejor compensación a las víctimas.

Para que el sistema sea operativo se requiere darle a alguien la posibilidad de demandar *ex ante* por los daños potenciales; una primera opción sería el Estado. Este tendría la legitimidad para obrar, pudiendo reclamar los daños y perjuicios potenciales y administrar el fondo hasta que las víctimas

---

27. Es decir, la gravedad y frecuencia de los accidentes.

28. Que según CALABRESI, se identifica con los costos secundarios de los accidentes.

29. SCHROEDER. *Ob. cit.*, pp. 466-469.

soliciten su compensación. Esta titularidad podría concedérsele a la fiscalía o a una entidad pública especializada. Incluso podría pensarse en un mecanismo administrativo que opere bajo un sistema de multas que refleje el costo real que la actividad de los causantes externalizan al resto de la sociedad. De las multas recabadas podría compensarse, luego, a las víctimas.

Pero, para los que desconfían de la capacidad, eficiencia e interés del Estado para actuar bajo estas circunstancias, la solución puede estar en conceder a las víctimas potenciales la legitimidad para obrar. Así, la víctima potencial puede demandar, no sólo por su propio interés, sino en representación de todos aquellos que puedan sufrir el tipo de daños involucrados en la demanda[30]. Luego podrá descontar de la indemnización que obtiene, y que refleja no sólo el daño que él pudiera sufrir, sino el de todas las demás potenciales víctimas, los costos del juicio e incluso una remuneración que compense el riesgo que asumió al interponer la demanda. El saldo sería depositado en una institución financiera a fin de esperar las solicitudes de las víctimas reales del daño cuando éste se materialice.

De una u otra manera se lograría, por un lado, una oportuna internalización de los costos externalizados; y, por otro, una compensación a las víctimas que dentro del esquema tradicional, sería impensable.

## VI. EL SISTEMA DE SEGUROS Y LA CAUSALIDAD PROBABILÍSTICA

El diseño expuesto hasta aquí no resulta tan descabellado como podría pensarse. De alguna manera, recoge la misma racionalidad que encontramos detrás de un régimen de seguro obligatorio. Quizás la diferencia radique en que el régimen de seguro obligatorio suele conceder mayor importancia a la compensación antes que en la desincentivación de accidentes.

Normalmente se incluye bajo el régimen de seguro obligatorio actividades que por su naturaleza son especialmente riesgosas. Al ponerse el asegurado (a través de la obligación y asegurarse) el peso de la obligación de pagar las primas, se está reconociendo que sus actividades generan costos a los demás que deben ser internalizados. Así, quien debe contratar un seguro está pagando *ex ante* el costo esperado de sus actos. La compañía de seguros se especializa en determinar la probabilidad y la magnitud esperada del accidente[31], de manera que las primas reflejen el costo esperado más

30. Esto es conocido en el sistema norteamericano como la *class action* o acción de clase.

31. En realidad, en un sistema de seguro obligatorio, la magnitud suele ser determinada legalmente a través de la fijación de un monto mínimo de cobertura que debe ser contratado por el asegurado.

los costos del propio sistema de seguro. Pero quien cobra la prima que refleja la magnitud del accidente, no es una potencial víctima. Es una entidad (la compañía de seguros) encargada de formar un fondo de donde serán compensadas las víctimas reales.

Si la compañía de seguros hace un cálculo en adecuado de los riesgos implícitos en una actividad (y debemos confiar que así será pues de eso «vive» el asegurador) y supervisa que quien indemniza desarrolla esta actividad (es decir, el asegurado) tome las medidas de seguridad adecuadas para reducir el costo primario de los accidentes, se está produciendo, a través de la prima, una adecuada internalización del costo externalizado[32]. Adicionalmente, el seguro es un mecanismo confiable de compensar a las víctimas. De esto se deriva que un buen mecanismo para tratar casos de daños que tienen un período considerable de incubación, sería el de un seguro obligatorio que llevaría a los agentes económicos a considerar el costo social de sus actividades, por un lado, y a asegurar la compensación de las víctimas de tales actividades.

Como hemos visto, la idea de la causalidad probabilística trata de aportar una alternativa adicional, reconociendo que es mera especulación teórica en algunos casos donde los costos de implementación son altos, y verdadera alternativa en otros donde soluciona problemas frente a los que la causalidad adecuada muestra la más absoluta orfandad para desarrollar su función económica y social. Sólo me interesa destacar que las soluciones no encuentran su valor porque satisfacen la inquietud intelectual del teórico, sino porque responden al llamado de la realidad, con prescindencia de los «muertos y heridos» que produzcan en el mundo de los conceptos jurídicos.

32. La internalización se puede dar porque la compañía controla ciertas medidas básicas de seguridad y, principalmente, porque el desarrollo de una actividad en condiciones más riesgosas conducen a un incremento de la prima, que crea un incentivo para reducir costos vía mejores medidas de seguridad o, incluso, salida de la actividad riesgosa por parte del agente si el riesgo resulta muy costoso.

# Cuando las cosas hablan:

## El «*res ipsa loquitur*» y la carga de la prueba en la responsabilidad civil*

En la célebre película de Walt Disney basada en el cuento clásico de «La Bella y la Bestia» las «cosas» del castillo de la Bestia «estaban vivas» y hablaban. Así, como consecuencia del hechizo del que fue víctima el príncipe del castillo, no solo se vio transformado en un monstruo, sino que todos los sirvientes se vieron convertidos en «menaje» animado, desde teteras, relojes y candelabros, hasta platos, muebles y alfombras. Pero cada una de estas cosas tenía vida, hablaba y podía contarnos que es lo que había ocurrido en cada momento. Era difícil pasear sin que alguna parte de los bienes del inmueble pudieran decir que te habían visto pasar. Con tanto «testigo» nada puede pasar desapercibido.

¿Se imagina el lector si ocurriera un accidente en el castillo y el acusante intentara eludir su responsabilidad amparándose en la falta de pruebas que acrediten cómo ocurrió el daño? Sin duda, el causante tendría serios problemas en eludir su responsabilidad pues una serie de «testigos» presenciales del accidente declararían cómo fueron las cosas. La alfombra declararía que la caída de la víctima por las escaleras se debió al descuido del propie-

---

* Esta sección se basó en el artículo «Cuando las Cosas Hablan: El «res ipsa loquitor» y la Carga de la Prueba en la Responsabilidad Civil» publicada en *Themis-Revista de Derecho. No. 50, 2005*. El autor desea agradecer a Gisella Domeq su valiosa colaboración en la preparación de esta sección.

tario de mantenerla estirada para evitar que hubiera un tropiezo, o el microondas diría que efectivamente el manual no explicaba adecuadamente su funcionamiento, o el auto que sus frenos no fueron revisados oportunamente. Si las cosas o las situaciones a ellas vinculadas hablaran, siempre sabríamos qué fue lo que pasó.

Los tratadistas y académicos vinculados al área de responsabilidad civil se han preocupado mucho en definir los aspectos conceptuales de elementos como el nexo causal, el daño, la antijuricidad o el factor de atribución. Pero la verdad de las cosas es que los problemas vinculados con la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, son más fácticos que jurídicos. El problema principal de todo caso de responsabilidad civil, lejos de ser si se aplican factores de atribución objetivos o subjetivos o si existe causalidad adecuada, es realmente saber cómo ocurrieron las cosas. La mayor orfandad no está por tanto en la teoría, y ante la necesidad de resolver un caso vinculado a un accidente sin duda el juez cambiaría con gusto tomos enteros de doctrina por tener una filmación del momento preciso en el que ocurrió el daño, algo con lo que rara vez se cuenta.

De hecho, gran parte de la evolución de los sistemas de responsabilidad civil están marcados, antes que por especulaciones teóricas, por facilitar la prueba de lo ocurrido. Por ejemplo, si bien hay otros factores que explican el surgimiento de la responsabilidad objetiva, quizás el más importante se vincula a la reducción de los costos de prueba al no requerirse saber cómo ocurrieron las cosas, bastando probar quién causó el accidente para atribuirle responsabilidad.

En el sistema anglosajón, una de las instituciones que justamente se han perfilado para reducir los costos de probar es el llamado *res ipsa loquitur* y que no es otra cosa que la creación de una ficción legal que permite «hablar a las cosas», casi como en el castillo de la Bella y la Bestia.

Por supuesto, que el principio no permite que un sofá declare como testigo, pero sí permite deducir de los hechos y circunstancias ciertas presunciones que alivian los problemas de demostración de los hechos de manera significativa, a través de un simple mecanismo inteligente de inversión de la carga de la prueba. Ello permite superar los problemas de la prueba de la culpa sin apartarse, en estricto, del modelo de la culpa.

## I. ¿QUÉ ES EL *RES IPSA LOQUITUR*?

La doctrina del *res ipsa loquitur* o «*la cosa habla por sí misma*» es utilizada para aquellos casos en los cuales no se puede probar cuál fue el hecho generador del daño, pero debido a las circunstancias en las cuales el mismo ha

ocurrido, se puede inferir que el mismo ha sido producto de la negligencia o acción de determinado individuo.

De alguna manera, el principio es un paso previo a la responsabilidad objetiva, solo que en lugar de animarse a señalar que el causante es siempre el responsable, mantiene el concepto de culpa, pero idea un mecanismo para presumir, ante ciertos hechos, que la culpa de una persona fue la causa del accidente.

El concepto central es que quien está en control de una actividad está en mejor aptitud que quien no la controla para saber qué es lo que pasó. Si se obligara a la parte no controladora a asumir la carga de la prueba, entonces quien más información tiene, tendría el incentivo para no producir ninguna prueba sobre lo ocurrido. Bajo tal situación, los costos de producir prueba aumentarían y la posibilidad de saber quién fue responsable se alejaría de la realidad.

Quien mejor ha desarrollado los criterios de aplicación del *res ipsa loquitur* es la jurisprudencia de los países que pertenecen al sistema anglosajón. Reseñar algunos de los casos más celebres de aplicación de la doctrina quizás sea la mejor manera de introducirnos a la misma.

Uno primero, bastante gráfico, es el caso *Ybarra v. Spangard.*[1] Al señor Ybarra le diagnosticaron una apendicitis que exigía que fuera operado. Fue internado en el hospital donde fue dormido con anestesia para efectos de la operación. Al despertar luego de la operación, el Sr. Ybarra sintió un intenso dolor en un brazo y en el hombro. El dolor se extendió y la situación se fue agravando, llegando a desarrollarse una parálisis y atrofia de los músculos alrededor del hombro. Los exámenes posteriores determinaron que el Sr. Ybarra había sufrido una seria lesión como consecuencia de un trauma o herida derivada de una presión aplicada entre su hombro derecho y su cuello.

Al estilo más propio de «Fuente Ovejuna», ninguno de los intervinientes en la operación y tratamiento de Ybarra desde que fue anestesiado hasta que despertó dio ninguna explicación de qué había ocurrido. Ello motivó que Ybarra demandara a todos ellos. La defensa de los demandados fue que el Sr. Ybarra no había presentado ninguna prueba de qué había ocurrido, ni cuál de ellos había causado el problema, ni menos aún qué negligencia había existido. Criticaron entonces el intento de Ybarra de tratar de establecer una suerte de responsabilidad «en masa». Ante tal situación, el demandante invocó la doctrina del *res ipsa loquitur* señalando que debía presumirse la negligencia de los demandados dado que, sin perjuicio que

1. 25 Cal.2d 486,154 P.2da 687, 162 A.L.R. 1258. Supreme Court of California, 1944.

no podía explicar qué pasó en concreto, era evidente que su lesión sólo podía ser consecuencia de la negligencia de ellos.[2]

La Corte se encontró con un dilema difícil de resolver. En estricto, no había forma de probar cuál de todos los intervinientes había causado con su negligencia el daño. Pero era evidente que entre ellos estaba el o los culpables. El paciente se encontraba sin ninguna posibilidad de probar o entender qué había ocurrido porque había estado inconsciente. Y los únicos que podían aportar pruebas se negaban a hablar.

La Corte declaró fundada la demanda. Consideró que era evidente que había existido negligencia a pesar que no era posible especificar los hechos concretos en la que ésta habría consistido. Señaló además que la única forma de crear los incentivos para que se dieran explicaciones y rompieran su silencio, era hacer a todos los demandados conjuntamente responsables. Así, ante el silencio de los demandados, los jueces hicieron hablar a las cosas, o más propiamente, a las circunstancias que rodearon la acción dañosa. Y las circunstancias levantaban su dedo acusador en contra de los intervinientes.

El principio que comentamos fue propuesto por primera vez en el caso *Byrne v. Boadle*[3]. Se trata de un caso antiguo (1863) en el que el demandante fue herido por la caída de un barril de harina desde una ventana en un segundo piso. La Corte presumió que el simple hecho de que hubiera caído un barril en tales circunstancias, en sí mismo, demostraba que existía negligencia, a pesar que no se supo cómo efectivamente ocurrieron los hechos. El lenguaje de la Corte fue bastante claro al enunciar su razonamiento:

> «Somos de la opinión que la regla debe ser dictar un veredicto a favor del demandante. (…) es cierto cuando se dice que existen muchos accidentes de los que no puede derivarse una presunción de negligencia, pero creo que sería un error establecer una regla según la cual no puede surgir nunca una presunción de negligencia del hecho de un accidente. Supongamos en este caso que el barril rodó fuera del almacén y cayó sobre el demandante ¿Cómo podría demostrarse con certeza cuál fue la causa de lo ocurrido? Es la obligación de la persona que guarda barriles en un almacén de tomar cuidado para que no rueden hacia fuera, y creo que en tal caso debería, fuera de toda duda, establecer prima facie evidencia de

2. El caso es muy similar a *Maki v. Murria Hospital* (91 Mont. 251, 7 P.2d 228, 231) con la única diferencia que en este último caso el paciente despertó con lesiones derivadas de una caída de la camilla en la que estuvo recostado mientras estuvo anestesiado.

3. Se puede encontrar una reseña de este caso en http://www.indexuslist.de/keyword/Res_ipsa_loquitur.php (1º de Abril de 2005).

> negligencia. Un barril no se puede rodar fuera de un almacén sin alguna negligencia y decir que el demandante que fue herido es el que debe traer testigos me parece descabellado.»[4]

Otro de los casos más citados es *Ristau v. Frank Coe Company.*[5] El empleado de una empresa la demandó por los daños personales ocasionados durante las actividades de carga del producto de la demandada en vagones. La rotura de un caballete le generó serias heridas al demandante. El demandante invocó la doctrina del *res ipsa loquitor* sosteniendo que demostrada la rotura del caballete no podía sino presumirse que la misma se debía a negligencia de su propietario. Efectivamente, en el expediente no existía prueba que mostrara cómo habían ocurrido los hechos. La Corte acogió la posición del demandante.

En el caso inglés *Barkway v. South Wales Trasport Co. Ltd*[6] la Corte estableció con mucha claridad el sentido del principio:

> «La doctrina depende de la ausencia de explicación, y, en consecuencia es un deber de los demandados, si es que desean protegerse, dar una explicación adecuada de la causa del accidente, sin embargo, si los hechos son suficientemente conocidos, la pregunta deja de ser una referida a si los hechos hablan por sí mismos, y la solución debe encontrarse en determinar cuándo, sobre la base de los hechos establecidos, debe o no inferirse negligencia.»[7]

Así, se diferencia los casos en los que se sabe qué pasó (en cuyo caso el juzgador debe analizar si la conducta demostrada era o no negligencia) de los casos en los que se sabe que hubo un daño pero no se sabe a ciencia cierta cómo ocurrieron las cosas.

En el mismo caso uno de los vocales deja claro que es discutible que se trate propiamente una doctrina, para ser más una simple aplicación del sentido común:

> «La máxima no es más que una simple regla de prueba que afecta al responsable. Se basa en el sentido común, y su propósito es hacer viable la justicia que debe hacerse cuando los hechos referidos a la causalidad y al cuidado ejercido por el demandado están fuera del

---

4. Ibid, loc cit. (traducción libre)
5. 120 App.Div. 478, 104 N:Y.S. 1059. Supreme Court of New Cork, Appellate Division, Second Department, 1907.
6. [1950] 1 All ER 392, HL.
7. Ibid, loc cit.

> conocimiento del demandante pero están o deberían estar en conocimiento del demandado»[8]

Efectivamente, el *res ipsa loquitur* tiene pretensiones más modestas que la de ser considerado como una «doctrina». Es simplemente la aplicación de un principio de sentido común tan sencillo como «si el demandado parece ser el único que pudo causar con culpa el daño, entonces él es el culpable.»

Esta idea fue repetida con singular claridad en el caso *Lloyde v. West Midlands Gas Board*[9]. Así, luego de plantearse la duda sobre si el *res ipsa loquitur* podía ser descrito como una doctrina, la Corte dijo que era una:

> «…exótica, pero conveniente frase para describir lo que no es en esencia más que una aproximación del sentido común (…) sobre la atribución de los efectos de las pruebas en determinadas circunstancias.»
>
> (…)
>
> «Este significa que el demandante establece prima facie negligencia cuando: (i) no le es posible probar de manera precisa cual fue el acto u omisión relevante que determinó en la sucesión de eventos que condujo al accidente; pero (ii) sobre las pruebas tal como se han determinado en tiempo relevante es más probable que no que la efectiva causa del accidente fue algún acto u omisión del demandante o de alguien por el que el demandante es responsable , cuyo acto u omisión constituye una falla del demandado en tener el cuidado adecuado para la seguridad del demandante.»[10]

Como bien se desprende del tratamiento dado por la jurisprudencia, antes que un principio del sistema de responsabilidad civil, se trata de un principio operativo probatorio, destinado a reducir los costos de prueba en un caso en el que se identifican elementos que reducen sustancialmente el costo de un error que atribuya responsabilidad al que no la tiene. En otras palabras, bajo la aplicación del principio se asume que no hacer responsable al demandado tiene un riego o costo de error superior al que se enfrenta si se le hace responsable.

La doctrina del *res ipsa loquitur*, permite al juez inferir negligencia, en ausencia de pruebas directas[11], siempre que el demandante cumpla con pro-

---

8. Ibid, loc cit.

9. 1 WLR 749, CA

10. Ibid, loc cit.

11. La doctrina *res ipsa loquitur,* es aplicada cuando la víctima de un daño demuestra que la evidencia del accidente es inaccesible para él, o simplemente que no sabe ni tiene cómo saber cuáles fueron las causas del accidente.

bar la existencia de ciertos requisitos indispensables para la aplicación de dicha doctrina. Así, Mark A. ABRAMSON y Kevin F. DUGAN señalan lo siguiente:

> «(…) La doctrina del *res ipsa loquitur* permite al jurado inferir negligencia bajo ciertas circunstancias en la ausencia de una prueba directa.»[12]

Asimismo, Kenneth S. ABRAHAM señala lo siguiente:

> «Cuando se cumplen los requisitos del *res ipsa loquitur*, en la mayoría de las jurisdicciones el efecto es que se permite al jurado, pero no se le requiere encontrar que el demandado fue negligente»[13]

A través de la utilización del mencionado principio, se permite que los jueces infieran la existencia de negligencia por parte del demandado, sin pruebas directas de la existencia de la misma. De ello se desprende claramente que, una vez invocada la doctrina del *res ipsa loquitur,* y luego de que el demandante pruebe los requisitos para la aplicación de la misma, el Juez está en capacidad de declarar la negligencia del demandado y por lo tanto ordenar el pago de una indemnización por los daños producidos.

La aplicación de la doctrina del «*res ipsa loquitur*» permite que, aún sin pruebas directas de la negligencia del demandado, la demanda sea admitida, evitando que se genere el efecto «*smoking out*» *(«se hicieron humo»)*. Es decir, el demandado no se quedará de brazos cruzados señalando que no existen pruebas en su contra, mediante las cuales se pueda probar su negligencia, cargando sobre los hombros de la víctima el peso de una prueba imposible.

Al comprobarse los requisitos necesarios para la aplicación de la doctrina, el Juez estará en capacidad (tendrá la facultad) de presumir la negligencia del demandado. Siendo ello así, éste tratará de probar de la mejor forma y mediante todos los medios que tenga a su alcance que su conducta no fue negligente.[14]

---

12. ABRAMSON, Mark A. y Kevin F. DUGAN: *Res Ipsa Loquitur and Medical Malpractice,* En:http://www.arbd.com/articles/resipsa.html.

13. ABRAHAM, Kenneth S. *The Forms and Functions of Torts Law,* The Foundation Press, Inc. Westbury, New York, 1997, p. 91.

14. Es necesario precisar que uno de los requisitos necesarios para invocar la doctrina del *res ipsa loquitur,* es que el hecho productor del daño se haya producido dentro de la esfera de control del demandado. Siendo ello así, es el demandado quien tendrá mayor cantidad de elementos que lo ayuden a probar que no fue negligente, y que el accidente no se produjo por esta causa.

Sin embargo, como se puede apreciar, esta doctrina no solo permite presumir la existencia de negligencia, sino, de cierta manera, incluso del nexo causal. Así, en el caso *Ybarra* antes citado, es claro que la Corte no se limitó a presumir que la negligencia existió, sino que la misma era imputable a los demandados y que fueron sus acciones las que causaron el daño. Ello es lógico sobre todo si se tiene en cuenta que si justamente lo que no se puede identificar son los hechos que acreditan que hubo negligencia, tampoco se puede acreditar que el demandado causó el daño, pues sin conducta específica es difícil determinar que la conducta causó el daño. En esta circunstancia basta que el daño se haya producido bajo la esfera de control del demandante para que se presuma no solo la negligencia, sino que está causo el daño.

Bajo las reglas comunes de la prueba, cuando no existen elementos de prueba suficientes para probar la negligencia del demandado, no es extraño que éste obtenga una sentencia favorable, alegando únicamente dicha inexistencia.[15] La doctrina *res ipsa loquitur* revierte esta situación tal y como lo explica, ABRAHAM cuando señala que bajo esta perspectiva, la doctrina del *res ipsa loquitur* cumple justamente la función de evitar este efecto de *smoking out* («se hicieron humo») de las pruebas que están bajo control de la parte no interesada en que se encuentren. La doctrina crea una inferencia artificial de negligencia a fin de crear en el demandado los incentivos para explicar qué es lo que realmente pasó.[16]

Sin embargo, aun cuando el demandante haya probado los requisitos para la aplicación de la doctrina del *res ipsa loquitur,* el demandado siempre está en capacidad de probar, durante el proceso, que él no fue negligente; o en todo caso, intentar probar que no se han cumplido los requisitos necesarios para aplicar la doctrina del *res ipsa loquitur* e inferir su negligencia en base a la misma. Al respecto, el *Restatememt (Second) of Torts* señala lo siguiente:

> «Si el demandado produce prueba que es tan concluyente como para no dejar duda que el evento fue causado por un agente ajeno del que él no es responsable, o que pertenece a una clase de eventos que comúnmente ocurre sin un cuidado razonable, tendrá derecho a un veredicto directo».[17]

---

15. Sin este principio, no existen incentivos de ningún tipo para que el demandado señale qué es lo que sucedió realmente, lo que sucederá en la práctica es que el caso se declare infundado por falta de pruebas.

16. ABRAHAM, Kenneth S.: op. cit. p. 94.

17. En: *http://www.wisbar.org/res/sup/2001/99-0821.htm*, Restatement (Second) of Torts §328D, cmt. o (1965) Los *Restatement* son compilaciones de principios legales que supuestamente recogen los criterios de decisión usados por las Cortes al resolver casos. Son recompilados y estructurados por la American Bar Association.

Es necesario precisar que la doctrina del «*res ipsa loquitur*» sólo debe ser aplicada cuando el hecho generador del daño no pudo haberse producido sin algún tipo de negligencia por parte del demandado. Así lo señala el Juez Gaynor en el caso Ristau vs. Frank Coe Company:

> «(…) Esta se aplica sólo cuando el accidente aparentemente no podría haber ocurrido salvo a través de alguna negligencia del demandado.»[18].

Así, como ya señalamos, la doctrina bajo comentario parece enmarcarse más que dentro del campo de los conceptos que los tratadistas de Derecho Civil suelen usar, dentro de los principios de carga de prueba. Sin embargo, su importancia es clave para permitir la operación del sistema de responsabilidad civil.

Sin duda, es importante entender los conceptos, pero quizás más importante es cómo organizar los hechos y los elementos de prueba para poder hacer operar el sistema. El *res ipsa loquitur* es una forma de poner en marcha y hacer efectivo el funcionamiento de la responsabilidad civil, más allá de consideraciones teóricas, y centrándose en la problemática de lo fáctico.

El problema es simple y asombra lo poco que se ha escrito en nuestro sistema para encontrarle solución. Es usual que quien causa un daño contractual o extracontractual, tiene normalmente bajo su control la conducta causante del daño. Así, controla la información y los recursos usados en dicha conducta. Si del acceso a dichos elementos se derivan efectos negativos (pago de una indemnización) no habrá incentivos para facilitar dicho acceso. El resultado es que los causantes serán hechos responsables en menos casos de los necesarios, llevando a que las externalidades producidas sean internalizadas en un número subóptimo de casos.

La forma de resolver ese problema es colocando los costos de la no prueba sobre los hombros de quien enfrenta menos costos para proveer la información necesaria. Sin embargo, hay que tener cuidado con las consecuencias que una aplicación irrestricta del principio puede tener en el sistema de responsabilidad civil.

Los accidentes o daños derivados del incumplimiento de una obligación pueden producirse no solo como consecuencia de la actividad del causante, sino de la actividad de la víctima o del acreedor. Los atropellos de peatones ocurren no solo porque los conductores manejan a exceso de velocidad, sino porque los peatones cruzan la calle de manera distraída. Pero si los conductores son siempre hechos responsables sin importar la conducta

---

18. Ristau vs E. Frank Coe Company, Supreme Court of New York, Appellate Division, Second Deparment, 1907.

de los peatones, y estos últimos son plenamente compensados por sus daños, entonces habrá menos incentivos para que tomen precauciones. El resultado es que habrá más peatones distraídos y con ello más accidentes.

Esta idea de que las precauciones son recíprocas en la mayoría de casos explica por qué hay que ser muy cuidadosos con los sistemas de responsabilidad objetiva. Si el conductor es objetivamente responsable el peatón está literalmente «asegurado» contra accidentes a costa del conductor. Por tanto, se comportará de manera similar a como se comporta el asegurado en un contrato de seguros, tomando precauciones subóptimas. Así, el que tiene un seguro contra robos para su auto tenderá a estacionarlo más frecuentemente en la calle en lugar de en una playa de estacionamiento si es que todo robo le es cubierto por el seguro. O quien tiene un seguro de accidentes tenderá a manejar peor si el seguro cubre todos los daños.[19] Por ello el sistema tiene que trasladarle responsabilidad (o costos) cuando no toma precauciones. Ello explica que se use sistemas de culpa[20] o que cuando se usen sistemas objetivos, el causante no sea responsable cuando la víctima es imprudente, como ocurre, a título de ejemplo, con el artículo 1972 del Código Civil que contempla la imprudencia de la víctima como una fractura causal.[21]

Una aplicación irrestricta del *res ipsa loquitur* puede generar un problema análogo al de la responsabilidad objetiva. Si la prueba de la culpa se hace excesivamente fácil para la víctima y muy difícil para el causante, entonces las víctimas tenderán a sentirse aseguradas, y con ello tomarán menos precauciones, lo que aumentará el número de accidentes. Como decía-

---

19. Esto es conocido en el lenguaje económico como «riego moral» o «azar moral», y no es otra cosa que la tendencia a desarrollar conductas que aumentan los daños que no voy a asumir. Ello explica por qué las pólizas de seguro nunca dan cobertura completa o perfecta contra siniestros, sino que dejan parte del riesgo en cabeza del asegurado, o que se establezcan premios y castigos en la prima del seguro en función de la siniestralidad para crear incentivos a tomar precauciones.

20. En el sistema de culpa, dado que los causantes (conductores) sólo pagan si tienen culpa, las víctimas (peatones) asumirán que el daño les puede ser ocasionado por un causante (conductor) sin culpa. En ese caso nadie les pagará los daños. La posibilidad de estar descubiertos llevará a los peatones a prevenir accidentes por el temor que por las reglas de responsabilidad subjetiva no se pueda atribuir responsabilidad al causante (conductor). Con ello se crean incentivos adecuados para la toma de precauciones bilaterales, es decir por las dos partes.

21. En ese caso el causante (conductor) será siempre responsable, salvo que la víctima (peatón) tenga culpa. En tal supuesto la víctima (peatón) tomará precauciones, porque si no lo hace se liberará de responsabilidad al causante (conductor) a pesar de la existencia de responsabilidad objetiva. Dado que la víctima que actúa con culpa estará descubierta, se generan incentivos para que se den precauciones recíprocas.

mos, el *res ipsa loquitur* es la antesala a la responsabilidad objetiva, y por tanto puede tener efectos similares.[22]

Ello explica los requisitos que se exigen para que se aplique el principio, en particular, los límites que la doctrina le impone. Por ejemplo, el requisito de que la actividad esté bajo el control del demandado tiende a centrarse en casos de precauciones unilaterales, es decir, en casos en que sólo una de las partes puede tomar precauciones. Por ejemplo, en *Ybarra* es claro que el paciente anestesiado no podía tomar precauciones para evitar el accidente justamente porque estaba dormido. Por ello, no hay que preocuparse en crear un incentivo perverso. Está claro que el paciente no podía hacer virtualmente nada para evitar que pasara lo que pasó, con lo que no hay problema de que se le «asegure» contra el daño. De manera similar, si me cae un barril de harina cuando camino por la calle, es poco lo que pude hacer para evitar ese accidente, mientras que quien administra el almacén claramente puede controlar con su conducta que no ocurra ese tipo de daños.

Incluso en los casos en los que la actividad no está en total control del demandado, se exige que las hipótesis de culpa posible del demandante queden razonablemente descartadas, esto es, que las pruebas descarten que la propia víctima pudiera ser causante de sus propios daños. Esto será desarrollado con más detalle en la sección siguiente.

## II. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DEL *RES IPSA LOQUITUR*.

De lo dicho en el punto precedente, se desprende que la aplicación del mencionado principio implica señalar a determinado sujeto como negligente sin pruebas directas que corroboren la existencia de la misma. Dadas las severas consecuencias de la aplicación del principio, se han establecido una serie de limitantes y requisitos. Por ello, este sólo deberá ser aplicado cuando el demandante pruebe ciertos elementos para la aplicación de la misma. Así:

> «Para que esta doctrina se aplique es necesario que (1) el accidente sea de aquel tipo de los que ordinariamente no ocurren ante la ausencia de negligencia de alguien; (2) debe haber sido causado por un agente o instrumento bajo el control exclusivo del demandado; y (3)otras posibles causas han sido suficientemente eliminadas por la evidencia»[23]

---

22. Desarrollaremos este tema con mayor detalle más adelante, cuando analicemos el problema de las precauciones reciprocas y la función del *res ipsa loquitur* de reducir los costos de error.

23. Rowe vs. Public Service Company of New Hampshire, 115 N.H. 397, 399 (1975)

En la misma línea, Mark A. Abramson y Kevin F. Dugan señalan con respecto a los requisitos lo siguiente:

> «Se permitirá al jurado inferir negligencia si el demandante puede establecer, por medio de conocimientos comunes u opiniones de expertos que: 1) sus daños ordinariamente no hubieran ocurrido en ausencia de negligencia de alguien; 2) sus daños fueron causados por un agente o instrumento bajo el control exclusivo del demandado; y 3) otras posibles causas hayan sido suficientemente eliminadas por la evidencia de manera que el jurado podría razonablemente concluir que la negligencia es, más probablemente que no, del demandado.» [24]

Si se presentan los tres elementos necesarios para configurar la doctrina del *res ipsa loquitur* entonces el juez podrá declarar la negligencia del demandado y por lo tanto estará en capacidad de sentenciar a favor del demandante. Pero ello no quiere decir que siempre que se prueben los requisitos el Juez deberá declarar la negligencia del demandado. Así en el caso *Cowan vs. Tyrolean Ski Area, Inc.*, el Juez señaló lo siguiente*:*

> «La regla del *res ipsa loquitur* no requiere necesariamente que del demandante gane el juicio; es meramente una regla que identifica elementos de prueba indiciaria que son suficientes para llevar el caso ante un jurado y permitir al jurado dar un veredicto a favor del demandante (…)[25]»

Para invocar la aplicación de la doctrina el demandante deberá acreditar lo siguiente:

### 2.1 Que el daño no pudo ocurrir sin la existencia de negligencia de alguien.

Ello significa que en base a las reglas de la experiencia y el sentido común o sobre la base de la opinión de expertos, se pueda llegar a la conclusión que el accidente o evento no pudo ocurrir por factores diferentes a la culpa de alguien.

Por ejemplo, en el caso *In Cowan v. Tyrolean Ski Area, Inc*[26], la Corte denegó la aplicación de la doctrina del «*res ipsa loquitur*», ya que el deman-

---

24. Abramson, Mark A y Kevin F. Dugan. En: *Res Ipsa Loquitur and Medical Malpractice,* En:http://www.arbd.com/articles/resipsa.html.

25. Cowan vs. Tyrolean Ski Area, Inc., 127 N.H 397, 400 (1985)

26. Cowan v. Tyrolean Ski Area, Inc.

dante no pudo probar que el accidente sólo pudo haber sido causado por un acto negligente.

En el caso, el demandante solicitó que se le pagaran los daños causados en un accidente causado al usar las instalaciones de ski de la demandada. Al subir a una de las montañas usando un sistema de andanivel ocurrió un accidente en el que sufrió daños físicos.

Así la Corte señaló:

> «(…) el mecanismo de andanivel se encuentra fuera del ámbito de la experiencia común, y los jurados necesitarían del beneficio de opiniones de expertos antes que puedan eliminar toda otra posible negligencia causante diferente a la del demandado-operador. Sobre este asunto, el experto describió distintas causas del mal funcionamiento que aparentemente podrían haber resultado tanto de un diseño defectuoso como de un mantenimiento defectuoso. Dado que este testimonio no tiende a eliminar la negligencia del diseñador o del fabricante del rango de causas posibles, ello resulta insuficiente para superar la carga del demandante.»[27]

Mark A. Abramson y Kevin F. Dugan, comentando el mencionado caso señalan lo siguiente:

> «(…) La Corte encontró que el demandante introdujo apropiadamente testimonios de expertos para satisfacer el primer elemento del *res ipsa*. Sin embargo concluyó que, en este caso, el testimonio de expertos no era suficiente para cumplir con la carga del demandante. En particular, a pesar que el experto describió distintos actos negligentes que podrían haber causado el accidente, el también concedió que este hubiera podido haber ocurrido 'por alguna otra razón'. Dado que 'alguna otra razón' podrían incluir actos no negligentes la Corte sostuvo que el demandante había fallado en su intento de demostrar que el accidente no hubiera podido ocurrir en la ausencia de negligencia.»[28]

De lo dicho en el presente punto se desprende que si el acto del cual se desprende el daño causado al demandante pudo haber sido causado sin que «alguien» haya sido negligente, entonces la doctrina del *res ipsa loquitur* no puede ser aplicada al caso. Así, en el caso Southeastern Aviation, Inc v. Hurd[29] se señaló que la doctrina del *res ipsa loquitur* no es aplicable cuando el acciden-

---

27. Ibid, loc cit.

28. Abramson, Mark A y Kevin F. Dugan. En: *Res Ipsa Loquitur and Medical Malpractice,* En:http://www.arbd.com/articles/resipsa.html

29. Southeastern Aviation, Inc v. Hurd, 209 Tenn. 639, 662, 355 S.W. 2d 436, 446 (1962)

te pudo haber ocurrido en el curso ordinario de las cosas, inclusive si todas las personas que participaron del proceso hubieran sido diligentes.

Así, por ejemplo, si se produce un incendio durante una tormenta eléctrica, y no se puede descartar que un rayo hubiera podido originar el fuego, no es suficiente demostrar que el demandado estaba en control de la actividad dentro de la que surgió el incendio, pues no necesariamente su negligencia fue la causa.

### 2.2 Otras causas, distintas a la posible negligencia del demandado, deben haber sido eliminadas por la evidencia presentada.

Mediante este requisito se busca que el demandante descarte otras posibles formas de negligencia mediante las cuales el accidente pudo haberse producido, salvo evidentemente, la negligencia del demandado.

Por otro lado, también es importante precisar que, si de las evidencias presentadas, se desprende que existen las mismas posibilidades que el accidente se haya producido por la negligencia del demandando que por la negligencia de la víctima o de un tercero, la doctrina del *res ipsa loquitur* no debe ser aplicada al caso. Por ejemplo, en el caso de Borestein vs. Metropolitan Bottling Co.[30], la Corte señaló que la doctrina del *res ipsa loquitur* no era aplicable por lo siguiente:

> «(…) si es igualmente probable que la negligencia de algún otro distinto al demandado, pero el demandante no necesita excluir a toda otra persona que podría posiblemente ser responsable cuando la negligencia del demandado aparece como la más probable explicación del accidente.»[31]

¿Qué otras causas del accidente deben ser excluidas por el demandante para que sea de aplicación la doctrina del *res ipsa loquitur?*

El demandante no tiene que probar que todas «las posibles causas del accidente que se le ocurran» no han producido el accidente. Sólo debe probar que no han sido causa del accidente aquellos supuestos que produzcan una duda razonable, es decir, aquellos supuestos en los cuales la posibilidad de que el accidente sea causado por dicha causa sea probable y genere como hemos mencionado una duda razonable sobre que fue la culpa del demandado la causa. Por ello posibles causas muy alambicadas o complejas, derivadas de casualidades totalmente inesperadas, deben de ser descartadas.

---

30. Bornstein vs. Metropolitan Bottling Co., 26 N.J. 273 (1958)

31. Ibid, loc cit.

### 2.3 El hecho debe estar en la esfera de control del demandado.

Con respecto a este tercer requisito necesario para aplicar la doctrina del *res ipsa loquitur*, debemos señalar que el hecho que «el demandado tenga control exclusivo» implica que el control que ejerza sobre la situación sea tal, que las probabilidades de que el acto negligente[32] haya sido causado por otras personas son remotas, razón por la cual está permitido inferir la negligencia del demandado.

Por ejemplo en el caso Hansen vs. James[33], el demandante sufrió un daño cuando hizo contacto con una línea de poder. El poste de soporte de la línea de poder fue golpeado por el carro del demandado. Éste argumentó que el instrumento que causó el accidente del demandante fue la línea de poder, no su carro. La Corte rechazó este argumento encontrando que el vehículo del demandante fue el instrumento que puso en movimiento la serie de eventos que dieron como resultado el incidente que provocó daños en el demandante. En este caso, la Corte señaló que el golpe dado por el vehículo del demandante al poste de soporte creó la situación de peligro, y el mismo estaba en control exclusivo del instrumento que desencadenó el accidente.

Siendo ello así, el demandante deberá comprobar que, la causa[34] del accidente esté en la esfera de control del demandado, ya que, si ello es así, es muy difícil que la negligencia haya sido causada por otra persona.

Si el control por parte del demandado no se comprueba, el demandante no se podrá beneficiar con la aplicación de la doctrina del *res ipsa loquitur*. Por ejemplo, en el caso Colmenares vs. Sun Alliance Insurance Co.[35], el demandante sufrió un daño por el mal funcionamiento de una escalera mecánica ubicada en el inmueble del demandado. La Corte concluyó que la evidencia del mal funcionamiento de la escalera no era suficiente prueba de la negligencia del demandado. Ello, porque el control de la escalera no era exclusivo del demandado. Al respecto el Juez Torruela señaló literalmente lo siguiente:

> «(…) Desde mi punto de vista, el solo hecho de que el pasamanos se detuvo y la Sra. Colmenares se cayó, sin más evidencia sobre por qué o

---

32. Es preciso recordar que a la hora de analizar este tercer elemento, ya se comprobó que el acto causante del daño no pudo haberse dado sin que alguien haya sido negligente.

33. Hansen vs. James, 847 S.W. 2d (Mo. App. 1993)

34. La causa del accidente puede ser una persona o un objeto, pero cualquiera que haya sido la causa debe estar dentro de la esfera de control del demandante.

35. Colmenares Vivas v. Sun Alliance Insurance Co., 807. F.2.d 1102 (1 st. Cir. 1986)

> cómo el pasamanos se detuvo, no conduce en sí mismo a la inferencia de negligencia por la Autoridad de Puertos (…)
>
> El mal funcionamiento de una escalera presenta un argumento incluso más fuerte en contra de establecer una inferencia de negligencia sin la prueba adicional sobre si la causa del mal funcionamiento es el resultado de la negligencia del operador. (...)»[36]

En este caso, el Juez Torruela señala que no se han eliminado «otras» posibles causas del accidente que trajo como consecuencia el daño. Estas otras causas podrían deberse a que el instrumento que ha producido el daño no está bajo el control exclusivo del demandante, siendo ello así, no se puede inferir que el demandado haya sido negligente en aplicación de la doctrina del *res ipsa loquitur*.

Richard EPSTEIN, no está de acuerdo con el fallo de la Corte, señalando que el requisito de control exclusivo, para la aplicación de la doctrina *res ipsa loquitur* sí se ha cumplido en este caso, señalando al respecto literalmente lo siguiente:

> «(…) La Corte de distrito encontró que no se había cumplido el requisito, a pesar de la estipulación de la parte 'que la escalera en cuestión es de propiedad y se encuentra bajo el control de la Autoridad Portuaria de Puerto Rico. Coincidimos que la estipulación no es en sí misma suficiente para satisfacer lo requerido por el *res ipsa loquitur*. Ella no excluye la posibilidad de que alguien más tenga también control sobre la escalera; por el contrario, la estipulación decía que Westinghouse mantenía la escalera. Sostenemos, sin embargo, que la Autoridad Portuaria efectivamente tenía control exclusiva sobre la escalera porque la autoridad en control del área pública tiene un deber indelegable de mantener las facilidades en condiciones seguras»[37]

El profesor EPSTEIN señala que si bien es cierto que otras personas estaban en contacto directo con el instrumento que causó el accidente, era el Aeropuerto de Puerto Rico el que en última instancia tenía el control de la misma. A su parecer, no es necesario que una sola persona esté involucrada en el hecho para decir que tiene el control exclusivo, basta como hemos señalado líneas arriba, que tenga el control en última instancia. Comentando la resolución de este caso *Epstein* señala lo siguiente:

---

36. Ibid, loc cit. (traducción libre)

37. EPSTEIN, Richard A., *Cases and Materials on Torts*, Aspen Low & Business, Sétima Edición, Nueva York, 2000, p. 291.

> «Pocas cortes han requerido que el control sea literalmente 'exclusivo' (...) El propósito del requerimiento es el de restringir la aplicación de la inferencia del *res ipsa loquitur* a casos en los que sólo existe un solo actor que maneja la instrumentalidad, 'eliminando la posibilidad de que el accidente pueda haber sido causado por un tercero'. No es por tanto necesario, que el demandado, y no un tercero, sea quien a fin de cuentas responsable por la instrumentalidad. En consecuencia, *res ipsa loquitur* se aplica incluso si el demandado es responsable con alguien más, o si el demandado es responsable por la instrumentalidad incluso si es alguien más el que tiene el control físico sobre ella (...)»[38]

Si bien es cierto estos son los 3 elementos que la doctrina y la jurisprudencia consideran necesarios para la aplicación del *res ipsa loquitur*, existen también otros requisitos mencionados de manera más aislada. Dichos requisitos son los que a continuación pasaremos a describir:

### 2.4 El hecho generador del daño no pudo ser causado mediante algún tipo de contribución por parte del demandante.

Sería ilógico que en base a indicios se señale que el demandado ha sido negligente, si el acto productor del daño ha sido realizado con contribución del demandante.

En realidad este es un requisito que se desprende de uno ya visto, referido a excluir causas derivadas de la propia negligencia del demandante. Así debe descartarse la existencia de negligencia de la propia víctima como causa del accidente.

Este requisito se verá satisfecho si de las pruebas actuadas resulta que las hipótesis que podrían comprometer al demandante han sido descartadas. Por ejemplo, si un perro se escapa y muerde a una persona, una hipótesis podría ser que la propia víctima abrió la puerta y dejó salir al animal. Pero si se demuestra que la víctima no podía tener en su poder el candado de la puerta, entonces debería presumirse que si el perro se escapó fue por negligencia del demandado propietario del perro.[39]

---

38. Ibid, loc cit

39. Es interesante ver como principios con efectos similares al *res* ipsa *loquitur* inspiran algunas normas del ordenamiento peruano. Por ejemplo está el artículo 1979, según el cual «*El dueño de un animal o aquel que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que éste cause, aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero*». Si bien la redacción refleja un principio de responsabilidad objetiva, la diferencia con el *res ipsa loquitur* aparece como una casi de redacción. La norma parte de la idea de que el propietario del animal o el que lo tiene bajo su

### 2.5 Que el demandado tenga un conocimiento superior o mayor información con respecto a la causa del accidente.

Este es un principio que se deriva justamente del control de la actividad causante del daño, que suele dar mayor capacidad de contra con la información relevante. Así lo señaló la Corte en el caso Christie vs. Ruffin[40].

Es importante destacar las razones que hacen aparecer esta doctrina. Muchas veces, luego de un accidente, es virtualmente imposible determinar cuál fue la causa específica y, sobre todo, el estándar de conducta seguido por las partes. A ello se agrega que si una de las partes tiene el control de la actividad dentro de cuyo ámbito se causó el daño, entonces surgen incentivos para que esa parte oculte o en todo caso contribuya poco en identificar los elementos que acrediten qué fue lo que ocasionó. Por otro lado, puede ser que la otra parte se encuentre muy limitada en poder generar pruebas por su falta de experiencia o contacto con la actividad desarrollada. En ese marco esta doctrina busca hacer viable la actividad probatoria, colocando la carga de probar en quien se encuentra en mejor aptitud, por la vía de hacerlo responsable ante la ausencia de pruebas.

En realidad esta doctrina no es otra cosa que el fundamento de la inversión de la carga de la prueba en un supuesto determinado en el que tal inversión resulta aconsejable para hacer viable la investigación de los hechos.

Como ya indicamos, el *res ipsa loquitur* obedece a los costos de prueba y a la existencia de asimetrías informativas para la producción de dicha prueba. Pero a su vez tiene que velar por evitar que en situaciones en que existen precauciones bilaterales, es decir, que la causa de un accidente puede obedecer a conductas no solo del causante, sino de la víctima o incluso de terceros.

Así, por ejemplo, el requisito de control se orienta a identificar actividades en las que las precauciones son fundamentalmente unilaterales, es decir, a cargo del causante demandado. De esta manera, se reduce el riesgo de convertir al causante en un asegurador de riesgos atribuibles a la víctima o a terceros. A ello también contribuye el requisito de haber eliminado otras posibles causas para poder aplicar la doctrina.

Un campo especialmente fértil (y también especialmente controvertido) para la aplicación de la doctrina son los casos de responsabilidad médica.

---

cuidado (es decir, bajo su control) es responsable del daño que cause, salvo que se pruebe que el evento es atribuible a terceros (que debería obviamente incluir a la propia víctima).

40. Christie vs. Ruffin, 824 S.W 2d 534, 536 (Mo. App. 1992)

Como ocurrió en el caso Ybarra, es usual que el médico fuera el único que podía tomar precauciones porque tienen el control de la actividad, por ejemplo, al interior de la sala de operaciones. Pero si se aceptara que todo daño derivado de una operación es imputable al médico, los costos de la medicina se incrementarían exponencialmente, porque el médico se volvería en un asegurador de los pacientes. Por ello deben descartarse otras causas tales como el riesgo propio de una operación, los actos de terceros o de la propia víctima que, por ejemplo, no cumple con las instrucciones dadas por el médico para el proceso post operatorio. Si otras posibles causas no son razonablemente descartadas, entonces el *res ipsa loquitur* no puede ser aplicado.

## III. ¿SE PUEDE APLICAR EL *RES IPSA LOQUITUR* EN EL PERÚ?

¿Es de aplicación una doctrina como la del *res ipsa loquitor* al sistema legal peruano? Ello podría derivarse simplemente de ser una doctrina general, usada en el Derecho Comparado. Sin embargo, en adición a ello existen una serie de normas expresas que permiten su aplicación tanto en el campo contractual como en el extracontractual.

El desarrollo del *res ipsa loquitur* se ha dado principalmente en el campo extracontractual. La explicación de ello es relativamente sencilla. Si bien su aplicación no es excluyente de ningún sistema legal, su mayor desarrollo se presenta en el sistema anglosajón, y se usa para generar una suerte de presunción de culpa en contra del causante. Pero en el sistema anglosajón la responsabilidad contractual, a diferencia de la extracontractual, es básicamente objetiva, es decir, que no requiere la prueba de culpa, lo que marca una diferencia sustancial con el sistema peruano en el que esta responsabilidad es básicamente subjetiva. Basta la inejecución de la obligación para que exista responsabilidad sin evaluar necesariamente el nivel de diligencia del deudor. Por ello, en líneas generales, el *res ipsa loquitur* es innecesaria en la responsabilidad contractual en el sistema anglosajón. Así, no tiene sentido crear una presunción de culpa en un sistema que no utiliza la culpa. Sin embargo en un sistema de responsabilidad contractual subjetiva como el peruano, su aplicación sí se torna en realmente útil. Como veremos, ya existen otras instituciones legales que justamente contemplan la misma lógica. Por ello, en un caso de responsabilidad contractual, si al inejecutarse una obligación se causan daños, puede acudirse al *res ipsa loquitur* para determinar la existencia o no de culpa.

De hecho, incluso algunos supuestos de responsabilidad contractual en el caso del sistema anglosajón permiten la aplicación del principio. Como ya dijimos, uno de los campos en los que este principio es invocado con mayor frecuencia es en el de la responsabilidad médica, como se pudo apre-

ciar en el caso *Ybarra,* antes citado. En estos casos se asume que el médico está en control de la actividad. Si la situación conduce a concluir que el daño no pudo haberse producido sin culpa de alguien (por ejemplo se dejó unas tijeras al interior del paciente luego de una operación) y se descartan las hipótesis de causas culpables distintas a la del médico, se aplicará el *res ipsa loquitur*. Pero nótese que la responsabilidad médica puede ser considerada como responsabilidad extracontractual. [41]

Como ya se dijo, la doctrina del *res ipsa loquitur* es un mecanismo de inversión de la carga de la prueba de la culpa y, de alguna manera, de algunos aspectos de la relación causal, en cuanto permite demostrar la existencia de responsabilidad sin identificar específicamente el hecho causante del accidente siempre que se acredite que el accidente ocurrió en el desarrollo de una actividad controlada por una de las partes.

Quizás la primera reacción que se tenga a la aplicación de esta doctrina en el sistema romano germánico, y en particular en el Perú, es que tratándose de una doctrina de origen anglosajón no puede ser utilizada, menos aún para generar una inversión de la carga de la prueba, pues se estaría por la vía de la integración del sistema afectando el derecho de defensa.

Tal aproximación carece por completo de fundamento. Nuestro ordenamiento legal contiene ya inversiones de la carga de la prueba, las que son mucho más gravosas para el causante que el propio *res ipsa loquitur*. En esa línea el mencionado principio puede servir para hacer más razonable y sistemática la operación de la inversión de dicha carga, dándonos un conjunto de pasos y elementos que permiten un mejor análisis del problema. En ese

---

41. De hecho la distinción entre responsabilidad extracontractual y contractual no es tan clara en el sistema anglosajón. La responsabilidad médica es un caso de *torts*, término que comúnmente se identifica con la responsabilidad extracontractual y que podría ser traducido como «agravio» o «perjuicio». Si bien nosotros entendemos comúnmente que la responsabilidad contractual se produce cuando hay contrato y la extracontractual cuando no hay, tenemos igual problemas para explicar por qué en un accidente de aviación o de transporte en ómnibus, o incluso de responsabilidad médica, solemos usar como base las normas de responsabilidad extracontractual. Incluso sentimos que esos casos se aproximan más a la lógica extracontractual por más que existe un contrato. Sin embargo, partiendo de la posición de Ronald Coase, es posible hacer una distinción más sutil. Lo relevante no es la existencia de un contrato, sino de costos de transacción significativos, principalmente costos para acceder a información. Así, por ejemplo, un pasajero de un avión difícilmente contará con información adecuada para conocer los riesgos de que un avión tenga un accidente o es poco probable que el paciente que entra a la sala de operaciones conozca como deben ejecutarse las obligaciones del médico para que sea diligente. En ese caso la lógica extracontractual parece más adecuada, incluso bajo la existencia de un contrato.

sentido, el *res ipsa loquitur,* lejos de perjudicar al causante, lo favorece al hacer más predecible el análisis de cómo puede superar la carga de la prueba, carga que en nuestro Código, tal como veremos, puede ser agobiante, al menos si la comparamos con el sistema anglosajón.

Veremos también que incluso la doctrina nacional entiende que existen supuestos en los que debe entenderse, en base a los principios de colaboración y solidaridad probatoria, en los que debe establecerse una carga dinámica de la prueba, dinamismo que justamente sirve de base al *res ipsa loquitur.*

Según las normas contenidas en el Código Procesal Civil la carga de la prueba es de quien alega un hecho. Así, el artículo 196 del Código Procesal Civil señala:

> «*Artículo 196.- Carga de la prueba.- Salvo disposición legal diferente,* la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.»

Sin embargo, debe considerarse que el principio de carga de la prueba sólo opera en defecto de normas que precisen una carga de prueba diferente, y debe ser aplicado razonablemente para no conducirnos a resultados absurdos o contrarios a la lógica, tal como lo reconoce la doctrina. Así, de determinarse que existe una imposibilidad o seria limitación de que una de las partes pueda probar cómo ocurrió el accidente, debe evaluarse si existen reglas que invierten la carga de la prueba sobre aquella de las partes que está en control de la actividad causante del daño.

Si bien es un principio general del Derecho que cada parte debe probar sus alegaciones, este debe ser concordado con lo establecido por los artículos 1229 del Código Civil[42], 1329[43] y 1969[44] del mismo cuerpo legal. Veamos los alcances de estas normas por separado.

Según el artículo 1229, la prueba del pago (es decir del cumplimiento de la obligación) incumbe a quien pretende haberlo efectuado. Dicha prueba comprende acreditar, en base a los principios de integridad e identidad del pago, que no solo se ejecutó la prestación, sido de que dicha ejecución fue completa y realizada dentro de los términos que regulan la obligación, es decir, según lo pactado. Si bien este principio es aplicable a todo tipo de obligaciones, su aplicación es especialmente relevante en las obligaciones

---

42. Artículo 1229.- La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado.

43. Artículo 1329.- Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.

44. Artículo 1969.- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

contractuales. Así, el principio de que es el acreedor el que debe demostrar que cumplió su obligación conduce a que dicho deudor debe producir la prueba de que cumplió su obligación en los términos pactados.

En este sentido puede ser excesivo exigir al acreedor que presente prueba fehaciente de que el deudor no cumplió con su obligación, cuando la actividad objeto de la misma está por completo bajo el control del potencial obligado. En ese sentido, si un abogado asume la defensa de una empresa en un caso, le corresponde demostrar que cumplió su obligación, demostrando no solo que se encargó del patrocinio, sino que se ajustó a los términos pactados en el mismo.[45] Ello porque su cliente no está en capacidad de monitorear continuamente su conducta y por tanto tener las pruebas que acrediten que cumplió su obligación. Nótese que esa es justo la razón de la existencia del *res ipsa loquitor*, que busca evitar colocar la carga de la prueba sobre quien no controla la actividad objeto del accidente o del daño.

En segundo lugar debe considerarse el artículo 1329° del Código Civil, que como vimos establece una presunción relativa de culpa en beneficio del acreedor y, por tanto, en perjuicio del deudor de la obligación:

> «Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor».

Según esta norma, y como regla general, el deudor será responsable por los daños y perjuicios que resulten de la inejecución de una obligación o de su cumplimiento irregular. Si de las pruebas actuadas no se llegara a determinar qué causó la ejecución defectuosa, se presumirá que éste fue causado por culpa leve del deudor.

Ello no significa que el deudor tendrá que acreditar con exactitud el motivo que causó el incumplimiento. Sólo tendrá que acreditar que actuó diligentemente. Sin embargo, es evidente que se liberará de toda responsabilidad si demuestra que el motivo fue una causa que no le es imputable. Como señala OSTERLING, «*en la ausencia de culpa, el deudor está simplemente obligado a probar que actuó con la diligencia requerida, sin necesidad de demostrar el acontecimiento que ocasionó la inejecución de la obligación*»[46]. Así, las consecuencias del principio de la ausencia de culpa determinan que bastará que demuestre que dicho incumplimiento o cumplimiento irregular no le era im-

---

45. Como se puede ver, esta presunción puede ser especialmente útil para la prueba del cumplimiento de las obligaciones de medios, aspectos en los que justamente la prueba del incumplimiento es bastante más difícil.

46. OSTERLING PARODI. *Las Obligaciones*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995. p. 201.

putable para que se vea eximido de la responsabilidad, tal como establece el artículo 1314° del Código Civil.[47]

En palabras de Messineo, la causa no imputable debe concebirse en sentido negativo, esto es, como la circunstancia genérica impeditiva cuya paternidad no puede hacerse remontar a la voluntad o conciencia del deudor y cuya presencia basta para exonerarlo. De otro lado, el caso fortuito o fuerza mayor son hechos positivos que en determinadas circunstancias se exigen de manera más gravosa por la ley o por pacto para la exoneración[48].

El tercer supuesto, aplicable esta vez de manera específica la responsabilidad civil extracontractual es el artículo 1969, según el cual:

> «Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.»

El supuesto no es muy distinto al caso de responsabilidad contractual. La norma asume que quien desarrolla la conducta que causa el daño está en mejor aptitud para producir prueba de cómo ocurrió este. Así quien deja caer de una ventana un barril de harina está en mejor aptitud de demostrar que no tuvo culpa que el peatón que recibió el barrilazo en la cabeza tiene de demostrar quién fue el culpable. Por ello se coloca la carga de la prueba sobre los hombros del demandado.

Es importante notar un punto común entre las tres normas citadas: son bastante más exigentes con el potencial causante de lo que es el *res ipsa loquitur*, colocando la responsabilidad por culpa en una antesala mucho más próxima a la responsabilidad objetiva que la propia doctrina que estamos comentando. En el caso del *res ipsa loquitur* ello sólo ocurre en acciones que no podrían haber ocurrido en ausencia de culpa y siempre que el agente tenga control de la actividad. Pero el 1229 invierte la carga de la prueba del pago a todos los deudores sin excepción.[49] Por su parte, si se inejecuta una obligación y con

---

47. Artículo 1314.- Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

48. Messineo, Francesco, citado por Osterling, Op. Cit. p. 201.

49. Esta afirmación hay que tomarla con cuidado. No tengo tan claro que la regla sea aplicable en el caso de obligaciones de no hacer. Es claro que en una obligación de hacer o de dar, que implican una actividad positiva, es más simple demostrar qué se hizo y cómo se hizo. Pero en las obligaciones de no hacer la regla parece inadecuada. ¿Cómo hace el deudor de la obligación de no vender en determinado mercado un producto para demostrar que no lo vendió? Es una prueba diabólica. En tal supuesto parece más lógico que la carga de la prueba recaiga en el acreedor que demostraría el incumplimiento de la obligación probando que se produjo una venta, es decir, un acto positivo.

ello se genera un daño se va a presumir por el 1329 que el deudor tuvo culpa, incluso si se demostrara que se trata de un daño que podría haber ocurrido sin culpa de alguien o que no había un control absoluto sobre la actividad que generó el daño. Y finalmente, según el artículo 1969 el causante de un daño fuera de la esfera de un contrato, será considerado culpable en todos los casos, salvo que supere la carga de probar que no tuvo culpa.

En cambio, de acuerdo a los requisitos reseñados para la aplicación del *res ipsa loquitur*, la presunción genera una carga de la prueba menos pesada. No solo restringe el número de individuos sobre los que se invierte la carga de la prueba, pues sólo selecciona los casos en los que el daño no podría haber ocurrido sin la culpa de alguien y en los que el obligado tiene control de la actividad, sino que para liberarse le basta al obligado demostrar que pudo haber participación de otra culpa, mientras que en el Código Civil peruano debe demostrar con certeza que sí fue diligente o que hubo otra causa. En uno basta una posibilidad para revertir la carga, en el otro se exige una certeza.

En otras palabras mientras el *res ipsa loquitur* «hace hablar a las cosas» y les permite de una manera dinámica dar explicaciones y «decirnos» qué pudo haber pasado, el Código Civil Peruano hace que el silencio de las cosas sea usado en contra del demandado. Por eso es que el Código coloca la responsabilidad, con las inversiones de la carga de la prueba referidas, en el umbral más próximo imaginable a la responsabilidad objetiva. El *res ipsa loquitur* lo coloca en una sala algo más alejada.

Lo que hacen las normas señaladas es colocar la carga de la prueba en quien esté en mejor aptitud de probar que cumplió su obligación o que, en todo caso, actuó diligentemente. Pero lo hace de una manera tan drástica, que debemos de reconocer que la doctrina del *res ipsa loquitur* nos da un marco de análisis más adecuado flexible y ajustado al tipo de problema que estamos analizando.

Esta idea de la razonabilidad del *res ipsa loquitur* se aprecia mejor al analizar los principios procesales de solidaridad y colaboración en materia probatoria.

Mientras el principio de solidaridad precisa que la carga de la prueba debe recaer sobre la parte que tiene mejores condiciones de suministrarla, el principio de colaboración en materia probatoria dispone que corresponde a cualquiera de las partes el deber de producir las pruebas de estén en su poder o que deberían estarlo. Sobre el particular, Reynaldo BUSTAMANTE[50] señala:

---

50. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El Derecho a Probar*. Ara Editores. Lima, 2001. pp. 275- 277.

> «(…) el principio de colaboración exige que las partes, los terceros legitimados e incluso los sujetos que puedan incorporar fuentes de prueba (…) cooperen en la actuación de los medios probatorios, sea para producir prueba o para conservarla. *(…)*.(El subrayado es nuestro)

Por su parte, y en lo que respecta al principio de solidaridad, MORELLO[51] señala:

> «(la carga de la prueba debe tenerla) aquella parte que se encuentra en mejores condiciones de suministrar la prueba, y no necesariamente quien alegue el hecho que debe ser probado.» (El subrayado es nuestro)

En este sentido, la carga de la prueba no necesariamente debe recaer en quien alega los hechos sino en quien se encuentra en mejores condiciones para probar, o, en quien no quiso colaborar en producir la prueba a pesar de estar en posición de hacerlo. Tal como señala Reynaldo BUSTAMANTE[52]:

> «(...) el juzgador podría apreciar la negativa del demandado como un indicio que le permita presumir la veracidad del hecho afirmado por la parte demandante (...). Este, para destruir o anticiparse a tal presunción, tendría que probar lo contrario, con lo cual la carga de la prueba no sólo estaría en manos de quien se encuentra en mejores condiciones para probar la ocurrencia o inexistencia de ese hecho, sino en una persona que no quiso colaborar en producir la prueba necesaria para alcanzar la verdad en el proceso.» (El subrayado es nuestro)

Siguiendo la misma línea, Jorge MOSSET y Carlos SOTO[53] señalan:

> «(…) se debe imponer la carga probatoria a la parte que se encuentre en mejores condiciones de producirla.»

En el mismo sentido, David ESBORRAZ, Mónica FRESNEDA y Carlos HERNÁNDEZ[54], advierten:

---

51. MORELLO, Augusto. *La Prueba, Tendencias Modernas*. Editora Platense-Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1991. pp. 58

52. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Op. Cit. pp. 279

53. MOSSET ITURRASPE, Jorge y Carlos Alberto SOTO COAGUILA. *El Contrato en una Economía de Mercado*. Editorial Normas Legales. Lima, 2004. pp.219

54. ESBORRAZ, David, Mónica SAIEG y Carlos HERNÁNDEZ. «El Impacto de la Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas en la Teoría General del Contrato». En: *Procedimiento Probatorio*. Editorial Jurídica Panamericana. Santa Fe, 1998. pp. 97.

> «En esta línea evolutiva, sustentada en una visión solidarista del proceso, encontramos la teoría de las «cargas probatorias dinámicas» según la cual, independientemente de la posición que ocupen las partes litigantes, la distribución de la carga probatoria recaerá en cabeza del actor o del demandando según fuere las circunstancias del caso y la relación o situación jurídica base del conflicto, todo lo cual da cuenta de un criterio elástico, no atado a preconceptos.»

Es importante destacar la íntima vinculación existente entre los principios procesales de colaboración y solidaridad de la prueba reseñados y las normas que colocan la carga de la prueba del pago y de la ausencia de culpa sobre el deudor (es decir, los artículos 1229, 1329 y 1969). Dicha vinculación llega a tal nivel que puede afirmarse que son consecuencia de la misma lógica, lógica que es justamente la que inspira una doctrina como la del *res ipsa loquitor*. Es claro que en las obligaciones de hacer o de dar, que implican conductas positivas, quien desarrolla la conducta se encuentra en mejor posibilidad de acreditar que efectivamente la realizó y la forma cómo la realizó. El ejemplo más claro es el pago de una cantidad de dinero. El deudor está en aptitud, al efectuar el pago, de exigir el recibo que le sirve para acreditar que efectivamente entregó el dinero adeudado y de conservarlo para demostrar que efectivamente cumplió su obligación. Pedirle al acreedor que acredite que nunca se le efectuó el pago implicaría una «prueba diabólica». Por ello, el deudor debe colaborar de manera solidaria (desde el punto de vista probatorio) para demostrar que efectivamente cumplió con su obligación. Como dijimos, ello comprende no solo la realización del pago, sino su identidad e integridad, es decir, que pagó lo mismo y completo, lo que es especialmente relevante en las obligaciones de medios. Por ejemplo, si la obligación era entregar dinamita, y durante la descarga de la mercadería esta explota, no bastará probar que entregó el bien, sino que lo hizo siguiendo los estándares contractuales y legales que resulten aplicables. Si no lo hace, se presumirá que incumplió su obligación de ajustarse a tales estándares, y por tanto, será hecho responsable,

El principio recogido en la presunción de culpa leve del artículo 1329 también tiene vinculación con los principios de colaboración y solidaridad probatoria antes anotados. Quien desarrolla una actividad y controla la misma está en mejor aptitud de demostrar cómo se llevó a cabo ésta y a qué estándares se ajustó. Por tanto, le es más fácil al deudor poder acreditar cómo se desarrolló su conducta y a qué estándares se ajustó, que al acreedor demostrar cómo se desarrolló la conducta de la otra parte. Para crear incentivos de que el deudor acredite cómo se comportó en el cumplimiento de su obligación, se le impone una presunción de culpa leve, que le atribuye

responsabilidad si es que se queda inactivo y no produce prueba alguna en la confianza que la otra parte no podrá demostrar si hubo o no culpa. En ese sentido la Ley impone a quien inejecuta una obligación la carga de demostrar que no tuvo culpa. Si el señor Ybarra sale de la sala de operaciones con una lesión (lo que es en principio una inejecución de la obligación de cuidarlo mientras estaba inconsciente) en el Perú se presumirá que la inejecución obedece a culpa leve del médico.

La situación del artículo 1969 no es muy distinta. En la responsabilidad extracontractual se asume que corresponde a la parte que desarrolla una conducta acreditar, a menor costo, que no fue culpable. Dentro de esa lógica, es el que debe cargar con la demostración de lo ocurrido.

Quizás podemos concluir en este extremo que nuestro Código, de manera análoga al *res ipsa loquitur* busca al *cheapest information supplier*, es decir, al más barato suministrador de información sobre cómo ocurrieron los hechos. En otras palabras, ambos esquemas tratan de resolver el problema de asimetría informativa (y probatoria) sobre la conducta causante del daño. La diferencia está en que mientras nuestro Código asume que cualquier nivel de asimetría entre causante y dañado justifica la inversión de la carga, el *res ipsa loquitur* parece exigir un nivel de asimetría más severa. Efectivamente, al pedir que el causante esté en control de la actividad y no solo que la haya desarrollado, el principio le da al causante más posibilidades de escabullirse a la responsabilidad. Ello, porque permite, a través de la exigencia de los requisitos anotados anteriormente, que la carga no sea excesivamente pesada sobre el deudor, pues nos arroja una metodología dirigida justamente a determinar si superó o no la carga, tal como veremos a continuación.

Ello no impide el uso del principio del *res ipsa loquitur* en el Perú. Por el contrario sirve para entender y aplicar conceptos de carga dinámica de la prueba. Y es muy útil en un país en el que por la pobreza de recursos, probar es caro. El principio nos permite tener criterios de decisión útiles a costos razonables.

El *res ipsa loquitur* ha sido ya aplicado en el Perú, aunque sin usar ese nombre. Así, la jurisprudencia administrativa del INDECOPI en temas de protección al consumidor lo ha hecho justamente al definir los criterios a seguir para determinar cuándo el proveedor de un bien o servicios cumplió con su obligación de idoneidad (es decir, de pago íntegro e idéntico de su obligación).

En este sentido, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI aplicó, de forma restringida los criterios el *res ipsa loquitur* en el caso de Humberto Tori Fernández contra Kourus E.I.R.L que ya hemos

analizado en la sección referida a contratación masiva.[55] Así, su razonamiento fue, en concordancia con el marco legal peruano, muy exigente con el proveedor. En el mencionado caso el señor Fernández denunció a Kourus E.I.R.L. -en adelante Kouros- toda vez que, uno de los zapatos de cuero del par que compró a dicha empresa, se rompió en la parte superior luego de sólo dos meses de uso. La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal señaló como uno de los puntos de análisis necesarios para resolver el caso era determinar la carga de la prueba del origen del defecto y la responsabilidad por el deterioro del zapato.

> Es interesante anotar que el Tribunal ni siquiera pudo ver el zapato porque el mismo se perdió en la discusión previa al inicio del procedimiento administrativo, cuando estaba en poder del proveedor que intentó repararlo. Por tanto, no había pruebas sobre qué había producido la rotura del zapato. Sólo se sabía que había estado roto porque ambas partes lo reconocieron como un hecho cierto. El Tribunal se encontraba, por tanto, ante una absoluta orfandad de pruebas sobre qué había ocurrido.
>
> Al respecto, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal señaló literalmente lo siguiente:
>
> «(…) De las dos partes es el proveedor el que se encuentra en mejor posición para poder determinar que la falla no puede serle atribuida. Ello, porque el control y manejo que tiene sobre el proceso productivo y/o el de comercialización y su propia experiencia de mercado le permiten, en el común de los casos, ser quien puede determinar a menor costo la idoneidad del producto. El consumidor, en la mayoría de los casos no contará con elementos suficientes como para determinar si el defecto es o no atribuible al fabricante.
>
> Dentro de estos alcances la carga de la prueba sobre la idoneidad del producto debe ser asumida por aquél que es responsable de tal idoneidad y se encuentra en mejor posición para producir prueba sobre la misma. Esta carga de la prueba no implica, necesariamente, llegar a demostrar qué fue lo que realmente ocasionó el defecto (lo que de lograrse lo exoneraría de responsabilidad) sino que el defecto no le es atribuible al proveedor, así no se llegue a probar con toda precisión cuál fue realmente la causa real.
>
> Hay que tener en cuenta, que resultaría imposible efectuar un análisis que, partiendo del supuesto contrario exija al consumidor que demuestre la mala calidad o falta de idoneidad del producto, para lo cual tendría que contar con la misma información que tiene el proveedor respecto del bien, lo que supondría elevar excesivamente sus costos de prueba.

---

55. Resolución No. 085-96-TDC/Indecopi, de fecha 13 de Noviembre de 1996.

> (…)
> De las expresiones vertidas por las partes durante el procedimiento queda claro que son hechos aceptados por ambas que uno de los zapatos se rompió luego de dos meses de uso. La discrepancia no está en el hecho, sino en la causa del mismo. Dado que según lo establecido anteriormente la carga de la prueba de la idoneidad corresponde al proveedor, no habiendo probado éste que el zapato era idóneo según lo expresado anteriormente, entonces debe concluirse que el defecto le es imputable al proveedor y debe responder por el mismo»

Es claro que, a efectos de invertir la carga de la prueba en el presente caso, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de INDECOPI, utilizó de forma restringida la doctrina del *res ipsa loquitur,* señalando que la empresa Kouros debía probar que el zapato era idóneo según lo expresado ya que, de lo contrario, debería concluirse que el defecto le es imputable al proveedor y debe responder por el mismo. En otras palabras, ante la falta de pruebas de quién era responsable, hizo responsable al que tenía menores costos para probar.[56]

Así, el caso analizó la existencia de control sobre el proceso productivo del zapato, lo que justifica depositar sobre el deudor la carga de probar qué fue lo que ocurrió y si efectivamente cumplió su obligación. Sin embargo, la carga de la prueba es más fuerte que la impuesta por el *res ipsa loquitur,* pues exige que el proveedor demuestre que fue diligente y por tanto el defecto del zapato no le es imputable. Bajo el *res ipsa loquitur* bastaría simplemente demostrar que pudo existir otra causa, sin llegar a demostrar que esa fue la verdadera causa.

En conclusión el principio no solo es aplicable dentro del marco legal peruano, tomando en cuenta las particularidades que impone el alto nivel de exigencia de la carga de la prueba en el Código Civil Peruano para los casos de responsabilidad tanto contractual como extracontractual, sino que ha sido en los hechos aplicado. En ese sentido, la jurisprudencia de INDECOPI citada refleja la tendencia que se ha venido usando en una serie de casos hasta la actualidad para resolver ese tipo de casos.

---

56. Podemos entrar al interesante debate si la responsabilidad por productos defectuosos es objetiva o subjetiva. Pero para efectos prácticos el tema no es realmente relevante. Finalmente el factor de atribución «defecto» implica, como en el caso de la culpa, la demostración de que los hechos se ajustaron a un estándar (el de un producto razonablemente idóneo, en comparación con una conducta razonablemente adecuada como en la culpa). En ese extremo el tipo de razonamiento es el mismo.

## IV. EL *RES IPSA LOQUITUR* Y LA REDUCCIÓN DEL MARGEN DE ERROR EN LA PRUEBA.

Para aplicar el *res ipsa loquitur,* debemos encontrarnos en la imposibilidad o frente a una dificultad extrema de determinar cuál fue el hecho generador del daño y cómo se desarrolló la conducta del individuo al que pretendemos imputar responsabilidad.

Ello explica por qué usualmente, el *res ipsa loquitur* se aplica en aquellos casos en los cuales la evidencia desaparece con el evento o accidente mismo, es decir, la evidencia se destruye en el momento en el cual se produce el daño, razón por la cual no es posible probar cómo se causó el daño o, sin destruirse, no es posible determinar qué pasó sin la colaboración del demandado.

Existen muchos supuestos en los cuales la evidencia se destruye, y es primordialmente en estos casos en los que el *res ipsa loquitur* se utiliza dándole a la víctima una oportunidad de ver resarcido de alguna manera el daño que ha sufrido. Un caso en el que es típica la aplicación de *res ipsa loquitur* es el de las explosiones o los incendios. Producida una explosión o un incendio, lo usual es que el material probatorio desaparezca. En esos casos probar la causa y, más aún, la culpa se vuelve algo realmente difícil. Ante esa circunstancia no hacer responsable a quien con su culpa causó el daño, porque no se llega a determinar quién fue, constituye un error del sistema. Pero hacer responsable a quien no lo causó por ser muy ligeros con la evaluación de las pruebas, es también un error. Como veremos el *res ipsa loquitur* persigue reducir los riesgos de error.

Como lo señala claramente Kenneth ABRAHAM:

> «(…) Las cortes en algunas ocasiones encuentran que el transporte de material altamente inflamable que tienen la probabilidad de destruir la evidencia cuando explota cae en esta categoría. Esto se asemeja mucho al tipo de análisis que nos conduce al *res ipsa loquitur*, que es por supuesto una doctrina de negligencia. Recordemos, sin embargo, que una de las funciones de la doctrina es reducir el rango de error, y que algunos casos de *res ipsa loquitur* se asemejan a casos de responsabilidad objetiva. No sería por tanto sorpresa, en consecuencia, que el res ipsa y la responsabilidad objetiva tengan en común su capacidad potencial de reducir el rango de error del sistema de negligencia convencional. (...)»[57]

---

57. ABRAHAM, Kenneth S. *The Form and Functions of Tort Law*, The Foundation Pres, Inc, Westbury, New York, 1997, pp. 162-163.

La explicación de ABRAHAM es bastante gráfica y pone el problema en su contexto y al *res ipsa loquitur* en su función.

Los abogados solemos olvidar que la aplicación de reglas cuesta y la aplicación de unas reglas cuesta más que la aplicación de otras. Ello explica por qué las normas de carga de la prueba son relativamente escasas, mientras los abogados hacen grandes esfuerzos por tratar extensamente el contenido sustantivo-conceptual de las reglas.

Así, existe un debate mucho más intenso (legal y doctrinariamente) en torno a si tenemos responsabilidad objetiva o subjetiva, haciendo girar la discusión en torno a principios más abstractos y conceptuales, que el debate que gira en torno a cómo deberían ser las cargas de la prueba y cómo deben analizarse los casos a la luz de dichas cargas. El *res ipsa loquitur* es un buen ejemplo de una excepción a esa tendencia, y ello quizás se deba a su origen judicial, en el que los jueces antes que enfrentar teorías, enfrentan hechos.

La relación que hace ABRAHAM entre el *res ipsa loquitur* y la regla de responsabilidad objetiva justamente tiene que ver con ese problema. Bajo la regla del *res ipsa loquitur* se busca reducir el riesgo de error en el juicio, pues al colocar la carga de la prueba sobre el que mejor puede probar, se hace más probable que la verdad surja en el procedimiento. En esa línea no es extraño colocar la responsabilidad objetiva en los casos en que una de las partes está en mejor posibilidad de tomar precauciones para evitar un accidente[58]. Al hacerlo se reduce el costo de error porque lo más probable, al hacerlo responsable, es que esté resolviendo lo correcto.

Pero ahí no se agota el problema. Como ya vimos, si establezco una responsabilidad objetiva y estoy ante una situación donde ambas partes pueden tomar precauciones, entonces una de ellas (la que no es objetivamente responsable) dejará de tomar precauciones porque está literalmente «asegurada» por la otra que cubrirá todos sus daños. Como explicaremos ahora, el *res ipsa loquitur* es un principio que trata de conciliar el riesgo de error con la creación de incentivos adecuados para la toma de precauciones por ambas partes. Tratemos de explicarlo con más detalle.

### 4.1 El problema de las precauciones reciprocas.

Cuando uno caracteriza un accidente de tránsito puede usar dos formas para describirlo, ambas ciertas, aunque suenen diferentes. Uno puede decir «El automóvil le rompió la pierna al peatón.» Pero también puede decir «El peatón le rompió el faro al carro». Ambas descripciones son es-

58. El célebre «*cheapest cost avoider*» o más barato evitador del daño de Guido CALABRESI.

trictamente ciertas y describen el mismo accidente, pero partiendo de perspectivas distintas. Lo que muestra el ejemplo es que ambos causan mutuamente la externalidad, es decir, que el daño es causado por las dos partes en su actuación simultánea. Si el automóvil no hubiera estado circulando por la calle específica donde ocurrió el accidente, éste no hubiera sucedido. Pero si el peatón no hubiera cruzado la vía en ese momento, tampoco tendríamos un accidente. Ambas conductas deben sumarse para que el accidente ocurra.

Recordemos lo que nos dice COASE:

> «La Naturaleza Recíproca del Problema.
>
> La aproximación tradicional ha tendido a obscurecer la naturaleza de la elección que tienen que hacerse. La pregunta se plantea comúnmente como una en donde A causa un daño a B y lo que tenemos que decidir es: ¿Cómo deberíamos controlar a A? Pero ello es equivocado. Estamos lidiando con un problema de naturaleza recíproca. El evitar el daño a B le causaría un daño a A. La pregunta real a ser respondida es: ¿Debería permitirse a A dañar a B o debería permitirse a B dañar a A? El problema es evitar el daño más serio.»[59]

Lo que COASE nos dice es justamente que el concepto de causante y víctima es relativo, y en realidad no existe hasta que la Ley toma partido. En otras palabras, uno no es víctima hasta que la Ley lo define como destinatario de una indemnización. O, dicho en otros términos, en un caso de responsabilidad, ambos son causantes y ambos son víctimas, pero, es la Ley la que finalmente define quién le paga a quién. Y la Ley debe, al escoger quién paga, buscar que se minimice la pérdida social.

Pero como ya vimos, en esa línea de razonamiento, si en un accidente de tránsito establecemos un sistema de responsabilidad objetiva del conductor del auto, y las indemnizaciones compensan plenamente, los peatones perderán incentivos para tomar precauciones.[60]

Ello explica por qué, en general, los sistemas de responsabilidad suelen ser subjetivos (al menos en el campo extracontractual). Bajo la regla de la culpa, el peatón corre el riesgo de ser atropellado por un chofer que no tuvo culpa. Si eso le ocurre tendrá que soportar los daños sin poderlos

---

59. COASE, Ronald H. *The Problem of the Social Cost,* citado en LEVMORE, *Foundations of Torts Law* Fundation Press. 1994. p. 2.

60. Ello explica por qué en países que conceden indemnizaciones altas no sea extraño que las víctimas se «autocausan» los daños. Así, saltan sobre un vehículo o fingen resbalarse en el piso encerado de una tienda y luego demandan por los daños sufridos.

trasladar a otro. Ello generará los incentivos en el peatón para tomar precauciones. Por otro lado, si el conductor no toma precauciones adecuadas será culpable y pagará los daños. En consecuencia, tomará las precauciones. Como vemos, el resultado de una regla como la de la culpa es que ambas partes de la relación tomarán precauciones adecuadas.

Pero no es la única solución. Podría tenerse una regla objetiva del lado del conductor, de manera que éste siempre pague. Pero para corregir el incentivo del peatón de no tomar precauciones, se debe usar un sistema de concurrencia de culpa de la víctima. En ese sistema, el conductor paga siempre, salvo que el juez encuentre que el peatón fue culpable. En ese caso, el conductor tomará precauciones porque asumirá que puede atropellar a un peatón diligente. Y el peatón tomará precauciones porque sino no le pagarán sus daños. El resultado será que ambos tomarán precauciones.[61]

El lector suspicaz se habrá dado cuenta que en realidad toda la explicación anterior es un mero juego de palabras. Bajo la idea de la responsabilidad objetiva y subjetiva he reseñado en realidad un solo sistema. Ello es consistente con la posición cousiana sobre la naturaleza recíproca del problema, es decir, sobre la idea que ambos son causantes y ambos son, simultáneamente, víctimas. Lo que llamamos responsabilidad objetiva es objetiva del lado del causante pero subjetiva del lado de la víctima, porque si la víctima tuvo culpa el causante no paga. Y lo que llamamos responsabilidad subjetiva, es subjetiva del lado del causante y objetiva del lado de la víctima, pues si el causante es diligente, la víctima carga objetivamente con sus propios daños.

Pero si, como vimos, los conceptos de víctima y de causante son relativos (porque los dos son causantes y los dos son víctimas) entonces estamos frente al mismo sistema pero visto al revés.[62] Y ello se explica porque la

---

61. Ese es el sistema del Código Civil Peruano en que la responsabilidad objetiva contemplada en el artículo 1970 permite al causante liberarse según el 1972, entre otros supuestos, si existe imprudencia de la víctima. Para un análisis más detallado del problema de las precauciones recíprocas en los casos de responsabilidad revisar POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*. 2ª Ed. Aspen Law & Bussiness, 1989. pp. 39 y siguientes.

62. El concepto es tan relativo que a veces lo resolvemos intuitivamente de una manera bastante poco sistemática. Si una bicicleta atropella a un peatón, el peatón es la víctima y la bicicleta el causante. Si un auto atropella un ciclista definimos al auto como causante y al ciclista como víctima. Y si un camión impacta a un auto, el auto es la víctima y el camión el causante. Lo definimos por tamaño, pero en realidad el tamaño es irrelevante para determinar quién causó el daño. Finalmente, estamos buscando un culpable, y ese culpable es normalmente hecho responsable. Por eso, la

culpa es necesaria en algunos de los dos extremos de la relación, justamente para evitar que una de las partes se sienta asegurada por la otra y deje de tomar precauciones.[63]

Así, en conclusión, usualmente es necesario recurrir a la culpa de alguien precisamente para crear incentivos de conducta adecuados para ambas partes.

### 4.2 El riesgo de error.

Pero una vez definido por qué necesitamos de la culpa, necesitamos probar que existió (o que no). Si consideramos que hay culpa cuando no la hay, entonces tenemos un error de tipo 1, en el que quien paga no debería pagar. Pero si consideramos que hay culpa cuando no la hay, cometemos un error de tipo 2, en el que paga quien no debería pagar.[64]

Los errores del juzgador pueden depender de una serie de problemas, pero para nuestros fines la razón principal del error es el costo de probar quién tuvo la culpa. Y la culpa no es necesariamente fácil de probar porque implica retroceder en el tiempo para ver como ocurrieron hechos que se encuentran en el pasado.

Hay veces que la culpa es más fácil de probar que en otros. Si tenemos una filmación de una acción que causó un daño, es fácil concluir quién tuvo la culpa. Pero si se produce una explosión, un incendio, un derrumbe u otras circunstancias especialmente destructivas de evidencia, entonces la prueba de la culpa (y de la causa) será difícil.

Una segunda constatación es que los costos de la prueba no son necesariamente simétricos entre las partes. Una parte puede estar en mejor po-

---

distinción entre culpa y causa adecuada puede volverse realmente sutil, hasta poderse llegar a pensar que son virtualmente lo mismo. Son finalmente dos formas que se usan simultánea e integradamente para encontrar, en términos de Coase, si hacer pagar a A minimiza la pérdida social más que si se hace pagar a B.

63. Ello explica por qué la responsabilidad objetiva suele usarse en supuestos en los que sólo una de las partes puede tomar precauciones. Un buen ejemplo es el de los accidentes de aviación, que si bien es calificado usualmente por la Ley como un caso de responsabilidad subjetiva, en la práctica opera como un sistema de responsabilidad objetiva. En esos casos sólo la aerolínea puede tomar precauciones porque un pasajero virtualmente no puede hacer nada para evitar un accidente. También explica por qué virtualmente ningún sistema del mundo ha podido eliminar la culpa, pues siempre habrán casos de precauciones recíprocas.

64. En realidad los errores de tipo 1 y de tipo 2 son lo mismo. Dada la naturaleza recíproca del problema es simplemente no encontrar a quién le corresponde pagar.

sibilidad de producir prueba que otra. Si yo controlo una actividad que se realiza a dos pisos de altura (como por ejemplo almacenar harina) y otra persona se encuentra a nivel de piso (como un peatón distraído) entonces es probable que si cae un cuerpo del segundo piso el que está arriba tiene más posibilidades de saber lo que pasó en relación al que está abajo. En el caso del barril de harina es evidente que el almacenero está en mejor posibilidad de saber qué hacer y qué pasó.

Otro ejemplo que demuestra lo mismo es el caso Ybarra. Es evidente que los médicos y auxiliares del hospital enfrentan menos costos de probar que los pacientes anestesiados.

En casos como los descritos la Ley puede crear incentivos para reducir los costos de probar de una manera muy fácil, creando incentivos para que sea el que está en mejor posibilidad de probar quien «pague los platos rotos» si es que no prueba qué es lo que pasó. Con ello se reduce la posibilidad de error porque se hace más barato el camino a la verdad.

En cambio, si la Ley coloca la carga de la prueba en quien enfrenta mayores costos para probar, será más largo y difícil el camino a la verdad y por tanto la posibilidad de error se incrementa.

Una forma de reducir los costos de probar, y con ello reducir la posibilidad de error, es justamente la responsabilidad objetiva. Si el legislador hace objetivamente responsable a quien tiene menores costos de probar, le creará incentivos para demostrar cómo ocurrieron los hechos y así buscar la culpa en la otra parte que lo liberaría. Así, si el propietario del almacén del que cayó la harina es hecho objetivamente responsable por la caída de objetos de los segundos pisos, tratará de demostrar qué es lo que ocurrió para evitar ser responsable si la causa le es ajena.

Nótese que usualmente los casos en que evitar un accidente depende de precauciones unilaterales (es decir, a cargo de una sola de las partes) coinciden con los casos en que una de las partes puede probar mejor que la otra. La razón es obvia. Si el médico de Ybarra es el único que puede tomar precauciones es porque maneja la actividad que puede causar el daño. Y si maneja la actividad plenamente quiere decir que tiene más información de lo que pasó. Ello explica, como veremos, porque ABRAHAM nos sugería que la responsabilidad objetiva y el *res ipsa loquitur* son hermanos cercanos. Ambos tratan de reducir el costo del error. El segundo es la antesala del primero.

El problema es más serio en los casos en los que las pruebas desaparecen por completo. Si durante la entrega de dinamita en una mina el camión que la llevaba explota, es posible que nunca sepamos qué es lo que ocurrió. Si ello es así, entonces sólo tenemos dos posibilidades: hacer responsable al que entregaba dinamita o hacer responsable al dueño de la mina que sufrió los daños

(o dejar simplemente que soporte los daños, lo que es lo mismo). Pero si se determina que las precauciones eran principalmente unilaterales (lo que parece recaer en la persona del transportista porque controla la descarga) se reduce el riesgo de error si uno hace responsable a quien habría podido tomar esas precauciones. Si bien el riesgo de error no se reduce a 0, es mucho más probable que nos estemos equivocando si dejamos la responsabilidad sobre los hombros de la mina. Así, un sistema de culpa en estos casos equivale a responsabilidad objetiva de la víctima. Y si la víctima no puede tomar muchas precauciones, tendremos más accidentes.

El problema que surge es obvio. Si hacemos responsable al dueño del camión bajo un principio de responsabilidad objetiva la mina se sentirá aliviada de responsabilidad y no tomará precauciones (por ejemplo, no hacer un fuego cerca al lugar de descarga). Si bien las precauciones son principalmente unilaterales, siempre hay algún nivel de precaución que la otra parte puede tomar. En esos casos, una solución es usar la negligencia contributiva, como ya señalamos.

Una regla menos rígida y más dinámica que la responsabilidad objetiva es justamente el *res ipsa loquitur.* Tal regla nuevamente busca a quien tiene más información y, justamente, puede también tomar más precauciones. El requisito que la actividad esté bajo el control de alguna de las partes apunta justo a identificar situaciones en que las precauciones son unilaterales y la información está en cabeza justamente de quien puede adoptar tales precauciones. Lo mismo sucede con la exigencia de descartar que otros hayan podido tener culpa en la esfera de los eventos dentro de los que ocurrió el accidente. Por ejemplo, las precauciones pueden aparecer como bilaterales hasta que se descarta por completo que la mina haya prendido un fuego en las inmediaciones. Con ello, bajo el *res ipsa loquitur*, el propietario del camión es responsable así no se llegue a acreditar qué es lo que realmente ocurrió si es que demuestra qué pudo haber razonablemente ocurrido.

La regla atempera el efecto que tendría la responsabilidad objetiva porque sujeta a la otra parte a la eventual prueba de que no fue la culpa del causante la que ocasionó el accidente. Ese riesgo motiva a la potencial víctima a tomar precauciones. Pero también incentiva a quien puede tomar precauciones a tratar siempre de evitar el accidente porque sino será responsable de sus consecuencias.

En esa línea el *res ipsa loquitur* es una forma ingeniosa de lidiar con situaciones en las que pueden existir precauciones bilaterales, es decir, a cargo de ambas partes (como lo hace todo sistema de culpa del que el *res ipsa loquitur* es una expresión) pero en la que existe costos asimétricos de

probar los daños que exigen un mecanismo que reduzca el costo de error que se deriva de la prueba de la culpa.

Esta idea se encuentra también, aunque de manera menos sofisticada, detrás de los artículos 1229, 1339 y 1969, que al invertir la carga de la prueba tratan también de enfrentar el problema de la asimetría de costos de prueba.

Decimos menos sofisticada porque, a diferencia de los requisitos de aplicación del *res ipsa loquitur*, que tratan de separar, como con un bisturí, los casos en que una parte tienen control de los que no los tiene realmente, nuestro Código lo hace de una manera más burda, como usando un hacha, con el riesgo consiguiente de arrastrar hueso con la carne al hacer el corte.

En todo caso, lo que resulta de este análisis es que no hay incompatibilidad entre la doctrina del *res ipsa loquitur* y las reglas aplicables en el Perú. Por el contrario, esta doctrina puede contribuir a perfilar análisis más precisos y adecuados de la carga de la prueba en la responsabilidad civil.

## V. CONCLUSION.

Como en la historia de la Bella y la Bestia, el Derecho puede tener la magia para hacer hablar a las cosas, o lo que es más importante, a las circunstancias. Multiplicar a los testigos de un accidente o de un acto de incumplimiento contractual para que los bienes inanimados nos digan qué es lo que pasó, permitiría menos impunidad en el pago de los daños que se causan y contribuiría a la internalización de las externalidades, lo que a su vez incrementa el bienestar social.

El Derecho es, ante todo, un sistema de solución de problemas prácticos. Por eso quedarnos en el análisis meramente teórico y conceptual, sin analizar los efectos operativos de las cargas de la prueba, es alejarnos de la solución real de los problemas.

El *res ipsa loquitur* es una herramienta realmente útil para resolver problemas reales. Ordena nuestro razonamiento y permite entender mejor el alcance de nuestras normas. Siempre se alzarán voces que pedirán que las doctrinas extranjeras se dejen de lado, sobre todo si son anglosajonas. Pero los abogados debemos aprender que lo útil lo es porque sirve, no por de dónde viene.

# ¿Cómo "vestir un santo sin desvestir a otro"?

## La responsabilidad limitada de las sociedades y los accidentes*

El señor Walkovszky fue atropellado por un taxi, en la ciudad de Nueva York. El automóvil era de propiedad de una empresa llamada Seon Cab Corporation, cuyo objeto social era precisamente prestar el servicio de taxi.

A fin de obtener una indemnización Walkovszky planteó una demanda ante las Cortes de Nueva York contra el Sr. Marchese, conductor del taxi, Seon Cab Corporation, nueve empresas similares a ésta, y el señor Calton. Este último fue demandado en calidad de accionista principal de la empresa propietaria del taxi. El fundamento de su inclusión se encontraba en que Calton era accionista de las diez empresas de taxi idénticas, cada una con sólo dos taxis como único patrimonio y cada taxi con un seguro de responsabilidad civil limitado a US$ 10,000.00, según las exigencias de la ley de Nueva York en este aspecto.

Si bien se trataba de diez empresas formalmente independientes, eran, según la demanda, operadas «(…) como una sola entidad, unidad y empresa» respecto a su financiamiento, proveedores, reparaciones, trabajadores y estacionamiento de los vehículos. El demandante sostenía que estaba en

---

* Esta sección se basa en el artículo «¿Cómo vestir a un santo sin desvestir a otro? La responsabilidad limitada de las sociedades y los accidentes», publicado en *Themis*, Revista de Derecho de la PUCP, No. 33, Lima, 1996.

capacidad de demandar por la responsabilidad del accionista, porque la estructura corporativa múltiple diseñada constituía un intento ilegal de defraudar a los miembros de la ciudadanía en general que podían ser dañados por los taxis.

En el juicio se discutió la posibilidad de establecer una responsabilidad de los accionistas, a pesar de que la sociedad propietaria del taxi causante del daño tenía responsabilidad limitada. Entre las teorías discutidas se encontró el «levantamiento del velo societario» (*pierce the corporate veil*).

En el juicio de la sentencia emitida en última instancia por la Corte de Apelaciones de Nueva York, se calificó la división del negocio de taxis en varias empresas como una «práctica aparentemente común en la industria de taxis». Sin embargo, consideraron que no era posible establecer la responsabilidad de los accionistas en el caso. Para ello señalaron que:

> «(...) el demandado individual ha sido acusado de haber organizado, manejado, dominado y controlado una corporación fragmentada, no hay ninguna alegación de que él hubiera estado conduciendo el negocio dentro de su capacidad individual. Si la flota de taxis hubiera sido propiedad de una sola sociedad, sería evidente que el demandante tendría que enfrentar barreras formidables para establecer la responsabilidad personal por parte de los accionistas. El hecho de que la propiedad de la flota haya sido distribuida deliberadamente entre muchas sociedades no libera al demandante de la carga de la prueba en este aspecto»[1].

La preocupación de la Corte se basa en los riesgos que su resolución podría haber implicado respecto de las alegaciones de responsabilidad contra cualquier accionista. La sentencia parecería estar dispuesta a atribuir responsabilidad si las sociedades constituidas hubieran sido una suerte de «simulación», pues en realidad se hubiera tratado de un negocio personal en sí mismo. No consideraron la forma en que la estructura empresarial estaba organizada como un mecanismo que traslucía mala fe por parte de los accionistas y que, por tanto, justificaba «levantar el velo societario».

Hubo, sin embargo, un voto en discordia emitido por el Juez Keating. Dicho voto consideró que sí debía atribuirse responsabilidad a Calton pues era evidente que las sociedades habían sido «intencionalmente subcapitalizadas con el propósito de evadir responsabilidad por actos que evidentemente se producirían como consecuencia de la operación de una flota grande de taxis (...)». Mencionó además que, durante las operaciones,

---

1. Walkovszky v. Carlton. Corte de Apelaciones de Nueva York, 1966. 18 N.Y. 2d 585, 223 N.E. 2d 6.

los ingresos eran derivados fuera de las empresas con el fin de evadir, de manera más evidente, cualquier responsabilidad patrimonial[2].

El caso que acabamos de citar nos muestra un problema que se presenta cada día con mayor frecuencia especialmente en los países desarrollados: los efectos de la responsabilidad limitada de las sociedades en el caso de daños de naturaleza extracontractual.

Las empresas han experimentado en las últimas décadas un desarrollo impresionante. La tecnología, el desarrollo de las teorías de organización empresarial y la administración de negocios, han permitido el desarrollo de sociedades cuyo patrimonio fácilmente supera el de un país pequeño.

Pero a la vez, este desarrollo ha traído nuevos riesgos a la sociedad. Ya nuestros problemas no se limitan a accidentes ocasionados por empresas de taxis. Hoy una empresa puede causar daños pavorosos, de dimensiones incalculables: derrames de petróleo, contaminación, daños ambientales, accidentes industriales, accidentes de aviación, daños por productos defectuosos, explosiones de servicios de gas, accidentes nucleares, etc. Una empresa podría ser responsable de la destrucción de un barrio entero, y quizás de una región o de un país.

Para evitar este tipo de daños, y en particular la responsabilidad que de ellos se deriva, las empresas toman precauciones. A veces dichas precauciones son socialmente deseables: sistemas de seguridad industrial, tecnología de seguridad, mecanismos de monitoreo de riesgos, diseños de programas de protección ambiental, establecimiento de círculos de seguridad alrededor de plantas y fábricas, etc.

Pero a veces las empresas adoptan otras estrategias para exonerarse de parte de la responsabilidad, sin necesariamente invertir en costosos mecanismos de prevención. Así, en lugar de evitar el accidente, evitan pagar la responsabilidad de él derivado.

Como señala KRAAKMAN, los acreedores por responsabilidad extracontractual de una empresa insuficientemente capitalizada, difieren de los acreedores contractuales en un aspecto medular:

> «Ellos no pueden negociar con la sociedad causante del daño de manera previa para obtener protección contractual o compensaciones por asumir el riesgo. Por el contrario desconocen por completo la existencia del causante del daño antes de que este ocurra, y están aún menos capacitados para monitorear sus niveles de capitalización o su cobertura de seguros.»[3]

---

2. *Ibídem*, *Loc. cit.*

3. KRAAKMAN, Reiner. *Corporations. Cases and Materials*. Harvard Law School, 1990, p. III-72.

Así, mientras un proveedor de repuestos automotores podrá estudiar si le conviene o no brindarle crédito a una empresa de taxis, revisando su situación patrimonial, un peatón atropellado no podrá elegir entre todos los taxis de la ciudad para de terminar, según la situación patrimonial de sus propietarios, por cuál le conviene ser atropellado.

Esta situación hace que, a diferencia de lo que sucede con las obligaciones contractuales, las obligaciones extracontractuales no generan los incentivos de mercado necesarios para una adecuada capitalización de la sociedad, principalmente por las diferencias en términos de costos de transacción entre una situación y la otra. En sociedades en donde la incidencia de posible responsabilidad extracontractual puede ser elevada respecto a la necesidad de asumir obligaciones contractuales (por ejemplo empresas que desarrollan actividades de alto riesgo) no existirán incentivos para una capitalización adecuada de cada empresa, tendiéndose a la división del patrimonio en muchas empresas distintas.

Si a ello añadimos que el nivel de crédito contractual podría no verse reducido, por la percepción de los acreedores de la existencia de un grupo empresarial, que se presta garantías mutuas entre las empresas que lo integran, descubriremos que los incentivos a la descapitalización de la empresa en particular son aún mayores. Así, por ejemplo, si Calton hubiera necesitado un crédito bancario para financiar las operaciones de sus empresas de taxi, le hubiera bastado constituir prendas vehiculares sobre los autos de todas las empresas para obtener el préstamo, sin necesidad de integrar sus patrimonios bajo una sola razón social. Pero la responsabilidad limitada de cada empresa seguiría protegiendo su patrimonio de los eventuales acreedores extracontractuales del grupo.

La solución al problema no es tan sencilla como eliminar la responsabilidad limitada en caso de accidentes. La responsabilidad limitada es un concepto prácticamente universal en todas las legislaciones mercantiles del mundo. Y ello es así porque se trata de un elemento útil, que como veremos más adelante, favorece la inversión, permitiendo la diferenciación entre el patrimonio personal y el invertido en los negocios. Pensemos sino cuál sería el efecto de la eliminación de la responsabilidad limitada en las bolsas de valores del mundo. Cuando un inversionista descubra que al comprar una acción está no sólo comprando el derecho a percibir utilidades, sino el deber de asumir las responsabilidades eventuales de un accidente industrial o de un derrame de petróleo, los costos de transacción en estos mercados se elevarían de manera geométrica. Ello en perjuicio de la dinámica de los mercados y de los niveles de inversión.

Se trata pues de un problema difícil de enfrentar y más aún de resolver

## I. LAS FUNCIONES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

Para determinar los alcances y efectos de la responsabilidad limitada de las sociedades en los daños por accidentes es necesario recordar las funciones que tiene un sistema de responsabilidad civil extracontractual, y que fueron ya analizados en varias de las secciones anteriores. Sólo así podremos determinar en qué grado estas funciones pueden verse distorsionadas por la responsabilidad limitada.

### 1.1. La desincentivación de actividades que aumenten el número y gravedad de los accidentes

Como vimos, la obligación de pago de una indemnización hace que el causante asuma los costos económicos del accidente, liberando así a la víctima de asumirlos. Al hacerlo, el causante recibe incentivos para tomar precauciones, siempre que el costo de dichas precauciones esté justificado por la posibilidad de evadir el costo de los accidentes que dichas precauciones evitan. Ello no quiere decir que no habrá accidentes. Por ejemplo los automóviles siguen circulando a pesar que sus propietarios serán responsables por los daños que ocasionen. El dejar los automóviles estacionados, es decir, el dejar de circular, es una excelente precaución para evitar, de una manera 100% efectiva, los accidentes de tránsito. Pero los propietarios no lo hacen porque los costos de dicha precaución (el perder los beneficios de usar los vehículos) superan la magnitud esperada de los accidentes.

Pero el adecuado funcionamiento del sistema de responsabilidad civil sí podría conducir a la adopción de precauciones razonables. Así, un conductor podría decidir reparar sus frenos a un costo de S/. 100.00 si con ello se evita un costo esperado de los accidentes por frenadas tardías de S/. 1,000.00. Cuando uno analiza la situación de las empresas entenderá la importancia de generar incentivos para la adopción de las precauciones necesarias. Estas precauciones pueden ser vistas como las inversiones que la empresa realiza en medidas de seguridad, mecanismos de control, obtención de información, reducción de frecuencia de actividad, abstención de realizar ciertos actos, y en general cualquier acto dirigido a evitar o reducir las posibilidades de que ocurra un accidente. Pero también pueden ser vistas como los aportes que los accionistas realizan, directamente (aportes en efectivo) o indirectamente (gastos de la sociedad que reducen sus utilidades) para capitalizar y dar un patrimonio suficiente a la empresa para tomar las precauciones necesarias.

Si el sistema de responsabilidad civil extracontractual no existiera, los incentivos a la toma de precauciones se verían reducidos de manera

sustantiva. Si bien se puede lograr la implementación de ciertas precauciones por medio de lo que CALABRESI llama «desincentivos específicos» (por ejemplo regulaciones administrativas de seguridad o normas ambientales), estos pueden ser insuficientes, ineficaces e inefectivos.

El conductor de un automóvil que sabe que no será responsable de los accidentes que ocasione, está externalizando parte de los costos de su actividad, es decir, trasladando costos a terceros o, lo que es lo mismo, obteniendo una suerte de subsidio de sus víctimas.

Algo similar sucedería si es que, a pesar de existir el sistema de responsabilidad civil, éste es imperfecto en cuanto no traslada el íntegro de los costos al causante de los daños. Así, si los jueces dieran sólo como indemnización el 50% de los daños causados, existirían incentivos insuficientes para la toma de precauciones adecuadas.

La responsabilidad limitada puede tener como efecto introducir imperfecciones en el sistema de responsabilidad civil para internalizar el costo de los accidentes y, por dicha vía, para generar incentivos adecuados a la toma de precauciones. Si la empresa sólo responde con su patrimonio, el efecto es equivalente a un traslado sólo parcial de los costos de los accidentes. Pero además se está exonerando de responsabilidad a una categoría de causantes de los daños: los accionistas. Imaginemos que estos inversionistas, conscientes de las ventajas de la responsabilidad limitada y de la potencial capacidad de ocasionar daños que tiene la empresa, la subcapitalizan, precisamente para no exponer su patrimonio a las posibles consecuencias de la responsabilidad extracontractual. Pero además capitalizan insuficientemente la empresa porque, siendo que el patrimonio afectado es inferior a los potenciales daños, tampoco inyectan recursos suficientes para que la sociedad adopte las precauciones necesarias y razonables. La consecuencia es una sociedad con un patrimonio insuficiente, no sólo para responder por los daños que ocasiona, sino para tomar las precauciones razonables. Así, de alguna manera, la decisión de capitalizar insuficientemente a la empresa puede ser considerada causa de los daños ocasionados. La responsabilidad limitada exonera de responsabilidad a quienes, de alguna manera, son causantes del accidente.

En el ejemplo que acabamos de exponer, los inversionistas han subcapitalizado a la empresa de manera intencional. Pero también podrían darse casos de «subcapitalización culpable» donde la calificación de «responsable» puede ser más discutible. E incluso podríamos llegar al extremo de hablar de una responsabilidad objetiva por subcapitalización que nos conduciría virtualmente a la eliminación de la responsabilidad limitada, por lo menos en el ámbito de los daños extracontractuales.

Como podrá apreciar el lector, las relaciones que se pueden establecer entre la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad limitada en cuanto a los incentivos para tomar precauciones no son precisamente pacíficas, y por el contrario pueden plantear problemas de difícil solución.

### 1.2. La compensación a las víctimas

Una vez que se produce el accidente, el daño de él derivado es, en términos económicos, irrecuperable. La pérdida social de un brazo, de una vida, de un automóvil, de utilidades de un negocio, ya se produjo. Podrá trasladarse dicho daño para mejorar la situación de la víctima. Pero el daño ya no desaparecerá. En términos estrictos no se reparan daños, simplemente se compensa a las víctimas. Así, tendrán que destinarse recursos del responsable, originalmente destinados para otros fines, para cubrir la pérdida sufrida por la víctima. Así, con el traslado del daño, se crea un nuevo daño y una nueva víctima.

Sin embargo hay circunstancias donde el traslado del daño reduce la pérdida social, es decir el sufrimiento social derivado de un accidente. Ello porque aquel a quien se le traslada el daño está en mejor capacidad para enfrentarlo. En términos sencillos, sufrirá menos.

A diferencia de la reducción de los costos primarios, se concentra no en la reducción del número y gravedad de los accidentes que pudieran ocurrir, sino en la reducción de los costos sociales derivados de los accidentes ya ocurridos.

Como vimos, existen básicamente dos mecanismos a través de los cuales el sistema jurídico puede conseguir minimizar los costos secundarios. El primero de ellos es trasladando el peso de los accidentes a aquella de las partes que, por gozar de una mejor situación patrimonial, está en la posibilidad de enfrentarlos con menor sacrificio, en la teoría conocida como *deep pocket* o «bolsillo grande». Si bien la misma ha sido duramente criticada, principalmente porque se basa en un concepto de justicia redistributiva que puede entrar en contradicción con criterios de eficiencia, es un hecho que muchos sistemas la acogen directa o indirectamente. Por ejemplo el Código Civil Peruano la recoge parcialmente en su artículo 1977, que permite a la víctima de un daño causado por un incapaz que ha actuado sin discernimiento y que no puede obtener una reparación del representante legal, obtenerla del propio incapaz, teniendo en cuenta la situación económica de las partes.

Además nuestro sistema jurídico también la acoge indirectamente. Somos de la opinión que los jueces, al momento de establecer las indemnizaciones, suelen dejarse influir por la situación económica de las partes para aumentar o reducir el monto de una indemnización.

Bajo la teoría del *deep pocket* se presume que aquel que tiene una mejor situación patrimonial sufrirá menos soportando el peso económico del daño. Ello porque se tiende afectar sus últimos soles antes que sus primeros soles. Así por ejemplo, el sufrimiento que tiene que atravesar una persona cuyo único patrimonio es S/. 1,000.00 para compensar un daño de S/. 1,000.00 es muy superior al sufrimiento que tiene que pasar una persona cuyo patrimonio es S/. 1'000,000.00 para soportar un daño de S/. 1,000.00. En consecuencia, es preferible que el daño lo soporte el más rico.

El segundo mecanismo, contemplado en los sistemas jurídicos, es el de la distribución social del costo de los accidentes. Según esta posición, defendida en nuestro país por el Dr. Fernando DE TRAZEGNIES[4], es posible minimizar los costos de un accidente si estos son distribuidos socialmente entre un número mayor de individuos. Ello puede lograrse a través de dos formas. La primera es el sistema de seguros, mediante el cual todos los que contratan un seguro se distribuyen el costo del accidente que finalmente el asegurador cubrirá. La segunda forma es a través del sistema de precios. Así, al trasladarse el costo de los daños a una empresa, ésta podrá a su vez trasladar dicho costo, fragmentado, al precio de sus productos y servicios. Finalmente el costo del accidente es asumido por todos los consumidores.

La distribución social del costo de los accidentes reduce el sufrimiento social por un mecanismo similar al que utiliza la teoría de *deep pocket*. Consigue que los daños sean preferentemente pagados con los últimos soles del patrimonio de las personas, antes que con los primeros. El sufrimiento social se minimiza, consiguiendo que mil personas asuman un sol cada una, antes que una sola persona asuma un costo de S/. 1.00. En términos generales el efecto es similar al que se genera cuando alguien contrata un crédito. Si bien el monto final que pagará es superior a aquel que pagaría si hubiera cumplido su obligación al contado, las personas prefieren distribuir el costo a través de varios meses porque con ello sienten menos el costo. El efecto de la distribución en el tiempo o entre varias personas es similar[5].

Como se podrá apreciar, aquellos que defienden la compensación a la víctima como fin principal del sistema de responsabilidad civil, también encontrarán que la responsabilidad limitada de las sociedades puede ser un obstáculo importante para que estos mecanismos de compensación a las víctimas funcionen de manera efectiva.

---

4. DE TRAZEGNIES, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*, Biblioteca Para Leer el Código civil. Vol. IV, T. I, pp. 52-61.

5. El sistema de seguros también distribuye el pago de los daños a través del tiempo. El asegurado paga periódicamente una prima que, en términos teóricos, es el pago en cuotas del costo esperado de los daños que podría ocasionar.

Sea que uno esté de acuerdo con la teoría del *deep pocket* o con la teoría de la distribución social del costo, suelen ser las sociedades aquellas entidades a través de las cuales podrían, realizarse mejor estos fines. Por un lado es común que las sociedades cuenten con patrimonios más sólidos para enfrentar los daños derivados de sus actividades. Por otro lado, pueden ser mecanismos efectivos de distribución de los costos de los accidentes, sea mediante el simple traslado al sistema de precios, mediante la contratación de seguros o mediante la aplicación combinada de ambos métodos en cuanto las primas de seguros son, a su vez, trasladas al sistema de precios.

La responsabilidad limitada, al generar un incentivo a la subcapitalización limita la posibilidad de que la empresa sea un medio para lograr una adecuada compensación a la víctima y disminuir los costos sociales derivados del accidente. Su efecto podría ser precisamente generar una tendencia a concentrar el costo de los accidentes en la propia víctima.

Además una empresa poco capitalizada tiene menos incentivos para contratar seguros adecuados. Por ejemplo, en el caso Walkovszky la empresa propietaria de los taxis sólo contrató el seguro necesario para cumplir con los requisitos legales exigidos por la ley de New York. ¿Para qué contratar un seguro con mayor cobertura si la responsabilidad limitada le pone un techo a lo que debo pagar?

Otro efecto se produce en el sistema de precios. Al reducirse la responsabilidad esperada por accidentes en base a la conciencia que la empresa y sus accionistas tienen de que la responsabilidad limitada los hará pagar sólo con el patrimonio aportado, los precios de los bienes y servicios ofrecidos por esta sociedad no reflejarán este componente de costo adicional. En términos reales serán productos demasiado baratos en tanto el costo de producción no refleja el costo social del bien o servicio. Esto quiere decir que habrá un sobreconsumo, generando una mala asignación de recursos.

### 1.3. Reducción de los costos administrativos de funcionamiento del sistema de responsabilidad civil

Como vimos, todo sistema de responsabilidad tiene que incurrir en una serie de costos para poder funcionar. Se requieren Cortes, abogados, peritos, investigadores, es decir tiempo, recursos humanos y dinero, para poder trasladar el costo de los accidentes de la víctima al causante (o simplemente para determinar que dicho traslado no debe ocurrir).

Pero estos costos administrativos difieren según el diseño que se haga del sistema de responsabilidad. Así, por ejemplo, un sistema subjetivo, basado en la culpa implica costos administrativos superiores en cuanto requiere la prueba de un *standard* de conducta y de la verificación del mismo. Por el

contrario, un sistema objetivo requiere sólo probar la relación de causalidad, aliviando el uso de recursos de prueba, el tiempo de los jueces y las investigaciones necesarias para determinar cómo ocurrió exactamente el accidente.

También deben considerarse como consecuencia de los costos terciarios, aquellos derivados de los errores e ineficiencias del sistema. Así, un sistema que eleve los costos de evitar un error (por ejemplo liberar de responsabilidad a quien debió ser hecho responsable) a niveles que haga de los errores algo común, generará costos que deben ser considerados (mayor cantidad de accidentes, concentración de los daños en las víctimas, etc.).

Es claro que la reducción de los costos terciarios ayuda a conseguir reducción de los costos primarios y secundarios. Pero la existencia de la responsabilidad limitada podría incrementar los costos administrativos. Ello porque puede alejar a aquel que puede tomar decisiones que favorezcan la reducción de los accidentes o que puede asumir mejor los daños, de la posibilidad de ser hecho responsable.

Pero además, la opción que tome el sistema podrá incrementar sus costos operativos. Si desapareciera la responsabilidad limitada, los costos administrativos de trasladar la responsabilidad de manera que se reduzcan los costos primarios y secundarios se reducirían. Sin embargo, ello podría tener terribles consecuencias en la actividad económica y en la inversión, como veremos más adelante. Sistemas intermedios que permitan levantar la limitación en determinados casos deberán establecer criterios y, sobre todo, *standards* de prueba, que pueden elevar o reducir los costos terciarios. Todo ello debe ser evaluado para decidir cómo enfrentar y tratar el problema.

Hemos analizado muy rápidamente las funciones que podrían atribuirse a un sistema de responsabilidad civil y cuáles podrían ser sus vinculaciones con la responsabilidad limitada de las sociedades. Sin embargo, como veremos más adelante la situación tiene más aristas de las que han aparecido hasta ahora.

## II. LAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD LIMITADA EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES

A pesar de lo dicho es difícil imaginar el mundo moderno sin la existencia de responsabilidad limitada para las sociedades. Como hemos mencionado, el desarrollo de las empresas y grupos empresariales de las dimensiones actuales hubiera sido imposible de no haber existido dicha limitación. Para poder establecer un balance debemos contraponer las funciones del sistema de responsabilidad con las de la propia responsabilidad limitada.

Como ya hemos dicho, el principio de responsabilidad limitada de las sociedades está universalmente reconocido. Sin embargo, su origen no es

tan lejano como podría pensarse, y difícilmente se puede encontrar un antecedente más allá de la primera mitad del siglo XIX. Pero la universalidad de su desarrollo no coincide en contundencia con la claridad de las razones que justifican el principio. A pesar de que intuitivamente todos percibimos las ventajas y beneficios de la limitación de responsabilidad, no es fácil explicar en qué consisten éstas. De hecho es muy difícil encontrar en la doctrina romano-germánica una explicación realmente satisfactoria.

La doctrina anglosajona, en especial en la última década, ha comenzado a plantear algunas explicaciones interesantes que justifiquen el principio.

EASTERBROOK y FISCHEL, en un interesante trabajo, arrojan luces sobre la lógica económica que justifica un sistema de responsabilidad limitada[6]. Ellos indican que, equivocadamente, se ha considerado a la responsabilidad limitada como un beneficio concedido por el Estado a los inversionistas. Sin embargo, para ellos, es mucho más adecuado analizar este principio como la consecuencia lógica de distintas formas de conducir el comportamiento económico.

Las sociedades, según estos autores, dominan las preferencias de los inversionistas cuando la tecnología de producción requiere que las empresas cuenten con dos cosas:

a) Una combinación de habilidades especializadas de diversos agentes; y

b) Gran cantidad de capital.

La sociedad permite dividir las habilidades gerenciales y laborales del suministro del capital necesario para el desarrollo de sus fines. Lo primero es aportado por los tecnócratas (administradores, financistas, técnicos y trabajadores), encargados de tomar las decisiones gerenciales, ejecutarlas y operar la sociedad; lo segundo es aportado por los inversionistas. La sociedad es entonces un dinámico mecanismo que permite que gerentes y trabajadores sin dinero, e inversionistas sin habilidades gerenciales y de trabajo, puedan desarrollar sus potencialidades, complementándose mutuamente.

Esta división de aportes, especialmente clara cuando hablamos de sociedades abiertas con inversiones del público, permite también una mejor distribución de riesgos. Así, el inversionista asume el riesgo de su inversión (es decir, del capital que aporta) y los tecnócratas asumen el riesgo de las decisiones que adoptan[7].

---

6. EASTERBROOK & FISCHEL. «Limited liability and corporations». En: *Chicago Law Review*. Vol. 52, pp. 93-97 (1985).

7. *Ibídem*, pp. 93-94.

En otras palabras, según EASTERBROOK y FISCHEL, la división de la labor en operar la empresa de la de aportar capital permite racionalizar la conducta de las partes involucradas. El inversionista limita su riesgo a su propia inversión obteniendo libertad para realizar otras inversiones, las que no se verán afectadas por la mala gestión o por las obligaciones que contraiga la sociedad. Por su parte los tecnócratas ven limitados los recursos con los que cuentan y son más conscientes de que una mala gestión llevará la empresa a la insolvencia, sin poder contar con la posibilidad que el patrimonio de los socios cubra cualquier déficit.

Así, según los autores citados, aquellos que invierten capital pueden correr riesgos adicionales porque pueden participar en otras empresas o inversiones. El titular de un «portafolio» de inversiones diversificado se sentirá más incentivado a asumir un riesgo si sabe que éste está limitado sólo a parte de su patrimonio. Como a este inversionista le cuesta demasiado o simplemente no le interesa fiscalizar continuamente la gestión de los tecnócratas, asume el riesgo de no conocer al detalle su conducta, a cambio de que se limite la responsabilidad que podría asumir.

Como EASTERBROOK y FISCHEL señalan, esta división de funciones no está libre de generar costos adicionales. La sociedad se ve en la necesidad de crear mecanismos de mutua fiscalización y monitoreo entre inversionistas y tecnócratas. Ningún grupo terminará confiando totalmente en el otro. Además, siendo que los tecnócratas no obtienen todos los beneficios de una buena gestión, pues parte de ella se va en utilidades para los socios, recibiendo sólo sus remuneraciones, honorarios y premios, no existen incentivos perfectos para una gestión totalmente eficiente. Se produciría así una externalidad positiva, en donde los beneficios de la buena administración son trasladados en parte a los inversionistas. Esto es conocido como el «costo de agencia» (*agency cost*) y no es otra cosa que los costos en eficiencia de encargar la gestión de ciertos recursos a alguien distinto a su titular[8].

Lo dicho se refleja en el refrán popular de que «el ojo del amo engorda al caballo». De hecho, quien recibe recursos ajenos, con la conciencia de que los beneficios que obtenga de su esfuerzo irán en parte al titular de los mismos, tendrá menos incentivos que el propio titular para una explotación adecuada. Sin embargo, el poner recursos propios en manos ajenas es una exigencia de un mundo en el que la especialización, los conocimientos técnicos y la división del trabajo son un requisito esencial en la actividad económica.

Como dicen los autores citados, la evidencia empírica demuestra, a través de la existencia de sociedades y grupos empresariales inmensos, que

8. *Ibídem*, *Loc. cit.*

los costos de agencia son opacados por los beneficios de la separación de las funciones. Y la responsabilidad limitada de la sociedad ayuda a reducir los costos de la separación y especialización, por seis razones:

a) La responsabilidad limitada reduce el costo de monitorear la conducta de los tecnócratas. Gran parte del riesgo de un inversionista se deriva de la gestión que lleguen a desarrollar los administradores y trabajadores de la sociedad. Una forma de reducir tal riesgo es monitoreando muy de cerca la conducta de estos últimos. A mayor riesgo, mayores recursos se invertirán en monitoreo. Pero luego de cierto punto el monitoreo deja de valer lo que cuesta. Si a ello añadimos que muchos capitalistas diversificarán sus inversiones en muchas empresas distintas, veremos la complejidad del problema. Esta diversidad implicará que será difícil encontrar inversionistas que entiendan y tengan conocimientos suficientes para monitorear las acciones de tecnocracias especializadas en una serie de empresas con actividades distintas.

En este contexto, la responsabilidad limitada hace de la diversificación y la pasividad en el monitoreo una estrategia más racional y, en consecuencia, reduce los costos de operación de la sociedad. Por supuesto que los accionistas entienden que existe un riesgo de que los actos de los administradores puedan causarles pérdidas. Sin embargo, el precio que pagan por las acciones refleja tal riesgo, es decir, están dispuestos a pagar un precio menor. Esto a su vez genera incentivos a la tecnocracia para prestar garantías a los inversionistas sobre la seguridad de su inversión, por ejemplo, a través del prestigio y solidez de la empresa, sin necesidad de monitoreo directo y costoso. Así las mejores administraciones atraerán más capital. Ello permitirá a los tecnócratas contar con más recursos para su actividad diaria. Por el contrario, administraciones ineficientes aumentarán el descuento en el precio de las acciones.

La responsabilidad limitada reduce estos costos porque las pérdidas potenciales son, valga la redundancia, limitadas al monto de la inversión. Así la consecuencia de ser inversionistas con más disposición a adquirir acciones porque ven reducido el riesgo que asumen[9].

b) Una segunda razón, expuesta por los mismos autores, radica en que la responsabilidad limitada reduce el costo de monitorear a otros accionistas[10].

Si los accionistas estuvieran expuestos a la responsabilidad ilimitada, cuanto mayor sea el patrimonio personal de otros accionistas, será menor

---

9. *Ibídem*, *Loc. cit.*

10. Sobre este tema, revisar JENSEN & MECKLING. «Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure». En: *Journal of Financial Economics*. Vol. 3, N.º 305, p. 313 (1976).

la probabilidad de que un accionista determinado tenga que responder con sus bienes. En consecuencia, los accionistas existentes tendrían incentivos para embarcarse en un complicado proceso de monitoreo sobre quiénes son los otros accionistas y asegurarse que los mismos no transfieran sus bienes o los vendan, reduciendo su patrimonio. La responsabilidad limitada hace de la identidad de los accionistas un elemento irrelevante en tomo a quién responde por los riesgos[11].

c) También, de acuerdo a EASTERBROOK & FISCHEL, la responsabilidad limitada favorece el libre intercambio de acciones y, por esa vía, crea incentivos para que los tecnócratas actúen eficientemente. Ya se ha señalado que los inversionistas individuales suelen carecer de experiencia e incentivos para monitorear a administradores especializados en el área en que trabaja la sociedad. Estos inversionistas responden a este excesivo «costo de agencia» invirtiendo menos. Al reducirse el costo de monitoreo, por la responsabilidad limitada, se da una mayor flexibilidad al mercado de capitales y, por tanto, un mayor movimiento al accionariado de las empresas. Al mismo tiempo, el precio de las acciones de sociedades mal manejadas será menor. Así, las empresas mal manejadas atraerán nuevos inversionistas con capacidad de organizar nuevos aparatos gerenciales. Este peligro fuerza a los administradores a tener una actividad más eficiente, pues el mercado se convierte en un mecanismo de presión hacia una gestión adecuada[12].

d) Otra razón dada por los mismos autores, es que la responsabilidad limitada hace que los precios en el mercado nos brinden información adicional sobre el valor de las empresas. Si hubiera responsabilidad ilimitada de los accionistas, las acciones dejarían de ser bienes homogéneos, con lo cual dejarían de tener un solo precio de mercado. Ya no serían bienes fungibles. Los inversionistas tendrían, en consecuencia, que invertir muchos más recursos para determinar cuál es el precio correcto. Con el sistema de responsabilidad limitada el precio de una acción es consecuencia principalmente de las utilidades futuras. En cambio, con un sistema de responsabilidad ilimitada, es consecuencia de las utilidades futuras, pero además de la riqueza y de la cantidad de patrimonio poseído por otros accionistas. Ello afectaría tremendamente el funcionamiento del mercado. Las Bolsas de Valores se volverían entidades «kafkianas» en las que sería imposible encontrar precios realmente claros y transparentes[13]. Imaginemos, por ejemplo, que el 50% del capital de una empresa es de propiedad de

---

11. EASTERBROOK & FISCHEL, *Ob. cit.*, *Loc. cit.*

12. *Ibídem*, *Loc. cit.*

13. *Ibídem*, *Loc. cit.*

Rockefeller. Si hay responsabilidad ilimitada los demás accionistas verán que el valor de la acción se incrementará, pues sabrán que existe un mayor patrimonio para responder por las deudas. Al día siguiente que Rockefeller vende sus acciones a 50,000 pequeños inversionistas, el precio de las demás acciones caerá abruptamente, pues los nuevos inversionistas verán en la empresa un riesgo mayor para su propio patrimonio. Cuando Rockefeller era su socio sabían que era más probable que los acreedores de la sociedad se dirigieran contra él, porque finalmente eran co-responsables con un deudor más solvente. Cuando entran los nuevos accionistas, y estos tienen patrimonios que sumados son menores a los Rockefeller, los demás accionistas verán en mayor riesgo su patrimonio.

Bajo este esquema, y asumiendo que la otra mitad de la empresa es de propiedad de otros inversionistas cuyo patrimonio sumado no alcanza al de Rockefeller, veremos que las acciones no son bienes fungibles. Así las acciones de Rockefeller valen menos que las acciones de los demás inversionistas. Sin perjuicio que este efecto desincentiva a inversionistas como Rockefeller, genera grandes problemas para conocer el valor real de las acciones. Hoy, para conocer el valor de una sociedad, bastaría revisar balance, establecer las proyecciones de rentabilidad o analizar sus perspectivas de flujo futuro. En un mundo de responsabilidad ilimitada hay que revisar no sólo el balance, la rentabilidad y perspectivas de la sociedad, sino el balance, la rentabilidad y las perspectivas de cada uno de los accionistas. Y el resultado será distinto según las acciones de quién estemos analizando. Ello incrementa los costos de transacción de manera significativa.

e) En quinto lugar, los autores que comentamos señalan que la responsabilidad limitada permite una más eficiente diversificación. Los inversionistas pueden minimizar su riesgo por medio de diversificar su inversión en empresas distintas. La función de esta diversificación es minimizar riesgos. Bajo un sistema de responsabilidad ilimitada diversificación incrementaría los riesgos en lugar de reducirlos[14]. Expliquemos esto con un ejemplo.

Un inversionista puede querer dirigir la mitad de su patrimonio a inversiones en Bolsa. Siendo que existe un régimen de responsabilidad limitada, ha elegido invertir una tercera parte de estos recursos en empresas inmobiliarias, otra tercera parte en empresas textiles y otra tercera parte en empresas petroleras. Si pusiera todo lo que piensa invertir en una sola actividad, y esta actividad quiebra, perdería la mitad de su patrimonio (es decir todo lo que decidió invertir en Bolsa). La diversificación hace que si una actividad quiebra sólo pierda una sexta parte de su patrimonio (es decir la tercera

14. *Ibídem*, *Loc. cit.*

parte de lo que decidió invertir en Bolsa). Si la responsabilidad fuera ilimitada la quiebra de cualquiera de las tres actividades lo podría llevar a perder todo su patrimonio. Así, si tuviera que responder por las obligaciones de la empresa petrolera, podría terminar pagando con el 50% de su patrimonio no invertido en Bolsa y además con las acciones de su propiedad de las empresas inmobiliarias y textiles. En conclusión, la responsabilidad ilimitada genera, por esta vía, un desincentivo adicional a los inversionistas, porque aumenta su riesgo al reducir su posibilidad de diversificación.

f) Finalmente, EASTERBROOK & FISCHEL señalan que la responsabilidad limitada facilita decisiones óptimas de inversión. Cuando los inversionistas son titulares de portafolios diversificados, los administradores tratan de maximizar la utilidad de los primeros invirtiendo en cualquier proyecto que tenga un valor neto positivo. Ellos pueden aceptar desarrollar nuevas actividades (como por ejemplo nuevos productos) sin exponer a sus accionistas a la ruina. Cada inversionista puede protegerse contra el fracaso de un proyecto por medio de mantener acciones en otra empresa. En un mundo de responsabilidad ilimitada, los administradores se comportarán de manera diferente. Rechazarán como demasiados riesgosos proyectos con valores netos positivos. Y ello será consecuencia de lo que desean los inversionistas, que ven así una forma de reducir los riesgos. Esta «inhibición» del actuar de la sociedad es una pérdida social que el sistema de responsabilidad limitada trata de evitar[15].

Como hemos podido ver, la responsabilidad limitada es beneficiosa tanto para los tecnócratas, que pueden conseguir mayores aportes de capital e inversiones, como para los inversionistas, que ven más opciones y menos riesgos en sus inversiones. La consecuencia es el desarrollo significativo de la sociedad como forma de organización empresarial.

Otro autor, Robert CLARK, analiza el fenómeno en empresas encontrando razones similares a las propuestas por EASTERBROOK y FISCHEL, pero explicándolas de una manera distinta[16]. Para ello CLARK nos propone un ejemplo.

Imaginemos que una sociedad se constituye para construir un tren expreso y requiere el préstamo de un Banco para financiar la empresa. Definitivamente el Banco tomará en cuenta que si la sociedad tiene, por ejemplo, 50,000 inversionistas, no le será posible recolectar de éstos el monto del préstamo en tanto exista responsabilidad limitada. El Banco cargará enton-

---

15. *Ibídem*, *Loc. cit.*

16. CLARK, Robert Charles. *Corporate Law*. Little, Brown and Company, Boston-Toronto, pp. 8-10.

ces un interés más alto por el préstamo al ser consciente de que el riesgo de que no se le pague es mayor al sólo poder cobrarse del patrimonio de la sociedad. Los inversionistas estarán expuestos a un riesgo menor, pero su aporte, sea éste inicial o sea éste por percepción de menores utilidades, tendrá que ser mayor. Ello porque el patrimonio aportado o las utilidades obtenidas deberán cubrir una tasa de interés superior, que dejará de ingresar a los bolsillos de los accionistas. La pregunta que surge entonces es si las partes han ganado o han perdido con esta forma de financiamiento.

Según CLARK las ventajas son superiores a las desventajas. Para ello expone las siguientes dos razones:

a) En primer lugar, la responsabilidad limitada ayuda a colocar los riesgos sobre aquella de las partes que está en mejor capacidad de asumirlos, permitiendo así que se generen ganancias por el intercambio. Si la diferencia en la tasa de interés por el préstamo bancario es, por ejemplo, de sólo 1% y como consecuencia de ello cada inversionista está renunciando a recibir, vía utilidades, US$ 100.00 por año; la situación es equivalente a que el inversionista pague una prima de US$ 100.00 por un seguro que cubra su eventual responsabilidad personal para proteger sus bienes no invertidos en la empresa.

La contratación de un seguro de ese tipo puede ser perfectamente racional. Un inversionista con medios modestos se sentirá mucho peor perdiendo US$ 10,000.00 de sus bienes personales (como por ejemplo su automóvil) que perdiendo los US$ 10,000.00 de una inversión destinada a la compra de acciones y que fue voluntariamente discriminada de su inversión. Esto es consecuencia del principio de los rendimientos marginales decrecientes, según el cual dos pérdidas esperadas idénticas en dinero no generan necesariamente el mismo sufrimiento a la persona.

Por el contrario, el Banco encontrará menor riesgo en perder una parte del préstamo porque los costos de perseguir 50,000 accionistas pueden ser muy altos. Adicionalmente, el sufrimiento que tendría que soportar el Banco es sustancialmente menor en cuanto precisamente su negocio se vincula a evaluar y manejar riesgos de créditos, y por tanto ha diversificado sus inversiones para poder enfrentar las posibles pérdidas ocasionadas por los incumplimientos[17].

b) En segundo lugar, la responsabilidad limitada reduce los costos de transacción que tendría que enfrentar el Banco para otorgar el préstamo. Así, no es necesario que el Banco analice la capacidad de pago de los 50,000 inversionistas, ni que en caso de cobranza tenga que llevar a cabo 50,000

17. *Ibídem*, *Loc. cit.*

procedimientos distintos. El Banco se limita a analizar la capacidad de pago de la sociedad y establece la tasa de interés y los demás términos contractuales de acuerdo a tal análisis. Se reducen así los costos de evaluación y ejecución del crédito[18].

Como hemos podido ver, existen diversas razones que sustentan la conveniencia de un régimen de responsabilidad limitada. Una buena pregunta, sin embargo, es por qué es necesario que la ley establezca tal principio. Quizás sería suficiente dejar en libertad a las partes para evaluar las ventajas y desventajas, y establecer si desean o no responsabilidad limitada, colocándola en sus respectivos estatutos.

En la práctica es eso lo que sucede. Cuando los potenciales socios consideran que su compromiso exige asumir responsabilidades ilimitadas, pueden acudir a una forma societaria en la que no existe dicha limitación y, en consecuencia, responder personalmente por los perjuicios que puedan ocasionarse. Un buen ejemplo son las sociedades de profesionales, que por la naturaleza de los servicios que prestan, tendrán clientes a quienes no les interesa que la responsabilidad sea asumida por un ente abstracto. Los clientes exigirán una responsabilidad personal de los socios.

Otra forma en que los socios asuman responsabilidad ilimitada es mediante avales o prestando garantía de otro tipo en favor de la sociedad.

El hecho de que determinados tipos societarios gocen, en principio, de responsabilidad limitada simplemente reduce los costos de transacción. Así, tanto los terceros que contratan con la sociedad, como los potenciales accionistas que concurren a la Bolsa, no tienen que revisar el estatuto ni ubicar a los accionistas para determinar qué tipo de responsabilidad tienen. Les bastará ver cuál es la forma societaria adoptada para entender los alcances de la responsabilidad de los socios. Ello ahorra tiempo y dinero.

En síntesis, todas las razones expuestas están vinculadas a la reducción de los costos de transacción, tanto para la adquisición e inversión en acciones, como para la contratación entre la sociedad y terceros. La responsabilidad limitada establece reglas claras que permiten una contratación más fluida, y un desarrollo más dinámico del mercado bursátil. Estos elementos han contribuido a que las corporaciones modernas puedan alcanzar las dimensiones patrimoniales y operativas que gozan hoy en día.

Sin embargo, estas ventajas no hacen que desaparezca el problema que comentamos. La responsabilidad limitada puede generar problemas en el tratamiento de la responsabilidad civil extracontractual, según lo que hemos expuesto en el punto anterior. A la fecha, si bien el problema se ha presenta-

---

18. *Ibídem*, *Loc. cit.*

do, aún no ha llegado a niveles que pudiéramos considerar insostenibles ni graves. La responsabilidad limitada puede generar, en ocasiones, una mala asignación de recursos por la vía de impedir que la sociedad internalice todos sus costos de operación, pero la evidencia empírica demuestra que sólo en casos muy excepcionales una empresa ha quebrado como consecuencia de un pago derivado de responsabilidad extracontractual. Esta evidencia explicaría, como señalan HANSMANN y KRAAKMAN, que incluso la doctrina más radical al respecto mantiene responsabilidad limitada como la regla general[19].

## III. LOS PROBLEMAS DE LA RESPONSABILIDAD LIMITADA DE LAS SOCIEDADES RESPECTO A LOS ACCIDENTES

Ya hemos analizado las funciones tanto de los sistemas de responsabilidad extracontractual como de los sistemas de responsabilidad limitada de las sociedades mercantiles. Si bien ambas funciones, por separado, pueden ser consideradas positivas, el incumplimiento simultáneo de ambas parecería entrar, en ciertas situaciones, en conflicto. Así, mantener la responsabilidad limitada podría frustrar el cumplimiento de los fines trazados en la responsabilidad civil extracontractual, es decir la desincentivación de accidentes, la compensación a las víctimas y la reducción de los costos administrativos del sistema.

Por otra parte, eliminar la responsabilidad limitada en el caso de daños extracontractuales, podría hacernos perder los beneficios que dicha limitación trae al mercado de capitales y al desarrollo de las empresas en general.

La importancia de las funciones descritas hace que el conflicto no pueda resolverse fácilmente, pues la disyuntiva es «desvestir un santo para vestir a otro».

El perfil de las consecuencias es la regla de responsabilidad limitada en industrias que generan riesgos altos, y que por tanto pueden estar sujetas a una responsabilidad civil extracontractual importante, puede ser definido como uno en que las sociedades son subcapitalizadas y la industria es sobre-capitalizada.

Estas consecuencias se acentuarán conforme la sociedad desarrolle actividades más riesgosas y sujetas a una responsabilidad mayor.

Cuando hablamos de «sociedad» nos referimos a la persona jurídica específica. Esto quiere decir que, precisamente, los inversionistas pueden

---

19. HANSMANN y KRAAKMAN. «Toward unlimited shareholder liability for corporate torts». En: *The Yale Law Journal*. Vol. 100, N.º 7, mayo 1991, pp. 1879-1880.

fraccionar la actividad productiva en varias sociedades distintas, de manera de distribuir los riesgos y permitir que la responsabilidad limitada no se extienda más allá de la sociedad específica que ocasionó el daño. Esto deja libres a todas las demás personas jurídicas integrantes del grupo empresarial y, por supuesto, a los accionistas.

Un método es colocar las actividades muy riesgosas en subsidiarias distintas y que, según LANGE, sería el método predominante en industrias como la del tabaco o las que producen deshechos tóxicos en los Estados Unidos. Otra forma es dividiendo la actividad empresarial en muchas empresas distintas y pequeñas sin que estas sean subsidiarias entre ellas. Así se presenta la situación de subcontratación de empresas independientes y pequeñas para cubrir actividades riesgosas. De esta forma se evita incurrir en responsabilidades que expongan al grupo empresarial. Como señala LANGE, citando a COOK, luego del terrible derrame de petróleo del Exxon Valdez, la Shell Oil Company anunció sus planes de contratar empresas independientes para el transporte de crudo a fin de aislarse de las eventuales responsabilidades de un derrame similar[20]. No es necesario, pues, que todas las empresas pertenezcan al mismo grupo. La responsabilidad limitada puede estimular el retiro de empresas grandes de ciertas actividades riesgosas y, a la vez, incentivar la constitución de contratistas independientes, con menos capital, y que asuman estos riesgos.

Así, sin distinguir la modalidad utilizada, RINGLEB y WIGGINS encontraron que entre 1967 y 1980, el índice de formación de pequeñas sociedades en los Estados Unidos se incrementó notablemente en aquellas actividades caracterizadas por desarrollar actividades riesgosas, si se las compara con otras actividades que no conllevan los mismos riesgos[21].

La consecuencia, en uno u otro caso, es una subcapitalización de las sociedades que conforman una industria. Esta subcapitalización tiene, como ya hemos visto, dos causas. La primera se explica por los pocos incentivos que tienen las empresas para invertir en precauciones que reduzcan la cantidad de accidentes. Así, éstas no invierten en prevención de daños que no van a fin de cuentas a pagar.

La segunda causa es reducir el patrimonio que tendría que responder por un eventual accidente.

---

20. LANGE, pp. 22-23, citando a COOK, «An easy way out of this mess». En: *U.S. News & World Report*, junio 25, 1990, pp. 14-15. Citado por HANSMANN y KRAAKMAN, *Ob. cit.*, *Loc. cit.*

21. RINGLEB & WIGGINS. «Liability and large-scale, long term hazards». En: *Journal of Politic Economics*. Vol. 98, N.º 574, 1990. Citado por HANSMANN y KRAAKMAN, *Ob. cit.*, p. 1881.

Pero sin perjuicio de subcapitalizar la sociedad, se sobre-capitaliza la industrial es decir, se genera la entrada de demasiada inversión a la actividad, con un gran fraccionamiento empresarial. Como la responsabilidad limitada permite que parte de los costos de la actividad no sean asumidos por los agentes que la desarrollan (o que invierten para que se desarrollen), su efecto es similar al de un subsidio. El subsidio tendrá por efecto incentivar un exceso de inversión, es decir, la entrada de demasiadas empresas al mercado correspondiente. Esto va ligado a un sobreconsumo de los bienes y servicios ofrecidos por la industria. Como no todo el costo es asumido por las sociedades que concurren al mercado, estas pueden vender a precios inferiores, incentivando un consumo excesivo que no guarda proporción con los costos sociales de producción. El resultado es pues, una asignación ineficiente de los recursos.

Algún lector podría sostener que los fenómenos de subcapitalización de la sociedad y de sobre-capitalización de la industria son contrarrestados por otros incentivos. Así, una empresa requiere contar con un capital suficiente como para poder ser sujeto de crédito. Debe mostrar a sus potenciales acreedores balances sanos y lo suficientemente sólidos como para generar confianza, y así poder obtener recursos financieros. El argumento es correcto, pero sólo parcialmente.

En primer lugar, si la empresa enfrenta riesgos altos que puedan dar lugar a una responsabilidad muy importante en términos cuantitativos, y por el contrario, no requiere para operar de importantes recursos financieros, la descapitalización le producirá más beneficios que perjuicios. En consecuencia, no contará con el patrimonio que podamos calificar de económicamente eficiente. Dependerá de la situación de cada empresa y de las ventajas que obtiene por el lado de evasión de responsabilidad, comparadas con las desventajas que aparecen por el menor acceso al crédito. En algunos casos prevalecerá un factor sobre el otro y llegaremos así a resultados distintos. Lo que sí es un hecho es que el desarrollo de industrias con capacidad de causar daños catastróficos, ha potencializado en los últimos años las desventajas sobre las ventajas de la capitalización adecuada en dichas industrias, y ha hecho más comunes los casos de subcapitalización de empresas.

En segundo lugar, no debemos olvidar que una de las formas de evasión por medio del aprovechamiento de la responsabilidad limitada se presenta en el caso de las subsidiarias o empresas vinculadas, las que han sido fraccionadas para aislar la responsabilidad entre ellas. Sin embargo, dicho fraccionamiento para fines del pago de indemnizaciones por accidentes, no necesariamente afecta la capacidad de crédito. Es común que dentro de un grupo empresarial unas empresas constituyan garantías en favor de las otras, a fin de aumentar el crédito del grupo. En consecuencia, en el momento de

evaluar la capacidad de respuesta patrimonial, los acreedores potenciales de créditos contractuales no se limitarán a evaluar el patrimonio de una sola sociedad, sino la capacidad del grupo en su conjunto, en cuanto unas sociedades ofrecen garantías en favor de las otras. Incluso los propios accionistas pueden ofrecer garantías para potencializar el crédito del grupo, sin que ello beneficie a los acreedores extracontractuales. En tal circunstancia, veremos un perfecto uso de la subcapitalización evasora de responsabilidad, sin necesidad de reducir la capacidad de obtener créditos del grupo considerado en su conjunto.

Estos fenómenos se ven incluso acentuados por otras regulaciones legales. Ello sucede, por ejemplo, con las normas de concurrencia en caso de insolvencia de empresas. En caso de que el patrimonio de la sociedad no alcanzara para pagar a todos los acreedores, los bancos o entidades que hubieran podido conceder créditos con garantías tienen ventajas para el cobro respecto a los acreedores extracontractuales.

Es común que quienes conceden créditos exijan, a cambio, la constitución de garantías. De tratarse de garantías reales, en caso de insolvencia del deudor, estos acreedores cobrarán antes que aquellos que carecen de tales garantías, como lógica consecuencia del derecho real con que cuentan. Por el contrario, no es esperable que los acreedores extracontractuales tengan constituidas garantías reales antes del accidente, ni que luego de ocurrido éste, el causante acepte constituirlas para asegurar el pago de la indemnización. En consecuencia, el acreedor extracontractual cobrará luego que el acreedor financiero. Así lo establecen las normas de preferencia en caso de insolvencia.

Bajo este esquema la sociedad puede, frente a su necesidad de capital, recurrir al endeudamiento respaldado con las garantías reales de sus propios bienes. Ello le permitirá mantener su capacidad de crédito y sustraer los pocos bienes con los que hubiera podido responder a las indemnizaciones que tenga que pagar, aprovechando la preferencia del acreedor con garantías reales. En tal situación también se pueden minimizar los aportes de capital y obtener, a la vez, los recursos necesarios para las operaciones de la sociedad por medio del financiamiento de terceros.

Así, podemos concluir que, si bien no podemos ver la subcapitalización de la sociedad y la sobre-inversión en la industria como fenómenos generalizados, sí se pueden presentar en ciertas circunstancias. Estas circunstancias serán más comunes en actividades que, por su naturaleza, impliquen mayores riesgos de ocasionar daños extracontractuales.

Pero, además de los problemas reseñados, debemos considerar que el transcurso del tiempo en la manifestación de ciertos daños también contri-

buye a acentuar las consecuencias negativas de un uso inadecuado e ineficiente de la responsabilidad limitada.

Muchos de los daños que ocasionan las empresas tienen períodos de maduración relativamente largos, esto es que entre el desarrollo de la actividad y la aparición del daño suelen transcurrir varios años, e incluso varias décadas. Ello sucede, por ejemplo, con los productos o actividades cancerígenas, en las que la enfermedad aparece varios años después de que la víctima ha estado expuesta al producto o actividad riesgosa. Este período de «maduración del daño», complica el funcionamiento de los sistemas de responsabilidad civil por las siguientes razones:

a) El transcurso del tiempo complica las relaciones de causalidad. Como bien dicen Cooter y Ulen, en el caso de que alguien sufra cáncer es difícil determinar si ello es consecuencia del consumo de un medicamento, del hecho de que fumaba, de que trabajó en una fábrica de asbesto sin las medidas de seguridad adecuadas o en general estuvo expuesto a otras sustancias cancerígenas[22].

b) La existencia de un largo período de tiempo entre la realización de la actividad que causa el daño y la manifestación de este último hace que la mayor parte de las 'pruebas o hayan desaparecido o sean inubicables[23]. Por ejemplo puede ser que las víctimas no recuerden la marca de un producto o el nombre de un medicamento utilizados hace 10 años atrás y en caso de recordarlo, tendrán grandes problemas para demostrar que, efectivamente, fue ese el que se consumió. Ello complica tremendamente la posibilidad de prueba.

c) Los administradores de una empresa (directores y gerentes), que por su naturaleza rotan y cambian en períodos de tiempo relativamente cortos, no se preocupan por daños que puedan aparecer 30 años después, simplemente porque estarán en sus casas gozando de su jubilación[24].

d) Dado que la sociedad puede calcular el período de maduración de ciertos daños, podría optar por disolverse y liquidarse antes de que los daños comiencen a manifestarse. Este factor hace, como señalan Hansmann y Kraakman, que se exacerben los efectos de la responsabilidad limitada en el caso de los daños extracontractuales[25]. Así, una sociedad podría utilizar

---

22. Cooter, Robert y Thomas Ulen. *Law and Economic*. Harper Collins Publishers, pp. 418-419.

23. *Ibídem*, p. 419.

24. Schroeder, Christopher H. «Corrective justices and liability for increasing risks». En: *UCLA Law Review*. Vol. 37, pp. 475-476.

25. Hansmann y Kraakman, *Ob. cit.*, *Loc. cit.*

el mecanismo de responsabilidad limitada para disolverse, constituir con el patrimonio de la sociedad disuelta una nueva que desarrolle el mismo fin, y aislar así a la segunda de la eventual responsabilidad que pudiera haber generado la primera. En los Estados Unidos, varios Estados tienen regulaciones que establecen responsabilidad de los accionistas por las deudas de la sociedad, incluidos los daños extracontractuales, por un período fijo que oscila entre los tres y los cinco años, luego de la disolución de la empresa a fin de neutralizar este efecto[26].

Así, la naturaleza de los daños involucrados unida a las formas de organización empresarial predominantes, pueden convertirse en elementos disfuncionales para un correcto funcionamiento del sistema de responsabilidad civil.

En el Perú el problema parecería no haber alcanzado una presencia importante. De hecho desconocemos a la fecha un caso judicial en que se haya planteado este problema, o que exista una consciente actitud de organización empresarial dirigida a utilizar la responsabilidad limitada como un mecanismo de evasión real e ineficiente de los sistemas de responsabilidad civil extracontractual.

Las razones de esto pueden ser dos:

a) En primer lugar, el menor desarrollo económico del país hace más difícil encontrar empresas que hayan incorporado riesgos de tan alta magnitud como para justificar cambiar la forma de organización empresarial. Si bien existen actividades ultrariesgosas que pueden acarrear tremendas consecuencias en términos de daños, éstas pueden ser menos frecuentes y menos riesgosas de las que se pueden encontrar en países desarrollados. Existen pues menos incentivos para utilizar, de la manera descrita, la responsabilidad limitada.

De ser correcta esta apreciación, la manifestación del problema será cuestión de tiempo, y llegará al país conjuntamente con la aceleración de su desarrollo y de la inversión extranjera y nacional.

b) Una segunda razón, que parece la más importante, es que nuestro sistema de responsabilidad civil es ya de por sí disfuncional. Es difícil obtener una indemnización, dada la actitud actual de las Cortes y la situación

---

26. Ver, por ejemplo, la sección 278 de la Ley General de Corporaciones de Delaware (1990) según la cual no se pueden evitar las acciones planteadas dentro de los tres años posteriores a la disolución o el Modelo de Acta de Negocios Corporativos (1984) en su sección 14.07 (c) (3) según la cual la responsabilidad se extiende por cinco años. Los accionistas son responsables a prorrata por las deudas por el íntegro de los recursos no distribuidos o por el monto que hayan recibido en la liquidación. Citados por HANSMANN y KRAAKMAN, *Ob. cit.*, *Loc. cit.*, p. 1884.

de nuestra legislación, y en el caso de que se obtenga una, ésta es baja, totalmente subcompensatoria[27]. Ello hace que las empresas no tengan necesidad de establecer complicadas formas de organización para evadir una responsabilidad que el propio sistema se encarga de aislar. Estas disfunciones conseguirán el efecto de sobre-inversión en la industria (por la vía del subsidio concedido por las Cortes que no conceden indemnizaciones adecuadas) sin necesidad de conducir a una subcapitalización de la empresa. Ello, sin embargo, no quiere decir que no debamos preocupamos del problema. Cualquier reforma que mejore la *perfomance* del sistema de responsabilidad civil creará, indirectamente, incentivos para que las empresas evadan la responsabilidad que actualmente el sistema no les traslada.

En todo caso, debe quedar claro que este es un problema real, que tarde o temprano se manifestará en nuestro país, si es que aún no ha comenzado a hacerlo. Por ello debemos pensar y meditar sobre las posibles soluciones que pudieran darse y que serán descritas en los puntos siguientes.

## IV. LA ELIMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD LIMITADA

Una primera posible solución es la eliminación de la responsabilidad limitada para el caso de daños extracontractuales. Esta regla implicaría que es posible mantener la limitación en el caso de los daños contractuales[28], pero en el caso de accidentes, los accionistas no podrían oponer como defensa de su patrimonio la responsabilidad limitada. Esta eliminación de la limitación no sólo implica modificar las características esenciales reconocidas actualmente en la ley para ciertas formas societarias, sino prohibir la inclusión de un pacto con efectos análogos dentro de los Estatutos de personas jurídicas y que sea oponible a terceros. Se trataría entonces de una norma de orden público, basado en la idea de evitar tanto la subcapitalización de empresa como la sobre inversión en la industria.

Dentro de un esquema que elimine la limitación para los daños extracontractuales, caben a su vez dos posibles reglas, como bien señalan

---

27. Para confirmar ello, basta revisar FALLA JARA. «La responsabilidad civil extracontractual en el Perú: análisis de un fracaso». Tesis para optar por el título de abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú. Febrero de 1993. En este trabajo se confirma lo ridículo de los montos compensatorios concedidos por las Cortes en el período 1986-1989.

28. Esto teniendo en cuenta que la solvencia y posibilidad de conocer la situación patrimonial de la empresa antes de contratar con ella, es suficiente para conseguir incentivos de capitalización adecuada para responder por las obligaciones que asuman.

HANSMANN y KRAAKMAN: la responsabilidad solidaria de los accionistas, de manera que todos o cualquiera de ellos puedan ser demandados por el íntegro de los daños ocasionados, o la responsabilidad mancomunada en la que la indemnización se distribuye a prorrata entre los accionistas según su porcentaje de participación en el capital de la sociedad[29].

Según HANSMANN y KRAAKMAN los terribles efectos que la responsabilidad ilimitada impondría en la actividad económica, especialmente en el mercado de valores, parten de la premisa de un sistema de responsabilidad solidaria. Sin embargo ellos consideran que lo mismo no ocurriría bajo un sistema que distribuya la responsabilidad a prorrata. Así, sostienen que, bajo esta última regla, las acciones tendrán valores predecibles e identificables, eliminando casi por completo los males que plantea la doctrina para la responsabilidad solidaria[30].

Para quienes defienden la eliminación de la responsabilidad limitada en daños extracontractuales, los sistemas de Derecho Societario confundieron la situación de los acreedores contractuales con la de los causantes de daños extracontractuales. Producto de esta confusión asimilaron los efectos de ambas situaciones, sin tener en cuenta los problemas que podían ocasionarse. La confusión se ha mantenido por mucho tiempo gracias a la complicidad de la realidad es difícil encontrar un caso en el que una empresa haya quebrado como consecuencia de la responsabilidad asumida por un accidente. Recién en los últimos años se han presentado problemas en que la insolvencia de la empresa perjudicaba al deudor extracontractual, como consecuencia tanto del desarrollo tecnológico, del crecimiento empresarial, y del propio desarrollo de los sistemas de responsabilidad civil, que permitieron que las empresas respondieran realmente por los perjuicios ocasionados. A lo dicho HANSMANN y KRAAKMAN añaden que la regla de responsabilidad limitada fue adoptada mucho antes de que la utilización de subsidiarias, uno de los principales métodos de evasión de responsabilidad, tuviera un uso difundido[31].

Quienes proponen la eliminación de la responsabilidad limitada y la implantación de un sistema de responsabilidad mancomunada a prorrata entre los accionistas, consideran que el problema de los accidentes puede resolverse de esa manera. Sin embargo, consideramos que subestiman los

---

29. HANSMANN y KRAAKMAN, *Ob. cit.*, p. 1982.

30. *Ibídem*, p. 1903. De la misma posición es LEEBRON. *Limited liability, tort victims and creditors*. Center for Law & Economic Studies, Columbia University School of Law. Borrador de Trabajo N.º 48, citado por HANSMANN y KRAAKMAN, *Ob. cit.*, *Loc. cit.*

31. HANSMANN y KRAAKMAN, *Ob. cit.*, p. 1926.

costos de transacción que un sistema de responsabilidad ilimitada, incluso con una regla de responsabilidad mancomunada, puede generar. Parece lógico que efectivamente la mancomunidad genere menos costos, en términos de mercado, que la solidaridad.

Alivia efectivamente los costos de monitoreo de otros accionistas y mantiene la homogeneidad de las acciones. Pero de ello no se puede derivar que los costos siguen siendo insignificantes. Cuando hablamos de sociedades abiertas el problema es aún más complejo. De hecho ya es difícil garantizar la transparencia de los mercados de valores bajo un esquema de responsabilidad limitada. Si bien los accionistas o potenciales inversionistas sólo ven en riesgo el monto aportado, igual se generan problemas de información asimétrica respecto a los riesgos que rodean las inversiones en las empresas.

Cuando hablamos de riesgos extracontractuales futuros, la contingencia es muy difícil de calcular. Si bien el accionista también se ve afectado por el riesgo contractual, en tanto puede perder su capital aportado, éste puede manejar mejor sus riesgos limitando el patrimonio que invierte y diversificando sus inversiones.

Al problema de los costos de transacción se añade el de la ejecución de un fallo que haga responsable a los accionistas. En sociedades cerradas este problema es menos complejo. La movilidad en la identidad de los accionistas es menor y su número es relativamente reducido. En consecuencia, el acreedor podría identificarlos y hacerlos responsables. Pero frente a una sociedad abierta, conseguir ejecutar un fallo contra miles de accionistas distintos es bastante complejo. Las acciones pasan de mano en mano día a día u hora a hora y, en el caso de países que admiten acciones al portador, la posibilidad de identificar a sus titulares es bastante remota. A ello debe añadirse el problema de cuál es la estructura del accionariado que debe ser considerada para efectos de distribuir responsabilidad. Podría ser, por ejemplo, el accionariado vigente a la fecha en que se tomaron los acuerdos y decisiones que ocasionaron los daños. Pero también podría ser el accionariado vigente a la fecha del accidente o a la fecha de manifestación del daño, fechas estas últimas que no necesariamente coinciden. También podría considerarse la fecha de disolución y liquidación de la empresa si es que la disolución sirvió de estrategia para evadir responsabilidad. O podría, por ejemplo, decirse que es la fecha de la demanda, o la fecha de la sentencia. Los problemas que se plantean no son fáciles de solucionar.

Creemos que la eliminación de la responsabilidad limitada puede traer más males que bienes. Finalmente existe consenso en que la problemática de la evasión de responsabilidad por medio de la utilización de la responsabilidad limitada, constituye un problema que, hasta la fecha, se ha manifestado relativamente pocas veces. Si bien todo indica que en los años si-

guientes podría agravarse, parecería que las consecuencias de la eliminación de la responsabilidad limitada, al menos al día de hoy, pueden ser mucho más perjudiciales que beneficiosas.

## V. REGULACIÓN ADMINISTRATIVA DE ACTIVIDADES RIESGOSAS

Una segunda alternativa podría ser una mayor regulación estatal en tomo a actividades riesgosas como las que suelen desarrollar las sociedades. Esto persigue prevenir el daño antes que ocurra, por la vía de establecer estándares que deben ser cumplidos *ex ante* por las empresas.

Esto ocurre, por ejemplo, con cierta frecuencia, en el campo del Derecho Ambiental, en el que se dictan una serie de normas dirigidas a evitar los daños al medio ambiente. Estaríamos frente a lo que CALABRESI califica como *specific deterrance* o de incentivos específicos en contraposición con lo que denomina el *general deterrance* o desincentivos generales[32]. El desincentivo general no es otra cosa que el sistema de responsabilidad civil, que atribuye la obligación de pago de daños luego de ocurrido el accidente. El sistema de desincentivos específicos busca evitar el accidente antes de que ocurra por la vía de prohibir ciertas actividades o regular la forma cómo estas deban desarrollarse. Para cumplir estas metas recurre a las sanciones administrativas o al sistema penal.

El problema de la regulación administrativa es que implica un intervencionismo peligroso en la actividad económica. Limita la libertad con la que actúan las empresas, lo que necesariamente aumenta los costos de producción y, por tanto, los precios de los productos. Pero además lo hace sin que necesariamente se esté reduciendo los costos de los accidentes. En términos generales la intervención del Estado en la actividad económica ha sido ineficiente e inefectiva.

Normalmente quienes asumen los costos de tal intervención son los consumidores, que ven reducidas sus opciones o se ven obligados a pagar precios mayores por lo bienes y servicios que se ofrecen en el mercado.

Por ejemplo, hace unos años, en los Estados Unidos, se pretendió prohibir administrativamente la utilización de asbesto cemento en distintos productos de consumo como tuberías o techos aligerados. Los fundamentos de la prohibición eran supuestos estudios basados en los efectos del asbesto en las personas que pudieran estar expuestas a dicho material. Sin embargo, tal prohibición administrativa fue anulada por el sistema judicial federal, pues quedó claro que sólo estaban demostrados los efectos noci-

---

32. CALABRESI, *Ob. cit.*, pp. 68-69.

vos del asbesto en aquellos trabajadores que laboraron en la fábrica de estos materiales, sin tomar las medidas adecuadas de seguridad. La decisión inicial fue bastante grave en la economía. Los consumidores vieron reducidas sus opciones y se vieron obligados a pagar por productos peores y, a veces, más caros, a pesar de que la decisión de la Corte demostró posteriormente que la regulación estaba equivocada.

Es evidente que la reacción administrativa, en tanto las reglas estuvieran adecuadamente elegidas y fueran efectivamente aplicadas, haría innecesaria la modificación de la regla de la responsabilidad limitada, en tanto no se producirían accidentes. Lamentablemente somos muy escépticos respecto de que esas reglas puedan ser adecuadas, pues la experiencia demuestra que tienen más errores que aciertos. Por ello la descartamos como una solución integral por considerarla excesivamente intervencionista, inefectiva y atentatoria contra la libertad económica.

## VI. LOS SISTEMAS DE COBERTURA OBLIGATORIA

En realidad se trataría de variables de regulación administrativa, que por su especificidad consideramos deben recibir un tratamiento aparte. Bajo este concepto podemos encontrar básicamente dos modalidades. La primera es la exigibilidad de capitales o patrimonios mínimos a las sociedades, los mismos que podrían estar vinculados a los niveles de riesgo de las actividades que puedan ser desarrolladas por las empresas[33].

La segunda modalidad es establecer la obligación de contratar seguros que cubran los riesgos derivados de las actividades riesgosas de las empresas. La cobertura de tales seguros y las condiciones de contratación son establecidas por las normas legales pertinentes[34].

Mientras el sistema de regulación administrativa en general busca que no ocurran accidentes, o que ocurran sólo cuando ello sea eficiente, el sistema de cobertura obligatoria se preocupa porque exista siempre un patrimonio que responda por los daños que pudieran causarse.

---

33. En el Perú, ello sucede, por ejemplo, con las entidades bancarias que deben cumplir con requerimientos mínimos de capital. La lógica es proteger al público del riesgo de insolvencia de la empresa bancaria. Si bien no se trata de un típico caso de responsabilidad extracontractual, sí nos muestra una situación en la que el Estado interviene con la intención de proteger al público contra la eventual insolvencia de la empresa, en una situación de costos de transacción altos.

34. Esto se da en situaciones como el transporte aéreo o el SOAT (Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito) en los vehículos automotores, en el que las leyes establecen la necesidad de contratar pólizas de cobertura mínima para poder desarrollar la actividad.

Las críticas hechas al sistema de regulación administrativa pueden ser trasladadas a estos sistemas de cobertura obligatoria. Nada garantiza que la decisión estatal en tomo a la necesidad de un seguro, su monto de cobertura y los términos de contratación del mismo nos conduzca a una solución eficiente y a una decisión adecuada. Por el contrario, los errores de la administración generarán sobrecostos a la actividad económica. Dichos sobrecostos son trasladados finalmente a precios, con la consiguiente reducción de opciones a los consumidores.

Estos regímenes obligan a las partes a contratar bienes que no desean o a entrar en términos contractuales que no comparten. Así, podríamos tener el caso de empresas obligadas a sobrecapitalizarse con recursos que finalmente no necesitan o a contratar seguros que no resultan adecuados.

Este tipo de regulaciones limitan el acceso de empresas al mercado, al elevar los costos, sea por requerimientos de capital o por forzar la contratación de seguros, propendiendo a la generación artificial de monopolios y oligopolios. Esto a su vez repercute en la elevación de precios, tanto por la limitación a la competencia, como por la elevación de los costos mismos de la empresa, que son trasladados al precio.

Además, el establecimiento de un régimen de seguro obligatorio puede conducir a un mayor intervencionismo estatal en el mercado de seguros, a fin de corregir las distorsiones creadas por la propia intervención legislativa del Estado.

Como señalan HANSMANN y KRAAKMAN, otro problema de los sistemas de cobertura obligatoria es su falta de flexibilidad. Así, sin perjuicio de los problemas operativos de poner en funcionamiento un sistema de este tipo, es imposible identificar un nivel de cobertura único que sea satisfactorio para todas las industrias y empresas de diferentes dimensiones y diversos niveles de tecnología. Además los reguladores tendrán grandes problemas para adquirir la información necesaria para establecer las reglas más adecuadas sobre los tipos de cobertura a adoptarse, sobre todo porque la magnitud de los daños extracontractuales cambiará rápidamente con el tiempo, conforme se consolide el desarrollo tecnológico. Ponen, como ejemplo, el caso de la industria de taxis, citando el caso Walkovsky v. Calton, mencionado al inicio del presente trabajo, en el que la cobertura del seguro obligatorio terminaba siendo insuficiente para resolver el problema real de los daños ocasionados. Es, pues, muy fácil que los montos de cobertura se desactualicen tanto hacia arriba como hacia abajo[35].

---

35. HANSMANN y KRAAKMAN, *Ob. cit.*, p. 1927. Debemos destacar que, de alguna manera, los costos de información que enfrentan los burócratas sobre los niveles de cobertura

Todas estas razones hacen aparecer como poco recomendable un sistema de cobertura obligatoria, sea mediante capitales mínimos o mediante seguros obligatorios, basado en la intervención y decisión del Estado.

## VII. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

Otra alternativa es establecer la responsabilidad de los administradores de la sociedad (directores y gerentes) por los daños extracontractuales. Esta posición parte de la idea que los administradores tienen el manejo efectivo de los actos de la sociedad, y por tanto pueden tomar las medidas necesarias para reducir la cantidad de accidentes. Asimismo, los administradores exigirán a los accionistas aportes patrimoniales suficientes, tanto para tomar precauciones, como para responder por los eventuales daños que pudieran ocasionarse. Así, tratarían de preservar sus patrimonios personales por medio de decisiones empresariales adecuadas en torno a la problemática de la responsabilidad civil extracontractual de la empresa.

Se pueden plantear, sin embargo, importantes objeciones a esta posición. Un sistema de este tipo podría crear incentivos a la sobreinversión en medidas de seguridad, consiguiendo una ineficiente asignación de recursos o, simplemente, generar grandes incentivos para la renuncia de los administradores[36].

De hecho, si los administradores cuentan con patrimonios reducidos en relación a los montos que pudieran resultar involucrados en caso de daños extracontractuales, trasladarán la aversión al riesgo sobre el poten-

---

tienen el mismo origen que los que enfrentarían los accionistas si tuvieran que evaluar, al detalle, los niveles de riesgo de la responsabilidad extracontractual, si la responsabilidad fuera ilimitada. Es, pues, un problema de costos de transacción, que puede regresar como una crítica hacia la posición de estos autores a favor de la responsabilidad ilimitada. Sin embargo, ellos señalan, con razón, que siempre el sistema de responsabilidad ilimitada será más flexible, pues los accionistas pueden administrar el riesgo de una manera más barata por la vía de diversificar sus inversiones. El sistema permitirá a los propios accionistas o a sus administradores, establecer claramente qué parte del riesgo puede ser asumido por medio de una mayor capitalización, por medio de la contratación de seguros o simplemente dejando el riesgo en cabeza de los accionistas. Si bien el sistema es más deseable que el dejar la misma decisión en un burócrata, los costos de esa decisión pueden, igual, generar desincentivos a la inversión y afectar el mercado de capitales por los altos costos de transacción que implicarían.

36. Para un mayor desarrollo de este punto, revisar KRAAKMAN. «Corporate liability strategies and the costs of legal controls». En: *Yale Law Journal*. Vol. 93, pp. 869-871 (1984). Citado por HANSMANN y KRAAKMAN, *Ob. cit.*, 1929.

cial sacrificio de su patrimonio personal a la actividad de la propia empresa. La empresa no se manejaría entonces en base a su propia capacidad patrimonial para enfrentar y manejar riesgos, sino a la capacidad de sus administradores, determinada a su vez por sus patrimonios personales, la que puede ser sustancialmente distinta. Ello conduce a decisiones de administración ineficientes, que priorizan la protección del patrimonio personal sobre la adecuada *perfomance* de la sociedad en su actividad económica.

## VIII. MODIFICACIÓN DE LAS NORMAS DE PRIORIDAD EN CASO DE INSOLVENCIA

Otra posibilidad es modificar las prioridades de cobro en caso de insolvencia de la empresa, colocando a los acreedores extracontractuales delante de los acreedores contractuales, incluso en el supuesto de que existieran garantías en favor de estos últimos.

Una medida de este tipo podría generar una mayor y mejor cobertura de seguros por parte de las empresas. Así, un acreedor contractual solicitará garantías adicionales a una hipoteca o a una prenda. Pedirá que un futuro y eventual acreedor extracontractual no pueda privarlo de cobrar su crédito. Ello forzará a las empresas a demostrar a los bancos y proveedores que cuentan con adecuados seguros que protegen su patrimonio contra el cobro de una indemnización, o que tiene patrimonio suficiente como para no poner en riesgo las garantías que haya podido otorgar a sus acreedores contractuales. Incluso podría demostrar que toma las medidas adecuadas para evitar accidentes graves.

En términos teóricos tal solución podría parecer adecuada. El incentivo generado por las necesidades de crédito empujaría la capitalización o la cobertura adecuada de los riesgos de los accidentes. Pero esta solución tampoco esta libre de objeciones.

Si visualizamos a los potenciales acreedores contractuales como inversionistas que prestan dinero a la empresa o le suministran a crédito bienes y servicios, el riesgo de no cobro por la eventual responsabilidad extracontractual de su deudor no termina siendo nada distinto a un riesgo de inversión. Sin embargo, los costos de transacción para evaluar dichos riesgos (daños extracontractuales) no son necesariamente bajos. Puede ser complicado para un Banco, y quizás más para un proveedor de insumos, comprender y evaluar los riesgos de accidentes que enfrenta un potencial deudor. Ello hará que no pueda evaluar adecuadamente la cobertura de capitalización o de seguros que se adopte. En consecuencia, será más difícil negociar y concertar un crédito. Así, se reducirán los recursos financieros

de los que puede disponer la empresa, haciéndole perder dinámica a su actividad.

El problema sería en algún grado similar al que enfrentarían los inversionistas en Bolsa de existir responsabilidad ilimitada: los costos de transacción hacen difícil que puedan medir sus riesgos reales de inversión como consecuencia de la eventual responsabilidad extracontractual. Las contingencias extracontractuales se encuentran quizás entre las más difíciles y complicadas de medir y predecir[37]. Esta incertidumbre se reflejará o en un aumento del costo del crédito (pues el potencial acreedor aprovisionará el riesgo esperado en caso de insolvencia por el pago de una indemnización contractual) o simplemente por la reducción de opciones de crédito al desincentivarse el mismo por la elevación de los riesgos en que haya que incurrir.

Si bien esta alternativa puede ser efectiva en algunos casos, es difícil predecir la magnitud de los costos de transacción que evidentemente generará[38].

## IX. EL LEVANTAMIENTO DEL VELO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Una de las figuras doctrinarias que se suelen utilizar o invocar para el caso del abuso del derecho que concede la responsabilidad limitada, es el llamado «levantamiento del velo de la personalidad jurídica». De acuerdo a esta doctrina, recogida tanto en el sistema anglosajón como en el sistema romano-germánico, es posible, bajo ciertas circunstancias especiales y excepcionales, levantar los efectos que genera la separación de la personalidad jurídica de una persona moral respecto de la de sus integrantes, en particular respecto de la responsabilidad limitada considerada como la exis-

---

37. No por nada los teóricos del Análisis Económico del Derecho encuentran precisamente la diferencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual en la existencia de costos de transacción significativos en esta última. Según el Teorema de COASE, la ausencia de costos de transacción permite al sistema de mercado llegar a la solución más adecuada por medio de la negociación contractual. Pero cuando esos costos de transacción son elevados, el mercado no puede conducir a resultados inadecuados e ineficientes. Este problema, muy claro entre víctimas y causantes que no pueden predecir, y por tanto, negociar previamente cómo asignarán su responsabilidad en caso de un accidente, se traslada a las relaciones entre las empresas y sus accionistas o potenciales acreedores contractuales, que también tendrán problemas para prever y negociar previamente las consecuencias de un accidente.

38. Este tema será analizado en detalle más adelante. Las objeciones no necesariamente descalifican la propuesta, como veremos.

tencia de dos patrimonios perfectamente diferenciables en cuanto activos y pasivos.

Como señala De Ángel Yagüez:

> «(...) si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza como una finalidad fraudulenta y de forma desajustada respecto a la que constituye la justificación de dicha figura, los Tribunales podrán descartarla o prescindir de ella o de algunas de las consecuencias que de la misma dimanan, como puede ser la de la separación absoluta entre la persona social y cada uno de sus socios, con la correlativa separación de sus respectivos patrimonios.»[39]

De alguna manera el «levantamiento del velo societario» es una forma parcial de responsabilidad ilimitada. La diferencia con la propuesta de Hansmann y Kraakman es que ellos proponen una responsabilidad ilimitada general para el caso de daños extracontractuales, mientras que la teoría del «levantamiento del velo» elimina la responsabilidad limitada en ciertos casos específicos que, a la fecha ni la doctrina ni la jurisprudencia han podido definir con toda precisión.

Sin duda el «levantamiento del velo societario» plantea un conflicto entre la seguridad jurídica y ciertos principios de justicia, estos últimos nunca definidos con claridad. En términos de Análisis Económico puede entenderse como un conflicto entre la generación de costos de transacción derivados de la inseguridad que genere una doctrina con linderos vagos y pocos precisos, y una justicia en el caso concreto que pretende evitar un uso fraudulento de ciertas figuras y formalidades jurídicas.

Kraakman señala que la vaguedad de la doctrina del «levantamiento del velo societario» hace de su aplicación algo realmente difícil. En algunos casos las Cortes han requerido que el accionista, al que se quiere hacer responsable, tenga un dominio completo de las decisiones societarias usadas para cometer el fraude o acto que causó el daño, sea éste contractual o extracontractual. En otros casos las Cortes han exigido que se demuestre que se utiliza la personalidad jurídica más allá de sus propósitos legítimos, de manera que se produzcan injusticias o consecuencias inequitativas. En lo único en que coinciden las Cortes es que el uso de esta doctrina debe ser muy excepcional. El problema, según Kraakman, es cuán excepcional debe ser su uso. Son muchos los factores que típicamente influyen en la decisión de levantar el velo de la personalidad jurídica: utilización de las formalidades de la personalidad jurídica, subcapitalización, número reducido de accionistas,

---

39. De Ángel Yagüez, Ricardo. *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia.* Editorial Civitas S.A., 2.ª ed., p. 18.

participación activa de los accionistas en el manejo de la sociedad, y muchos otros elementos que no siempre se presentan todos juntos y que son exigidos por las Cortes en combinaciones no necesariamente predecibles[40].

Debemos destacar que no estamos frente a una doctrina creada específicamente para proteger a las víctimas extracontractuales. Esta doctrina puede utilizarse indistintamente para cualquier tipo de crédito, sin importar su origen.

CLARK coincide con la posición de KRAAKMAN sobre la vaguedad de la doctrina y sobre los graves problemas que ésta puede generar en términos de costos de transacción. Para ello cita, como ejemplo, el texto de una resolución judicial norteamericana que enumera los requisitos para que proceda la aplicación del levantamiento del velo societario:

> «(...) deben probarse tres elementos: (1) Control no simplemente la mayoría o el control total del accionariado, sino un dominio completo, no sólo de las finanzas, sino además de las políticas y prácticas de negocio referidas a la transacción cuestionada de manera tal que la sociedad involucrada en dicha transacción no tenga al momento en que la llevó a cabo una mente o intención distinta; y (2) Tal control debe haber sido usado por el demandado para cometer un fraude o un acto indebido, para perpetrar la violación de una norma u otro deber legal positivo, o un acto deshonesto o injusto en contravención de los derechos legales del demandante; y (3) El mencionado control y el incumplimiento de la obligación debe ser causa próxima del daño o de la pérdida injusta de la que se recurre (...) «[41].

Como señala CLARK, la parte clave de la fórmula citada es el segundo elemento. Según la formulación de la Corte, los accionistas que mantienen el control sobre la sociedad serán responsables de las deudas de la misma cuando ellos hayan hecho que ésta cometa un «fraude o acto indebido» (la mayoría de casos que han llegado a las Cortes no involucran la violación de una obligación contenida en una norma legal). Según CLARK esta formulación llama a preocupación. Difícilmente nos puede dar una idea concreta sobre qué conductas se encuentran comprendidas y cuáles no, bajo la esfera de la doctrina de «levantamiento del velo». Es difícil aconsejar a un cliente sobre si debe o no debe llevar a cabo un acto que pueda traer como consecuencia su responsabilidad personal, en base a una definición tan gaseosa. CLARK propone que se busquen elementos más objetivos de definición, que

---

40. HANSMANN, Reiner. *Corporation,* p. III-63.

41. Zaist v. Olson, 227 A.2d 552, 558 (Conn. 1967).

nos permitan predecir con mayor certeza el resultado o las consecuencias de un acto determinado[42].

Las similitudes entre la doctrina del levantamiento del velo y la doctrina del abuso del derecho son evidentes, a tal extremo que creemos que no es equivocado afirmar que la primera no es más que la expresión de la segunda en el campo de las personas jurídicas.

Al igual como ocurre con la doctrina del abuso del derecho, pueden tenerse dos perspectivas bajo las cuales se pueden formular sus principios básicos. La primera aproximación, a la que llamaremos subjetiva, califica la ilegalidad del acto en base a la intención de quien lo realiza. Esto quiere decir que el análisis de la voluntad subjetiva del accionista es el que nos arrojará luces sobre la posibilidad de «levantar el velo». Esto se desprende de algunos elementos de la doctrina, tales como la exigencia de un control sobre los actos de la sociedad o la intención de llevar a cabo un fraude o acto ilícito, que involucran una voluntad en tal sentido.

Dentro de la teoría del abuso del derecho existe otra tendencia, a la que llamaremos objetiva, y que descarta un análisis detallado de la intención, es decir de la voluntad, del actor. Los problemas que plantea demostrar la existencia de una intención fraudulenta implican que sea difícil la aplicación de la doctrina bajo una perspectiva subjetiva. Por eso la doctrina más moderna persigue aproximaciones más objetivas, en las que la ilegalidad no se deriva de la intención del actor sino del carácter antisocial o disfuncional del acto mismo[43]. Así, no sería necesario determinar ni analizar la intención ni la voluntad del accionista, sino el carácter disfuncional del hecho en sí mismo, es decir la forma como este trasciende o vulnera las razones por las cuales el sistema legal estableció la responsabilidad limitada.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han tendido a ser subjetivistas en el campo del «levantamiento del velo societario». Es precisamente dicha subjetividad la que ha determinado la incertidumbre en la aplicación de la doctrina.

---

42. Clark, *Ob. cit.*, p. 37.

43. Por ejemplo, el artículo VI del Título Preliminar del Proyecto del Código civil de la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, señalaba que se incurría en abuso del derecho «cuando en el ejercicio de su derecho el titular se excede manifiestamente de los límites de la buena fe, de modo que dicho ejercicio no se compatibiliza con la finalidad institucional y la función social en razón de las cuales se ha reconocido el respectivo derecho». Evidentemente, tal definición no entraba a analizar la intención del titular del derecho. Simplemente se analizaba si el ejercicio era contrario o no a la función que el sistema jurídico le había dado al derecho correspondiente.

El carácter subjetivo, que predomina en la doctrina y en la jurisprudencia, lleva a que el «levantamiento del velo» solo sea una solución aplicable en caso de sociedades cerradas o con pocos accionistas y siempre que estos tengan el control efectivo de los actos de la empresa. Además, la responsabilidad sólo será trasladable a aquellos accionistas específicos que, con su conducta intencional y por medio del control que ejercen sobre los actos sociales, causaron el daño. La simple subcapitalización no sería un requisito suficiente. Aquel que compra acciones en bolsa difícilmente podrá resultar respondiendo en caso de la insolvencia de la empresa ocasionada por el pago de una indemnización extracontractual.

La disyuntiva es bastante clara. Por un lado una tesis subjetiva nos conduce necesariamente a límites vagos en la aplicación de la doctrina, y con ello a incertidumbre. Además la subjetividad nos lleva necesariamente a limitar el campo de acción del «levantamiento del velo» a los casos en los que existen claramente accionistas con control directo y participación consciente en los actos que determinan responsabilidad y establecen un fraude a la responsabilidad civil por la utilización incorrecta de la responsabilidad limitada.

Por el contrario, un sistema objetivo, que considere la simple subcapitalización como elemento suficiente para «levantar el velo», no sería muy distinto a un régimen general de responsabilidad ilimitada por los daños extracontractuales. Evidentemente la necesidad de atribuir responsabilidad a los accionistas sólo será trascendente cuando el patrimonio de la empresa sea insuficiente para responder por los daños ocasionados. En tal supuesto, podemos hablar de una «subcapitalización», y por tanto aplicaríamos el «levantamiento del velo». En consecuencia, la doctrina se aplicaría en todos los casos en que es relevante, con todos los males que mencionamos cuando analizamos la propuesta de responsabilidad ilimitada. Si bien la regla sería más clara porque se liberaría de subjetivismos, trasladaría incertidumbre a los mercados de inversión, en los que existen altos costos de transacción respecto a las posibilidades de un accidente que involucre el patrimonio de la empresa.

Pueden sugerirse aplicaciones objetivas menos radicales que incluyan requisitos adicionales a la simple subcapitalización. Por ejemplo, la subcapitalización podría evaluarse no en función al caso concreto, sino en abstracto. El análisis en el caso concreto implica un razonamiento *ex post* al daño. Producido, por ejemplo, un derrame de petróleo, bastaría determinar que los daños superan el patrimonio de la empresa para «levantar el velo societario».

Por el contrario, un análisis en abstracto establecerá la razonabilidad en la capitalización de la empresa respecto a los posibles daños que ésta podría ocasionar en el futuro. Se trataría pues de un análisis ex ante al

daño. Deberíamos colocamos en la situación que se encontraba la empresa al momento de analizar sus requerimientos de capital. En base a la previsibilidad de los daños ésta, y en particular sus accionistas, deberían haber tomado decisiones de capitalización adecuadas y «el levantamiento del velo» sólo procedería si la capitalización no obedece a un estándar razonable. El lector podrá, sin embargo, advertir que ésta es una forma de introducir una teoría subjetiva «por la ventana». Se parte de analizar un estándar de conducta de los accionistas, lo que necesariamente introduce una dosis de subjetividad que nos vuelve a traer el problema de la vaguedad en los límites de aplicación de la doctrina. De alguna forma se analizan estándares subjetivos de conducta, aunque sin necesidad de un análisis de la voluntad específica del accionista.

Todo esto demuestra que la doctrina del «levantamiento del velo societario» es un instrumento limitado y, en ocasiones, hasta peligroso, para combatir el problema de la responsabilidad limitada en daños extracontractuales. Ello se refleja en el carácter excepcional y restringido de su aplicación, con la que las Cortes denotan una saludable cautela, teniendo en cuenta las consecuencias que podrían derivarse en los mercados de valores y en la inversión en general.

Como señalan HANSMANN y KRAAKMAN, es muy difícil determinar el punto de quiebre entre actos que determinan la aplicación de la doctrina y aquellos que no. Cualquier punto intermedio será arbitrario y, en consecuencia, generará un incentivo importante para que las empresas traten de colocarse ellas mismas en el lado «correcto» de ese punto, distorsionando así la organización empresarial, sin eliminar de manera sustancial las externalidades generadas por la responsabilidad limitada. De ello se deriva que el régimen de responsabilidad ilimitada general para daños extracontractuales es una alternativa más clara y eficiente[44].

## X. ¿Y QUÉ HACER?

Es muy prematuro tratar de dar una solución el día de hoy al problema. Hasta el momento no parecería que se trata de un problema actual y realmente vigente en la actividad empresarial peruana. De hecho, en países desarrollados como los Estados Unidos, el problema ha planteado una inquietud académica, pero aún no ha sido calificado como un problema grave

---

44. HANSMANN y KRAAKMAN, *Ob. cit.*, p. 19-32. Como veremos más adelante, la doctrina del «levantamiento del velo», a pesar de sus imperfecciones, puede ser rediseñada para ayudarlos, al menos temporalmente, a resolver las manifestaciones más graves del problema.

en la realidad. Salvo algunas disposiciones referidas a industrias específicas o a la tipificación de algunas conductas muy concretas, no se ha formulado legislativamente ni jurisprudencialmente una solución global. Si en algo coinciden los autores sobre ese tema es que no son comunes los casos en que una empresa llega quebrar económicamente como consecuencia de su responsabilidad extracontractual. Sólo en las industrias o en los casos donde el problema ha resultado muy evidente, se han dado soluciones específicas como regulaciones administrativas de la actividad, seguros obligatorios, requisitos de capitalización mínima, etc.

En nuestro país el problema es aún menos frecuente. Nuestros niveles de desarrollo económico no parecerían plantear aún un problema grave. A ello debemos añadir que la ineficiencia de nuestro sistema de responsabilidad civil extracontractual general, en sí mismo, genera ya un problema de externalización de costos sin necesidad de que las empresas deban recurrir a complicadas estrategias de fraccionamiento y subcapitalización.

Adoptar una solución legislativa general y radical sobre un problema que aún parece no plantear distorsiones graves, puede ser más negativo que positivo. Aún no sabemos con qué características o en qué dimensiones se presentarán las dificultades. Por el contrario, no parece difícil predecir las distorsiones que se pueden generar en el funcionamiento del sistema económico y en los niveles de inversión pueden ser importantes, sobre todo si tenemos en cuenta los niveles incipientes de desarrollo del país. Si a ello le añadimos que, de adoptar el Perú una solución general, (como por ejemplo eliminación de la responsabilidad limitada) sería único país en tal situación, comprenderemos los efectos que podría tener en las decisiones de los inversionistas.

Pero el hecho de que el problema no justifique una modificación el día de hoy, no quiere decir que podamos evadirlo entretanto y prever posibles soluciones. Sin duda, el futuro próximo nos planteará el reto y por tanto, debemos ir preparando respuesta.

El diseño de la solución debe partir de la premisa que ninguna alternativa es perfecta. Para que el sistema de responsabilidad civil cumpla con sus fines será necesario transgredir, en algo, las fronteras de la responsabilidad limitada. Por otro lado, para preservar las seguridades que la responsabilidad limitada brinda a los accionistas, será necesario sacrificar, en algo, el cumplimiento de los fines de responsabilidad civil extracontractual.

Es por ello que cuando analizábamos las distintas alternativas de solución al problema siempre podíamos concluir cuáles eran los efectos negativos que tenían. No es posible solucionar ambos problemas al mismo tiempo y, por ello, toda salida al problema siempre estará llena de «peros».

Sin duda, la insolvencia del deudor perjudica las posibilidades de cobro del acreedor. Y ello no es sólo consecuencia de la existencia de responsabilidad limitada. Las personas naturales también pueden resultar con patrimonios insuficientes para responder por los daños que ocasionan.

Quizás se pueda decir que mientras el patrimonio personal depende de las habilidades que tenga una persona para obtenerlo, el patrimonio de una empresa puede ser reducido intencionalmente para evadir obligaciones. Pero esa no es una diferencia clara. Las personas naturales podemos tomar opciones y decisiones para reducir intencionalmente nuestro patrimonio, con el fin de evadir obligaciones. Podemos usar testaferros o dar anticipos de legítima a nuestros herederos.

La escasez de recursos del causante de un daño un problema general que debe enfrentar el sistema de responsabilidad civil, y que, por tanto, no atribuible solamente a la responsabilidad limitada de las sociedades[45].

La existencia de patrimonios insuficientes para responder por los daños extracontractuales es un problema real y que, sin duda, distorsiona los sistemas de responsabilidad civil. Es además un problema que se agudiza en países pobres como el nuestro.

Por otro lado, si bien es cierto que en el caso de las sociedades el problema de la subcapitalización permite tener patrimonios intencionalmente reducidos con la intención de evadir responsabilidad, también es cierto que existen estímulos de mercado para capitalizar adecuadamente las empresas, sobre todo de cara a la responsabilidad contractual de la misma.

Así, las empresas buscan mostrar ante los Bancos y demás potenciales acreedores una situación patrimonial sana y solvente. Si bien esto se ve limitado por las razones expuestas a lo largo de este artículo, parecería razonable reconocer que existen, en general, más estímulos para capitalizar que para subcapitalizar, lo que se vería reforzado por la constatación empírica de los pocos casos en que una empresa resulta siendo insolvente como consecuencia de su responsabilidad extracontractual. Incluso, en aquellos casos en que ello se ha presentado, podría imputarse dicho hecho no a una

45. Los problemas que planteaban los niveles de ingreso de un país respecto al funcionamiento del sistema de responsabilidad civil extracontractual sin clases. Los menores ingresos de la población hacen que ésta esté en menor capacidad para responder por los daños que causa. Hay más posibilidades de llegar a los extremos de la insolvencia y, con ello, al sacrificio de las funciones del sistema de responsabilidad. Ello podría llevarnos a que, quizás, el problema de la falta de recursos de las empresas para responder por los daños que ocasiona sea consecuencia de la escasez y pobreza del país, antes que de la instrumentalización de la responsabilidad limitada con dichos fines.

intención de subcapitalización, sino a la dificultad de poder prever la magnitud de los daños.

A lo dicho se debe añadir que el fraccionamiento de las empresas tiende a generar distorsiones en su organización y costos adicionales en su funcionamiento. Estrategias de subcapitalización pueden conducir a las empresas a no alcanzar economías de escala, lo que desemboca en una salida ineficiente, y, por tanto, poco racional. El mantener empresas distintas aumenta los costos administrativos del manejo de las mismas, costos que probablemente desincentiven, en un buen grado, la búsqueda de esquemas de evasión de responsabilidad vía la responsabilidad limitada y el fraccionamiento empresarial.

Sin embargo, reiteramos, que no es posible descartar que el fenómeno se produzca, y que incremente su frecuencia en el futuro cercano.

Dada la complejidad del tema, vamos adoptar dos posiciones. La primera pretende establecer un remedio temporal, que reconocemos como imperfecto, y que nos permita solucionar casos flagrantes de evasión de responsabilidad por medio de la instrumentalización de la responsabilidad limitada. La segunda posición, que creemos inaplicable al día de hoy, deberá evaluarse una vez que el fenómeno se generalice. Requiere además de un análisis más detallado sobre sus consecuencias futuras en la economía en el momento en que se implemente.

### 10.1. La solución temporal: objetivar la doctrina del levantamiento del velo societario

La solución temporal es una redefinición de la doctrina del «levantamiento del velo societario», dirigida a determinar criterios más objetivos de aplicación y que restrinja, al máximo posible, su aplicación a fin de no afectar de manera importante la seguridad jurídica y el tráfico económico. La segunda posición sería el cambio, dentro de las preferencias para el cobro en caso de insolvencia de los acreedores extracontractuales, para colocarlos por encima de los acreedores contractuales con garantías reales.

Respecto a lo que hemos llamado la «posición temporal» un paso importante, que creemos puede adoptarse el día de hoy, es la objetivización de los criterios de aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo societario». Como hemos visto, esta teoría, basada en un criterio demasiado objetivo (por ejemplo la simple subcapitalización) no se diferencia de una regla de responsabilidad ilimitada. Por otro lado, una regla demasiado subjetiva, que analice la intención de los accionistas, conduce a demasiada incertidumbre sobre los alcances de su aplicación y que se reflejan en la vaguedad de los linderos establecidos en la doctrina.

La doctrina del «levantamiento del velo» se enmarca dentro de una serie de teorías y principios jurídicos destinados a flexibilizar la aplicación del sistema positivista imperante en nuestros ordenamientos legales. Para nadie es un secreto que el positivismo se ha institucionalizado y al hacerlo se ha constituido como el principio filosófico básico de todo nuestro sistema jurídico.

La instauración del positivismo, y en particular de la Teoría Pura del Derecho de KELSEN, ha contribuido a nuestro sistema con un elemento fundamental: la seguridad jurídica.

La necesidad de una regla escrita y publicada con anterioridad al acto regulado con una determinada consecuencia jurídica, es el mejor mecanismo descubierto por el hombre, hasta la fecha, para garantizar la predictibilidad de las consecuencias de sus actos. Este principio encuentra su consagración constitucional en el artículo 2, numeral 24, inciso a de la Carta Política de 1993 que claramente establece que «Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.»

Pero se requiere algo más que el simple positivismo. Se requiere claridad en los alcances de aplicación de las reglas consagradas positivamente. Reglas cuyos alcances no pueden ser claramente definidos y, por tanto, predichos por los ciudadanos, pueden sembrar la misma incertidumbre que la inexistencia de reglas. Así, una regla cuya aplicación quede sujeta a la interpretación subjetiva y amplia de la autoridad (léase juez) implica que el funcionario se encuentre en capacidad de establecer nuevas sub-reglas que pueden diferir de los alcances dados por el ciudadano a la norma. La incertidumbre generada por tal subjetividad desincentiva conductas que terminan asediadas por doctrinas o criterios vagos y poco definidos.

Ese es el problema de doctrinas como la del abuso del derecho, el principio de buena fe, el fraude a la ley, la no contradicción de los propios actos y, por supuesto, del «levantamiento del velo societario». Todas tienen en común constituir excepciones a la aplicación estricta de los términos establecidos en la ley. Así, por ejemplo, el abuso del derecho se da precisamente cuando alguien ejerce un derecho legal y formalmente consagrado en el ordenamiento positivo en contra de su finalidad institucional. Surge así la paradoja de que un acto acorde al texto de la ley resulta siendo ilegal.

El origen del problema está en que, si bien el texto de la ley constituye un elemento que brinda seguridad, por otro lado quita flexibilidad al ordenamiento jurídico. Muchas veces el texto frío de la ley terminaría siendo incapaz de prever todas las aplicaciones disfuncionales de una determinada institución jurídica. Es por ello que el propio ordenamiento prevé excepciones a la aplicación estricta del texto de la ley. Se busca, de alguna mane-

ra, evitar el «abuso del positivismo». El problema es difícil de solucionar. El sistema jurídico establece instituciones, a las que llamaremos «bisagras», que permiten flexibilizar el positivismo, limitando, en cierto grado, la aplicación estricta de la ley. Ello sin embargo nos conduce, necesariamente, a la inseguridad.

Un paliativo al problema es objetivizar, dentro de lo posible, los requisitos y condiciones que deben cumplirse para aplicar instituciones «bisagra», esto es, para establecer principios claros que determinen la inaplicación del texto de la ley. De alguna manera se busca que la seguridad que brinda el texto de la ley se traslade, a su vez, a la aplicación de aquellas instituciones que «relajan» el positivismo.

Todos los males atribuibles a la doctrina del «levantamiento del velo» se vinculan a constituir una excepción a un principio de derecho positivo: la responsabilidad limitada de las sociedades. Así, puede resultar que quien, confiando en la ley, invierte como accionista en una empresa, amparándose en que no podrá ser hecho personalmente responsable por las obligaciones de ésta, resulte obligado por una doctrina que contradice el principio de responsabilidad limitada. Es la desconfianza e incertidumbre que ello podría generar lo que se busca eliminar. Y ello nos conduce a la necesidad de establecer criterios lo mas objetivos posibles para brindar seguridad. Sin embargo ello siempre chocará con la limitación en la capacidad de previsión humana.

Evidentemente lo ideal sería que el legislador al momento de consagrar un derecho, establezca todas aquellas excepciones al ejercicio del mismo que decisiones, disfuncionales o antisociales. Pero ello es una utopía, a la que contribuyen además las limitaciones que impone el propio lenguaje en el hacer que deben quedar expresadas las normas. Es por ello que se establecen excepciones, más o menos genéricas, y que siempre dan lugar a apreciaciones subjetivas y, por consiguiente, pueden determinar límites vagos. La idea es tratar de conjugar la capital necesidad de flexibilidad con la necesidad de seguridad. Ello se logra, hasta cierto punto, objetivando control los criterios de aplicación de doctrinas como las de controlar «levantamiento del velo societario».

Consideramos, como ya hemos dicho, que establecer a la fecha una modificación general que solucione el problema materia del presente artículo, parece inviable y poco conveniente, Establecer límites claros a la doctrina de levantamiento del velo puede ser una forma de «vacunar» al sistema jurídico contra un uso disfuncional de la responsabilidad limitada. Debemos reconocer, sin embargo, que establecer esos límites es una labor difícil. Sin embargo, una definición muy restrictiva de la doctrina en cues-

tión podría darnos soluciones, al menos temporales a un problema que a la fecha solo se presenta excepcionalmente.

No pretendemos, en este artículo, agotar la discusión sobre cómo debe configurarse la doctrina del «levantamiento del velo». Simplemente queremos establecer algunos principios generales que pueden servir de guía para perfilar mejor su aplicación. Es por ello que las líneas siguientes deben leerse en el sentido de configurar una doctrina de muy restrictiva y excepcional aplicación. Esto quiere decir que en la duda sobre la aplicación o no aplicación de la misma, se debe elegir su no aplicación. Debe dirigirse a cuestionar casos en que aparezca muy claro que ha existido una utilización disfuncional de la responsabilidad limitada.

Dentro de esta línea, lo que se persigue es tener una herramienta que permita poner coto a los casos extremos, en el entendido de que no se justifica aún una modificación radical del sistema dada la poca frecuencia con que se presenta el caso de que una sociedad es declarada insolvente como consecuencia de los daños extracontractuales que ocasiona.

En atención a lo expuesto creemos que la doctrina del «levantamiento del velo» debe fundarse en los siguientes dos criterios:

*a) Existencia de un grupo de control*

Con ello nos referimos al grupo de accionistas que tienen un manejo efectivo de la empresa. No quiere decir necesariamente que sea un grupo mayoritario. Nos referimos a que sea aquel grupo cuyas decisiones determinan el funcionamiento de la sociedad. Esto implica limitar los alcances de la doctrina para hacer responsable sólo a dicho grupo de control.

Es importante definir qué se entiende por grupo de control. Evidentemente no podemos utilizar criterios referidos a porcentajes de participación en el capital social. En sociedades abiertas, con un accionariado intensamente difundido, el grupo de control podría no requerir más de un 10% para controlar una sociedad. Esto nos trae nuevamente subjetividad sobre la mesa. Por eso creemos que el criterio debe ser muy restrictivo y sólo aplicarse en casos donde el control aparezca como evidente, teniendo en cuenta la historia de las decisiones de la Junta General de Accionistas.

Dentro de esta misma línea, el problema también surge respecto a cuál es el grupo de control relevante. Así, por ejemplo, podría discutirse si es el que tenía el control inicial de la sociedad al momento de constituirse ésta (y que la capitalizó insuficientemente), el que aprobó capitalizaciones posteriores (que también resultaron insuficientes), el que estaba vigente al momento en que se llevo a cabo la acción que produjo el daño, el que estaba vigente al momento de la demanda o el que maneja la empresa al momento de la sentencia.

Como podrá apreciar el lector, la solución de este problema no es sencilla. Nos inclinamos porque la responsabilidad se atribuya al grupo de control al momento en que se produzca el daño. Ello porque al adquirir las acciones podrían tomar conciencia de la contingencia existente y por tanto prever y decidir lo conveniente.

Sin embargo, debemos reconocer que esta definición de grupo de control es realmente discutible y genera varios problemas. Puede dar origen a conductas empresariales distorsionantes que persigan ocultar la naturaleza de grupo de control, de un conjunto de accionistas determinado mediante la utilización de testaferros. Por otro lado, puede generar incertidumbre en grupos importantes que puedan temer que una intervención más activa en el manejo de la sociedad los coloque en la «picota».

Asimismo, la consecuencia, del establecimiento de este requisito es la aparición de dos categorías de accionistas: los responsables y los irresponsables. Sólo los que tienen el control responderán por los daños extracontractuales, siempre, claro está, que se cumplan los demás requisitos. Los demás quedarán exonerados de responsabilidad. Ello atenta contra la formación de grupos sólidos que manejen las empresas. Las acciones del grupo de control no tendrían valores homogéneos respecto a las acciones de los demás accionistas. Y se desincentivan las operaciones de compra de acciones que impliquen la adquisición del control de la sociedad. A diferencia de lo que sucede actualmente, donde la compra de un paquete de acciones que permite obtener el control de una empresa hace que estas se valoren más, de entrar en vigencia un régimen que pueda hacer responsable al grupo de control, las acciones podrían valer menos. Ello porque los adquirentes descontarían del precio el costo de la responsabilidad que podrían verse obligados a adquirir. Con ello, otros accionistas, no comprometidos con obtener el control podrían, eventualmente, ofrecer más por las mismas acciones[46].

---

46. Pensemos, por ejemplo, en el caso de un accionista titular del 5% del capital dispuesto a vender el íntegro de su participación. Tiene dos posibles compradores. El primero es ya titular del 48% del capital. El segundo tiene el 3% del mismo. Si el primero compra las acciones sumará 53% (entendemos que la mayoría absoluta le da el control) y estará también «comprando» la posibilidad de ser hecho responsable. Ello hará que reduzca su valorización de las acciones a fin de que refleja tal contingencia. Por el contrario, si el segundo es el que compra sólo sumará el 8%, y si ello no le da el control, no le hará descontar la contingencia de la responsabilidad. Paradójicamente, quien compra el control puede estar valorizando las acciones menos que quien no adquiere dicho control. Ello favorecerá, sin duda, la fragmentación del accionariado en el mediano plazo, y con ello perjudicará la formación de «grupos fuertes» dispuestos a asumir el control de las empresas.

Todas estas razones nos demuestran la necesidad de una aplicación muy restrictiva del concepto de «grupo de control» a casos en que resulte muy evidente el carácter disfuncional de la aplicación de la responsabilidad limitada. Ello minimizaría, de alguna manera, las consecuencias reseñadas.

*b) Subcapitalización*

Un segundo requisito objetivo es la determinación de una subcapitalización, esto es que el patrimonio de la sociedad resulte insuficiente para responder por los daños extracontractuales.

En este extremo se pueden adoptar dos posiciones. La primera es entender la subcapitalización como un hecho objetivamente determinado. Bastaría para ello determinar que, producido el accidente, el patrimonio de la empresa es insuficiente para cubrir los daños. Esto quiere decir que para que se «levante el velo» basta la insolvencia de la empresa.

La segunda posibilidad es no analizar la subcapitalización en base sólo a la insolvencia de la empresa como consecuencia del pago de la indemnización, sino en base a la previsión razonable en la capitalización. Esto quiere decir que sólo habría responsabilidad de los accionistas si estos no capitalizaron suficientemente a la empresa, teniendo en cuenta los daños que era previsible esperar que ésta podría ocasionar. Así, si ocurriera un daño catastrófico, que no hubiera sido razonablemente previsible, la simple insolvencia de la empresa no sería suficiente para «levantar el velo».

La primera opción puede parecer, a primera vista, más objetiva, pues no requiere un análisis de la «razonabilidad en la previsión», que es un elemento subjetivo. Sin embargo, plantea el problema de la incertidumbre en la previsibilidad. De alguna manera sería responsable tanto de los daños previsibles como de los no previsibles. Ello podría conducimos a la incertidumbre, precisamente, por no poder calcular qué nivel de capitalización es adecuado para daños no previsibles.

Este problema no es ajeno a los sistemas de responsabilidad civil generales. La problemática de la previsibilidad aparece tanto en sistemas subjetivos (que al analizar elementos como la culpa buscan determinar si el comportamiento era razonable en base a lo que se podría prever) como en sistemas objetivos (que al tener concepciones de causalidad adecuada exigen establecer un cierto grado de previsibilidad para responder por los daños[47]). Lo que ocurre es que, si bien la previsibilidad introduce elementos de subjetividad,

47. Ello ocurre, por ejemplo, con el artículo 1985 del Código Civil. Dicha norma, al señalar que debe existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño,

la objetividad absoluta, que elimina la previsibilidad como requisito, genera igualmente incertidumbre sobre las consecuencias finales de una acción. Es por ello que el concepto de previsibilidad no ha podido ser eliminado de los sistemas de responsabilidad civil ordinarios, como regla general.

Nos inclinamos, en consecuencia, por un análisis que exija la previsibilidad de que los niveles de capitalización de la empresa podrían resultar insuficientes al momento en que ocurrió el daño.

El problema sería resuelto con una especie de «subcapitalización culpable» atribuida como responsabilidad al grupo de control de la sociedad.

Por otro lado debe quedar claro que los accionistas sólo serán responsables en tanto el patrimonio de la empresa fue insuficiente. En otras palabras, los accionistas del grupo de control podrán oponer al acreedor extracontractual, como defensa, el hecho de que éste no ha terminado de ejecutar el patrimonio de la empresa. Los dos requisitos mencionados deben exigirse para poder levantar el velo y su aplicación debe ser muy restringida para limitar su capacidad de sembrar incertidumbre entre los inversionistas.

Reconocemos, sin embargo, que la doctrina del «levantamiento del velo» no constituye una solución global y completa. Sólo es un instrumento que nos permite solucionar casos extremos. Su utilidad encontrará claras limitaciones conforme el fenómeno de la instrumentalización de la responsabilidad limitada de las sociedades se vaya generalizando. Puede ser un buen «bombero» que nos ayude a apagar incendios, pero probablemente no constituya una adecuada política de prevención de una mala utilización de la responsabilidad limitada.

### 10.2. La solución permanente: el orden de preferencias del crédito en el sistema concursal

Creemos conveniente perfilar lo que podría ser una solución más permanente, confesando, sin embargo, nuestras dudas sobre cuáles podrían ser sus consecuencias económicas. La alternativa que llama nuestra atención es la incorporación en el orden de preferencias de cobro, del acreedor extracontractual por encima del acreedor contractual así este último goce de garantías reales. En pocas palabras, nos referimos a la creación de un privilegio en favor del acreedor extracontractual, similar al que puede tener el acreedor alimentario o el acreedor laboral.

---

está exigiendo que se pueda establecer un nivel de previsibilidad entre la conducta y el tipo de daños derivados de dicha conducta, basada en la «normalidad» de la consecuencia de la acción.

Debemos además confesar que no hemos podido llegar a una convicción absoluta sobre la conveniencia de una regla de este tipo. Los argumentos referidos al incremento del costo del crédito, derivado de la incertidumbre que una regla como la señalada crearía, son bastante sugestivos. Pero, por otro lado, la situación de las víctimas insatisfechas como consecuencia de las externalidades generadas por la responsabilidad limitada es también un elemento de peso digno de ser tomado en cuenta.

Por otro lado, los acreedores contractuales, principalmente los Bancos y proveedores, pueden estar en situaciones más ventajosas para analizar los posibles daños extracontractuales que pueda causar la empresa respecto de la situación en la que se podrían encontrar los potenciales accionistas. Podría pensarse que esta es una verdad a medias. Los adquirentes de bonos emitidos por la empresa, por ejemplo, pueden encontrarse en una situación muy similar a las de un accionista y, por tanto, podrían verse perjudicados con las consecuencias del cambio de orden en el cobro de sus acreencias. Sin embargo, considero que tal similitud no es tan clara.

Én el caso del accionista, éste asume efectivamente el riesgo de pérdida de su inversión, es decir, el dinero que pone en las acciones. Sabe que dicha inversión no comprometerá el resto de su patrimonio gracias al principio de responsabilidad limitada. De producirse un accidente y generarse responsabilidad extracontractual que supere el patrimonio de la empresa, el accionista está en último lugar de la fila y por tanto no recuperará el dinero invertido.

Sin embargo, con el acreedor contractual no ocurre lo mismo. Este cobrará antes que el acreedor extracontractual, si es que se encuentra amparado en garantías reales. Si se cambiara el orden de prelación permitiendo al acreedor extracontractual cobrar antes, no estaríamos ante un supuesto que haga responsable al acreedor contractual más allá del dinero invertido en el crédito. En realidad el cambio de prioridad no hará una diferencia entre el accionista y el prestamista. Por el contrario los asimila: ambos asumen el riesgo de la responsabilidad extracontractual de la empresa hasta el límite del monto invertido.

En este esquema, el cambio de prioridad convierte al acreedor contractual en un controlador, tanto de los niveles de capitalización, como de los niveles de precauciones adoptados por la empresa. Lo único que hace es añadir un riesgo adicional a su inversión que constituye la contingencia del pago de una indemnización por parte de la empresa a un tercero (víctima extracontractual) que le impida cumplir sus obligaciones.

Debemos reconocer que este privilegio concedido al acreedor extracontractual va a encarecer el crédito e, incluso, va a reducir su oferta.

Pero también debemos tener en cuenta que el régimen, tal como está diseñado, propende a colocar el riesgo en un acreedor aún más desprotegido y con menos capacidad de negociación: la víctima extracontractual. Finalmente, el cambio de prioridad obliga a canalizar el problema de las externalidades generadas por la empresa al campo de la negociación contractual entre los acreedores contractuales y la propia empresa.

La razón por la que no nos animamos a proponer esta última alternativa como una solución general al problema radica en que aún no nos queda claro cuáles serían sus efectos en el crédito disponible para las empresas. Creemos asimismo que la poca frecuencia con la que se presentan casos en que la responsabilidad extracontractual lleva a la insolvencia de la empresa, no justifica una modificación tan radical el día de hoy. Pero tenemos la impresión de que cuando el fenómeno se generalice podría constituir una alternativa interesante de solución que no debe ser descartada.

Esta constituye una solución que coloca el peso de la evaluación de los posibles daños extracontractuales sobre los acreedores contractuales, quienes, a diferencia de las potenciales víctimas, que enfrentan costos de transacción insuperables, están en la posibilidad, vía negociación, de exigir las garantías necesarias para que los daños extracontractuales no perjudiquen sus créditos. Por esta vía se conseguirá o seguros o capitalización adecuada, pero utilizando no decisiones burocráticas del aparato estatal sino los propios mecanismos del mercado. Ello podría conducir a una eficiente asignación de recursos.

Quizás quede más clara nuestra percepción del problema si comparamos las tres categorías de individuos que podrían ser potencialmente afectadas por la responsabilidad civil extracontractual dentro de un régimen de responsabilidad limitada. El sistema, tal como funciona hoy en día, coloca parte del costo de los accidentes en los accionistas (la parte de sus aportes que puede responder por la responsabilidad) y el resto recae sobre la víctima. Eventualmente parte del costo podría recaer sobre el acreedor contractual, si éste carece de garantías y entonces concurre con el crédito extracontractual.

De modificarse el régimen de preferencias el accionista seguiría soportando el daño limitado al monto que aportó. El acreedor contractual se vería obligado a soportarlo en el grado en que el patrimonio de la empresa no alcanzara para cubrir los créditos laborales y extracontractuales. La víctima sólo soportaría el peso del daño en el grado en el que el patrimonio de la empresa no alcanzara para pagarle luego de cubierto los créditos laborales.

Pero en esta última situación, como el acreedor contractual tiene interés en cobrar, y necesariamente entra en relación directa con la empresa,

tendrá que establecer mecanismos y negociará términos que le permitan garantizar de la mejor manera posible, que el patrimonio de la empresa cubrirá los daños extracontractuales que pudieran ocasionarse. Por ello, podemos presumir que el cambio en la preferencia establecerá incentivos para una capitalización adecuada. Si bien esto impondrá costos adicionales de transacción para la obtención del crédito, la contraparte contractual siempre tendrá como mecanismo para limitar su exposición, la limitación del crédito mismo. En cambio, un régimen de responsabilidad ilimitada pone en nesgo no solo el patrimonio aportado sino el íntegro de los bienes del accionista. Ello generará costos de transacción mucho mayores en el mercado bursátil que los costos de transacción que se generarían en el mercado de crédito como consecuencia de un cambio en las preferencias de cobro de los acreedores.

Reconocemos que es una solución que afecta al mercado de crédito, Pero también destacamos que entre los dos extremos (que la víctima soporte las consecuencias de los daños o que el accionista vea en riesgo el íntegro de su patrimonio) aparece como la solución más razonable, que genera más beneficios y enfrenta menos costos.

Existe sin embargo un problema que la modificación del orden de preferencia para el cobro de créditos no puede solucionar. Como hemos dicho anteriormente, una de las razones por las que se genera una distorsión entre los incentivos para capitalizar adecuadamente la sociedad, generados por la necesidad de crédito y los desincentivos a capitalizar, generados por la potencial responsabilidad extracontractual, es la posibilidad que tienen un conjunto de sociedades pertenecientes a un grupo empresarial de otorgarse garantías cruzadas entre ellas. Así el potencial acreedor contractual considerará como patrimonio que responderá por las deudas no sólo el de una de las sociedades, sino el de las demás sociedades del grupo que otorguen garantías personales o reales en favor del crédito. Ello hará que no existan incentivos adecuados para que el potencial acreedor presione a su potencial deudor para que éste cubra adecuadamente su potencial responsabilidad extracontractual que pueda generarse, pues puede superar la responsabilidad limitada utilizando distintas formas de garantía[48].

48. Así por ejemplo, pensemos en el caso de tres sociedades (A, B y C) de propiedad de los mismos accionistas, la empresa A necesita de un crédito de US$ 100,000.00 para sus operaciones corrientes. Su patrimonio es de sólo US$ 20,000.00. La razón de este monto es que las actividades contaminantes de la empresa puedan generar potencialmente un daño US$ 80,000.00 y los accionistas han utilizado la estrategia de subcapitalización de la sociedad como una defensa, trasladando el resto del patrimonio a las sociedades B (con US$ 50,000.00) y C (con US$ 50,000.00) que desarrollan actividades vinculadas pero no peligrosas.

Es por ello que la solución de un cambio de prioridades en caso de insolvencia puede ser parcial porque se puede desarrollar una estrategia de garantías cruzadas dentro de un grupo empresarial para evadir la responsabilidad extracontractual manteniendo la capacidad de crédito del grupo. Sin embargo, esto puede ser contrarrestado por una aplicación adecuada por la teoría del «levantamiento del velo societario». En los casos de garantías cruzadas entre empresas de un mismo grupo puede ser más sencillo determinar los elementos característicos que hagan de aplicación la teoría. Así si se configurara una situación de este tipo y se demuestra la existencia de un grupo de control y de una subcapitalización compensada con garantías cruzadas con otras empresas bajo el mismo grupo de control, existirían indicios que permitirían la aplicación de la teoría a fin de hacer responsable a dicho grupo de control.

Como se verá, se trata de una salida imperfecta, como son todas las salidas propuestas, pero aparentemente permite una más adecuada solución al problema planteado.

## XI. CALLEJONES SIN SALIDA

Debemos confesar al lector que la complejidad del problema y la necesidad de un equilibrio entre las funciones de la responsabilidad civil extracontractual y las funciones de la responsabilidad limitada de las sociedades, nos conducen a inevitables «callejones sin salida».

Esto ha llevado a que no podamos sostener, categóricamente, cuál es la mejor alternativa de solución al problema. Todas las alternativas analizadas plantean objeciones importantes. La conclusión es, por tanto, que ninguna solución es perfecta. Cualquiera genera costos significativos de un lado o del otro. Pero también debemos tener en cuenta que el «*statu quo*»

---

Para obtener el crédito, los accionistas han ofrecido fianzas de B y C, o incluso de los propios accionistas, de manera que el Banco considere que sí existe un patrimonio capaz de responder por el préstamo, aunque éste no pertenezca a A. Pero la víctima extracontractual sólo podrá dirigirse contra A en aplicación del principio de responsabilidad limitada.

Advirtamos que el cambio de preferencias en el cobro no solucionará el problema de esta estrategia de evasión de responsabilidad. Si la ley establece que la víctima de un daño extracontractual puede cobrar antes que el Banco respecto de A, sólo permitirá a la víctima ejecutar un patrimonio de US$ 20,000.00, insuficiente para el pago de la indemnización generada. El Banco no podrá tocar dicho patrimonio, pero sí podrá cobrar su deuda de B, C o los accionistas según sea el caso. En consecuencia, sí habrá incentivos para otorgar el crédito así no hayan incentivos para capitalizar adecuadamente a A a la luz de su potencial responsabilidad extracontractual.

genera costos nada despreciables en términos de víctimas no indemnizadas. Afortunadamente, al momento que se publica este libro, el problema no ha tenido manifestaciones que podamos considerar graves o que requieran soluciones realmente urgentes. Pero al mismo tiempo podemos constatar que todo indicaría que estamos en una espiral que hará del problema uno importante y actual en un futuro no muy lejano.

Por ello, consideramos que durante este período de tránsito y de definición, el único instrumento a que se puede recurrir es a una teoría del «levantamiento del velo societario» sumamente restrictiva y cuyos requisitos hayan sido, dentro de lo posible, objetivamente determinados. Esto podrá ser un paliativo para las manifestaciones que este problema presente en el futuro cercano.

Por otro lado, creemos que es importante dejar abierta la puerta de una modificación en las normas de prelación de pagos de créditos en caso de insolvencia de empresas. Si bien, a la fecha, una modificación en este sentido, y que implicaría que el acreedor extracontractual sea preferido sobre el acreedor contractual, así este último cuente con garantías reales, resulta inconveniente, no podemos descartar su evaluación como una alternativa que parecería ser la más razonable en el futuro.

Como hemos indicado, esta solución puede generar incertidumbre del lado de la oferta de crédito en favor de las empresas. Dichos costos deberán ser evaluados con cuidado. Pero por otro lado dicho riesgo estará sólo limitado al crédito otorgado, a diferencia de lo que ocurriría con un sistema de responsabilidad ilimitada respecto de daños extracontractuales, como el sugerido por HANSMANN y KRAAKMAN, que extendería la responsabilidad al patrimonio personal del inversionista.

Asimismo, debemos considerar que, dentro de todo, la situación del acreedor extracontractual está totalmente desfavorecida en relación al acreedor contractual. Su ignorancia absoluta respecto de la posibilidad de sufrir un accidente futuro lo ha llevado a no solicitar garantías para el eventual pago de su indemnización. De la misma forma, no tiene manera de negociar con la empresa para exigirle una capitalización adecuada, ni la contratación de seguros, ni la toma de precauciones suficientes. Por el contrario el acreedor contractual sí se encuentra en posición de exigir alguna de estas alternativas y de canalizar la solución al problema contractualmente. Si bien ello eleva los costos del crédito, creemos que dicha elevación podría verse justificada por la eliminación de los costos de las disfuncionalidades que la responsabilidad limitada puede generar en el sistema de responsabilidad civil extracontractual.

A lo dicho debemos añadir que las empresas tendrán incentivos para demostrar, a sus potenciales acreedores, que cuentan con patrimonios o

coberturas de riesgo adecuados que hacen segura la inversión. De hecho, ya deben desarrollar esta misma labor respecto a sus accionistas quienes, evidentemente, asumen por el mero hecho de su inversión, parte del riesgo de accidentes que pueda ocasionar la empresa. El efecto será que, al igual que el accionista, el acreedor ve limitada su responsabilidad al monto aportado a la empresa y, sobre dicho monto, tendrá que evaluar su riesgo.

Finalmente, la solución sugerida tiene un mérito adicional. Excluye de la decisión del Estado, aspectos como los niveles de capitalización o la contratación de seguros obligatorios. Tales decisiones de las empresas quedarán sujetas a lo que determine el mercado, que como sabemos, es un mecanismo más adecuado y eficiente de asignación de bienes y de determinación de la *performance* económica de las empresas.

Las razones expuestas, sin embargo, no eliminan totalmente nuestra incertidumbre sobre cuál es la solución más adecuada. La constatación más importante de este trabajo es que toda solución es siempre imperfecta, dependiendo de la perspectiva de la que se le mire. Es evidente que no es posible «vestir un santo sin desvestir a otro». Se trata sólo de determinar qué «santo» necesita más la ropa.

# Bibliografía
# Parte V


— ABRAHAM, Kenneth S. *The Forms and Functions of Torts Law*. The Foundation Press, Inc. Westbury. New York. 1997.

— ABRAMSON, Mark A. y DUGAN, Kevin F. «Res Ipsa Loquitur and Medical Malpractice». En: http://www.arbd.com/articles/resipsa.html.

— BECKER, Gary y NASHAT, Guity. *The Economics of Life*. Ed. McGraw- Hill. Estados Unidos. 1997.

— BULLARD, Alfredo. «Responsabilidad Civil y Subdesarrollo». En: *Derecho Civil Patrimonial*. Fondo Editorial de la PUCP. Lima. 1997.

— BULLARD, Alfredo. «Cuando las Cosas Hablan: El «Res Ipsa Loquitor» y la Carga de la Prueba en la Responsabilidad Civil» En: *Themis*-Revista de Derecho. No. 50, 2005.

— BULLARD, Alfredo. «¿Cómo vestir a un santo sin desvestir a otro? La responsabilidad limitada de las sociedades y los accidentes». En: *Themis*, Revista de Derecho 33. Lima. 1996.

— BULLARD, Alfredo. «Causalidad Probabilística: El problema de los costos administrativos en el diseño de un Sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual». En: *Ius Et Veritas* 3. 1992.

— BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El Derecho a Probar*. Ara Editores. Lima, 2001.

— CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents*. New Haven and London Yale University Press.

— CALABRESI, Guido. «Concerning Cause and the Law of Torts: An essay for Harry Kalven Jr.». En; *University of Chicago Law Review* 43.

— CALABRESI, Guido y BOBBIT, Philip. *Tragic Choices. The conflicts society confronts in the allocation of tragically scare resources*. Ed. W.W. Norton & Company. 1978.

— CLARK, Robert Charles. *Corporate Law*. Ed. Little Brown and Company. Boston-Toronto.

— COASE, Ronald. *The Firm, The Market and The Law*. The University of Chicago Press. 1998.

— COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y Economía*. Fondo de Cultura Económica. México. 1998.

— DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia*. Editorial Civitas S.A., 2da. edición.

— DE TRAZEGNIES, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*. Biblioteca Para Leer el Código Civil. Volumen IV. Fondo Editorial de la PUCP. 1988.

— EASTERBROOK y FISCHEL. «Limited liability and corporations». En: *Chicago Law Review* 52. 1985.

— EPSTEIN, Richard A. *Principles for a Free Society. Reconciling Individual Liberty with the Common Good*. Persues Books. Masachusetts. 1998.

— EPSTEIN, Richard A. «Reglas Simples para un Mundo Complejo». *Ius Et Veritas*-Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. 2005.

— EPSTEIN, Richard A. *Cases and Materials on Torts*. Aspen Low & Business. Sétima Edición. Nueva York. 2000.

— ESBORRAZ, David y otros. «El Impacto de la Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas en la Teoría General del Contrato». En: *Procedimiento Probatorio*. Editorial Jurídica Panamericana. Santa Fe. 1998.

— FALLA JARA, Alejandro. «La responsabilidad Civil Extracontractual en el Perú: Análisis de un fracaso». Tesis de Abogado. 1993.

— HANSMANN y KRAAKMAN. «Toward unlimited shareholder liability for corporate torts». En: *The Yale Law Journal*. Volumen 100. N.º 7. mayo 1991.

— http://www.indexuslist.de/keyword/Res_ipsa_loquitur.php (1ro de Abril de 2005).

— http://www.wisbar.org/res/sup/2001/99-0821.htm

— JENSEN y MECKLING. «Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure». En: *Journal of Financial Economics* 3. N.º 305. 1976.

— KRAAKMAN, Reiner. *Corporations. Cases and Materials*. Harvard Law School. 1990.

— LANDES, William y POSNER, Richard. *The Economic Structure of Tort Law*. Harvard University Press. 1987.

— LEROY, Roger y otros. *The Economics of Public Issues*. HarperCollins College Publishers. Estados Unidos. 1996.

— MALLOY, Robin. *Law and Economics. A Comparative Approach to Theory and Practice*. West Publishing Co. Minnesota. 1990.

— MORELLO, Augusto. *La Prueba, Tendencias Modernas*. Editora Platense-Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1991.

— MOSSET ITURRASPE, Jorge y SOTO COAHUILA, Carlos. *El Contrato en una Economía de Mercado*. Editorial Normas Legales. Lima. 2004.

— OSTERLING PARODI. *Las Obligaciones*. Fondo Editorial de la PUCP. Lima. 1995.

— PARDOLESI, Roberto y TASSONE Bruno. *I giudici e l'analisi economica del diritto privato*. Ed. Il Mulino. Bologna. 2003.

— POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Harvard University Press. 2ª Edición. 1983.

— POSNER, Richard A. y SCOTT, Kenneth E. *Economics of Corporation Law and Securities Regulation*. Ed. Little Brown and Company. Cuarta Edición. Estados Unidos. 1980.

— POSNER, Richard A. *Overcoming Law*. Harvard University Press. 3era Edición. Estados Unidos. 1996.

— SCHROEDER, Christopher H. «Corrective Justice and Liability for Increasing Risks». En: *UCLA Law Review* 37.

— SHULMAN, Harry y otros. *Torts. Cases and Materials*. The Fundation Press, Inc. 3ª Edición. 1976.

— VARGAS, Carlos Eduardo. «Daño y Causalidad: Un Modelo Econométrico para Determinar su Relación». En: *Derecho Económico*. Tomo IV. Colección Enrique Low Murtra. Universidad Externado de Colombia. 2003.

# Parte VI
# Sistema democrático y libre mercado

# El mercado político y el mercado económico*

Imaginemos un país hipotético en el que se efectúan tres reformas del sistema Constitucional.

La primera es cambiar el régimen económico para producir bienes privados usando como mecanismo de decisión la democracia. Bajo tal régimen se producirán las refrigeradoras que la mayoría, por medio del sistema político, decida que se produzcan.

La segunda es cambiar la estructura del sistema político para producir bienes públicos usando el mercado. En tal sistema los escaños en el Congreso o el propio cargo de Presidente de la Republica se venderían al mejor postor.

La tercera es sujetar la existencia o no de derechos individuales a la decisión de la mayoría. Así si la mayoría decidiera que la vida, la libertad o la propiedad no deben respetarse, bastaría su decisión para remover tales derechos y dejar desprotegidos a los individuos.

Analizar estos tres cambios nos ayudan a entender los límites que la economía impone a la democracia y los que la democracia impone al mercado.

---

* Esta sección se basa en el artículo «Votando por Refrigeradoras y Comprando Congresistas ¿Por qué no?» publicado en *Ius Et Veritas*, N.° 20, 2000.

## I. VOTANDO POR REFRIGERADORAS

Imaginemos que (como suele ocurrir) la decisión de qué refrigeradoras se producen y se consumen es dejada al mercado. Es la interacción de productores y consumidores la que determina qué refrigeradoras se van a fabricar y a qué precio. Los consumidores eligen así de las diversas opciones que el mercado ofrece, qué refrigeradora quieren tener en su casa.

La primera reforma que hemos sugerido propone dejar de usar el sistema de mercado para decidir qué refrigeradoras se van a producir y sustituirlo por el sistema democrático, es decir por las decisiones que se adopten a través del sistema político.

Bajo esta reforma las decisiones de producción de bienes y servicios (electrodomésticos, alimentos, turismo, vestido, etc.) son dejadas en manos de las autoridades democráticamente elegidas. El Gobierno, como representante de la voluntad popular, decide qué refrigeradoras son buenas para los ciudadanos, ordena su producción en un número adecuado y las entrega a los consumidores. Para ello entrega a los ciudadanos cupones que pueden, libres de cualquier pago, canjear por el modelo de refrigeradora elegido por las autoridades.

Este sistema sustituye al mercado por un sistema democrático. El resultado de un sistema de esas características afectará seriamente la producción de bienes normalmente considerados privados. Los consumidores podrían querer refrigeradoras diferentes, más grandes o más pequeñas, con distintas características. Si el Gobierno no puede identificar claramente las preferencias de los consumidores, habrá gente con refrigeradoras no deseadas.

Además el sistema puede generar una tremenda escasez o una abundancia extrema, pues tendrá problemas para identificar cuántas refrigeradoras se necesitan. La respuesta más usual será la escasez, porque el Estado carecerá de recursos para producir refrigeradoras suficientes. Además, como las refrigeradoras serán gratuitas, todos, hasta los que no les interesa tener una, la pedirán. Tendremos colas y largos tiempos de espera y, posiblemente, a falta de estímulos competitivos, las calidades dejarán mucho que desear. Finalmente la corrupción será inevitable y quienes puedan corromper a los funcionarios podrán obtener más refrigeradoras y quienes no puedan se quedarán sin una.

El sistema descrito no es de ciencia ficción. Es una descripción simplificada del modelo de economía planificada que tuvo su expresión más clara en el sistema soviético y en general lo tiene en las economías de signo socia-

lista[1]. En ese sistema el Estado trataba, por medio de cálculos econométricos de sofisticados economistas, calcular la demanda de cada bien o servicio y producir y entregar a los consumidores cantidades adecuadas de dichos bienes o servicios. El resultado fue el descrito: mala asignación de recursos, mala calidad, escasez notoria, y un alto nivel de corrupción. Hoy pocas personas plantearían regresar a un sistema como el descrito.[2]

El cambio nos ilustra un primer límite de la democracia que desarrollaremos más adelante: la democracia tiene, operativamente, límites intrínsecos para producir una dotación adecuada de bienes privados

## II. COMPRANDO CONGRESISTAS

La segunda reforma planteada sería sustituir el sistema de votación para elegir al Congreso (o al Presidente), por un sistema de compra del cargo. Inicialmente se haría una subasta mediante la cual los que presenten pujas más altas adquieran el cargo de Congresista. Los Congresistas así designados tendrían la libertad de vender su puesto cuando quisieran, de manera que la renovación del Congreso ya no se produciría mediante elecciones populares periódicas, sino mediante compras y ventas continuas, en un sistema de mercado. La composición del Congreso reflejaría así las preferencias de quienes quieren participar en políticas expresadas en «votos monetarios», y la «representación» política sería el resultado de algo similar al que arrojaría una bolsa de valores.

El resultado sería desastroso. El Congreso daría leyes que no responden necesariamente al bien común, sino al interés particular de sus integrantes. El parlamento estaría conformado por personas ricas con interés en participar en política. Pero sería una política diferente, en la que la constante sería producir «bienes públicos» sobre la base de intereses privados. Por ejemplo, si las empresas adquieren suficientes escaños en el Congreso darían normas ambientales que no necesariamente buscarían un uso ade-

---

1. En realidad el carácter antidemocrático del sistema soviético lo convierte en un ejemplo limitado, pero no por ello no utilizable. En el fondo muchas expresiones de socialismo tienen orígenes claramente democráticos y toman medidas similares. El tema es en realidad el uso del sistema político para producir bienes privados.

2. Hay versiones menos dramáticas que el sistema soviético de uso del sistema político para producir bienes privados. Regulaciones exageradas de calidad de productos en las que las autoridades estatales prohíben la fabricación de cierto tipo de bienes o exigen que esta se ajuste a un estándar, sustituye la decisión de los consumidores. El uso de controles o regulaciones de precios es otro ejemplo. En ese caso lo que se produce no es consecuencia del mercado, sino del proceso político.

cuado del medio ambiente, entendido como un bien común de todos, y por el contrario propiciarían un uso privado de dicho ambiente en perjuicio de los demás.

Lo que habría ocurrido es que estarían usando el mercado para producir bienes públicos y al hacerlo se afectaría el derecho de todos a que se provean los bienes públicos que necesitamos, convirtiendo el sistema político en un mecanismo de repartija de privilegios a particulares.

Este sistema tampoco es de ciencia ficción y se parece mucho a lo que vivimos en Latinoamérica. Es lo que ocurre con los sistemas mercantilistas, en los que los particulares compran las decisiones políticas mediante influencias o incluso dinero para conseguir que se produzcan los bienes públicos que ellos necesitan y no los que la sociedad requiere. Los videos de Montesinos en Perú comprando funcionarios o incluso empresarios mediante el uso de recursos públicos es una muestra de ese «mercado político» funcionando.

Esta segunda reforma nos muestra el signo contrario de la anterior, es decir el límite operativo del mercado para producir bienes públicos.

## III. «TU CASA ES DE TODOS»

La tercera reforma tiene que ver con las dos anteriores y se refiere al cambio de la relación entre derechos individuales y decisiones democráticas de la mayoría. Tanto el sistema democrático como el sistema de mercado requieren de un paquete de derechos individuales básicos para funcionar. En el caso de la democracia, esos derechos son considerados, sin discusión, fundamentales. Ello ocurre por ejemplo con el derecho a la integridad física, la libertad de expresión, la libertad de conciencia, el derecho de asociación, entre otros. Es la existencia efectiva de tales derechos lo que hace la diferencia entre un mero sistema electoral y una auténtica democracia.

En ese sentido, no es posible que esos derechos puedan ser «derogados democráticamente». Si la mayoría decidiera que tales derechos son incómodos porque, por ejemplo, no permiten combatir de manera efectiva al terrorismo, o afectan la gobernabilidad, no aceptamos que tal derogación pueda ocurrir. Para evitarlo sujetamos a la democracia a un control jurídico de manera que las mayorías no puedan afectar los derechos individuales y encargamos su protección a un sistema más tecnocrático (o aristocrático según como se le mire), como el Poder Judicial o Tribunales Constitucionales. Si bien los Tribunales están sujetos a una serie de controles democráticos, lo cierto es que los sistemas de nombramiento y de remoción tratan justamente de aislar la designación de sus miembros de presiones «excesivamente democráticas» buscándose más técnicos en leyes que políticos. Un

ejemplo claro es la Corte Suprema de los Estados Unidos, cuyos miembros son designado de por vida, y están libres de un control democrático puro que permita su remoción. Como bien decía el abogado peruano Enrique CHIRINOS SOTO, los vocales de la Corte Suprema de los Estados Unidos *«nunca son removidos, y rara vez mueren»*.

Las cosas no son muy distintas desde el punto de vista del funcionamiento del mercado. Para funcionar el mercado requiere, además de la propia libertad de comercio, un paquete básico de derechos fundamentales, sin los cuales el sistema se hace inviable. Esos derechos son la propiedad, el derecho de libre contratación, entre otros. Sin estos derechos su funcionamiento no es posible.

Al igual como ocurre con los derechos que permiten el funcionamiento de la democracia, los que permiten el funcionamiento del mercado tampoco pueden ser «derogados democráticamente». No es admisible que en un barrio los vecinos organicen una Asamblea para decidir si se demuele mi casa y se convierte en parque. Evidentemente los incentivos conducen a que todos (salvo uno mismo) votarán para dejarme sin casa, y apoyarán una confiscación. Bajo tal regla los incentivos de «confiscaciones democráticas» por parte de las mayorías no tendrían límites. Ello explica el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales y la existencia de instancias que justamente evitan que estos derechos puedan ser «sustraídos» de sus titulares individuales por decisión mayoritaria. Para ello acudimos a las mismas «aristocracias» ya mencionadas, es decir, las Cortes Ordinarias o Tribunales Constitucionales, y en ocasiones órganos administrativos que justamente le ponen límites al propio Gobierno en su facultad de usar su representatividad democrática como herramienta de afectación de derechos. En pocas palabras el poder democrático está sujeto a límites que eviten que aparezca una dictadura de las mayorías. Estas usan esa misma organización creada para impermeabilizar las decisiones de presiones políticas a fin de tutelar los derechos individuales. Es por ello que son las Cortes y Tribunales los llamados a proteger derechos como la propiedad, la libertad de comercio o la libre contratación.

Ahora bien, imaginemos una Constitución que no recoge derechos individuales, sino que se limita a definir la estructura de organización y decisión de las autoridades públicas, de manera que son las autoridades públicas, en base a su sustento democrático, las que deciden qué derechos van a existir. Dicha Constitución permitiría que los derechos sean concedidos o retirados según el deseo de las mayorías. El resultado sería la destrucción de muchos derechos individuales. Si la mayoría considerara la tortura como necesaria para combatir el crimen, entonces el derecho a la integridad física podría ser retirado o seriamente limitado. De la misma manera, si se da a

las personas la posibilidad de votar para apropiarse de la casa de nuestro vecino, todos votaríamos para que así se haga y recibir una distribución de la riqueza por medio de decisiones de gobierno.

Tal sistema acabaría con el principio básico de los derechos individuales, tanto civiles como económicos. Solo a título de ejemplo, las mayorías podrían fácilmente consagrar su derecho a discriminar a las minorías solo mediante la elección de gobernantes que favorezcan tal discriminación. Y si las mayorías desean enriquecerse confiscándoles la propiedad a los más ricos, nada impediría que tal efecto se produzca. Bajo tal regla tanto la democracia como el mercado desaparecerían devoradas, paradójicamente, por la voluntad mayoritaria.

Esta reforma pone de relieve uno de los condicionantes más importantes de la democracia y que, curiosamente es, a la vez, su fundamento y su límite: los derechos individuales. Estos derechos no solo no deben estar condicionados para su ejercicio a la conformidad de las mayorías, sino que exigen que el sistema cree canales para que alguien se encargue de ponerle límites a las mayorías si éstas intentan mediatizarlos o eliminarlos.

Lo que las tres propuestas de reforma muestran es que la democracia no es un bien absoluto, capaz de desplazar sistemas o derechos solo porque las mayorías así lo desean. La democracia tiene varios límites a los cuales debe sujetarse. En esta sección nos concentraremos en los límites que el funcionamiento de la economía le puede imponer. En particular veremos por qué la democracia, por sí sola, puede ser ineficaz para determinar una dotación adecuada de bienes privados. Así mismo, por contraste, veremos cómo el mercado muestra a veces también una ineptitud similar para producir bienes públicos. Y ello significa que un buen sistema debe asignar claramente qué bienes corresponde producir a cada sistema.

Pero sin perjuicio de los límites operativos, la democracia tiene como limite los propios presupuestos sobre los que se construye. Si la democracia pudiera cuestionar los derechos individuales entraría a una espiral autodestructiva que la conduciría a su desaparición. Y si la democracia pudiera eliminar los derechos fundamentales necesarios para que el mercado funcione destruiría también el sistema esencial para la producción de bienes privados, sin los cuales la producción de bienes públicos también pierde sentido.

## IV. EL ROL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.

Si quisiera definir el Derecho constitucional de manera simple diría que es la parte del ordenamiento que fija los límites entre las potestades públicas

y los derechos individuales, es decir, los límites entre lo público y lo privado. Pero ello implica entender cómo se divide aquello que es «producido» a través del llamado proceso político (léase democracia), de aquello que es producido por la mera interacción libre los particulares (léase mercado).

Este proceso de fijar límites ha sido el motor de importantes cambios a nivel internacional. Sin duda dos de los avances más importantes que ha experimentado el mundo en los últimos años son su democratización en términos políticos y su liberalización en términos económicos. Cada día los gobiernos que carecen de una base democrática son más la excepción y se convierten en «parias» de la comunidad internacional. Por otra parte la globalización de la economía ha ido dejando de lado modelos de economía planificada, para abrir paso, aún tímidamente, al mercado y a la libre competencia como asignadores de recursos.

Sin embargo los niveles de consenso sobre estos desarrollos no son simétricos. Frente al consenso generalizado sobre que la democracia es el mejor sistema político, el mercado, como asignador de recursos económicos, parecería no haber alcanzado los mismos niveles de aceptación.

La diferencia partiría de la idea de que la democracia se sustenta sobre sólidas bases éticas, de aceptación universal, mientras el mercado no es otra cosa que un sistema operativo para asignar recursos, pero que carece de los fundamentos éticos y valorativos de la democracia, y por ello es prescindible como sistema. Incluso, para algunos, es un sistema no deseable.

Esta visión es incompleta. Sin duda la democracia tiene sólidas bases éticas y el mercado es un sistema operativo de asignación de recursos. Pero la democracia también es un sistema operativo de toma de decisiones sobre el uso de recursos y el mercado tiene sólidas bases éticas. Es más, consideramos que el fundamento ético del mercado es similar, sino el mismo, que sustenta la democracia. Por otra parte ambos (democracia y mercado) son sistemas operativos de agregación de preferencias que permiten la satisfacción de las necesidades de los seres humanos. Ambos tienen, en consecuencia, un fundamento ético o valorativo, pero también un fundamento práctico.

Nótese que no estamos diciendo que democracia y mercado sean lo mismo. Son, definitivamente, sistemas distintos con funciones diferenciadas entre sí. Lo que pretendemos es sostener que ambos son sistemas de agregación de preferencias con base igualmente sólida en fundamentos éticos de la mano de convertirse en sistemas operativos de toma de decisiones, que tienen que resolver problemas prácticos vinculados a los distintos tipos de bienes que tienen que producir. En consecuencia dejar de lado los mecanismos de mercado para asignar los recursos debería preocuparnos de manera similar a dejar de lado la democracia como sistema de gobierno y, por tanto, ambos deberían despertar el mismo nivel de consenso.

## V. LOS SISTEMAS DE AGREGACIÓN DE PREFERENCIAS

Los seres humanos debemos cubrir una serie de necesidades. Pero el complejo mundo actual plantea una serie de retos prácticos a cómo satisfacerlas. Algunas de esas necesidades deben ser satisfechas de manera privada, es decir mediante bienes privados[3]. La alimentación, el vestido, la vivienda, el entretenimiento, los servicios, y otras necesidades son cubiertos por recursos que, ordinariamente, han sido asignados a los particulares.

Por su parte, otras necesidades son de ordinario cubiertas por medio de bienes públicos, cuyo uso es común a todos, como las calles, el orden público, la seguridad pública, el gobierno, el sistema judicial, etc.

Por otro lado, la división del trabajo y la especialización ha llevado a que la obtención de estos bienes, sin importar su naturaleza, no pueda ser suministrada por el propio individuo de manera independiente. Las economías de autoconsumo son extrañas en el mundo actual, y los seres humanos debemos recurrir al intercambio para obtener todo lo que necesitamos. Ello plantea un reto referido a como organizar sistemas que permitan la satisfacción de las necesidades de millones de seres humanos por medio del suministro de bienes privados y de bienes públicos.

Para diseñar esos sistemas se puede tener, básicamente, dos puntos de partida antagónicos entre sí. El primero es diseñar el sistema para que la decisión de cómo las necesidades son cubiertas sean tomadas por un cuerpo autónomo de personas (terceros) cuyo capacidad de decisión se deriva de alguna estructura jerárquica sin más base que el uso, en la vía de los hechos, del poder. Esta estructura podrá decidir cómo satisfacer las demandas de bienes privados y de bienes públicos[4]. Decidiría qué calles serán construidas, cómo la seguridad será distribuida o generada, cómo se resolverán los conflictos, cuánto alimento y vestido se producirá, cómo se construirán viviendas y quién las ocupará, etc. Todo ello sin necesidad de estar sujetos a ningún control o decisión por parte de los seres humanos que consumen estos bienes y servicios.

El segundo punto parte de una perspectiva radicalmente distinta y acepta que las necesidades de los seres humanos están normalmente atadas

---

3. Al referirnos a «bienes privados» estamos usando el término en su sentido económico antes que legal. El término comprende todos los recursos que se encuentran bajo titularidades privadas, incluyendo los bienes en sentido estricto, los servicios, la tecnología, etc.

4. Se podría incluso decir que tal estructura de decisión convierte en lo hechos a todos los bienes en públicos o, en lo mejor de los casos, en un sistema público de asignación de recursos.

a una preferencia individual, es decir, a un deseo de cómo dicha necesidad debe ser satisfecha (o incluso si se prefiere dejar insatisfecha para satisfacer otra distinta). En consecuencia las decisiones de terceros sobre qué deben consumir estos seres humanos y qué no reconocen esas preferencias individuales deben ser consideradas ilegítimas. Para esta aproximación las decisiones de qué producir, cómo producir y cómo distribuir esa producción tanto de bienes públicos como de bienes privados deben ser tomadas por quienes van a consumir esos bienes. Pero dado que la sociedad está conformada por millones de individualidades, la adecuada producción de estos bienes debe obedecer a alguna forma de agregación de preferencias individuales que determinen qué será producido y de qué manera.

Esta última aproximación se sustenta en un concepto valorativo bastante claro: el ser humano debe ser libre para decidir. Se trata pues que las decisiones de producción de bienes sean libres, aunque la necesidad de agregar las preferencias de todos los individuos tenga, necesariamente, que imponer limitaciones o canales de ejercicio de tal libertad. En la democracia uno no puede encontrar todo lo que uno quisiera y nada me asegura que obtendré la provisión de bienes públicos que yo quiero, sino, en principio lo que la mayoría quiere. Por otra parte tampoco el mercado me da necesariamente lo que yo quiero. Podría gustarme una Coca Cola menos dulce que la ordinaria pero no la encuentro porque podría no haber suficientes consumidores que la deseen como para que sea rentable producirla.

Bajo esta perspectiva la democracia y el mercado son los dos sistemas de agregación de preferencia diseñados por la sociedad para compatibilizar la libertad individual con la necesidad de satisfacer las necesidades de millones de personas distintas. Son pues, como dijimos en un inicio, sistemas operativos de agregación de preferencias y que tienen como fundamento ético común el ejercicio de la libertad de elección de las personas. En el caso de la democracia este sistema de elección se ejerce a través del sistema electoral, mientras que en el mercado se ejerce a través del sistema de precios.

Nótese que no estamos diciendo que la democracia se agota en las elecciones políticas, como tampoco el mercado se agota en el funcionamiento del sistema de precios. Ambos requieren de un marco institucional adecuado que permita que la elección individual no solo se ejerza de manera cuantitativa, sino cualitativamente adecuada. La tutela de las libertades individuales, la protección de los derechos humanos, la libertad de expresión y de conciencia, son necesarios para generar una auténtica libertad individual en la democracia no solo durante las elecciones políticas, sino durante toda la vida institucional del propio sistema. En el mercado, además de estos mismos elementos institucionales, se requiere una asignación y protección adecuada de derechos de propiedad, reconocimiento del carácter

obligatorio de los contratos, internalización de las externalidades en supuestos de altos costos de transacción. Este marco institucional es inherente a la propia esencia de la democracia y del mercado como instituciones, y dentro de ese carácter sistemas electorales o sistemas de precios que carezcan de esos elementos no son ni democracia ni mercado.

Podemos ver un claro esquema que permite diferenciar las características de estos dos sistemas de decisión diferenciados. El esquema esta resumido en el siguiente cuadro:

| **Bienes Públicos** | **Bienes Privados** |
|---|---|
| Democracia | Mercado |
| Centralizado | Descentralizado |
| Costos de transacción altos | Costos de transacción bajos |
| Una persona, un voto | Votos Monetarios (distintos) |
| Mayoría | Unanimidad |

Así, mientras la democracia centraliza la decisión de producción de bienes públicos en representantes designados mediante el sistema político, el mercado es un sistema descentralizado, donde las decisiones de producción y consumo han sido entregadas a cada uno de los individuos que integran la sociedad. Mientras que el Presidente decide solo cuánto va a gastar en seguridad y qué tipo de policía vamos todos a tener, un consumidor decide qué automóvil comprar y contrata con un proveedor para que se lo suministre sin necesidad de delegar la decisión a nadie. Y cada consumidor y cada proveedor está en capacidad de hacer lo mismo respecto de los bienes que le conciernen.

En segundo lugar, la democracia actúa para resolver acuerdos de producción de bienes donde los costos de transacción para que los contratos operen son demasiado altos. Por el contrario el mercado opera para producir bienes en los que el proceso de decisión individual implica bajos costos de transacción. No es sencillo ponernos de acuerdo en cómo construir las calles o los parques que todos vamos a usar y que cada quien aporte según su preferencia por el mismo. El resultado es que si dejamos la producción de parques y calles al mercado habrá un número subóptimo de parques por falta de recursos. Ello es una consecuencia natural de las externalidades que existen en los bienes públicos. Por el contrario sí es de esperar que bienes como automóviles, comida o vestido, puedan producirse de manera óptima bajo acuerdos contractuales viables porque los costos de transacción no son significativos.

En tercer lugar, la democracia agrega preferencias mediante votos electorales, que se expresan usualmente en las urnas. Esos votos están distribuidos igualitariamente entre todos (una persona un voto). En cambio en el mercado la agregación de preferencias se produce por medio de votos monetarios (es decir dinero) que no está distribuido de manera igualitaria entre las personas. Así en la democracia todos votamos igual. Pero en el mercado los ricos tienen más voto que los pobres.

Finalmente, y derivado de los altos costos de transacción en la producción de bienes públicos, el principio de decisión es la mayoría. Pero como además usar la mayoría para tomar todas las decisiones de producción es también muy costoso, el sistema centraliza la decisión en un representante o conjunto de representantes (gobernantes, congresistas, alcaldes, etc.). Como resultado de ellos muchos de los bienes que la democracia produce no son deseados por los destinatarios de los mismos. Los ladrones, que votan en las elecciones, no quieren más policías y las empresas no quieren más controles ambientales. Por el contrario en el mercado las decisiones se adoptan por la unanimidad de los interesados. No es posible celebrar un contrato si no es que ambas partes están de acuerdo. Por tanto toda persona que produce y consume un bien o servicio privados lo hace porque está de acuerdo en hacerlo, algo que no se puede decir de todos los ciudadanos en el sistema democrático.

## VI. ¿Y POR QUÉ TENER SISTEMAS DE AGREGACIÓN DE PREFERENCIAS DIFERENCIADOS?

Si tanto la democracia como el mercado son sistemas de agregación de preferencias ¿Por qué tenerlos como sistemas distintos? ¿Por qué no hacer que las decisiones políticas se den por medio de mecanismos similares a los que se derivarían de ir a un supermercado? ¿Por qué no dejar, como en la propuesta de reforma inicial, que los escaños en el Congreso, en lugar de ser llenados a través de elecciones populares se vendan o liciten y sean libremente transferibles al mejor postor? ¿O, por qué no dejar que a través de los sistemas electorales se delegue a los políticos elegidos para gobernarnos decidir qué bienes y servicios privados deben ser consumidos por los ciudadanos?

No olvidemos que, sin perjuicio de su basamento ético en la libertad, estamos hablando de sistemas operativos, y éstos tienen que resolver problemas prácticos. Por tanto toda diferencia debe basarse en la necesidad de resolver problemas prácticos concretos y distintos en cada caso. Si existen ambos sistemas, su convivencia debe basarse en que el problema que tratan

de resolver es diferente. Por alguna razón la democracia agrega preferencias por medio de votos mientras que el mercado lo hace por medio de decisiones de consumo y de producción específicas que se expresan, normalmente, por medio de «votos monetarios», es decir, por la cantidad de dinero que cada consumidor tiene disponible y asigna a la satisfacción de sus necesidades.

La razón es la distinta naturaleza de los bienes involucrados y para cuya producción se agregan las preferencias individuales. La democracia es un sistema para suministrar bienes públicos, es decir, bienes cuya producción, uso y disfrute solo pueden ser llevados a cabo mediante un sistema común, es decir por medio de un sistema público. Nos referimos pues a los bienes cuya provisión ha sido asignada al Estado. Por el contrario el mercado es un sistema para suministrar bienes privados, es decir, bienes cuya producción, uso y disfrute son llevados a cabo mediante transacciones o intercambios privados y son asignados por medio de titularidades y contratos de particulares.

La distinta naturaleza de los bienes a ser suministrados es la que justifica un diseño diferente y no, como suele sostenerse, un diferente basamento ético. A través del sistema democrático agregamos las preferencias individuales para suministrar bienes públicos tales como gobernabilidad, seguridad pública, infraestructura básica común, calles, carreteras, sistemas judiciales, etc.[5].

Por el contrario, a través del mercado agregamos preferencias para la producción de bienes privados (por medio de titularidades privadas), como ocurre por ejemplo con el alimento, la salud, la vivienda, el entretenimiento, el vestido, etc.[6].

---

5. Esto no quiere decir que incluso estos bienes no puedan ser suministrados por medio de la actividad privada. De hecho ello ocurre en innumerables casos. Es solo que en ocasiones hablamos de bienes cuyo suministro privado no puede ser efectuado por medio de propiedad privada por los altos costos de exclusión que implican para asignar propiedad privada, o simplemente porque en la definición de «lo público», ya las Constituciones o las Leyes han asignado tales funciones al Estado.

6. Nuevamente uno puede decir que muchas veces esos bienes son asignados y producidos mediante el Estado, como ocurre con la educación y salud públicas, los programas asistenciales básicos, incluso en alimentación, programas de vivienda subsidiados, etc. Ello depende de la situación concreta de cada Estado y de las funciones que la Constitución y las leyes les asignan en cada caso. Detrás estaría la idea que un cierto nivel de bienestar mínimo es una cuestión de política pública. Ello hace que existen ajustes entre las fronteras de lo que la democracia debe proveer y lo que el mercado debe proveer. Sin embargo es importante que la definición de esas fronteras no distorsionen el contenido valorativo que les sirve de sustento, es decir la libertad misma.

Siendo que la diferencia en el diseño de estos dos sistemas de agregación de preferencias individuales está en la naturaleza de los bienes que deben ser suministrados, debemos determinar qué hace que la naturaleza pública o privada de los bienes a suministrarse influya en la forma como se diseñan los sistemas de agregación de preferencias.

## VII. UNA PERSONA, UN VOTO VS. VOTOS MONETARIOS

Quizás la diferencia más notoria entre la democracia y el mercado es la unidad de medida mediante la cual se agregan las preferencias de los individuos para tomar decisiones. Así, la democracia se basa en la idea de «una persona, un voto», mientras el mercado utiliza como unidad la capacidad de adquirir bienes y servicios, normalmente medida en unidades de dinero, es decir en «votos monetarios».

Esta distinción es quizás el origen del error en considerar que la democracia se sustenta en un conjunto de valores superiores a los que sustentan el mercado. Mientras la democracia considera a todos los seres humanos como iguales, el mercado, se dice, hace diferencias según los distintos niveles de ingresos de las personas. Así la participación de los individuos en el mercado se da a través de su capacidad adquisitiva. Ello lleva a algunos, a considerar que el mercado carece del ideal igualitario que inspira a la democracia[7].

Antes de analizar esa diferencia, que es la más evidente en términos de una observación superficial de ambos sistemas, es importante anotar algunas otras diferencias que son importantes para entender la eficacia de ambas formas de agregación de preferencias para cumplir los fines que les corresponden.

La democracia, normalmente, no permite agregar las preferencias individuales para obtener resultados o medidas específicos. Salvo la excepción del referéndum o algunos esquemas de democracia participativa como los cabildos abiertos en los municipios, los votantes eligen a alguien que elegirá por ellos, es decir usa un sistema descentralizado de decisión. Los votantes no suelen decidir, al menos directamente, cómo se organizará el

---

7. Por ejemplo ver BOWLES, Samuel y Herbert GINTIS. *Democracy & Capitalism. Property, Comunity and the Contraditions of Modern Socil Thought*. p.3 Así señalan «*(...) existen marcados contrastes entre las reglas que regulan ambos procesos de desarrollo humano y de la evolución histórica de sociedades completas: uno* (el capitalismo) *está caracterizado por la preeminencia del privilegio económico basado en derechos de propiedad, el otro* (la democracia) *insiste en la prioridad de la libertad y del* accountability *democrático basado en el ejercicio de los derechos personales.*».

sistema de defensa nacional, cómo funcionarán o brindarán servicios las cortes, dónde se construirán puentes o calles ni cuántos recursos se usarán en programas sociales. Normalmente todas esas decisiones son delegadas en las personas que el sistema electoral determina como autoridades (Presidente, congresistas, autoridades municipales, etc.). La razón es evidente. No es posible conseguir una provisión de bienes públicos que refleje las preferencias concretas de todos los individuos, sino solo de una parte de ellos. Cuando el gobierno construye un puente, no todos estamos de acuerdo. Algunos consideraremos la construcción una buena decisión y otros una mala decisión. Y entre quienes lo consideren una mala decisión habrán personas que eligieron con sus votos a la autoridad que construyó el puente, y entre quienes están a favor habrá algunos que votaron por otro candidato. A ello se añaden los altos costos de transacción de llegar a acuerdos generales sobre decisiones de gobierno. El asambleísmo en una sociedad compleja como la nuestra, es una utopía inalcanzable porque los costos de tal sistema de decisión superan notoriamente a los beneficios.

Así, el sistema de agregación de preferencias suele limitarse a delegar en representantes esa capacidad de decidir en base a las promesas y programas ofrecidos por los candidatos, y cuyo cumplimiento es, luego, monitoreado por medio del voto en las siguientes elecciones[8]. En consecuencia, muchos no tendrán lo que quisieran, y el sistema será considerado democrático si es que, en el agregado, los bienes públicos producidos reflejan las preferencias de la mayor cantidad de ciudadanos posible, dadas las circunstancias, protegiendo los derechos básicos de las minorías a través del reconocimiento de derechos fundamentales.

El mercado, en cambio, si está en capacidad de responder a las preferencias específicas con el suministro directo de bienes específicos para cada ciudadano. Es posible que los consumidores tengan todos automóviles distintos, casas diferentes y entretenimientos variados según los gustos y posibilidades particulares. Cada uno de los consumidores puede acudir al mercado e identificar, con toda precisión, que es lo que necesita y acceder a ello, siempre con las limitaciones que le impone sus restricciones presupuestarias. La agregación de preferencias permite a los proveedores de bienes y servicios identificar qué producir, cómo producir y a qué precios producir en el agregado. Pero el agregado no se agota en lo que quiere la mayoría, sino en lo que quiere cada uno de los consumidores específicos.

---

8. Evidentemente los mecanismos de monitoreo son más complejos. La división de poderes, las facultades de las Cortes, la libertad de expresión, y otras medidas similares son mecanismos de monitoreo que ejercen cierto nivel de control por parte de los ciudadanos y del sistema en su conjunto, sobre los actos de las autoridades durante su gobierno.

De la diferencia anotada se derivan otras igualmente importantes. El proceso de agregación de preferencias que se da a través del mercado tiene una mayor capacidad de corrección de errores o malas elecciones y da a los consumidores una capacidad mayor de influir en los proveedores que la que el sistema democrático da a los electores para influir en los votantes. Ello porque en el mercado uno está en capacidad de ejercer su libertad de elección en el momento que desee hacerlo, a diferencia de la libertad de elección en la esfera política que se ejerce principalmente cuando se dan elecciones. Así la libertad de elección económica no queda sujeta a la limitación de esperar que las autoridades convoquen procesos electorales.

Cuando uno compra un bien o adquiere un servicio y este no responde a sus preferencias, entonces puede acudir nuevamente al mercado y corregir su decisión, enviando un mensaje claro que en el agregado, corregirá las decisiones equivocadas o ineficientes de los proveedores y de los propios consumidores. Un producto defectuoso genera reacciones que corrigen, en relativamente poco tiempo, los errores de los productores.

En la democracia, en cambio, las decisiones de delegación de facultades suelen dar a los electores una capacidad de reacción menor para corregir errores. Están sujetas a un problema de agencia serio que no permite un adecuado monitoreo de las «instrucciones» dadas a los funcionarios designados por el voto de los ciudadanos. Cuando elegimos al Presidente, o a un congresista, tendremos que esperar hasta la próxima elección para expresar nuestro desagrado, y para cambiar con nuestro voto el tipo de bienes públicos que se viene produciendo. La capacidad de monitoreo, como regla general, de los actos de gobierno por parte de los ciudadanos es substancialmente menor[9]. De alguna manera, los políticos son «bienes durables», como las refrigeradoras, y en consecuencia las ineficiencias en la compra de una refrigeradora de mala calidad tienen que ser soportadas por el consumidor por períodos relativamente largos de tiempo de la misma manera como debemos soportar a los políticos hasta la próxima elección[10].

---

9. Como ya dijimos, existen además otros mecanismos como la división de poderes o la opinión pública. Pero su eficacia correctiva es siempre más difusa e imprecisa que las decisiones atomizadas de miles o millones de consumidores concurriendo al mercado todos los días por medio de sus decisiones de consumo.

10. Esto me lo hizo notar George PRIEST. Incluso uno podría señalar que la situación de los bienes durables en el mercado es mejor que la que se plantea con una mala elección política. Siempre se puede descartar una mala refrigeradora, por más mala que esta sea, y asumir su costo como parte de la inversión realizada para corregir el mercado, comprando una nueva. Pero no se puede descartar a una autoridad elegida a los pocos meses de producida la elección solo porque no cumple sus promesas electorales.

Sin embargo el propio sistema electoral puede contribuir a corregir parte de estos problemas y hacer que los políticos respondan mejor a las preferencias de la gente sin cambiar las reglas de juego ni afectar los derechos individuales tan fácilmente. Democracia es que lo que las autoridades hacen refleje lo que la gente quiere. Eso implica elegir mediante el voto. Pero si eligiéramos a alguien en la Presidencia por 50 años el sistema sería muy poco democrático. Esa persona se sentiría con un cheque en blanco por medio siglo. Por eso hacemos las elecciones con cierta periodicidad. Más frecuencia, más democrático será el sistema. Menos frecuencia, menos democrático.

Pero elecciones muy frecuentes generan inestabilidad en las reglas. Si soy un inversionista que sé que cada año hay Presidente y Congreso nuevos, mejor ni mirar ese país. Renovamos gobiernos con cierta frecuencia para ser flexibles a los cambios de circunstancias y a los deseos de los ciudadanos. Pero no lo hacemos tan frecuentemente porque necesitamos estabilidad. Si, como ocurre en el Perú, cambiamos de Presidente y renovamos integralmente el Congreso cada cinco años, entonces el 27 de Julio del año en que asume un nuevo gobierno en el Perú hay unas reglas y el 29 de Julio de ese mismo año tenemos reglas absolutamente diferentes. ¿Qué hacer?

La respuesta nos la dan los países que funcionan, los desarrollados. En los países que funcionan el Congreso se renueva periódicamente y por partes (usualmente por tercios). Así van cambiando, poco a poco, según cambia lo que la gente quiere, pero no de un día para otro. En ese sistema nadie tiene la llave para sustituir todas las reglas. Calendarios electorales mas poblados generan estabilidad incluso en el cambio. Pero nosotros hemos escogido un modelo «cataclísmico»: cada cinco años todo cambia y comenzamos de nuevo.

Es como cuando uno compra algo. Si compra una gaseosa y no le gusta, compra una distinta la siguiente vez (que puede ser sólo una hora después) y manda el mensaje de que quiere algo distinto. Las empresas se ajustan a lo que los consumidores quieren. Cuando el «mercado político» comienza a funcionar mejor, entonces las posiciones de los partidos se van acercando y pareciendo más entre sí. De la misma manera como la continua expresión de lo que los consumidores piden homogeniza los productos y servicios (con matices, las gaseosas suelen tener características comunes), la mayor expresión de preferencias políticas conducirá a una mayor homogeneización de posiciones, sin necesidad de complejas y normalmente inconducentes concertaciones. Ello explica la tendencia al bipartidismo en las democracias avanzadas. Y entre los partidos de esos países (por ejemplo los demócratas y los republicanos en los Estados Unidos o el bipartidismo común en países europeos) no hay diferencias substanciales. Todo (hasta las discusiones) se vuelve más estable.

Regresemos al problema de «una persona un voto» vs. «votos monetarios». Como dijimos ese parecería ser la base teórica de la supuesta superioridad de los valores democráticos sobre los valores del mercado. Pero la razón de tal diferencia no se fundamenta en una distinta base ética, sino en la necesidad de resolver un problema fáctico diferente.

Si lo que uno desea hacer es agregar preferencias para generar bienes públicos, es posible, y conveniente, desarrollar un sistema de unidades de agregación de preferencias igualitario. A fin de cuentas, si unos se van a beneficiar y otros se van a perjudicar con las decisiones de gobierno, es una solución adecuada darles a todos un voto igual. Solo así nos aseguramos que las decisiones que se tomen sean, al menos indirectamente, representativas de la mayoría (a pesar del inevitable defecto de que parte de la mayoría quizás tampoco esté de acuerdo). El sistema político parte del supuesto de que los bienes que produce no son susceptibles de propiedad privada, precisamente porque son bienes considerados comunes. En consecuencia el voto tiene una serie de problemas de *free riding* o externalidades. Es posible afectar a otros con mi voto solo porque ello me beneficia. Y ello es lo que las mayorías pueden hacer respecto de las minorías.

Imaginemos que un candidato ofrece construir una carretera de la ciudad «A» a la ciudad «B». Esa oferta puede desagradar a una buena cantidad de ciudadanos porque se ven directamente afectados. Por ejemplo los dueños de los terrenos por los que supuestamente pasará la carretera posiblemente discrepen de la oferta, porque se verán afectados con la expropiación. También los vecinos del lugar porque verán incrementadas las molestias y el ruido. Por otra parte los habitantes de la ciudad «C» que desean que la carretera se haga a su ciudad y no a «B», tal como ha ofrecido otro candidato, se sentirán afectados porque los recursos públicos se destinarán a un uso diferente. Todos estos ciudadanos posiblemente no votarán por dicho candidato, salvo que otros ofrecimientos en la campaña compensen los costos esperados de su elección derivados de la construcción de la carretera. Si la mayoría vota por ese candidato, su decisión está externalizando un costo sobre los afectados con la nueva carretera. Y ello es inevitable en tanto los bienes que produce este sistema son públicos, son bienes comunes que como tales generan externalidades.

Imaginemos que un candidato ofrece dar normas para prohibir fiestas luego de las 11 de la noche. Esa oferta puede desagradar a los ciudadanos que gustan de divertirse hasta altas horas de la noche. Por otra parte, los ciudadanos que aman el silencio y les gusta dormirse temprano considerarán la medida adecuada y la apoyarán. La «tranquilidad» o «bulla» son bienes públicos. Si la ciudad está tranquila ganan los amantes del silencio, si es bulliciosa ganan los amantes de las fiestas. Pero la ciudad no puede ser

bulliciosa y tranquila al mismo tiempo, porque el espacio común afectado por ruidos es justamente un bien público por medio del cual se externalizan en un sentido o en otro los costos o beneficios de las actividades.

Si la mayoría que votó por el candidato que prohibió las fiestas ama el silencio, han logrado democráticamente su objetivo, sin embargo, al hacerlo externalizan los efectos de la decisión en la minoría amante de las fiestas que no está de acuerdo con la medida. Y ello es inevitable en tanto los bienes que produce este sistema sean públicos y sean bienes comunes, que como tales, generen externalidades.

Para hacer entendible este aspecto, imaginemos una ciudad en la que solo hay cinco ciudadanos con derecho a voto. Estos ciudadanos tienen niveles de ingreso marcadamente diferenciados. Uno es muy rico y los otros cuatro muy pobres. El más rico ama escuchar música a volumen muy alto hasta altas horas de la noche. Los otros cuatro, más pobres, les gusta dormir temprano. Si uno usa votos monetarios para elegir al alcalde y el más rico tiene suficiente dinero, tendrá un alcalde favorable a poner música alta hasta tarde. Los otros cuatro sufrirán las externalidades que se distribuirán a ellos por medio del espacio público. En cambio, si usamos un sistema de una persona un voto el alcalde será favorable al silencio, con lo que es el ciudadano más rico el que sufrirá como externalidad el silencio a las horas que quiere escuchar música. Un sistema más democrático reduce la externalidad por el uso del espacio público. El sistema de votos monetarios haría que el espacio público sea tratado como la sala de la casa del más rico de los ciudadanos, es decir, convertiría el bien público en algo cercano a un bien privado.

Es importante anotar que el ejemplo no es del todo preciso desde el punto de vista de la eficiencia. Si el ciudadano rico valora la música en mucho más de los que los pobres valoran en conjunto el silencio, todavía puede ser más eficiente el sistema de votos monetarios. Este problema se deriva de la intensidad de las preferencias, las cuales no necesariamente son homogéneas entre todos los individuos. Pero el sistema democrático sí ha entregado votos homogéneos lo que no permite expresar preferencias en distinto nivel de intensidad. Se trata sin embargo de un dilema de muy difícil solución, dado el carácter de bienes públicos que se encuentra en su base y que justamente generan problemas de externalidades. Bajo esta idea deberían generarse votos distintos según el asunto que se discute, de manera que tengan más votos quienes más aprecian el bien público a ser producido.

¿Pero cómo haríamos ello sin poder identificar las preferencias particulares de todos y cada uno de los individuos involucrados, sobre todo teniendo en cuenta que las decisiones afectan de manera diferente a los individuos que integran la sociedad? Ello, que en los mercados de bienes privados se resuelve por el uso de votos monetarios, es en la práctica impo-

sible de hacer en el «mercado político», dadas las externalidades existentes. Por ello el sistema político resuelve el problema de una manera pragmática antes que conceptualmente impecable. Se parte de la idea de los bienes públicos como bienes que pertenecen a los ciudadanos en partes iguales, y por tanto corresponde considerar que el beneficio que estos dan debe medirse igualitariamente entre todos los ciudadanos. Y son justamente públicos porque no podemos segmentar su uso según la preferencia de cada ciudadano, como tampoco podemos segmentar el voto. Más que un concepto económicamente preciso, es un concepto políticamente viable, dada la naturaleza de los bienes públicos que se tienen que producir.

Así, en los procesos democráticos las mayorías externalizan parte del costo de sus decisiones a las minorías (siempre que el candidato cumpla con sus promesas). Y ello es cierto en todos los campos de decisión política. Los votantes indiferentes con la protección del medio ambiente afectan a los ambientalistas, los amantes del ruido afectarán a los amantes del silencio, los que pueden corromper jueces afectarán a los que creen en una justicia imparcial, los que desean privilegios afectarán a quienes no los pueden alcanzar, los que desean educación gratuita a quienes pagan sus impuestos y pueden pagar educación privada, etc.

Pero por otro lado no hay manera de evitar que ese problema se presente. La naturaleza pública de los bienes involucrados no permite internalizar los costos con toda precisión en quienes los generan. No es posible construir carreteras que afecten solo a quienes votaron por el alcalde que decidió construirlas, ni sistemas de administración de justicia que sean corrompibles solo en contra de quienes eligieron a quien no quería hacer una reforma judicial, ni dejar que el medio ambiente se deteriore solo en las áreas en las que vive la mayoría que eligió a un Presidente despreocupado del medio ambiente. Y no es posible porque la estructura de las titularidades de estos bienes nos permite asignar los costos y beneficios en función a los votos, es decir a las decisiones específicas responsables de la elección de gobierno que las toma. El mal gobierno suele afectar a todos, no solo a la mayoría que lo eligió, y el buen gobierno puede beneficiar a todos, incluso a quienes se opusieron a su elección.

Bajo estas circunstancias es comprensible el por qué tenemos un sistema de «una persona un voto». Ese sistema es la mejor manera de mediatizar los efectos de esas externalidades, pues se fragmenta el poder de decisión de la mayor manera posible, tratando de tornar el sistema de creación de bienes comunes en el sistema más común posible. Si bien pueden haber externalidades éstas se ven mediatizadas por la fragmentación del poder de decisión, reduciendo el efecto nocivo de dichas externalidades al mínimo posible.

Imaginemos un sistema de decisión política que se basara en votos monetarios. El candidato elegido sería el que juntara contribuciones dinerarias mayores. La presidencia, o el escaño en el congreso o la alcaldía se comprarían como en un supermercado. En tal circunstancia el efecto sería que los bienes comunes dejarían de ser generados por un sistema común, y respondería más a intereses particulares, y en concreto a los intereses de los que pueden pagar más. De alguna manera los sistemas mercantilistas, en los que el Estado distribuye privilegios a quienes pueden influir en él, son expresión de una suerte de mercado político en el que efectivamente las decisiones se compran con influencia o incluso con dinero. Y es por ello que nos llevan a decisiones ineficientes y que perjudican a grandes grupos que son excluidos de los privilegios que el Estado concede usando lo que es de todos.

Un sistema de ese tipo nos llevaría a una producción de bienes comunes que solo beneficia a quienes pagaron más, que no necesariamente son la mayoría. Explicaciones similares se pueden dar para entender, cómo la corrupción distorsiona el sistema. Si se paga a un funcionario para recibir un beneficio, se está afectando a otros, externalizando el costo a través de la producción de un bien común. Por ejemplo si se paga a un funcionario municipal para que cambie la zonificación e impida el desarrollo de negocios en mi barrio, el ambiente urbano, que es un bien común, beneficiaría a quienes pagan y perjudica a quienes no, generando externalidades, y no a todos por igual. Se produce el bien público en función a un interés privado. Pero la corrupción no es otra cosa que la falta de derechos de propiedad bien definidos, porque el funcionario está en posibilidad de disponer de lo que no es suyo.

¿Cómo enfrentar el problema de la corrupción bajo este marco teórico? Sin duda hay que imponer sanciones. Pero ello es como tratar de resolver el problema de la viruela sin tener la vacuna. Hay que eliminar lo que origina el problema. Cuando solo nos queda actuar caso por caso ya es demasiado tarde.

Cuando un funcionario de la Empresa, vende algo que la Empresa ha producido lo llamamos compra-venta. Cuando un funcionario público vende algo que el Estado produce entonces lo llamamos corrupción. La Empresa es dueña de lo que produce, los recursos con que cuenta son utilizados entonces para su beneficio. Pero el Estado administra algo que no es de él. Administra recursos y toma decisiones sobre bienes e intereses que no le pertenecen y no me refiero solo a los fondos públicos y a los bienes del Estado, que son de todos, sino además a los bienes y derechos privados sobre los que el Estado pretende tener decisión. Eso pasa cuando se le entrega a alguien la capacidad de decidir sobre todo. «La oportunidad hace

al ladrón» y un Estado omnipresente es oportunidad inmejorable de corrupción. A mayor concentración de poder para producir bienes públicos mayor riesgo de corrupción. Cuando se decide ampliar el rol del Estado, se generan oportunidades para que haya corrupción. Por eso privatizar es una forma de acabar con la corrupción.

Lo que hemos dicho no es, sin embargo, la negación de que existan ideales igualitarios tras la democracia. Es precisamente lo contrario. La democracia es el mejor sistema posible para la agregación de preferencias sobre la producción de bienes públicos que da, a su vez, un tratamiento igualitario que respeta la libertad y el derecho de elegir de las personas. De la misma manera sostenemos que el mercado es el mejor sistema de agregación de preferencias para la producción de bienes privados, y se sustenta además en la misma idea de igualdad y de respeto a la libertad y el derecho a elegir.

En consecuencia podemos concluir que la atomización del poder de decisión en la democracia utilizando como unidad un voto por persona, contribuye a reducir el efecto de *free riding* que se encuentra en la esencia del sistema democrático de decisión, lo que ayuda a que los bienes públicos sean lo más comunes a las preferencias de la mayoría de los ciudadanos.

Pero en el mercado la estructura de incentivos es diferente. El mercado es un sistema de agregación de preferencias para la producción de bienes privados, y en consecuencia los efectos de tales decisiones repercuten directa y exclusivamente en quien toma cada decisión individual de consumo o de producción. Si compro la refrigeradora equivocada, soy yo quien soporto los costos de tal error, de la misma manera que si compro un auto de excelente calidad recibo los beneficios. Mercados funcionando con costos de transacción bajos, sin problemas de externalidades serios y con derechos de propiedad claros, llevan a una mejora del bienestar individual sin perjudicar el interés general.

Los mercados satisfacen necesidades en base a preferencias específicas que no afectan las preferencias de los demás. En tal sentido el uso de votos monetarios no solo no perjudica la asignación correcta de recursos, sino que su no uso sí afectaría seriamente la eficiencia en la asignación de los mismos y la expresión de preferencias específicas para la provisión de bienes privados.

Los recursos existentes están en capacidad de generar bienestar. Pero dado que las preferencias y gustos no son simétricos entre todos los seres humanos, ciertos recursos están en capacidad de generar un bienestar mayor en manos de algunas personas y otros recursos están en posibilidad de producir más bienestar en manos de otras personas. Un amante de la música puede obtener más bienestar de un violín que alguien que no gusta de

ella. Un abogado puede disfrutar mejor un libro de Derecho que un contador. Un amante de la comida grasosa obtiene más beneficios de los chorizos españoles que un vegetariano. Y nótese que las decisiones de consumo no tienen por qué afectar a terceros. Por el contrario, si usáramos un mecanismo público para asignar los recursos, entonces si estaríamos creando una distorsión en los niveles de bienestar.

Pero en un mundo en el que los recursos son escasos, no todos podemos tener todo lo que deseemos. Es necesario tener un mecanismo que racionalice el uso de los recursos escasos, haciéndonos conscientes precisamente de tal escasez. Así toda necesidad busca ser respondida con una preferencia, pero toda preferencia está sujeta a una limitación presupuestaria que permite que, al agregarse las preferencias, estas queden limitadas por la cantidad de recursos existentes para satisfacerlas. No es posible repartir más de lo que existe y el mercado es un sistema pensado en relación a esa limitación. El mercado no prohíbe soñar, pero sí trae nuestros sueños a tierra firme cuando tomamos decisiones concretas.

Esto no quiere decir que la producción de bienes públicos a través del sistema político no esté afecta a limitaciones presupuestarias. De hecho lo está y muchas veces estas son aún mayores que las que se dan para satisfacer las necesidades de bienes privados. La estructuración del presupuesto nacional es un intento del sistema político para hacer que la producción de bienes públicos corresponda a los niveles de escasez de los recursos disponibles. El concepto de equilibrio fiscal es un sustituto imperfecto del sistema de precios para cumplir el rol de racionalizar el uso de los recursos públicos. Y aquí se puede apreciar una de las mayores externalidades que genera la democracia sobre los particulares. El déficit generado por un gasto público excesivo, que suele beneficiar solo a una parte de la población, repercute en toda la población a través de la generación de inflación. La inflación es a fin de cuentas generada por quienes votaron por un gobierno populista o poco disciplinado o por quienes están en capacidad de influir las decisiones de gobierno en su beneficio[11].

El sistema de mercado utiliza los votos monetarios precisamente para constreñir las preferencias dentro de los límites de la escasez de los recursos existentes, y así permitir un uso razonable de los mismos de acuerdo a su

---

11. Cabría preguntarse entonces por qué la democracia no utiliza el sistema de precios para solucionar precisamente la escasez de recursos públicos. Como ya se dijo, ello está limitada precisamente por la naturaleza pública de los bienes que produce. Esta naturaleza pública hace que la asignación por precios no sea posible. De alguna manera ello se deriva, indirectamente, del hecho de que la democracia ha establecido el principio de una persona, un voto.

nivel de escasez relativa. Y no existe otro mecanismo más efectivo para lograrlo que el mercado, a través del sistema de precios. Así, no es posible repartir todos los recursos existentes entre todos los ciudadanos y satisfacer todas las necesidades, como sí es posible dividir al infinito el número de votos necesarios para elegir al Presidente. No existen límites para establecer cuántos votos son necesarios para elegir a las autoridades en el sistema electoral. Teóricamente ese número puede seguir creciendo hasta el infinito y siempre seguiremos eligiendo un solo Presidente. Pero no es posible asignar infinito número de «votos monetarios», porque sino solo crearemos un desbalance entre lo que la gente quiere y lo que la realidad les puede dar. El resultado más conocido de intentar trasladar el principio de «una persona un voto» al mercado es la inflación generada por la emisión inorgánica de moneda. Repartir más votos no cuesta. Tratar de repartir más recursos que los existentes, por el contrario, sí tiene un costo social muy claro.

Pero hay algo más involucrado en el sistema. El mercado está en capacidad de definir la propia individualidad del ser humano de una manera más precisa que la democracia porque, como ya vimos, está en capacidad de dar respuestas específicas a preferencias específicas. Pero para que ello sea posible es necesario que las personas podamos expresar dichas preferencias de manera distinta. Por eso no es posible usar un sistema de «una persona, un voto» pues la naturaleza privada de los bienes a adquirirse, a diferencia de lo que ocurre con los bienes públicos, exige un sistema de agregación de preferencias con unidades diferenciales, acumulables, y por tanto individualizables en cada persona.

Imaginemos que quisiéramos usar el sistema de «una persona, un voto» para producir bienes privados. Dado que no es posible someter a votación todas las decisiones de consumo, el sistema debería, al igual como ocurre en la democracia, nombrar autoridades para delegar en ellas la facultad de decidir que producir, como producir y como distribuir y asignar esa producción. La legitimidad estaría dada porque los gobernantes producirían aquellos bienes privados que son deseados por la mayoría.

Un sistema así pensado sería desastroso y hay experiencias históricas que lo demuestran. Se convertiría los bienes privados en bienes públicos y distorsionaría toda la eficacia y eficiencia que tiene el sistema de precios para cumplir con dicha meta. Los gobernantes determinarían qué tipo de refrigeradoras debería producirse o qué tipo de alimentación debe consumir la gente. Y además tendrían que determinar quiénes en la sociedad van a consumir determinados bienes y quiénes otro tipo de bienes. Tendríamos así violines en manos de gente que detesta la música, chorizos españoles en manos de vegetarianos y libros de Derecho en manos de ingenieros. El principio de soberanía del consumidor y la autonomía privada no existirían

y con ello la libertad individual en materia económica hubiera sido arrasada. Podría incluso decirse que la democracia sufre precisamente de ese problema: su incapacidad de producir bienes públicos distintos para reflejar individualidades distintas. Pero eso es algo que es imposible de solucionar, no porque la democracia no sea un buen sistema, sino porque es un costo implícito en la naturaleza pública de los bienes que produce y que impide llegar a ese nivel de individualización[12].

Para que el sistema de mercado pueda alcanzar una adecuada asignación de recursos en base a preferencias individualizables es necesario que se utilice una unidad de medida de tales preferencias que permita reflejar valorizaciones distintas. Para que el sistema pueda funcionar se requiere del intercambio, y para que el intercambio opere la medida común debe ser idónea para reducir los costos de transacción. Para cumplir tal meta el ser humano inventó el dinero. Así el dinero no solo es una unidad de medida de valor, sino un medio de cambio, que permite de una manera asombrosamente eficiente generar un sistema complejo pero dinámico y tremendamente efectivo de intercambio. Y reduce los costos de transacción al establecer un «lenguaje común de intercambio» que al ser depositaria del valor hace viables transacciones que sin su existencia serían tremendamente complejas.

Es por esas razones prácticas, que el mercado utiliza como unidad de medida para agregación de preferencias individuales al dinero, concediendo a los ciudadanos «votos monetarios» para poder funcionar de aquella manera que permite maximizar el bienestar general.

Uno podría decir que el sistema no es igualitario pues diferencia a la personas según lo que tienen y no según lo que son. Esa es una afirmación inexacta. El mercado no establece límites a lo que las personas pueden acumular. En principio la acumulación de recursos se determina por la capacidad de los individuos para usar dichos recursos. Y tal sistema de asignación genera a su vez incentivos adecuados para un mejor uso de los recursos. Si se diera una Ley que dijera que todos los abogados ganaran US $ 1,000.00, es decir ni un centavo menos ni un centavo más, las consecuencias para la efectividad de los mercados de servicios legales serían desastrosas. Si todos ganaran lo mismo, entonces las habilidades, el esfuerzo, la educa-

---

12. Como bien dice Adam Przeworski (*Democracy and the Market. Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America*, p. 118), poniendo de relieve el carácter pragmático del mercado para solucionar problemas reales: «*El hecho es que el único mecanismo práctico que conocemos hoy por el que las personas se informan unas a otras sobre sus necesidades y sus capacidades es el sistema de precios, y este sistema funciona solo cuando los individuos experimentan las consecuencias de sus decisiones en términos de su bienestar material. En consecuencia el socialismo es inviable.*»

ción y la preparación no establecerían diferencias en cuanto a niveles de ingresos. Los abogados ociosos y poco preparados recibirían lo mismo que los abogados trabajadores y estudiosos. El resultado sería incentivos para que los abogados sean ociosos e ignorantes. Ello reduciría la capacidad del sistema económico de generar bienestar.

Lo mismo puede ser aplicado a cualquier bien o servicio suministrado por el mercado. El trato estrictamente igualitario conduce a poca competitividad, poca calidad y mucho desperdicio de recursos escasos. Los niveles de bienestar caerían dramáticamente.

Ello no quiere decir que toda acumulación de recursos esté justificada. Si la acumulación se deriva de un privilegio creado por el sistema de producción de bienes públicos, como una regulación discriminatoria, un arancel, una prohibición que limita el acceso al mercado de competidores, etc., en ese caso la acumulación no se basa en las capacidades de las personas para actuar en el mercado. Ello es el mercantilismo y es la forma de distribución del ingreso más injusta imaginable después del robo, aunque quizás no sea sino otra forma de robo.

Esto nos indica cuáles son las implicancias prácticas de un sistema similar al de «una persona, un voto» para generar bienes privados. Sería como forzar a las personas no solo a no tener preferencias y gustos, sino a no usar sus capacidades para mejorar su situación. Ello implica el sacrificio de la propia individualidad humana. Así, si bien el mercado da capacidades de decisión diferentes, las diferencias se basan en la propia personalidad. En la democracia se da un trato nominalmente más igualitario, pero realmente más alejado de la propia individualidad del ser humano.

Más adelante discutiremos por qué las necesidades prácticas que el mercado trata de satisfacer no hacen que el mercado pierda su sustento ético, y que es común al de la democracia y al de los valores que la inspiran. Pero incluso el sistema de mercado está en capacidad de desarrollar esos ideales de manera más precisa al lograr la satisfacción de preferencias individuales sin diluirlas en un difuso sistema electoral.

## VIII. COSTOS DE TRANSACCIÓN, DEMOCRACIA Y MERCADO

La pregunta que surge de inmediato es qué explica la distinta eficacia y diseños de la democracia y el mercado para agregar preferencias. Ya dijimos que esa diferencia radicaba en que la primera suministra bienes públicos mientras el segundo suministra bienes privados. Pero esa es una explicación incompleta. La distinción se vincula directamente con la existencia de costos de transacción para desarrollar el sistema de agregación de preferencias.

Los mercados funcionan adecuadamente en situaciones en las que los costos de transacción son bajos, es decir, donde el costo de establecer intercambios voluntarios es lo suficientemente reducido como para hacerlos viables. Pero para que los costos de transacción sean lo suficientemente bajos es necesaria una adecuada definición de derechos de propiedad que van a ser intercambiados. Solo derechos de exclusividad sobre uso de recurso pueden ser intercambiados en el mercado a bajo costo. Dado que el mercado tiene por finalidad agregar preferencias para suministrar bienes privados, en los que por definición la asignación de derechos de propiedad (es decir titularidades exclusivas) es posible, es de esperar que los costos de transacción existentes no obstruyan de manera importante su funcionamiento.

Pero en la democracia ello no es tan sencillo. Siendo que por definición la democracia es un sistema diseñado para proveer bienes públicos, los costos de transacción para agregar preferencias mediante acuerdos son, al menos en teoría, prohibitivos, porque justamente no hay derechos de propiedad bien definidos. Así, si para construir una calle se requiriera un acuerdo entre todos los ciudadanos, nunca se construirían calles. En cambio es posible agregar preferencias en el mercado para determinar cuantos autos de cada clase se van a fabricar. Los costos de transacción se elevan cuando los bienes que se producen son comunes, afectando y perjudicando a la sociedad como un todo, es decir, a todos los ciudadanos que la conforman.

Decimos «al menos en teoría» porque tenemos la impresión que suele sobredimensionarse los costos de transacción existentes en la provisión de ciertos bienes públicos. Muchos de los «bienes públicos» tradicionales pueden ser suministrados perfectamente por el mercado. De hecho consideramos que con un adecuado sistema de incentivos y una correcta asignación de derechos de propiedad virtualmente cualquier bien público podría ser asignado por el mercado. En todo caso podrían sustituirse derechos de propiedad por contratos en los que se alinea el interés público de la ciudadanía con el interés individual de la empresa que provee el bien público. Ello suele ocurrir con ciertos contratos de concesión en los que el negocio y la rentabilidad del mismo están sujetos al cumplimiento de ciertas metas de «política pública» como suele ocurrir con la privatización de ciertos servicios públicos.

Un ejemplo de ello fue la creación de las llamadas Oficinas Descentralizadas del INDECOPI. Mediante contratos de franquicia se entregó a entidades privadas (Cámaras de Comercio, Colegios Profesionales o Universidades) la posibilidad de resolver casos de Reestructuración Patrimonial o Protección al Consumidor, entre otros. El cumplimiento de metas como celeridad o predictibilidad condicionaba la renovación del contrato o el pago por los servicios realizados. El resultado fue una «gestión pública» bastante más eficiente de la que realizaban directamente las autoridades estatales.

Sin embargo había que asegurar la «transitividad» entre la voluntad popular y la gestión privada en la generación del recurso público. Ello explica que el propio INDECOPI generó un sistema de monitoreo del cumplimiento del contrato de franquicia para asegurar el cumplimiento del objetivo público.

Bajo esta idea es posible pensar en «privatizar» al Presidente o al Congreso. De hecho ya lo hacemos porque la elección por votación popular entrega a un privado (un particular con intereses propios) el ejercicio de funciones públicas. De hecho la democracia «privatiza» la función pública en cuanto se la entrega a privados, privados que tiene los mismos intereses y preferencias como funcionarios que como personas que viven privadamente en sus familias y negocios. La pregunta no es entonces si se privatiza o no, sino como se privatiza para alinear el interés individual con el bien común. ¿Qué nos garantiza que usará los recursos que se le entregan para cumplir con el deseo de las mayorías y que no vulnerará derechos individuales? Alguien debe alinear su interés individual con el interés público. Una forma es mediante un contrato. Un empresa podrá presidir un país si al formular sus «promesas» estas no son solo electorales sino parte de su oferta contractual. Si gana la «licitación» su oferta se incorpora al contrato (reducción de inflación, reducción de mortalidad infantil, crecimiento del PBI o cualquier otra que queramos imaginar). Si no cumple con su obligación no se le paga o se le resuelve el contrato. Los incentivos para cumplir estarían dados. Es una privatización que hace *accountable* al funcionario.

¿Y cómo asegurar que lo que la empresa presidente haga se ajuste al deseo popular? La elección popular con votos de los ciudadanos sería no de quien gestiona, sino de quien fija las «Bases de Licitación», es decir quienes y en base a qué compiten, y velarán por el cumplimiento del contrato. La transitividad entre la voluntad popular y la producción de los bienes públicos deseados se dará por medio de la elección de la contraparte contractual, no de la elección de quien ejecuta el contrato en base a metas precisas y claras.

A los problemas anotados hay que añadir otro también vinculado con la existencia de costos de transacción. Mientras que en la democracia el acuerdo debería ser de un número inmensamente grande de individuos, en el mercado es posible agregar preferencias por medio de una infinidad de acuerdos entre partes. Nos enfrentamos así a un sistema (la democracia) que requiere para funcionar acuerdos generales (es decir de todos) mientras el otro sistema (el mercado) funciona con infinidad de pequeños acuerdos atomizados que se van agregando en el sistema de precios.

Así, la existencia de costos de transacción explica por qué las decisiones en la democracia se forman mediante procesos de elección política y

delegación a las autoridades designadas, mientras que en el mercado las decisiones se forman mediante una serie innumerable de acuerdos y contratos atomizados.

Según COASE, es posible entender por qué las empresas se organizan a su interior al margen del mercado (mediante estructuras jerárquicas) cuando los costos de transacción son significativos y se desarrollan mercados cuando dichos costos son razonablemente bajos[13]. Dando un paso más (o un paso menos desde otra perspectiva) también es posible entender que la sociedad elija sistemas de decisiones a través de la democracia cuando los costos de transacción para la provisión de ciertos bienes son demasiado elevados y que por el contrario utilice el sistema de mercado cuando los costos sean razonables para suministrar tales bienes. Dicho en otros términos, como bien señala Adam PRZEWORSKI, *«La democracia es necesaria precisamente porque **no** nos podemos poner de acuerdo.»*[14] Complementando a PRZEWORSKI, podemos decir que el mercado es necesario precisamente por que **sí** nos podemos poner de acuerdo.

Nótese que incluso en el mercado se producen sistemas similares a la democracia para la toma de ciertas decisiones económicas precisamente cuando los costos de transacción se elevan por la naturaleza común de los recursos y bienes involucrados. Las sociedades mercantiles toman decisiones a su interior en función a sistemas democráticos (es decir de elección por mayorías) dentro de las Juntas de Accionistas. La sociedad es un bien común de los accionistas, pero el régimen no es de copropiedad (donde se requiere unanimidad para tomar decisiones), sino el de decisiones de la Junta en base a mayorías. Ello porque llegado un momento, la existencia de acuerdos unánimes (contratos) entre los socios, para la toma de todas las decisiones, se vuelve impráctico por los costos de transacción que implicaría tomar esos acuerdos por unanimidad y que haría imposible la toma de decisiones efectivas por parte de la sociedad.

---

13. «Está claro que una forma alternativa de organización económica que podría lograr el mismo resultado, a un costo menor que el que se incurría usando el mercado, permitiría que se aumentase el valor de la producción. Como expliqué hace muchos años, la firma representa tal alternativa a la organización de la producción a través de las transacciones de mercado. Dentro de la firma individual se eliminan los convenios entre los distintos factores cooperantes en la producción y las transacciones de mercado se substituyen por una decisión administrativa.» COASE, Ronald. «El Problema del Costo Social». En: *La Empresa, Mercado y la Ley,* Alianza Editorial. 1994. 224, p.)

14 Adam PRZEWORSKI, *Democracy and the Market. Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America,* p. 95

Pero debe destacarse un detalle importante. Las sociedades mercantiles no cumplen el principio democrático de «una persona, un voto» que inspira a la democracia política. Ello porque es posible identificar que lo común en la sociedad (la empresa misma) no es común en partes iguales, sino en proporciones distintas que se reflejan en la composición del accionariado. Se resuelve así el problema de los costos de transacción para la toma de decisiones (principio de mayoría y no de unanimidad), pero no se renuncia a utilizar la capacidad de ingreso (votos diferenciados) para expresar las preferencias de todos los accionistas.

Creemos que es válido afirmar que las sociedades mercantiles son una suerte de sistema intermedio entre la democracia perfecta y el mercado, porque solucionando problemas fácticos similares a los que resuelve la primera, no deja de lado la posibilidad de que los individuos expresen sus preferencias en función a sus propias valorizaciones e intereses sobre el bien sobre el que se vende.

Esta idea explica además por qué en las asociaciones sin fines de lucro el sistema de decisión se «democratiza» aún más, reconociendo de ordinario, y con excepciones, votos iguales a todos los miembros. Ello puede explicarse porque el «bien» que una asociación sin fines de lucro trata de alcanzar es aún «más común» que el que tiene una sociedad mercantil. Una empresa produce utilidades finalmente distribuibles entre los accionistas en proporción a sus participaciones en el accionariado. Así lo común de la empresa en la que se embarcan los accionistas permite, a fin de cuentas, su división entre las expectativas específicas de todos los accionistas.

Por el contrario, en una asociación sin fines de lucro, los fines altruistas perseguidos no suelen ser divisibles, pareciéndose más a los bienes comunes que la democracia está llamada a producir. Una asociación que tiene por objeto capacitar a los minusválidos para el trabajo por medio de programas de asistencia tendrá resultados que no podrán ser distribuidos de manera proporcional entre los miembros. Lo mismo ocurrirá con asociaciones constituidas para defender los derechos de las mujeres, asistir a los pobres o proteger el medio ambiente. El éxito de la aventura emprendida por los integrantes de una organización sin fines de lucro radica en que el objetivo común se logre, no en que se distribuya entre los asociados. Ante tal circunstancia se entiende por qué es práctico el uso del sistema «una persona, un voto». Si se estableciera una participación asimétrica en la facultad de decisión (por ejemplo mediante acciones como en las sociedades mercantiles), la asociación sin fines de lucro correría un riesgo mayor que sus recursos se dirijan no a la consecución del objetivo común, sino de objetivos particulares. El socio mayoritario empujaría, por ejemplo, que los pro-

gramas de capacitación beneficien más a sus conocidos. En pocas palabras sus decisiones podrían generar externalidades en los demás miembros[15].

Estas explicaciones permiten entender la naturaleza eminentemente práctica de la distinción. Son los costos de transacción derivados de la falta de definición de derechos de propiedad claros y el número de agentes involucrados los que hacen inviable que la democracia agregue preferencias mediante contratos. Pero son a su vez los costos de transacción más reducidos los que permiten al mercado asignar recursos de manera eficiente (y sin externalidades) sin tener que recurrir al principio de «una persona, un voto».

## IX. LA CORRUPCIÓN.

Como se desprenderá de lo dicho, la corrupción no es solo un tema de ética o de cultura. Es un tema de institucionalidad y de reglas de juego. Límites ambiguos entre mercado y democracia conducen a que haya más corrupción. Ello porque cuanto más se permita la producción de bienes privados mediante el sistema político, más posibilidades hay para que la corrupción aparezca. Por esa vía los funcionarios pueden «vender» decisiones que generan utilidades. Si un Ministro puede, mediante un arancel, impedir la importación de un producto, su decisión influye en qué bienes privados van a estar disponibles. Con ello el productor nacional ganará más y el consumidor perderá dinero. El efecto del arancel es impedir que estén disponibles ciertos bienes privados, y con ello hace ganar a los privados. Pero lo que va a consumirse no tiene nada que hacer con la producción de bienes públicos.

Esto no quiere decir que no pueda haber corrupción en la generación de bienes públicos. Puedo «coimear» a un funcionario para que no permita hacer bulla en mi barrio y poder dormir tranquilo. El límite poco claro entre mercado y democracia potencia el riesgo de corrupción, pero mejorar los límites no lo elimina.

En primer lugar, no siempre la corrupción es tan mala como parece. Si las regulaciones son malas o absurdas la corrupción es una forma de evitar que se frene la actividad económica. No quiero que se me mal entienda. No quiero decir que la corrupción sea moralmente amparable. Es sólo que si, por ejemplo, para construir una casa los requisitos pedidos por la Municipalidad son ridículamente exigentes, a nivel tal que no se pueden cumplir,

---

15. Esta relación entre el sistema de voto en las sociedades mercantiles y las asociaciones civiles y su vinculación con el merado y la democracia, me fue anotada por Domingo Rivarola.

la corrupción es una forma de conseguir que se hagan casas. La moraleja de ese supuesto es, entonces, que en lugar de gastar más recursos en sancionar a los corruptos, buena parte de esa corrupción puede ser eliminada eliminando trámites o procesos innecesarios o absurdos. Así como la oportunidad hace al ladrón, el trámite hace al corrupto.

Pero hay más. En un interesante trabajo presentado en una reunión del ALACDE[16] por Alfredo CAVANESSE, profesor de la Universidad Torcuato di Tella de Buenos Aires, se sugiere una interesante tesis sobre el problema. Sus estudios demuestran la relación entre la corrupción y el crecimiento económico. Así, a mayor corrupción menor desarrollo. Pero CAVANESSE anotaba que en los países donde la corrupción estaba organizada en mafias el efecto nocivo era mucho menor. Así, la corrupción organizada es mejor (o menos mala) que la corrupción desorganizada. La explicación es sencilla. Para hacer un trámite (por ejemplo sacar la licencia de conducir) hay que seguir varios pasos a cargo de funcionarios distintos (examen de manejo, examen de reglas, examen médico, etc.). Si cada uno de esos funcionarios me coimea, el precio de la corrupción se multiplica y con ellos las barreras para que los particulares desarrollemos actividades. Por el contrario, si hay una mafia organizada sólo el líder efectúa un solo cobro que luego reparte, este cobro termina siendo menor que el cobro de todos por separado sumados. En la corrupción desorganizada aparecen muchos monopolios en el camino pues en cada paso el funcionario puede vetar alcanzar mi meta final. En cambio, en la corrupción organizada, hay un solo monopolio (controlado por la cabeza de la banda) que me cobra un solo precio por todo. El resultado es que la corrupción cuesta menos y con ello afecta menos la economía. En términos de lo que decía Mafalda en una de las tiras cómicas de Quino «Si hay algo peor que el crimen organizado, es el crimen desorganizado».

En su estudio demuestra además que el aumento de costos de sanción a los corruptos no necesariamente reduce la corrupción, sino eleva su precio. Es decir la coima sube, pero la corrupción sigue existiendo. Por ello centrarse sólo en aumentar las sanciones no necesariamente mejora la situación. Sugiere que una medida más efectiva es generar competencia entre «corruptos». Esto quiere decir que para, por ejemplo, poder sacar una licencia de conducir, se puedan elegir oficinas distintas, de manera que estas compitan entre sí. Si uno cuenta con varias oficinas el costo de corrupción baja porque «a mayor oferta baja el precio». Así una oficina única genera una «coima monopólica» que es aún peor que una «coima competitiva». Se

16. Congreso de la Asociación para Latinoamérica y el Caribe de Análisis Económico del Derecho, llevado a cabo en Lima en el mes de Marzo del 2004.

puede incluso eliminar la corrupción al generar parámetros de comparación entre oficinas, lo que hace más transparente el mercado y por tanto detectable la corrupción.

## X. EL FUNDAMENTO ÉTICO DE LA DEMOCRACIA Y DEL MERCADO.

Como hemos visto la democracia y el mercado son sistemas de agregación de preferencias dirigidos a lograr el suministro de bienes de distinta naturaleza. Ello explica por qué han sido diseñados de manera distinta. Sin embargo consideramos que tienen el mismo fundamento ético.

Tanto la democracia como el mercado se sustentan en la libertad y en el principio de igualdad. Ambos persiguen que las personas puedan influir, de manera determinante, en sus propios destinos. Pero a su vez persiguen que, en relación a los demás, se brinden oportunidades iguales a las personas para su propio desarrollo.

Por un lado la democracia protege el derecho libre de las personas de participar en la elección de sus autoridades y de influir, por medio de los canales establecidos en la sociedad, en las decisiones de éstos. Mientras tanto el mercado persigue consagrar el derecho libre de elegir qué consumir y qué producir, por parte de los proveedores y los consumidores.

Pero a su vez ambos sistemas persiguen, como aspiración, un trato igualitario a todos los ciudadanos. En la democracia ello se plasma en la idea de «una persona, un voto» mientras que en el mercado se plasma a través del derecho a participar en las decisiones económicas.

Sin embargo debe tenerse en cuenta que la relación entre libertad e igualdad no es una relación pacifica, sino por el contrario una en la que nos enfrentamos a un complejo *trade off* que no es fácil de solucionar.

Una sociedad totalmente igualitaria tiende a establecer limitaciones a la libertad de cada uno a elegir. Por su parte un sistema que respete la libertad individual hasta las últimas consecuencias tenderá a generar diferencias entre las personas.

Repitiendo el ejemplo que citáramos antes, establecer que todos los abogados ganarán exactamente lo mismo implica limitar las cosas que los abogados pueden hacer para manifestar su individualidad. Es privar a unos de la posibilidad de usar libremente sus capacidades, recursos y esfuerzo en su propio provecho. Una sociedad totalmente igualitaria conduce a constreñir en algún grado la individualidad, y es sobre la individualidad que se sustenta la libertad misma.

Por otro lado permitir a los individuos usar su propio potencial para desarrollar su individualidad, implica reconocer que no todos seremos igua-

les. Así a unos les irá mejor y a otros peor. Ello llevará a que exista gente que obtenga de la vida mayor provecho que otra.

Así, si bien el voto igualitario es el canal para expresar la libertad de elegir y decidir lo que es mejor para la sociedad, no permite expresar toda la capacidad de elegir y decidir qué tiene cada individuo. Ello porque el voto es además una limitación a la voluntad de poder influir en todas las decisiones que me afecten pues ello se delega a las autoridades elegidas. Por otro lado el «voto monetario» permite reflejar mejor la voluntad y la individualidad de cada persona, pero limita la posibilidad de que esas individualidades se igualen.

Cuando uno acude al mercado a adquirir un televisor posiblemente se sienta más libre que cuando va a votar. Es claro que el votante siente que tiene una capacidad muy inferior en afectar su propio destino (es decir, en consolidar su propia individualidad) cuando va a las ánforas que cuando va a comprar un producto en el mercado. En un caso su decisión se diluye en un sistema de provisión de bienes públicos que terminan siendo de todos mientras que cuando va al mercado consigue que el televisor pueda ser visto en la sala de su casa. Puede por tanto afectar más su propio destino comprando que votando.

Pero a su vez, cuando uno acude al mercado se sentirá menos igual a los demás que cuando va a votar. El elector pobre siente que su voto influye tanto como el del elector rico, mientras cuando el pobre va al mercado es consciente que adquiere menos bienes y de calidad inferior a los que pueden adquirir los ricos.

Esto no quiere decir que la democracia se sustente en la igualdad y el mercado en la libertad, pues como ya dijimos ambos tienen un fundamento ético común. Es solo que dada la naturaleza de los bienes que suministran la democracia puede alcanzar el principio de igualdad con más claridad y el mercado alcanzar el principio de libertad con más nitidez. Por las razones prácticas que señalamos, para poder reducir los efectos de las externalidades que generan las decisiones de provisión de bienes públicos es conveniente que la democracia iguale el derecho al voto. Ello no sacrifica la libertad, por el contrario el voto es un canal para expresarla, pero reconoce que la igualdad constriñe la capacidad de influir libremente en el propio destino, pues la voluntad individual contenida en el voto se diluye con las demás voluntades individuales en el sistema electoral.

Por su parte, el mercado se ve en la necesidad de usar las decisiones de consumo y producción para agregar las preferencias individuales. Estas decisiones se expresan a través de «votos monetarios» que, definitivamente, no son iguales para todos. Ello no quiere decir que el mercado no se

base en un principio de igualdad, es solo que establece esa igualdad como una de oportunidades frente a la Ley, basándose para ello en el propio esfuerzo y habilidad, pero reconociendo que la igualdad absoluta llevaría a una reducción de los niveles de bienestar. Y ello es consecuencia de la necesidad de que el mercado produzca bienes privados, es decir bienes que satisfacen necesidades y preferencias específicas.

Bajo esta perspectiva ambos sistemas persiguen la consecución de los mismos valores, pero la estructura que han diseñados para poder agregar preferencias individuales, solucionan el *trade off* entre igualdad y libertad de manera diferente. Es por eso que solo un sistema democrático conviviendo con un sistema de mercado nos conduce a una situación en los que los valores de igualdad y libertad se maximizan y pueden convivir de manera adecuada. Es la mejor de las sumas posibles[17].

Es importante notar que tanto la democracia como el mercado han incorporado reglas que persiguen un mejor equilibrio entre igualdad y libertad. Por ejemplo, en el caso de la democracia, la libertad de expresión es un componente básico del sistema. Es inimaginable un sistema democrático que no respete la libertad de los ciudadanos de expresar sus opiniones y formas de pensar.

Pues bien, la libertad de expresión se sustenta, como lo indica su nombre, más en el principio de libertad que en el principio de igualdad, sin que con ello se quiera decir que no persigue también un trato igualitario. Es evidente que las personas con mayores habilidades para formar ideas y para

---

17. La falta de comprensión de esta relación entre igualdad y libertad es la que conduce a la falsa percepción de que el mercado carece de valores democráticos. Como un ejemplo de esta visión incompleta está la posición de Bowles y Gintis (*Ob. cit.*, p. 66). Según ellos «La teoría democrática liberal normalmente sostiene la aplicación de tanto los valores de libertad como de los principios democráticos al Estado, pero solo el principio de libertad a la economía. Sostenemos que la teoría democrática liberal no brinda ninguna justificación para este tratamiento asimétrico del Estado frente a la economía capitalista.»

    Como se puede ver el error de estos autores radica en asumir que los recursos escasos se pueden repartir de la misma manera que los votos: sin ninguna limitación, olvidando que si bien el poder electoral puede dividirse al infinito no pasa lo mismo con la capacidad de los recursos existentes para satisfacer todas las necesidades humanas. Pero además pierden la perspectiva de la relación entre libertad e igualdad y el conflicto que puede surgir entre ambos. Se podría decir, con su mismo razonamiento, que la democracia plantea un Estado menos libre aunque más igualitario. Sin embargo ello también sería falso, porque ambos son propósitos de la democracia como lo son también del mercado, solo que estructurados de manera distinta como consecuencia de la distinta naturaleza de los problemas prácticos que enfrentan.

expresarlas (los más inteligentes, los que tienen facilidad de palabra, las personas carismáticas, etc.) pueden ejercer su libertad de expresión con ventaja sobre los demás. Pero lo que parecería ser más contradictorio aún es que los propietarios de los medios de comunicación parecerían tener una capacidad muy superior al resto de los ciudadanos para ejercer esa libertad.

Evidentemente la libertad de expresión no es un derecho distribuido igualitariamente entre los ciudadanos, aunque en abstracto se reconozca a todos los ciudadanos por igual y sin distinción aparente. Esta libertad se ejerce por medio de un principio bastante distinto del de «una persona, un voto». La razón es evidente. Si no fuera así la libertad de expresión, como expresión de la libertad en sí misma, estaría sujeta a una serie de limitaciones. Habría que expropiar el derecho de los medios de comunicación de decidir que publican y que no, para distribuir ese derecho en partes iguales entre todos los ciudadanos. Así, el llevar la igualdad hasta sus últimas consecuencias, conduce a constreñir la libertad de expresión hasta desnaturalizarla. No es posible, por tanto, conseguir que todas las opiniones, sin excepción, se manifiesten en unidades iguales, sin desnaturalizar la libertad de expresión misma. Pero la democracia necesita de esa libertad, pues sin ella se desvirtúa y deja de funcionar adecuadamente[18].

Quizás quienes no compartan esta opinión dirán que en realidad la libertad de expresión es igualitaria porque se reconoce en abstracto y por igual a todas las personas. Pero nótese que esa misma defensa puede hacerse al sistema de mercado, pues sin perjuicio de las diferencias que surgen a su interior, también reconoce en abstracto el derecho de todos los ciudadanos a participar en la actividad económica.

Algo similar, pero a la inversa, ocurre con el mercado y la igualdad. Por ejemplo la libertad de actuación de los agentes económicos está controlada por una serie de instituciones que se sustentan en ideales igualitarios. Las prohibiciones a discriminar por razón de raza, sexo o nacionalidad en la contratación son un claro ejemplo. Allí la libertad individual no puede expresar preferencias contrarias a ciertos principios igualitarios que el sis-

---

18. Esta misma idea de que la democracia no es un sistema cien por ciento igualitario es reseñado por PRZEWORSKI (PRZEWORSKI, Adam, *Democracy and the Market. Political and Economics Reforms in Eastern Europe and Latin America,* p. 11). Según este autor «Los participantes en la competición democrática disponen de recursos económicos, organizacionales e ideológicos diferentes. Algunos grupos tienen más dinero que otros para usarlos en política. Otros pueden tener habilidades y recursos organizacionales mayores. Algunos pueden tener mayores medios ideológicos, es decir argumentos para persuadir. Si las instituciones democráticas son universales —ciegas a la identidad de los participantes— aquellos con mayores recursos tienen más posibilidades de ganar conflictos procesados por la vía democrática.»

tema ha incorporado.[19] Algo similar podría decirse con las normas antimonopolios que establecen ciertos límites a la actuación libre de las empresas precisamente para evitar que el uso desproporcionado del poder económico atenta contra un mínimo de igualdad de oportunidades brindado a los demás agentes en el mercado[20].

Así, tanto la democracia como el mercado se orientan al logro de un sistema que tutele la igualdad y la libertad, aunque respondiendo con su estructura y diseño de maneras que permitan alcanzar las metas que se han propuesto. Si bien es cierto que las experiencias históricas nos muestran ejemplos de democracia sin mercado libre y de mercado libre sin democracia, también es cierto que la falta de democracia suele encontrarse asociada con la falta de libertad económica y viceversa. Para quien el principio de libertad no es un límite, sacrificar el trato igualitario y la igualdad de oportunidades es tarea fácil. Pero a su vez, a quien no se compromete con los ideales democráticos, será sencillo dejar de lado la libertad económica. Solo la adecuada conjunción de democracia y mercado asegura una coherencia ética y práctica a todo el sistema. Por eso los ideales democráticos que no consideran al mercado como un principio no son auténticos ideales democráticos y la libertad económica sin democracia será solo una libertad aparente.

La distinción no está en el fundamento ético, sino en las distintas misiones que se ha encargado a cada sistema de agregación de preferencias. Ambos son éticamente necesarios, y por ello sus valores deben de ser protegidos con la misma pasión y sus ideales deberían ser interiorizados de manera que exista consenso sobre la necesidad de consolidar ambos sistemas.

Alguna vez escuché decir que el mercado debería estar subordinado a la democracia, porque incluso la población podría votar democráticamente para tener un sistema económico diferente. Yo me preguntaría si quienes piensan así estarían de acuerdo de que democráticamente se decidiera abolir la democracia y entregar el gobierno a un dictador vitalicio.

---

19. Pero incluso el principio de no discriminación por raza tiene límites en función a la libertad. Si bien los sistemas legales suelen prohibir que no se deje entrar a una persona a una discoteca por ser, por ejemplo, de raza negra, no existen sistemas que obliguen a un racista blanco a casarse con una persona de raza negra. En esos supuestos al sistema no le queda más que tolerar la discriminación en protección de la libertad y la autonomía individual.

20. Sin embargo debemos reconocer que muchas veces la aplicación de estas normas se constituyen en afectaciones directas a la propiedad y a la libertad de contratación. De hecho, la aplicación de esta normatividad suele desembocar en convertir los bienes privados (como las empresas) en bienes públicos. Sino imaginemos el caso de una autoridad de competencia que obliga a una empresa dominante en el mercado a compartir aquella infraestructura considerada facilidad esencial, con sus competidores.

Es muchas veces preocupante que no se identifique en el mercado los mismos valores de libertad e igualdad que inspiran a la democracia. Es asimismo preocupante que se llegue a calificar al mercado como un sistema antidemocrático. Creo que es precisamente lo contrario.

El mercado es un sistema de expresión de la individualidad del ciudadano. Es una forma de distinguirse de los demás, de ser diferente pero al mismo tiempo de igualarse en dignidad. Es cierto que el mercado premia a unos más que a los otros. Pero también es cierto que en principio asigna esos premios a quienes se los ganan por propios merecimientos. La democracia también entrega premios, y debería darlos a quienes obtengan los méritos para alcanzarlos. No siempre triunfan en el mercado los mejores, pero tampoco tenemos siempre los mejores gobernantes. Y es que el valor del proceso democrático no radica en el sentido de la decisión, sino en que es la decisión que refleje la voluntad de los ciudadanos, errada o no. En el mercado ocurre exactamente lo mismo. Su valor no está en qué en ocasiones algunas empresas quiebren o los consumidores se equivoquen. Su valor radica en que el sistema de precios nos lleve a resultados compatibles con lo que las personas quisieron elegir.

El problema tanto detrás de la democracia como del mercado no es, pues, elegir bien o mal. El problema es poder elegir. Y en eso el mercado y la democracia persiguen lo mismo.

## XI. LAS «ARISTOCRACIAS» DEMOCRÁTICAS

La «tentación democrática» de tomar los derechos es grande. Para protegernos hemos creado mecanismos que ponen límites al poder democrático para girar hacia lo antidemocrático. El más común de esos mecanismos es la existencia de Cortes. Los jueces tienen, como uno de sus roles principales, ponerle límites a los órganos de origen democrático como el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo.

Los jueces son elegidos (al menos en teoría), antes que por su simpatía con una determinada posición política o por su capacidad para obtener votos del pueblo, por su conocimiento técnico y legal y por su integridad, y sus nombramientos suelen ser protegidos, por distintos mecanismos, de los excesos de presión democrática. Rara vez son elegidos directamente por el pueblo y las constituciones y regímenes legales les suelen pedir requisitos adicionales (edad, experiencia, pasar por concursos o entrevistas, etc.) a simplemente ser populares. No es deseable que los jueces respondan al poder político y de hecho apreciamos en ellos, como virtudes, su autonomía e independencia, que incluye su autonomía e independencia de lo que puedan querer las mayorías. Esto implica que deberían tener por rol evitar

que el sistema, al ser víctima de las «olas» democráticas de moda, arrastre tras de sí el paquete de derechos básicos que el propio sistema necesita. Son las Cortes las llamadas a evitar que la democracia se convierta en una dictadura de las mayorías.

El rol de estos cuerpos «aristocráticos» es, además, poner límites y trazar la raya entre quién debe tomar las decisiones de producción de bienes públicos y quién la de bienes privados. Cuando las Cortes protegen el interés público, por ejemplo, de los excesos en la libertad de empresa, están en realidad impidiendo que el mercado produzca o afecte los bienes públicos. Por otra parte, los jueces se encargan de proteger la propiedad o el derecho de contratación de los excesos regulatorios y velan porque la propiedad no pueda ser confiscada sin el pago de una compensación adecuada. Al hacerlo impiden que el sistema público determine la producción de bienes privados. Son ellos los que le ponen límites a la democracia.

La ley puede decir quién es propietario de qué, pero son las Cortes las que ponen los hitos que definen los límites de mi derecho en la práctica. En los países en los que tanto la democracia como el mercado funcionan razonablemente, tenemos Cortes que han establecido límites meridianamente claros entre lo público y lo privado, incluyendo la protección de lo privado de las presiones democráticas de tomarlo para el beneficio de lo común.

Esta última definición es central para que el sistema de producción de bienes privados funcione. La incertidumbre del riesgo político eleva los costos de transacción y al hacerlo reduce los niveles de intercambio e inversión. Por ello, no debe llamar la atención el creciente interés que el empresariado muestra por ver mejoras en los sistemas de administración de justicia.

Estas «aristocracias» encargadas de velar por el balance entre la democracia y los derechos individuales, están lamentablemente muy desprestigiadas en Latinoamérica. La falta de Poderes Judiciales confiables convierte el balance entre democracia y derechos individuales en, paradójicamente, un desbalance. Los límites entre lo privado y lo público se vuelven tenues, o incluso inexistentes. Y un derecho individual comunal es un contrasentido. El resultado es una mala división entre el sistema de producción de bienes públicos y el de bienes privados, lo que genera, por un lado, desincentivos a la inversión y al desarrollo económico, y por el otro, la toma del poder por intereses económicos (mercantilismo y corrupción).

## XII. LAS PRIVATIZACIONES SIN «ARISTOCRACIAS»

El asunto se agudizó durante los procesos de privatización en Latinoamérica en los 80s y 90s. Esos procesos marcaron formalmente un

cambio radical en la titularidad de los medios de producción que pasaron masivamente de manos estatales a manos privadas. Así, la privatización intentó colocar la producción de bienes privados en el mercado y solo dejar en el Estado el sistema de producción de bienes públicos, aunque los resultados finales fueron bastante insatisfactorios para lograr este fin, pues en la mayoría de casos la privatización se quedo a medio camino.

Sin embargo, de nada sirve pasar una propiedad pública mal definida a una titularidad privada igualmente mal definida. El resultado es un sistema inconsistente e inseguro, que no es ni un buen sistema de producción de bienes privados ni un buen sistema de producción de bienes públicos. Privatizar sin límites entre lo privado y lo público no es privatizar en el verdadero sentido de la palabra.

En muchos países de Latinoamérica la debilidad de las Cortes no ponía a la vista de los potenciales inversionistas garantías de que sus derechos serían respetados. La sensación era especialmente peligrosa en áreas políticamente sensibles como los servicios públicos (telecomunicaciones, energía, agua, saneamiento y transporte), cuya privatización era urgente y necesaria, pero donde la tentación democrática de intervenir en los derechos de los inversionistas es mucho mayor. Para nadie es un secreto que los políticos latinoamericanos, y en especial los congresistas, creen que su rol es determinar las tarifas de tales servicios de manera directa o regular por leyes aspectos técnicos sumamente especializados. Con ello, los derechos de los inversionistas quedaban sujetos a los vaivenes del interés de los políticos por aumentar su popularidad a cambio de tomar por asalto derechos individuales de las empresas. Y no se percibía un Poder Judicial capaz de frenar los excesos que se pueden producir.

Esta circunstancia condujo a la creación de una serie de «sustitutos» a un Poder Judicial confiable. Dado que reformar al Poder Judicial parece tan difícil y toma tanto tiempo, las privatizaciones parecen no poder esperar. Había que crear mecanismos alternativos para generar confianza. Así, se renuncia o se difieren las reformas judiciales, y se pone énfasis en la creación de diversos mecanismos destinados a limitar las presiones del sistema político sobre los agentes económicos.

Estos «sustitutos» son usualmente calificados de «antidemocráticos» porque quienes velan por los límites no tienen origen ni control democrático o lo tienen muy tenue. Sin embargo, habría que preguntarse si justamente su mérito está en mantener autonomía de la presión democrática ¿Cuáles son estos sistemas? Enumeremos algunos:

### 12.1 La creación de agencias administrativas especializadas

Una tendencia es la creación de agencias administrativas para resolver temas económicos, sustituyendo en buena parte a las Cortes en la labor del día a día en ese tema. Estas agencias, centralmente agencias «antitrust» y reguladores sectoriales, cuentan con más recursos, mejor personal y mejor capacitación de la que cuentan las Cortes ordinarias, creando una curiosa paradoja en la que quienes controlan los actos de estas agencias (es decir las Cortes) ganan menos y tienen menos recursos y capacitación que aquellos a quienes controlan.

La razón de crear estas agencias es darle al inversionista la sensación que existe una «nueva aristocracia», técnica y especializada, encargada de ponerle límites a la presión democrática de reducir los derechos de los individuos y de las empresas.[21] Y de hecho en muchos países estas agencias gozan de una percepción más positiva en términos de confiabilidad que aquella de la que gozan las Cortes ordinarias.

Lo curioso es que esta renuncia a mejorar el sistema judicial nos lleva a la absurda situación de colocar «al gato del despensero» es decir a la autoridad política (estas agencias suelen ser parte del Poder Ejecutivo) como el controlador de los excesos de los políticos sobre la estructura de los mercados. Si bien los resultados en el corto plazo parecen alentadores, en el largo y mediano plazo, estas agencias suelen sufrir presiones para ser capturadas tanto por los regulados (empresas) como por los políticos, con lo que la distinción entre lo público y lo privado termina por desvanecerse.

### 12.2 Los Convenios de Estabilidad Jurídica

Quizás el caso más claro de sustituto de un Poder Judicial confiable es la aparición de los llamados Convenios de Estabilidad, o Contratos Leyes que conceden a las empresas inmunidad frente a cambios legislativos o regulatorios. El Estado renuncia mediante estos mecanismos a cambiar la Ley. Así, de darse un cambio de la Ley en perjuicio de la empresa, dicho cambio no será oponible a quien cuenta con un convenio de estabilidad. Con ello se acepta que la democracia no puede cambiar las reglas de manera intempestiva, y afectar así a los particulares.

---

21. Es importante anotar que es común que estas agencias no solo investigan los casos, sino que sustituyen al Poder Judicial y los resuelven directamente. Si bien sus decisiones son revisables en el fuero judicial, la verdad de la historia es que se crean diversos mecanismos para hacer difícil que estas decisiones sean revisables judicialmente.

Durante los años 90s se desarrolló todo un complejo régimen legal que protegía estos contratos en los que las empresas garantizaban una inversión a cambio de que el gobierno les garantizara que las reglas de juego no cambiarían. Este sistema tiene fundamento en la propia Constitución Peruana, al establecer en el segundo párrafo del artículo 62 que «*Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, (…)*»

Bajo tal sistema los inversionistas podrían celebrar convenios de estabilidad jurídica inmodificables por Ley, garantizando que no se modificaría el régimen tributario, la estabilidad del régimen de libre disponibilidad de divisas y el derecho a la no discriminación entre inversionistas. De ser modificado algunos de estos regímenes, su cambio no afecta a la empresa que goza de convenio.

Es interesante ver como el Estado, en aras de generar la estabilidad del sistema, renuncia, incluso, a ejercer su poder de modificar la Ley.

¿Es tal renuncia antidemocrática por el mero hecho de que el Estado está cerrando la puerta a que nuevas corrientes de opinión en los votantes puedan modificar los derechos adquiridos? De alguna manera se protegen los derechos individuales de la empresa convirtiendo el derecho a la no modificación de la Ley en un derecho individual, derivado de un contrato. Sin embargo, debe anotarse si se podría considerar antidemocrática una garantía dada por un Estado en un Tratado Internacional, que ha renunciado a aplicar la pena de muerte, a volverla a instaurar.

### 12.3 Los sistemas internacionales de protección de inversiones

En adición a lo señalado, parece que estas medidas no son suficientes. Muchos países suscriben convenios o tratados internacionales de protección de inversiones que justamente protegen al inversionista contra modificaciones intempestivas e injustificadas del régimen legal interno aplicable. Estos sistemas incluyen el sometimiento de controversias con el Estado a arbitraje internacional u otros sistemas de solución de controversias, que sacan de la esfera judicial nacional la diferenciación entre el sistema de producción de bienes privados y el sistema de producción de bienes públicos y lo trasladan a mecanismos internacionales fuera del control democrático de los ciudadanos del propio país.

Estos sistemas son mecanismos que son los equivalentes a la creación de sistemas internacionales de protección de derechos humanos que, libres del control democrático en el país, protegen al país de su propia inmadurez para proteger ellos mismo estos derechos. Son justamente una respuesta a

la debilidad que el sistema judicial tiene para fijar límites claros entre lo público y lo privado.

¿Son estos mecanismos antidemocráticos?

Puede sostenerse que estos distintos mecanismos (agencias administrativas, convenios de estabilidad o sometimiento a sistemas internacionales de protección de inversiones), implican efectivamente un menor control democrático de los mecanismos creados para defender los derechos individuales de la democracia. Pero está en el centro del sistema que estos límites no respondan justamente a controles democráticos puros. De ser así, solo duplicarían el problema de que la democracia se siente tentada a irse más allá de sus propios límites.

En todo caso estos sistemas son simples sustitutos (quizás no los mejores) de la falta de estabilidad de reglas y de Cortes que pongan en vigencia la división entre el mercado y la democracia y los límites que los derechos individuales le imponen a la propia democracia. Sin duda, sería mejor tener sistemas jurídicamente estables y Tribunales que pongan límites claros. Pero como dice el dicho «a falta de pan, buenas son tortas».

## XIII. CONCLUSIÓN

No es posible satisfacer todas las necesidades humanas sólo con bienes públicos. Tampoco es posible satisfacer todas estas necesidades usando solamente bienes privados. Necesitamos de las dos cosas para vivir bien. Descuidar alguna de ellas es conformarnos con la mitad de una sinfonía, con una democracia inconclusa. Entender que el problema de la satisfacción de las necesidades humanas no es sólo un problema filosófico sino un problema práctico que involucra algo aparentemente tan banal como usar los escasos recursos existentes para cubrir esas necesidades, es central para entender la relación entre democracia y mercado. No debemos entender a la democracia y al mercado sólo como sistemas sujetos a escrutinio valorativo. Son, además, sistemas operativos orientados a obtener resultados concretos y como tales deben estar sujetos a escrutinio práctico. Una democracia sin límites puede ser una dictadura o una anarquía. Y ninguna de ellas será una verdadera democracia.

# Bibliografía
# Parte VI


— BOWELS, Samuel y GINTIS, Herbert. *Democracy & Capitalism. Property, Comunity and the Contraditions of Modern Socil Thought*. Basic Books. 2da edición. Estados Unidos. 1987.

— BUCHANAN, James. *Ethics and Economic Progress*. University of Oklahoma Press. 1994.

— BULLARD, Alfredo. «Votando por Refrigeradoras y Comprando Congresistas ¿Por qué no?» En: *Ius Et Veritas*. 2000.

— COASE, Ronald. «El Problema del Costo Social». En: *La Empresa, Mercado y la Ley*, Alianza Editorial. 1994.

— Congreso de la Asociación para Latinoamérica y el Caribe de Análisis Económico del Derecho, llevado a cabo en Lima en el mes de Marzo del 2004.

— COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y Economía*. Fondo de Cultura Económica. México. 1998.

— DAHL, Robert A. *A Preface to Economic Democracy*. University of California Press. 1985.

— LEROY, Roger y otros. *The Economics of Public Issues*. HarperCollins College Publishers. Estados Unidos. 1996.

— NORTH, Douglas. *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico*. Fondo de Cultura Económica. México. 1993.

— POSNER, Eric A. *Law and Social Norms*. Harvard University Press. 2000.

— POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. The University of Chicago Press. 2da Edición. Chicago. 2001.

— POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism, and Democracy*. Harvard University Press. 2005.

— PRZEWORSKI, Adam. *Democracy and the Market. Political and economic reforms in Eastern Europe and Latin America*. Cambridge University Press. 5ª Edición. 1995.

— SEN, Amartya. *On Ethics & Economics*. Ed. Blackwell. 8va edición. 1997.

# Parte VII
# Regulación y libre competencia

# Ente regulador y agencia de competencia: ¿son la misma cosa?*

*Bonan Vesperon, Bonan Nokto, Saluton, Bon Vole,*
*Mi en kom prenas*

Estas expresiones difícilmente serán entendidas por el lector. Sólo una cantidad mínima de personas en el mundo, casi un número anecdótico, están en capacidad de entender esas palabras. Están en un idioma relativamente nuevo que tiene apenas poco más de un siglo. Están en Esperanto.

El Esperanto es la más conocida y a la vez la más exitosa de las llamadas lenguas planificadas. Fue inventada en Varsovia por un tal L.L. ZAMENHOF entre 1877 y 1887. Su inventor pensó que la mayoría de las lenguas existentes eran complejas y difíciles de aprender, en especial como un segundo idioma. Eso las hacía inapropiadas para poder convertirse en lo que era su máxima aspiración: un lenguaje común para toda la humanidad, un lenguaje bajo el cual fuese posible que todos los miembros del planeta podamos comunicarnos sin barreras idiomáticas.

Para lograr su cometido ZAMENHOF buscó crear un lenguaje neutral, es decir no basado especialmente en ninguna lengua preexistente. Debía ser

---

* La presente sección se basa en la traducción del artículo «INDECOPI: Why isn't a regulatory body?» Publicado en inglés en *The role of the State in competition and intellectual property policy in Latin America: Towards an Academic Audit of INDECOPI*. Beatriz Boza, Editora. April 2000. Prom Perú. El autor desea agradecer a Alejandro FALLA y a Carolina DE TRAZEGNIES su participación en la preparación de esta sección.

muy fácil de aprender. Algunos lingüistas dicen que el Esperanto es diez veces más fácil de aprender que el inglés como segunda lengua. Era muy sencillo, regular y predecible. Debía permitir un fácil intercambio.

Teóricamente el Esperanto debería ser un éxito. De hecho, como dijimos, es la más exitosa de las lenguas planificadas. Pero a pesar de ello fue un absoluto fracaso. Nadie lo habla. Es casi una anécdota.

Y es que el lenguaje no se puede crear así, no se puede inventar. No es posible decretar que a partir de mañana todos vamos a hablar un lenguaje distinto. El lenguaje aparece espontáneamente, en la interacción de millones de seres humanos intercambiando comunicaciones unos con otros. Son millones de decisiones atomizadas las que terminan generando un cuerpo orgánico de códigos que permiten a un grupo humano comunicarse y entenderse.

Nadie lo crea y a la vez todos lo creamos y lo enriquecemos día a día. Nadie nos lo puede imponer y si trataran no podrían. No importa qué bien se planificó su estructura lingüística, qué tan sencillo de aprender es, qué tan fácil es su utilización. Simplemente la gente no lo habla.

¿Qué tiene esto que ver con la competencia y con el rol del Estado en ella? Pues tiene mucho que ver. La competencia no puede crearse. No puede inventarse. Al igual que el lenguaje, no puede planificarse ni decretarse. La competencia es un fenómeno espontáneo que nace de decisiones atomizadas de miles o millones de personas. No es posible una competencia planificada, concebida y creada desde un centro, desde el Estado. Ello está condenado al mismo fracaso del Esperanto.

Ello es así porque la competencia no es otra cosa que encontrar el camino para satisfacer necesidades humanas orientadas por las preferencias de los consumidores. Y no es posible satisfacer preferencias sin tomar en cuenta esas preferencias.

Las grandes simplificaciones de la realidad llevadas a cabo por las economías centralmente planificadas tratan de inventar algo que la actividad espontánea de millones de agentes económicos hace de manera más efectiva. El Esperanto, como lengua planificada, cometió los mismos errores que las economías que confiaron en el Estado para tomar las decisiones relevantes respecto a qué producir, cómo producir y a qué precios.

Así, la competencia no se crea, se descubre. Y el rol del Estado, como el de una Academia de la Lengua, no es crear la competencia o sustituirla, sino, por el contrario, establecer algunas reglas básicas que permitan su propio desarrollo.

Esto nos conduce a una primera pregunta ¿Cómo hacer que la competencia genere beneficios para todos? Pues dejándola surgir espontáneamente,

potenciando lo que los particulares pueden hacer, no limitándolos. De la misma manera que solo se puede aprender ha hablar hablando, solo se aprende a competir compitiendo.

## I. ¿DEBEN EXISTIR POLÍTICAS DE COMPETENCIA Y REGULACIONES?

Si la competencia debe ser un fenómeno espontáneo, entonces ¿Por qué debe haber entidades del Estado que velen por la competencia? ¿Por qué deben existir las llamadas políticas de competencia y regulaciones económicas del mercado?

Muchas veces esas llamadas políticas de competencia cometen el mismo error que ZAMENHOF. Creen que se puede crear competencia desde el Estado. Es así que muchas de las decisiones de las autoridades competencia no protegen los procesos competitivos, sino que tratan de generar determinados resultados.

No es extraño encontrar autoridades antimonopolio en diversos países que se fijan como meta bajar el precio o limitar lo que una empresa puede hacer para competir, porque no les gusta cómo esta compite. Hay decisiones de estas autoridades que fijan precios, que deciden cuánto debe crecer una empresa, que prohíben el uso de marcas prestigiadas o limitan la cantidad de dinero que una empresa puede invertir en publicidad o en tecnología. En otras palabras tratan de imponerle a las empresas y a los consumidores el lenguaje en el que deben hablar.

¿Ello quiere decir que no debe haber políticas de competencia? No. Lo que ocurre es que el rol de las llamadas políticas de competencia es uno distinto. Las políticas de competencia deben evitar que se creen barreras de acceso al mercado que limiten artificialmente el número de opciones de los consumidores. No les corresponde eliminar la eficiencia como barrera, que es otra cosa. Deben buscar que los agentes, y muy especialmente el Estado, no creen reglas que limiten la posibilidad de competir. Pero su acción no se dirige al resultado completo, sino a preservar el proceso. Como en el deporte, no es el rol del árbitro del juego determinar el resultado, sino sólo preservar que ciertas reglas sean preservadas para que el resultado refleje lo que ocurrió en la cancha.

Así, como en el lenguaje, ciertas reglas básicas deben de ser preservadas pero sin privarlas de su espontaneidad natural. Esas reglas básicas son lo que podemos llamar políticas de competencia.

## II. ENTES REGULADORES VS. AGENCIAS DE COMPETENCIA.

Es común caracterizar al INDECOPI[1] como un organismo regulador. Así se le cita en los medios de prensa, en conferencias o en artículos académicos. Sin embargo pretendo sostener que es una caracterización errada. INDECOPI no es un organismo regulador, sino una agencia de competencia. Y ambos conceptos son bastante diferentes. Para entender por qué ello es así, debemos tener claro qué caracteriza a cada uno de estos conceptos.

Uno puede optar por dos grandes mecanismos para tratar de lograr que la competencia (o algo parecido) genere bienestar. Una primera opción es la regulación de mercados. La regulación de mercados se entrega a un organismo regulador como los son OSIPTEL[2], OSINERG[3], OSITRAN[4] o SUNASS[5].

La segunda opción es implementar políticas de competencia. Las políticas de competencia son entregadas a una agencia de competencia y eso es lo que es INDECOPI.

¿Qué distingue un caso del otro? Creo que son dos los factores principales que diferencian a un organismo regulador de una agencia de competencia. Estos factores son la razón por la que se interviene y la estrategia de la acción.

### 2.1 La estrategia en la acción.

Comencemos con la estrategia. La estrategia tiene que ver con qué herramientas actúa el Estado en cada caso. Vamos a poner un ejemplo que grafique esto.

Imaginemos que una pareja decide casarse y meses antes de la fecha fijada se dirigen a la iglesia a fin de separarla para la noche elegida. El monaguillo de la parroquia le informa que el costo es de S/. 500. El precio les parece alto, pero dado que es la iglesia en la parroquia en que vive el novio y que está en el barrio en el que se conocieron aceptan pagar el monto señalado. Entonces el monaguillo les informa algunas condiciones adicionales. Les dice que es obligatorio contratar el toldo para el saludo y la

---

1. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual.
2. Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones.
3. Organismo Supervisor de la Inversión en Energía.
4. Organismo Supervisor de Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público.
5. Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento.

champaña con la parroquia. El precio que se ofrece es muy superior al que hay en el mercado.

Los novios indignados le dicen que es un exceso y que por ello se van a casar a otro lado. El monaguillo les informa que para casarse en una parroquia distinta al domicilio de los novios requieren un permiso del párroco. Pero el párroco tiene por política no dar ese tipo de permisos.

Ante tal situación los novios deciden ir a la parroquia del domicilio de la novia, y cuál no sería su sorpresa cuando el monaguillo de la misma les ofrece exactamente las mismas condiciones.

El caso en cuestión puede ser fácilmente analizado bajo las categorías de las legislaciones de competencia. El mercado relevante es el mercado de servicios matrimoniales religiosos. En él se debe medir la posición de dominio en el mercado de los proveedores involucrados. Es un mercado con barreras de acceso muy altas, pues para tener otra opción hay que convertirse a otra religión, cosa que la mayoría de los consumidores consideraría inaceptable. El precio alto es lo que la doctrina antimonopolio caracteriza como el precio abusivo[6]. El condicionar la separación de la iglesia a la contratación del toldo y la champaña es lo que usualmente se conoce como cláusula de atadura. Podríamos tener una interesante discusión conceptual si es un cartel o un caso de abuso de posición de dominio. Si fuera un cartel tendríamos que entenderlo como el acuerdo entre un conjunto de proveedores independientes (las parroquias) para limitar la competencia entre ellos, fijando condiciones comunes, dividiéndose mercados y creando mecanismos para que esos acuerdos no sean traicionados (permisos de matrimonio interparroquia). Si lo consideramos un caso de abuso de posición de dominio diríamos que la Iglesia Católica es un gran proveedor que ha organizado su estructura de provisión de servicios para aprovecharse de los consumidores.

En cualquier caso, este ejemplo, basado en un caso real, sólo refleja que enfrentamos un problema de falta o distorsión de la competencia.

Decíamos que la diferencia entre la regulación de mercados y las políticas de competencia radica, en primer lugar, en la estrategia. El Estado podría, ante este problema adoptar dos estrategias diferentes.

La primera es crear OSIMAR (Organismo Supervisor de Matrimonios Religiosos). Este sería un organismo técnico y autónomo cuyo rol es establecer regulaciones previas a la actividad de las parroquias e iglesias de todos los credos. Sus herramientas de acción serían:

---

6. Si bien es un concepto anacrónico en la doctrina de competencia, como veremos más adelante, es útil para entender el punto que estamos planteando.

*a) El control tarifario.*

OSIMAR tendría que estudiar la estructura de costos de las parroquias y fijar una tarifa adecuada que evite el lucro excesivo aprovechándose de su posición en el mercado. Esa tarifa debería ser aprobada previamente para poder ser cobrada. Las parroquias tendrían que justificar cualquier variación de las mismas y OSIMAR velaría porque los consumidores paguen lo justo.

*b) Control de calidad.*

Como la tarifa está controlada, las parroquias estarían tentadas a bajar la calidad de los servicios a fin de reducir costos y así lucrar, lo que el control de tarifa no les permite en el mismo nivel. OSIMAR tendría que establecer previamente estas normas de calidad mínima (flores en el templo, decoración del mismo, limpieza, tiempo de duración de la ceremonia, etc.)

*c) Control de empaquetamiento*

OSIMAR tendría la difícil labor de discernir qué bienes y servicios pueden ser vendidos juntos y cuáles no. ¿Deben incluirse las flores del templo en el precio? ¿El honorario del celebrante? ¿El toldo y la champaña? ¿La recepción después del matrimonio? Una mala definición puede llevar a que la regulación colapse.

*d) Obligación de «interconexión» o de «acceso a infraestrcutura»*

OSIMAR deberá definir que obligaciones tendrá la parroquia para permitir que otros brinden servicio. ¿Permitirá que los proveedores de toldo entre al patio de la iglesia o los mozos del cocktail se cambien en un vestidor dentro de la parroquia? ¿Qué facilidades debe brindar y cuanto cobrará por ellas o debe darlas gratuitamente?

*e) Estándares de información y de contratación*

OSIMAR deberá regular qué tipo de información van a recibir, los consumidores y qué términos contractuales los van a regir. Dirá cómo y en qué términos se informará a los consumidores qué opciones tienen y aprobará previamente los modelos de contratos de adhesión a ser suscritos para contratar los servicios.

Así podemos ir encontrando numerosos tipos de herramientas típicas de la regulación de mercados y que serán aplicados por un organismo regulador.

Son varias las características de las herramientas a utilizarse, de la estrategia de acción, que podrían mencionarse. Pero la mas importante es la oportunidad de la acción. Normalmente el organismo regulador actúa *ex ante*, es decir antes que el bien se venda o el servicio se preste. Establece previamente los precios, condiciones y características que se deben reunir, y la empresa o proveedor en cuestión tendrá que acatarlos. Las empresas negociarán o tratarán de influir en el regulador respecto al sentido de las condiciones, pero una vez adoptadas resultan obligatorias para el regulado.

Esto deriva de que, normalmente, la regulación se concentre mucho en el resultado antes que el proceso. Así, las regulaciones arrojan lo que se considera que ocurriría si hubiera competencia. Fijan el precio, establecen la calidad, determina las condiciones de contratación.

Con la regulación, cuando los novios llegan a la parroquia, ya está todo decidido.

¿Cómo funcionaría todo esto si se aplicaran políticas de competencia en lugar de regulación de mercados? El tema estaría a cargo del INDECOPI. Nada estaría predispuesto. Las parroquias estarían en principio en libertad de fijar precios, términos y condiciones. Nada estaría ya decidido. Pero si los novios consideran que se han roto algunos principios establecidos en la ley, denunciarían el caso ante el INDECOPI y éste determinaría si la Ley fue o no incumplida. De haber una infracción sancionará a la parroquia.

La acción del INDECOPI sería *ex post*. No fijaría precios, pero velaría que los mismos no sean distorsionados, por ejemplo, por un acuerdo entre competidores. No fijaría calidad, pero evaluaría si el producto resultó o no idóneo para los fines para los que fue adquirido. No establecería estándares de información, pero analizaría luego de producido el problema si la información fue adecuada para tomar una decisión informada. No empaquetaría productos pero vería que no se pacten cláusulas de atadura irracionalmente. No obligaría a «interconectarse» pero podría considerar un caso como negativa injustificada de contratar. En esos casos no regula previamente el contenido de la conducta, la trataría de corregir con sanciones.

El resultado natural de esta forma de acción se dirige más a velar por el buen funcionamiento de procesos, antes que por resultados. No fija precios, pero busca que los precios se generen por competencia. No establece controles de calidad, pero busca que los consumidores puedan influir en el proveedor para satisfacer sus preferencias.

Las ventajas y desventajas de cada estrategia de acción son en la mayoría de los casos claras. La regulación actúa en base a hipótesis en la mayoría de los casos. Opera normalmente con información incompleta. Las

políticas de competencia, al actuar *ex post*, deciden sobre hechos ya ocurridos, normalmente con mayor información.[7]

La regulación, al conceder facultades para determinar la entrada al mercado y los términos de la misma, genera más probabilidades de corrupción, presión e influencia, mientras que las políticas de competencia suelen reducir el nivel de discrecionalidad del funcionario.

La regulación, al tener que contemplar todo *ex ante*, suele ser más costosa que las políticas de competencia. Las primeras son sectoriales y si uno compara las dimensiones en términos presupuestales de un regulador (que solo cubre un sector) con las dimensiones de una agencia de competencia (que cubre todos los sectores) descubrirá las diferencias en términos de costos de la acción estatal en uno u otro caso. Los entes reguladores suelen tener más funcionario por empresa regulada que las agencias de competencia por empresas sujetas a su jurisdicción.

Las diferencias anotadas explican cómo es que un regulador y una agencia de competencia actúan diferente. Pero no nos explica cuándo debe usarse uno y cuándo debe usarse el otro. Explican el cómo pero no el porqué. Debemos entonces analizar las diferencias en razones a la acción.

### 2.2. Diferencias en razones para actuar

Las diferencias en las estrategias responden a las diferencias en las razones por las que se actúa. Tanto los reguladores como las agencias de competencia persiguen conceptualmente el bienestar de los consumidores. Pero responden, o en todo caso deberían responder, a un problema distinto.

Cuando existen razones para presumir que no va a existir un fenómeno competitivo que responda a las distorsiones creadas por la empresa particular, entonces la respuesta es la regulación. El típico ejemplo es el monopolio natural. Se presume, por las condiciones de oferta y demanda, que es poco probable que dos empresas puedan estar actuando en el mismo mercado. Ello ocurre por ejemplo con los servicios de agua y desagüe. Es poco probable que con la situación de la tecnología actual puedan montarse en una ciudad dos redes de agua y desagüe de manera eficiente para darle a los consumidores la posibilidad de optar. Ello nos conducirá a plantear la regulación previa como una alternativa a la competencia. Finalmente no se

---

7. Esta no es una información totalmente cierta. Buena parte de las decisiones que toman las agencias de competencia se basan en lo que creen que ocurrirá en el futuro. A veces los efectos de una negativa a contratar o de una discriminación de precios no se conocen al sancionar la práctica. Se predicen sin contar con toda la información relevante.

puede confiar en un proceso que no va a existir. Entonces solo queda preocuparse por el resultado final.

En esa línea de razonamiento la regulación es una opción cuando no es posible esperar que surja competencia. Por el contrario las políticas de competencia aparecen precisamente cuando la competencia es posible y solo hay que preservar que el proceso competitivo se desarrolle con transparencia.

Así podemos entender como enfocan estas alternativas. Las políticas de competencia se orientan a crear y mantener las condiciones de competencia, no ha sustituirlas. Por el contrario la regulación busca duplicar o simular los resultados de un proceso competitivo que asume no existirá.

Ello diferencia claramente los roles y formas de actuación de una agencia de competencia, como el INDECOPI, de un ente regulador.

## III. RELACIÓN ENTRE LAS ESTRATEGIAS Y LAS RAZONES PARA ACTUAR

Pero evidentemente existen relaciones entre las estrategias que se diseñan para actuar y las razones de actuación. Si uno puede confiar en la existencia de un proceso competitivo toma sentido actuar *ex ante* y no *ex post*. Es necesario ver el proceso funcionando para corregirlo cuando se detecta que no funciona adecuadamente. Pero para ello hay que verlo funcionar.

En ese contexto, una agencia de competencia debe partir en confiar en la competencia, y su intervención es residual ante la constatación que algo en el proceso está fallando. Pero dicha intervención no se orienta a sustituir el mercado, sino a fortalecer el proceso competitivo.

En cambio un organismo regulador parte de la premisa de que no puede confiar en una competencia que no existirá o que será incapaz de arrojar resultados positivos por limitaciones que son intrínsecas al proceso. Así no se puede preservar un proceso que no existe. Ante ello hay que proyectar el resultado del proceso y ello se hace con las regulaciones que dictan cómo serán los productos y servicios resultantes. Por eso los entes reguladores actúan, por regla general, *ex ante*. Carece de sentido esperar a ver los resultados de un proceso cuya existencia o al menos su efectividad no es creíble para el regulador.

Evidentemente el fenómeno es bastante más complejo. Muchos reguladores actúan *ex post* en algunas situaciones y muchas agencias de competencia tienen actuaciones *ex ante*. Pero la diferencia está en cuál es la regla y cuál la excepción.

## IV. ¿CUÁL ES LA RELACIÓN ENTRE LAS POLÍTICAS DE COMPETENCIA Y LA REGULACIÓN?

El mundo moderno ha ido paulatinamente desapareciendo muchas de las razones que justificaban la existencia de modelos regulatorios, y ello ha llevado a que paulatinamente actividades tradicionalmente reguladas comienzan a quedar bajo el ámbito de la simple aplicación de políticas de competencia.

La reducción de la participación del Estado en la economía, la desaparición de barreras arancelarias y paraarancelarias, de barreras legales de acceso a los mercados, las mejoras tecnológicas que facilitan la entrada de competencia, entre otras razones, han sido el sustento de profundos proceso de desregulación, es decir de eliminación de sistemas que sustituyen la competencia, para pasar a sistemas que preserven el proceso competitivo.

Un ejemplo interesante es el de telefonía. La telefonía pública ha sido considerada usualmente una actividad sujeta a concesión estatal y a regulación. Han aparecido, como alternativas, pequeños comerciantes que conectando a su línea domiciliaria un aparato terminal monedero, lo convertían en una suerte de teléfono público. Una primera reacción natural puede ir dirigida a regular ese mercado y establecer control de tarifas, calidad, condiciones de uso, etc. Sin embargo se trata de un mercado que está lejos de ser un monopolio natural. Es difícil imaginar un mercado con tanta capacidad de crear competencia. Casi cualquier establecimiento abierto al público puede instalar un servicio de este tipo y podemos confiar en el proceso competitivo para generar precios razonables y condiciones adecuadas.

Bajo tales reglas, mantener ese servicio regulado carece de sustento. Controlar previamente cómo brindarán este servicio de «teléfonos bodegueros» no tiene justificación, será muy oneroso y totalmente inefectivo. En ese contexto es preferible dejar que se compita y solo intervenir posteriormente a que se presente un problema para sancionar cualquier infracción.

Este mundo es uno de desregulación. Allí el rol de las políticas de competencia se redimensiona. En este panorama, las políticas de competencia se convierten en la regla y la regulación cada vez más en la excepción. Y es que la regulación se parece más al Esperanto. Solo debería hacerse si pensamos que el lenguaje no va surgir espontáneamente. Y ello pasa en muy contadas ocasiones.

## V. ¿Y CÓMO DEBEN APLICARSE LAS POLÍTICAS DE COMPETENCIA?

El hecho de haber sustituido paulatinamente regulación por políticas de competencia no es garantía alguna que el «Esperanto económico» no

existirá. Hay formas de implementar políticas de competencia que pueden ser tan irracionales y distorsionantes como ciertas formas de regulación. Políticas de competencia mal implementadas o concebidas pueden matar la espontaneidad del proceso competitivo con tanta o más efectividad que regulaciones mal diseñadas.

Es una contradicción en términos que las políticas de competencia restrinjan la competencia. Pero muchas veces lo hacen.

La competencia es un fenómeno complejo y con muchas dimensiones. Las empresas no solo compiten por precios. Compiten por calidad, por condiciones, por innovación, por inversión, por servicios complementarios, etc. Pero muchas veces por promover la competencia por precios fomentamos menos competencia por inversión o por innovación. Si una empresa innova con una nueva tecnología y luego la obligamos a compartirla con su competidor porque la consideramos una facilidad esencial, entonces estamos reduciendo los incentivos para competir por invertir nueva tecnología. Ello va a reducir el nivel de bienestar de los consumidores.

Si alguna vez se preguntan qué ha soñado un empresario el día que amanece con una sonrisa en los labios, les dirá que soñó que tenía un monopolio. Ese sueño impulsa toda la actividad económica porque crea los incentivos para reducir costos, innovar e invertir. Todas las acciones de una empresa están orientadas por quitarles participación a sus competidores, aumentar sus ventas y eventualmente quedarse solos en el mercado o con pocos acompañantes. Pero si a ese empresario las políticas de competencia le dicen que será perseguido por el solo hecho de ser un monopolio, entonces el resultado será que sus incentivos para ser más eficiente, para captar las preferencias de los consumidores disminuyen.

Por esos las políticas de competencia tienen que ser inteligentes y entender ese fenómeno. Las políticas de competencia no son sustitutas al fenómeno competitivo, sino por el contrario complementos. Pero para ello no deben entrar en contradicción con los fines que persigue el proceso competitivo.

## VI. ¿Y CÓMO DEBE APLICARSE LA REGULACIÓN?

La respuesta es sencilla en teoría pero difícil en la práctica. Solo la existencia de una falla de mercado muy severa lo justifica. Principalmente esas fallas pueden ser (1) monopolio o barreras de entrada al mercado que explica regulación tarifaria en ciertos servicios públicos o creación de sistemas de acceso o interconexión (2) asimetría informativa, que explica regulaciones como la bancaria o (3) generación de externalidades que explica regulación como la ambiental. Pero ello debe verse, en relación a los costos

de transacción existentes para que el mercado corrija el problema en el largo plazo. Si el mercado, mediante la adecuada definición de derechos de propiedad y reglas contractuales lo puede corregir, entonces la regulación es innecesaria. Así no es cualquier falla, sino una que no permitiría, por su naturaleza, una corrección por el mercado en el largo plazo. Usualmente la mayoría de las fallas pueden corregirse sin necesidad de una intervención diferente a una buena definición de derechos de propiedad y de reglas que hagan cumplir los acuerdos.

En el caso de servicios públicos, el problema suele ser catalogado como la existencia de redes o costos hundidos altos que pueden constituir barreras a la competencia y consolidar posiciones de dominio. Usualmente llamamos a esa situación monopolio natural, y es la justificación más común que se usa para la regulación. Pero hay que tener cuidado. Como bien dice DiLorenzo, la idea de monopolio natural no fue desarrollada por los economistas para explicar un fenómeno cuya existencia hubiera sido comprobada en los mercados (supuestamente la inexistencia de competencia), sino para justificar la restricción de acceso a nuevos competidores en mercados o industrias que, supuestamente, eran «demasiado competitivas».[8]

De hecho no parece haber evidencia empírica que demuestre que el monopolio natural era la situación que el mercado había creado antes que existiera la concesión de derechos de exclusiva y regulación económica. Behling señalaba que antes de convertirse en industrias reguladas en los Estados Unidos, existían seis compañías eléctricas en 1887 y seis de gas en 1884 en Nueva York y 45 eléctricas en Chicago en 1907. En 1905 ciudades como Baltimore, Chicago, Cleveland, Columbus, Detroit, Kansas City, Minneapolis, Filadelfia, Pittsburg y Saint Louise eran atendidas por lo menos dos compañías telefónicas.[9] Cuando en 1893 expiró la patente de Graham Bell sobre el teléfono, AT&T tuvo que enfrentar docenas de competidores. En solo un año existían más de 80 competidores que contaban con el 5% del mercado norteamericano. A inicios del siglo veinte existían 3,000 compañías telefónicas. En algunos estados había hasta 200. Para el año 1907 el 51% del mercado estaba en manos de compañías distintas a AT&T, con una reducción apreciable en los precios.[10]

---

8. Di Lorenzo, Thomas J. «The Myth of Natural Monopoly.» En *The Review of Austrian Economics* 9, 2. pp. 43-58. Citado por Haro Seijas, José Juan. «Contra los Excesos de la Regulación Económica. Sobre Monopolios Naturales, Instalaciones Esenciales y Otros Fantasmas. En *Themis*-Revista de Derecho. No. 50, 2005 p. 160.

9. Bheling, Burton. *Competition and Monopoly in Public Utility Industries.* Citado por Haro, op cit, loc cit.

10. Haro, op cit, pp. 160-161.

Como señala DiLorenzo:

> «La eventual creación del monopolio telefónico fue el resultado de una conspiración entre AT&T y los políticos que pretendían ofrecer 'servicio telefónico universal' como una prebenda a favor de los votantes, Los políticos comenzaron a denunciar la competencia como 'duplicativa', 'destructiva' y 'derrochadora' y varios economistas fueron contratados (por AT&T) para asistir a audiencias del Congreso en las que declaraban sobriamente que la telefonía era un monopolio natural. 'No hay nada que pueda ganarse con la competencia en el negocio de la telefonía local', concluyó la audiencia del Congreso.»[11]

Como bien coincide Haro, el surgimiento de los grandes monopolios en los servicios públicos parece más vinculado a la intervención del Estado que a la validez de la teoría del monopolio natural.[12]

Así, la hipótesis que la mayoría de monopolios en servicios públicos no son naturales, sino son consecuencia de las barreras que crea la propia regulación no es descabellada. El análisis tiene que hacerse sobre si existe o no un monopolio natural en el que no pueda esperarse la entrada de competencia en el largo plazo. Hay que evaluar si existen barreras de entrada, es decir si una elevación de los precios no conducirá a la existencia de más agentes en el largo plazo. Lamentablemente este análisis no se hace con frecuencia y se presume la necesidad de regulación en situaciones en que ella no es necesaria.

El rol principal de un regulador es fomentar competencia, es decir, paradójicamente ver cómo dejar de existir como regulador. Ello significa regular pensando en cómo hacer más competitivo el sector. Por ejemplo debe buscar una regulación que promueva la entrada y la eliminación de barreras. Un ejemplo es el Reglamento Marco de Acceso a Uso de Infraestructura de Transporte de Uso Público de OSITRAN[13] que justo establece un procedimiento para que entren competidores a operar sobre la infraestructura y dejar que sea la competencia la que regule los precios y condiciones. La tendencia moderna no es a regular los servicios finales (por ejemplo la tarifa de telefonía fija) sino es regular los cuellos de botella y usualmente ellos están en el uso de infraestructura o redes (por ejemplo regular la interconexión). Una adecuada regulación de cargos de interconexión en tele-

---

11. DiLorenzo, op. cit, loc. cit.

12. Haro, op. cit., loc. cit.

13. Cuya última versión fue aprobada mediante Resolución del Consejo Directivo No. 054-2005-CD/OSITRAN publicado el 24 de Setiembre del 2005.

comunicaciones permite que más empresas den servicios sobre una misma red y con ello hace innecesaria la regulación de tarifas al usuario final, porque ello está regulado por la competencia misma.

Veamos cómo a veces es tema no es adecuadamente percibido por los diseñadores de políticas públicas. Por ejemplo recientemente se aprobó un dictamen en el Congreso que busca establecer un control de precios de los combustibles. El sistema es relativamente sencillo. Si uno es productor local de combustible y atiende simultáneamente la demanda interna y la demanda de exportación, no es posible vender en el Perú a precios más altos de aquellos a los que se está exportando. Parece saludable. Suena discriminatorio que los peruanos paguemos por el mismo combustible precios mayores a los que se cobra a quien compra del exterior.

Solemos creer que los precios son un fin en sí mismos. Pero ello no comprende el sentido de la competencia. Es más, consideramos que el fin es tener los precios más bajos. En primer lugar no siempre lo que queremos es bueno. Y los precios bajos no siempre son buenos. Pero además los precios no son un fin, son un medio para regular las decisiones de oferta y de consumo. Si un bien es escaso, es deseable que el precio sea alto para justamente desincentivar su consumo. Si un bien es deseado por muchos es mejor que el precio sea alto, porque así traemos los deseos de todos a la realidad de lo posible.

Y los precios no se determinan solo por costos (oferta), sino por preferencias y necesidades (demanda). El proyecto que comentamos parte de la absurda creencia que si dos unidades de un mismo bien tienen los mismos costos, entonces el precio tiene que ser igual, sin tener en cuenta que las condiciones de demanda pueden ser distintas.

Si el mercado externo es más atractivo que el mercado interno (lo que ocurre obviamente por los volúmenes que se puede vender en uno u otro) es bueno que el precio en el mercado interno sea superior para asegurar el abastecimiento y, sobre todo, para motivar la entrada de nuevos proveedores que reduzcan los precios.

La pregunta no es entonces si el precio es muy alto o muy bajo. La pregunta real es si el precio responde a condiciones reales. Y el quid está en si existen barreras de entrada al mercado. Si los precios suben pero no se motiva la entrada porque las barreras son muy altas, entonces recién entra a tallar la discusión sobre si es necesario o no regular. Pero de lo contrario el tema debe quedar sujeto a las normas de libre competencia.

Las barreras pueden ser de dos tipos: legales o económicas. Las legales son las impuestas por la regulación o acción estatal. Si hay demasiados requisitos para instalar una refinería o si existe una empresa pública que

compite deslealmente con las privadas (tipo Petroperú), el remedio es eliminar la barrera cambiando la Ley o privatizando «la distorsión».

Si la barrera es económica (costos hundidos muy altos para el tamaño del mercado no permiten la aparición de nuevos proveedores) entonces recién podemos plantear si la regulación es necesaria. El dictamen que comentábamos se ha saltado a la garrocha en esta discusión. Y es poco probable que en el mercado de combustibles existan barreras que no puedan ser llenadas por el mercado. Basta una comparación con experiencias históricas.

Miremos los resultados de actuar regulando cuando ello no es necesario. Si los precios son altos hay incentivos para importar y mantener stocks que nos protejan de un desabastecimiento si, por ejemplo, el tubo de Camisea falla y se corta el suministro de hidrocarburos. Los precios reducen, mediante incentivos, el riesgo de desabastecimiento. Y el combustible más caro es el que no se tiene.

Si lo que preocupa es la existencia de posición dominio del proveedor local, el obligar a bajar el precio interno consolida el monopolio. Pequeños proveedores pueden entrar gracias al precio alto. Al hacerlo reducen la participación del operador dominante y con ello el riesgo de prácticas abusivas. El peor enemigo del monopolista no es el INDECOPI, sino los precios altos que él mismo cobra. Al evitarle que cobre esos precios se consolida su alta participación del mercado. Ello ocurrió en Argentina cuando en el conocido caso YPF se obligó a vender localmente al precio de exportación, y el resultado fue que el crecimiento de los competidores más pequeños de gas se detuvo. En el largo plazo el consumidor se perjudica con un monopolio que no es contestado por la competencia.

## VII. ¿CÓMO RESOLVER EL CONFLICTO ENTRE NORMAS DE COMPETENCIA Y REGULACIÓN ECONÓMICA.

Un límite a la aplicación de la reglas de competencia se vincula con la existencia de regulación que desplace de manera explícita o implícita la aplicación de las normas de competencia a un sector o a una actividad económica determinada.

La existencia de regulación puede ser el resultado de las características económicas propias de determinadas actividades que hacen imposible o muy costoso el desarrollo de competencia (existencia de monopolios naturales, por ejemplo), o del simple deseo del legislador de alcanzar a través de la regulación objetivos cuyo logro podría depender de la restricción de la competencia en el desarrollo de la actividad (acceso universal o redistribución de recursos a favor de determinadas actividades).

En tales circunstancias, la regulación general de competencia suele ser desplazada por una regulación donde el grado de la autonomía de las entidades privadas que desarrollan las actividades reguladas es reducido en beneficio de un mayor control o injerencia por parte de un organismo regulador. De esta forma, mecanismos *ex post* de control de conductas típicas de la regulación de competencia (determinación de estándares de conducta requerida y sanción de las conductas que se desvíen del mismo), son sustituidos por mecanismos que operan de manera *ex ante* (como, por ejemplo, regulación de tarifas, determinación de estándares de calidad, entre otros).

Las normas de competencia tendrán una aplicación residual. Se aplicarán siempre que no exista una regulación específica que haya tratado el problema concreto de manera directa.

Esta no es una conclusión forzada o alambicada. Por el contrario, se deriva de una simple aplicación del principio que dispone que la norma especial prima sobre la norma general. Las normas regulatorias sectoriales son especiales del sector correspondiente. Por su parte, las normas de libre competencia son generales, porque se aplican a todos los sectores que no tengan regulación específica para un tema.

Ello no quiere decir que las normas de competencia no sean aplicables en el caso de mercados regulados, como sucede en los sectores de telecomunicaciones, transporte o electricidad. Dichas normas serán aplicables para atacar las fallas de mercado que se produzcan siempre que existan vacíos en la regulación. Sin embargo, siempre que exista regulación para enfrentar un problema determinado, serán las normas regulatorias, las normas especiales aplicables, debiendo descartarse la aplicación de las normas de competencia para regular el mismo supuesto.

Usemos como ejemplo la normatividad en el mercado del uso de la infraestructura de transporte.[14] Existen normas específicas que se ocupan de resolver los problemas creados por las características propias del mercado. Son aquellas las que deben aplicarse de manera prioritaria para resolver los problemas que se susciten en el sector. Sólo en el caso de vacío o deficiencia de dichas normas serán de aplicación las normas generales de competencia, sean estas de competencia desleal, protección al consumidor o de libre competencia.

Admitir que las normas de competencia son aplicables antes que las normas regulatorias no resulta consistente con la existencia de regulación. Este hecho sólo permite una interpretación en el sentido que las disposicio-

---

14. Existen normas virtualmente idénticas en otros sectores regulados (telecomunicaciones, energía y saneamiento), que nos llevan a la misma conclusión.

nes regulatorias sustituyen a las disposiciones sobre competencia (reglas de mercado), que se aplicarán únicamente donde no exista regulación. Ello porque se trata de una solución específica que el Estado ha previsto para la materia bajo análisis, solución que al ser especial prima sobre la solución general de las normas de competencia de la misma manera que una ley especial (que regula, por ejemplo, el *leasing*) excluye la aplicación de las normas de contratos del Código Civil en lo que resulten incompatibles.

Lo expuesto hasta aquí tiene, además de reconocimiento doctrinario, reconocimiento normativo en nuestro ordenamiento. Así, por ejemplo, la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte el Reglamento General del OSITRAN, promulgada mediante Ley No. 26917, establece en su artículo 5 literal d), lo siguiente:

> «Artículo 5.- Objetivos
>
> OSITRAN tiene los siguientes objetivos:
>
> (…)
>
> d) Fomentar y preservar la libre competencia en la utilización de la infraestructura pública de transporte por parte de las Entidades Prestadoras, sean éstas concesionarios privados u operadores estatales, en beneficio de los usuarios, en estrecha coordinación con el Instituto de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI».

Esta norma define que, conjuntamente con otras instituciones entre las que está el OSITRAN, el INDECOPI integra un sistema estructurado para evitar, por un lado, vacíos, es decir, supuestos que deben ser normados y que no lo son y, por otro lado yuxtaposiciones, es decir supuestos en los que se aplica al mismo hecho normas y competencias contradictorias entre sí.

El rol del INDECOPI está en velar, dentro del sector, por aquellos casos que, no comprendidos dentro de las normas regulatorias sectoriales específicas, estén comprendidos dentro de los supuestos de hecho del Decreto Legislativo No. 701 (Ley antimonopolios). Esa es precisamente la idea de «sistema», es decir, de un conjunto de organizaciones y normas que se complementan en su labor, pero que no se contraponen en sus funciones.

En esta misma línea, el artículo 11 del Reglamento General del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo No. 010-2001-PCM precisa explícitamente el principio de supletoriedad respecto de las normas de libre competencia. De acuerdo con lo dispuesto por dicha norma:

> «Artículo 11.- Principio de Supletoriedad.
>
> Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o reguladoras que dicte el OSITRAN en el ámbito de su

> competencia. En caso de conflicto, primarán las disposiciones dictadas por el OSITRAN».

Como se desprende de una lectura de dicha norma, el propio reglamento de OSITRAN contempla, el principio de supletoriedad en materia de regulación, el cual establece que las normas de libre competencia se aplican de manera supletoria a las normas regulatorias. En efecto, queda claro sobre la base de lo dispuesto por dicha norma que nuestro ordenamiento legal privilegia la regulación y le da un carácter secundario a la aplicación de las normas de libre competencia.

Así, por ejemplo, si marcos regulatorios como el de telecomunicaciones establecen la obligación objetiva de interconexión, carece de objeto tratar una negativa injustificada a contratar bajo el Decreto Legislativo No. 701. La solución específica prima sobre la general. Allí no hay espacio para la aplicación del Decreto Legislativo No. 701; la falla de mercado se corrige directamente por una regulación y con ello se excluye la aplicación del régimen supletorio.

Este marco se complementa con lo dispuesto por el artículo 38 del Reglamento General de OSITRAN, según el cual:

> «Artículo 38.- Denuncia ante Autoridades Competentes**.**
>
> Si en el ejercicio de sus funciones, cualquier ÓRGANO DEL OSITRAN tuviera indicios de la comisión de una infracción, en los mercados de explotación de INFRAESTRUCTURA o en otros mercados conexos, a las normas cuya aplicación es de competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, el OSITRAN podrá actuar remitiendo la información respectiva o presentando una denuncia, teniendo en consideración la gravedad de los hechos y su habitualidad. La misma facultad le corresponderá en el caso de infracciones cuya decisión esté a cargo de otras autoridades».

La norma se refiere precisamente al caso en que el OSITRAN encuentre durante sus actividades un supuesto no regulado que pueda afectar el mercado correspondiente, y en el que sean aplicables las normas del INDECOPI. Así se compatibilizan las normas de competencia con la actuación del Regulador, ante vacíos de la regulación.

Precisando ese tema, el artículo 43, al regular la función de solución de controversias señala:

> «Artículo 43.- Definición de la Función de Solución de Controversias
>
> La función de solución de controversias autoriza a los ÓRGANOS DEL OSITRAN competentes, a resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan

> entre ENTIDADES PRESTADORAS y, entre una de éstas y el USUARIO. Quedan excluidas de esta función aquellas controversias que son de competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)».

De las normas antes citadas se desprende que, en nuestro ordenamiento, la aplicación supletoria de las normas de competencia no es consecuencia únicamente de la aplicación de un principio doctrinario sino de la propia normatividad que de manera expresa así lo ha establecido. Ello significa que siempre que entren en conflicto las normas de libre competencia y las normas regulatorias, debe preferirse la aplicación de las segundas.

Cabe señalar que la aplicación supletoria de las normas de competencia frente a las normas regulatorias del sector eléctrico ya ha sido reconocida por el propio INDECOPI. En efecto, mediante Resolución No. 006-2002-CLC/INDECOPI del 13 de marzo de 2002 la Comisión de Libre Competencia declaró su propia incompetencia para conocer la denuncia presentada por Paneles Napsa S.A. contra la Empresa de Distribución Eléctrica de Lima - Norte S.A.A (Edelnor).

La denuncia se centraba básicamente en la negativa de Edelnor de satisfacer la solicitud de suministro de energía de 0.30 kw de Paneles Napsa para abastecer de energía a dos paneles publicitarios de su propiedad ubicados en las cuadras 12 y 13 de la Av. La Marina, así como en la supuesta aplicación de condiciones iguales diferentes a las relaciones comerciales mantenidas con Paneles Napsa y la empresa Punto Visual, a pesar de tratarse de prestaciones equivalentes, sin justificación alguna.

La Comisión consideró que al encontrarse regulada la obligación de dar el servicio de electricidad a quien lo solicite dentro de sus zonas de concesión para el mercado de electricidad, las normas de competencia no resultaban aplicables.

Así pues, la Comisión señaló expresamente lo siguiente:

> «Si el Estado a través de OSINERG determinó la necesidad de regular un mercado, tomando la decisión por éste, entonces, no sería posible aplicar normas de competencia, ya que el Estado decidió anticipar la solución a cualquier controversia a través de la regulación. En consecuencia, una vez en conflicto regulación y competencia, es la regulación la que debe primar (la situación en la que el Estado toma una decisión sobre la existencia de competencia)» (el subrayado es nuestro).

Un razonamiento similar ha sido utilizado por la Sala al resolver el procedimiento iniciado por el Centro de Investigaciones sobre Calidad en el Consumo contra diversas empresas tabacaleras por infracción a lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley de Protección al Consumidor.

En dicha oportunidad, el Centro pretendía exigir a las empresas tabacaleras la entrega de una mayor información a los consumidores que aquella exigida según la Ley No. 25357 y su reglamento («*Fumar es dañino para la salud. Está prohibido fumar en lugares públicos según la Ley No. 25357*»). Dicha norma, como puede apreciarse, contenía la regulación específica sobre la entrega de información a los consumidores de cigarrillos.

Sin embargo, mediante Resolución No. 832-2002/TDC-INDECOPI del 6 de noviembre de 2002 la Sala señaló -confirmando el anterior pronunciamiento de la Comisión de Protección al Consumidor– que en el caso específico correspondía aplicar la Ley No. 25357 y no el artículo 9 de la Ley de Protección al Consumidor. La Sala señaló textualmente lo siguiente:

> «Cuando existen dos normas que regulan el mismo supuesto, con la diferencia de que una es aplicable a un espectro general de supuestos, mientras que la otra se aplica a un supuesto específico, se utiliza el criterio de especialidad para determinar la norma aplicable. De acuerdo a éste, en el caso que concurran una norma especial y una norma general frente al mismo supuesto de hecho, la disposición especial prima sobre la disposición general.
>
> Se entiende que una norma especial, o crea una excepción a la norma de carácter general, o precisa la forma en que ésta debe cumplirse. Así, en este caso, se entiende que la normativa sobre la comercialización de tabaco, precisa la forma en que debe darse cumplimiento al artículo 9 de la Ley de Protección al Consumidor».

Puede apreciarse que, en dicha oportunidad, el Tribunal prefirió aplicar la regulación especial (Ley No. 25357) por sobre la normativa general (Ley de Protección del Consumidor). En efecto, al igual que lo que sucede con la regulación del sector de infraestructura de transporte de uso público, la primera de ellas establecía un régimen «especial» sobre la materia en cuestión. En tales condiciones, el Tribunal consideró que la aplicación de ésta debía preferirse, privilegiando la aplicación de la solución específica para el problema detectado.

Pongamos un ejemplo que muestra cómo funciona el tema en específico. OSITRAN es el regulador de las actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público. Como tal, tiene entre sus facultades velar por el acceso a la infraestructura de transporte de uso público que, de acuerdo a la normatividad, haya sido calificada como facilidad esencial para brindar servicios necesarios para completar la cadena logística de transporte. La normatividad define como infraestructura de transporte de uso público las vías férreas y las estaciones, las cuales son entregadas a un concesionario privado.

Si un tercero quiere operar un tren sobre la vía debe pedirle acceso al concesionario. Si este le niega el acceso (es decir no le deja operar su tren impidiéndole el uso de la infraestructura) el tercero puede pedirle a OSITRAN que le brinde acceso. En tal supuesto no corresponde que el tercero se vaya a INDECOPI a denunciar al concesionario por negativa injustificada de contratar, pues precisamente existe ya una vía regulatoria específica (regulaciones de acceso a uso de infraestructura).

Ahora, si el concesionario, además de las vías y estaciones, recibió material tractivo y rodante (locomotoras y trenes) en su concesión, puede ser que el tercero le solicite que se las alquile para brindar el servicio de transporte por ferrocarril. Sin embargo el material tractivo y rodante no está calificado como facilidad esencial y por tanto no se considera infraestructura de transporte de uso público. Por tanto no está sujeto a las regulaciones específicas de acceso. En tal supuesto sí corresponde ir a INDECOPI si se considera que el concesionario, teniendo posición de dominio en el mercado, se niega injustificadamente a contratar sobre el mismo. En ese caso sí se aplican las normas de libre competencia.

## VIII. ¿Y POR QUÉ ES IMPORTANTE EVITAR LA CONFUSIÓN?

El error de los creadores del Esperanto fue creer que se puede crear centralmente y de manera planificada un fenómeno por naturaleza espontáneo. No se puede aprender a competir sin competir.

En este contexto es importante comprender las distinciones entre un organismo regulador y una agencia de competencia. Si confundimos sus roles caeremos en el futuro en la fácil tentación de asimilar lo que hacen ambos. El resultado puede ser agencias de competencia regulando y no promoviendo la competencia.

Dentro de esa línea de razonamiento la regulación debe visualizarse como algo realmente excepcional, debiendo crearse mecanismos que desincentiven la sobrerregulación y que apuesten por la competencia como mecanismo para lograr que se genere bienestar para todos los ciudadanos.

Pero además debe entenderse que las políticas de competencia tampoco son la panacea y pueden caer en los mismos errores que la regulación. Las políticas de competencia deben ser entendidas como mecanismos de eliminación de trabas, no como un sustituto al fenómeno competitivo.

En ese contexto el INDECOPI debe comprender cabalmente su rol de agencia de competencia y evitar caer en la tentación de convertirse en un órgano regulador. Entender que no es un organismo regulador no es solo una disquisición conceptual, es un tema que atañe al buen funcionamiento del mercado y a su capacidad para generar bienestar para todos.

# Las políticas de competencia: ¿por qué y para qué?*

Había una vez un rey que, impulsado por las quejas del pueblo sobre el elevado precio del pan (producto de primera necesidad), decidió fijar el precio de este producto en x, es decir, estableció un control de precios. Al día siguiente, los panaderos cambiaron la harina con la que hacían el pan por una de menor calidad, esto los ayudó a reducir costos y a ganar más. Tuvo que darse, entonces, otro decreto por medio del cual se estableció el tipo de harina y la calidad que debía tener el pan; la consecuencia de esta medida fue que los panaderos redujeron el peso del pan para poder ganar más. A raíz de esto, se dio un decreto que determinó cuál debía ser el tamaño y el peso del pan, razón por la cual los panaderos optaron por poner una fruta confitada encima del pan convirtiéndolo así en un pastel, el cual, justamente por no ser pan, estaba libre de todos los controles. El rey no tuvo más remedio que extender la aplicación de las normas regulatorias del peso, precio y calidad del pan a los pasteles; y los panaderos contrarrestaron esta medida creando la regla de que para poder comprar pan era obligatorio comprar también leche, la que no estaba sujeta a controles de precios. Finalmente el rey, perdió la paciencia y estatizó las panaderías.

---

* La presente sección se basa en el artículo «Las Normas de Protección de la Libre Competencia en el Perú» publicado en *Anuario de la Competencia*. Fundación ICO. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid. Barcelona. 1999. El autor desea agradecer el aporte de Alejandro Falla y Christian Chávez en el desarrollo de esta sección.

Si seguimos atentamente la secuencia, es fácil percatarnos de que una vez que el rey decidió dar ciertos pasos le resultó imposible dejar de dar otros. Ese es uno de los problemas que genera una regulación sectorial como la que existe en telecomunicaciones, energía eléctrica, infraestructura de transporte o agua y saneamiento. Crean esta suerte de espiral regulatorio del que no es fácil salir. El derecho de la competencia es una alternativa a esta conducta, que evita caer en el espiral. Es una alternativa porque no apunta al resultado del mercado, sino que se concentra en el proceso. Esta diferencia es esencial porque cuando cometemos el error de pensar que el control del resultado es la opción correcta, asimilamos el derecho de la competencia a las normas de regulación sectorial y con ello lo desnaturalizamos. Las normas de regulación sectorial están diseñadas para asegurar un resultado; cuando de ellas se trata es correcto pensar en tarifas, calidad, estándares, etc. El derecho de la competencia tiene otra finalidad que es proteger el proceso y no el resultado. Sin embargo el Derecho de la Competencia no está libre de caer en la misma espiral en la que cayó el rey de nuestra fábula, y convertirse en una suerte de regulador que distorsione la economía, como veremos más adelante.

El derecho de la competencia es al mercado lo que el sistema electoral es a la democracia. Los procesos de reforma económica se asemejan a los procesos de reforma política. Mientras que los procesos de reforma política democrática requieren, entre otras cosas, del desarrollo de un sistema electoral confiable y transparente que garantice que la voluntad de los ciudadanos va a reflejarse en la elección de las autoridades políticas deseadas por la mayoría, los procesos de reforma económica requieren del desarrollo de un sistema que garantice la confiabilidad y la transparencia de las elecciones económicas de los ciudadanos, tanto empresas como consumidores, es decir que garantice su posibilidad de hacer lo mejor posible para ellos mismos.

Los sistemas que confían en el mercado como asignador de recursos escasos parten del presupuesto de que es la decisión individual la que debe ser asegurada como medio para lograr el bienestar general. La «democracia del mercado» requiere por tanto de una garantía de que las «elecciones» de productos y servicios nos van a llevar a resultados que reflejen la «voluntad popular» de los consumidores.

Los sistemas electorales, en lo político, son considerados justos no precisamente por el sentido de sus resultados, sino por la transparencia con la que dichos resultados se obtienen. Un sistema es democrático no porque elige al mejor gobernante, sino por que elige al que la mayoría quiso elegir. De la misma manera un sistema de mercado debe de ser considerado justo no por sus resultados concretos, por el éxito de un producto sobre otro, sino porque estos resultados reflejen las preferencias concretas de los con-

sumidores. No se trata de juicios de valor sobre lo que se decide, sino de la posibilidad de elegir libremente como valor en sí mismo. De allí se deriva el grado de institucionalización: de la confianza que despierta en los ciudadanos como sistema transparente, que trata igual a las personas y en el que a cada uno se le permite hacer lo mejor que pueda.

La confiabilidad que el sistema político debe generar se sustenta en la existencia de un Poder Electoral autónomo y técnico, capaz de resistir la presión política, ajeno a la decisión de coyuntura y con capacidad de considerar su propia institucionalidad como el valor más importante a proteger.

Un sistema económico requiere también de una actuación estatal autónoma y técnica, que no fuerce o determine resultados específicos, sino que deje ello a los agentes económicos, teniendo una capacidad real de resistir no solo la presión política, sino la presión de los grupos económicos, y que confía en el desarrollo de la institucionalidad como su función principal, no dejándose capturar por la coyuntura del momento.

Así el rol del Estado frente al mercado se asemeja al del árbitro de una competencia deportiva. Si bien hay reglas escritas, se requiere alguien que las aplique generando confianza y respeto entre los jugadores. Las reglas no condicionan un resultado, sino que establecen un marco para que sean los equipos los que lleguen al resultado.

La visión en la que se deben basar las políticas de competencia actualmente debe ser contrastada y diferenciada de una concepción intervencionista del Estado. La constatación más evidente que se deriva del derrumbe de los modelos intervencionistas es la incapacidad del Estado para hacer prácticamente cualquier cosa. Y ello debería ser su fundamento conceptual. El Estado es una estructura incapaz de crear y responder a incentivos para desarrollar una actividad eficiente. Parecería que es el sector privado el que siempre puede hacer todo mejor. Sin embargo, hay algunas cosas que, aunque el Estado haga mal, debe seguir haciendo: la seguridad interna y externa, la provisión de bienes públicos, la emisión de moneda, la persecución penal de los delincuentes, la solución de conflictos entre particulares que no han encontrado un mecanismo alternativo, son algunos ejemplos. Hoy día, sin embargo, hacer esta lista es cada vez más difícil. Día a día son más las cosas que dejamos de lado como «inherentemente estatales» e incluso muchos de los ítems señalados están bajo una inmensa sombra de duda.

Un área en la que estas dudas son enormes es el Derecho de la Competencia o las normas antimonopolios. ¿Debe el Estado intervenir, perseguir y sancionar los monopolios? ¿O sólo debe sancionar ciertas prácticas desarrolladas por ellos? ¿No puede acaso el mercado solucionar estos problemas de mejor manera? ¿No sería mejor olvidarnos de esta función del Estado? En otras palabras: ¿debe la caída del muro de Berlín arrastrar tras de sí

este rol del Estado, dejando a los mecanismos de mercado en total libertad para crear y destruir los monopolios?

Históricamente, las regulaciones antimonopólicas han sido una suerte de pariente cercano del intervencionismo estatal. Es más: gran parte del discurso ideológico del socialismo se ha basado en la necesidad de destruir los monopolios privados, que son una suerte de «creación natural» del sistema de mercado. Por ello, muchas legislaciones y la jurisprudencia de diversos países han considerado que las regulaciones antimonopólicas son un mecanismo para destruir a las empresas grandes. Ello llevaba a considerar que era el Estado el que mejor podía decidir cuál era el tamaño óptimo de una empresa y que, en consecuencia, el mercado era incapaz de llevar a cabo esta misión.

El gran problema con esta aproximación es que aquello que llamamos «tamaño» suele ser el nombre lego que le damos a un concepto más técnico: el de eficiencia. Las empresas crecen normalmente cuando son más eficientes que sus competidores y no pueden mantener su tamaño cuando se tornan más ineficientes. El Estado debía, entonces, discriminar entre situaciones en que el tamaño obedecía a la eficiencia de la empresa y las extrañas excepciones en que ello no era así, labor prácticamente imposible de cumplir con precisión.

Lo que hemos dicho no difiere, en su esencia del intervencionismo estatal en las concepciones de economías centralistas y socialistas. Pero además, esta posición ideológica generaba una antinomia en su interior: al destruir a las empresas grandes, aumentaba su propia intervención en la actividad económica. Y normalmente, dicha intervención tenía carácter monopólico, principalmente mediante la reserva en favor del Estado de determinadas actividades o sectores calificados de las más diversas maneras (sectores estratégicos, actividad inherente al Estado, servicios básicos, bienes de primera necesidad, etc). Sin embargo, si el monopolio privado puede ser malo, el estatal es peor, pues carece por completo de los incentivos que el sector privado sí tiene para un comportamiento eficiente.

Las similitudes que pueden llegar a existir entre el sistema socialista y las regulaciones antimonopólicas son preocupantes. Si a ello agregamos que frente a la caída del modelo intervencionista, sus fieles seguidores tratan de ubicarse, precisamente en áreas como las regulaciones antimonopólicas, Derecho ambiental o protección al consumidor, que aún mantienen un aceptado grado de intervención estatal[1], descubriremos los riesgos a los que estamos expuestos.

---

1. Por ejemplo, cuando se discutía la nueva Ley Antimonopolios, un socialista radical como Javier Diez Canseco mostró un inusitado interés sobre el tema, proponiendo

No queremos, sin embargo, decir que no debe existir algún grado de intervención del Estado, pero éste debe ser totalmente residual, referido a situaciones groseramente ineficientes. Trazar dicha línea es sumamente difícil.

## I. EL MARCO GENERAL PERUANO DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA.

Sobre estas premisas se creó en el Perú todo un marco dirigido a que sean los consumidores los soberanos en las decisiones económicas. Para ello se tomaron básicamente dos medidas.

En primer lugar se liberalizó la economía. A partir de 1990 se inició un dramático proceso de cambio que importó abrir el país al comercio exterior, eliminar limitantes institucionales a la inversión, eliminar controles de precios, calidades y condiciones, liberalizar el tipo de cambio y el flujo de divisas, entre otras. Los cambios en materia económica situaron el caso del Perú como uno de los procesos de liberalización más agresivos de la región.

En segundo lugar se creó un marco legal en principio capaz de corregir las distorsiones que puedan darse en la capacidad de los consumidores de hacer oír su voz en el mercado. Así, a la creación de un marco regulatorio completo (que incluyó la creación de organismos reguladores específicos para el tema de los servicios públicos[2]) se sumó la creación del INDECOPI.

El INDECOPI es una suerte de *holding* promotor de la competencia. En tal sentido no existe en el mundo un modelo similar. Lo que se hizo es colocar bajo un mismo techo a una serie de organismos autónomos y técnicos de decisión de temas vinculados al buen funcionamiento del mercado y una administración común, presidida por un Directorio, que permite un ahorro substancial de recursos en términos de brindar a estos organismos autónomos el apoyo logístico, de comunicaciones y de promoción necesarios. Pero esta administración carece por completo, al menos formalmente, de competencia para resolver temas funcionales. Así, no deciden los casos, pero supuestamente velan por la autonomía de quienes sí lo hacen.

---

medidas tan absurdas como que toda empresa con una participación superior al 15% del mercado debía ser dividida. Lo más curioso es que para ello citaba el caso de las regulaciones antimonopólicas de los EE.UU., que nunca han tenido norma semejante.

2 OSIPTEL para telecomunicaciones, OSINERG para todo lo que es energía (eléctrica e hidrocarburos), OSITRAN para infraestructura de transporte y SUNASS para agua y saneamiento.

Al lado del área administrativa, el área funcional se encarga de decidir los casos vinculados a una serie de temas diversos que tienen en común contribuir elementos básicos para un buen funcionamiento del mercado.

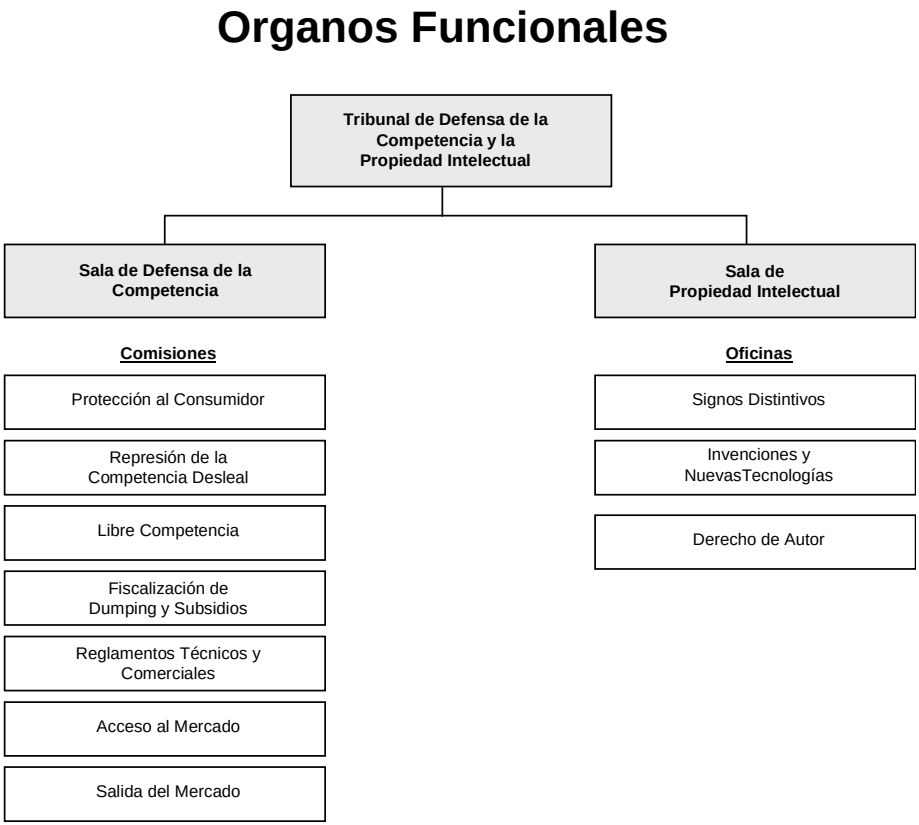
El área funcional está dividida a su vez en dos sub-áreas: la de propiedad intelectual (integrada por la Oficina de Signos Distintivos, La Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías y la Oficina de Derechos de Autor) y la de competencia. Esta unión bajo el mismo techo de temas de propiedad intelectual y temas de competencia ha permitido la creación de sinergias que reducen los riesgos de la creación de barreras de acceso al mercado o limitaciones a la libre competencia por medio de las normas de protección a la propiedad intelectual.

El área de Competencia está integrada por siete Comisiones. Estas Comisiones son una suerte de Directorios, encargados de decidir los casos de los diversos temas, y que cuenta cada una con el apoyo de una Secretaría Técnica que brinda el apoyo en la investigación y preparación del expediente.

Las Comisiones son: La Comisión de Libre Competencia, encargada de lo que normalmente conocemos como normas antimonopolio, la Comisión de Acceso al Mercado, encargada de eliminar las barreras burocráticas creadas por el propio Estado a la competencia ante las denuncias de las empresas y ciudadanos, la Comisión de Fiscalización de *Dumping* y Subsidios, encargada de imponer los derechos *antidumping* o derechos compensatorios en caso de prácticas desleales en el comercio exterior, la Comisión de Reglamentos Técnicos, encargada del sistema de normalización, dación de normas técnicas, acreditación de laboratorios encargados de emitir certificaciones de calidad, y eliminación de barreras paraarancelarias al comercio mediante la declaración de ilegalidad de aquellas disposiciones del gobierno que creen barreras al comercio exterior, la Comisión de Represión a la Competencia Desleal, encargada de aplicar la legislación de competencia desleal y las normas de supervisión publicitaria, la Comisión de Protección al Consumidor, encargada de garantizar una adecuada información a los consumidores y de la idoneidad de los bienes y servicios ofrecidos a los consumidores finales y la Comisión de Salida del Mercado, encargada de administrar los procesos de insolvencia de empresas, teniendo a su cargo el manejo de las normas concursales peruanas.

Encima de las oficinas de propiedad intelectual y las comisiones del área de competencia, existe un Tribunal que conoce, en segunda instancia administrativa, las apelaciones que se planteen contra las decisiones. Este Tribunal tiene a su vez dos Salas: la de Propiedad Intelectual que resuelve los casos de las Oficinas, y la de Competencia, que resuelve los casos de las

Comisiones. Las decisiones del Tribunal pueden ser impugnadas en el Poder Judicial mediante el Proceso Contencioso Administrativo.




Esta segunda instancia común para todos los temas es uno de los aportes más interesantes del INDECOPI. Permite que las decisiones en varias áreas con obvias vinculaciones por su rol para el buen funcionamiento del mercado, se basen en principios comunes. Así, por ejemplo, el Tribunal vela porque las normas de protección al consumidor, competencia desleal o supervisión publicitaria no sean aplicadas de manera tal que creen barreras de acceso al mercado o limiten la libre competencia. Los principios de libre competencia influyen la manera como se resuelven los casos de *dumping* o de subsidios, velando no solo por la industria nacional, sino por el derecho a elección de los consumidores. Se vigila que los mecanismos de normalización no se conviertan en formas ocultas de limitar la libre competencia. Incluso en el manejo del esquema concursal, se busca que se discrimine a las empresas que deban salir del mercado de aquellas que son viables, garanti-

zando el derecho de los consumidores de definir, en última instancia, la salida o permanencia de empresas en el mercado.

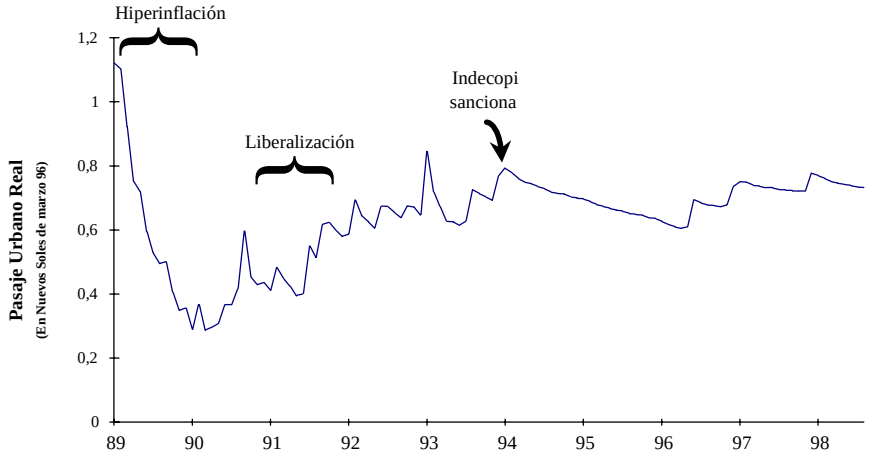
Este esquema permite además una gran capacidad de coordinación entre los organismos y la posibilidad de diseñar e implementar estrategias comunes que velen por el cumplimiento de todos los requisitos para que los diversos mercados puedan funcionar correctamente.

Como se ha explicado, dentro de los órganos funcionales del INDECOPI se encuentra la Comisión de Libre Competencia, encargada de la aplicación de las normas de promoción de la competencia o normas antimonopolio[3]. Las decisiones de la Comisión son apelables, como ya se dijo, ante la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI.

Sin embargo, y como se ha evidenciado en los últimos años, el INDECOPI enfrenta una serie de debilidades institucionales, que pueden ser preocupantes si se tiene en cuenta el nivel de funciones y de poder que concentra. Más adelante se evaluarán esos problemas y los riesgos que significan, especialmente si se le añaden más funciones, especialmente aquellas que pueden dotar a la institución de una exagerada discrecionalidad.

**CUADRO A**

**Competencia en el Mercado de Transporte Urbano**




Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática. Elaboración: Indecopi

3. Decreto Legislativo N.º 701, de fecha 5 de noviembre de 1991, y que ha sido objeto de diversas modificaciones, siendo las principales las contenidas en el Decreto Legislativo 788 de fecha 29 de diciembre de 1994 y Decreto Legislativo 807 de fecha de fecha 16 de abril de 1996.

Sin duda la principal medida que se adoptó en el país para permitir que la libre competencia genere bienestar para los consumidores fue liberalizar la economía, eliminar barreras de acceso al mercado y confiar más en las leyes de oferta y demanda y menos en la capacidad del Estado de sustituir las decisiones de las empresas y de los consumidores.

Pero ello no es suficiente. Un proceso de liberalización económica debe ir acompañado de la creación de un marco que garantice que la actividad privada no creará distorsiones al buen funcionamiento del mercado. Esto se puede apreciar con toda claridad en los ejemplos que mencionamos a continuación.

En el Cuadro A se muestra la evolución del precio real, (moneda constante), del transporte público en Lima Metropolitana. Nótese que hasta antes del primer trimestre del año 1989 el precio real se venía elevando de manera constante. Es importante señalar que ese período de elevación del precio corresponde a la época de regulación de precios por parte de la autoridad administrativa. Así, durante la época de regulación estatal los precios subieron en perjuicio de los consumidores. Sin bien se aprecia en el primer trimestre de 1989 una dramática caída de los mismos, ello fue como consecuencia del desbocamiento del proceso hiperinflacionario que llegó a índices de casi 60% mensuales. Ante tal nivel de inflación no hubo sistema de aprobación de tarifas que pudiera mantener los niveles de precios de pasaje urbano a los niveles anteriores.

En agosto de 1990 se inicia el proceso de ajuste y de paulatina liberalización de todos los sectores económicos. A mediados de 1991 se da el Decreto Legislativo 651 que liberaliza el sector transporte tanto en reglas de acceso para prestar el servicio como en las tarifas, que quedan sujetas a las reglas de oferta y demanda. Es importante notar cómo el sistema competitivo mantuvo las tarifas por debajo de los niveles de la época de la regulación de precios.

Los transportistas sustituyeron la regulación estatal por un sistema de cartelización que anunciaba públicamente los precios que debían pagar los consumidores. A pesar que consiguió elevar los niveles reales de precio, no llegaron siquiera a acercarse a los precios que obtenían durante la época de regulación estatal de tarifas. La capacidad de *lobby* frente a la administración era más efectiva para elevar la tarifa que la capacidad de fijarla mediante un cartel.

A fines de 1993 el INDECOPI inició una investigación por fijación concertada de los precios por parte de los transportistas. Luego de tal acción la tarifa comenzó a caer, producto principalmente del proceso competitivo y del desmantelamiento del cartel.

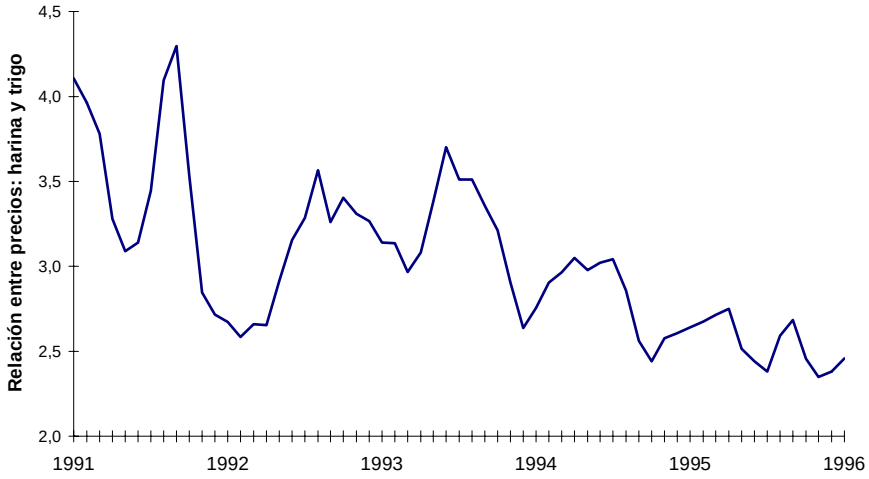
Se pueden obtener algunas conclusiones claras. La primera es que el sistema de control tarifario generó, probablemente por la capacidad de *lobby* o corrupción de los transportistas frente a la autoridad, tarifas superiores a las de competencia. A pesar de ello aún muchos sectores exigen que existan sistemas de control de tarifas en el transporte. La segunda es que la acción iniciada contra los transportistas por concertación de precios adelantó un proceso que quizás el mercado hubiera podido generar en plazos más largos.

Otro caso interesante es el que se muestra en el Cuadro B sobre el mercado de harina. El cuadro muestra la evolución en el tiempo del ratio resultante de dividir el precio local de la harina producida en el Perú frente al precio internacional del trigo. Antes de mediados de 1991, con una política comercial restrictiva que limitaba la importación de harina, se reflejaba un ratio de hasta 4.2. Es decir que los molinos locales se encontraban en capacidad de convertir cada centavo de trigo en más de cuatro centavos de harina, mostrándose así su poder de mercado. Luego de la liberalización y apertura de la economía peruana dicha capacidad cayó a un ratio incluso menor a 2.4, consecuencia principalmente de la exposición a la competencia potencial de harina extranjera. Como se puede apreciar fue la política de apertura de la economía la que realmente limitó la capacidad de los molinos de fijar el precio. Sin embargo, una elevación del precio de la harina ocurrida en el primer semestre de 1995 desató una serie de protestas en la población y en varios sectores políticos, incluido el gobierno. En paralelo una investigación del INDECOPI demostró que las empresas harineras habían concertado el precio, lo que explicaba el incremento del ratio de 2.6 a 2.8 en la primera mitad de 1995, un problema menor si comparamos la caída de 4.2 a 2,6 generada en solo dos meses como consecuencia de la apertura comercial.

**CUADRO B**

**Relación entre precios: harina y trigo**

**(1991- 1996)**




Fuente: BCR Elaboración: Indecopi

Como hemos podido ver la acción de las normas de libre competencia termina siendo complementaria a la liberalización del mercado, pero evidentemente no pueden sustituirla en la misión que tiene tal liberalización en crear mejores condiciones para los consumidores.

## II. EL PROBLEMA QUE ENFRENTA EL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

Un punto importante se refiere al enfoque que debe utilizarse para formular y aplicar una ley antimonopolios. Nunca debe dirigirse a atacar los monopolios en sí mismos, sino las prácticas monopólicas. Esta es la tendencia que, en distintos grados y con algunas excepciones, sigue en la legislación europea y la que ha venido adoptando, en los últimos tiempos, la jurisprudencia norteamericana.

Dentro de un mercado se produce un monopolio (o un oligopolio, monopsonio u oligopsonio)[4] cuando se cumple una serie de condiciones. Estas condiciones son las siguientes:

---

4. Se entiende por oligopolio la existencia de pocos ofertantes de un bien o servicio. Un monopsonio implica la existencia de un solo demandante o consumidor, a diferencia del monopolio, que se refiere a un solo ofertante o proveedor. Finalmente, un oli-

### 2.1 Número de ofertantes en el mercado

En primer lugar, no debe existir el número suficiente de ofertantes o demandantes en el mercado como para impedir que alguno (o algunos) puedan influir de manera determinante en el proceso de formación de precios. Así, en el caso del monopolio, la empresa se encuentra en una posición que le permite restringir la producción, creando un desbalance entre la demanda real en el mercado, dado el costo marginal de producción del producto[5], y la oferta. Lo que hace es generar una escasez artificial de bienes.

Normalmente, el precio tiende a elevarse en tanto un bien o servicio se torna más escaso. El problema con el monopolio es que el proveedor de dicho bien o servicio, por su participación en el mercado, está en capacidad de generar él mismo la escasez. Ello tiende a elevar el precio a un nivel en el que el monopolista maximiza su utilidad (precio monopolístico), y que se encuentra por encima del precio de equilibrio que resultaría si el mercado fuera competitivo[6]. Esta restricción en la producción reduce las opciones de los consumidores y los obliga a pagar precios más altos, generando una asignación ineficiente de recursos. Esta posibilidad de afectar el precio o las condiciones del mercado es lo que se conoce como la «posición de dominio en el mercado».

El problema con el monopolio (o sus parientes, el oligopolio, el monopsonio y el oligopsonio) no radica tanto en el precio superior que tienen que pagar los consumidores, sino en la restricción de la producción. Si bien el precio y la escasez son las dos caras de una moneda, la elevación del precio en sí mismo sólo genera un efecto redistributivo, es decir tendremos proveedores más ricos y consumidores más pobres, pero ello es un problema de justicia social, no de eficiencia. El problema real es la restric-

---

gopsonio se da cuando existen muy pocos demandantes o consumidores de un bien o servicio.

5. El costo marginal es el monto que cuesta producir una unidad adicional de un producto. Así, si el costo total de producir cinco unidades es S/. 100 y el de producir seis unidades es S/. 115, el costo marginal de la sexta unidad es de S/. 15. Como veremos más adelante, el concepto de costo marginal es central, pues en un mercado competitivo el precio de equilibrio debe ser igual al costo marginal. El problema del monopolio es que el monopolista, en base a la concentración de poder económico, está en la capacidad de fijar un precio por encima del costo marginal, lo que produce una mala distribución de recursos en perjuicio de los consumidores y, en general, de la sociedad en su conjunto.

6. Si el mercado fuese uno de competencia perfecta, el precio tendería a ser igual al costo marginal.

ción en la producción. Como el monopolista produce menos, satisface a menos consumidores haciéndole perder bienestar a la sociedad.

Es deseable que aquellos consumidores que valorizan el bien por encima de su costo, lo adquieran, pues, de esta manera tendremos una asignación de recursos a usos más valiosos. Si al productor le cuesta S/. 100.00 producir un bien, y el consumidor lo valoriza en S/. 105.00, es deseable que transfiera, generando así una ganancia social de S/. 5.00. El mercado de competencia genera la tendencia a que el precio de los bienes iguale su costo, pues los competidores, por ganar más ventas, irán reduciendo el precio hasta llegar al piso, es decir el costo marginal. Debajo de él, vende a pérdida, y quien vende continuamente a pérdida, saldrá del mercado en el mediano o largo plazo.

Cuando el monopolista ejerce su poder de mercado, puede, por la vía de la restricción en la producción, fijar un precio superior al costo de producción (costo marginal) y por dicha vía, obtener ganancias monopolísticas. Sin embargo, al subir el precio a, por ejemplo, S/. 150.00 (a pesar de que el bien sólo le cuesta S/. 100.00), está alejando del consumo del bien a los consumidores que, por ejemplo, sólo valorizan en S/. 105.00 el mismo. Estos ya no lo comprarán, a pesar de que la transferencia sería, en términos económicos, eficiente.

### 2.2 Barreras de entrada al mercado

Una segunda condición es que existan barreras que impidan la libre entrada de competidores al mercado. El mayor enemigo del monopolio es, precisamente, la competencia. Al poder la empresa con posición de dominio fijar el precio monopolístico, está obteniendo una utilidad superior a la que obtendría en un mercado competitivo. Pero si los recursos, en una sociedad, pueden moverse de manera flexible, las ganancias monopolísticas crearán incentivos a otros productores para entrar en el mismo mercado. Se importarán los mismos bienes o se instalarán nuevas fábricas. Esta entrada de producto irá, paulatinamente, aumentando la cantidad ofertada hasta que se llegue a una situación en que la oferta responda a la demanda. Todo este proceso conduce a una reducción del precio monopolístico hacia el precio de competencia, y que, en términos económicos, debe ser igual al costo de producción o costo marginal. En este sentido, el propio monopolio lleva a su propia autodestrucción a través de los incentivos que crea la entrada de nuevos ofertantes.

La apertura de un mercado, la liberalización de la economía, la reducción de los costos para formar empresas, la desaparición de barreras paraarancelarias, etc., son mecanismos inmensamente más efectivos para

acabar monopolios que la más sofisticada legislación antimonopólica. Además, generan mecanismos mucho más efectivos para discriminar entre monopolios buenos y monopolios malos.

Si existen barreras que limiten la entrada de nuevos productores, el monopolio subsistirá. Estas barreras pueden ser de distintos tipos: la propia estructura del mercado (monopolios naturales), la regulación estatal, o las prácticas monopólicas o restrictivas de la competencia por parte de las empresas. Estas últimas conforman el área de acción de una legislación protectora de la competencia. Sin embargo, se han tejido mitos absurdos sobre la naturaleza de estas barreras creadas por prácticas de las empresas. En realidad, sólo las circunstancias muy excepcionales pueden darse prácticas de empresas que constituyan una auténtica barrera de acceso al mercado por parte de competidores.

Muchas veces, se considera como barrera artificial la mejor capacidad para competir de una empresa. Sin duda, la eficiencia de un producto puede ser la mayor barrera de acceso a un mercado, pues ella hace difícil que los consumidores cambien sus preferencias por los nuevos productos. Ello, lejos de ser negativo, es la mayor virtud del mercado: permitir que alguien triunfe, incluso a costa de quebrar a sus competidores. Es por ello por lo que no se debe atacar el monopolio en sí mismo. El tamaño de una empresa puede ser una expresión de su mayor eficiencia, lo que es finalmente un objetivo deseable.

### 2.3 Inexistencia de bienes sustitutos adecuados

Una tercera condición es que los productos en el mercado monopolístico no tengan sustitutos adecuados, de manera que prácticamente la única opción del consumidor está entre consumir o no consumir el bien, sin poder recurrir a un sustituto para satisfacer sus necesidades.

Dentro de este contexto, el efecto del monopolio se da en la reducción de las posibilidades de elección de los consumidores, quienes se ven obligados a pagar un precio superior al que determinaría la libre competencia por un producto dado, o simplemente se ven obligados a dejar de consumirlo. Por lo tanto, toda legislación dirigida a combatir el monopolio debe orientarse desde el lado de los beneficios que el consumidor pierde al ver restringida su libertad de elección.

Debe quedar muy claro que el objetivo de la legislación antimonopolios no es proteger a las empresas chicas ni destruir a las empresas grandes. Al destruir empresas grandes, podríamos estar destruyendo la eficiencia derivada de una economía de escala, y ello, sin perjuicio de beneficiar a los competidores de la empresa, daña a los consumidores.

Desde la perspectiva del consumidor, no siempre el monopolio es malo. En los casos de «monopolios naturales», el consumidor puede recibir un beneficio de la existencia de un solo ofertante en el mercado.

Frente a las dimensiones de la demanda en un mercado dado, puede ser que la existencia de una sola empresa sea necesaria para minimizar los costos de producción y, por consiguiente, el precio. Ello es especialmente cierto en industrias (como la producción de energía eléctrica o los teléfonos) donde los costos fijos son desproporcionalmente altos en relación a los costos variables. A fin de poder alcanzar economías de escala que minimicen los costos, es necesario que existan pocas empresas o quizás una sola. El monopolio natural, cuando es lo más eficiente, es consecuencia de la propia competencia, pues aquella empresa que pueda minimizar sus costos podrá reducir sus precios y así quedar sola en el mercado. Esto la hace más competitiva y paulatinamente la propia competencia irá eliminando a las empresas cuyas dimensiones y escala de producción resultan ineficientes en un mercado dado.

Dentro del marco que venimos analizando, es sumamente difícil identificar cuándo un monopolio se forma porque la empresa es capaz de minimizar los costos de producción frente a sus competidores o es consecuencia de alguna barrera artificial que impide la entrada de otros competidores al mercado. Esto se debe al excesivo costo administrativo (para el aparato estatal) que puede implicar determinar el origen y eficiencia del monopolio. En consecuencia, no se puede establecer claramente cuáles monopolios son eficientes y cuáles no. Sin embargo, es muy difícil que una empresa esté realmente en capacidad de crear barreras suficientemente efectivas como para mantener su monopolio artificialmente. Muchas veces se ha pensado que prácticas como inversión de capital, integración vertical, inversión en publicidad u otros casos similares son barreras cuestionables de entrada al mercado de competidores y, por tanto, deben ser sancionadas. Ello no es así. Todos esos casos son expresiones de una mayor eficiencia productiva. Sin duda, cuanto más eficiente sea una empresa, mejor se posicionará en el mercado. Cuanto mejor se posicione será más difícil que entren competidores. Pero de ello no se deriva que se esté creando una barrera ilícita. Es más difícil competir contra empresas eficientes. Ello dificulta la entrada de nuevas empresas. Pero dicha dificultad es deseable y es precisamente la base misma de todo el sistema de mercado, pues para mantenerla, la empresa tiene que realizar inversiones que favorecen al consumidor.

La distintas experiencias históricas han llegado a determinar que la propia competencia es un mecanismo más efectivo para discriminar los monopolios buenos de los malos, porque en un sistema de competencia pura, es el propio mercado el que elimina monopolios ineficientes y autogenera los monopolios eficientes.

Los costos administrativos que enfrentan los aparatos estatales para discriminar monopolios convenientes de monopolios inconvenientes se derivan, principalmente, de la dificultad de identificar el costo marginal de producción de un bien o servicio. Si asumimos que en un sistema de mercado perfecto, el precio será determinado por el costo marginal, para establecer que existe algún grado de monopolio y que éste está afectando a los consumidores, bastaría determinar cuál es el costo marginal de producción y ver si el precio que cobra está o no por encima de dicho costo. El problema es que la determinación del costo marginal es algo sumamente complejo, dada la cantidad de variables involucradas. El costo marginal no es un costo que se refleje contablemente. Es un costo económico. Si se produce una inundación que destruye una carretera, ello puede afectar el costo marginal del arroz. Si sube el precio de la gaseosa, puede afectarse el costo marginal de la cerveza. Una huelga de ferrocarriles puede llevar a variaciones del costo marginal de los minerales. En un mundo complejo e interrelacionado como el nuestro, hasta una derrota de la selección en un mundial de fútbol puede afectar el costo marginal de una variedad inmensa de productos y servicios.

Sólo para tener una idea de la complejidad en el cálculo, podemos citar el fracaso de las economías socialistas. La idea básica que inspira una economía planificada es que es posible identificar administrativamente (por parte del aparato estatal) el costo marginal de un nivel dado de producción. Las economías socialistas intentan encontrar este costo marginal para poder determinar cuánto es razonable producir de un bien en una sociedad. El descalabro económico de este sistema se fundamenta, principalmente, en errores de cálculo de cuál debe ser el costo marginal de cada producto y servicio a ser consumido. Curiosamente, a ello contribuyeron los aportes de la economía neoclásica. Los economistas clásicos fueron los creadores de una serie de elementos matemáticos y conceptuales que permitían pretender calcular elementos como el costo marginal: las curvas, las derivadas y los cálculos econométricos fueron los instrumentos que llevaron a los economistas a pensar que era posible obviar al mercado. Este error llevó a la construcción del muro y, paradójicamente, a su propia destrucción.

En el plano teórico desarrollado, un sistema que elija atacar el monopolio en sí mismo, se enfrenta al reto «kafkiano» de incurrir en altos costos administrativos para determinar si el monopolio es eficiente y si el precio refleja el costo marginal. Una vía más directa es atacar aquellas prácticas que generan artificialmente barreras de entrada al mercado o mecanismos de eliminación de competidores, y que evitan eventualmente que sea la propia competencia la que termine por eliminar el monopolio.

Un error similar es el que conduce a las agencias antimonopolios a atacar las llamadas prácticas explotativas, y en particular los llamados precios excesivos o precios abusivos. Algunas agencias (preocupantemente el propio INDECOPI) consideran que a veces el uso del poder monopólico para subir precios debe ser considerado una práctica ilegal. Ello es, en nuestra opinión, un error legal y económico. Legal porque no hay facultades constitucionales ni legales para hacerlo, como veremos más adelante. Pero es además un error económico porque no tiene sentido usar esa vía, salvo que estemos frente a casos regulatorios que, como vimos en la sección anterior, tienen otro enfoque y otra solución.

En sentido estricto, la idea no es una ley antimonopolio, sino una ley pro-competencia que proteja el funcionamiento de los mecanismos de mercado. Desde este punto de vista, el texto del artículo 61 de la Constitución de 1993[7] y el propio Decreto Legislativo 701 aciertan en no atacar los monopolios, sino las prácticas monopólicas. En esto hay una diferencia sustancial con el artículo 133 de la Constitución de 1979[8], que sí pretendía prohibir los monopolios, a pesar de que, ante el dictamen definitivo y concluyente de la realidad, los monopolios seguían existiendo.

Además, la Constitución de 1993 tiene un acierto adicional al prohibir los monopolios legales. De hecho, ese tipo de monopolios es el peor, pues no puede ser eliminado por el mercado. Si la ley le concede directa o indirectamente un monopolio u oligopolio a alguien, los mecanismos de mercado no podrán generar más eficiencia. O mejor dicho, no podrán generar eficiencia legalmente. Un efecto de ello es la aparición de la economía informal, o de actividades ilícitas como el contrabando, y que terminan siendo una expresión de las fuerzas de mercado presionando por la ruptura de un monopolio que finalmente no pueden destruir legalmente, pero sí debilitar económicamente.

Si la empresa de aviación del Estado es la única que puede, por mandato legal, brindar el servido de vuelos domésticos, la entrada de nuevas empresas no será posible y el monopolio será, además de negativo, eterno. Además, no se tratará de un monopolio que base su existencia en su propia eficiencia o en haber alcanzado economías de escala. Se basará, simplemen-

---

7. Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes y monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

8. Artículo 133.- Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil. La ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes.

te, en una decisión política que podrá obedecer a razones tan diversas como la incompetencia o el deseo de conceder beneficios a un grupo determinado en perjuicio de todos los demás.

Parece claro, entonces, cuál debería ser el enfoque de la legislación y su aplicación. Pero allí no termina todo. Debemos definir qué instrumentos nos permitirían llegar al fin deseado, es decir, promover la libre competencia; no basta saber qué se quiere lograr. Debemos saber, además, cómo hacerlo. La legislación antimonopolio es, como toda norma legal, un instrumento jurídico. Sin embargo, su funcionalidad sólo puede ser entendida en términos económicos y por ello su interpretación, antes que un mecanismo de hermenéutica, es una forma de entender y aplicar los principios económicos básicos. Ello plantea un nuevo reto que trataremos de explicar a continuación.

## III. LOS FINES DE LA LEGISLACIÓN DE PROMOCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA.

En sus inicios la autoridad de competencia peruana fue clara en definir, en base al marco conceptual anteriormente descrito, los fines de la legislación. Así, se ha descartado aquellas interpretaciones que sugieren que el objetivo era proteger a las pequeñas empresas, garantizándoles o al menos apoyando su subsistencia ante el riesgo de que se consoliden grandes conglomerados económicos que concentrarán un excesivo poder económico. Lamentablemente tal aproximación cambió en los últimos tiempos.

La autoridad peruana consideró que el objetivo real es el bienestar del consumidor a través de la eficiencia económica. Así, si el monopolio resulta siendo la manera más adecuada de producir dada las condiciones de mercado, no debe ser una preocupación de la autoridad competente que tal monopolio exista, sin perjuicio del monitoreo que corresponderá para evitar casos de abuso de una posición de dominio.

La idea es que al aplicarse la legislación antimonopolios el fin último sea la mejora en el bienestar de los consumidores. Como bien dice el propio Bork[9]:

> «El bienestar del consumidor es mayor cuando los recursos económicos de la sociedad son asignados de tal manera que los consumidores están en posibilidad de satisfacer sus necesidades de manera tan completa como

9. Bork, Robert H. The *Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself. New York: The Free Press*, 1993, pp. 90-91.

> lo permita las limitaciones tecnológicas. El bienestar del consumidor, en este sentido, es simplemente otro término para la riqueza de la nación.
>
> (...)
>
> El bienestar del consumidor, como es usado el término en la legislación antimonopolios, no tiene un componente ético, sino que permite a los consumidores definir mediante la expresión de sus necesidades en el mercado qué cosas consideran ellos riqueza.
>
> El rol de las normas antimonopolios reposa entonces en la etapa del proceso económico en la que la producción y la distribución de bienes y servicios son organizados de aquella manera que corresponde con la escala de valores que los consumidores eligen por su preferencia relativa a comprar. La misión de la ley es preservar, mejorar y reforzar el poderoso mecanismo económico que compele a las empresas a responder a los consumidores.»

Así, como ya se dijo, es mejor hablar de una ley «pro-competencia» antes que de una ley antimonopolios. Lo importante es reforzar la soberanía del consumidor y ello no necesariamente requiere preservar numerosas empresas pequeñas en el mercado. Por ello las concentraciones de poder económico en el mercado son legítimas en cuanto respondan a la habilidad de las empresas para ganarse las preferencias de los consumidores.

Una práctica no es ilegal porque conduzca a la salida de un competidor del mercado. En el fondo es precisamente una de las consecuencias naturales y que pueden esperarse de una atmósfera competitiva. La ilegalidad se encontrará en realidad en que la práctica esté reduciendo la posibilidad de otra empresa de ganar legítimamente y en función a su propia capacidad, las preferencias de los consumidores.

Dentro de esta línea de acción, el INDECOPI tuvo cuidado en preservar un equilibrio entre tratar de conseguir competencia de precios, pero sin reducir los incentivos para innovar y competir. La competencia no es un fenómeno unidimensional. Las empresas no solo compiten por mejores precios, sino por mejores productos o por medio de mayor inversión e innovación. La protección de aquellos beneficios obtenidos por las empresas en base al uso de sus derechos de propiedad, sus innovaciones o su inversión deben de ser preservadas para un adecuado funcionamiento del mercado, incluso en el supuesto en que ello pueda implicar reducción en los incentivos para competir sobre precios.

Un caso que grafica esto fue el procedimiento iniciado por Vicente Torres Marcani y otros contra la Empresa de Mercados mayoristas S.A., el Sindicato Central Único de Transportistas Manuales del Mercado mayorista N.º 1 y la Asociación de Transportistas Manuales «Tupac Amaru», re-

suelto por el Tribunal del INDECOPI[10]. El mercado mayorista Nº 1 era el principal centro de distribución mayorista de verduras en Lima. Los clientes que asistían al mismo contrataban a los llamados «carretilleros», personas que con una carretilla los acompañaban a hacer sus compras para cargarlas y llevarlas luego a su vehículo. Dos asociaciones de carretilleros suscribieron un contrato con la empresa administradora del Mercado para que solo sus agremiados pudieran brindar el servicio al interior del mercado, lo que ocasionó la denuncia de otro gremio representativo de otros carretilleros, cuyo ingreso no era permitido ya al Mercado.

La Comisión de Libre Competencia declaró fundada la denuncia en primera instancia bajo la premisa que la exclusión de un grupo de carretilleros limitaba la competencia. El Tribunal revocó la resolución y declaró infundada la denuncia a partir del hecho que la posibilidad de limitar el acceso al mercado para prestar el servicio de carga era el legítimo ejercicio del derecho de propiedad del titular del mercado, pues de lo contrario el mercado se volvería un «bien común», perdiéndose los incentivos para una adecuada inversión y mantenimiento de la infraestructura existente, pues era evidente que los espacios comunes del mercado no podían soportar un número infinito de carretilleros[11].

## IV. LA REGLA *PER SE* Y LA REGLA DE LA RAZÓN.

Como hemos visto, los costos administrativos son un componente central para establecer el sistema de protección estatal de la libre competencia. Un sistema que requiera aparatos estatales demasiado sofisticados aumenta las posibilidades de errores y nos acerca más al fracaso. Si lo que se persigue son las prácticas monopólicas y restrictivas de la libre competencia (y no el monopolio en sí mismo), existen dos formas de analizar estas prácticas para poder calificarlas como ilegales.

### 4.1 La regla de la razón

Una primera posibilidad es aceptar las prácticas razonables, es decir aquellas que si bien pueden aparecer, a primera vista, perjudiciales a la

10. Resolución N. º 081-96-TDC de fecha 6 de noviembre de 1996.

11. Así, el Tribunal estableció textualmente lo siguiente: «(…) La Sala considera que el acuerdo en cuestión conlleva una limitación consistente con el derecho de libre contratación, con el derecho de propiedad y que no entra en contradicción con el principio de libre competencia, más aun cuando coincide con una propuesta formulada por Defensa Civil, en atención al riesgo producido por la tugurización de corredores y puertas como consecuencia del exceso de transportistas manuales en el Mercado (…)».

competencia, no pueden, dadas las circunstancias, generar ni proteger un monopolio ni distorsionar los mecanismos de competencia. Por ejemplo, una fusión entre dos empresas pequeñas en un mercado poco concentrado puede no tener ninguna posibilidad de generar un monopolio. Pero la fusión entre dos empresas de mayores dimensiones si podría tener efectos anticompetitivos. Una parece razonable, la otra no tanto. Este criterio es conocido como *the rule of reason o* la regla de la razón en la jurisprudencia y la doctrina norteamericana. Se analiza, entonces, si es razonable o no que la práctica tenga un efecto anticompetitivo dadas las circunstancias. Se va, entonces, a un análisis caso por caso. Sin embargo, en muchas circunstancias el análisis de la razonabilidad de una práctica es algo sumamente amplio y costoso. Por ejemplo, saber si la concertación entre un conjunto de competidores sobre los niveles de precios tendrá éxito, puede ser muy difícil de evaluar.

### 4.2 La regla *per se*

Una segunda posibilidad es acudir a reglas que consideran una práctica *per se* ilegal (la *per se rule*), es decir que prohíben objetivamente el desarrollo de ciertas conductas independientemente de que, en el caso concreto, puedan o no generar un monopolio. La idea es evitar incurrir en costos administrativos para determinar la razonabilidad, cuando de ordinario la práctica no contribuye en nada al desarrollo de un mercado competitivo, y más bien es que dicha práctica esté restringiendo la competencia.

Ambas reglas pueden ser aplicables dentro de un mismo sistema. Por ejemplo, en nuestras normas de tránsito existen reglas *per se* y *reglas de razón*. Pasarse una luz roja es, *per se,* ilegal. Quien comete la infracción no podrá argumentar que era razonable pasarse la luz porque estaba apurado y vio, previamente, que no venía nadie en la intersección. El policía le pondrá una multa sin analizar la razonabilidad de su conducta. No queremos entrar a complejas discusiones y análisis de prueba. Queremos una regla clara, de fácil aplicación, y que genere seguridad sobre qué está permitido y qué no está permitido, y que reduzca los costos administrativos de su puesta en práctica.

Por otro lado, la norma que prohíbe maniobras temerarias a los conductores se regula con la regla de la razón. Se quiere prohibir ciertas conductas peligrosas así no estén prohibidas expresamente con todo detalle. Si implican subjetividad y menos seguridad, es imposible definir todos los casos que están prohibidos. En tal supuesto, entramos a un análisis de caso por caso, aunque los costos administrativos de determinar la razonabilidad de la conducta pueden ser más elevados.

Estos dos tipos de reglas deben aplicarse a supuestos distintos. La regla *per se* debe aplicarse cuando no aparece ningún efecto positivo de la conducta y, sin embargo, sí aparecen posibles perjuicios a la competencia que justifican la intervención. Al no haber ventajas aparentes, los perjuicios ocasionados por un error desaparecen y se simplifica el control por la autoridad. Por el contrario, cuando exista la posibilidad de daños al mercado que puedan destruir eficiencia de producirse un error, es mejor aplicar la regla de la razón, de manera que nos permita analizar la conveniencia o no de prohibir o sancionar una práctica.

Adicionalmente, debemos considerar que, en el campo de la regulación antimonopólica, debe aplicarse un principio según el cual, en caso de duda sobre el carácter perjudicial de una práctica, debe preferirse la no intervención. Ello porque si se comete un error, probablemente se estará destruyendo eficiencia, y la pérdida producida por la intervención será irreparable. Por el contrario, si no se sanciona una conducta por tenerse dudas sobre su carácter anticompetitivo, el error puede ser corregido por las fuerzas de mercado y los incentivos que las mueven.

## V. CONTROL DE FUSIONES, REMEDIOS ESTRUCTURALES Y BARRERAS BUROCRÁTICAS

La legislación peruana 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 refieren a las prácticas que impidan, limiten, restrinjan o distorsionen la competencia, conocidas normalmente como prácticas restrictivas.

Ambos tipos de prácticas serán analizadas con mayor detalle más adelante en las secciones siguientes. Sin embargo consideramos importante en esta sección referidos a dos puntos importantes que escapan al ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 701, pero que se encuentran íntimamente vinculadas con esta materia.

El primer tema es el de control de fusiones, excluido de nuestra legislación, salvo para el caso del sector eléctrico. Analizaremos muy brevemente las razones que justifican su exclusión.

El segundo es el de barreras burocráticas, entendiendo por ellas la actividad estatal que limita los costos de entrada y salida del mercado o que eleva los costos de permanencia de las empresas sin que exista una justificación válida para ello. La labor de eliminar esas barreras fue encargada a otra Comisión de INDECOPI (la llamada Comisión de Acceso al

Mercado) y creemos importante referirnos a sus funciones por ser fundamental para el desarrollo de la competencia en en Perú.

### 5.1 Control de Fusiones y Remedios Estructurales.

Quizás una de las particularidades más importantes del sistema peruano es que carece de un control general de fusiones de empresas. Salvo en el sector eléctrico en el que, en base a la Ley Nº 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio en el Sector Eléctrico de fecha 19 de noviembre de 1997, se estableció un control de fusiones por medio de un sistema de notificación previa a cargo del mismo INDECOPI, no existe en el resto de las actividades económicas ningún requisito adicional.[12]

Tampoco existe, al menos expresamente, los llamados remedios estructurales, es decir la facultad de la agencia de competencia de, por ejemplo, ordenar la división de una empresa en dos o la de imponer la venta de sus activos a fin de crear, por esa vía, una atmósfera más competitiva.

Estas fueron decisiones conscientes del sistema peruano, en atención a las características de su economía. Así se ha considerado en una economía pequeña y abierta como la peruana, la existencia de un control de fusiones o de remedios estructurales puede traer más costos que beneficios.

Las razones por las que no se quiso adoptar un control general de fusiones o un sistema de remedios estructurales fueron:

*a) El tamaño de la economía peruana.*

Dadas las dimensiones de la economía peruana se considera que la existencia de controles de fusiones o de remedios estructurales podrían desincentivar el desarrollo de empresas que alcancen las economías de escala necesarias para competir internacionalmente. Así empresas con participaciones del mercado nacional significativas pueden no ser realmente grandes en comparación con estándares internacionales. Un control de fusiones

12. «Artículo 37.- Concentraciones sometidas a la Ley.-
Se encuentran sometidas al procedimiento de autorización previsto en esta Ley, las operaciones de concentración de empresas que se realicen en cualquier ámbito de la actividad económica, siempre que la suma del volumen de ventas global en el territorio nacional del conjunto de los partícipes en la operación supere en el último ejercicio contable la cantidad de 100 000 UIT -cien mil Unidades Impositivas Tributarias-. Cuando en un proceso de concentración participe una empresa integrante de un grupo económico, la evaluación de las condiciones para el sometimiento a los alcances de la presente Ley deberá tener en consideración los ingresos y participación del grupo económico del cual forma parte la empresa involucrada.»

haría difícil llegar a las economías de escala necesarias para ser realmente competitivas elevando a su vez los costos de transacción para las reorganizaciones empresariales. Por otra parte, la existencia de remedios estructurales conduce a desincentivar la inversión de crecimiento, incluso el crecimiento interno generado con mayor eficiencia, simplemente por el temor que surge de que la empresa pueda ser dividida si la autoridad la considera «demasiado grande»

*b) La falta de experiencia e información en la autoridad peruana.*

El control de fusiones se ha desarrollado en países con economías distintas a la peruana. Los referentes internacionales como el sistema norteamericano o el de países europeos pueden no ser pertinentes para un país como el Perú. Ello hace que la posibilidad de error sea elevada y con ello se podría estar limitando un desarrollo efectivo de las empresas. Evitar estos errores puede ayudar a un desarrollo de eficiencias en nuestra economía. Algo similar se puede decir de los remedios estructurales, con el agregado que están bastante más desprestigiados que los controles de fusiones y su aplicación está en franco retroceso en el mundo. Ello porque los remedios estructurales pueden afectar el crecimiento interno, algo que ninguna legislación de libre competencia seria quiere limitar porque implica un cuestionamiento frontal que castiga la eficiencia económica.

*c) La capacidad del mercado para corregir fusiones o escalas empresariales ineficientes.*

Dado que el Perú tiene una economía abierta, es de esperar que cualquier ganancia monopólica generada por una fusión o dimensiones exageradas de una empresa en la que la reducción de rivalidad sea ineficiente, genere incentivos para la rápida entrada de competidores que corrijan la situación. En todo caso, en los mercados en los que no se pueda esperar que ello ocurra, se pueden establecer controles sectoriales, como viene ocurriendo en el caso de electricidad. Pero no es necesario crear un régimen general para todos los sectores.

*d) La escasez de recursos y la prioridad en su uso.*

La autoridad peruana carece de suficientes recursos. La agencia de competencia enfrenta por tanto la disyuntiva de hacer mucho con poco. El control de fusiones es de todas las actividades que debe desarrollar una agencia de competencia la que más recursos consume, a pesar de la incertidumbre de sus resultados. Ello aumenta el riesgo de error, pero a su vez

distrae recursos de otras actividades necesarias para promover la competencia. En particular, en un país como el Perú donde la causa principal de limitaciones a la competencia está constituido por barreras legales y burocráticas al mercado, el INDECOPI debería priorizar tales actividades antes de distraer recursos en un poco preciso y costoso control de fusiones.

A pesar de estas consideraciones, en los últimos tiempos, y en particular cuando se está trabajando esta edición, hay un intenso debate público sobre la necesidad de aprobar una nueva Ley de Libre Competencia que incorpore los remedios estructurales y el control de fusiones. Al momento de escribir esta sección no esta claro cual será el desenlace de esta discusión, pero podemos profundizar algunos de los temas que se están discutiendo.

### 5.2 Los Remedios Estructurales: la Facultad de dividir empresas u ordenar la venta de activos.

La idea de los remedios estructurales es habilitar a la agencia de competencia a que bajo ciertas circunstancias fuerce a las empresas denunciadas -de «gran tamaño» o con poder de mercado- a deshacerse de determinados activos (marcas o fuentes de aprovisionamientos de ciertos insumos, plantas de almacenamiento, por ejemplo), a escindirse en varias unidades de negocio independientes (separar las actividades de refinación de combustibles de las actividades de comercialización, por ejemplo), o en general a adoptar cualquier medida de tipo estructural que la autoridad considere conveniente para mejorar las condiciones de competencia del mercado. La determinación de las circunstancias en que será aplicada tal facultad, así como la naturaleza de la restricción estructural a ser impuesta deberá ser determinada caso por caso y de manera discrecional por quien tenga la responsabilidad de ejercer tal facultad.

Bajo tal perspectiva el derecho de la Competencia deja de ser un instrumento para el control de ciertas conductas empresariales, para convertirse en instrumentos para la planificación del mercado. Nada garantiza en el Proyecto que dicha facultad no sea utilizada como parte de una mal entendida política en contra de empresas de «gran tamaño».

Esto significa un Derecho de la Competencia preocupado antes que por el proceso competitivo, por el resultado. Es una suerte de planificación industrial centralizada, en la que la agencia de competencia tiene la posibilidad de modificar a su voluntad la estructura del mercado.

### 5.3 Control de Fusiones y Adquisiciones.

Usualmente, bajo un sistema de este tipo la adquisición del control de una empresa por otra deberá ser previamente autorizada por el INDECOPI,

quien podrá prohibirla o permitirla sometiendola a ciertas condiciones. El acto de concentración o de compra será nulo si no se cuenta con la autorización respectiva, sin perjucio de la imposición de sanciones administrativas.

Se argumenta a favor de incluir un sistema similar ya que este mecanismo de control tiene un uso extendido en otras jurisdicciones (Estados Unidos, Comunidad Europea, entre otros). Si bien ello es cierto, y sin perjuicio de lo cuestionable en general que puedan ser este tipo de sistemas, tambien es cierto que donde ello ocurre existen una serie de condiciones institucionales (recursos, personal experimentado, mecanismos de control sobre la discrecionalidad de los funcionarios, etc.) que garantizan que el mecanimo no será utilizado para alcanzar objetivos diferentes al fortalecimiento del mercado y la competencia (corrupción o manejo político, por ejemplo).

Por ejemplo, son malos indicadores de que tal capacidad institucional exista, la alta rotación de funcionarios y personal en la agencia de competencia. Por ejemplo, en el período 2000 – 2006, el INDECOPI ha tenido 4 presidentes del Directorio, uno de los cuales se encuentra actualmente procesado penalmente. En el mismo periodo se ha producido una alta rotación de los miembros de la Comisión de Libre Competencia: el tiempo promedio de permanencia en sus cargos ha sido un año y medio[13]; y en el caso de la Secretaria Técnica de la Comisión, en dicho período han existido tres Secretarios Técnicos. También es un mal indicador la escasez de personal capacitado. Por ejemplo, en la actualidad, la Secretaría Técnica de la Comisión cuenta además del Secretario Técnico con sólo 4 funcionarios (dos economistas y dos abogados): sólo uno de ellos tiene más de 3 años en el cargo, la mayoría tiene menos de 2 años en el cargo.

A ello se suma la falta de predictibilidad de las decisiones de la agencia de competencia, algo especialmente sensible en un área como el control de fusiones que afecta seriamente las decisiones de reorganización empresarial y de inversión. En los últimos años ha existido una baja predictibilidad para los agentes privados respecto de las decisiones del INDECOPI en materia de competencia: durante el año 2003, el Tribunal de dicha institución no confir-

13. «La renuncia conjunta de 4 miembros de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI durante el corriente año, que siguió al cambio de 5 miembros en 6 meses durante el año 2003 en dicha comisión, aparentemente como resultado del pedido de renuncia o simple disconformidad con el rumbo reciente de INDECOPI, sugiere que no se verifican condiciones de trabajo propias de un organismo autónomo y estable.» En: URBIZTONDO, Santiago: *La Institucionalidad de los Organismos Reguladores y la Autoridad de Defensa de la Competencia en el Perú: diagnóstico y propuesta de reforma*, BID. Julio, 2005. Pág. 25.

mó ninguna de las resoluciones de la Comisión que fueron apeladas; el año 2004, el Tribunal sólo confirmó una de las 10 resoluciones de la Comisión.

En una reciente revisión de la Legislación y la Política de Competencia en el Perú, llevada a cabo por la OECD (2004), se da cuenta de dicha situación en los siguientes términos:

> «Durante el gobierno de transición de los años 2000-2001 y el gobierno actual, varios eventos han confirmado lo que algunos habían advertido durante años: que la autonomía de la entidad carecía de suficientes salvaguardas. En consecuencia, el prestigio del Indecopi como un árbitro autónomo y neutral se ha visto mellado. Es importante, por tanto, que el Perú revise la ley que rige al Indecopi para aumentar la independencia, tanto real como percibida, de quienes toman decisiones en primera instancia en el Indecopi, tales como la Comisión de Libre Competencia, y de quienes toman decisiones en segunda instancia, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.»[14]

---

14. En dicho informe se describía la situación en los siguiente términos: « (…) si bien los tres primeros presidentes del Indecopi poseían capacitación y experiencia relevante, el gobierno actual nombró al (entonces) poco conocido asesor presidencial, César Almeyda. El nombramiento mismo alimentó especulaciones de que el gobierno intentaba controlar el Indecopi, quizás con el fin de frustrar, en lugar de promover la competencia. Desde entonces, Almeyda mismo creó controversia al hacer pronunciamientos públicos acerca de los méritos de los casos que todavía estaban pendientes en las unidades «independientes» cuasi-judiciales del Indecopi. Asimismo, Almeyda ocasionó una considerable rotación de funcionarios en el Tribunal y las Comisiones durante el período febrero 2002 – febrero 2003 de su presidencia. Un resultado de esta rotación de funcionarios fue que de los cuatro miembros de la Sala de Defensa de la Competencia, solamente su presidente es ampliamente considerado como poseedor de conocimiento relevante sobre legislación y política de competencia. Se dice que los otros miembros son académicos respetados, pero su relativa falta de experiencia profesional en temas de competencia es un tema de controversia, especialmente porque se añade a la preocupación que se expresa con frecuencia de que el Indecopi no es independiente del gobierno. El impacto de todos estos cambios aun no está claro debido a que Almeyda ha sido encarcelado debido a cargos de corrupción (que no tienen nada que ver con Indecopi), y el ex gerente general del Indecopi, Fernando Arrunátegui Martínez, ha sido Presidente Interino del Indecopi durante más de un año.

    Debido por lo menos en parte a las preocupaciones sobre la autonomía del Indecopi, la política de competencia es un asunto que genera cierta controversia en Lima hoy en día. Por ejemplo, un gran sector considera que la Sala de Defensa de la Competencia y el Indecopi están tomando un enfoque de «línea más dura» hacia el antidumping que el Ministerio de Economía y Finanzas, o que el Ministerio de Comercio. Más aún, algunas decisiones recientes de la Sala crearon controversia al revertir su posición original que dio un tratamiento *per se* a los carteles desnudos, revirtiendo su posición anterior sobre publicidad comparativa subjetiva, y aparentemente implicando (por

La ya cuestionable incorporación de un sistema de este tipo se agrava entonces con la carencia de un marco institucional adecuado. Algunos estudios recientes han confirmado la existencia de tales debilidades[15], recomendando el establecimiento de garantías institucionales similares a las que actualmente existen para los reguladores de los servicios públicos (re-

---

primera vez) que el precio excesivo viola la ley sobre competencia. Incluso la comunidad empresarial y los abogados defensores que eran los evidentes beneficiados de estas resoluciones las consideraban confusas y expresaban su preocupación respecto de la existencia de resoluciones impredecibles que pudieran reflejar la influencia del gobierno tras bambalinas. (…)» WINSLOW, Ferry : *Legislación y Política de Competencia en el Perú: A peer Review* Junio, 2004, pág. 22-23. El Texto completo se encuentra disponible en: www.oecd.org

15. «Concentrando el análisis en lo referido al diseño institucional al interior de los organismos, resulta clara por un lado la homogeneidad que rige a los 4 OR (…), y por otro lado las ventajas de dichos diseños por sobre el correspondiente a INDECOPI.

En efecto, en materia de diseño institucional, el INDECOPI presenta varias debilidades que ameritan una rápida corrección:

a) Su directorio es poco estable (sólo 3 miembros en vez de 5 como los OR, de forma tal que la ausencia de uno de ellos permite que la voluntad del Presidente del Directorio defina decisiones de la institución).

b) Los 3 miembros del Directorio del INDECOPI son, explícitamente, representantes de dos ministerios: el Ministerio de Economía y Finanzas tiene un representante, y el Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales tiene dos representantes, uno de los cuales es el Presidente del Directorio; así, además de ser representantes del poder político (con lo que ello implica en términos de falta de autonomía), el Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales, en el cual frecuentemente tienden a concentrarse distintas acciones de lobby sectorial, logra mayoría absoluta automáticamente sobre el funcionamiento de la institución.

c) Una situación similar se verifica respecto de otros funcionarios claves en el funcionamiento de esta institución, tales como los vocales de las Comisiones y Oficinas (que resuelven en primera instancia), y los miembros de las 2 Salas que conforman el Tribunal del organismo (que interviene en segunda instancia, agotando la vía administrativa).

d) Ninguno de los miembros del Directorio, Oficinas, Comisiones y Salas del INDECOPI son seleccionados de manera transparente en base a un concurso público de antecedentes, ni gozan de estabilidad en sus cargos (se trata de «cargos de confianza»), etc.

e) El financiamiento de la institución (aproximadamente un 25% de su presupuesto) se nutre de recursos provenientes de la aplicación de multas.

f) Finalmente, no hay legislación básica que regle –de manera similar a lo establecido por la Ley de Transparencia en materia tarifaria aplicable a los OR desde 2002– sobre los requisitos de transparencia que debe respetar el proceso decisorio en las

novación periódica y ordenada de los miembros, participación de la Sociedad Civil en la designación de algunos de dichos funcionarios, designación por concurso de méritos, etc.)[16].

De incorporarse a nuestro sistema un control de fusiones sin la existencia de garantías institucionales mínimas, generaría oportunidades y condiciones para el error y para el abuso. La aplicación de mecanismos para el control de fusiones y concentraciones empresariales por agencias que carecen de capacidad institucional puede derivar en la utilización del instrumento para alcanzar objetivos políticos o personales que nada tienen que ver con objetivos de eficiencia o, lo que resulta mas frecuente, pueden conducir a una toma de decisiones equivocadas, lo cual afectaría el crecimiento y eficiencia del sector privado.

Debe notarse que la probabilidad de que se adopten decisiones equivocadas en materia de control de concentraciones se multiplica debido a la naturaleza misma del mecanismo, que fuerza a la autoridad a hacer una

---

múltiples áreas de intervención de este organismo (más allá de que en esta materia, en la que están involucradas empresas que participan en mercados competitivos y por ende corresponde respetar el carácter privado y reservado de distintas variables estratégicas –máxime en el eventual control previo de concentraciones donde la investigación ni siquiera obedece a la presunción de un delito–, hay problemas de confidencialidad más agudos que en el caso de empresas reguladas bajo contratos de concesión), etc. En: URBIZTONDO, Santiago: *La Institucionalidad de los Organismos Reguladores y la Autoridad de Defensa de la Competencia en el Perú: diagnóstico y propuesta de reforma*, BID. Julio, 2005.

16. La revisión de la Legislación y Política de Competencia en el Perú hecha por la OECD sugería la adopción de las siguientes medidas:

«6.1 Proteger la autonomía, credibilidad y competencia técnica reales y percibidas de los órganos cuasi-judiciales del Indecopi promulgando legislación para revisar el proceso de selección y remoción de los que toman decisiones en primera y segunda instancia.

- El proceso para seleccionar a los miembros del Tribunal debe ser transparente e incluir un sistema de verificación y contrapeso. El establecimiento de requerimientos de calificaciones específicas debe también ser seriamente considerado.
- El proceso para seleccionar a los que toman decisiones en primera instancia debe también ser revisado, quizá haciendo que sean seleccionados por los miembros del Tribunal.
- Todos aquellos que toman decisiones en primera y segunda Instancia deben de ser seleccionados para períodos fijos (y preferiblemente escalonados) y deben ser removibles sólo con causa.»

WINSLOW, Ferry : *Legislación y Política de Competencia en el Perú: A peer Review*. OECD. Junio, 2004. Pág. 80.

evaluación del impacto futuro de la operación. Podemos analizar algunos ejemplos de decisiones equivocadas.

En Venezuela, en el año de 1996 CocaCola y el Grupo Cisneros cerraron contratos de Join Ventures, por medio de las cuales, este último asumió las actividades de embotellado y distribución de la primera en dicho país. El Grupo Cisneros, a partir de la operación, dejó de embotellar y distribuir Pepsi en dicho mercado, que hasta esa fecha concentraba el 42% de participación. Pepsi quedó virtualmente fuera del mercado. La autoridad de competencia objetó la operación por «afectar la competencia» y la condicionó al cumplimiento de ciertas condiciones. Pese a ello, Pespi logró rápidamente volver a entrar al mercado mediante un Joint Venture celebrado con otra empresa cervecera local (el Grupo Polar). La autoridad de competencia se equivocó al subestimar la posibilidad de Pepsi de encontrar un mecanismo alternativo para embotellar y distribuir su producto.

En el Perú, en el año 1999, se produce una operación de concentración en el extranjero que involucra un cambio en el control del Grupo Endesa con distintas operaciones en el mercado electrico de Sudamérica. La operación en el Perú involucraba a las empresas Edelnor, Edegel y Empresa Eléctrica de Piura, empresas todas previamente vinculadas. La operación es notificada al INDECOPI, quien al evaluar el impacto futuro de la operación en la industria concluye: «*en el futuro es de esperar una mayor competencia entre las empresas de generación por mantener contratos con empresas de distribución, más aún considerando la situación de exceso de oferta existente.*» La operación fue aprobada con condiciones, las mismas que reflejaban las preocupaciones respecto a la evolución futura del mercado. Cuatro años mas tarde (2004) se registraría una restricción severa en la oferta de generación (sequía) y una menor competencia entre generadores por mantener contratos de suministro con distribuidores, circunstancia completamente opuesta a la que fue prevista por el INDECOPI en su análisis. La autoridad de competencia se equivocó al estimar y evaluar las condiciones futuras del mercado y al establecer condiciones que probablemente no hubiere establecido de haber tenido acceso a información sobre lo que sucedería efectivamente en el mercado.

Finalmente, el control de fusiones es un acto de adivinación, en el que un conjunto de funcionarios públicos tiene que predecir los efectos positivos o negativos de la operación. Esa decisión se toma con información limitada y pobre y el margen de error es muy alto. Sin dudas las concentraciones empresariales pueden afectar la competencia. Pero esa no es la pregunta. La verdadera pregunta es si las decisiones de los funcionarios públicos pueden ser más eficaces que el funcionamiento del mercado para corregir los problemas de falta de competencia.

### 5.4 La Eliminación de Barreras Burocráticas

Sin perjuicio de las funciones que se han asignado a la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, esta institución desarrolla otra labor importante en defensa de la libre competencia a través de otra comisión, ya reseñada líneas arriba: la Comisión de Acceso al Mercado.

El Perú es uno de los pocos sistemas en el mundo que ha encargado a una entidad en el mismo Poder Ejecutivo, con autonomía, la capacidad de controlar disposiciones y actos de la propia administración pública que creen barreras de acceso al mercado que puedan ser ilegales o incluso irracionales.

La Comisión tiene competencia para actuar contra entidades de todo nivel, sean estas del Gobierno Central, del Gobierno Regional o del Gobierno Municipal. Sin embargo, estas facultades han ido siendo restringidas hasta limitarse, en la mayoría de los casos, a solo dictar informes y no decisiones ejecutables, lo cual ha significado un retroceso significativo en lo avanzado en esta área.

Como decíamos, las facultades pueden incluir la declaración de ilegalidad del acto, pero también su irracionalidad, en caso que el mismo sea justificable en base a las razones de interés público que motivaron las competencias de la autoridad que los dictó o simplemente que no resisten un análisis costo-beneficio[17].

Los criterios recogidos por el INDECOPI para evaluar la legalidad y racionalidad de la medida son los siguientes:

(i) En primer lugar, la Comisión —o la Sala en su caso— evalúa la legalidad de la medida administrativa cuestionada, con la finalidad de determinar si ésta ha respetado las formalidades y procedimientos establecidos por las normas aplicables al caso concreto y, asimismo, si encuadra dentro de las atribuciones y competencias conferidas a la autoridad correspondiente.

---

17. Los criterios para considerar una barrera burocrática como ilegal o irracional fueron establecidos por el Tribunal del INDECOPI en la Resolución N.º 182-97-TDC que puso fin a la denuncia planteada por Inversiones La Merced S.A. contra la Municipalidad Provincial de Trujillo por una ordenanza que obligaba a pintar los taxis de todas las empresas de amarillo. Tanto la Comisión de Acceso al Mercado como el Tribunal del INDECOPI consideraron que la barrera era irracional pues no se pudo justificar las razones de interés público que facultaban a ordenar que todos los taxis tuvieran un solo color, preservando así el derecho de las empresas denunciantes a mantener sus colores distintivos. El caso se encuentra actualmente en discusión en la Corte Suprema de la República al haberse interpuesto una acción de amparo (naturaleza constitucional) contra lo decidido por INDECOPI.

(ii) En segundo término, se analiza la racionalidad de la exigencia impuesta, teniéndose en cuenta los siguientes aspectos:

a) El denunciante debe aportar elementos de juicio razonables acerca de la posible existencia de una barrera burocrática irracional que podría impedir u obstaculizar el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado, ya sea (i) porque establece tratamientos discriminatorios, (ii) porque carece de fundamentos (medidas arbitrarias) o (iii) porque resulta excesiva en relación a sus fines (medidas desproporcionadas).

De existir indicios razonables acerca de la existencia de una barrera burocrática irracional, la Comisión requerirá a la autoridad administrativa para que acredite la racionalidad de la exigencia cuestionada.

b) En tal sentido, la entidad denunciada tiene la carga de probar ante la Comisión: (i) El interés público que justificó la medida impugnada y los beneficios para la comunidad que se esperaban obtener con ella. (ii) Que las cargas o restricciones impuestas sobre los administrados eran adecuadas o razonables, teniendo en cuenta los fines que se pretendía alcanzar. (iii) Que existen elementos de juicio que permiten arribar a la conclusión, en términos generales, que la exigencia cuestionada era una de las opciones menos gravosas para los interesados, en relación con las demás opciones existentes para lograr el fin previsto.

c) Sobre la base de los elementos de juicio aportados por la entidad denunciada, corresponde a la Comisión efectuar un balance de los costos privados que se derivan de la exigencia cuestionada, frente a los posibles beneficios públicos previstos, a fin de determinar la racionalidad de la medida (esto es, si se encontraba justificada, si era proporcional a los fines previstos y si no generaba tratos discriminatorios). Debe recordarse que, dado que las exigencias impuestas sobre los agentes económicos generan sobrecostos para el funcionamiento del mercado, corresponde a la entidad denunciada probar la racionalidad de las cargas o restricciones establecidas.

En base a estas facultades se han declarado la ilegalidad o irracionalidad de cobros excesivos o ilegales por licencias municipales[18], exigencias

18. En la resolución N.º 0194-1998/TDC-INDECOPI del 15 de julio de 1998, recaída en el procedimiento iniciado por la Asociación de Comerciantes y Propietarios de Miraflores contra la Municipalidad Distrital de Miraflores, el Tribunal consideró que los cobros exigidos por dicha entidad edil por concepto de Declaración Jurada de Continuidad de la Actividad, así como por autorización de anuncios y publicidad, constituían una barrera burocrática ilegal al no haberse acreditado la ratificación de tales cobros por la Municipalidad Provincial de Lima, conforme lo dispuesto en la Ley Orgánica de Municipalidades.

Asimismo, en la Resolución N.º 0183-1998/TDC-INDECOPI del 8 de julio de 1998, recaída en el procedimiento iniciado por Admiral Casino Technology S.A. contra la

de carné sanitarios por municipalidades cuando la Ley los ha prohibido[19], cobros de tributos municipales no autorizados por la Ley[20], cobros por acceso a playas y balnearios no autorizados[21], exigencias para la creación de nuevas facultades o carreras en las universidades[22], desconocimiento de silencios administrativos positivos en la autorización de frecuencias a una aerolínea[23], cobros excesivos por expedición de pasaportes y que no podían ser justificados por el costo del servicio[24], cobros de multas ilegales por

---

Municipalidad Metropolitana de Lima, el Tribunal consideró que los cobros que realizaba dicha entidad edil por concepto de Licencia Especial y a la Venta de Bebidas Alcohólicas, constituían una barrera burocrática irracional, al no haberse acreditado de forma suficiente la racionalidad de tales cobros.

19. En las Resoluciones N.º 0358-1998/TDC-INDECOPI y N.º 0117-1999/TDC-INDECOPI, recaídas en los procedimientos iniciados por la Asociación de Clínicas y Hospitales Particulares y Comercial Alimenticia S.A. contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, respectivamente, el Tribunal consideró que la exigencia municipal consistente en obtener un carné de salud para la realización de actividades comerciales de atención al público, constituía una barrera burocrática ilegal, teniendo en consideración que, conforme a lo dispuesto por la Ley General de Salud, ninguna entidad de la Administración Pública se encuentra facultada a exigir la obtención de dicho documento.

20. En la Resolución N.º 147-97-TDC del 11 de junio de 1997, recaída en el procedimiento iniciado por Proseguridad S.A. contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, el Tribunal consideró que dicha entidad edil no contaba con autorización legal expresa para efectuar el cobro de la tasa denominada «Licencia de Anuncios y Publicidad».

21. En los casos seguidos de oficio por el INDECOPI contra las Municipalidades Distritales de San Pedro de Lurín, Pucusana y San Bartolo, la Comisión de Acceso al Mercado consideró que el pago de las tasas exigidas por dichas entidades ediles, denominadas «Estacionamiento Vehicular», «Estacionamiento Vehicular y Limpieza Pública de Playas» y «Servicio de Estacionamiento Vehicular», respectivamente, constituían un cargo ilegal al usuario, toda vez que tales cobros no fueron ratificados por la Municipalidad Provincial de Lima, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Municipalidades.

22. Al respecto, pueden revisarse las Resoluciones Nº 0325-1998/TDC-INDECOPI y N.º 0331-1998/TDC-INDECOPI, recaídas en los procedimientos iniciados por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas contra la Asamblea Nacional de Rectores.

23. En la Resolución Nº 0012-1999/TDC-INDECOPI, recaída en el procedimiento iniciado por Aero Continente S.A. contra el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, el Tribunal consideró que la actuación del Ministerio, consistente en no expedir los instrumentos necesarios para que Aero Continente pueda hacer uso del Permiso de Operación, constituía una barrera burocrática toda vez que dicha empresa obtuvo el referido Permiso en aplicación del silencio administrativo positivo previsto en la Ley N.º 26917.

24. Resolución Nº 03-1998/CAM-INDECOPI/EXP-00000 del 23 de febrero de 1999, recaída en el procedimiento iniciado de oficio por el INDECOPI contra el Ministerio de

municipalidades[25], cobros por instalación de cabinas telefónicas o postes en la vía pública[26], obligación de empresas de transporte a instalarse en terminales terrestres municipales, cobros por instalación de anuncios en la vía pública o en propiedad privada, entre muchos otros.

Sin duda la acción de la Comisión de Acceso al Mercado es tanto o más importante que la acción de la Comisión de Libre Competencia, en el entendido que el principal distorsionante del mercado suele ser precisamente el Estado. Por ello el INDECOPI ha potenciado su labor en aras de convertirse en una suerte de sistema de control de calidad interna de los actos de gobierno, en defensa de los derechos de los ciudadanos a que se cumplan las normas de simplificación administrativa, el principio de legalidad de la actuación del Estado y el derecho de los ciudadanos a que las entidades

---

Economía y Finanzas y el Ministerio del Interior. En dicha resolución, la Comisión consideró que los montos establecidos para la obtención y revalidación de pasaportes, ascendentes a US $ 60,00 y US $ 40,00, respectivamente, así como el costo de los formularios para la tramitación de procedimientos ante la Dirección General de Migraciones y Naturalización, transgredían disposiciones de la Ley de Simplificación Administrativa y, por tanto, constituían infracciones a los principios de simplificación y garantía administrativa para la inversión privada, al ser la tasa que se cobraba superior al costo del Estado de brindar el servicio.

25. En la Resolución N.º 0121-1999/TDC-INDECOPI del 7 de abril de 1999, recaída en el procedimiento iniciado por la Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A.A. contra la Municipalidad Distrital de Jesús María, el Tribunal precisó que la Municipalidad carece de competencia para establecer sanciones en materia de la prestación del servicio de alumbrado público, dado que dicha atribución corresponde al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía Eléctrica (OSINERG), de acuerdo a lo establecido en la Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento.

26. En la Resolución Nº 0309-1998/TDC-INDECOPI, recaída en el procedimiento iniciado por Telefónica del Perú S.A. contra la Municipalidad Provincial de Huancayo, el Tribunal concluyó que los cobros que efectuaba dicha entidad edil por concepto de Licencia Municipal Anual para la Ocupación de la Vía Pública aplicable a cada una de las cabinas telefónicas que la denunciante tenía ubicadas en el distrito de Huancayo eran irracionales.

    Asimismo, en la Resolución N.º 0162-1998/TDC-INDECOPI del 19 de junio de 1998, recaída en el procedimiento iniciado por Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A. contra la Municipalidad Distrital de Los Olivos, el Tribunal consideró que la exigencia del cumplimiento de los requisitos a fin de obtener las autorizaciones para la colocación de postes y torres de servicios eléctricos de alta, media y baja tensión en la vía pública, así como para el tendido de cables aéreos y subterráneos, constituía una barrera burocrática ilegal al no haberse acreditado que tales exigencias hubieran sido ratificadas por la Municipalidad Provincial, conforme lo dispuesto en la Ley Orgánica de Municipalidades.

públicas puedan sustentar la racionalidad de los actos que toman, de manera que no se creen barreras o limitaciones innecesarias a la competencia.

## VI. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LOS ÚLTIMOS DESARROLLOS EN EL PERÚ.

A partir de la década del 2000, muchos de los fines y estrategias de la autoridad de competencia han ido cambiando por etapas, pero rápidamente. Así, en una secuencia de pasos, que serán analizados con más detalle en las secciones siguientes, la aproximación de un Derecho de la Competencia que protege el proceso, antes que el resultado, ha ido cambiando.

En la década de los '90 parece haberse puesto en escena la misma obra en casi todos los países de Latinoamérica; es entre los últimos años de los '80 y los primeros de los '90 cuando comienzan las reformas económicas y de apertura. Los paquetes de reforma del Banco Mundial y el BID, entre muchos otros, que aparentan ser completos y estar bien armados, traen consigo una serie de exigencias entre las cuales está el contar con una legislación antimonopólica. Esperando ansiosamente el surgimiento de un derecho *antitrust*, nuestra mirada se concentra en el Poder Judicial sólo para descubrir que no funciona. Se mira al Poder Ejecutivo y los Ministerios existentes y se descubre también su incapacidad institucional para asumir el reto. Entonces, en lugar de arreglar el campo, regarlo y abonarlo, optamos por sembrar macetas y ponerles nombres como INDECOPI y OSIPTEL. Estos organismos son distintos a todo lo que no nos gusta. Se trata de macetas con tierra fértil y bien cuidadas, pero de macetas nuevas y desconocidas al fin y al cabo, y la desconfianza nos lleva a no sembrar mucho en ellas, a darles muy pocas facultades. El gobernante de turno no sabe bien lo que está creando, y actúa más impulsado por la esperanza y la necesidad de obtener préstamos para reformas del Banco Mundial u otros organismos internacionales. No puede negarse la existencia de un bagaje académico detrás, hay efectivamente estudios y sustentos teóricos, pero no son éstos los que motivan la creación de los organismos en cuestión.

Al principio se trata, como dijimos antes, de organismos pequeños con muy pocas facultades, que gozan de escasos recursos y que sufren una relativa indiferencia política; están ahí sencillamente porque tienen que estar. Sin embargo, esta situación no puede sostenerse por mucho tiempo; los casos que estos organismos manejan - el acuerdo entre los harineros por concertación de precios en el año 1995 por ejemplo - atraen una gran cantidad de prensa y se vuelven sumamente importantes. En este contexto, no cuesta mucho entender como el hecho de que la multa imponible sea tan sólo de cincuenta UIT da la sensación de que las tan preciadas macetas no

funcionan, no tienen suficientes facultades. La respuesta a esta crítica no se hace esperar, estamos ante la reforma de segunda generación: un cambio de marco legislativo para darle nuevas facultades a las macetas.

Con el tiempo la gente se olvida de las macetas, estas entran en un estado de inercia, siguen siendo macetas rodeadas de un amplio campo de mediocridad. Finalmente, llegamos a una situación en la que las macetas no sólo no han logrado fertilizar el campo, sino que han sido contaminadas por lo que las rodea, las macetas terminan siendo simplemente macetas y no parte de un proceso de reforma. Cambiar este escenario es el gran reto que tenemos en Latinoamérica, es el gran reto que tenemos en el Perú.

Por ello es imprescindible tener claro cuál es el norte, hacia dónde vamos, qué cosa buscamos. Se ha discutido repetidas veces acerca de si el sistema debe ser el europeo o el norteamericano. La verdad es que creemos que ésta es una discusión ociosa. Como bien dijo GARRIGUES, el derecho *antitrust* llegó a Europa en la mochila de los soldados norteamericanos[27], es un derecho cuyo origen es el sistema anglosajón; es cierto que en un momento dado se distancia del derecho *antitrust* norteamericano - básicamente porque se ve afectado por los procesos de integración que se rigen por objetivos políticos distintos - y que toma otra forma, pero también es cierto que en los últimos años regresa a sus origines y se alimenta y muta hacia los principios del *common law*.

Los europeos difícilmente dirán que están aplicando la regla *per se*, pero las últimas resoluciones europeas demuestran que en realidad sí la aplican; esto quiere decir sólo una cosa: el derecho *antitrust* está regresando a su estado original. La discusión sobre si se trata de derecho americano o de derecho europeo no resulta muy distinta a la discusión entre dos niños respecto de cuál de sus papás tiene el mejor carro. Los dos son marca Ford, y si bien uno se fabrica en Europa y el otro en Estados Unidos la verdad es que la marca es norteamericana.

Sin embargo en el Perú, bajo la excusa de ser un país de tradición europea, se han venido llevando a cabo cambios de los que los mismos europeos rengarían. Se pretenda pasar de un Derecho de la Competencia que vela por procesos a un Derecho de la Competencia que vela por los resultados, y ello dándole a la autoridad mayor discrecionalidad para resolver los casos y parecerse más a un organismo regulador que a una agencia de competencia.

---

27. Citado por CASES PALLARES, Luis, *Derecho Administrativo de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 59.

Lo cierto es que la idea de que el derecho *antitrust* norteamericano aventaja tremendamente al esquema europeo - sobre todo en lo referente a la incorporación de elementos del análisis económico dentro del esquema necesario para concluir cómo deben ser reguladas las políticas - queda bastante clara en la década de los '90, y es por eso que se toma acertadamente el derecho *antitrust* norteamericano como una guía para interpretar la ley en todo el mundo, incluyendo Europa.

Pero terminados los noventa, al inicio del nuevo milenio, se tiende a cometer el error del que hablamos al principio: asimilar el derecho *antitrust* a los esquemas regulatorios. La finalidad que se adoptó en los noventa es claramente el bienestar de los consumidores, en otras palabras, la eficiencia económica y productiva. No le corresponde al derecho de la competencia proteger a las empresas pequeñas, por ser tales. Ese es un tema que puede tratarse al hablar de política industrial, pero no de derecho *antitrust*; si los consumidores escogen una empresa determinada, la autoridad de competencia no tiene más opción que respetar esta elección, sea esta empresa grande, mediana o pequeña.

El siguiente cuadro establece las diferencias entre enfrentar el derecho antitrust como proceso y enfrentarlo como resultado.

| Proceso ⟷ Resultado | |
|---|---|
| Finalidad → Bienestar Consumidor | Finalidad → Protección de Pequeñas empresas |
| Beneficio / Daño | Sólo Daño |
| Facilidad Esencial | Acceso Universal |
| Per se | Per se Razonable |
| Libertad de Precios | ¿Precios Abusivos? |

Como veremos en las secciones siguientes esta evolución se ha venido presentando en la jurisprudencia del INDECOPI, y en particular de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal, y resulta contrario al diseño que se mencionó líneas arriba. Esto será desarrollado con más detalle en las secciones siguientes.

# La Regulación Constitucional de los Monopolios y las Políticas de Competencia*

La Constitución de 1979 prohibió los monopolios[1], consagrando con ello una norma no sólo incumplida, sino imposible de cumplir. Los monopolios existieron durante toda la vigencia de la Constitución, y hubiesen seguido existiendo en economías pequeñas como las nuestras aún en el caso que la norma hubiera seguido vigente.

Pocas instituciones económicas han sido tan poco comprendidas ni han servido para tejer tal cantidad de mitos como lo ha sido el monopolio o su pariente cercano el oligopolio. Estas palabras eran pronunciadas con recelo y hasta con resentimiento. Casi toda medida populista o intervencionista tomada por el gobierno de turno tenía entre sus considerandos (implícitos o explícitos) como justificación el combatir poderes monopólicos u oligopolios de temibles empresas nacionales extranjeras.

Una empresa monopólica era mala sólo por el hecho de serlo. Tener un monopolio era moralmente reprobable y casi se le atribuían todos males de la economía: la escasez de bienes, elevación de los precios, la pobreza, el maltrato a los consumidores, la destrucción de la pequeña empresa, la explotación de los trabajadores, etc.

---

* Esta sección se ha basado principalmente en el artículo «Los Monopolios en la Constitución: Entre el Mito y la Verdad» publicado en *Derecho y Sociedad*, N.° 8-9, 1994.

1. «Artículo 133.- Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos de la actividad industrial y mercantil. La ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes.»

Esta percepción del monopolio llevó a que se elevara a nivel constitucional la prohibición de su existencia. Pero el monopolio y el oligopolio continuaron existiendo. En la mayoría de casos, fue el propio Estado el que los creó y mantuvo través de limitaciones a la libre competencia (barreras a la importación, licencias de exclusividad, etc.), empresas públicas o reservas o actividades llamadas «estratégicas». Así el Estado promovía con una mano lo que criticaba abiertamente con la otra.

En otras ocasiones, los monopolios surgieron espontáneamente como producto de una superior eficiencia de ciertas empresas en el mercado, lo que les permitió desplazar a otras menos eficientes. Ello, entre otras razones, por la existencia de las llamadas «economías de escala». Esto quiere decir que, dadas ciertas limitaciones en el tamaño del mercado, la mejor forma de producir a menor costo es por parte de una o de unas pocas empresas. Típico ejemplo es el caso de los monopolios naturales, es decir, situaciones en las que la existencia de más de una empresa perjudicaría a los consumidores en lugar de beneficiarlos. Imaginemos si los servicios de distribución eléctrica o de agua tuvieran que prestarse en condiciones de competencia. Habría que tener dos juegos completos de cables eléctricos y postes o de cañerías de agua y desagüe. Son servicios donde los costos fijos son bastante altos. Todos los consumidores de Lima tendríamos que repartirnos el costo de esta duplicidad y como consecuencia de ello el costo de estos servicios se incrementaría manera importante. Lo mismo sucedía hasta hace poco con el servicio telefónico, pero el avance tecnológico ha reducido los costos hasta hacer viable la prestación de servicios en situación competencia. Por ejemplo el desarrollo de tecnología inalámbrica reduce la necesidad de tendido de redes para brindar el servicio, como ocurre actualmente en la telefonía móvil.

Carece, pues, de sentido prohibir los monopolios a rajatabla. El monopolio o el oligopolio no sólo pueden no ser perjudiciales, sino que, incluso, cuando son consecuencia de economías de escala que reflejan una eficiencia superior, son beneficiosos.

Las regulaciones antimonopólicas han ido comprendiendo poco a poco este fenómeno y con ello la prohibición del monopolio o del oligopolio ha ido desapareciendo de la mayoría de legislaciones en el mundo. Ello, en parte, por un mejor entendimiento del fenómeno que llevó a desmitificar la idea de que se trataba de algo *per se* reprobable, y en parte, por la constatación empírica de que la realidad económica primaba sobre la norma legal, haciendo que subsistan posiciones de dominio en el mercado sin que el Estado pueda desaparecerlas, sea por su incapacidad para enfrentarlas, sea porque se hacía de la «vista gorda».

Prohibiciones a la existencia de monopolios o de oligopolios, como la contenida en la Constitución de 1979, se fundamentan en la idea que el Estado debe proteger a la empresa pequeña, sin perjuicio de que ello implique mayores costos de producción en perjuicio del consumidor. Simplemente no se quiere una o pocas empresas, es decir se quiere que el mismo mercado se reparta entre más productores, sin importamos que ello incremente los costos de producción por la vía de duplicar los costos fijos.

La Constitución de 1993 ha comprendido adecuadamente el fenómeno. El monopolio no sólo no está prohibido, sino que mientras que la posición de dominio en el mercado sea adquirida por la vía de una legal y legítima competencia, está tutelada por el Estado. Lo que se prohíbe son dos situaciones: el abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas o limitativas de la libre competencia[2].

En el primer caso, se debe reiterar que si bien la posición de dominio no está penalizada, sí lo está el abuso de tal posición. La ley no es ciega al hecho de que una empresa con posición de dominio tiene una inmensa capacidad para causar daños a sus competidores y con ello limitar las opciones de los consumidores. Confía en los mecanismos de la propia competencia para acabar con los monopolios ineficientes o que no respondan a economías de escala. Para nadie es un secreto que el monopolio está en capacidad de elevar el precio por encima de los niveles del precio que se generaría en condiciones de competencia. Si lo hace estará obteniendo ganancias importantes. Pero, por otra parte, dichas ganancias generan incentivos para que nuevos competidores entren al mercado. El precio monopolístico genere, aunque suene paradójico, presiones competitivas, es decir, que contiene el germen de su propia desaparición. En consecuencia, en el largo plazo, el monopolio será eliminado salvo en el supuesto que sea la mejor manera de producir un bien o servicio. Sólo se justifica la intervención del sistema legal cuando como consecuencia de la posición de dominio existente, se generan prácticas abusivas que perjudican a los consumidores en el largo plazo.

El segundo supuesto, las prácticas restrictivas o limitativas de la libre competencia, son bastante comunes en nuestro país. Se trata básicamente de las prácticas concertadas llevadas a cabo por «carteles» de productores.

---

2. «Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

   La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.»

Este es el caso de asociaciones gremiales o simples agrupaciones de proveedores de bienes y servicios sustitutos entre sí para concertar el precio, las condiciones de comercialización, la distribución del mercado, etc. Estas prácticas limitan la competencia en cuanto evitan que sea el mercado, y en particular los consumidores, quienes determinen, a través de decisiones atomizadas, los precios de los productos y servicios. Los carteles aparecen mas fácilmente en mercados pequeños como los nuestros, con pocos productores, y que facilitan el acuerdo entre ellos, pues los costos de transacción son reducidos. El mercado también es enemigo de los carteles. Las ganancias adicionales que los integrantes de un cartel obtienen por esta vía, crean incentivos para la entrada de nuevos competidores o para que los propios integrantes del cartel rompan el mal llamado «pacto de caballeros» y cobren precios menores, sobre todo aprovechando que los acuerdos adoptados no son legalmente exigibles (su cumplimiento no puede ser exigido ante una Corte) precisamente por ser consecuencia de una práctica ilícita. Pero un cartel bien organizado puede mantener su posición por largos períodos de tiempo incrementando no sólo los precios, sino permitiendo que existan más empresas de las que son socialmente necesarias para satisfacer las necesidades reales de los consumidores. Ello porque se amparan a la sombra de un precio concertado y que en términos de mercado es tan artificial como el que podía fijar el Estado en los tiempos de los controles de precios. La intervención se justifica entonces en la necesidad de brindar opciones reales a los consumidores en el corto plazo.

El carácter anticompetitivo de los carteles es tan claro que deberían ser declarados *per se* ilegales. No derivándose ninguna ventaja para los consumidores por su existencia, nada justifica permitir que la concertación siga dándose. La Constitución vigente reconoce esta problemática y sienta las bases para una legislación antimonopólica orientada a proteger al consumidor y no a la empresa pequeña por el simple hecho de serlo.

Debe destacarse que la Constitución prohíbe expresamente el supuesto más común de monopolio en nuestro país: el monopolio legal. El monopolio legal es aquel que encuentra su origen directamente en la ley o en alguna barrera creada por esta para impedir la entrada de competidores al mercado. Los monopolios legales son los más irracionales de todos. No obedecen a criterios de economías de escala o de mayor eficiencia productiva sino a criterios políticos, muchas veces populistas, destinados a crear privilegios para ciertos sectores, que generaban distorsiones graves en el proceso productivo. La Constitución elimina así aquello que fue realmente el mal de los últimos años: aquel monopolio que no podía ser destronado por los mecanismos de mercado precisamente porque se amparaba en la ley que en lugar de perseguirlo lo protegía.

## I. ¿CÓMO ENFRENTAR EL PROBLEMA DEL MONOPOLIO EN LA CONSTITUCIÓN?

Uno de los aspectos centrales del modelo económico constitucional es la regulación de los monopolios. La importancia del tema ha impulsado una corriente importante que ha conducido a que son cada vez más las Constituciones que incluyen en su articulado normas que se refieren a la libre competencia y al rol del Estado en preservarla. Pero la experiencia histórica nos muestra que no todos los países, y en consecuencia sus Constituciones, siguen el mismo camino.

Como veremos, algunos han optado como camino el negar la existencia de monopolios. Por ello, han establecido en sus textos la prohibición abierta a la existencia de monopolios. Dentro de esa visión se usa un argumento relativamente simple: los monopolios son malos. Si son malos hay que prohibirlos. Pero estos sistemas han quedado atrapados en un imposible que ha conducido a las legislaciones y a la jurisprudencia a efectuar verdaderos «malabarismos conceptuales» para salvar una prohibición tan irreal como derogar la Ley de la Gravedad.

Otros países, en cambio, no han comprendido el monopolio como la antítesis de la existencia de competencia, sino, por el contrario, como un fenómeno que en ocasiones se presenta precisamente como parte del proceso competitivo. Ello no implica desentenderse del problema, sino centrar el asunto en la prohibición de prácticas mediante las cuales se distorsiona la competencia, antes que en la prohibición del monopolio en sí mismo.

Como ya se ha mencionado la prohibición del monopolio es una respuesta no solo inadecuada, sino, en la práctica, imposible de implementar. Tanto por la inconveniencia de la norma como por la inevitable consecuencia de que la prohibición sea continuamente incumplida, el modelo de prohibir el monopolio *per se* está condenada a fracasar.

Como veremos debe mantenerse la línea de la Constitución vigente que sanciona las prácticas y conductas desarrolladas por quien ostentan una posición de dominio, y no la estructura del mercado en sí misma.

Sin embargo, consideramos que debe mantenerse al menos una prohibición: la de los monopolios legales. Ello porque son dichos monopolios los realmente malos para los consumidores y para la economía en general. Su prohibición implica referirse directamente a lo que sí es una conducta desarrollada por el Estado: la creación, en uso de sus facultades legislativas y administrativas, de monopolios o restricciones a la competencia que expropian el derecho de los consumidores a elegir y decidir.

## II. ¿POR QUÉ NO SE PUEDEN PROHIBIR LOS MONOPOLIOS?

Como dijimos, el artículo 133 de la Constitución de 1979 prohibía los monopolios. Y nada perjudica mas la conciencia de que la Constitución debe cumplirse, que los incumplimientos de la misma. Cuando se prohíbe algo imposible de prohibir, entonces la Constitución se desprestigia en su integridad.

Podemos todos coincidir que la congestión de tráfico en las calles es una situación indeseable y todos quisiéramos que no se diera. La congestión de tráfico genera pérdida de tiempo, desperdicio de recursos, accidentes de tránsito, contaminación ambiental y muchas otras situaciones similares. Pero la congestión del tráfico no es una conducta, es una situación. Esa situación es causada por numerosos factores. Cada conductor que decide sacar su automóvil a la calle contribuye, sin quererlo, a generar tráfico. Cada deseo de viaje, que lleva a generar demanda de transporte público, hace lo mismo. Cada decisión de no ampliar la infraestructura vial o no reparar un semáforo o parchar un bache contribuye a más congestión. La forma de conducir los vehículos es otro factor. El tráfico no depende de nadie pero a su vez depende de todos.

¿Se imagina el lector una norma en la Constitución que prohíba la congestión de tráfico? Sería la norma más incumplida y correría una suerte similar al artículo 133 de la Constitución de 1979. Y es que cuando se prohíbe la generación de una situación que se genera por la conjunción de diversos factores, ninguno de los cuales puede por sí solo generar el problema pero contribuye a que ocurra, no se va a ninguna parte.

Cuando la Ley quiere aliviar los problemas que genera el tráfico, no prohíbe la congestión. En la práctica no podría hacerlo. Sólo regula algunas conductas para minimizar el riesgo de que ocurra la congestión y los daños que el tráfico genera una vez que este se presenta. Y entonces se dan las normas de tránsito, cuyo objetivo es precisamente lidiar con una situación que, todos sabemos, es en realidad inevitable, al menos si basamos el intento de evitarlo en una mera declaración de la Ley o de la Constitución.

El monopolio, o más genéricamente, la concentración de poder de mercado, es como la congestión de tráfico: más que una conducta, es una situación, un estado de cosas. Se puede prohibir que alguien haga algo, pero no se puede prohibir que una situación se presente como consecuencia de la interacción de numerosas personas (en este caso, proveedores y consumidores).

Es tan iluso prohibir el monopolio, como lo es tratar de establecer un número determinado de competidores. ¿Podría una Constitución decir que en una industria determinada solo puede haber tres competidores, ni más

ni menos? Evidentemente no, porque el número de competidores depende de diversas condiciones, ninguna de las cuales es controlada en exclusiva por una sola persona. El número de competidores depende precisamente de la estructura del mercado, y de las condiciones de oferta y demanda existentes, de la tecnología existente, de costos legales o de transporte, etc. Tratar de que el funcionamiento de la economía determine una estructura distinta por decreto, es una mera ilusión.

El monopolio se puede producir por una conjunción de factores totalmente diversos. El crecimiento interno de una empresa es una modalidad. Las fusiones empresariales es otra modalidad. La quiebra o salida de competidores también puede generarlo.

Todas ellas operan en medio de una diversidad de factores distintos. El crecimiento interno no conduce al monopolio si otras empresas también crecen o entran al mercado o se mantienen en él. En cambio la caída de la demanda de un producto puede conducir al monopolio, si las nuevas condiciones no permiten la existencia de más de una empresa. Una fusión no lleva al monopolio si existen condiciones que permiten el ingreso al mercado de otros competidores. La entrada de un competidor más eficiente y con mejores productos a más bajos precios pueden llevar a que los que ya estaban en el mercado salgan dejando al entrante como un monopolio.

Una norma que pretenda determinar que no puede haber un solo proveedor de un bien o servicio tendría que prohibir no conductas, sino situaciones cuya ocurrencia no depende de la voluntad de una sola persona. En otras palabras, es una prohibición cuyo obligado a cumplirla no puede ser determinado con precisión.

En esa línea una prohibición de una situación como el monopolio, la congestión del tráfico, el hambre o la pobreza es una norma ilusa, pues es una prohibición sin obligado determinado. Nadie puede ser culpado, y menos sancionado, de un resultado que es consecuencia de una serie de factores diversos, muchos de los cuales no puede controlar.

## III. ¿QUÉ TAN MALO ES EL MONOPOLIO?

Pero adicionalmente, ello se conjuga con que no necesariamente el monopolio es económicamente ni socialmente malo, pues, en muchas ocasiones es la mejor manera de producir. Así, prohibir el monopolio muchas veces es perjudicar a los consumidores a quienes precisamente las normas que promueven la competencia deben buscar favorecer. Es perjudicar la competitividad misma al reducirse precisamente los incentivos para competir.

En un mercado determinado, un monopolio se presenta cuando se verifican ciertas condiciones específicas como la existencia de un único proveedor, la inexistencia de bienes sustitutos que de alguna manera satisfagan la demanda de los consumidores y la presencia de barreras de entrada al mercado que impidan la aparición en el corto plazo de opciones para los consumidores.

Es claro que los monopolios pueden generar un costo social. En la medida en que el monopolista es un vendedor que puede elevar el precio de su producto en el mercado restringiendo la oferta, un grupo de consumidores, que valoriza el bien en un monto superior al de su costo de producción, no va a poder adquirirlo al precio monopólico. La competencia conduce a que el precio de los bienes refleje el costo de producirlos. El monopolio podría alejarnos de esa meta y con ello reducir la producción y elevar los precios.

Sin embargo, el monopolio puede ser positivo, tanto desde un punto de vista estático como desde un punto de vista dinámico.

Desde un punto de vista estático, en determinadas industrias, dada la demanda existente y los costos en que debe incurrir una empresa para producir, tener más de una empresa es malo. Ello porque la inversión necesaria para tener varias empresas compitiendo es demasiado alta para poder sustentarse en la demanda existente. Curiosamente empujar más empresas en el mercado es empujar la elevación de costos de producción en su conjunto, lo que a su vez conduce, paradójicamente, a precios más altos y/o al desperdicio de recursos escasos. En tales circunstancias, es bueno que subsista el monopolio.

Esto es especialmente cierto en economías pequeñas como la peruana. Si una economía es pequeña y pobre, es posible que la capacidad que sus consumidores tienen para demandar productos y servicios no pueda sustentar muchas empresas a la vez. El resultado natural es un mayor nivel de concentración en sus industrias.

¿Es eso malo? No necesariamente. Si se enfrenta como un hecho dado la existencia de una demanda limitada, tener muchas empresas puede ser peor. Forzar a que haya muchos competidores significa que para poder sobrevivir, todos deben fijar precios más altos. La «necesidad» de forzar la competencia podría impedir a las empresas alcanzar economías de escala y de alcance, y con ello conducir a resultados ineficientes e injustos no solo para las empresas sino para los propios consumidores quienes se verán forzados a pagar precios elevados.

En la misma línea, normas que pretendan prohibir los monopolios pueden afectar la competitividad de la industria y productores nacionales frente

a la competencia extranjera. Si se «prohíbe» a una empresa crecer, esta no podrá alcanzar economías de escala que la hagan eficiente. Sus costos serán mayores a los que enfrenta una empresa que, por provenir de una economía mayor a la nuestra, o simplemente, que no enfrenta legislaciones de competencia que limiten tan estrictamente su capacidad de crecimiento, puede crecer más y reducir sus costos de operación. El resultado es el desplazamiento final de la empresa peruana que, limitada por la legislación que prohíbe el monopolio, no puede competir con una empresa que no está sujeta a la misma limitación.

Pero también hay un aspecto dinámico que es importante tener en cuenta. A veces es bueno que el monopolio incremente sus precios precisamente para mandar señales claras al mercado sobre la escasez de los productos y servicios. El mercado competitivo funciona como un lenguaje relativamente sofisticado pero fácil de entender por todos. Los precios altos indican escasez. Los precios bajos indican abundancia. Un derrumbe que bloquea una carretera e impide traer fruta de la selva se refleja en precios inmediatamente. Esa subida de precios es buena porque le indica a los consumidores que mejor cambien su dieta de fruta por unos días; los conduce a consumir otros productos más abundantes. Y la elevación de precios de la fruta crea, por otro lado, incentivos para buscar satisfacer la demanda por otros medios, como transporte aéreo o importación. Eso es bueno para los consumidores.

Cuando se produce una situación de monopolio, si la empresa sube sus precios siembra el germen de la destrucción de su monopolio pues indica que lo que produce es escaso y, por tanto, quien entra a producir o vender lo mismo ganará más. El resultado es la entrada de nuevos competidores que darán más opciones y con ello reducirán los precios. El monopolio puede ser parte de ese proceso dinámico que contribuye a asignar correctamente los recursos. Pero si los competidores no pueden entrar a competir con este monoproductor a pesar de sus precios, es porque es muy superior a ellos en términos de eficiencia. Prohibirle el monopolio sería como atar plomos a los pies a un jugador de fútbol de excepcional habilidad solo para que los demás puedan quitarle la pelota o el suplente pueda entrar a reemplazarlo. Dudo mucho que la competencia futbolística se vería beneficiada con tal medida. Y tampoco lo sería la competencia económica.

Bork se pronuncia de manera muy clara en ese sentido:

> «Si la empresa líder en un mercado concentrado está restringiendo su producción para obtener precios por encima del nivel competitivo, sus eficiencias deben ser lo suficientemente superiores a las de sus rivales actuales o potenciales para neutralizar su comportamiento. Si ello no es

> así, los rivales estarán en la capacidad de ampliar su participación de mercado como consecuencia de los precios anormalmente altos y entonces la industria se desconcertará. En consecuencia, la rivalidad en el mercado automáticamente contrapesa las respectivas influencias de la eficiencia y la restricción de producción y nos lleva al tamaño de empresas y la estructura de la industria que sirve mejor a los consumidores»[3].

Lo que sí nos debe preocupar es el supuesto en que producido el monopolio las barreras estatales o privadas de acceso perpetúen el monopolio e impidan que el mercado genere una estructura competitiva. Por eso es tan importante, por un lado, prohibir el monopolio legal, es decir, el monopolio creado por el Estado y, en segundo lugar, prohibir ciertas prácticas empresariales que contribuyen a distorsionar la competencia y la entrada o permanencia de competidores en el mercado a través de mecanismos indebidos.

## IV. LA PARADOJA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Como ya se dijo, si bien el monopolio puede tener consecuencias negativas para los consumidores, su prohibición puede generar daños a esos mismos consumidores. El proceso competitivo se alimenta de la aspiración de todo empresario por aumentar su participación en el mercado. El esfuerzo de todo empresario por reducir costos y bajar precios, mejorar la calidad de sus productos o el servicio a los consumidores se orienta precisamente a aumentar la participación que dicha empresa tiene en el mercado.

Si se le pregunta a un empresario qué soñó la mañana que se levantó con una sonrisa en los labios, es que soñó que tenía un monopolio. Es ese sueño el que impulsa la actividad económica y el esfuerzo de las empresas por mejorar, por la vía de mejorar a su vez lo que ofrece a sus consumidores. Finalmente, es el deseo de ser más grande el que inspira a las empresas a ponerse al servicio de los consumidores.

Si se prohíbe a rajatabla el monopolio y se imponen sanciones por crecer, sin analizar las causas del crecimiento empresarial, ese sueño se volverá una pesadilla y el resultado será reducir los incentivos para mejorar la situación de los consumidores. Ese sueño, de no existir barreras al mercado, casi nunca se realizará. La propia competencia (es decir, el deseo de todos los competidores por alguna vez alcanzar un monopolio) controla esa capacidad. Esa es la paradoja: que exista competencia implica aceptar el riesgo de un monopolio. Y la existencia del monopolio implica aceptar que el mismo manda señales para su propia destrucción.

---

3. Bork, Robert. *The Antitrust Paradox*, Maxwell Macmillan, New York, 1993, p. 178.

Lo que entonces nos debe preocupar, antes que el monopolio en sí, son los medios por los cuales se alcanza una mayor participación de mercado, de un lado, y los posibles abusos que, una vez alcanzada una posición dominante en el mercado, puedan cometerse. Por ello, tal como nos recuerda Ross en la siguiente cita, no preocupa tanto el monopolio, sino el carácter indebido del medio por el que se alcanza o defiende:

> «...el elemento final del intento de monopolización requiere demostrar que el demandado se involucró en una conducta indebida. Dado que la mera tenencia de un monopolio no es ilegal bajo la Sección 2 (de la Sherman Act), el mero intento de alcanzar tal poder no puede ser prohibido. Por el contrario, el demandado debe haberse involucrado en una conducta que, de ser exitosa, pueda ser caracterizada como una adquisición 'intencional' de poder monopólico. El demandado que inventa un nuevo producto puede estar intentando asegurar su monopolio mediante innovación, pero dicha conducta obviamente no puede constituir un intento ilegal de monopolización»[4].

Esta paradoja es precisamente la base de la evolución que, como veremos, se ha producido en el enfoque que el Derecho da al problema de los monopolios. La competencia no es solo un problema de precios. Tiene que ver con inversión, innovación, calidad y servicios a los competidores. A veces fomentar una mayor competencia de precios reduce los incentivos para innovar o invertir. Es decir, según esa paradoja, precisamente generar más competencia por precios puede reducir la competencia en otros elementos también importantes para los consumidores.

Esto explica, por ejemplo, el reconocimiento universal que el Derecho da a las patentes de invención. Esas patentes pueden conceder un monopolio temporal al creador de una invención para explotarla. Ello, sin duda, genera precios más altos para los productos derivados de dicha creación en el tiempo que dura la vigencia de la patente. Pero reconocemos dicho monopolio, por que si no lo respetamos reducimos los incentivos futuros para crear nuevas invenciones. La renta monopólica temporal se acepta ante el riesgo que nunca se desarrolle una invención por falta de incentivos para usar la creatividad humana.[5]

---

4. Ross, Stephen. *Principles of Antitrust Law*, The Foundation Press, New York, 1993,*Ob. cit.,* p 101.

5 Como vimos en la sección correspondiente, el autor tiene sus reservas sobre la conveniencia de la protección dada por el derecho de patentes, y en todo caso tiene la certeza que los niveles de protección son exagerados. Sin embargo el ejemplo sirva para mostrar que, en todo caso, el monopolio puede generar incentivos para la innovación.

Lo mismo ocurre con otros aspectos de la actividad económica. Si una empresa invierte para mejorar su producción y así hacer productos mejores, más baratos y más seguros para los consumidores con el objeto de desplazar a su competencia, y luego se le priva del derecho de crecer, entonces deja de invertir. Y al dejar de invertir perjudica a los consumidores que ya no gozarán de los beneficios de dicha inversión (mejores productos, mejor tecnología, mejores condiciones, etc.).

Como bien dice el tratadista peruano Baldo KRESALJA:

> «(...) no deben confundirse las limitaciones a la competencia que nacen de la competencia misma de las que tienen su origen en una práctica destinada expresamente a ese fin, pues mientras las primeras son la esencia misma del sistema competitivo; las segundas son una perversión del sistema y constituyen el objeto del Derecho *antitrust* (...)»[6].

Irwing Kaufman, el famoso juez norteamericano que resolvió el caso United States v. Alcoa[7] decía:

> «(...) el competidor exitoso, al que se le ha exigido competir, no debe ser castigado si es que gana».

En la misma línea, VISCUSI, VERNON y HARRINGTON señalan que debe diferenciarse la adquisición intencional, mediante estrategias indebidas, de poder de mercado, del caso en que el poder de mercado se logra por crecimiento o desarrollos propios derivados del esfuerzo empresarial, superioridad de sus productos o un simple accidente histórico[8].

Comentando la legislación norteamericana, estos mismos autores señalan:

> «(...) dada la existencia de poder monopólico, la segunda parte del análisis de la regla de la razón es determinar cuándo el monopolio fue adquirido y/o mantenido por prácticas que no pueden calificarse como eficiencia superior o accidente histórico. Esto es, un monopolio sobre bienes causado en una mayor eficiencia en producir esos bienes no es una violación a la SHERMAN ACT»[9].

---

6. KRESALJA, Baldo. «La Reserva de Actividades Económicas a Favor del Estado y el Régimen de los Monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993». En *Ius et Veritas* N.º 22, p. 299.

7. 148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945).

8. VISCUSI, Kip, John VERNON y Joseph HARRINGTON. *Economics of Regulation and Antitrust,* MIT Press, London, 1997, p. 266.

9. *Ibídem*., p. 270.

Es que no hay que perder de vista el impacto invisible de prohibir el monopolio. Normalmente solo nos fijamos en la consecuencia ocurrida cuando el monopolio se da y el titular de dicho monopolio abusa del mismo, eleva los precios y limita las opciones de los consumidores, pero perdemos de vista cuánto perdería la sociedad si se redujeran los incentivos para competir mediante la penalización del crecimiento empresarial.

Esta paradoja no tiene una solución fácil. Sin embargo a la fecha, el mejor modelo desarrollado legislativamente es el reconocido por la Constitución actual, es decir, no penalizar el monopolio sino la práctica monopólica o restrictiva de la competencia.

Un concepto central para entender ello es el de 'daño concurrencial'. La posibilidad que la competencia beneficie a los consumidores lleva implícita la posibilidad que la competencia dañe a los competidores. Y la opción por la libre competencia es una opción a favor de los consumidores. La manifestación más clara de ese daño al competidor es la perdida de participación de una empresa o incluso su eventual salida del mercado. Pero ese es un daño legítimo. A ese daño se le conoce como daño concurrencial.

Se considera como daño concurrencial a todo perjuicio causado a los competidores mediante el uso legítimo de políticas de precios, calidad y condiciones ofrecidas a los consumidores. En términos sencillos es daño concurrencial el que se basa en la elección que los propios consumidores hacen libremente, y que implica desplazar sus preferencias de una opción a otra.

Solo cuando ese desplazamiento es producido por actos diferentes a méritos legítimos, el Derecho debe preocuparse por ello.

Si la concentración del mercado responde a preferencias de los consumidores, esa concentración es legítima. Ello no quiere decir que solo el crecimiento interno justifica la concentración de mercado. Esta puede provenir de otros canales, como sería el caso de una fusión. En ese supuesto, si bien la concentración inicial puede ser consecuencia de un acto empresarial, si esta genera eficiencias que repercuten en el bienestar de los consumidores y no existen barreras de entrada al mercado, la preferencia de los consumidores por los productos y servicios de la nueva empresa concentrada es una señal de aprobación que el sistema legal debe respetar. Así, la no entrada de otros competidores nuevos debe leerse como el voto de los consumidores a favor de gozar de los beneficios generados por la concentración, salvo que existan prácticas privadas ilegítimas dirigidas a frenar dicha entrada en contra de la Ley. Y a ello debe añadirse que no existen incentivos claros para que las empresas se fusionen si dicha fusión no va a generar eficiencias que reducen costos y mejoran el funcionamiento del pro-

ceso productivo. Si la fusión es ineficiente elevará los costos de producir y con ello perjudicará no solo a los consumidores sino a la propia empresa.

BORK se pronuncia en ese sentido, respecto de las eficiencias del crecimiento interno y de las fusiones entre empresas:

> «(...) tanto el crecimiento interno como las fusiones horizontales eliminan rivalidad, y lo hacen de una manera más permanente que un acuerdo de cartel. (...) La razón por la que no declaramos estas eliminaciones de rivalidad per se ilegales es que involucran integración de la actividad productiva y en consecuencia tienen la capacidad de crear eficiencia. Las integraciones contractuales (...) también son capaces de crear eficiencias. El derecho de la integración contractual y de la integración de propiedad deben, por tanto ser simétricas. No hay razón para suspender la regla per se en un área y no en la otra»[10].

En un sentido bastante similar ROSS y comentando el trabajo de Ronald COASE, Premio Nobel de Economía y de Oliver WILLIAMSON, nos dice:

> «Las implicaciones de la 'teoría de la empresa' es que el derecho de la Competencia no debería ser escéptico de que las fusiones, los *joint ventures* o los contratos entre empresas, y deberían evitar interferir en estas maneras de hacer negocios de manera eficiente»[11].

Así, no debe penalizarse la capacidad de lograr la preferencia de los consumidores, sino las prácticas que distorsionen dichas preferencias o consigan resultados antagónicos con ellas. Ese es el rol del Derecho en este campo.

Esa línea explica, como bien dice el tratadista peruano Baldo KRESALJA, la perspectiva adoptada por la doctrina moderna del Derecho de la competencia, la que ha desarrollado con un alto nivel de sofisticación el concepto de abuso de posición de dominio en el mercado:

> «El gran desarrollo que en la doctrina y la legislación modernas tiene el concepto de 'abuso de posición de dominio' se basa, entre otras razones, en la creencia que ya no es pertinente condenar a los monopolios u oligopolios por sí mismos, sino las prácticas abusivas al amparo de una posición de dominio»[12].

Esta perspectiva explica posiciones como la del español José Eugenio SORIANO, quien indica:

---

10. BORK, *Ob. cit.,* p 264.
11. ROSS, *Ob cit,* p. 4.
12. KRESALJA, Baldo. *Ob cit*», p. 295.

> «(...) la libre competencia es una técnica de lucha contra el abuso de los monopolios. Al menos contra los monopolios no conseguidos en justa competencia, a los cuales hay que vigilar estrechamente precisamente para que no abusen frente al ciudadano y frente a potenciales competidores»[13].

Y es que no puede cuestionarse el monopolio en sí mismo, pues como estableció en el sistema comunitario europeo, al resolver el célebre caso Michelin:

> «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 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 en el Mercado Común»[14].

## V. PROHIBICIÓN DE MONOPOLIO VS. PROHIBICIÓN DE PRÁCTICAS

A la luz de los conceptos señalados en los puntos anteriores uno puede entender la notoria diferencia existente ente la Constitución de 1979 y la Constitución de 1993. Casi podríamos decir que la evolución del Derecho de la Competencia en sus más de cien años de existencia está resumida en la variación de 14 años entre el texto del 79 y el texto del 93.

La legislación de libre competencia fue denominada en sus orígenes (y aún conserva el apodo) de 'legislación antimonopolios». Es importante notar dos elementos de esta terminología. La primera es que denota una posición antagónica contra la existencia de los monopolios en si mismos. Así, según esa terminología la legislación combate el monopolio.

El segundo aspecto relevante es que el término «antimonopolio» es una mala traducción del inglés. Como sabrá el lector, a esta legislación se le conoce en el sistema anglosajón como el Derecho *antitrust*. Pero *antitrust* no quiere decir antimonopolios. La palabra *trust* alude a acuerdos entre empresas y denota que con la promulgación de la SHERMAN ACT en los Estados Unidos, a finales del siglo XIX lo que estaba en la mente de quienes bautizaron esta rama del Derecho eran principalmente los acuerdos o carteles dirigidos a subir precios o limitar la competencia. Si bien la norma también hacía referencia a prácticas de monopolización y abuso de poder de mercado, quienes bautizaron a la nueva rama pensaron antes en los acuerdos anticompetitivos, principalmente aquellos en los que un grupo de competi-

---

13. SORIANO GARCÍA, José. *Derecho Público de la Competencia,* Madrid, 1998, p. 51.

14. Asunto 322/81 Michelin c. Comisión (1983). Rep. 3461.

dores se ponen de acuerdo para fijar precios o distribuirse mercados y así restringir la competencia entre ellos.

La palabra «antimonopolios» con la cual llega a nuestra legislación, además de una mala traducción, denota que el problema es combatir el monopolio en sí mismo, y no la práctica que restringe o afecta la competencia. Esto contribuyó por años a pensar que el problema era el monopolio en sí mismo y no las prácticas que distorsionan la competencia.

La evolución poco a poco fue mostrando los inconvenientes de considerar al monopolio como el enemigo, para que la legislación, y sobre todo los encargados de aplicarla, fueran comprendiendo que su rol, antes que destruir monopolios, era promover competencia. Así, esta rama fue, poco a poco, siendo rebautizada, para llamarse «Políticas de Competencia», «Legislación de Libre Competencia», «Legislación de Promoción de la Competencia» u otros nombres similares.

Hoy casi ninguna legislación —al menos de las modernas—, se autodenomina a sí misma como 'legislación antimonopolios'; por lo general,usan un nombre más orientado a la promoción del proceso competitivo. Ello implica no solo un cambio de nombre, sino de perspectiva. La labor de la legislación, antes que destructiva, es constructiva. Antes que perseguir un resultado (que no haya monopolios), persigue que se den las condiciones para que la competencia funcione.

Como se dijo, este proceso evolutivo que tiene por justificación los fundamentos desarrollados en los puntos anteriores de este trabajo, se vio reflejado en 14 años de historia de nuestro texto constitucional.

Así, recordemos nuevamente el texto del artículo 133 del la Constitución de 1979:

> Artículo 133.- Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil. La ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes.

Esta norma siguió la tradición de todas las Constituciones Peruanas del siglo XX, que con textos bastante similares, prohibieron el monopolio. Si bien la norma hace mención también a prácticas y acuerdos restrictivos, prohíbe a rajatabla el monopolio. Pero además el texto constitucional del 79 no menciona ni una vez el término «competencia» o «libre competencia» salvo para referirse al sentido de «competencia», como facultad o capacidad de decisión de una autoridad pública.

Esta omisión tiene además un sesgo ideológico claro. Note el lector que el propio artículo 133 se escabulle del uso del término 'libre competen-

cia' para tener una redacción forzada y poco precisa al referirse *a «prácticas y acuerdos restrictivos de la actividad mercantil.»*

Allí la Constitución del 79 perdió perspectiva. Lo que beneficia a los consumidores y a la economía en general no es que no haya monopolios, sino que haya competencia. Pero la palabra «competencia» brilla por su ausencia en el texto constitucional.

La situación cambia radicalmente con el texto constitucional de 1993, casi como si hubieran pasado cien años entre un texto y el otro. El artículo 61 de la Constitución establece:

> «Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolios.
>
> Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.»

Varios puntos son destacables. El primero es que no hay prohibición del monopolio, sino la asignación de una obligación del Estado de facilitar y vigilar la libre competencia (ya usa ese término evadido en el texto de 1979). Así, su labor principal es promover la competencia antes que perseguir monopolios.

En segundo lugar, el modelo constitucional de 1993 señala que lo que se combate es la práctica que limita la competencia (es decir, que pueda crear un monopolio o un efecto análogo al mismo, como un cartel entre competidores por ejemplo) o el abuso de posiciones monopólicas o dominantes en el mercado. Se descarta la eliminación del monopolio y se centra el tema en las conductas que fomentan la concentración de mercado por medios ilegítimos o el abuso de del poder que confiere un monopolio.

En tercer lugar, prohíbe el monopolio legal como única forma de monopolio vedada por la Constitución[15]. Esta última parte recoge un texto algo confuso, por las referencias a concertaciones que crean monopolios, cuando las concertaciones no tienen que hacer con acumular poder de mercado en un monopolio, sino el limitar la competencia para que varios, mediante un acuerdo, se beneficien de cargar precios más altos.

Sin perjuicio que el texto es perfectible, la superioridad en técnica legal y en comprensión del fenómeno económico respeto del texto del 79, es notoria. Y retroceder a un texto similar al anterior sería no solo inadecuado, sino ilusorio porque no podría ser puesto en vigencia.

---

15. En realidad existe otro supuesto prohibido, en el segundo párrafo del artículo 61, referido al monopolio de los medios de comunicación, pero ello, más que por razones de competencia pura, se centra en una regla que garantice el ejercicio plural de la libertad de expresión.

Así, como bien señala KRESALJA:

> «En las normas constitucionales peruanas del siglo XX, el régimen de los monopolios ha evolucionado, pasando de una prohibición contra los monopolios privados a su aceptación tácita. Se reconoce así que la concentración de poder económico en manos privadas no es siempre algo negativo o sancionable, siendo lo propio vigilar que ello no termine perjudicando a los consumidores, más aún cuando el éxito empresarial, en algunos casos, puede responder al reconocimiento que los propios consumidores otorgan a las empresas que mejor atienden sus necesidades»[16].

## VI. LOS MONOPOLIOS EN DISTINTOS MODELOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES

El análisis de los textos constitucionales que regulan el tema de las políticas de competencia, muestran modelos que establecen una prohibición del monopolio, mientras otros solo se refieren a la prohibición de las prácticas monopólicas.

Sin embargo, en los países que han prohibido expresamente en sus Constituciones el monopolio, las leyes y la jurisprudencia que han desarrollado dichos preceptos constitucionales han restringido el alcance de la prohibición, quizás simplemente como un reconocimiento al hecho de que se trata prohibir lo que es imposible prohibir.

Conviene hacer una breve referencia a los dos modelos de legislación de competencia más importantes del mundo: el sistema norteamericano, que regula estos temas en la llamada SHERMAN ACT, dictada a finales del siglo XIX, y el sistema europeo que regula este tema en los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma. Ninguno de estos sistemas ha prohibido a rajatabla el monopolio, sino las prácticas abusivas. Los órganos que han aplicado estas regulaciones se han mantenido precisamente en esa línea.

En el caso de la SHERMAN ACT, la Sección 1 se refiere a los acuerdos de precios o restrictivos de la competencia. La Sección 2 se refiere a los casos de monopolización. Dicha norma no cuestiona la existencia del monopolio, sino solo las prácticas indebidas que tienen por objeto monopolizar un mercado[17].

Por su parte, el Tratado de Roma —virtualmente la Constitución de la Unión Europea— tampoco prohíbe el monopolio, sino la práctica monopólica.

---

16. KRESALJA, Baldo. *Ob cit,* p. 301.

17. Section 2. Every person who shall monopolize or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony...».

Con una estructura similar a la SHERMAN ACT, regula en su artículo 85 los acuerdos entre competidores, y en el 86 el tema del abuso de posición de dominio en el mercado. Este último artículo, más pertinente al tema del monopolio, tampoco lo prohíbe, y solo sanciona el aprovechamiento indebido de una posición de dominio[18].

Entre las Constituciones que prohíben expresamente el monopolio se encuentran la de Bolivia[19] —aunque con un lenguaje ambiguo que permite interpretar que no es una prohibición absoluta-—, Costa Rica[20], Guatemala[21], México[22], Panamá[23], Paraguay[24], República Dominicana[25], Venezuela[26], entre otros.

---

18. Artículo 86.-Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

    (...)

19. Artículo 134.- No se permitirá la acumulación privada de poder económico en grado tal que ponga en peligro la independencia económica del Estado. No se reconoce ninguna forma de monopolio privado. Las concesiones de servicios públicos, cuando excepcionalmente se hagan, no podrán ser otorgadas por un período mayor de cuarenta años.

20. Artículo 46.- Son prohibidos los monopolios de carácter particular, y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria.

    Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora.

    Las empresas constituidas en monopolios de hecho deben ser sometidas a una legislación especial.

    Para establecer nuevos monopolios en favor del Estado o de las Municipalidades se requerirá la aprobación de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa.

21. Artículo 130.- Prohibición de monopolios. Se prohíben los monopolios y privilegios. El Estado limitará el funcionamiento de las empresas que absorban o tiendan a absorber, en perjuicio de la economía nacional, la producción en uno o más ramos industriales o de una misma actividad comercial o agropecuaria. Las leyes determinarán lo relativo a esta materia. El Estado protegerá la economía de mercado e impedirá las asociaciones que tiendan a restringir la libertad del mercado o a perjudicar a los consumidores.

22. Artículo 28.- En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.

23. Artículo 293.- No habrá monopolios particulares.

24. Artículo 107.- De la Libertad de Concurrencia

Sin embargo la declaración constitucional no opera en la práctica. Basta revisar las legislaciones de competencia de los países que tienen estas normas constitucionales para descubrir que las mismas no contienen propiamente prohibiciones a los monopolios. En la mayoría de casos como en Panamá, Venezuela o México, las legislaciones solo prohíben las conductas abusivas y eventualmente incluyen algún sistema de control de fusiones. Pero nada más. Así, la propia realidad ha forzado a dar una interpretación flexible a las normas constitucionales.

Lo que suele ocurrir es que estas legislaciones han interpretado la prohibición a los monopolios como proscripción de la posibilidad de que el Estado conceda monopolios a particulares. En otras palabras, se ha interpretado que la proscripción no se aplica de manera general a todo monopolio, sino básicamente al monopolio legal. A través de esta línea interpretativa dichos

---

Se garantiza la competencia en el mercado. No serán permitidas la creación de monopolios y el alza o la baja artificiales de precios que traben la libre concurrencia. La usura y el comercio no autorizado de artículos nocivos serán sancionados por la Ley Penal.

25. Artículo 8.- Se reconoce como finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona humana y el mantenimiento de los medios que le permitan perfeccionarse progresivamente dentro de un orden de libertad individual y de justicia social, compatible con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos. Para garantizar la realización de esos fines se fijan las siguientes normas (…):

    12. La libertad de empresa, comercio e industria. Solo podrán establecerse monopolios en provecho del Estado o de instituciones estatales. La creación y organización de esos monopolios se harán por ley.

26. Artículo 113.- No se permitirán monopolios. Se declaran contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución cualquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los y las particulares que tengan por objeto el establecimiento de un monopolio o que conduzcan, por sus efectos reales e independientemente de la voluntad de aquellos o aquellas, a su existencia, cualquiera que fuere la forma que adoptare en la realidad.

    También es contraria a dichos principios el abuso de la posición de dominio que un particular, un conjunto de ellos o ellas o una empresa o conjunto de empresas, adquiera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o de servicios, con independencia de la causa determinante de tal posición de dominio, así como cuando se trate de una demanda concentrada. En todos los casos antes indicados, el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección del público consumidor, los productores y productoras y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía.

    Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público.

ordenamientos jurídicos han terminado en la misma situación en la que se encuentran los regímenes jurídicos cuyas Constituciones no prohíben expresamente el monopolio, sino algunas de las prácticas desarrolladas por estos.

Esto demuestra la superioridad técnica, conceptual y práctica de no prohibir expresamente el monopolio, sino solo algunas de las conductas desarrolladas por estos o que los generan.

Por su parte, abundan también los textos constitucionales, normalmente más modernos, que no prohíben el monopolio sino algunas de las prácticas desarrolladas por estos. Entre estas se encuentran las Constituciones de Argentina[27], Brasil[28], Colombia[29], y Ecuador[30], entre otros.

---

27. Artículo 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

    Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

    La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

28. Artículo 173.- Exceptuados los casos previstos en esta Constitución, la explotación directa de actividades económicas por el Estado sólo será permitida cuando sea necesaria por imperativos de seguridad nacional o de interés colectivo relevante, conforme a la definición de la ley.

    1.º La empresa pública, la sociedad de economía mixta y otras entidades que exploten actividades económicas están sujetas al régimen jurídico propio de las empresas privadas, incluso en lo relativo a las obligaciones laborales y tributarias.

    2.º Las empresas públicas y las sociedades de economía mixta no podrán gozar de privilegios fiscales no aplicables a las del sector privado.

    3.º La ley regulará las relaciones de la empresa pública con el Estado y la Sociedad.

    4.º La ley reprimirá el abuso de poder económico que tienda a la dominación de los mercados, a la eliminación de la concurrencia y el aumento arbitrario de los beneficios.

    5.º La ley, sin perjuicio de la responsabilidad individual de los directivos de la persona jurídica, establecerá la responsabilidad de ésta, sujetándola a las sanciones compatibles con su naturaleza, en los actos practicados contra el orden económico y financiero y contra la economía popular.

29. Artículo 333.- La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, son autorización de la ley.

En términos generales, sin perjuicio de la aparente discrepancia en cuanto a un grupo de Constituciones que prohíben el monopolio y las que se limitan a prohibir ciertas prácticas desarrolladas por estos, en los hechos la legislación y jurisprudencia de los países han interpretado la prohibición a los monopolios como una limitación al Estado a entregar monopolios a particulares, antes que como la prohibición a que estos existan como consecuencia de la interacción de consumidores o proveedores.

Si una va a regular un tema complejo, debe usar una redacción simple y clara. Por ello, si entendemos que el monopolio como situación no puede ser prohibida, entonces no usemos una redacción cuya literalidad puede llevar a confusión. Es mejor redactar de manera directa que lo que nos preocupa son las conductas, estatales o privadas, que nos llevan de manera indebida a la pérdida del derecho de opción de los consumidores. Pero no limitemos a los consumidores su derecho a optar por una sola empresa si así lo desean hacer.

## VII. LOS MONOPOLIOS EN LOS TRATADOS DE INTEGRACIÓN.

Tal como ocurriera con el Tratado de Roma en la Unión Europea, comentado líneas arriba, virtualmente todos los mecanismos de integración regional vigentes o que se vienen negociando, recogen explícita o implícitamente regulaciones sobre el tratamiento de los monopolios y las prácticas restrictivas de la libre competencia. Ello obedece, como se ha declarado en las negociaciones del Área de Libre Comercio de las Ameritas –ALCA-a la necesidad de evitar que la eliminación de barreras gubernamentales al co-

---

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

30. Artículo 244.- Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá:

(...)

3. Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen.

mercio y la actividad económica sean sustituidas por barreras privadas creadas por prácticas restrictivas de la competencia.

No conocemos la existencia de algún sistema de integración regional o subregional que, al regular el tema de la libre competencia, haya establecido una prohibición de los monopolios. La línea ha seguido como estándar la prohibición de conductas antes que de situaciones. La posición de dominio no es lo sancionado, sino el abuso de tal posición o el desarrollo de prácticas restrictivas.

Es importante tener esto en cuenta porque el marco internacional es un condicionante importante. Si bien los tratados tienen jerarquía infraconstitucional, redactar una Constitución sin tener en cuenta como está puede afectar la posibilidad que nuestro país tiene de integrarse al mundo es virtualmente una decisión suicida que nos conduce al aislamiento. En ese sentido corresponde a la Constitución establecer esquemas flexibles en puntos críticos, como serían las regulaciones de competencia. Por ello establecer regímenes que se salgan de los estándares internacionales nos conduce a elevar los costos de la integración sin motivo alguno.

Ya en las negociaciones del ALCA este es un tema vigente. Existe ya un Grupo de Negociación de Políticas de Competencia y un mandato dirigido a la inclusión de un capítulo sobre el tema en el Tratado. Las discusiones orientan el tema dentro del marco precisamente consistente con la no prohibición de los monopolios, sino solo de las prácticas que distorsionen la competencia. Si bien aún no se cuenta con un texto, nada hace pensar que éste se alejará de la tendencia internacional. A pesar que no hay consenso sobre cómo será el capítulo que se incluirá el tratado, ya existen algunos puntos importantes recogidos en las negociaciones.

En primer lugar se habla de un conjunto básico de principios. Ni siquiera se ha propuesto alguno referido a la prohibición de monopolios. Por el contrario los principios recogidos se enmarcan dentro de la línea del combate de prácticas.

En segundo lugar se piensa establecer un esquema de cooperación entre autoridades nacionales para la investigación de prácticas (el llamado principio del «*positive comity*») y que también parte del supuesto de la detección y sanción de prácticas, no de situaciones.

A diferencia del ALCA, que está en negociación, en el marco subregional andino ya se cuenta con un texto vigente. Así, la Decisión 608 del Acuerdo de Cartagena[32], que regula a los países integrantes de la Co-

32. Que no es la primera norma comunitaria sobre el tema. Antes ya estuvo vigente la decisión 285 que regulaba el mismo tema aunque tuvo escasa aplicación.

munidad Andina, ha establecido un régimen de libre competencia que claramente sanciona las prácticas y no el monopolio en sí mismo. Tener un régimen diferente a nivel nacional solo creará una distorsión injustificada y un tratamiento diferenciado sin base según la actuación afecte o no más de un país de la subregión.

En eso la Decisión claramente se refiere a la sanción de las prácticas, y descarta cualquier regulación del monopolio por el solo hecho de ser tal.[33] Bajo esta norma se sancionan dos categorías de prácticas. La primera son las llamadas prácticas restrictivas (recogidas en el artículo 7 de la Decisión[34]) y la segunda son los casos de abuso de posición de dominio (recogidos en el artículo 8 de la Decisión[35]). Basta una breve y superficial revisión de la norma para tener claro que en ningún momento se sanciona al monopolio.

---

33. Artículo 2.- La presente Decisión tiene como objetivo la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores.

34. Artículo 7.- Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de:

    a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización;

    b) Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios;

    c) Repartir el mercado de bienes o servicios;

    d) Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o,

    e) Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas.

    Se excluyen los acuerdos intergubernamentales de carácter multilateral

35. Artículo 8.- Se presumen que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado:

    a) La fijación de precios predatorios;

    b) La fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios;

    c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

    d) La adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva;

    e) La negativa injustificada, a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de productos o servicios;

## VIII. LOS MONOPOLIOS LEGALES.

A diferencia de lo que ocurre con los monopolios en general, que no pueden en la práctica ser prohibidos por la Constitución, los monopolios legales sí pueden serlo. Ello porque, como ya se dijo, los monopolios legales son consecuencia de una conducta cuyo agente es perfectamente identificable: el Estado que los crea o fomenta. En realidad, la prohibición de los monopolios legales es la prohibición de una conducta que solo puede ser desarrollada por una persona específica: el Estado mismo.

Prohibir un monopolio legal es imponer tanto al Poder Legislativo como al Poder Ejecutivo, una limitación a la creación, sean decisiones legislativas, reglamentarias o administrativas, de barreras de acceso al mercado que no guardan relación con las preferencias de los consumidores.

Así, pueden caer dentro de esa prohibición de monopolio legal una Ley que establece que solo podrá entregarse una actividad productiva a un número determinado de competidores, o crear reglas que exijan requisitos tan absurdos para desarrollar una actividad que solo un número limitado de empresas pueden cumplirlas[36].

---

f) La incitación a terceros a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; a impedir su prestación o adquisición; o, a no vender materias primas o insumos, o prestar servicios, a otros; y,

g) Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.

36. Ello hace tan importante el rol del INDECOPI para proteger la competencia a través de la Comisión de Acceso al Mercado. Su rol de proteger la competencia de la creación de barreras burocráticas ilegales o irracionales debe ser bien entendida como parte del rol que el Estado desarrolla para cumplir el mandato Constitucional de prohibir los monopolios legales. Así fue reconocido por el artículo 26 BIS del Decreto Ley Nº 25668 según la modificación introducida por el artículo 50-del Decreto Legislativo 807 cuyo texto señala:

«Artículo 26BIS.- Comisión de Acceso al Mercado. La Comisión de Acceso al Mercado es competente para conocer sobre los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial de las pequeñas empresas, y de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia establecidas en los Decretos Legislativos N.º 283, 668, y 757, el artículo 61 del Decreto Legislativo N.º 776 y la Ley 25035, en especial los principios generales de simplificación administrativa contenidos en su artículo 2, así como las normas reglamentarias pertinentes. Ninguna otra entidad de la Administración Pública podrá arrogarse estas facultades. La Comisión, mediante resolución, podrá eliminar las barreras burocráticas a que se refiere este artículo.

Por su parte el Tratado de Roma, virtualmente la Constitución de la Unión Europea tampoco prohibe el monopolio, sino la práctica monopólica. Con una estructura similar a la Sherman Act, regula en su artículo 85 los acuerdos entre competidores, y en el 86 el tema del abuso de posición de dominio en el mercado. Este último artículo, más pertinente al tema del monopolio, tampoco lo prohibe, y solo sanciona el aprovechamiento indebido de una posición de dominio.[37]

El Estado, por definición, tiene el monopolio de las decisiones estatales. La mayoría de monopolios o concentraciones dañinas para los consumidores provienen precisamente de la «transferencia» de dicho poder a empresas que se benefician de ello. Así el Estado en uso de sus facultades normativas y administrativas suele crear barreras de acceso para permitir que unos pocos se queden en el mercado. Esto le da a las empresas beneficiarias de tales barreras la posibilidad de cargar precios más altos y reducir las opciones de los consumidores. Permitir que esos monopolios se creen, es abrir el camino para que las presiones impropias, el *lobby* o incluso la corrupción, permitan a las empresas obtener privilegios que eliminan la posibilidad de competencia efectiva, en perjuicio de los consumidores.

Por ello, son de una precisión admirable las palabras del jurista peruano Francisco García Calderón quien en 1879 (hace más de un siglo y varios años ante de la promulgación de la Sherman Act en los Estados Unidos) al hablar de la causa principal de los monopolios, señaló:

> «(...) toda medida que limita la libertad de industria, trae como consecuencia el monopolio: la formación de gremios y matrículas, la imposición de contribuciones industriales, las vejaciones hechas a los vendedores en las ferias y mercados, y otras disposiciones emanadas del sistema restrictivo, traen inmediatamente el monopolio; y si entonces se reduce el precio de las mercancías por una ley, se comete una nueva injusticia, y se hace un nuevo ataque a la libertad. La libre concurrencia, que

---

(...)»

Lamentablemente esas facultades han sido progresivamente siendo limitadas, hasta que la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General ha limitado su facultad de eliminar barreras creadas por ciertas disposiciones municipales.

Con ello se ha ido retrocediendo de manera importante en el cumplimiento del mandato constitucional.

37. Artículo 86.- Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

(...)

> permite que los precios suban y bajen según su ley natural, es el único medio de impedir los monopolios: las disposiciones directas o indirectas del gobierno y de las actividades son ineficaces para conseguir ese objeto: así lo acredita la experiencia de todos los días»[38].

Y lo más serio es que el monopolio legal no permite que nos consolemos con la esperanza que futuros entrantes al mercado, es decir, nuevos competidores, van a corregir el problema. Los precios mayores que el monopolio carga no cumplirán el rol de crear incentivos para nuevos entrantes porque por definición esa entrada está prohibida o limitada precisamente por la acción estatal. Hasta la más efectiva práctica privada para impedir la entrada de competidores puede ser superada. Lo mismo no ocurre con las barreras estatales porque superarlas implica, por definición, cometer un acto ilegal. El resultado es la perpetuación de la ineficiencia o la generación de informalidad, esa es la respuesta que los peruanos hemos dado sistemáticamente a las reglas y regulaciones absurdas que limitan la competencia.

Así, desde el uso de normas prohibitivas, requisitos absurdos para el desarrollo de actividades económicas o la concesión de privilegios a empresas públicas o privadas. Incluso la creación de empresas públicas que viven de subsidios o cobertura de pérdidas por el Estado, constituyen formas de creación de monopolios que deben ser combatidas, pues distorsionan la competencia. Así, cuando el Estado se dedica a hacer lo que no le corresponde, es decir actividad empresarial compite deslealmente creando en el fondo una barrera de entrada al mercado. Por ello es tan importante que el Estado cumpla con su rol subsidiario.

Como se indica en un interesante artículo de Alejandro Falla[39], hoy Essalud tiene empresas de seguridad y limpieza que brindan servicios a los particulares creadas con los aportes de los asegurados para tener una jubilación digna; Editora Perú ofrece su imprenta para imprimir partes de matrimonio y almanaques, y pretende mantener un monopolio en la publicidad de normas legales en el que sustenta otros servicios y bienes, habiendo llegando a sostener en su propio Plan Estratégico que la fortaleza más destacada de la empresa son «*los ingresos sostenidos y con tendencia creciente, producto de poner a disposición del mercado la información legal y oficial con carácter de monopolio…*» además de contar con un «*mercado cautivo*»; Sima Perú pavimenta calles en Lima e incluía como objetivo en su

---

38. García Calderón, Francisco. *Diccionario de la Legislación Peruana,* 2.ª ed. Paris/Lima, p. 1375.

39 Falla Jara, Alejandro. «Zapatero a tus Zapatos» En *Perú Económico*, Vol XXVI, No. 3, Marzo 2002, pp 11-13.

Plan Estratégico que Sima Perú sea el único proveedor de construcción de carreteras en la selva «*creando barreras a nuevos competidores*»; la imprenta del Ejército hace lo mismo que cualquier imprenta comercial; la Marina de Guerra cuenta con embarcaciones pesqueras que se liberan de la veda pescando en «zonas militares restringidas»; los hospitales de las Fuerzas Armadas y Policiales compiten con las clínicas y atienden a particulares que nunca vestimos uniforme usando equipos médicos, medicinas y materiales importados sin impuestos como «material de guerra». A los ejemplos de FALLA le sumaría el caso de Tans volando con pilotos militares y gastaron en un momento más en dietas de Directorio que en gasolina para los aviones y Petroperú manipulando el precio de la gasolina y elevando así el costo de entrada al mercado.

Todo esto en un Estado que se ha proclamado constitucionalmente como subsidiario. Esas actividades distorsionan la competencia y crean barreras de entrada al mercado que deberían ser eliminadas, pues precisamente ese es el sentido de rol subsidiario previsto en la Constitución.

En ese sentido es adecuada la redacción actual del artículo 61 de la Constitución en tanto que limita la prohibición solo a los monopolios legales.

## IX. ASPECTOS ECONÓMICOS DE LA PROHIBICIÓN DE MONOPOLIOS

### 9.1 La protección de los consumidores

Sin perjuicio de los antecedentes legales que se han mencionado, no debe de perderse de vista la problemática económica que rodearía la prohibición a rajatabla de los monopolios para los consumidores.

El tamaño de una empresa es muchas veces un sinónimo de eficiencia. La eficiencia implica, entre otros elementos, minimizar los costos. Ello, porque conforme una empresa crece, sus costos fijos se mantienen constantes y se dividen entre un número mayor de unidades de producto. Así, el costo marginal, es decir, el costo de producir una unidad adicional de un producto, va decreciendo.

Esto hace no solo que los precios bajen, sino que se utilicen una cantidad menor de recursos para producir lo mismo. Eso significa mayor bienestar social con un mejor uso de los recursos. Ello claramente favorece a los consumidores:

> «(...) el *antitrust* no debe interferir con ningún tamaño de empresa creado por crecimiento interno y esto es verdad sin importar cuando el resultado es un monopolio o un oligopolio. La mayor probabilidad es que cual-

quier interferencia como esa desencadenará una pérdida neta en el bienestar de los consumidores»[40].

Un segundo elemento a tomarse en cuenta es el impacto de potenciales entrantes en el bienestar de los consumidores. Así, si bien podría parecer en ocasiones que la empresa no soporta competencia, en la realidad sí soporta competencia potencial. Así, la existencia de un 'monoproductor' nacional en el mercado y la inexistencia de importaciones significativas, no quiere decir que la potencial entrada de productos extranjeros o la potencial aparición de nuevos competidores locales controlen al aparente monopolista. Y al hacerlo el interés de los consumidores estará protegido.

En ese sentido, la mayoría de las definiciones en las leyes de competencia establecen que existirá posición de dominio cuando una empresa puede actuar con independencia de sus competidores o clientes por factores tales como su participación de mercado, las condiciones de oferta y demanda, el acceso a insumos o a fuentes de financiamiento, entre otras. Eso significa que la empresa en cuestión no sería lo que se llama un «tomador de precios» del mercado. Cuando existe competencia las empresas se comportan como tomadores de precios, esto es, que no están en posibilidad de fijar sus precios de manera independiente porque la existencia de competidores limita su facultad. Así si fijan precios muy altos, por encima de los que se pueden tomar del mercado, perderán ventas y eventualmente saldrán del mercado.

Lo que muestran estos elementos es lo difícil que puede ser determinar cuándo un monopolio real o aparente, afecta negativamente a los consumidores. Y dada esa dificultad se corre un riesgo notable que la prohibición a rajatabla de los monopolios sea peor para los consumidores.

### 9.2 La competitividad de la industria nacional en el mercado.

Un elemento adicional que ya se ha mencionado pero que conviene profundizar es el pertinente a la competitividad de la industria nacional como consecuencia de la adopción de un modelo de prohibición de los monopolios.

Como ya vimos, la competitividad depende de la eficiencia de una empresa y la eficiencia depende de la capacidad de la empresa de reducir sus costos de producción. Una forma de hacerlo es creciendo para reducir así el costo marginal, evidentemente siempre que la demanda existente lo permita. Con ello, las empresas alcanzarán las economías de escala, es de-

40. Bork, ob cit, p. 178.

cir, eficiencias derivadas del tamaño de la estructura productiva. Así lo explican AREEDA y KAPLOW:

> «(...) eficiencia-mencionada aquí en el sentido de producir y distribuir al mínimo costo— suele requerir negocios más grandes. La especialización del trabajo y las complicadas técnicas de producción pueden ser explotadas de mejor manera cuando la producción se hace a escala mayor. Grandes máquinas con gran capacidad son más rentables si sus costos pueden distribuirse entre una base mayor de actividad e industrias de procesamiento como la de refinería petrolera disfruta de economías 'naturales' de escala (...) Si los grandes tamaños permiten la reducción de costos y si algunas empresas alcanzan esas economías, sus rivales deberán buscar alcanzar las mismas economías para sobrevivir. En consecuencia grandes empresas incrementan el espectro de mayor concentración. Pero incluso si las economías de escala nos llevan a precios monopolísticos, los ahorros de costos pueden ser tan sustanciales que un precio monopolístico que maximiza utilidades y producción será más favorable, o no menos favorable que si el mercado tuviera un gran número de empresas menos eficientes»[41].

En un sentido similar se pronuncia Richard POSNER:

> «Los costos resultantes del precio monopolístico serán en ocasiones menores que los ahorros de costos generados por tal precio. Imaginemos la creación de un monopolio en un mercado tan pequeño en relación a la escala eficiente de producción que una sola empresa tendría costos mucho menores que los que se enfrentaría con más de una empresa —muchos más bajos, incluso, cuando el actual precio monopolístico que maximiza utilidades está incluso debajo que el precio competitivo. Simplemente, el bienestar económico de la sociedad será mayor si el monopolio es permitido a si es prohibido y en consecuencia, en un análisis económico, valorizamos la competencia porque promueve eficiencia, el monopolio debe ser permitido, incluso promovido»[42].

En una economía pequeña como la peruana alcanzar economías de escala implica participaciones porcentuales mayores en el mercado local. Solo así es posible que las empresas puedan competir con empresas transnacionales o que provienen de mercados que, por su tamaño, les permiten alcanzar economías de escala.

Prohibir el monopolio equivale a limitar la capacidad de nuestras empresas de competir en el mercado nacional con entrantes de fuera y a su vez

---

41. AREEDA, Phillip y Louise KAPLOW. *Antitrust Analysis*, Little, Brown and Company, Boston, p. 32.

42. POSNER, Richard. *Antitrust Law*, The University of Chicago Press. Chicago, 1976, p. 22.

impedirle a la empresa nacional salir a competir afuera en igualdad de condiciones. Ya nuestro país tiene problemas, por el tamaño de nuestra demanda, para sustentar una estructura empresarial competitiva aprovechando economías de escala. La prohibición de los monopolios solo contribuye a agravar una situación ya de por sí difícil.

Por ello, la Constitución debería poner mucho más énfasis en limitar la capacidad del Estado para crear barreras que fomenten la monopolización, tanto en el comercio internacional como en las regulaciones internas. Finalmente, son esas barreras las que generarán verdaderas distorsiones. Pero debe dejarse que las empresas puedan desarrollar sus propias capacidades competitivas. No olvidemos que hoy debemos enfrentar la competencia global y ello implica que nuestra Constitución permita el desarrollo de estructuras capaces de competir con eficiencia.

### 9.3 Los costos de *enforcement* de la prohibición

Finalmente, sin perjuicio de la inconveniencia de la prohibición, existe una imposibilidad real de ejecutarla.

Como ya se vio, ejecutar una prohibición como la que es objeto de discusión implica definir para cada industria comprometida tanto el mercado relevante geográfico como el de producto. Pero además hay que hacerlo continuamente porque las condiciones de mercado cambian dinámicamente. El costo de un sistema de monitoreo continuo de todas las industrias es prohibitivo.

Solo a título de ejemplo, se puede referir a los inmensos costos que generan los sistemas de control de fusiones en donde se han implementado, costos que difícilmente justifican los supuestos beneficios que generan. Estos costos no son solo los que se generan para la actividad estatal que debe desarrollarse, sino los que un sistema como este genera para las empresas que tienen que satisfacer sus exigencias y asumir la incertidumbre de las decisiones discrecionales de la administración pública.

En esa línea prohibir los monopolios no es solo absurdo, sino económicamente irrealizable. Sin duda implicará embarcarse en una actividad no solo imposible de cumplir, sino que tendrá costos que claramente superarán los inciertos beneficios que supuestamente generaría.

## X. ¿Y QUIÉN DEBE SANCIONAR LAS PRÁCTICAS QUE AFECTAN LA COMPETENCIA?

Hay un tema que la Constitución de 1993 no se animó a abordar, y es la jerarquía constitucional del ente encargado de aplicar las normas de pro-

tección a la competencia. Si bien en el debate estuvo en discusión la probabilidad de darle reconocimiento constitucional a la agencia de competencia, a fin de dotarla de autonomía e independencia, finalmente ello se descartó.

La oportunidad de una reforma constitucional puede contribuir a dar tal reconocimiento, el cual es recomendable por dos razones principales:

a. La especialización de la temática hace recomendable la existencia de un órgano cuyas decisiones no sean revisables en vía judicial o, en todo caso, tengan una revisión limitada a aspectos formales. Por ello, el reconocimiento constitucional en ese sentido hubiera sido recomendable. Lo ideal sería la creación de Cortes especializadas a cargo de estos temas.

b. La necesidad que para velar por la competencia la agencia respectiva pueda revisar actos de otras entidades del Estado hace recomendable un reconocimiento constitucional que haga de dicha facultad una incuestionable por otras entidades. Ese es uno de los problemas que el INDECOPI ha tenido en los últimos años para ejercer sus facultades de acceso al mercado y así combatir los monopolios legales prohibidos por la Constitución.

## XI. LA LIBRE COMPETENCIA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional que aborda el tema de la libre competencia y en particular la aplicación del artículo 61 es bastante escasa. El caso que más claramente se pronuncia sobre ello es el caso Rovic contra INDECOPI[43], que tiene algunas ideas interesantes que coinciden en líneas generales con lo expuesto respecto a la no prohibición de los monopolios en general, la prohibición del monopolio legal, el fin de protección a los consumidores, y la idea que el derecho de la competencia protege antes el proceso competitivo que el resultado de dicho proceso.

Este caso, ya citado en la sección referida a contratación masiva, se originó en una decisión del Tribunal de INDECOPI en un expediente de Competencia Desleal. Rovic se dedicaba a la venta de agua pura. Pero a diferencia de otras marcas la envasaba en el mismo punto de venta mediante unas máquinas especiales. Para ello usaba dos modalidades. Parte de sus ventas era agua envasada antes de la llegada del consumidor, quien adquiría el envase ya rellenado. Para ello usaba algunos envases registrados como marcas por otras compañías competidoras. Pero la segunda modalidad consistía en que el propio consumidor traía su envase y éste era rellenado en el

43. Sentencia del 17 de Enero del 2005, Expediente N.° 3315-2004-AA/TC.

punto de venta. En muchas ocasiones los consumidores traían envases registrados como marcas por competidores de Rovic.

El Tribunal del INDECOPI considero que ambas modalidades consistían en violaciones a las normas de competencia desleal. Pero el Tribunal Constitucional, en un criterio que consideró acertado, resolvió que la segunda modalidad era legítima. Ello porque el envase físico era de propiedad del consumidor y éste tenía el derecho a darle el uso que estimara pertinente. El hecho que la forma del envase estuviera registrado como marca no limitaba el derecho del consumidor. Ello era muy distinto a la segunda modalidad en la cual el envasado previo podía ser interesado como una infracción marcaria que podría confundir a los consumidores sobre el origen empresarial del agua.

El Tribunal estableció:

> «(…)
>
> d) A diferencia de los criterios utilizados por la jurisdicción administrativa, este Tribunal considera inconstitucional el que se pretenda cuestionar la venta de agua Rovic en recipientes directamente proporcionados por los consumidores, utilizando para ello la modalidad de relleno de bidones en los lugares de expendio (…). Para arribar a dicha conclusión, este Colegiado asume que son los consumidores de un producto quienes, tras haberlos adquirido libremente en el tráfico comercial, se convierten en propietarios absolutos del envase o recipiente que lo contenía y, por lo tanto, son los únicos que pueden decidir acerca de la utilidad que le otorgan o el destino que le imponen dentro o fuera del mismo tráfico comercial en el que lo adquieran, resultando inadmisible en dicho contexto que, por intereses comerciales que no son de su incumbencia, se pretenda privarlos de una libertad tan elemental como es la libre disposición de su propiedad. La resolución cuestionada pretende reducir el problema a un asunto de estricta competencia desleal imponiendo restricciones de venta. Sin embargo, debe admitirse que lo que impone a la empresa sancionada no es una restricción con implicancias en estricto empresariales o vinculadas a su sola esfera de desenvolvimiento, sino una prohibición que afecte a los consumidores, quienes, no obstante ser propietarios de un envase o recipiente, se encuentran con que, so pretexto de un conflicto empresarial, vean enervada o neutralizada su utilidad. Lo que es más delicado aún, es que ni siquiera se toma en cuenta su opinión, a través de sus entes corporativos, sea a favor o en contra del sistema de venta implementado y de las eventuales ventajas que con él obtienen.
>
> e) En la alternativa de ver sancionada a una empresa por una presunta competencia desleal y la de privilegiar los derechos que les asiste a los consumidores como propietarios de un envase cuyo producto original

> libremente adquirieron y posteriormente consumieron, este Colegiado no encuentra término medio. Son indefectiblemente estos últimos quienes merecen la protección o el privilegio de ponderar en su favor, pues, de otro modo, se llegaría al absurdo que las reglas del mercado se colocarían por encima de la protección a la persona, en abierto desconocimiento de la lógica proclamada desde el artículo 1° de nuestra Norma Fundamental. La Constitución contiene reglas explícitas en torno a la libre competencia que no admiten discusión, pero de allí a pensar que las normas que regulan tal libertad pueden ser interpretadas aisladamente y que el *status* de los consumidores debe limitarse a un papel absolutamente pasivo dentro del marco de las relaciones económicas, hay una enorme distancia que este Tribunal no puede ni debe ignorar.
>
> f) Queda claro, en todo caso, que el rol de consumidor es para ser desempeñado como tal, al igual que el de propietario forzoso de los bienes que acompañaron al producto consumido. En ese sentido, la facultad de libre disposición a la que se refiere este Tribunal no es para comercializar los envases con fines lucrativos, sino con propósitos estrictamente personales de uso y libre disposición. Por consiguiente, no es igual que los consumidores decidan usar o vender los envases o recipientes en tanto son de su propiedad (lo que es absolutamente lícito), que decidir ellos mismos comercializar con productos nuevos en su interior como si se tratara de otro que se desea introducir en el mercado. La protección que este Tribunal reconoce a los consumidores se limita a su rol de destinatario fundamental del modelo económico como usuario final de los productos ofertados en el mercado, quienes, como ha quedado establecido, no deben ver privado o limitado su derecho de disponer libremente de su propiedad.»

Si bien el razonamiento es correcto, el Tribunal parece sugerir una suerte de conflicto entre las reglas de libre competencia y las de protección al consumidor, que debe resolverse a favor del derecho de los consumidores. Sin embargo, como ya hemos explicado, ello es un mero espejismo formal, pues una correcta aplicación de las normas de competencia debería tener los intereses de la competencia y de los consumidores perfectamente alineados.[44] En realidad la protección a la competencia es la protección del consumidor, pues lo que orienta la aplicación de la normatividad de libre

---

44. Quizás la confusión del Tribunal provenga de que estamos ante un caso de competencia desleal y no de libre competencia, lo que parece reasaltar más que estamos frente a un conflicto entre competidores. Sin embargo si uno acepta que nuestro modelo de competencia desleal es el modelo social y no el modelo profesional (es decir, que lo que se tutela es la competencia en sí misma y no solo el daño al competidor), el razonamiento es análogo al que debe hacerse cuando se aplica la legislación de libre competencia.

competencia, como ya hemos visto, es el derecho de elección del consumidor. Sin perjuicio de este problema de precisión, la decisión del Tribunal Constitucional efectivamente visualizó que el derecho de elección de los consumidores (sumado al derecho de propiedad sobre los envases) se afectaba si no se le dejaba rellenar sus bidones.

El segundo aspecto importante señalado en la sentencia es que un punto central es el acceso al mercado, siendo el rol del Estado levantar no solo las barreras privadas, sino además las barreras legales o estatales a la libre competencia. Así el Tribunal indicó:

> «El concepto de libre competencia al que apunta la Constitución Política del Perú se adscribe al cuadro más amplio de la libertad económica. Como tal supone dos aspectos esenciales:
>
> a) La libertad de acceso al mercado por parte de los diversos agentes económicos.
>
> b) La libertad de iniciativa o actuación dentro del mercado.
>
> Desde la primera perspectiva, queda claro que quien tiene la capacidad de producir un bien o prestar un servicio, debe acceder al mercado en condiciones autodeterminativas, esto es, sin que nadie (ni el Estado ni el resto de agentes económicos) pueda impedir o restringir dicha participación.
>
> Desde la segunda perspectiva, es evidente que tras haberse accedido al mercado, se debe gozar de la suficiente capacidad de autodeterminación para competir conforme a las propias condiciones y variables económicas impuestas por la llamada ley de la oferta y la demanda.»

Es importante reiterar que el Tribunal considera que la limitación de acceso por actos del propio Estado es un atentado contra la libre competencia protegida por el artículo 61 de la Constitución.

Otro aspecto central es el que, como hemos señalado en esta sección y en las secciones anteriores, el rol del Estado es proteger el proceso competitivo, no el resultado de ese proceso, el que debe provenir de la interacción entre los particulares. En este sentido el Tribunal indicó:

> «Dentro de tal contexto, no se trata naturalmente de que el Derecho intervenga con el objeto de alterar las reglas propias del mercado, sino más bien (y en eso reside su intervención) de garantizar que este funcione de la manera más correcta y efectiva y que a su vez ofrezca la garantía de que las propias condiciones de libre competencia que la Constitución presupone, estén siendo realmente cumplidas. Intervenciones en el ámbito de acceso al mercado pueden darse, por ejemplo, cuando el producto o servicio que pueda ser ofertado no se encuentre permitido por la ley.

> Por el contrario, intervenciones en el ámbito de la autodeterminación dentro del mercado pueden darse, cuando tras la puesta en movimiento de las propias reglas que lo caracterizan, se generen situaciones distorsionantes de la libre competencia, como sucede con los monopolios o las prácticas dominantes.»

En esa línea la sanción de prácticas como precios abusivos excedería el marco del artículo 61, al no ser protecciones del proceso competitivo, sino una intervención directa del Estado en el mercado. Esto será analizado más adelante en las secciones siguientes. Sin perjuicio de ello sancionar precios elevados fuera de un contexto de regulación tarifaria como la que existe en servicios públicos, excede el marco establecido por la Constitución para la autoridad de competencia.

# ¿Debe Preocuparnos el Tamaño?

## El Abuso de Posición de Dominio en las Normas de Libre Competencia*

La temática del abuso de posición de dominio ha 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 no es normal que las empresas utilicen 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

---

* La Presente sección se basa en el artículo «Competir o no dejar competir. He ahí el dilema. Las prácticas predatorias y el abuso de posición de dominio» publicado en *Themis, Revista de Derecho*, N.° 37, 1998 y en el artículo «El Regreso del Jedi (o de la Discrecionalidad en la Aplicación de las Normas de libre Competencia)» publicado en *Themis, Revista de Derecho,* Nº 47, 2003. El autor quiere agradecer a Alejandro FALLA y Christian CHÁVEZ por su participación en la preparación de esta sección.

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.

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 un 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 esas limitaciones afectan precisamente la rentabilidad, entonces los incentivos para crecer se reducen, y con ello los incentivos para ser más eficientes.

Como vimos en las secciones anteriores 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.

Solo 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, pero ¿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?

La presente sección pretende acercarnos de manera preliminar a la problemática de algunas de estas prácticas, conciliando el análisis teórico con lo que ha venido arrojando jurisprudencia tanto de otros países como la del INDECOPI sobre el particular.

## I. ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO

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.

### 1.1 Posición de dominio en el mercado

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, siguiendo la tendencia moderna, aceptada casi universalmente (y que analizamos en la sección anterior al evaluar los modelos constitucionales), 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 prohíbe 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 ventaja 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 que casos podría configurarse un abuso.

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

> «Declarar que una empresa tiene una posición de 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

---

1. Artículo 4 del Decreto Legislativo Nº 701.

> 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 en un mercado como para evitar que alguno o algunos puedan determinar o influir de manera sustantiva 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 de aquellos que el mercado arrojaría en libre competencia.

A esto se refiere el Decreto Legislativo Nº 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 en las secciones anteriores. 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 intelectual, 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 permite 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.

---

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

3. Artículo 4 del Decreto Legislativo Nº 701.

Por 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 tienen 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 posibles casos de efectos equivalentes que encajen dentro de las cláusulas generales establecidas legalmente[4].

### 1.2 La definición de mercado relevante

Uno de los problemas no resueltos en nuestras regulaciones para la definición de posición de dominio, es qué debe entender por mercado rele-

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 Nº 701.

vante. 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 (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?) y qué productos deben ser considerados sustitutos adecuados para determinar con qué productos se compite (por ejemplo, en el caso de alarmas contra robos, ¿se puede considerar como un competidor al fabricante de cerraduras de seguridad? ¿Compiten el pan con las galletas? ¿Son relevantes los niveles de venta de ron para saber si existe posición de dominio en el mercado de cerveza?).

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 impida aumentar unilateralmente el precio o fijar las condiciones de comercialización en el mercado del bien específico que producen. Este punto es medular. La mayoría de casos de abuso de posición de dominio se definen cuando se determina el mercado relevante. Si este se define como uno suficientemente amplio como para que la empresa denunciada carezca de posición de dominio, se detiene el análisis y se descarta la denuncia porque ya carece de sentido analizar si existió abuso.

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[5], la primera denunció a la segunda argumentando que tenía posición de dominio en el mercado de adquisición de sacos de polipropileno para envasar

5. Resolución Nº 039-94-INDECOPI/CLC.

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[6], 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 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.[7], 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 cuales 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 lo que es el mercado relevante es Medidores Inca S.A. vs. SEDAJULIACA[8]. La primera denunció a la segunda por abuso de posición de dominio consistente principalmente en la discriminación de condiciones a 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

6. Resolución Nº 030-94-INDECOPI/CLC.

7. Resolución Nº 003-93-INDECOPI/CLC.

8. Resolución Nº 009-94-INDECOPI/CLC.

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 que 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[9].

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 pertinen-

9. 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.

te 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[10].

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.[11], quizás el antecedente que más ha influido la práctica de definición de mercado relevante en el Perú. 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 el 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 considerar 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 permiten 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[12]. 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

---

10. 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

11. Resolución Nº 067-INDECOPI/CLC.

12. 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%.

clientes) era inexistente. El Tribunal de INDECOPI confirmó la Resolución dictada por la Comisión, aunque precisó que el mercado relevante podría incluir, además, otros países que importaban estaño al Perú[13].

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.

Para la definición del mercado relevante en el caso de un monopsomio u oligopsomio, se usa un criterio similar. Así, en el caso SERPOST vs. Formas Continuas y Derivados S.A., la Comisión tuvo que determinar si SERPOST, la empresa postal del Perú (resultado de la transformación de la Oficina de Correos), tenía posición de dominio en el mercado de compra de estampillas, a fin de determinar si ciertos requisitos colocados en las bases de licitación para la compra de estos bienes constituían un caso de abuso por la vía de discriminación y negativa injustificada a contratar, dada la inclusión de requisitos que dificultaban la participación de empresas peruanas. Al definir el mercado relevante, la Comisión concluyó que el mismo estaba constituido por el mercado mundial de estampillas, mercado en el que era evidente que SERPOST carecía de posición de dominio, por lo que la denuncia fue declarada infundada. El Tribunal confirmó la Resolución de la Comisión, pero amplió el mercado relevante de producto, al considerar como mercado relevante el mundial de papeles de seguridad. Ello porque tratándose de la medición de posición de dominio en la compra, era necesario evaluar las opciones que tenía el vendedor de girar su

13. Resolución Nº 117-97-TDC de fecha 5 de mayo de 1997. En ella, el Tribunal señaló textualmente lo siguiente: «(…) De la documentación obrante en el expediente tales como la información proporcionada por Minsur, se deduce que Minsur tiene un porcentaje de participación en el mercado de estaño de Perú y Bolivia de 46%. Dicho porcentaje es menor de la mitad del estaño producido en el mercado relevante y la Sala coincide con el criterio de la Comisión en el sentido que ello no le permite tener posición de dominio. Así, incluso si consideráramos al mercado relevante solo como Perú y Bolivia, lo cual es la situación más beneficiosa para la posición de Bera en cuanto se excluye a otros posibles competidores, Minsur no ostenta posición de dominio en el mismo. (…).»

aparato productivo, a bajo costo, hacia la producción de otros bienes o servicios. Dado que la estructura productiva para elaborar estampillas podía ser utilizada para otro tipo de papeles de seguridad como cheques, bonos, billetes, etc., se concluyó que ello también estaba incluido en el mercado relevante[14].

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

### 1.3. 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].

---

14. Resolución Nº 106-1998/TDC-INDECOPI de fecha 17 de abril de 1998. En ella, el Tribunal señaló textualmente lo siguiente: «(…) En esa medida, el mercado relevante del producto en el presente caso no sólo está compuesto por los sellos postales, sino además por todos aquellos otros productos que la denunciante u otras empresas similares efectivamente elaboran o puede elaborar con la capacidad instalada que poseen. En efecto, la elaboración de estos otros productos no constituye una dificultad para el caso de la empresa denunciante, teniendo en cuenta, incluso, que viene dedicándose a ello y, que, por otro lado, esta empresa no ha acreditado que el cambio le implicaría asumir costos significativos. (…) A mayor abundamiento, la propia empresa denunciante ha establecido la facilidad que tiene, como fabricante de papeles de seguridad («documentos-valores»), de fabricar estampillas, lo que demuestra la facilidad para girar su capacidad productiva a otros bienes con su misma capacidad instalada. (…)».

15. Así, por ejemplo, el Tribunal de la Comunidad Económica Europeo consideró que cuotas de mercado durante un período 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 períodos 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 considera 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.

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 a la 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 efectivo. 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 porcentaje 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

16. JUSTICE DEPARTMENT MERGER GUIDELINES. En: *The Bureau of National Affairs*, Inc. Washington D.C., suplemento especial, p. S-6.

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 ha 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 el uso de índices como el HHI aparece como un criterio referencial y no hay una toma de posición clara de alguna escala a partir de la cual se considera que existe posición de dominio habiéndose sustentado la calificación de posición de dominio más en el simple porcentaje de participación en el mercado relevante.

---

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.

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.

De manera similar en el caso 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 por que 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 por que había tenido una participación que normalmente había oscilado por encima del 50%, aunque ello no queda tan claro en la Resolución.

En el caso Empresa Editorial El Comercio S.A. vs. Aero Continente S.A.[24], tanto el Tribunal como la Comisión consideraron que la empresa aérea tenía posición de dominio solo en las rutas Lima-Iquitos, Lima-Pucallpa, Lima-Puerto Maldonado y Lima-Tarapoto, al ser la única empresa que las cubría, y no en otras rutas en las que competía con otras empresas.

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.

---

20. Resolución Nº 030-94-INDECOPI/CLC.
21. Resolución Nº 018-95-INDECOPI/CLC.
22. Resolución Nº 066-96-INDECOPI/CLC.
23. Resolución Nº 067-96-INDECOPI/CLC.
24. Resolución Nº 004-98-INDECOPI/CLC y Resolución Nº 0078-1999/TDC-INDECOPI.

### 1.4 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 Nº 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 y los beneficios obtenidos 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 ellos las dificultades para determinar que estamos frente a un abuso son substanciales.

El uso de la posición de dominio puede ser entendido 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 mejores 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 en calificar la práctica puede tener consecuencias muy negativas 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 deba presumirse 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 numerosos pero en general han fracasado en ser precisos. Los límites entre lo eficiente y lo abusivo son sumamente ambiguos, poniendo de manifiesto el riesgo de actuación de las autoridades.

El Tribunal de la Comunidad Económica Europea[25] 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 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

25. Caso Hoffmann vs. La Roche.

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 se puedan tener efectos análogos. La actuación indebida no implica necesariamente acreditar la intencionalidad. Basta que la conducta rompa con lo que pude 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. Este tema será analizado con mayor detalle al evaluar cada una de las prácticas específicas.

*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. Así lo que se debe evaluar no es la redistribución de rentas de un competidor a otro, sino el daño al consumidor que ve reducidas sus opciones actuales o futuras a raíz de la práctica. Este elemento es fundamental para distinguir casos de daños 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.

Es importante destacar que es necesario que los beneficios y daños se den simultáneamente. Ello se deriva de que el artículo usa un «y», no un «o». Por ello no basta que haya un beneficio como tampoco basta que haya un daño. Debe haber un beneficio y un daño.

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.

Profundicemos un poco en este tema. Como en la mayoría de áreas del Derecho, en el Derecho de la Competencia se desarrollan secuencias de análisis, en las que para determinar el resultado que debe darse a un caso se sigue todo un proceso, con pasos definidos, cuyos primeros pasos ya hemos analizado. Conforme se llega a la conclusión que un requisito se ha cumplido, entonces se pasa al siguiente. Si por el contrario uno de los requisitos no se cumpliera entonces se detiene el análisis y el caso es declarado infundado.

Haciendo un resumen que simplifica lo visto hasta este punto, el análisis de un caso de abuso de posición de dominio sigue la siguiente secuencia: (1) se determina cuál es el mercado relevante de producto, es decir con qué productos o servicios compite efectivamente el bien o servicio producido por la empresa sujeta a investigación[26], (2) se determina cuál es el mercado geográfico, es decir una vez definido el mercado del producto, debe establecerse dónde compite espacialmente la empresa en cuestión[27], (3) se determina si la empresa en cuestión tienen o no posición de dominio en el mercado relevante[28], (4) se establece si al desarrollar la práctica la empresa

---

26. Por ejemplo, si estamos en un caso de cerveza, se analiza qué opciones tienen los consumidores si sube el precio de la cerveza. Por ejemplo: ¿Comenzarán a tomar ron u otras bebidas alcohólicas? Si la repuesta es sí, entonces las demás bebidas deben incluirse como parte del mercado relevante, lo que significa que la participación de la cerveza en el mercado es menor. Si la respuesta es no, entonces el producto relevante será la cerveza, con lo que de haber un solo productor de cerveza este tendría un monopolio.

27. Por ejemplo, si esta empresa vende cerveza en Lima, ¿Es pertinente que otra este vendiendo cerveza en Ica, y otra en Arequipa? ¿Controlan estas empresas la facultad de fijar el precio de la empresa limeña? Dependiendo del análisis que se haga el área relevante será mayor o menor. Cuando más grande sea menor será la participación de la empresa involucrada. Cuando menor sea el área, mayor será su participación.

28. Así, usando diversas técnicas ya mencionadas, se mide la participación del mercado de la empresa investigada, el nivel de concentración en el mismo, es decir el tamaño de sus demás competidores, la existencia o no de barreras de acceso que le permitan actuar con independencia, etc. La Ley ha definido en el artículo 4 del Decreto Legislativo 701, que ello implica determinar si la empresa en cuestión puede actuar con independencia de sus clientes, competidores y proveedores, esto es si puede o no controlar el precio. Si luego del análisis se concluye que la empresa goza de posición de dominio se sigue con el análisis, si por el contrario se llega a la conclusión que no existe posición de dominio el caso termina y no es necesario analizar otros aspectos del mismo. Como se dijo, esto se deriva del artículo 4 del Decreto Legislativo 701, el

recibe, simultáneamente, un beneficio, y causa un perjuicio y (5) según el tipo de práctica (negativa injustificada de contratar, cláusulas de atadura, precios predatorios, discriminación, etc.) el árbol de análisis se abre en diversos supuestos que evalúan los requisitos necesarios para que la práctica pueda ser considerada anticompetitiva.

Concentrémonos en el supuesto 4 que estamos analizando.

Este cuarto requisito permite eliminar una serie de casos y detener allí el análisis. Respecto al requisito de perjuicio, carece de sentido analizar una práctica que no está en capacidad de causar daños, dado que el análisis de los casos de abuso de posición de dominio está sujeto a la llamada regla de la razón.

Respecto del requisito de beneficio, éste trata de descartar el análisis de una práctica cuando no existen elementos para pensar que quien la desarrolla está obteniendo una ventaja de restringir la competencia. Ello significa que existan incentivos para que su conducta se oriente a restringir la competencia. Por ejemplo, la empresa concesionaria de un puerto se niega a que en su terreno se instale una antena de telefonía móvil. Si bien su decisión puede generarle un perjuicio a la empresa objeto de la negativa, no se ve qué razones pueden existir para que tal negativa se dé desde el punto de vista de la competencia, porque la empresa que brinda servicio de puerto no está ni ella, ni ninguna empresa a ella vinculada, en el mercado de telecomunicaciones. Así, desarrollar la práctica no le reporta beneficio alguno Lo dicho es igualmente cierto incluso en el caso que ya otra empresa de telecomunicaciones haya sido autorizada por la empresa portuaria a instalar una antena.

La razón es muy simple. Incluso si aceptáramos una posición de dominio en el mercado de terrenos para la instalación de antenas de telefonía móvil, no existen razones económicas para que la empresa de puertos se niegue a que en su terreno se instalen muchas antenas de telefonía móvil. Finalmente puede tener la oportunidad de que se instalen muchas antenas y cobrar por cada una de ellas. ¿Qué podría motivarla a perder ese ingreso adicional? Solo una razón comercialmente válida. Por ejemplo puede ya no

---

mismo que señala: «Se entiende que una o varias 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 o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución».

tener espacio disponible porque la infraestructura no lo permite. Otro ejemplo puede ser que la empresa que solicita la instalación tiene malos antecedentes crediticios y no le inspira confianza. Otra razón puede ser que el espacio disponible no permite una instalación segura y libre de riesgos o que la empresa de telecomunicaciones no aceptó los términos ofrecidos.

El caso cambia si la negativa es efectuada por una empresa que actúa en el mercado. Por ejemplo si quien solicita un espacio no es una empresa de telecomunicaciones, sino una empresa dedicada al servicio de carga y descarga de buques, servicio en el que competiría con la empresa portuaria, y ésta se niega a darle un espacio para poner sus grúas en el puerto, la situación es diferente. Allí el control de la infraestructura le permite a la empresa portuaria a usarla para negar el acceso al puerto y así restringir la competencia en el servicio de carga y descarga. Con ello se quedaría sola en el mercado y podría elevar sus tarifas por tal servicio a niveles monopólicos. En ese caso el perjuicio a la competencia está claro y el beneficio de la empresa es evidente[29].

La existencia de este requisito busca descartar casos que no tienen racionalidad anticompetitiva, y evitar un intervencionismo extremo en la libertad de contratación de las partes. Su eliminación, por el contrario, crearía obligaciones de contratar a todos los niveles, dándole a la autoridad la capacidad de ordenar a contratar en caso de negativas que no tienen un efecto ni racionalidad anticompetitiva. La libertad de contratar es un derecho muy sensible y las excepciones a dicha libertad deben estar debidamente sustentadas.

Esto es un criterio bastante aceptado en la doctrina y en la jurisprudencia. Por ejemplo en el caso *Oficial Airline Guides, Inc. vs. la Federal Trade Commission (FTC)*, la Corte del Segundo Circuito de los Estados Unidos cambió la orden del FTC, en la cual ésta requería a una guía de publicación de información aérea que se incluyera en su lista publicada de vuelos aéreos los horarios de las aerolíneas de «*commuter*» conjuntamente con aquellas de las aerolíneas principales, puesto que el no hacerlo representaba una desventaja económica significativa para estas aerolíneas y reducía la cantidad de información para los consumidores, creando supuestas ineficiencias

29. De hecho muchas veces este tipo de problemas llevan a que se adopte no una solución de acuerdo a las normas de libre competencia, sino de acuerdo a esquemas regulatorios que establecen reglas *ex ante*. Un buen ejemplo es el Reglamento de Acceso a Infraestructura de Trasporte de Uso Público, cuya última versión ha sido aprobada por el OSITRAN por Resolución Nº 054-2005-CD/OSITRAN o las normas de interconexión en telecomunicaciones. En cualquier caso, como se verá más adelante, esto se vincula con el problema de las llamadas facilidades esenciales.

y disminuía la competencia en el mercado aéreo. Sin embargo, la Corte señaló que esta conducta no tenía ni el propósito ni el efecto de mantener el monopolio de la denunciada. La Corte resaltó que un razonamiento como el del FTC permitiría que el Gobierno impida que un periódico con poder monopólico se niegue a publicar en sus páginas, publicidad de una empresa cuyos dueños tengan una opinión política en contra del periódico, si la empresa necesita de dicha publicidad para permanecer en el negocio. Este caso demuestra cómo los temas no económicos pueden algunas veces ser conducidos por los denunciantes para limitar las leyes de competencia, en vez de expandirla[30].

Si uno analiza el caso citado descubre que no existía beneficio en la guía aérea para negarse a publicar la información que no sea una razón comercialmente válida. La guía tiene los incentivos para publicar la mayor información posible, siempre que los beneficios de hacerlo superen los costos de hacerlo. Si los consumidores valoran la información adicional estarán dispuestos a pagar por ella y la guía a publicarla sólo si los costos son menores a la disposición de pagar a los consumidores. Si la guía no tiene vínculos con las empresas aéreas que la incentive a generar ventajas anticompetitivas su conducta obedece a razones de mercado justificables. De la misma manera no se puede exigir que un periódico publique publicidad de quien no desee, salvo que ello vaya dirigido a obtener ventajas anticompetitivas.

Si se acepta que una empresa puede ser sancionada sin haber recibido un beneficio por la práctica, se estaría limitando la libertad de contratar sin razón aparente. Si uno eliminara, en contra del texto de la Ley, el requisito del beneficio, ganaría discrecionalidad y poder, pues obtendría un gran espacio para regular la contratación entre particulares, renunciando a que sean los incentivos de mercado lo que regule estos casos. Si el INDECOPI adoptara este criterio obtendría un gran espacio para amenazar la libertad de contratación y forzar a las grandes empresas a «apoyar» a las pequeñas, convirtiendo a las normas de competencia en un sistema populista antes de un promotor de la eficiencia en beneficio de los consumidores. Permitiría así el desarrollo de una «competencia» más social o acorde con un interés social.

Además constituiría un criterio inconstitucional. El artículo 62 de la Constitución garantiza la libertad de contratación[31]. Sólo por una autorización

---

30. ROSS, Stephen. «Principles of Antitrust Law». p.85

31. «Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. (…)».

constitucional es posible limitar esa facultad de contratación. Dicha autorización, en el caso que nos ocupa, está en el artículo 61 de la misma Constitución[32]. Pero dicha autorización a limitar la libertad de contratación sólo permite restringir la conducta en cuanto tenga por efecto e intención limitar la libre competencia. Si quien supuestamente desarrolla la práctica no tiene ningún beneficio por la misma, como exige la Ley, no se entiende cómo puede surgir una autorización genérica para limitar el derecho a contratar.

Sin embargo en un caso relativamente reciente el Tribunal del INDECOPI ha hecho precisamente lo contrario a lo que la lógica económica y, sobre todo la norma, establecen. El caso en el que ocurrió ello fue el contenido en la Resolución Nº 0869-2002/TDC-INDECOPI, de fecha 11 de Diciembre del 2002, que recoge la decisión en la denuncia planteada por CAB CABLE contra ELECTROCENTRO.

El caso se refiere a una denuncia presentada por CAB CABLE, empresa que presta servicios de televisión por cable en la ciudad de Huancayo, contra la empresa ELECTROCENTRO, empresa eléctrica que presta el servicio de distribución de energía en la misma ciudad.

Para prestar el servicio de televisión por cable, la denunciante tenía celebrado un contrato con ELECTROCENTRO para utilizar los postes de esta empresa para el tendido de su red. Sin embargo, luego ELECTROCENTRO se negó a suscribir un nuevo contrato al vencerse el primero, argumentando un cambio de circunstancias respecto a las condiciones comerciales y a las exigencias de las normas sobre calidad del servicio eléctrico. Señaló la denunciada que sus postes no tenían las características adecuadas para brindar el servicio, lo que le había generado una serie de inconvenientes técnicos durante la ejecución del contrato.

Es importante señalar que en su defensa ELECTROCENTRO dejó claro que su negativa a contratar incluso la perjudicaba, pues le privaba de recibir los ingresos adicionales que el alquiler de postes le hubiera significado. Así señaló que su negativa se basaba en una decisión operativo-comercial.

Como se desprende de los hechos del caso la pregunta que surge es si el INDECOPI está en capacidad de inmiscuirse en una relación de naturale-

---

32. «Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares».

za privada, sustentada en decisiones comerciales entre empresas. La respuesta sólo puede ser afirmativa si detrás de la práctica exige una motivación anticompetitiva.

Era evidente, sin embargo, que ELECTROCENTRO no tenía ningún interés en el mercado de servicio de televisión por cable. Ni ella, ni ninguna empresa a ella vinculada, presta tal servicio. Lo único que ocurre como consecuencia de la negativa es que pierde un ingreso adicional. Por ello, la razonabilidad y justificación de tal negativa se presume, lo que se logra con la carga de probar que ELECTROCENTRO recibe algún beneficio.

En todo caso es de cargo del denunciante o de la autoridad de competencia el probar la irracionalidad de la negativa y la existencia del beneficio para la empresa encausada. De lo contrario se estaría creando una «presunción de responsabilidad» pues se consideraría que la simple negativa es una infracción salvo que se pruebe lo contrario.

El tema requiere de un análisis cuidadoso. Las razones por las que una empresa se niega a contratar pueden ser objetivas o subjetivas. Un abogado puede rechazar atender un cliente sólo porque no le causó una buena impresión. De la misma manera la negativa a alquilar los postes pueden simplemente responder a la incertidumbre sobre los riesgos que ello implique o que la empresa solicitante no nos causa una buena impresión. Son razones que no pueden ser justificadas objetivamente, pero que motivan las formas como se hacen los negocios. Reducir esa discrecionalidad en el contratante es limitar su libertad de contratar de manera innecesaria, privando a las empresas de usar su «olfato» en el mundo de los negocios.

Por eso las normas de competencia han establecido el requisito de probar tanto el perjuicio y el beneficio. Si se va a intervenir se quiere que se trate de un caso donde existen incentivos para una conducta anticompetitiva. Es la intención de restringir la competencia lo que preocupa. Sólo en ese caso se interviene. En los demás se respeta la decisión de la empresa. Si ésta se comportó de manera irracional es su problema, pero lo más probable es que nos encontremos ante una conducta racional que no puede ser justificada con elementos meramente objetivos. Finalmente el «*feeling*» en los negocios es importante para las decisiones empresariales, y no es función de la autoridad de competencia restringir, en principio, el derecho de las empresas a guiarse por su «*feeling*».

Pues bien; la decisión que adoptó el Tribunal en el caso se «saltó a la garrocha» el requisito del beneficio. No hay un sólo extremo de la resolución que analice cuál es el beneficio, y ni siquiera que diga por qué excluye su análisis. Simplemente lo obvió.

Si bien confirmó la decisión de la Comisión, que en mi opinión también estaba equivocada, lo que es cierto es que al menos la Comisión abordó parcialmente el tema usando la teoría de la negativa arbitraria, desarrollada en algunos casos norteamericanos justamente para justificar la intervención en casos en los que no se aprecia el beneficio. Al respecto, la Comisión señaló, en nuestra opinión equivocadamente, que:

> «Una negativa de trato arbitraria se distingue por el hecho de que la empresa que realiza la práctica no mantiene una relación de competencia con la empresa que se ve afectada por la negativa. Aun cuando resulta claro que las negativas arbitrarias de trato podrían reducir el bienestar restringiendo la competencia, algunos autores han considerado que este tipo de conductas deberían ser corregidas por el propio mercado, sin necesidad de una intervención gubernamental. En la misma línea otros autores señalan que este tipo de negativa no debería ser materia de intervención debido a que los costos y riesgos asociados a la misma, no estarían justificados por los beneficios potenciales del proceso competitivo. Contrariamente a lo anterior, la opinión de la Federal Trade Commission, autoridad gubernamental en materia de libre competencia de los Estados Unidos, señala que las negativas arbitrarias de trato deben ser sancionadas a menos que la empresa con posición dominante demuestre que tiene una justificación de negocios clara para la negativa».

Como vimos las Cortes Norteamericanas no acogieron con entusiasmo esta interpretación, y si bien hubo algunos amagos de aceptar la posibilidad de sancionar una negativa arbitraria sin que exista beneficios, estos intentos no llegaron a consolidarse como una posición general y fueron dejados de lado.

Sin embargo la Resolución del Tribunal del INDECOPI que estamos comentando ni siquiera analiza la teoría de la negativa arbitraria, con lo que no hace el intento de justificar la no aplicación del requisito.

Para ello utiliza una suerte de teoría de colectivismo o «comunismo empresarial, en el que el empresario está sujeto en la toma de decisiones a no ser considerado «(...) un individuo abstracto y aislado, sino como un miembro de una comunidad cuya actividad empresarial está flanqueada por el concurso de otras personas, otros empresarios y los consumidores».

En esa misma línea se señala que «(...) el ejercicio de la autonomía privada de la que gozan los particulares –dentro del marco del orden público económico protegido por el derecho de la competencia- no puede perjudicar la igualdad entre los competidores ni los intereses legítimos de los consumidores».

La frase es por lo demás expresiva, pues impone una nueva obligación: la de tratar igual a los competidores, así uno no tenga ningún interés en el tema en concreto por no participar en el mercado respectivo. Nadie discute que pueden limitarse ciertos actos que afecten la competencia, pero en la conducta de ELECTROCENTRO no hay nada de anticompetitivo. El lenguaje de la Resolución invoca a una suerte de «solidaridad social» o deber de cooperación del empresario con los negocios ajenos, dirigida a igualar a los competidores. Si él no recibe ningún beneficio con la negativa, su obligación a colaborar no nace de un acto ilícito, sino simplemente del incumplimiento de un deber de cooperación abstracto y etéreo. Esa «solidaridad social» impuesta de afuera es una contradicción en términos. Ser solidario es llevar a cabo un acto de desprendimiento para ayudar a otro. Pero si me obligan a ser «solidario» no lo estoy siendo en realidad.

En ese sentido la decisión adoptada es una expropiación de la propiedad y de la autonomía privada de ELECTROCENTRO, sin que pueda decirse bajo ninguna circunstancia que la conducta desarrollada es anticompetitiva. Crea una carga que no sólo no es creada por la Ley, sino que es negada por la Ley.

Sin embargo, dicha decisión aumenta el espectro de discrecionalidad de la autoridad. La negativa a contratar de quien no tiene intereses en el mercado supuestamente afectado permite incluir en la esfera de acción una serie de casos en los que se pueden dictar decisiones que obliguen a las empresas a contratar en contra de su voluntad.

Finalmente, y antes de analizar las prácticas específicos, algunas reflexiones sobre el concepto propio de abuso en los casos de abuso de posición de dominio. Los casos de abuso de posición de dominio están sujetos a la regla de la razón, es decir que las prácticas no son *per se* ilegales, debiendo demostrarse que causan o pueden causar daños a la competencia.[33]

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 ade-

---

33. De manera similar a como lo ha hecho la jurisprudencia norteamericana, la jurisprudencia administrativa peruana aceptó en un inicio la distinción entre infracciones *per se* ilegales (llamadas por la legislación mexicana «prácticas monopólicas absolutas») y las infracciones sujetas a la llamada «regla de la razón» (llamadas en la legislación mexicana «prácticas monopólicas relativas»). Sin embargo, como veremos más adelante, algunas decisiones han hecho confusa y ambigua la distinción al haberse sugerido que tal distinción no existe propiamente en el Perú, por tener que demostrarse una afectación al interés económico general en concreto, para que una conducta sea sancionable.

más 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 contrata y en qué términos lo hacen. Además la ley le permite acumular una posición en el mercado que le 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 especifico 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 evalúa la existencia de casos de abuso de posición de dominio.

## II. LAS PRÁCTICAS DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Usualmente los casos de abuso de posición de dominio pueden ser calificados como prácticas predatorias o exclusorias. Se consideran prácticas predatorias o exclusorias 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 o el impedir la entrada de competidores. 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.

El concepto de prácticas predatorias o exclusorias contrasta con el de prácticas explotativas, que no perseguirían excluir o impedir la entrada de competidores, sino explotar la posición de dominio adquirida por la vía de capturar el excedente del consumidor, usualmente por medio de figuras como la de precios abusivos. No se afecta por tanto el proceso competitivo, sino que se trata de definir el resultado.

Más adelante trataremos el problema de las prácticas explotativas, las que no están reguladas en la Ley peruana y han dado lugar a su introducción «de contrabando» a la legislación peruana por medio de un precedente. Pero comencemos analizando los casos de las prácticas predatorias o exclusorias.

Se dice que una práctica exclusoria o predatoria cuando tiene por objeto impedir la entrada, forzar la salida o disciplinar a un competidor en el mercado. Nótese, sin embargo, 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 compleja y difícil de resolver. Y ello quizás radique en que el daños 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 algunos supuestos específicos de casos de abuso de posición de dominio, poniendo especial énfasis en el carácter predatorio de muchas de ellas, 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.

### 2.1. Precios Predatorios.

*a) ¿Qué son los precios predatorios?*

La doctrina reconoce a los precios predatorios como un caso de abuso de posición de dominio en el mercado. Consiste en el supuesto de que una empresa, con posición de dominio en el mercado, reduce 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 consciente de sus consecuencias, 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 perdidas para poder competir o 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 menores precios. La preocupación surge porque en el largo plazo la eliminación de competidores podría llevarlo 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[34], 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 consideras 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 serán golpeados suficientemente como para abandonar un comportamiento competitivo que el predador encuentra inconveniente o desafinaste. Siendo que el resultado causa detrimentos al bienestar del consumidor, la predación no puede clasificarse como eficiencia superior.»

---

34. Bork, Robert H. *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself,* The Free Press, New York, 1993, p. 144.

*b) ¿Cuándo es viable una estrategia de precios predatorios?*

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 pérdidas causadas precisamente por los costos de financiar la predación. En el caso 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 por este mero hecho 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[35].

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 resultados 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 valida 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 dificultes 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, en 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.

---

35. Bork, *Ob. cit.*, p. 145.

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 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 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 de la guerra de precios, sino además pueda generar ganancias rápidas y de manera efectiva que puedan 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[36].

---

36. Bork, *Ob. cit.*, p. 149.

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 y 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. Ello por la existencia de costos hundidos. La existencia de costos hundidos altos, es decir costos de inversión que no pueden ser recuperados si el proyecto fracasa, son una barrera de entrada porque el potencial entrante pone en riesgo su inversión si es que no tiene éxito. Así, si el proyecto es por ejemplo construir una central hidroeléctrica y si luego de entrado el proyecto fracasa por la estrategia predatoria de un rival, el inversionista no puede retirar las inmensas obras civiles en que invirtió (que son un costo hundido), y perderá todo su dinero. Pero a su vez, si ya hizo la inversión, estará dispuesto a soportar pérdidas por mucho más tiempo porque sabe que si sale pierde todo. Así si los costos de entrada son altos, los costos se sacarlo también son altos. Ello quiere decir que en los casos en que se cumple que habrán barreras económicas de entrada, son justamente los casos en los que el predador sufrirá mayores pérdidas para tener éxito. Ello hace poco probable la prelación.

Pero si el mercado implica para entrar costos hundidos bajos (por ejemplo poner un pequeño puesto de ventas de golosinas en un parque), entonces el predador tendrá pocas posibilidades de frenar la entrada posterior. Es cierto que podrá sacar más rápidamente a su competidor que puede llevarse su puesto y la mercadería a otro lado sin perder mucho y dejar al monopolista solo en el mercado. Pero si tiene éxito, estar solo no le durará mucho, pues apenas suba los precios entrarán otros competidores. Bajo tales condiciones es difícil que se cumplan las condiciones para que la prelación funcione.

A estos factores 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 de descontar a sus ganancias futuras la tasa de interés, pues esta financiando con ganancias actuales eventuales ingresos extraordinarios futuros y quizás lejanos.

Si a ello añadimos los riesgo 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 se produce, sino en otro distinto en el que participe la empresa. Así, pueda darse que una empresa que tienen 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, pudiendo 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, pero que como vimos incrementan también los costos de prelación misma).

Un tercer requisito es que la posibilidad de afectar a la empresa víctima de la práctica permita obtener efectos 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[37] 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 en una práctica de ese tipo que llevará 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 utilizados 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.[38]) en el que se determinó que «*En ninguna parte de la reciente literatura sobre el tema los comentaristas sugieren que los precios (predatorios) sea o común o posible de ocurrir*.»

*c) Los precios predatorios en la legislación y jurisprudencia peruanas.*

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[39] 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 deberían de haber sancionado a la denunciada. La Comisión no citó en base a que 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

---

37. 475 US 574, 89 L De 2d 538, 106 S Ct 1348

38. 455 US 943, 71 L De 2d 654, 102 S Ct 1438 (1982).

39. Resolución Nº 070-96-INDECOPI-CLC.

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 que el subsidio cruzado se dé no entre dos mercados 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 permita 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).

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[40] 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

40. *Ibídem*

un competidor específico[41]. 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 de 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»[42].

---

41. 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*, Civitas, Madrid, p. 537.

42. 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 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 sancio

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 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 período 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

---

nó 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 confirmó 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.

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[43]. 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 por que su competidor ofrece precios atractivos, posiblemente imputará dicho hecho a una supuesta práctica de precios predatorios. La autoridad debe mostrarse bastante escéptica de que esas prácticas existan, y solo deberá entrar a tallar en casos en que la conducta sea muy claramente anticompetitiva.

### 2.2 Discriminación de precios y condiciones.

*a) ¿Qué es la discriminación?*

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 antimonopolios general, la discriminación es una práctica sujeta a la «regla de la razón», es decir, una práctica que sólo será ilícita si se demues-

---

43. 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.

tra que tiene efectos no deseados en el mercado, y en particular en el bienestar de los consumidores.

La discriminación de precios[44] puede definirse, en términos generales, como una situación en la cual unidades de un mismo bien o servicio son comercializadas a precios distintos[45], es decir que: un mismo bien es vendido a precios diferentes. Dicha diferencia puede ser determinada comparando el precio del bien o servicio respecto de distintos consumidores o en operaciones realizadas por un mismo proveedor[46].

En términos sencillos, ello significa que si un proveedor de un bien -por ejemplo arroz- suministra el producto a distintos clientes, la discriminación se produce cuando ante las mismas condiciones y términos -volumen comprado, condiciones de crédito, plazo de pago, lugar de entrega, etc.- se cobra diferente. Por tanto, no basta demostrar que se cobra diferente a dos clientes, porque si a uno se le venden 10 unidades y al otro 100, es lógico que se conceda un descuento por volumen. La discriminación se dará solo si ante dos circunstancias iguales se da un tratamiento diferente.

---

44 La discriminación de precios es una de las tantas prácticas de establecimiento de precios no uniformes, como lo son también la tarifa en dos partes, el establecimiento de descuentos por cantidades, las ventas atadas y la discriminación por calidad. Al respecto, ver: PERLOFF, Jeffrey y Dennos, CARLTON. Modern Industrial Organization. New York: Harper Collins College Publishers, 1994, p. 423.

45 Ver: STEPHEN, Martin. *Industrial Economics. Economics Analysis and Public Policy*. New Jersey: Prentice Hall, (1994) p. 418. Stephen precisa que unidades físicamente iguales pueden ser consideradas como bienes distintos en atención a sus diferentes costos de producción, cuando sean comercializados en diferentes mercados. Así, la venta de bienes idénticos a precios desiguales no constituye un supuesto de discriminación de precios a menos que dichos bienes sean producidos a costos idénticos.

46 Existen tres tipos de discriminación de precios. En primer lugar, la discriminación de primer grado o perfecta se da cuando la empresa puede cobrar un precio distinto a cada consumidor de acuerdo a lo que esté dispuesto a pagar por el bien. Tiene por objeto la extracción de todo el excedente del consumidor. Por su parte, la discriminación de segundo grado se da cuando la empresa cobra diferentes precios a los consumidores sobre la base de la cantidad demandada. Este tipo de discriminación se caracteriza por no intentar ajustar los precios a la elasticidad de las demandas de los consumidores, pues existe la misma estructura de precios para todos. Por último, la discriminación de tercer grado se diferencia del caso anterior en que la empresa no puede identificar la voluntad de pago de cada consumidor, por lo que discrimina precios entre consumidores de grupos o mercados totalmente independientes. La empresa puede identificar la elasticidad de las demandas de los diferentes grupos o mercados y ajustar el precio de acuerdo a ello, cargando un precio menor a los consumidores cuya demanda sea más sensible.

A ello se añade que en principio es válido discriminar y, por tanto, dicha conducta no está penada por la Ley. Si una bodega vende un mismo producto a diferentes clientes a precios diferenciados, ello no afecta la libre competencia. La Ley solo limita, en ciertos casos, la posibilidad de discriminar, si el proveedor tiene posición de dominio en el mercado, es decir, actúa como un monopolio. En los demás casos la discriminación de precios o condiciones es el ejercicio de la libertad de contratación y de la libertad de empresa.

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 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[47].

*b) ¿Por qué es usualmente buena la discriminación?*

Desde un punto de vista económico, la discriminación constituye una conducta que puede tener efectos económicos favorables en el mercado que justifican su desarrollo. Dichos efectos son fundamentalmente:

(i) Permite revelar adecuadamente las preferencias de los consumidores.

---

47. Ello ocurrió, según señalan diversos comentaristas (POSNER, *Antitrust*, pp. 193-194, BORK, *Ob. cit.*, pp. 386, POSNER, Richard y Frank EASTERBROOK, *Antitrust*. St. Paul: West Publishing, 2.ª ed., 1981, pp. 689 y ss) en el caso Utah Pie Company v. Continental Baking Company. En él se condenó a los demandados, un conjunto de empresas fabricantes de

Ello permite que la empresa que discrimina, al conocer las características especiales de demanda de sus consumidores, pueda cobrar a cada uno de los consumidores el monto máximo en el que ellos valoran el servicio. Ello contribuye a ampliar la frontera de producción del servicio y a conseguir una más eficiente asignación de recursos. Ello se presenta, por ejemplo, cuando se cobra precios diferentes para entrar a un teatro, a los menores, a los adultos y las personas mayores de 65 años. El proveedor puede haber identificado que efectivamente los mayores de 65 o los menores no están dispuestos a pagar el boleto completo, pero sí asistirían si se les da un descuento. Si el dueño del teatro se da cuenta de ello y ve el riesgo de que no se llene el teatro, discriminar es bueno para todos, por más que el espectáculo es igual.

(ii) Ampliación de la cantidad producida

La discriminación de precios expande la producción a mayores niveles, ya que en condiciones en las cuales no se permite discriminar, ciertos consumidores son excluidos del mercado. En ese sentido su resultado puede ser antagónico con el que arrojaría una práctica monopólica, es decir reducir la cantidad producida, pues su resultado sería precisamente incrementar la producción. El establecimiento de un precio uniforme excluye del mercado a ciertos consumidores que no valoran lo suficiente el bien como para adquirirlo al precio ofrecido. Esta ampliación de la producción implica más bienestar social que el que se obtendría si no hubiera discriminación. Esto es un efecto derivado de lo señalado en el punto anterior. La discriminación permite llenar un teatro que quedaría a medio llenar sin dicha discriminación.

(iii) Incentiva la competencia.

Ello resulta en la reducción de precios en beneficio de los consumidores considerados en el agregado. La identificación de segmentos en el mercado

---

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 incrementó 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.

dispuestos a contratar por menores precios genera presiones competitivas entre los participantes en el mercado para identificarlos. Pero una vez que se identifican esos segmentos, suele ocurrir que los menores precios comienzan a expandirse a otros participantes del mercado que reclaman tratamiento igualitario para seguir contratando el servicio. La difusión de información sobre mejores condiciones para unos beneficia a otros segmentos que exigen lo mismo. Cuanto más abierto sea el mercado y existan más competidores este fenómeno se expandirá con mayor velocidad. Ello ocurre por ejemplo con ciertas salas de cine de Lima que han expandido los descuentos que daban a menores o a adultos mayores a todo el público en algunos días de la semana. Ello para atraer a más público los días de menos demanda.

Como ya dijimos, si la empresa no tiene posición de dominio, la discriminación no debe despertar preocupación. Pero incluso, tomando en cuenta lo anterior, el establecimiento de precios diferenciados por parte de una empresa que goza de una posición de dominio tampoco es necesariamente pernicioso y por el contrario puede generar beneficios a los consumidores. Por ello, no debe presumirse a priori como una conducta que afecta el desarrollo del mercado y que, por tanto, deba ser condenada. La sanción a priori de este tipo de conductas o, lo que es lo mismo, el establecimiento de un régimen de ilegalidad *per se* de la conducta, podría generar efectos nocivos para la propia competencia.

En ese sentido, CRAIG CONRATH ha destacado lo siguiente,

> «(…) Sin embargo, la ilegalidad de la discriminación de precio ha sido criticada por dos razones. Primero, algunos economistas afirman que una firma con poder de monopolio producirá más si se le permite cobrar precios diferentes a clientes diferentes, dependiendo de la demanda del producto. Segundo, el establecimiento de precios oligopolistas está a menudo interrumpido, primero, por descuentos para clientes particulares, seguido de crecientes descuentos para otros clientes y luego por la competencia vigorosa. En tal mercado, una ley que prohíba la discriminación de precio podría tener el efecto no intencionado de apoyar un cartel o un oligopolio que no compite significativamente. Por estas razones, algunos dirían que una ley de esta naturaleza es menos importante que otras leyes antimonopolio o, inclusive, que es indeseable.»[48]

No obstante ello, de manera excepcional y bajo determinadas circunstancias, la aplicación de precios diferenciados puede generar algunos efectos perniciosos para la competencia. En general, se considera que la discri-

---

48 CRAIG CONRADTH: *Guía Práctica Para la Ejecución de la Ley Antimonopolio para una Economía en Transición.* Colombia 1998. Pag. 181.

minación de precios puede generar un impacto negativo para la competencia cuando es utilizada como un mecanismo para excluir del mercado a otros competidores o para impedir el acceso al mercado de nuevos competidores. Por ejemplo, a través del otorgamiento de «precios especiales» a clientes que son objeto de ofertas de servicios por parte de un nuevo competidor con el deliberado propósito de inhibir su acceso al mercado y facilitar el posterior incremento de los precios. Ello podría ocurrir, por ejemplo, en algunos casos, si una empresa con posición de dominio le sube los precios solo a los clientes de ella que compran a su competidor. Ello con la intención de presionar a que los clientes, al no comprar a su competencia, saquen al competidor del mercado.

Todo esto conduce a que, 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[49]:

> «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 coloque 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 solo han causado daños a la economía. Así, al comentar la Robinson-Patman Act, norma que introdujo legislativamente esta figura al sistema norteamericano, señala[50]:

> «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

49. BELLAMY y CHILD, *Ob. cit.,* p. 542.

50. BORK, *Ob. cit.,* pp. 382-383.

> 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 de 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.»

Se podría identificar en 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.

*c) La discriminación en la legislación peruana*

En el caso peruano, la discriminación se encuentra regulada por el Decreto Legislativo Nº 701 como un supuesto de abuso de posición de dominio. Sobre el particular, el artículo 5 de la referida norma establece:

> «Son casos de abuso de posición de dominio:
>
> (...)
>
> e) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. 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 o que se otorguen con carácter general en todos los casos en que existan iguales condiciones (…)»

Tal como se desprende de la norma citada, el principio general establecido por nuestra regulación de competencia en materia de discriminación, es que los agentes de mercado pueden discriminar libremente (establecer condiciones diferenciadas para prestaciones equivalentes) salvo que se presenten las siguientes condiciones:

a) Que la empresa que lleva a cabo la discriminación tenga posición de dominio.

b) Que la práctica genere efectos anticompetitivos en el mercado. Ello determina que no bastará la sola diferencia en el trato, sino que ésta debe afectar la posibilidad de competir de los agentes involucrados.

Debe anotarse que la Ley define de manera específica lo que debe entenderse por discriminación: «aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes». De donde, no existe sanción alguna para las prácticas desarrolladas por empresas con posición de dominio que impliquen la «aplicación de condiciones desiguales para prestaciones no equivalentes», por ejemplo que cobren precios más bajos a quienes compran mayor volumen o que tengan precios más altos para clientes en los que la entrega del producto implica costos de transporte mayores.

Así, el elemento central en la tipificación de la infracción es el de la «equivalencia de las prestaciones». La norma se encarga de aclarar que la identidad del bien o de volumen no es suficiente para establecer la equivalencia de dos prestaciones. Así, desde un punto de vista económico no es lo mismo vender 10 toneladas de cemento al crédito, que venderlas al contado; tampoco es lo mismo vender 10 toneladas de cemento en un mercado en los que hay un solo suministrador del producto, que hacerlo en un mercado en la que los consumidores cuentan con varias alternativas de suministro o existen productos sustitutos. Del mismo modo, es sustancialmente diferente vender 10 toneladas de cemento a un consumidor del cual solo se recibe un precio, de la operación que se cierra con un consumidor del cual se recibe a cambio de las 10 toneladas de cemento prestaciones adicionales al simple pago del precio, como por ejemplo inversiones en la promoción del producto. Pese a que en todos esos casos estamos frente a la venta de las mismas 10 toneladas de cemento, no estamos frente a «prestaciones equivalentes».

A partir de ello se puede deducir que la norma no penaliza el otorgamiento de un trato diferenciado sobre la base de la existencia de condiciones que justifiquen tal diferenciación, como volúmenes de venta, pago anticipado u otros similares. En efecto, un trato diferenciado puede justificarse en razones económicas u otros elementos objetivamente identificables, los que pueden relacionarse con condiciones de la operación, de la oferta o de la demanda[51¨].

---

51. La existencia de diferencias a nivel de la demanda ha sido considerada en anteriores resoluciones del INDECOPI como justificación suficiente para el establecimiento de un tratamiento comercial diferenciado.

Tomando en cuenta que estamos frente a una conducta que solo bajo determinadas circunstancias puede generar efectos anticompetitivos, el Decreto Legislativo 701 ha sujetado la discriminación a la denominada *rule of reason* o regla de la razón, que fuerza a la autoridad de competencia –el

---

Así, en la Resolución Nº 001-98-INDECOPI-CLC del 09 de enero de 1998, el procedimiento seguido entre Sociedad Nacional de Industrias en contra de la Empresa Minera del Centro del Perú S.A. se estableció lo siguiente:

«3.5 La Comisión considera que desde un punto de vista legal, la diferenciación geográfica de precios no resulta siendo sancionable por sí misma, en tanto que la diferenciación de precios existente podría encontrarse justificada por la existencia de costos diferenciados -costos de transacción o de transportes, por ejemplo-, o por tratarse de operaciones efectuadas en mercados diferentes, en la que los consumidores cuentan con una elasticidad de demanda distinta, que reflejaría un diferente grado de sustitución del bien o de acceso a fuentes de aprovisionamiento.»

En un sentido similar en la Resolución Nº 007-1999/TDC-INDECOPI de la Sala en el procedimiento seguido por el Diario El Comercio en contra de Aero Continente por abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación de precio, se señaló lo siguiente:

«Al darse una situación de restricción en la oferta del servicio, las condiciones del mercado antes descritas determinan que aquellas empresas que requieren contratar servicios de transporte de carga aérea de naturaleza inmediata estén dispuestas a pagar un mayor precio por este tipo de servicio. Este mayor precio refleja el costo de excluir a todos los demás tipos de carga que compiten por acceder al servicio de transporte aéreo. Ello ocurre en el caso del servicio de distribución de diarios y revistas. Las empresas que distribuyen este tipo de productos están dispuestas a pagar más por el transporte en los vuelos de la mañana que el precio que están dispuestas a pagar aquellas empresas que envían otro tipo de carga (incluso en el caso de bienes perecibles como los mariscos). Esto explica por qué el alza de precios afecta más al transporte de carga de diarios y revistas.

En consecuencia, la Sala considera que la diferenciación de tarifas cuestionada por El Comercio se explica en que Aero Continente ha identificado una demanda de servicios de naturaleza especial, constituida por el transporte aéreo de carga de diarios y revistas. Dicha demanda requiere de un despacho de mercancías diario y de carácter inmediato, en los primeros vuelos de la mañana. Así, dadas las condiciones particulares del servicio requerido, la denunciada ha establecido una tarifa especial para el transporte de diarios y revistas que la Sala considera que es justificada.

De esta manera, conforme al criterio expuesto en el punto III.2. de la presente resolución, si existen explicaciones razonables para la política de precios diferenciados establecida por una empresa y si, de otro lado, del análisis de los hechos no se aprecia una finalidad restrictiva de la competencia, la práctica debería ser considerada lícita. Debe tenerse en cuenta que, de no ser así, la aplicación de la normativa contenida en el Decreto Legislativo N° 701 conduciría a un sistema velado de control de precios que, finalmente, produciría una mayor distorsión en la asignación de recursos dentro del mercado.»

INDECOPI- a evaluar el carácter ilegal de la práctica sobre la base de la razonabilidad de la misma en el caso concreto. Si no hay elementos de juicio que lleven a presumir que los costos de la práctica superan a los beneficios de la misma, la práctica deberá ser considerada legal y quedar por tanto libre de sanción. Ello significa además que la falta de análisis de la razonabilidad de la práctica lleva a cometer una ilegalidad, dado que del mismo texto normativo se deriva que la autoridad tiene que hacer el balance de si la conducta coloca o no a ciertos competidores en desigualdad de manera injustificada. Un análisis bajo la regla *per se* debe ser descartado.[52]

En resumen, la discriminación de precios o condiciones de comercialización solo podría tener algún sentido en el caso que la empresa que la lleva a cabo tenga posición de dominio y tenga por efecto beneficiar a un cliente en perjuicio de otro. Por su parte, 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 este colocando a algunos competidores en una situación desventajosa sobre otros. Pero además, incluso si se presentará 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.

En este respecto, a nivel de los antecedentes jurisprudenciales existentes, merece destacarse la Resolución Nº 0078-1999/TDC-INDECOPI emitida por el Tribunal del INDECOPI, en la que se expresa con claridad los límites a que se encuentra sujeta la facultad de sanción de este tipo de conductas y los riesgos que existen si dichos límites no son respetados por la Administración. En dicha Resolución se señala:

> «El Decreto Legislativo N° 701 tiene por objeto sancionar aquellas prácticas que restringen la libre competencia en el mercado. En tal sentido, la

52. En el Informe Técnico Nº 006-2003-INDECOPI /CLC que sirvió de base a la Comisión en el caso DINO contra Santa Beatriz, se hizo notar lo siguiente: «*En la «Roundtable on Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates» sostenida por los países miembros de la OECD en junio de 2002 en Paris, se discutieron los diversos enfoques de dichos países sobre los descuentos por fidelidad, resaltando la diferencia entre el enfoque de los países europeos respecto al de Estados Unidos. Sin embargo, uno de los mayores aportes de la reunión fue el obtener la convicción de que los descuentos por fidelidad podrían tener efectos positivos sobre el mercado, la competencia y los consumidores y por lo tanto la aplicación de la regla de la razón y no de un análisis truncado como la regla per-se resulta necesario en la evaluación de dichos descuentos. Las conclusiones de dicha reunión y la discusión sostenida en la misma se encuentran contenidos en el documento «Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates» desclasificado el 04 de febrero de 2003.»(el resaltado es nuestro)*

> discriminación de precios únicamente debe ser sancionada cuando tiene efectos restrictivos de la competencia y no cuando es resultado natural del proceso de obtención de beneficios y de ajuste de los precios a las condiciones variables del mercado. De modo que si el empresario investigado puede explicar en términos razonables a qué se debe la diferenciación de precios establecida y, por otro lado, si de los hechos del caso no se aprecia una clara finalidad de favorecer a algunos competidores desplazando a sus rivales, la denuncia debería ser declarada infundada.
>
> Dar mayores alcances a los supuestos de abuso de posición de dominio regulados en el Decreto Legislativo N° 701 significaría convertir a la legislación contra las prácticas restrictivas de la libre competencia en un mecanismo velado de control de precios. En efecto, si la regla a adoptar fuese la de obligar a uniformizar los precios en cualquier tipo de mercado en que un vendedor mantenga posición de dominio, salvo excepciones muy limitadas, ello significaría establecer un esquema continuo de control de precios para el monopolista, lo que, además de no estar permitido por la ley, crearía mayores distorsiones en la asignación de recursos en el mediano y largo plazo.» (El subrayado es nuestro)

Dicho de manera simple, la sanción injustificada de la discriminación de precios puede convertir a la agencia de competencia en una agencia reguladora de precios y a la Ley del Competencia -Decreto Legislativo Nº 701- en un instrumento de control de precios, extremos ambos prohibidos por la Constitución y la legislación vigente[53].

*d) La aproximación jurisprudencial: identificar la lógica económica de la discriminación*

Para fines de graficar y entender mejor qué tipo de excepciones se presentan veamos algunos casos de la jurisprudencia peruana e internacional.

En el caso INEMEC vs. SEDAPAL[54] 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, y que no podían ser cumplidas por los fabricantes nacionales, era

---

53. Decreto Legislativo 757.- Artículo 4.- «*La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con 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*».

54. Resolución Nº 30-94-INDECOPI/CLC.

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.[55] la primera acusó a la segunda de establecer condiciones diferentes para sus agremiados en relación 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 Nº 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 está plenamente justificada de acuerdo al Decreto Legislativo Nº 701.

Así, de acuerdo a los antecedentes citados, puede verse como 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[56], 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

---

55. Resolución Nº 003-93-INDECOPI/CLC.

56. [1978] Rep. 207.

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 distinta 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 plátanos. Sin embargo no queda claro cómo esa discriminación ponía a unos competidores en mejor posición de otros[57].

Existen otros casos peruanos en los que se ha analizado la concesión de descuentos diferenciados por parte de empresas con posición de dominio y que reafirman, con mayor análisis, lo visto en la jurisprudencia nacional ya citada. Específicamente, el Tribunal ha tenido la oportunidad de analizar y pronunciarse sobre el otorgamiento de precios o descuentos especiales cuya única explicación y justificación se encontraba en la existencia de una relación contractual de naturaleza particular con los clientes que resultaban favorecidos con las mejores condiciones.

Nos referimos en lo concreto al procedimiento seguido entre la Empresa Editora El Comercio S.A. en contra de Aero Continente S.A. por supuesto abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación de precios -Resolución Nº 007-1999/TDC-INDECOPI-. Dicho procedimiento se originó debido a que Aero Continente cobraba un precio mayor a El Comercio que a algunos de sus competidores por el servicio de transporte aéreo de periódicos a provincias. En dicho proceso se determinó que algunas empresas editoras -competidoras de El Comercio- habían celebrado con Aero Continente contratos de «cuenta-canje» por medio de los cuales Aero Continente aceptaba otorgar menores precios en sus servicios a cambio de que las empresas editoras ofrezcan descuentos similares en la publicación de publicidad al interior de sus periódicos.[58] Así, se encontraba en

---

57. 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 para un país no competían con los vendedores para otro país, con lo que no aparece cuál es el efecto nocivo de la discriminación para unos competidores frente a otros competidores, más allá de consideraciones meramente distributivas.

58 De acuerdo a lo indicado en la Resolución referida, a través de los contratos de «cuenta canje» se intercambiaban servicios de publicidad por transporte de carga y pasajeros. Los servicios no se pagaban en efectivo, sino que las partes acuerdan a mantener invariables las tarifas vigentes a la fecha de suscripción del contrato hasta

cuestión el otorgamiento por parte de esta última empresa de tarifas de transporte más convenientes -en relación a las ofrecidas a la empresa denunciante- a empresas editoras con quienes tenía celebrados contratos de «canje publicitario».

En dicha ocasión el Tribunal del INDECOPI estableció el siguiente criterio:

> «Sin embargo, la diferenciación de precios efectuada por Aero Continente entre las distintas empresas periodísticas halla su justificación en el hecho que, antes de la aplicación de su nueva política de precios para el transporte de diarios y revistas, dicha empresa había celebrado los referidos contratos de «cuenta canje», de modo que no le fue posible aplicar en forma uniforme el incremento de tarifas establecido para este tipo de servicios.
>
> De este modo, debe concluirse que el extremo de la denuncia referido a la diferenciación de tarifas entre empresas editoras también resulta infundado, toda vez que dicha práctica se encuentra justificada por las relaciones contractuales que la denunciada había establecido con anterioridad frente a sus clientes, siendo además que de los hechos analizados no se desprende una finalidad restrictiva de la competencia por parte de Aero Continente.» (El resaltado es nuestro)

Así, es el caso que en dicha oportunidad la empresa denunciante también fue invitada a participar de los contratos que le habrían permitido acceder a tarifas más convenientes. La Sala valoró tal circunstancia de la siguiente manera:

> «Adicionalmente a lo expuesto, la Sala considera pertinente señalar que los contratos de «cuenta canje» fueron celebrados por Aero Continente con anterioridad al incremento de tarifas materia de denuncia y a la creación de una nueva tarifa para el transporte de carga de diarios y revistas. Esta práctica venía desarrollándose, por ejemplo, con los diarios Expreso y La República desde 1993, con el diario Gestión desde 1994 y con el diario Síntesis desde 1995. Por otro lado, tampoco existen pruebas en el expediente que permitan determinar si a la denunciante se

---

el término del mismo y se otorgan descuentos adicionales sobre la tarifa básica. Es interesante mencionar que los acuerdos de canje eran para canje publicitario en el periódico a cambio del pago de servicios de transporte. El diario El Comercio se negaba a celebrar esos contratos de canje por que se resistía a colocar en sus páginas avisos de Aero Continente por ser dicha empresa de propiedad de Fernando Zevallos que enfrentaba cargos por narcotráfico y que había sido objeto de intensas campañas periodísticas por parte del referido medio de comunicación.

> le negó la posibilidad de acceder a dichos contratos, siendo que Aero Continente ha señalado a lo largo del procedimiento que durante este período, invitó en reiteradas oportunidades, a El Comercio a suscribir un contrato de prestación de servicios con tarifa congelada, sin que la empresa denunciada hubiese aceptado suscribir contrato alguno» (El resaltado es nuestro)

De ello se deriva que la existencia de dos relaciones de contenido económico distinto justifica por si mismo el establecimiento de un tratamiento comercial diferenciado en lo que atañe a la política de aplicación de descuentos y tarifas.

Así, en el antecedente citado, mientras que en una relación -El Diario El Comercio y el transportador- existía un simple contrato de transporte de carga, en el otro -otros medios periodísticos y el transportador- existía una relación –contratos coligados- que incluía tanto la prestación de servicios de transporte de carga como la publicación de notas o avisos en el medio periodístico del titular de la carga transportada.

Si bien en ambas circunstancias se registra la prestación de un mismo servicio -transporte de periódicos-, las obligaciones y beneficios derivados de la relación son sustancialmente diferentes en uno y otro caso: mientras que en un caso el transportador recibía sólo la contraprestación por el servicio prestado, en el otro recibía por el mismo servicio algunos beneficios -económicos- adicionales -tarifas especiales en los servicios de publicación de sus notas y publicidad en medios, por ejemplo-.

Es precisamente la existencia de tales diferencias lo que habría llevado al INDECOPI a declarar la consistencia de dicha práctica con la regulación de competencia. En dicha oportunidad se estableció que no existiendo «equivalencia en las prestaciones», no existía razón para condenar o cuestionar la aplicación de tarifas o descuentos diferenciados.

Así el Tribunal determinó que la discriminación de precios alegada por quien voluntariamente rechaza la celebración de un acuerdo que le permitiría acceder a precios más ventajosos, carece, en principio, de sustento.

*e) Un giro de jurisprudencia insospechado: el caso DINO y la búsqueda de la razón de la sinrazón.*

Sin embargo uno de los casos más recientes resueltos por el Tribunal del INDECOPI parece alejarse no solo de los precedentes anteriores sobre discriminación de precios y condiciones, sino de toda posición razonable en la doctrina y prácticas internacionales, acercando la sanción de este tipo de prácticas a las fronteras de la aplicación de la regla *per se.*

Se trata del caso de Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. -DINO-, una empresa subsidiaria de la empresa Cemento Pacasmayo S.A.A. (dedicada la fabricación de cemento). DINO se dedicaba a la comercialización y distribución de materiales de construcción, principalmente de cemento y sus derivados, en el norte del país. Durante la tramitación del caso poseía una participación del 81% respecto del mercado de distribución de cementos en el departamento de Piura[59]. La existencia de posición de dominio no fue realmente objeto de controversia.

DINO estableció una red de subdistribuidores afiliados en las principales ciudades del norte del país, celebrando con dichos subdistribuidores diversos Contratos de Representación Comercial (en adelante, los Contratos de Distribución o Afiliación). En los referidos contratos se estableció, entre otras condiciones, descuentos para los subdistribuidores afiliados. Estos subdistribuidores eran exclusivos (solo podían vender los productos de DINO) pero DINO seguía abasteciendo a otros subdistribuidores, pero sin conceder los descuentos referidos. Los subdistribuidores afilados podían usar el logo de DINO e identificar sus locales con sus colores.

A raíz de la suscripción de los contratos referidos, las empresas Depósitos Santa Beatriz S.R.L., Eleodoro Quiroga Ramos E.I.R.L. y Comercial Quiroga S.R.L. denunciaron a DINO ante el INDECOPI por la presunta comisión de actos de abuso de posición de dominio en las modalidades de discriminación de precios y ventas atadas.

La investigación efectuada por la Secretaría Técnica de la Comisión en el Informe Nº 006-2003-INDECOPI/CLC concluyó que la conducta desarrollada por DINO no podía ser calificada como una conducta prohibida a la luz de lo establecido en el Decreto Legislativo 701. De la información obtenida por la Secretaria Técnica en sus visitas a la ciudad de Piura a fin de evaluar el desarrollo del mercado de venta de cemento y materiales de construcción, se logró determinar que las prácticas denunciadas no habían generado ningún efecto anticompetitivo en el mercado y que, por el contrario, se podían «*reconocer efectos procompetitivos de la celebración de los contratos de afiliación referidos al otorgamiento de un menor precio, más cercano al ideal competitivo, y el incremento de la competitividad de los afiliados*»[60]. En esa línea, mediante Resolución Nº 006-2003-INDECOPI/CLC de fecha 14 de mayo de

59. Esta conclusión ha sido establecida por la Comisión de Libre Competencia en la Resolución Nº 006-2003-INDECOPI/CLC, extremo que no fuera objeto de apelación por parte de DINO y que, en consecuencia, se asume como dado.

60. Informe de la Secretaría técnica de la Comisión de Libre Competencia Nº 006-2003-INDECOPI/CLC.

2003, la Comisión declaró infundada las denuncias interpuestas. La Comisión sustentó su pronunciamiento en el hecho que, a su criterio, el establecimiento de precios diferenciados entre subdistribuidores afiliados y no afiliados por parte de DINO se encontraba plenamente justificado por las prestaciones que los afiliados le otorgaban[61].

El profundo y detallado análisis de primera instancia contrasta con el superficial, inconsistente y absurdo análisis efectuado por el Tribunal en segunda instancia. Así, mediante Resolución Nº 256-2005/TDC-INDECOPI, revocó la resolución emitida por la Comisión y declaró fundada la denuncia interpuesta en contra de DINO. La Sala sustentó su decisión, en el hecho que el otorgamiento por parte de DINO de precios menores aquellos distribuidores que hubieren aceptado celebrar los Contratos de Afiliación (en los que se establecen cláusulas de compras exclusivas, flujo de información relacionada con el estado del mercado y de objetivos mínimos de compra, entre otros) no constituye una práctica comercial generalmente aceptada. Por el contrario, a criterio de la Sala, la imposición de tales obligaciones

---

61. En la Resolución de Primera Instancia se señaló lo siguiente:

«150. Respecto a la discriminación de precios, de acuerdo al análisis realizado, el establecimiento de precios diferenciados entre afiliados y no afiliados por parte de DINO S.R.L. está justificado por las prestaciones que los afiliados otorgan a favor de dicha empresa referidas a:

i) Publicidad y eventos: A través de la publicidad que el afiliado realiza en sus locales, unidades de transporte, avisos publicitarios y documentos de propios de la empresa (facturas, boletas, papel membreteado, tarjetas, etc.). Asimismo, los afiliados organizan conjuntamente con DINO S.R.L. eventos de difusión (charlas, conferencias, etc.) sobre los productos comercializados por DINO S.R.L.

ii) Fidelidad: La garantía de compras exclusivas y planificadas por parte de los afiliados genera un ahorro de costos de transacción, búsqueda y negociación y permite que DINO S.R.L. obtenga menores precios de sus proveedores producto de la demanda agregada de todos sus afiliados a escala regional.

iii) Provisión de información: Los afiliados proveen información a DINO S.R.L. sobre el mercado, precios y preferencias de los consumidores a través de reuniones, llamadas telefónicas, correos electrónicos y cartas. A partir de esto se genera un ahorro de costos para DINO S.R.L. en la obtención de dicha información.

iv) Ahorro de instalación de sucursal: A través de la afiliación de sub-distribuidores, DINO S.R.L. ahorra los costos de instalar sucursales en cada localidad en donde los afiliados mantienen presencia. Los costos que DINO S.R.L. evita mediante la afiliación se refieren al alquiler y mantenimiento del local, sueldos del personal, transporte, almacenamiento, muestreo, mantenimiento de inventarios, publicidad entre otros. A través de los afiliados, DINO S.R.L. garantiza una presencia local y de mayor amplitud geográfica evitando los costos de abrir y mantener oficinas y almacenes a escala local.»

evidenciaría un abuso de posición de dominio por parte de DINO. De acuerdo con lo señalado por la Sala en la Resolución, la sola existencia de una obligación de compra exclusiva en los Contratos de Representación celebrados con los subdistribuidores afiliados «*constituye un ejercicio expreso y evidente de presión sobre los compradores para que se provean totalmente de la empresa dominante DINO, con el consiguiente efecto exclusorio hacia los competidores directos de DINO (…) En tal sentido, esta conducta de DINO resulta una clara explotación abusiva exclusoria.*»

El caso, por su importancia, pero sobre todo por el peligro que significa para la actividad económica, merece un comentario detallado, pues se aleja de toda aproximación lógica y razonable al problema. Lo curioso es que para resolver de la manera como lo hizo el Tribunal cita, apócrifamente, la jurisprudencia comunitaria europea que, como veremos, no sustenta una aproximación como la efectuada por el Tribunal del INDECOPI.

Curiosamente la propia doctrina europea citada por el Tribunal en su Resolución, reconoce que los descuentos por fidelidad -y por tanto la discriminación de precios involucrada- puede ser aplicada legítimamente por una empresa con posición de dominio sin que ello implique una afectación al desarrollo de la competencia. Así, D.G. Gonder[62] -citado reiteradamente en la Resolución de marras- señala:

> «El descuento usualmente puede ser usado legítimamente, particularmente en mercados donde hay una activa competencia de precios, y también en casos donde el vendedor pueda razonablemente alegar que sus costos pueden ser reducidos si los consumidores muestran un grado de lealtad al ordenar grandes volúmenes de compra.» (El subrayado es nuestro)

Ese mismo autor reconoce, comentando las resoluciones de la Corte Europea -*Michelin and Hoffmann-la Roche*- que han sido materia de referencia expresa en la Resolución del Tribunal[63], que existen circunstancias en las que el establecimiento de precios diferenciados no ocasiona reproche alguno desde el punto de vista de la regulación de competencia. Así, D.G. Goyder[64] señala que:

---

62. D.G. Goyder: *EC Competition Law*. Pag. 359.

63. Respecto de la aplicación de los mencionados casos a la denuncia planteada contra DINO, el Tribunal señaló: «*(…) no es cierto que no exista coerción para adquirir dos bienes de manera conjunta. En efecto, este tipo de obligaciones utilizadas por empresas claramente dominantes como DINO, implican el ejercicio de coerción o presión sobre los compradores destinada a impedir la búsqueda de alternativas proporcionadas por los competidores de la empresa dominante, tal y como se puede observar de la jurisprudencia del caso Hoffmann-La Roche (…)*»

64. D.G. Goyder: *EC Competition Law*. Pag. 362.

> «Sin embargo, el resultado de los casos Michelin y Hoffmann-la Roche parece ser que el uso de descuentos por compañías con posición dominante, aunque no son completamente prohibidos, requieren un muy cuidadoso análisis de los servicios por los que son concedidos. No es posible simplemente ligarlos a las obligaciones de compra exclusiva, pero si pueden ser ligados a la consecución de objetividad y transparencia y no como una indebida imposición de presión a los vendedores ni tampoco una discriminación entre diferentes categorías de vendedores, sobre la base que no refleja el ahorro de costos del proveedor. El proveedor también estará en una mejor posición para resistir un cargo bajo el artículo 86 si el sistema de rebajas corresponde a aquellos generalmente adoptados por sus competidores en el mismo mercado.» (El subrayado es nuestro)

De lo anterior se puede concluir que incluso desde una perspectiva tan restrictiva como la europea, no existe una prohibición absoluta al establecimiento de una política de descuentos o precios diferenciados vinculada al desarrollo de contratos de distribución exclusiva. Incluso bajo el ordenamiento comunitario europeo, la prohibición de dichas conductas depende de las circunstancias y modalidades en que estas se desarrollan y, mas precisamente, de una evaluación detallada de las consecuencias -positivas y/o negativas- generadas por la práctica.

Como veremos a continuación, el Tribunal en su resolución ha hecho precisamente todo lo contrario a lo requerido por la experiencia y regulación peruanas y europeas de competencia: ha condenado a priori la conducta desarrollada por DINO, sin haber probado que dicha práctica genera o puede generar un problema de competencia. Ha literalmente establecido que esos acuerdos, por su naturaleza, son ya ilegales, algo que no es sostenido por ninguna legislación ni práctica jurisprudencial seria en el mundo. Dicho criterio no resulta razonable si se toma en cuenta que las conductas incluidas en el artículo 5 del Decreto Legislativo Nº 701, no necesariamente y en todas las circunstancias, afectan el desarrollo de la competencia[65].

---

65. En el Informe Técnico que sirvió de base a la Resolución de Primera Instancia se señaló lo siguiente: *«266. Sin embargo, en opinión de la Secretaría los descuentos por fidelidad deben recibir un tratamiento similar al que la Comisión ha tenido para el resto de prácticas de abuso de posición de dominio, es decir, un análisis bajo la regla de la razón y no merecen una condena por sí misma (per-se) sin haberse analizado sus posibles justificaciones y sus efectos sobre la competencia y los consumidores.*

    267. Dicha posición sería consonante con la tendencia mundial mucho más reciente de no implementar una condena «per-se» a este tipo de descuentos114. Ello por cuanto el análisis de los mismos ha determinado que sus efectos pueden ser tanto pro-competitivos como anti-competitivos. De lo anterior es labor de la autoridad de competencia evaluar los posibles efectos netos caso por caso.» (el resaltado es nuestro)

Es el caso que en la Resolución objeto de comentario, ésta se apartó de todo estándar internacional o nacional razonable, condenando «a priori» la conducta de DINO por el simple hecho de tratarse de una conducta que, en apariencia y a entender de los miembros de la Sala, resultaría sancionable bajo otro régimen jurídico: el régimen jurídico europeo. En efecto, la resolución no da razones para la condena, distintas a la mera trascripción parcial e incompleta de alguna regulación, jurisprudencia y doctrina europeas. La orfandad del análisis de hechos concretos referidos al caso, en especial los relacionados a los efectos económicos de la conducta en el mercado, es absoluta.

Así, la resolución no evalúa las pruebas actuadas durante el proceso que acreditan no sólo la ausencia de un efecto exclusorio de la práctica, sino sobre todo de sus efectos procompetitivos. El Tribunal simplemente asumió -a priori- que la práctica desarrollada por DINO resultaba «anticompetitiva», dejando de lado la valoración de evidencias actuadas dentro del proceso y que disiparían cualquier posible reproche a la conducta desarrollada por DINO. Veamos los principales aspectos que el Tribunal debió evaluar y que, como se verá, fueron todos, sin excepción, mal evaluados.

**i.** Rechazo voluntario

Según el expediente DINO nunca restringió el acceso de los distribuidores a los contratos de exclusividad y, por tanto, a los descuentos y ventajas incluidas en los mismos. Incluso las empresas que aparecen como denunciantes en el proceso iniciado por el INDECOPI fueron invitados -antes del inicio del proceso- a participar en dichos contratos, invitación que fue aceptada posteriormente por dos de las empresas que aparecen como denunciantes dentro del proceso administrativo.

Depósito Santa Beatriz SRL, rechazó voluntariamente el ofrecimiento de DINO alegando lo siguiente:

> «2. Oportunamente mi representada también fue invitada para afiliarse a la RED DINO SRL, propuesta que no fue aceptada, puesto que las condiciones del proyecto del Contrato, a todas luces eran lesivas para los intereses de mi empresa, por lo cuales me rehusé a suscribirlo y firmarlo.»

La ausencia de una negativa de trato por parte del suministrador y el voluntario rechazo de los beneficios otorgados por un contrato por parte del agente supuestamente afectado por una práctica, constituyen evidencias relevantes en la valoración de éste tipo de conductas que incluso pueden evitar que la práctica sea prohibida.

En otras palabras, no existió discriminación alguna por parte de DINO, sino por el contrario lo que existió fue una autoexclusión. De la misma manera como quien decide no entrar a una discoteca, porque no le gusta la

música, no puede denunciar a la misma por haberlo discriminado en la entrada, los distribuidores que rechazaron una oferta no pueden alegar la existencia de una discriminación. Sin embargo se califica el hecho como discriminación sin mencionar siquiera en qué consistió el acto concreto en el que DINO hace una diferencia entre unos distribuidores y otros. Bajo esta perspectiva, no hay explicación alguna de cómo se pretendía perjudicar a unos competidores en perjuicio de otros, cuando a todos se les dio la misma oportunidad.

Si fuera el caso que el Tribunal consideró que dicha circunstancia no resulta relevante en el análisis de prácticas como las desarrolladas por DINO, el Tribunal tampoco ha señalado o explicado en su pronunciamiento las razones por las que dejó de aplicar el estándar de evaluación establecido por él mismo en anteriores pronunciamientos. Así, como podrá apreciar el lector, el Tribunal se apartó radicalmente del criterio establecido en el caso de Aero Continente contra El Comercio, en el que la autoexclusión se usó como fundamento para liberar de responsabilidad al denunciante. La Resolución del caso DINO guarda absoluto silencio sobre el tema.

**ii.** Condiciones desiguales para prestaciones equivalentes.

Como se ha mencionado anteriormente, la condena de aquellas conductas que implican el establecimiento de precios diferenciados a que se refiere el inciso b) del artículo 5 del Decreto Legislativo Nº 701, requiere que se presenten varias condiciones.

La Resolución de Primera instancia, siguiendo el criterio establecido por el propio Tribunal en su anterior resolución, determinó que la existencia de los Contratos de Afiliación que otorgan una serie de ventajas efectivas tanto a los distribuidores afiliados como a DINO, constituían un elemento suficientemente diferenciador respecto de la relación establecida por DINO con otros agentes destinados exclusivamente a la compra y venta de cemento.

A partir de allí, la Comisión concluyó la inexistencia de una de las condiciones requeridas por el Decreto Legislativo Nº 701 para sancionar dicha práctica, esto es, la equivalencia de las prestaciones involucradas. Así, en la Resolución de la Comisión se señaló lo siguiente:

> «151. De acuerdo con lo anterior y en función a lo establecido en el artículo 5 del Decreto Legislativo Nº 701 la presente denuncia no cumple con el requisito de corresponder a «la aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes» toda vez que las prestaciones otorgadas a los afiliados y a los no afiliados no resultan prestaciones equivalentes.» (El subrayado es nuestro)

Tomando en cuenta que las obligaciones y prestaciones que se originan en las relaciones entabladas por DINO con sus clientes resultan jurídica y económicamente diferentes el establecimiento de una política de descuentos diferenciados resulta legal y económicamente justificable.

En el contexto de prestaciones no equivalentes, lo que resultaría discriminatorio y reñido con el propósito de la Ley de Competencia -que busca procurar «el mayor beneficio de los usuarios y consumidores» a través del desarrollo de condiciones de competencia en el mercado-, es el establecimiento de una política de precios y descuentos uniforme.

La Resolución del Tribunal en comentario se apartó del criterio establecido por ella misma en el caso Aero Continente contra El Comercio. Pese a reconocer la existencia de una relación comercial y contractual diferente entre DINO y los subdistribuidores -con quienes tiene celebrado un Contrato de Representación- respecto de la mantenida con el resto de subdistribuidores, cada una con prestaciones y obligaciones particulares, el Tribunal decidió sancionar la conducta desarrollada por DINO. Dicho de otro modo, pese a que el Tribunal reconoció expresamente la existencia de «*prestaciones no equivalentes*» involucradas en las distintas relaciones entabladas por DINO con los distribuidores afiliados y los no afiliados, decidió sancionar la aplicación de condiciones diferenciadas -política de descuentos- por parte de ésta.

En diferentes partes de la Resolución, el Tribunal hizo notar no solo la existencia de obligaciones y prestaciones particulares que vinculaban de manera exclusiva a los distribuidores sujetos a los Contratos de Afiliación, sino también la vinculación existente entre estas obligaciones y las mejores condiciones otorgadas a los distribuidores afiliados. En ese sentido, se señaló lo siguiente:

> «La ventaja que se ofrece está directamente condicionada a la aceptación de las condiciones de afiliación. (…)
>
> Adicionalmente a la sujeción del otorgamiento de precios especiales para afiliados a la aceptación de cláusulas de compra exclusiva, en el presente caso se ha verificado la existencia de una obligación de proveer un flujo de información a la empresas ….. (…)
>
> En el caso materia del presente procedimiento, dos de las obligaciones de los afiliados consistían en: a) la compra de montos mínimos; y b) el cumplimiento de las directivas de DINO (…)
>
> En resumen, el otorgamiento de precios menores vinculados a las obligaciones impuestas por los contratos de afiliación utilizados por la empresa dominante DINO expuestas líneas arriba – cláusulas de compra exclusiva, flujo de información (similares a la «cláusula inglesa») y

> de objetivos mínimos-, no se corresponde a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se conceda (…) « (El subrayado es nuestro)

No obstante haber verificado la existencia de «prestaciones no equivalente» en las relaciones de DINO con los distribuidores afiliados y a no afiliados, hecho que por sí solo justificaba el establecimiento de una política comercial diferenciadas, el Tribunal optó por sancionar la discriminación creando para ello un estándar que no se encuentra recogido en la Ley. Así, el Tribunal estableció que:

> «(…) las obligaciones impuestas a los sub-distribuidores afiliados, consistentes en realizar compras exclusivas y planificadas a la empresa dominante y en brindar un flujo de información a la empresa dominante, no justifican la diferencia de precios de venta ofrecidos a los afiliados y a los no-afiliados, sino, más bien, constituyen manifestaciones del ejercicio abusivo de la posición de dominio en el mercado en la modalidad de discriminación por parte de DINO (…)» (El subrayado es nuestro)

El razonamiento que aplica el Tribunal en esta parte es circular: *«las obligaciones impuestas a los subdistribuidores, (…) no justifican la diferencia de precios, (…) porque son discriminatorias»*. ¿Y por qué son discriminatorias? «Porque son discriminatorias», parecería ser la respuesta de un Tribunal que ha partido en su razonamiento de lo que precisamente tenía la obligación de probar: el carácter discriminatorio o no del establecimiento de una política de descuentos que privilegia a algunos actores sobre otros en función a las obligaciones asumidas frente al suministrador.

En todo caso, la Resolución debió establecer por qué con tratamientos diferenciados las diferencias de precios no se justificaban. La pregunta evidente es lógica: ¿No es acaso necesario para que se conceda una exclusividad que se ofrezca un precio atractivo para quien renuncia a vender productos de otras empresas? Parece lógico que así sea. De hecho, nada explica en la Resolución por qué, en el supuesto ejercicio abusivo de una facultad monopólico el resultado es que la parte presuntamente más débil -el distribuidor- termina pagando un precio más cómodo, con un local reacondicionado y con una serie de servicios complementarios. El argumento se parece a afirmar que el empleador abusó del trabajador porque le subió el sueldo. Tampoco se explica por qué los denunciantes no son los distribuidores presuntamente abusados, sino por el contrario los distribuidores que decidieron no gozar de esos beneficios. La posición de la Resolución es en ese sentido abiertamente inconsistente.

**iii.** Del supuesto efecto exclusorio o anticompetitivo de la conducta desarrollada por DINO

Como se ha mencionado anteriormente, el establecimiento de precios diferenciados -implícito en el otorgamiento de descuentos especiales a determinados distribuidores- por parte de una empresa que goza de una posición de dominio, no es en sí mismo una conducta ilegal. No existe una prohibición absoluta.

La sanción de dicha práctica, requiere dentro de otras condiciones que la conducta en cuestión afecte o tenga la potencialidad de afectar las condiciones de competencia en el mercado. De hecho, lo que justifica una sanción para este tipo de prácticas es el efecto de exclusión -de otros competidores- que pueden generar.

Así lo ha entendido la propia Comisión Europea -cuyo estándar de análisis ha sido supuestamente adoptado por el Tribunal del INDECOPI-, quien en un reciente pronunciamiento refiriéndose precisamente a los antecedentes citados expresamente en la Resolución del Tribunal -Hoffmann-La Roche y Michelin-, ha destacado la importancia del carácter exclusorio en la sanción de la práctica al señalar lo siguiente:

> «(101) Estos dos asuntos, Hoffmann-La Roche y Michelin, establecen el principio general de que un proveedor dominante puede ofrecer descuentos que estén relacionados con la consecución de mejores resultados, por ejemplo, descuentos por grandes pedidos que permitan al proveedor fabricar grandes cantidades de productos, pero no puede ofrecer descuentos o incentivos que estén que estimulen la fidelidad, es decir, para evitar compras de un competidor del proveedor dominante. Por otra parte, estos dos asuntos establecen que en un principio los dos programas de descuentos eran de este tipo y, por consiguiente, abusivos.»[66] (El subrayado es nuestro)

En la misma línea, en relación a los descuentos por fidelidad, los mismos autores referidos por el Tribunal en su Resolución, acotan lo siguiente:

> «(…) Los descuentos pueden, sin embargo, ser usados por una compañía con posición dominante de manera tal que haga difícil para los consumidores, por sí mismos y sin un sustancial contrapeso de poder de mercado, poder cambiar sus adquisiciones hacia otros proveedores, o para poder tomar ventaja en momentos específicos de las fluctuaciones de precios u

66. Decisión de la Comisión Europea IV/D-2/34.780 Virgin/British Airways (14/07/99).

> otros cambios en las condiciones de mercado o porque algunos de los productos de otros proveedores son considerados de mejor calidad (…)»[67]
>
> «La Corte consideró que la aplicación de tal presión es por sí misma incompatible con el normal desarrollo de la competencia, toda vez que posee el efecto que las órdenes sean colocadas no porque el comprador haya efectuado una simple decisión comercial sobre la base de sus propios intereses, sino porque el comprador, debido a su dependencia del proveedor dominante, simplemente no puede permitirse el dispersar sus órdenes de compra en una variedad de proveedores y se está arriesgase a perder el descuento ofrecido por la empresa dominante.»[68] (El subrayado es nuestro)

De esta forma se puede concluir que lo que se busca sancionar no es tanto el establecimiento de condiciones diferenciadas para prestaciones equivalentes, o el establecimiento de ciertos descuentos por fidelidad, cuanto la exclusión de ciertos competidores del mercado a través de dichas conductas.

La Resolución del Tribunal ha tratado de sustentar la calificación de ilegalidad de las prácticas desarrolladas por DINO alegando un supuesto efecto exclusorio que afectaría tanto a las empresas competidoras de DINO -proveedores de cemento distintos a DINO- como a los distribuidores no afiliados.

Así, en relación al supuesto efecto exclusorio de la práctica sobre los competidores de DINO, en el parágrafo III.3.1.1 de la Resolución se sostiene:

> «La conducta de DINO (…) desplegada al momento de entablar una relación comercial con sus compradores, consistente en establecer una obligación de compra exclusiva como condición para la obtención de precios menores como «afiliado», constituye un ejercicio expreso y evidente de presión sobre los compradores para que se provean totalmente de la empresa dominante DINO, con el consiguiente efecto exclusorio hacia los competidores directos de DINO -debido a la lealtad forzada de los subdistribuidores hacia la empresa dominante- no sólo en el mercado relevante de la sub-distribución o reventa de cementos (…), sino en el de los demás materiales de construcción y comercialización.» (El subrayado es nuestro)

Más adelante, en la misma Resolución se añade:

> «El ofrecimiento de descuentos condicionados a la compra exclusiva de toda la línea de productos de la empresa dominante implica una manera

---

67. D.G. Goyder: «EC Competition Law». Pag. 359.

68. Ibid. Pag. 360

> de ejercer presión sobre los compradores, quienes se ven impedidos de acudir a los proveedores competidores de la empresa dominante. Las cláusulas de compra exclusiva, al ser utilizadas por empresas claramente dominantes (…) en contratos de distribución, tienen como efecto la exclusión de los competidores y, por tanto, (…) constituyen un ejercicio abusivo de su posición de dominio en el mercado. (….)
>
> Es claro que las compras planificadas corresponden a la categoría de las «cláusulas de objetivos mínimos» que buscan lograr la «fidelidad» de los distribuidores. Al ser utilizadas por una empresa en posición dominante como DINO (…), dichas cláusulas constituyen un mecanismo de presión ejercido sobre los afiliados de DINO que busca impedir que estos traten con los competidores de la empresa dominante como alternativa de suministro, constituyendo, por tanto un abuso exclusorio de la posición dominante de DINO». (El subrayado es nuestro)

Es el caso que la Resolución del Tribunal no menciona prueba alguna que acredite la existencia de un tal efecto exclusorio respecto de los competidores de DINO.

No se ha probado, por ejemplo, la existencia de intentos de los competidores de DINO por suministrar sus productos a los distribuidores ubicados en el mercado relevante que se hayan visto frustrados o dificultados por la existencia de dichos contratos de afiliación. De hecho, no son ellos los que han formulado la denuncia ni han participado activamente en el desarrollo del proceso, cosa por lo demás extraña si se asume que –según lo dicho por el Tribunal- ellos serían los principales afectados por la práctica. Nótese que varios de los casos europeos referidos por el Tribunal en su Resolución fueron promovidos directamente por las empresas competidoras de aquella que aplicaba los descuentos por fidelidad.

Resulta aún más sorprendente que la Resolución alegue la existencia de un supuesto efecto exclusorio en perjuicio de los competidores de DINO, pese a reconocer que éstos no tienen en los hechos posibilidad de acceder al mercado relevante por circunstancias ajenas completamente al control de DINO. Así, en el punto III.4 de la Resolución, al referirse a las características del mercado en el que se han desarrollado las prácticas, se señala:

> «(…) es necesario destacar que las acciones de DINO ha tenido una significativa relevancia sobre el mercado de cemento en Piura considerando su participación en este sector como principal distribuidor de la región (…) acentuada al operar en un espacio geográfico al cual no pueden acceder nuevos competidores debido a la incidencia de los costos de transporte sobre el valor final de estos productos.» (El subrayado es nuestro)

Si el diagnóstico de la Sala es correcto, ¿qué sentido tiene hablar de un efecto exclusorio de las conductas desarrolladas por DINO en perjuicio de los competidores de este último? En ese contexto, simplemente no existen competidores actuales o potenciales cuyo acceso tenga o pueda ser -dentro de una estrategia anticompetitiva- limitada o desincentivada. ¿Qué incentivo tiene una empresa en tales circunstancias para establecer descuentos por fidelidad con el deliberado propósito de excluir a sus competidores del mercado? Ninguno. Hablar de un efecto exclusorio en este contexto es poco menos que absurdo.

Tampoco se ha probado que, en los hechos, los distribuidores sujetos a los contratos de afiliación con DINO hayan visto limitada su capacidad para recurrir a suministradores distintos a DINO para satisfacer sus demandadas de compra. Evidencia que acredite el establecimiento de sanciones o la amenaza de aplicación de las mismas a distribuidores que optan por recurrir a proveedores alternativos, tampoco ha sido presentada por el Tribunal.

Finalmente, el Tribunal en su Resolución tampoco ha explicado cómo se genera tal efecto exclusión, si se toma en cuenta que los costos de cambio para los distribuidores actualmente vinculados a los Contratos de Representación es bastante bajo. En efecto, siendo que los contratos tienen una duración de un año, y pueden ser dejados sin efecto sin penalidad alguna mediante una simple comunicación previa de 15 días, no parecería presentarse condiciones que justifiquen hablar de un mecanismo de exclusión de otros competidores del canal de ventas.

En cuanto al supuesto efecto exclusorio de la práctica, en la relación entre los distribuidores afiliados y no afiliados de DINO, en la Resolución se señala lo siguiente:

> «*Dicho mecanismo consiste, precisamente, en la discriminación de precios entre afiliados y no afiliados, con el consiguiente efecto exclusorio hacia los compradores no afiliados -o no «leales»-, quienes se verían en desventaja frente a sus competidores «leales» a DINO. En tal sentido, esta conducta de DINO resulta una clara explotación abusiva exclusoria únicamente posible gracias a su posición dominante.*» (El subrayado es nuestro)

La única prueba que aporta la Resolución con el objeto de acreditar los supuestos efectos anticompetitivos de la práctica desarrollada por DINO es la reducción en la participación en el mercado de venta de cemento de uno de los distribuidores denunciantes -Depósitos Santa Beatriz S.R.L.-. En esta parte el Tribunal asume una relación causal adecuada entre la práctica desarrollada por DINO y la reducción en las ventas de dicho distribuidor, en los siguientes términos incluidos en el numeral III. 4 de la Resolución:

> «Dada la relevancia de DINO en el mercado analizado, la caída en las ventas de Santa Beatriz observadas en este período puede ser atribuida a los efectos de la restricción en la competencia de los agentes en el mercado que, como la empresa denunciante, no se afiliaron a la red de distribución de DINO. Como consecuencia, los precios de estas empresas ofrecidos a sus clientes o potenciales clientes fueron superiores a las empresas afiliadas a DINO y, en ese sentido, implicó para las primeras unas significativa pérdida de su competitividad que resultó en la reducción de su participación en el mercado.» (El subrayado es nuestro)

Sobre el particular, debemos destacar que el Tribunal en ninguna parte de su Resolución explica las razones por las cuales el análisis del supuesto efecto restrictivo de la competencia debe ser establecido en función a la performance en el mercado de uno de los supuestos afectados por la practica -Depósito Santa Beatriz S.R.L.- y no la de todos los supuestos afectados con la misma. Un análisis hecho sobre la *performance* de todos los supuestos afectados por un práctica anticompetitiva permitiría, por ejemplo, eliminar o aislar el efecto de cualquier variable que afecte en particular a uno de los agentes involucrados -mal manejo empresarial, por ejemplo-.

La explicación es aún más importante si se toma en cuenta la diferente *performance* registrada por los actores que habrían sido supuestamente afectados por la práctica. Como se hizo notar en la Resolución de Primera Instancia[69], mientras algunos de los distribuidores denunciantes habrían registrado una disminución en sus ventas de cemento, otros en cambio registraron un incremento. De donde, si se toma la *performance* de algunos distribuidores, el análisis podría conducirnos a un resultado, mientras si se toma a otras el resultado podría ser exactamente opuesto.

En segundo lugar, la Resolución asume a priori que la caída de las ventas de Depósitos Santa Beatriz S.R.L. es una consecuencia directa e inmediata de la restricción a la competencia originada por la práctica desarrollada por DINO. Si eso es cierto, ¿cómo explicar que otros distribuidores que también fueron afectados por la práctica -Eleodoro Quiroga Ramos

---

69. De acuerdo con la Resolución de Primera Instancia «94. De los gráficos presentados se puede apreciar que únicamente para el caso de la empresa Comercial Quiroga S.R.L. se producen disminuciones repetidas en sus niveles de ventas de cemento entre 1999 y 2002 determinando una caída de alrededor (…) en dicho período. En el caso de Depósito Santa Beatriz S.R.L. se producen sendas caídas de (...) y (...) En los años 2000 y 2001 para luego en el 2002 incrementar su volumen de ventas en (…) Respecto al año anterior. Por el contrario, Eleodoro Quiroga Ramos S.R.L. muestra un incremento de (…) entre 1999 y 2002 teniendo un crecimiento de (…) en el 2000, una caída de (…) en el 2001 y un nuevo incremento de (…) en el 2002.»

S.R.L., por ejemplo- registren un comportamiento diferente en el mismo período? ¿No es posible acaso que la reducción en las ventas de un distribuidor tenga su origen en su mal o pobre desempeño en el mercado? Ello debió, en todo caso, ser analizado en la Resolución.

De otro lado, el Tribunal tampoco acredita con prueba alguna que las ventas de dicho distribuidor hallan caído como consecuencia de precios ofrecidos por éste a niveles superiores a los ofrecidos por las empresas afiliadas a DINO ¿Acaso los precios ofrecidos por Depósitos Santa Beatriz S.R.L. a sus clientes no podrían haber sido iguales o menores a los ofrecidos por los distribuidores afiliados a DINO? ¿No existe la posibilidad de que la pérdida de clientes y de ventas se vincule más que al precio a que fueron ofrecidos los productos, a los servicios de pre y post venta suministrados por los distribuidores?

El Tribunal optó por basar su razonamiento en una mera especulación: «*los precios ofrecidos por Depósitos Santa Beatriz SRL a sus clientes fueron mayores a los ofertados por los distribuidores afiliados a DINO*».

Siendo ello así, se puede concluir que el Tribunal en su Resolución no aportó prueba alguna que acredite el efecto exclusorio o anticompetitivo de la práctica desarrollada por DINO De forma que no ha quedado acreditado el cumplimiento de uno de los requisitos establecidos en el inciso b) del artículo 5 del Decreto Legislativo Nº 701 -»*coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros*»-.

iv. Perjuicio al interés económico

Como hemos señalados a fin que una conducta sea sancionada como un supuesto de abuso de posición de dominio, es necesario que la autoridad de competencia determine que dicha conducta ha generado un perjuicio al interés económico o que existen elementos que demuestren, más allá de toda duda razonable, que es susceptible de generarlos en el futuro. Este perjuicio al interés económico puede ser traducido como un perjuicio a los competidores, a los consumidores o al mercado en su conjunto.

Respecto de la diferenciación de precios desarrollada por DINO, la Secretaría Técnica de la Comisión señaló en el Informe Nº 006-2003-INDECOPI/CLC:

> «De acuerdo a lo anterior y en función a lo establecido en el artículo 5 del Decreto Legislativo Nº 701 la presente denuncia no cumple con el requisito de corresponder a «la aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes» toda vez que las prestaciones otorgadas a los afiliados y a los no afiliados no resultan prestaciones equivalentes. El inciso b del artículo 5 del Decreto Legisla-

> tivo Nº 701 establece dicho requisito para que una diferencia de precios sea considerada como un abuso de posición de dominio.
>
> 372. Sin perjuicio de lo anterior, del análisis de la evolución de las ventas, participaciones de mercado y resultados de estados financieros de los denunciantes se concluye que la práctica discriminatoria denunciada no ha tenido efectos significativos sobre ninguno de estos indicadores con lo que no queda acreditado un daño a la competencia, en general, ni a los competidores denunciantes, en particular.
>
> 373. Por el contrario, se pueden reconocer efectos procompetitivos de la celebración de los contratos de afiliación referidos al otorgamiento de un menor precio, más cercano al ideal competitivo, y el incremento de la competitividad de los afiliados.» (El subrayado es nuestro)

Recogiendo las conclusiones a las que arribó la Secretaría Técnica, la Comisión señaló en su Resolución:

> «101. De acuerdo con lo anterior, se registra un escaso impacto en los niveles de venta, en las participaciones de mercado y en los resultados financieros de los denunciantes. Esto tendría su explicación en que los diferenciales de precios existentes entre afiliados y no afiliados pueden ser neutralizados mediante, por ejemplo, la obtención de menores costos de transporte desde la fábrica y/o en la implementación de servicios pre o post-venta adicionales. Finalmente, cabe señalar que dentro del diseño de los contratos no se establece una prohibición o un impedimento a la existencia de arbitraje con lo que los denunciantes estarían en capacidad de reducir el diferencial de precios entre afiliados y no afiliados adquiriendo los productos de cualquier empresa que mantenga contrato de afiliación con DINO S.R.L. (…)
>
> 102. Del análisis de la evolución de las ventas, participaciones del mercado y resultados de estados financieros se concluye que la práctica discriminatoria denunciada no ha tenido efectos significativos sobre ninguno de estos indicadores con lo que no queda acreditado un daño a la competencia, en general , ni a los competidores denunciantes, en particular.
>
> (...)
>
> 152. Por el contrario, se pueden reconocer efectos procompetitivos de la celebración de los contratos de afiliación referidos al otorgamiento de un menor precio, más cercano al ideal competitivo, y el incremento de la competitividad de los afiliados.» (El subrayado es nuestro)

Como se puede apreciar, tanto la Secretaría Técnica como la Comisión, luego de analizar detenidamente la participación del mercado, la evolución de las ventas y los estados financieros de las denunciantes, concluyeron que no existía ningún daño derivado de la diferenciación de precios

establecida por DINO. Por el contrario, determinaron una serie de efectos procompetitivos que demostrarían la conveniencia de permitir el desarrollo de tales conductas en el mercado.

Cabe señalar que del análisis efectuado por la Comisión se desprende no solo la inexistencia de un daño actual en el mercado derivado de la actuación de DINO, sino que incluso puede afirmarse que la conducta denunciada no es susceptible de generarlo a futuro. En efecto, la Comisión señaló que existen algunos mecanismos por medio de los cuales los diferenciales de precios existentes entre afiliados y no afiliados pueden ser neutralizados por las denunciantes –tales como la implementación de servicios pre o post venta-, lo cual garantiza que en el futuro no exista riesgo de un posible perjuicio al mercado.

En ese sentido, bajo el estándar probatorio que el propio Tribunal ha establecido, éste debía de acreditar: (i) que la conducta de DINO había generado, o era susceptible de generar, un daño al mercado; y, (ii) que el análisis efectuado por la Comisión respecto de la inexistencia de daños era incorrecto y por qué.

De la lectura de la Resolución emitida por el Tribunal, se puede apreciar que éste no ha cumplido con acreditar la existencia de un daño actual o potencial derivado de las conductas desarrolladas por DINO, ya sea respecto de las denunciantes o del mercado en su conjunto. De igual manera el Tribunal no ha señalado el por qué considera que las conclusiones a las que arribó la Comisión, así como las diversas pruebas que las sustentaban, eran erróneas y por tanto sobre su base no se podía declarar la legalidad de la conducta de DINO.

Es más, la Resolución no tiene ninguna sección en la que se dedique si quiera un breve análisis al daño al interés económico que hubiera podido generar la conducta de DINO, o en la que se señalen los argumentos y pruebas por los cuales el Tribunal no comparte las conclusiones de la Comisión.

De lo hasta aquí expresado se puede concluir que el Tribunal en su Resolución no aportó prueba alguna que acredite el daño al interés económico de la práctica desarrollada por DINO. En tal sentido, no ha quedado acreditado el cumplimiento de uno de los requisitos establecidos en el artículo 3 del Decreto Legislativo 701 -»*(…) de modo que se generen perjuicios para el interés económico general (…)*»-.

## V. DEL IMPACTO POSITIVO DE LA PRÁCTICA EN EL MERCADO

Como se ha mencionado anteriormente, cualquier sanción de las prácticas que involucren el abuso de una posición de dominio debe ir precedida

de un análisis de las consecuencias positivas que ésta podría generar en el mercado. Incluso si se produce un efecto restrictivo de la competencia en el mercado, la práctica podría quedar exenta de toda sanción si acredita la existencia de efectos positivos para el mercado.

Es el caso que tanto en Resolución de Primera Instancia como en el Informe Técnico que le sirvió de base, se identificaron una serie de efectos beneficiosos generados por la práctica desarrollada por DINO.

Dentro de ellos podemos destacar, en primer lugar, el impacto positivo que tiene la práctica en los niveles de precios de los productos a los consumidores. Así, en el Informe Técnico que sirvió de base a la Resolución de Primera Instancia se señalo lo siguiente:

> «315. Por otro lado, como efectos positivos de la celebración de los contratos de afiliación y el descuento otorgado a los afiliados se puede señalar que el principal efecto es que estos contratos permiten un menor nivel de precios más cercano al ideal competitivo. Los descuentos otorgados por un vendedor son también una forma de efectiva competencia en precios. En el presente caso, aquellas empresas que han considerado conveniente firmar los contratos de afiliación con DINO S.R.L. y aceptar las contraprestaciones a las que obliga dicho contrato se hacen beneficiarias de un descuento que les otorga menores precios factibles de ser trasladados a los consumidores finales.» (El subrayado es nuestro)

Dicho de manera simple, ello implica que la práctica permite potencialmente una reducción de los precios de los productos a los consumidores finales. Esto es, la práctica genera un mayor beneficio para los consumidores, en este caso, piuranos.

Otro efecto positivo identificado en Primera Instancia, se refiere a la mejora en las condiciones de competencia en mercado relevante. Este hecho es descrito en el Informe Técnico que sirvió de base a la Resolución de Primera Instancia de la siguiente manera:

> «316. De acuerdo a las características del mercado piurano la generalización de la celebración de contratos de afiliación por parte de DINO S.R.L. con diversas empresas sub-distribuidoras otorgó a éstas la posibilidad de competir más activamente con empresas ya posicionadas dentro de dicho mercado.
>
> (…)
>
> 318. Asimismo, la disponibilidad de DINO S.R.L. para celebrar contratos de afiliación con empresas pequeñas puede ser vista como un aspecto positivo ya que otorga a dichas empresas la posibilidad de un mayor desarrollo y por tanto la capacidad para generar una mayor competencia en el mercado de sub-distribución de materiales construcción. Al

> respecto, las afiliadas consideran que a través de DINO S.R.L. pueden obtener menores precios ya que ésta obtiene descuentos por volumen que, por escala, las afiliadas no podrían conseguir si decidieran ir directamente a las fábricas para adquirir los productos.» (El subrayado es nuestro)

Primera Instancia identificó que los contratos habrían permitido que los distribuidores de menor tamaño accedan a condiciones de compra -precios y descuentos- de los productos a las que no habrían podido acceder en ausencia de dichos Contratos. Siendo que el otorgamiento de precios especiales por parte de DINO depende no tanto del volumen de compra de los productos cuanto de si el distribuidor ha asumido las obligaciones contenidas en los referidos Contratos, los distribuidores pequeños no tienen limitada su capacidad para acceder a tales beneficios.

Así, contra lo que parecería sugerir el Tribunal, todo indica que los contratos materia de cuestionamiento, lejos de reforzar al más fuerte, reforzaban a los distribuidores más pequeños y les daban la capacidad de competir con los más grandes. Si ello es así, lo que hizo reaccionar a las denunciantes no fue el deseo de mayor competencia, sino por el contrario el deseo de restringirla. De ser así el Tribunal ha avalado una restricción de la capacidad de competir de los distribuidores más pequeños en beneficio de los distribuidores más grandes. Ello es justamente lo contrario a lo querido por las normas de libre competencia. Sin embargo la falta de un análisis económico del impacto de los contratos conduce al Tribunal a resolver justamente al Tribunal a contradecir los objetivos que debería perseguir.

Así, antes del establecimiento de la política comercial cuestionada, solo los distribuidores con mayores demandas estaban en condiciones de acceder a los menores precios; los distribuidores de menor tamaño estaban excluidos de dichos beneficios. Esto naturalmente otorgaba a los distribuidores «más grandes» cierto poder de mercado «aguas abajo» lo que les permitía comportarse en el mercado como si no tuvieran competencia -subiendo los precios por encima de los niveles de competencia, por ejemplo-.

De esta forma, la práctica desarrollada por DINO que ha sido cuestionada por el Tribunal, generó un proceso de desconcentración del mercado a nivel de los distribuidores.

En el año 2002 se registra un incremento en el número de distribuidores que podrían ser calificados como medianos o chicos -que cuentan con una participación superior al 0,5% pero igual o inferior al 10%- en el mercado de cementos que pasan de 4 a 12. Esto es, se registra un incremento de 200% en el número de este tipo de distribuidores.

Ello significa que las condiciones de competencia a nivel del mercado de los distribuidores mejoraron si se lo compara con las condiciones previas a la introducción de la práctica. De esta forma, al ampliarse la oferta disponible, quedó limitada la capacidad de los distribuidores «más grandes» para afectar el nivel de los precios en el mercado. Desde el punto de vista de los consumidores ello es una ventaja: si no les gusta los precios o servicios ofertados por un «distribuidor grande», pueden acudir alternativamente a un mayor número de distribuidores.

Frente a la evidencia existente en el expediente, la Sala estaba obligada a sopesar y valorar dicha información justificando sus razones o motivaciones en caso decidiera no tomarlas en cuenta. Nótese que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 del Decreto Legislativo 701, la Sala solo se encuentra legitimada para sancionar aquellas conductas que *«(…) limiten, restrinjan o distorsiones la libre competencia, de modo que se generen perjuicio para el interés económico general, en el territorio nacional.»*

En ese contexto cabe preguntarse, siendo que no se ha probado la existencia de un efecto exclusorio de la conducta, ¿qué razón existe para que el Tribunal haya sancionado y limitado el desarrollo de esta práctica? ¿Qué razón puede existir para que el Tribunal haya impedido a los consumidores piuranos la posibilidad de acceder a mejores precios y a una mayor oferta? ¿No es acaso que el Tribunal, en ejecución de lo establecido en el artículo 1 del Decreto Legislativo Nº 701, se encuentra en la obligación de permitir que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores?

La Resolución del Tribunal se limita a sancionar a priori la conducta desarrollada por DINO porque, a su entender, *«así lo dice la experiencia europea»*. De esta forma, el Tribunal ha incumplido con lo establecido en el artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 701, al sancionar prácticas respecto de las que no se ha probado que «(…) limiten, restrinjan o distorsiones la libre competencia, de modo que se generen perjuicio para el interés económico general, en el territorio nacional.»

En conclusión, el caso DINO siembra serias dudas acerca de cuál es el análisis que se puede seguir para poder considerar que existe una infracción a la obligación de no discriminar establecida en el inciso «b» del artículo 5 el Decreto Legislativo Nº 701. Como vimos, para sancionar un caso, según la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional (excluido el caso DINO, 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. Hoy no está claro si ese es el análisis que se debe seguir.

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 solo 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.

### 2.3 Negativa injustificada a contratar.

*a) ¿Qué es la negativa de trato o 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 mercado, 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[70].

Se presume la legitimidad de la negativa, en el entendido 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.

Resolver estos casos no es fácil, porque nunca se sabe con certeza si al obligarse a contratar se están reduciendo los incentivos para ser eficiente. Tal sería el caso de dos empresas ferroviarias que compiten en una ruta, pero solo 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.

Vemos como aparece el «dilema de la competitividad» o la «paradoja antimonopolio». Forzar a compartir el puente puede incentivar competencia. Pero también puede generar incentivos perversos 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.

*b) La negativa de trato en la legislación y la jurisprudencia.*

Un caso interesante que grafica cómo la negativa a contratar puede constituirse en una práctica ilegal es Lorein Journal Co. Vs. United States[71].

---

70. Bork, *Ob. cit.*, p. 344.

71. 342 U.S. 143, 147, 152 (1951).

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 que los costos para instalar una radio nueva podían ser significativos, como consecuencia de los 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 Olgín 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[72]. 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 encontraba 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.

Pero los casos de negativa injustificada no son siempre claros. En el caso Packard Motor Car Co. v. Webster Motor Car Co.[73], 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

72. Resolución Nº 016-94-INDECOPI-CLC.

73. 243 F2d 418, 420, 421 (D.C. Cir. 1957).

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[74].

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[75]. Cuando potencialmente puede derivarse eficiencia de la negativa unilateral de una empresa, y no existe evidencia clara que la intención dicha negativa es depredar el mercado, entonces es preferible no intervenir en el caso[76].

POSNER da otras razones para ser cauto en intervenir en caso de negativas unilaterales de contratar. Mientras en el caso de un *boycott* 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[77].

---

74. Nótese cómo 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 preocupo a la Corte el hecho de que su decisión afectase a empresas más pequeñas. Nada explicaría la opción de Packards por Zell, sino porque este último, como único proveedor, era una mejor alternativa que los otros dos proveedores existentes.

75. 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 boycott 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* (...).»

76. BORK, *Ob. cit.*, p. 346.

77. POSNER, Richard, *Antitrust Law, An Economic Perspective*, p. 211.

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[78]. 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, operador 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.

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, deben llevar implícitas 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.

---

78. 472 US 585. [1985]

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

En el caso Polaroid vs. SSI Europa[79] 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 tienen 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 cual 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[80] 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. 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 «medi-

---

79. Decimotercer Informe sobre política de competencia (1984), punto 157.

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

das 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 de lo que las empresas con posición de dominio pueden hacer, que lo que ha establecido 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[81].

A continuación reseñamos tres casos en los que 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[82]. Commercial Solvents tenía posición de dominio en 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, uno de cuyos 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

---

81. 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.

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

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 que eliminen 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[83]. 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[84] 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

---

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

84. 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 sobre simplificación, 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.

Hugin[85]. El Tribunal luego anulo la resolución de la Comisión, pero en base a que el caso no afectaba el comercio interestatal y por tanto la Comisión no era competente. Sin embargo el criterio utilizado ha sido confirmado en otros casos que sí han llegado al Tribunal y donde se sancionó la negativa arbitraria a suministrar repuestos a talleres independientes, por ser un caso de abuso de posición de dominio[86].

El tercer caso es TeleMarketing[87]. 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. Esta 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»[88].

---

85. Es interesante comparar este caso con un célebre caso norteamericano. En el caso IBM (POSNER & EASTERBROOK, *Ob. cit.*, pp. 794 y ss) se discutió si una cláusula de atadura que obligaba a quienes compraban equipos de computo 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.

86. 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.

87. Asunto 311/84 [1986] CMLR 558.

88. 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 publici

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 Nº 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 sea injustificada, pero no define que 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 algunos casos que justifican la negativa en la limitación real del aparato productivo para satisfacer la demanda o el 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.[89], la Comisión estimó que la negativa de vender directamente al Sr. Daga basado en la práctica comercial de comercializar el cemento a través de su cadena de distribuidores y no directamente a las ferreterías, sumado al hecho de que el denunciante en una oportunidad anterior se había valido de argucias para conseguir un descuento por venta directa que solo se aplicaba al caso de adquisiciones para ofertas públicas, hacía de la negativa una 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 esté dirigida a eliminar o limitar la acción de los competidores por medios distintos a la leal y libre competencia.

---

dad 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.

89. Resolución Nº 018-95-INDECOPI/CLC.

Evidentemente la negativa puede darse de manera abierta y directa, o de manera indirecta, a través de omisiones o silencio, evasivas o recorte de información al solicitante. Incluso la depredación de calidad, además de un caso de discriminación, 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 claras. 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.

*c) Las facilidades esenciales y la clonación impropia.*

Como ocurrió con el caso de la discriminación, la reciente jurisprudencia del Tribunal del INDECOPI vuelve a sorprender por su ligereza y falta de rigurosidad. Para ello no han hecho sino clonar conceptos para poder aplicar la figura de la negativa a supuestos en que carece de todo objeto hacerlo. Llamamos clonación impropia a la situación en la que se quita significado a ciertos términos y se le llenan con un contenido impreciso que no define nada. Así, se «clona» el concepto, pero al hacerlo en realidad se cambia. Se lee como si fuera igual, se usa en el mismo tipo de casos, pero en realidad es otra cosa diferente. Ello se ha hecho con el concepto de facilidades esenciales, muy usado en el campo de las negativas injustificadas de contratar.

Lo que se hace con la «clonación» de conceptos por otros parecidos, pero no iguales, es convertir el término técnico en un comodín que se puede utilizar para sustentar cualquier razonamiento. En cada caso, como en un juego de cartas, se puede usar el comodín para representar cartas diferentes, la que se necesite en cada caso. Uno puede hacer una escalera royal en un juego de póquer por más que falte un número, porque el comodín reemplaza el número que falta. De la misma manera uno puede completar un razonamiento, a pesar que en el caso concreto falta uno de los requisitos para culminar el análisis en el sentido deseado. Cuanto más indefinido sea el concepto, cuanto más imprecisa sea la «clonación», más fácil podemos obtener resultados diferentes para casos iguales.

Un ejemplo muy claro de cómo usar el efecto comodín se dio en la época del gobierno de Alan García (1985-1990) y la estatización de los bancos. Dado que en la Constitución de 1979 se establecía que el Estado tenía un rol más activo en la prestación de los servicios públicos, se pre-

tendió calificar a los Bancos como un servicio público para justificar su expropiación.

Podemos tener una larga discusión sobre cuál es el sentido técnico del término servicio público, pero es claro que no es el mismo de «servicio al público». Los servicios bancarios se brindan «al público» pero no son «servicio público». El intento de clonación del concepto por uno parecido, pero diferente, se dirigía a generar el efecto comodín y poder encajar el caso de la expropiación de los bancos como el ejercicio de las potestades estatales vinculadas a los servicios públicos. No es pues de extrañar que en la búsqueda de politizar las decisiones técnicas se cambie el sentido de las palabras sin decirse que se están cambiando.

¿Qué se ha hecho entonces con el concepto de facilidad esencial? El concepto de facilidad esencial fue acuñado para explicar ciertas situaciones en las que el acceso a un recurso indispensable para la producción de otro bien o servicio, en control de un competidor real o potencial, debe ser forzado por la Ley. Para estos efectos debe quedar claro que el recurso podrá ser considerado facilidad esencial si no es susceptible de ser reemplazado técnica o económicamente para producir el bien o servicio.

Grafiquémoslo con un ejemplo. Si una empresa desea brindar el servicio de acarreo de maletas desde los aviones hasta la zona de recojo por los pasajeros, es técnicamente imposible que lo pueda hacer, dada la tecnología existente, sin apoyarse sobre la plataforma del aeropuerto en la que está estacionado el avión. Por ello, la plataforma es una facilidad esencial para poder brindar el servicio en competencia incluso con la propia empresa que opera el aeropuerto.

Otro ejemplo se presenta en telefonía. No es posible brindar el servicio de larga distancia sin contar con la posibilidad de acceder a la red del operador de telefonía fija. Así Americatel (la famosa 1977) no podrá brindar el servicio a los usuarios de Telefónica si Telefónica no le permite usar parte de su red para que se puedan cursarse las llamadas de larga distancia. La red de Telefónica es una facilidad esencial.

Pero imaginemos ahora que quiero brindar el servicio de almacenaje de carga aérea. Si bien es cierto que tener un almacén dentro del aeropuerto me da una ventaja, el almacén dentro de dicha infraestructura puede ser reemplazado a un costo razonable con un almacén fuera del aeropuerto. En ese caso el contar con un área de almacenaje dentro del aeropuerto no es una facilidad esencial.

Al respecto, cabe resaltar que el servicio de almacenaje, si bien puede ser necesario para completar la cadena del transporte, puede usar infraes-

tructura no aeroportuaria, por lo que existe una alternativa de sustitución técnica y económica al uso de almacenes dentro del aeropuerto.

Para cada tipo de infraestructura, se puede definir un conjunto de servicios esenciales y otros servicios no esenciales, distinguidos según el criterio de necesidad para operar o mantener los servicios de transporte y las dificultades de duplicación de la infraestructura a corto plazo[90].

Los operadores de terminales de almacenamiento de carga aérea utilizan actualmente determinadas instalaciones esenciales del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez con ocasión al servicio que prestan. En efecto, de lo señalado se desprende que el acceso a las instalaciones esenciales (plataforma) es determinante para que el operador secundario pueda brindar sus servicios. Por ello, son usuarios intermedios de servicios aeroportuarios toda vez que utilizan la infraestructura para brindar servicios a terceros.

Ahora bien, cabe diferenciar el servicio de carga y descarga (así como el servicio de transporte de mercancías) del servicio de almacenamiento. El primero de estos servicios necesariamente requerirá de la utilización de las facilidades esenciales para poder brindarse. Sin embargo, el servicio de almacenamiento no requiere indispensablemente el acceso a la infraestructura pues puede realizarse fuera de ella.

En este orden de ideas, cabe resaltar que el factor indispensable para que los operadores puedan brindar el servicio de almacenamiento es contar con la carga para efectuar el transporte de ésta. En efecto, el transporte de carga se inicia en la descarga de la mercancía del avión y tiene como destino final la llegada a los almacenes.

Pero es evidente que la facilidad esencial tiene un contenido, valga la redundancia esencial: sin ella el servicio no puede ser brindado, sacándose del mercado a la empresa afectada por la negativa.

Normalmente los problemas de facilidades esenciales, referidos usualmente al uso de infraestructura se resuelven regulatoriamente y fuera del área del Derecho de la Competencia. Sólo excepcionalmente se usa el concepto dentro del campo del Derecho de la Competencia para cubrir un problema que se le ha escapado a la regulación.

---

90. Según las normas de acceso de Australia para calificar un área como infraestructura esencial: «(i) Es necesario para los fines de operación y/o mantenimiento de los servicios de aviación civil en el aeropuerto, (ii) es provisto por medio de infraestructura significante en el aeropuerto, siendo infraestructura que no puede ser económicamente duplicada». Australia Draft Guide. Section 192 of the Airports Act – Declaraction of Airport Services. Summary V

Ya el problema de las facilidades esenciales tiene una ambigüedad que le es propia. Su imprecisión es tal, que muchos se niegan a utilizarla en un campo como el Derecho de la Competencia. El problema es que, como veremos, el Tribunal lo ha complicado aún más. Así, como dicen Thierer y Crew:

> «(…) ¿Que cosa califica exactamente como una facilidad esencial y quién está en posibilidad de efectuar tal determinación? Este es incluso un concepto más amorfo que el de monopolio natural. ¿Exactamente quién es suficientemente omnisciente para declarar que cierta facilidad, tecnología, o red es esencial según su naturaleza? ¿Fue el telégrafo una facilidad esencial? ¿El carruaje jalado por caballos? ¿El barco a vapor? ¿El buscador de Google? Los casos de la Corte Suprema que abordan el tema de las facilidades esenciales no nos dan mucha guía sobre el problema y han sido remarcadamente ambiguas y sin límites precisos. (…)
>
> Una aproximación similar de las decisiones de la Corte Suprema referidas a la teoría de las facilidades esenciales condujo a Abbott B. Lipsky el abogado senior a cargo de los temas de libre competencia de la Coca-Cola Company, y a J. Gregory Sidak del American Enterprise Institute a concluir que 'Más allá del criticismo académico, las Cortes nunca han suministrado una racionalidad coherente sobre las limitaciones de la doctrina'. Lawrence J. White, professor de economía de la New York University Stern School of Business, anota en el mismo sentido que 'Lamentablemente ni las Cortes ni el Congreso han podido nunca especificar con claridad qué constituye una facilidad esencial para propósitos de la legislación antimonopolios.' Un profesor de Derecho de la University of Arizona, James R. Ratner concurre negando, 'La Corte Suprema (…) nunca ha provisto una análisis apropiado de las facilidades esenciales'.
>
> Entonces está claro que ni la teoría del monopolio natural ni la de la doctrina de las facilidades esenciales ha sido particularmente aclarada de manera adecuada por las cortes o las agencias regulatorias. Por el contrario, ambos conceptos se basan en interpretaciones arbitrarias e imprecisas que proponen la protección del interés público pero que en realidad terminan sustentando los intereses de competidores insatisfechos». [91]

Por ello no es extraño que un reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos (octubre, 2003), refiriéndose precisamente a la llamada doctrina de las «facilidades esenciales», señaló que: *«Nosotros no hemos reconocido nunca tal doctrina (…) y no encontramos ninguna necesidad de reconocerla ni de repudiarla aquí.»* [92]

---

91 THIERER, Adam y Crew WAYNE: «What´s Yours is Mine». 2003 Pág. 25-26.

92 Verinzon Communicatios Inc v. Law Offices of Curtis v. Trinko , LLP.Octubre, 2003.

Es importante distinguir el problema de las facilidades esenciales del llamado problema de acceso universal o servicio universal. El tema de servicio universal no responde a la existencia de una facilidad esencial, sino a un problema de servicio público. Si usted está dentro del área de concesión de la empresa de distribución eléctrica Edelnor, tiene el derecho como usuario a que le conecten luz y la empresa no está en posibilidad de negarse a conectarle la luz si se cumplen con los requisitos técnicos y económicos establecidos. Allí no hay un problema de competencia, sino el interés el Estado de que todos cuenten con el servicio. Lo mismo puede decirse de los proyectos de electrificación rural o telefonía rural, en el que el Estado diseña esquemas para llevar estos servicios incluso a áreas en que no es rentable hacerlo.

La Comunidad Europea ha definido una facilidad esencial como *«una facilidad o infraestructura sin acceso al cual los competidores no puedan ofrecer servicios a sus clientes y la cual no puede ser replicada por ningún medio razonable.»*

Bajo la legislación antimonopolios de Estados Unidos, se requiere de tres condiciones para que se establezca la obligación de acceso a una facilidad esencial:

i) Control de la facilidad esencial por un monopolista;

ii) Incapacidad de un competidor que necesita de la facilidad, de duplicar dicha facilidad esencial;

iii) La negativa de uso de la facilidad a un competidor

Por su parte, la ley de competencia del Reino Unido, establece como características fundamentales de una facilidad esencial:

i) Los competidores deben tener acceso a la facilidad puesto que es esencial para la provisión de bienes o servicios en dicho mercado relacionado;

ii) No es económicamente eficiente, o puede no ser posible, que los nuevos entrantes repliquen la facilidad.

Por otro lado, el concepto de acceso universal nos remite a la idea de que los servicios públicos sean proveídos de manera que sean accesibles a aquella minoría de usuarios potenciales que no poseen dichos servicios y para aquellos a quienes el hecho de no contar con dichos servicios constituiría una desventaja social u económica. La Comunidad Europea ha identificado el enfoque de las obligaciones del Servicio Universal en Europa, de manera que estos servicios sean ampliamente expandidos y que los se tomen en cuenta los intereses de los consumidores.

La confusión entre un concepto y otro es muy peligrosa. Un concepto extendido de facilidad esencial generaría el efecto de considerar el recurso en realidad bajo el concepto de servicio universal, lo que lleva implícito una suerte de calificación del servicio como servicio público.

Pues bien: otra de las decisiones recientes del Tribunal de INDECOPI ha hecho precisamente eso. Ha clonado el concepto de facilidad o servicio esencial para darle un contenido asimilable al de servicio o acceso universal.

El caso fue el resuelto en la Resolución Nº 870-2002/2002/TDC-INDECOPI de fecha 11 de Diciembre del 2002. Se trata de la denuncia presentada por Aero Continente contra el Banco de Crédito.

En el caso, Aero Continente denunció al Banco porque éste se negaba a abrirle cuentas corrientes en su agencia de Puerto Maldonado. Dichas cuentas permitían depositar el dinero de las operaciones de la aerolínea en la localidad y hacer las transferencias correspondientes con mayor facilidad.

El Banco se había negado a abrir las cuentas sosteniendo que en una ocasión anterior Aero Continente se había negado a entregar sus estados financieros, lo que había impedido conocer a su cliente y sobre todo controlar posibles actos de lavado de dinero. Por ello, luego del cierre de las cuentas, el Banco sostenía que Aero Continente pretendía evadir la entrega de sus Estados Financieros mediante la argucia de pedir una reapertura de cuentas.

La Comisión consideró que efectivamente el Banco de Crédito gozaba de posición de dominio en este tipo de servicios financieros, pero que sin embargo la negativa estaba justificada en la negativa de Aerocontinente a proporcionar los Estados Financieros anteriormente.

La Sala utiliza nuevamente un argumento del «comunismo empresarial» y señala que deben protegerse las finalidades sociales amparadas por el Derecho de la Competencia. Para ello se salta a la garrocha el problema de determinar el perjuicio para que haya abuso de posición de dominio. En el caso de ELECTROCENTRO que comentamos líneas arriba, estábamos frente a una empresa que se negaba a brindar un servicio adicional (alquiler de postes) a su actividad ordinaria (distribución de electricidad). Pero en este caso el Banco se había negado a brindar uno de sus servicios ordinarios: apertura de cuentas bancarias. ¿Qué explicación podría tener un banco para negarse a ganar con el servicio de cuenta corriente que es parte de su propio negocio? Solo una razón comercial válida (y la que dio parece bastante razonable) justificaría la pérdida de negocio.

Pero sobre todo, resulta clarísimo que el Banco no tiene ningún interés en el mercado de aerolíneas. Salvo el avión privado de Presidente del Directorio, no parece existir ningún otro interés del Banco en volar aviones. Por ello su conducta no puede ser catalogada como anticompetitiva.

Pero el salto de garrocha a la exigencia legal de acreditar el beneficio de la práctica es superado por el «efecto comodín» o la «clonación impropia» del concepto de facilidad o recurso esencial.

Es la primera vez que escucho que una cuenta corriente es indispensable para volar un avión de pasajeros, es decir que una cuenta corriente es un recurso económica o técnicamente insustituible para operar una aerolínea. Con ese concepto casi todo es facilidad esencial. Así la Resolución que comentamos ha creado una equivalencia entre una cuenta bancaria y una pista de aterrizaje.

Y la demostración del absurdo está en el propio expediente. Aero Continente voló casi cinco años a Puerto Maldonado sin cuenta corriente en el Banco de Crédito. Así desde el 3 de Julio de 1998 no tenía cuentas. Si a la empresa de carga de maletas no le dan acceso a la plataforma no baja ni una maleta. Si a Americatel no le dan acceso a la red de Telefónica no puede captar una sola llamada de dicha red. Pero Aero Continente despegó y aterrizó a sus pasajeros sin mayor contratiempo. Lo que la historia real demuestra es que Aero Continente sustituyó el uso de la cuenta corriente con alguna alternativa técnica y económicamente válida. Ninguno de sus capitanes tuvo que dar la vuelta a su avión y regresarse a Lima porque no había cuenta en el Banco de Crédito ni se dejó de vender pasajes por esa razón. No existe facilidad esencial, pero con la nueva teoría cualquier cosa es facilidad esencial. Se puede así completar la mano de póquer cuando falta una carta. Y en este caso faltan dos: el de beneficio del encausado y el de estarse negando a proporcionar una facilidad esencial. Con ese nivel de discrecionalidad, el Tribunal de INDECOPI puede ordenar la celebración de un contrato casi en cualquier supuesto.

Pero además habría que preguntarse cómo la negativa en abrir la cuenta corriente afectaba la capacidad de competir de Aero Continente. No conozco el mercado de aerolíneas lo suficiente como para emitir juicios categóricos. Pero se me hace difícil imaginar que el costo de usar mecanismos alternativos a una cuenta corriente sea un componente importante de los costos de operación de una aerolínea, esto es que ese hecho pueda sacarla del mercado o restringir su posibilidad de competir con otras aerolíneas. El razonamiento de la Sala no puede ser sino calificado como un manejo ligero, por decir lo menos, de los conceptos, y una orfandad de análisis total sobre el concepto central usado para sancionar.

Pero el asunto no queda allí. El razonamiento para calificar la cuenta corriente como una facilidad esencial es realmente increíble. El Banco alegó que existían alternativas para el transporte de dinero. En particular sostuvo que podían usarse servicios de transferencia de dinero (lo cual no es descabellado para alguien que despega y aterriza aviones de la localidad y por tanto puede trasladar bolsas con dinero en su bodega como entiendo hace prestando servicios a terceros) sino que incluso el Banco de la Nación da un servicio de corresponsalía que permite transferencias de fondos. La

Resolución del Tribunal califica esas alternativas como sustitutos no adecuados. Dice que la acción de corresponsalía no se ajusta al proceso de depósito en una cuenta. Ello es una calificación absurda. Es un concepto básico de Derecho de la Competencia saber que el nivel de sustitución no se puede determinar usando solo como argumento que el servicio o bien no se parecen física o estructuralmente. Es la finalidad del servicio lo que importa, relacionado al hecho de que consumidor encuentra alternativas razonables, y el costo que ello implica. Un Mercedes Benz se parece a un Tico, pero no son sustitutos porque si subes el precio del Tico la gente no va a comprar Mercedes. En cambio se podría determinar que las cerraduras de seguridad y las alarmas a distancia son sustitutos porque los consumidores giran de una a la otra ante modificaciones de precios. Ello a pesar que no se parece en nada. Pero la resolución no analiza para nada este aspecto.

Sobre la base de esta curiosa argumentación el Tribunal le ha prohibido a los Bancos con posición de dominio negarse a contratar salvo que tenga causas objetivamente demostrables, «*...sin que en este caso particular pueda alegar como sustento de la negativa la aplicación de las líneas de política interna que la entidad tuviera establecida*». Es decir que a partir de la resolución que comentamos quien decide si se abren cuantas corrientes o se presta dinero en Puerto Maldonado ya no es el Banco de Crédito, sino la Sala de Defensa de Competencia del INDECOPI. Es más, le doy al lector un consejo. Si no tiene historial de crédito, y por tanto no le puedan negar objetivamente un préstamo, presente su solicitud a la agencia de Puerto Maldonado: tiene crédito asegurado.

Se ha logrado además algo que Alan García no pudo hacer en los ochenta, y es calificar los servicios bancarios como una suerte de servicio público cuando la empresa tiene posición de dominio, porque con la nueva decisión se ha instaurado el concepto de servicio universal en la actividad bancaria. Con ello el INDECOPI se vuelve una entidad que en lugar de velar por el proceso competitivo interviene directamente en el resultado del mercado. Esta posición es incluso compartida por expertos que han analizado la gestión del Tribunal del INDECOPI y se han pronunciado sobre la decisión. Así, en una reciente revisión hecha por la OECD sobre la Legislación y la Política de Competencia en el Perú, luego de comentar las debilidades mostradas por este última resolución -no se demostró la necesidad de la cuenta para el desarrollo de la actividad en cuestión ni los efectos anticompetitivos generados por la negativa- se señaló que: «*la decisión parece tener un cariz más bien regulatorio (una prohibición a los bancos de negarse a atender) que sustentarse en principios de defensa de la competencia*»[93].

---

93. En: WINSLOW, Ferry: *Legislación y Política de Competencia en el Perú: A peer Review*. OECD. Junio, 2004. Pág. 36.

En conclusión, 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. Solo casos en los que resulte muy claro el efecto anticompetitivo deben de ser considerados ilegales. Lamentablemente esa no parece ser el criterio seguido actualmente por el INDECOPI.

### 2.4 Cláusulas de Atadura

*a) ¿Qué son las cláusulas de atadura?*

Esta infracción está tipificada en el inciso c) del artículo 5 del Decreto Legislativo Nº 701, que establece como ilegal «la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos.»

La venta atada es una práctica comercial a través de la cual, un vendedor de diversos productos que goza de una posición de dominio en el suministro de algunos de ellos, establece que los clientes solo podrán comprar un determinado producto (en el cual gozan de posición de dominio) cuando acepten comprar un producto de distinta clase (respecto del cual el proveedor no goza de posición de dominio). Es decir, vincula o empaqueta la venta de sus productos, sin tomar en cuenta el interés de los compradores por ellos. En este sentido, las ventas atadas son definidas como: «*las situaciones en las cuales la venta de un bien está condicionada a la compra de otro bien.*» [94]

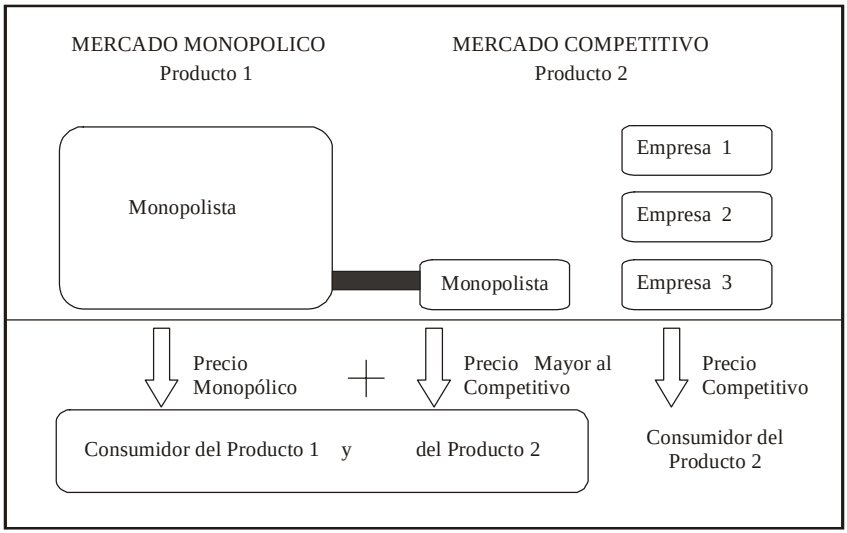
Un elemento esencial en la definición de la práctica es el ejercicio de presión sobre el comprador con el objetivo de que este último adquiera toda la línea de productos suministrada por un proveedor, a pesar de que solo está realmente interesado en comprar un producto específico a ese proveedor.

La condena de este tipo de conductas se origina en la posibilidad de que las empresas recurran a este tipo de prácticas con la única intención de extender el poder de mercado que ostentan en un mercado determinado (del producto X o producto atante) a otro (del producto Z o producto atado). Esta conducta permitiría a la empresa con posición de dominio establecer un mayor precio en el mercado donde enfrenta una mayor competencia y eventualmente excluir de ese mercado a los competidores existentes. La idea detrás de la práctica es tratar de trasladar la posición de domi-

---

94. *Glosario de Términos Relativos a la Economía de las Organizaciones Industriales y a las Leyes sobre Competencia*. Banco Mundial. 1996. p. 57.

nio en un mercado a un mercado de un producto diferente. En este orden de ideas, las ventas atadas pueden ser consideradas también un tipo de discriminación de precios[95], ya que se cobra a los consumidores precios diferentes, como se aprecia en el siguiente gráfico:




*b) Posibles efectos positivos de las ataduras.*

No toda atadura genera ese tipo de efectos. Es más, usualmente las ataduras son prácticas normales y legitimas y que por el contrario generan beneficios al mercado y a los consumidores. De hecho casi cualquier producto o servicio que adquirimos en el mercado no es otra cosa que la atadura de un conjunto de bienes. Un automóvil ata bienes distintos como la carrocería, las llantas, el motor, etc. Si bien lo visualizamos como uno solo, es en realidad un conjunto ensamblado por el proveedor y vendido sin posibilidad de separación. Otros bienes no están tan obviamente atados como ciertos accesorios o equipamiento (el *sunroof*, asientos de cuero, lunas eléctricas, etc.). Sin embargo suele ser el mercado en general el que determinan los niveles de empaquetamiento y las facultades del consumidor para

95. Glosario de Términos Relativos a la Economía de las Organizaciones Industriales y a las Leyes sobre Competencia. Banco Mundial. 1996. p. 57; CARLTON, Dennis W. y Jeffrey M. PERLOFF. *Modern Industrial Organization*. Editorial Harper Collins. Segunda Edición. 1994. p. 467; BISHOP, Simon y Mike WALKER. *The Economics of EC Competition Law*. Editorial Sweet & Maxwell. p. 112.

desempaquetar bienes. Puede ser que un consumidor que no fuma quiera que se le retire el encendedor y los ceniceros del auto y se le descuente del precio. Pero usualmente no tiene esa opción y se ve forzado a recibir el producto como ha sido empaquetado. Lo mismo ocurre con otros empaquetamientos que no son tan obvios como la compra del carro incluyendo la garantía y el servicio técnico por el tiempo de duración de la misma. Conforme por los usos comerciales la empaquetadura es más común, tendemos a verlo no como una empaquetadura o atadura, sino simplemente como un solo bien. Usualmente las empaquetaduras se presentan cuando por los usos comerciales distinguimos un bien del otro.

Así, existen una serie de circunstancias (las más comunes) en las que las ventas atadas no solo no tienen un efecto negativo sino que más bien tienen un efecto positivo para el funcionamiento del mercado. Así pueden tener las siguientes consecuencias positivas:

i. El incremento de la eficiencia

Las ventas atadas pueden generar eficiencia en el sentido de reducir los costos de transacción para el consumidor. Por ejemplo[96], dado que la mayoría de personas no tiene preferencias particulares sobre los pasadores, los zapatos son comúnmente vendidos junto con los pasadores que son necesarios para su uso. Siendo que, el consumidor compra ambos productos –zapatos y pasadores- de manera conjunta, se reducen para el consumidor los costos de ir a otra tienda a comprar específicamente los pasadores. Es decir, se reducen sus costos de transacción.

Como decíamos, en el extremo, cada producto puede ser entendido como la composición de varios productos individuales. Así, resulta simple entender que para el común de las personas es más eficiente la compra de un auto armado que la compra de sus partes individualmente, sin perjuicio de que existan distintos niveles de competencia en los mercados donde se vende cada producto por separado.

ii. Asegurar la calidad

Las ventas atadas aseguran la calidad y el óptimo funcionamiento del producto vendido. En ocasiones, los insumos empleados por ciertas maquinarias o equipos son indispensables para el buen funcionamiento de las mismas. En este sentido, para garantizar la calidad del resultado, una cámara de fotos necesitará contar con un rollo de fotos que mantenga ciertos

96. CARLTON Dennis W. y Jeffrey M. PERLOFF. *Modern Industrial Organization*. Editorial Harper Collins. Segunda Edición. 1994. p. 467.

parámetros de calidad. De esta manera, el productor de cámaras fotográficas se verá obligado de atar cierto número de rollos de fotos, a la venta de sus cámaras fotográficas para garantizar la calidad del resultado.

Esto tiene que ver con la reducción de externalidades. En ocasiones el uso del producto puede afectar los costos del proveedor, sea de manera directa (cobertura de garantías contractuales) o indirecta (pérdida de prestigio). Si el automóvil se descompone y se lleva a un taller no autorizado o se usan repuestos no originales, y la reparación no es efectuada adecuadamente o los repuestos no originales descomponen de nuevo el auto, el fabricante podría incurrir el costo de cubrir la garantía, a pesar que el costo no fue generado por él, sino por el proveedor de la reparación o repuestos no autorizados. Para evitar ello fuerza al consumidor a usar su servicio técnico si quiere que la garantía se respete. Lo mismo pasa con el servicio. Si una fotocopiadora no usa la tinta adecuada, puede funcionar mal desprestigiando la marca.

Esto no quiere decir que siempre haya incentivos para atar todo al producto. Si yo forzara al consumidor a usar siempre mi servicio técnico, incluso luego de vencida la garantía, los costos para él pueden subir. Si otros proveedores ofrecen ataduras más cortas y con ello bajan los costos al consumidor, esos autos serán preferidos. Así la competencia suele corregir cualquier incentivo para generar demasiadas ataduras. Por eso el problema se presenta solo cuando hay posición de dominio en el mercado.

*c) Del tratamiento de las cláusulas de atadura en la ley y en la jurisprudencia.*

En los Estados Unidos, la preocupación por los efectos anticompetitivos, que las ventas atadas pueden producir en los mercados, se ha reducido sustancialmente debido a que se ha identificado que estas prácticas suelen tener efectos positivos en términos de eficiencia en la comercialización o venta de los productos. Por su parte, en Europa por muchos años existió una preocupación por la potencial exclusión de competidores que las ventas atadas pueden generar. La diferencia en el tratamiento de una misma práctica empresarial refleja los distintos objetivos perseguidos a través de las leyes de competencia[97]: hasta hace muy poco, la integración económica fue un objetivo prioritario en la aplicación de la Ley de Competencia de la Comunidad Europea, hecho que ha llevado a la condena y sanción de algunas conductas que no generan en sí mismo una afectación al funcionamiento de los mercados.

---

97. KORAH, Valentine: *EC Competition Law and Practice*. Six Edition (1997). Pag. 107-108

Dada la incertidumbre sobre el efecto de las ventas atadas sobre los consumidores y la competencia, la sanción de este tipo de prácticas por la legislación de protección de la competencia suele encontrarse sujeta a un estándar que requiere la prueba -fuera de toda duda razonable- de los efectos perniciosos de la misma. Así, CHOI (2004) sostiene:

> «Las implicancias de las cláusulas de atadura sobre el bienestar son en general ambiguas porque las ataduras pueden tener efectos sobre la eficiencia inclusive cuando tienen efectos de exclusión dañinos. (…) Siendo ello así, parece emerger entre los economistas el consenso de que las ataduras no deben ser tratadas como una violación per se de las leyes antitrust y que se debe adoptar la regla de la razón en la evaluación de las cláusulas de atadura.» [98]

Las ventas atadas se encuentran reguladas en el Decreto Legislativo 701, como una práctica de abuso de posición de dominio. En el artículo 5 de dicho dispositivo se establece que:

> «Artículo 5°.- (…)
>
> Son casos de abuso de posición de dominio:
>
> (…)
>
> c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarios que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos.» (el subrayado es nuestro)

Un elemento central en la tipificación de la infracción es la «subordinación» de una prestación deseada por un agente, a la aceptación de otra no deseada. Hay aquí un elemento de exigencia, presión o coerción que ejerce un agente que cuenta con posición de dominio sobre otros agentes que sufren la práctica: se fuerza a un agente a adquirir algo que no quiere. De donde, si el agente acepta voluntariamente la «subordinación» de las prestaciones –porque le reduce los costos de transacción futuros, o costos de transporte, por ejemplo- no se configurará la infracción.

Otro elemento fundamental de la tipificación de la infracción se refiere a la vinculación entre las prestaciones: la norma no prohíbe cualquier tipo

---

98. CHOI, Jay Pil. *Antintrust Análisis of Tying Arrangements*. CESifo Working Paper Nº 1336. Noviembre 2004. p. 31. En: www.cesifo.de Traducción libre del siguiente texto: *«The welfare implications of tying arrangements are in general ambiguous because tying could have efficiency effects even when it has harmful exclusionary effects. (…) As such, there seems to be a consensus emerging among economists that tying should not be treated as per se violation of antitrust laws an that the rule of reason should be adopted in the assessment of tying arrangements.»*

de condicionamiento en la venta de un bien o servicio a la aceptación de otros. La norma se refiere exclusivamente a aquellos casos en los que se «atan» bienes o servicios que no guardan alguna relación entre ellos. Así, por ejemplo, se encuentra fuera de esta prohibición la conducta por la cual un proveedor de autos «fuerza» a sus clientes a adquirir conjuntamente con el auto, una rueda de repuestos para el mismo.

Al igual que las otras prácticas similares recogidas en la Ley, no existe una condena a priori de este tipo de prácticas: la sanción debe estar precedida de un análisis tanto de los efectos negativos y positivos derivados de la conducta, procediendo a sancionarse la conducta solo en los casos en los que los efectos restrictivos a la competencia superen a los aspectos positivos derivados de la práctica.

Como ya mencionamos hay casos en que es evidente que la atadura es eficiente. Por ejemplo, cuando tiene por fin proteger la calidad o el prestigio de un producto. Tal fue el caso de la IBM en los Estados Unidos, que ataba a la compra de computadoras la compra de tarjetas perforadas a fin de evitar que tarjetas de baja calidad perjudicaran el funcionamiento de las máquinas, afectando su prestigio y elevando los costos de las garantías. Ello constituye una práctica perfectamente razonable. A pesar de ello, en una de las resoluciones más criticadas en la historia de la legislación antimonopolios en Estados Unidos, la práctica fue considerada ilegal.[99]

En otras ocasiones, se utilizan para lograr una efectiva discriminación de precios. Ello sucedió en el caso de una empresa que vendía máquinas enlatadoras de sopa y que obligaba a sus clientes a comprarle la sal. A través de este mecanismo podía identificar cuánto utilizaban las máquinas (lo que les daba un índice de cómo eran aprovechadas) y por esta vía establecía cuáles de sus consumidores valorizaban las máquinas más que los otros. Así cobraban a los que más valorizaban las máquinas precios superiores.[100] En este sentido, esta práctica puede ser consideraba abusiva sólo cuando es utilizada con la intención de discriminar precios. Sin embargo debe tenerse en cuenta que la discriminación de precios, en caso de posición de dominio, puede ser una práctica positiva si contribuye a aumentar la cantidad producida. Al discriminar precios el monopolista produce más, pues puede atender pedidos de clientes que no estarían en capacidad de pagar el precio monopolístico. Sus efectos de esta práctica sobre la eficiencia son ambiguos.

---

99. International Business Machines Corp. V. United States. Supreme Court of the United States, 1936. 298 U.S. 131, 56 S.Ct. 701, 80 L.Ed. 1085.

100. International Salt Co. V. United Status. Supreme Court of the United States, 1947. 332 U.S. 393, 68 S.Ct. 12,92 L.Ed. 20.

Además, debemos considerar que es realmente difícil determinar cuándo existe una cláusula de atadura. Por ejemplo, en ocasiones se ofrecen ofertas como «compre una pasta de dientes y reciba gratis un cepillo en la caja». Como en el mercado no hay nada realmente gratis, podría tratarse de una cláusula de atadura por la que me veo obligado a comprar ambos cosas por un solo precio que refleja el costo de ambas. Pero sin duda, ello parece como una práctica comercial legítima.

En otros casos, las cláusulas de atadura se vinculan a contratos de franquicia donde el proveedor exige la compra de todos los elementos integrantes de la misma. Por ejemplo, el franquiciante de una cadena de hamburguesas al paso obligará al franquiciado a compra de carne, el pan, las envolturas, los postres, las servilletas, las gaseosas, etc. Aquí también parecen existir razones justificadas, es decir mantener la uniformidad en las tiendas franquiciadas. Llevado al extremo, se podría decir que la caja en la que viene un producto determina una atadura con el propio producto. No se trata pues de una conducta que deba ordinariamente sancionarse, y parecería que los casos en que ello debe suceder son bastante excepcionales (como es el caso de utilización para discriminación de precios no razonable). Sería pues otro caso de aplicación de la regla de la razón.

En esa línea, la jurisprudencia nacional ha considerado que los supuestos para la sanción a esta infracción son inusuales. Se debe tener en cuenta que el intentar monopolizar otro mercado implica incrementar el costo en el mercado original, lo que rara vez es una conducta racional. Si un consumidor valora el producto «X» en S/. 10 (el producto en la empresa cuenta con posición de dominio) y el precio al que se vende es S/. 8, en principio el cliente estaría dispuesto a comprarlo. Ahora, si el monopolista obliga además a comprar el producto «Y» a S/. 5 y que no interesa en lo más mínimo al consumidor (es decir vale para el S/. 0 o muy poco), lo estaría obligando a pagar S/. 13 por un paquete de productos que el consumidor valora en S/. 10 en total. Evidentemente no comprará el producto con lo que el monopolista tendrá menores ventas a costos mayores. Incluso si llegara a vender el producto estaría reduciendo su margen de utilidad por el incremento del costo en proveer el producto «Y». Es más lógico vender solo el producto deseado por el consumidor y cobrar por él un precio monopolístico.

Un ejemplo de este problema y de lo absurda que puede ser una atadura puede apreciarse en un caso particular en el mercado peruano. Por dispositivos legales el Diario Oficial El Peruano tiene el monopolio en la publicación de las normas legales. Ese monopolio fuerza a los consumidores de la información contenida en dichas normas (básicamente abogados y contadores) a comprar el Boletín Oficial a fin acceder a dicha información en el día. Pero El Peruano ha establecido una cláusula de atadura con la compra de la parte

periodística del diario. Es evidente que el consumidor de normas legales tiene un casi nulo interés en comprar la parte periodística. Mientras valora en algo el Boletín Oficial quizás valore en 0 la parte periodística. Sin embargo como viene «pegada» al Boletín no le queda sino comprarla.

Ello es un pésimo negocio para El Peruano y muestra lo absurda que puede ser una atadura de ese tipo. Si el consumidor que valora en 0 la parte periodística paga, por ejemplo, S/. 2.00 por el Boletín y Diario juntos, ello demuestra que su valorización del Boletín solo está por encima del precio que paga. Si le sacarán la parte periodística y solo le vendieran el Boletín Oficial pagaría igual S/. 2.00. El Peruano está gastando en publicar una parte periodística (tinta, papel, logística, impresión, periodistas y redactores, etc.) que no es valorada y por tanto si dejara de hacerlo ganaría más, y vendería substancialmente lo mismo. Su margen de utilidad se incrementaría significativamente.

Solo la irracionalidad de una empresa estatal sumado al interés político de contar con titulares favorables al gobierno colgados en los kioscos explican lo irracional de la conducta y grafican que, en la mayoría de casos, no existen incentivos para hacer ese tipo de ataduras acuerdos.

Lo que el ejemplo muestra es que si existe una atadura, ella obedece posiblemente a razones comerciales o productivas válidas. Por ejemplo atar el servicio técnico a la compra de un automóvil puede estar justificado en la necesidad de reducir los costos de brindar una garantía de buen funcionamiento a los consumidores, o el producto atado es algo que el consumidor desea comprar en conjunto (como el teléfono celular y la línea para usarlo).

Normalmente si uno ata un producto a otro es de esperar que esa atadura sea eficiente por ser lo que esperan los consumidores recibir como un paquete de productos.

Un caso en el que la Comisión aplicó las normas de cláusulas de atadura es el de ENAPU vs. SERTEMAR[101]. La empresa SERTEMAR denunció a ENAPU, empresa estatal que tenía a su cargo el servicio de puestos del país, por atar al servicio de acodo de buques, el de remolque. Así ENAPU no aceptaba el ingreso de buques al puerto si es que no había contratado los servicios de remolque con los remolcadores de la propia ENAPU. SERTEMAR planteó que ella podía competir en brindar el mismo servicio. Tanto la Comisión como el Tribunal de INDECOPI consideraron una cláusula de atadura ilegal, pues no existían motivos que justificaran atar ambos servicios, sobre todo si en comparación con otros puertos en otros países, estos servicios se solían brindar por separado. Sin embargo la Corte Suprema de la República

101. Resolución Nº 014-93-INDECOPI/CLC.

declaró la nulidad de lo resuelto por el INDECOPI sosteniendo que los servicios de remolque eran complementarios a los de acodo de buques y se estaba afectando la propiedad de ENAPU sobre el puerto. Nótese sin embargo que este caso hay razones que explican la atadura en el hecho que quien desea acodar su barco en el muelle tiene interés y valoriza los servicios de remolcaje, lo que puede explicar el carácter ilegal de la práctica. Hoy el tema ya no se resuelve con las normas de competencia, sino regulatoriamente. Existe un procedimiento regulado de acceso a infraestructura que se sigue ante OSITRAN y que permite a las empresas que quieran dar esos servicios poder brindarlos en concesiones de competencia.

Otro ejemplo de la aplicación de dicha prohibición se encuentra recogida en la Resolución Nº 038-95-INDECOPI/CLC de la Comisión de Libre Competencia, en el procedimiento seguido en contra de Compañía Embotelladora del Pacífico S.A. (CEPSA) por la subordinación de la celebración de contratos de Comodato de módulos de ventas con publicidad de CEPSA, para ser utilizados por los ambulantes del Distrito de Barranco, a la obligación de comercializar ocho cajas semanales de gaseosas. En dicha oportunidad la denuncia fue desestimada en razón de la inexistencia del elemento de coerción requerido para la configuración de la infracción, así como porque la práctica reflejaba una costumbre extendida en el mercado. Así en la Resolución en cuestión se señaló lo siguiente:

> «Que, además existe total libertad para contratar con CEPSA para acceder a los módulos que esta empresa financia;
>
> Que, en lo que respecta a la calificación de prestaciones suplementarias para la celebración del contrato de comodato por parte de CEPSA frente a los comerciantes ambulantes de Barranco, debemos señalar que en realidad el sujetar el comodato a la venta de ocho cajas semanales de cualquiera de las bebidas comercializadas por CEPSA, no constituyen sino una prestación que está en arreglo a la costumbre mercantil por guardar dicha prestación, relación con el objeto del mencionado contrato, excepción que está prevista en el inciso f) del artículo 6º del Decreto Legislativo 701, (…)» (El subrayado es nuestro)

Como se muestra en dicha Resolución, cualquier sanción de este tipo de conducta requiere de un análisis y valoración de la extensión de la misma en el mercado, así como de la justificación de la atadura. No existe una condena a priori de la práctica.

*d) El análisis ligero de las condiciones de ilegalidad de la atadura en la jurisprudencia reciente.*

Como ha ocurrido en otras áreas, nuevamente la jurisprudencia del

Tribunal de INDECOPI da muestras de ambigüedad y alejamiento de parámetros internacionales y razonables. Y en el caso de las cláusulas de atadura lo hace en un caso que ya comentamos al ver el tema de discriminación: el caso DINO.

Como se recordará, en el caso DINO se denunció la existencia de prácticas de abuso de posición de dominio por medio de la celebración de contratos con los subdistribuidores. Tales contratos establecían contratos de distribución exclusiva a cambio de una serie de beneficios. Entre los beneficios estaban descuentos en el precio del cemento (y que ya fueron analizados más arriba en esta misma sección). Pero el contrato también incluía la obligación del subdistribuidor de vender no solo el cemento que suministraba DINO, sino otros materiales de construcción, como fierro y similares, provistos por la misma DINO.

En primera instancia la Comisión tampoco consideró las ataduras ilegales y las entendió como parte del contrato integral, vinculado a condiciones razonables en atención a los beneficios que se derivaban del contrato. Pero el Tribunal no fue del mismo parecer.

El Tribunal condenó la práctica desarrollada por DINO en los siguientes términos:

> «Los contratos de afiliación utilizados por DINO imponían a los afiliados la obligación de comprar exclusivamente todos los materiales de construcción a DINO (…) De negarse a comprar los productos atados, el subdistribuidor no podría suscribir el contrato de afiliación y, en consecuencia, no podría comprar cemento a DINO o lo podría comprar en condiciones desventajosamente diferentes –en cuanto a cantidad, precio y condiciones de venta- a aquellas de quienes aceptaron la atadura.
>
> En vista de lo anteriormente expuesto, (…) la conducta de DINO, consistente en imponer como condición de afiliación la compra exclusiva de todos los materiales de construcción a DINO, constituye, además de un mecanismo de discriminación (…) un abuso de posición de dominio en el mercado en la modalidad de contratos ligados.» (El subrayado es nuestro)

De lo dicho por el Tribunal en su Resolución, puede concluirse que DINO no fue sancionada por «condicionar» la venta de cemento -producto en el cual tendría posición de domino en el mercado relevante- a la adquisición de otros materiales de construcción suministrados por ella, en sus operaciones con los distribuidores con los que no tiene celebrados Contratos de Representación. De hecho, en Primera Instancia habría quedado acreditado que la adquisición separada de dichos productos se encuentra disponible. Como se destaca en la Resolución de Primera Instancia: *«(…) lo que*

*es directamente verificable toda vez que los denunciantes adquieren grandes volúmenes de cemento sin la imposición de compra de otros materiales de construcción (…)*»

La caracterización de la conducta infractora hecha por el Tribunal solo nos puede llevar a una conclusión: DINO ha sido sancionada con base a lo establecido en el inciso c) del artículo 5 del Decreto Legislativo Nº 701 por establecer en sus contratos de Representación o Afiliación la obligación de «compra exclusiva» de una gama de productos, por parte de los distribuidores con los que tiene celebrados dicho contrato. Al proceder de esta manera, el Tribunal ha cometido una ilegalidad: ha sancionado una conducta que no satisface los requisitos y condiciones establecidos en la norma. Veamos.

La configuración de infracción requiere forzar a alguien a adquirir algo que no quiere o que no necesita. Resulta que el Tribunal no ha acreditado dicha circunstancia, y no lo ha hecho simplemente porque tal condición no se presenta en la realidad.

Como se verificó en Primera Instancia, los únicos agentes que podría pensarse se encuentran «forzados» a adquirir cemento y otros materiales de construcción suministrado por DINO, son aquellos que voluntariamente han aceptado someterse a un contrato que -como contraprestación por los beneficios que le otorga- los somete a una obligación de tal tipo.

Dichos agentes han aceptado voluntariamente someterse a tal obligación; otros agentes en cambio han rechazado, también en ejercicio de su libertad de contratar, quedar sometidos a una obligación de tal naturaleza. En ningún caso se les va a privar de cemento, aunque si es cierto que se les va a entregar cemento en condiciones distintas. Siendo ello así, la única «coerción» que existe se deriva de la aplicación del artículo 1361 del Código Civil que establece que «*los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos*».

Lo anterior debía haber sido suficiente para que el Tribunal ratifique la Resolución de Primera Instancia declarando infundada la denuncia, toda vez que no se presentaba en los hechos un elemento esencial para que se configure la infracción tipificada en el inciso c) del artículo 5 del Decreto Legislativo Nº 701.

El Tribunal, por el contrario, optó por condenar a priori la práctica sin explicitar las razones de su fallo o las razones por las que decidió apartarse de las conclusiones de la Primera Instancia. Se limitó a sentenciar.

Lo anecdótico del caso es que ninguno de los supuestamente afectados por el desarrollo de la práctica aparece como denunciante de la práctica o ha manifestado al INDECOPI en el transcurso de la investigación su males-

tar por la existencia de «tamaña obligación». Muy por el contrario, como se refiere en la Resolución de Primera Instancia:

> «(…) ha quedado acreditado en las entrevistas sostenidas por miembros de la secretaría con representantes de las empresas afiliadas del departamento de Piura, la conformidad de éstos respecto a como vienen operando los contratos de afiliación.»

Dicha circunstancia no fue valorada por el Tribunal, y si lo fue, nada de ello quedó registrado en su Resolución.

Un requisito establecido en la Ley para la sanción de la práctica a que se refiere el inciso c) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, es que la «atadura» no refleje una práctica comercial generalmente aceptada. Si el condicionamiento o atadura es usual en el mercado de que se trata, la conducta no se encuentra prohibida y no podrá ser sancionada. Visto de otra forma, la sanción de la práctica tipificada en el referido artículo requiere que el INDECOPI acredite fuera de toda duda razonable que la «atadura» no refleja una práctica comercial generalmente aceptada.

Como se ha mencionado anteriormente, la extensión de la práctica en el mercado es un indicador que revela que la misma responde a un criterio razonable; de donde no se justificaría establecer una restricción o limitación al desarrollo de la misma. Como vimos, en anteriores resoluciones del INDECOPI, y en estricta aplicación de la Ley, se ha decretado la legalidad de conductas que, habiendo sido cuestionadas en mérito a lo dispuesto en el inciso c) del artículo 5, constituían prácticas usuales o extendidas en el mercado. Así, en la Resolución Nº 038-95-INDECOPI/CLC de la Comisión de Libre Competencia, en el procedimiento seguido en contra de Compañía Embotelladora del Pacífico S.A. (CEPSA), reseñada anteriormente, se estableció que «*…existe total libertad para contratar con CEPSA…*» y que lo que se entrega «*…no constituyen sino una prestación que está en arreglo a la costumbre mercantil por guardar dicha prestación, relación con el objeto del mencionado contrato…*»

Dada la caracterización de la práctica anticompetitiva hecha en la Resolución, el Tribunal debió probar -la carga de la prueba recae en la Administración- como condición previa a la condena de la conducta de DINO que las obligaciones de exclusividad incluidas en los contratos de Representación o Afiliación -entendidas como la obligación de adquirir solo del suministrador el grupo de productos identificados en el Contrato- no son usuales en el mercado.

Así, el Tribunal debió acreditar luego de un estudio de las prácticas existentes en el mercado que no es usual que en los contratos de distribu-

ción -con las características de los Contratos de Representación celebrados por DINO- se incluyan cláusulas de exclusividad a cargo de una de las partes como contraprestación por los beneficios recibidos de la otra parte (uso de marca, capacitación, precios menores, etc.).

Es el caso que el Tribunal no efectuó ninguna indagación al respecto. Simplemente se limitó a condenar sin pruebas la conducta desarrollada por DINO Una simple indagación en el mercado habría bastado para que el Tribunal compruebe la regularidad y extensión de la práctica sancionada como «abusiva», práctica que por lo demás no es sino el reflejo de la naturaleza misma de cualquier contrato de suministro tal y como queda reflejado en el artículo 1616 del Código Civil:

> «Cuando en el contrato de suministro se ha pactado la cláusula de exclusividad a favor del suministrante, el beneficiario del suministro no puede recibir de terceros prestaciones de la misma naturaleza, ni proveerlos con medios propios a la producción de las cosas que constituyen el objeto de la prestación.»

De lo hasta aquí expresado se puede concluir que el Tribunal en su Resolución no aportó prueba alguna que acredite la existencia de una coerción en el establecimiento de la supuesta atadura –»*subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias*»-, ni descartó la posibilidad de que la inclusión de obligaciones de exclusividad a cargo de una de las partes como contraprestación por los beneficios recibidos de la otra parte constituya una práctica usual en el mercado. En tal sentido, la Sala procedió a sancionar una conducta que no satisface las condiciones establecidas en el inciso c del artículo 5 de Decreto Legislativo 701.

Por otro lado, respecto de las cláusulas de atadura, la Comisión señaló en su resolución:

> (i) No existe coerción para adquirir dos bienes de manera conjunta, al estar disponible la adquisición individual tanto de cementos como de los otros materiales de construcción para cualquier empresa;
>
> ii) La exigencia para los afiliados de proveerse conjuntamente de DINO S.R.L. de otros materiales de construcción además del cemento, guarda directa relación con el objeto del contrato de afiliación referido a la comercialización de materiales de construcción que son demandados por los consumidores finales también de manera conjunta (cementos, concreto, adoquín, ladrillo, fierro corrugado, alambre, alambrón, clavos, tuberías, alambres eléctricos y calaminas entre los más importantes);
>
> iii) La exigencia para los afiliados de proveerse conjuntamente de DINO S.R.L., de otros materiales de construcción además del cemento permite

> a la empresa agregar las demandas de sus afiliados a escala local y regional obteniendo mejores condiciones comerciales, por los volúmenes adquiridos, de sus proveedores, factibles de ser trasladadas a los afiliados y a los consumidores finales;
>
> iv) No se verifican efectos nocivos para la competencia, toda vez que existen en el mercado piurano empresas que mantienen su provisión directamente de las fábricas, siendo éste el caso de los denunciantes, y por otro lado existe dentro de los afiliados la disponibilidad de contratar con aquellos proveedores que les ofrezcan mejores condiciones comerciales.
>
> v) El contrato de afiliación contiene una cláusula de rescisión que permite dejar sin efecto el contrato sin expresión de causa y sin responsabilidad alguna, únicamente notificando mínimo con 15 días de antelación, con lo que, en el extremo, el contrato de afiliación puede dejarse sin efecto en el corto plazo si no satisface las expectativas de los afiliados.
>
> *vi) Finalmente, las empresas denunciantes, supuestas afectadas por la atadura, han continuado vendiendo cantidades significativas de los otros materiales de construcción diferentes al cemento motivo del contrato de afiliación.»* (El subrayado es nuestro)

Lamentablemente el Tribunal no analizó ninguno de estos aspectos que fueron abordados con detalle y sustento por la Comisión. En todo caso, si su criterio era distinto, debió analizar cada uno de esos puntos y mostrar por qué ellos lo conducen a conclusiones diferentes.

Todo esto nos conduce a otro caso en que el Tribunal se aparte de los conceptos técnicos aceptables y se mueve hacia un mundo de imprecisión y discrecionalidad realmente preocupante.

### 2.5. El contrabando de las prácticas explotativas: los precios abusivos.

*a) ¿Qué son las prácticas explotativas?*

Como ya hemos mencionado, en nuestra opinión la legislación solo contempla, bajo el rubro de abuso de posición de dominio, las llamadas prácticas exclusorias o predatorias, es decir aquellas que tienen por efecto impedir la entrada o expulsar del mercado a los competidores por medio de actividades ilegítimas. Se dejó fuera las llamadas prácticas explotativas. En ellas no hay conductas orientadas a sacar a un competidor o en impedir su entrada. Simplemente el dominante usa su poder de mercado para subir precios o apropiarse de parte del excedente del consumidor. La figura más común son los llamados precios abusivos, en los que el monopolista fija un

precio que es calificado por la autoridad de competencia como excesivo. Mientras las primeras se enmarcan dentro del concepto de velar por el proceso competitvo, las segundas se concentran en el resultado que arroja el mercado, y por tanto en nuestra opinión están excluidas de las facultades de la agencia de competencia.

Como hemos dicho en otra sección, el INDECOPI tiene una función similar al Jurado Nacional de Elecciones. Lo suyo no es definir un resultado, sólo velar porque el proceso (competitivo) sea transparente. Los precios son el resultado del mercado, son altos o bajos dependiendo de las condiciones de competencia. Si estas son manipuladas arbitrariamente (por ejemplo por un cartel de competidores que acuerda el precio) hay que corregir tal situación. Pero no le toca al INDECOPI decir cuál es el precio, como no le toca al JNE elegir al presidente.

Claro que hay sistemas en los que podemos prescindir de la democracia. Podemos colocar a dedo a un grupo de «iluminados» para que decidan en lugar de los votantes. Podemos prescindir también de la competencia para que «iluminados» decidan en lugar de los consumidores. Pero ello tiende a convertirse en discrecionalidad y dictadura.

Recientemente la Sala de Defensa de la Competencia tomó una decisión en la que señala que si está facultada a sancionar las prácticas explotativas, y en particular los precios abusivos. Ello ocurrió en el caso de las AFPs.[102] Resolvió la denuncia interpuesta por el Congresista Javier Diez-Canseco contra todas las Administradoras de Fondos de Pensiones, entre otras razones, por fijar comisiones demasiado altas.

La decisión adoptada muestra un total desapego a la Ley. Un profesor nos decía que cuando hay que explicar mucho lo que dice una Ley es porque se está tratando de sacarle la vuelta. La Ley peruana claramente prohíbe sancionar los precios altos, pero en la resolución se usan decenas de páginas para decir que no dice lo que dice.

El artículo 4 del Decreto Legislativo 757 dice expresamente: «*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*». La regla no deja margen de duda. Si por diez años el INDECOPI nunca se sancionó precios altos, es porque los funcionarios están prohibidos de hacerlo.

La Sala ha sostenido que lo que ha hecho no es regular el precio porque solo se multa al infractor sin fijar cuál debería ser el precio es como decir: «*eres libre de fijar el precio que quieras pero si es más alto de lo que yo considero adecua-*

---

102. Resolución 0225-2004/TDC-INDECOPI.

*do, vas preso*». Eso, se mire por donde se mire es control de precios y es tratar de evadir el texto de la Ley mediante un trabalenguas meramente formal.

En segundo lugar, está la falta de lógica económica. Los precios bajos o altos no son malos en sí mismos. Los precios son solo señales para los consumidores y productores. Cuando algo es caro, los precios nos indican que el producto es escaso y crea la señal correcta para que lo consumamos menos y se produzca más. Cuando algo es barato, el sistema nos indica que es abundante y crea la señal correcta para que lo consumamos más y se produzca menos. Por ello, nada en los precios es malo en sí mismo. Los precios, lejos de ser el problema, son la forma de solucionarlo. El problema son las barreras que limitan la competencia. Es decir, hay cuidar el proceso, no el resultado.

Y esto nos lleva a uno de los mayores absurdos de la resolución que comentamos. En el caso en que supuestamente han establecido el criterio de que se puede sancionar los precios abusivos, no se sancionó a las empresas que dieron origen al procedimiento. Para no sancionarlas, se dijo que los monopolios legales (es decir, los que crea el Estado) no están sujetos a la legislación antimonopolios. Sin perjuicio que no se entiende cuál es el monopolio legal en el mercado de AFPs, basta haber llevado un curso básico de economía para saber que esos monopolios son los peores. Pero el Tribunal del INDECOPI habría decidido concederles una auténtica «licencia para matar».

El peor enemigo del monopolio no es el INDECOPI, sino el poder de elección de los consumidores. No queda muy claro cómo mejoramos a los consumidores dejándolos decidir menos. Si no creemos que la competencia pueda funcionar, entonces creemos un organismo regulador encargado de fijar tarifas. Este sí podrá regular precios según la Ley que lo autorice. Pero si no estamos en este supuesto, el INDECOPI debe impulsar el proceso competitivo, no reemplazarlo.

Luego de la Resolución que comentamos, dadas las críticas generadas, INDECOPI pretende incluir expresamente la facultad de controlar precios abusivos en el proyecto de Ley de Libre Competencia que viene promoviendo.

Así, el Proyecto incluye como un nuevo supuesto de abuso de posición de dominio la sanción de las «prácticas explotativas» por parte de empresas con posición de dominio[103], cuya manifestación más importante es el establecimiento de los «precios excesivos».

---

103. «Artículo 10.- Abuso de posición de dominio en el mercado.- El Estado combate toda práctica que limite la competencia y el abuso de posiciones de dominio en el mercado. En consecuencia, está prohibido y será sancionado, de conformidad con las normas de la Ley, el abuso, por parte de una o más empresas, de la posición de dominio que ostenten en el mercado.

De esta forma se atribuiría a ciertos funcionarios la facultad de decidir discrecionalmente -la norma no establece parámetro alguno para evaluar dicho concepto- cuando un precio es «abusivo» y de imponer sanciones pecuniarias en aquellos casos en los que se considere que se configura la infracción. Se restablece con ello un mecanismo para el control de precios de ciertas empresas, con el agravante que se trata de un mecanismo que no opera bajo la forma de una aprobación previa, sino bajo la forma de una sanción impuesta sobre quien establezca precios que la autoridad considere abusivos.

Virtualmente la norma estará disponible y podrá ser aplicada a todos los sectores que no estén sujetos en la actualidad a algún tipo de regulación de precios (hoy aplicada sólo a las actividades caracterizadas por la presencia de monopolios naturales y que están sujetas a regulación de fijación tarifaria por mandato legal) y se desarrollen en mercados con altas barreras de ingreso donde se encuentre «*severamente restringida la libertad de elección de los consumidores*», condiciones que deberán ser determinadas caso por caso y de manera discrecional por los funcionarios responsables de aplicar la norma.

*b) ¿Cómo determinar la existencia de precios excesivos o abusivos?*

En el Glosario de Términos Relativos a la Economía de las Organizaciones Industriales y a las Leyes sobre Competencia (1996), editado conjuntamente por el Banco Mundial y la OECD, al referirse a los «precios excesivos» se señala lo siguiente:

> «Se refiere a los precios fijados muy por encima de los niveles competitivos como resultado de un monopolio o poder sobre el mercado. No obstante, en la práctica, cuando no existe concertación ni acuerdos para la fijación de precios o pruebas sobre el poder sobre el mercado como consecuencia de la alta concentración, es muy difícil establecer un límite máximo por encima del cual el precio es excesivo o irracional. Debido a que el método básico para organizar la producción en una economía de mercado es a través del sistema de precios, la flexibilidad de precios es crítica. Los precios fluctúan con el fin de equilibrar la oferta y la demanda. La escasez temporal de la demanda o el aumento de la misma generará un alza en los precios y constituirá un incentivo para el aumento de la producción y la entrada de nuevos proveedores. Además, debemos anotar que el precio y/o las comparaciones de utilidad entre las diferentes empresas, mercados o países presentan una serie de problemas legales y económicos. Los intentos de los gobiernos por controlar o forzar un retroceso de los precios que no son resultado de las restricciones a la competencia son inconsistentes con la filosofía de la política básica de la competencia.»

Si bien resulta cierto que este tipo de mecanismos se encuentra disponible en algunas jurisdicciones –la más notable de ellas es la Comunidad Europea, que en el artículo 82 del Tratado se refiere específicamente a este tipo de conducta como una prohibida-, también es cierto que han tenido **escasa** y muy controvertida aplicación· Así, se ha señalado:

> «Si bien las Cortes están preparadas a considerar justificaciones sobre este tema, la aceptación de que los precios excesivos puedan infligir el artículo 86 es preocupante (…) ¿Cómo se va a determinar el valor económico de un producto si el Mercado no tiene constricciones de precios? Una firma puede ser condenada y multada por cargar un precio que la Comisión después decide que excede el valor económico del producto. La aproximación del costo excesivo ignora que la función de los precios es el de una señal para nuevos entrantes. Si los precios y las utilidades son altos, nuevas empresas se verán atraídas a entrar en el mercado, por lo menos si las barreras de entrada son modestas.
>
> *Muchas personas piensan que solo si las barreras naturales de entrada existente – aquellas no impuestas por medidas estatales- son muy altas, debería sacrificarse la 'mano invisible' de la competencia ser sacrificada a favor de la regulación de precios. Como consecuencia de la imprecisión de los criterios legales, regulación de precios ex post facto – la condena de precios excesivos en el pasado- es incluso más preocupante que la regulación en el futuro. Es muy poco probable decir que niveles de precios deberíamos alcanzar in un Mercado más competitivo.*[104].

La última vez que en el sistema europeo se aplicó una sanción sobre la base de esta figura fue en la década de los 70's[105] en una decisión tremendamente criticada.

*c) Dificultades prácticas y riesgos de introducir el control de precios por esta vía.*

En la actualidad existe cierto consenso internacional respecto a la conveniencia de evitar la sanción de este tipo de conductas, debido a las dificultades existentes en el establecimiento de criterios claros y predecibles respecto a lo que debe entenderse por precios abusivos (¿Cuándo un precio se convierte en abusivo? ¿Cuál es la relación «permisible» / «legitima» entre el precio y los costos? ¿Cuándo una ganancia es razonable y cuándo es

---

104. KORAH, Valentine: *EC Competition Law and Practice*. 1997. Pag 113.

105. United Brands C. & United Brands Continental BV v. Commission of European Communities (76/353/EEC) [1976]

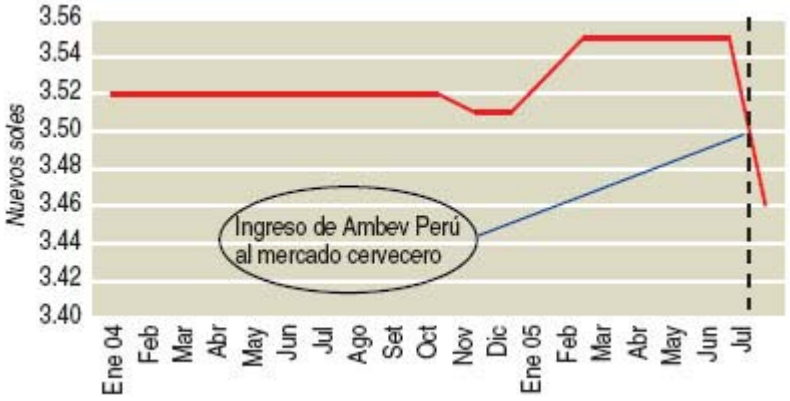
no razonable?), a la incertidumbre propia de un mecanismo que se aplica de manera ex post (y no ex ante) y al riesgo de convertir a las agencias de competencia en entidades dedicadas a la regulación de precios.

Existe consenso de que la atención debe ser puesta no en los «precios abusivos» o «excesivos», sino en las condiciones o en las prácticas que permiten que estos precios se mantengan[106]. De allí que se aconseja que la atención se focalice en combatir aquellas conductas o prácticas que impliquen el establecimiento de barreras arbitrarias de acceso al mercado -sean desarrolladas por las empresas o por el Estado- y que impiden una reducción en los precios.

Un ejemplo reciente de ello es la reducción en el precio de la cerveza durante el año 2005, la cual se explica básicamente por el ingreso de un nuevo competidor en un mercado con altos niveles de concentración[107].

Precio promedio al consumidor de cerveza blanca

**(botella de 620 ml)**




Fuente: INEI

*Elaboración: APOYO Publicaciones*

106. «Dados estos problemas, no debe sorprendernos que las autoridades de competencia usar sus recursos en procesos contra abusos anticompetitivos que excluyen competidores del mercado que estableciéndose a ellos mismos como reguladores de precios. WISH, Richard: *Competition Law*». 2003. Pág. 689.

107. *Semana Económica*. Grupo Apoyo. **Edición: 985. $ De Setiembre de 2005**

Lo mismo podemos decir de la reducción en el costo de las comisiones de las AFP's, la cual se alcanzó debido no una sanción impuesta por una autoridad de competencia –pese a la existencia de una denuncia formulada por un Congresista en contra de las AFP's precisamente por el establecimiento de «precios abusivos»- sino por el ingreso de una nueva AFP.

***Comisiones de AFP antes y después del ingreso de PRIMA 1/***

(%)

| | *Antes de Prima* | *Después de Prima* | |
|---|---|---|---|
| | | *Sin plan de permanencia* | *Con plan de permanencia* |
| Horizonte | 2.25 | 1.95 | 1.45 |
| Integra | 2.10 | 1.80 | 1.80 |
| Prima | - | 1.50 | 1.50 |
| Profuturo | 2.45 | 1.98 | 1.45 |
| Unión Vida | 2.27 | 1.94 | 1.40 |
| **Promedio** | **2.27** | **1.83** | **1.52** |

1/ A agosto del 2005

Fuente: Todas las AFPs
Elaboración: APOYO

En relación a la posibilidad de modificar la Ley de Competencia vigente con el objeto de introducir la figura de los «precios abusivos», en una reciente revisión de la Política de Competencia en el Perú efectuada por la OECD se menciona lo siguiente:

> «Cuando se aprobó la Legislación de Libre Competencia, aparentemente Perú tomó la decisión política de no incluir una prohibición de «precios excesivos» u otros medios para explotar una posición dominante. Muchos países carecen de tales prohibiciones, y muchos países que los tienen actualmente no los ponen en vigor. La razón no es que dichos países crean que los precios excesivos o demás prácticas de explotación sean buenas o inofensivas, sino que es difícil, sino imposible, poner en vigor

---

«La caída en el precio de la cerveza en agosto (-5%) debido a la mayor competencia en el mercado cervecero ha sido suficiente como para –junto con la reducción del precio de algunos alimentos– impactar negativamente el índice de precios al consumidor (IPC) de ese mes, que registró un descenso de 0.18%.

Y es que el precio de la bebida de malta empezó su descenso desde junio, cuando ingresó Ambev Perú, generando una pronta reacción de UCP Backus y Johnston, que poseía el monopolio cervecero desde el 2000. Probablemente, el precio promedio caerá más en los próximos meses, en la medida en que Brahma continúe con su ingreso a nuevos puntos de venta. De seguir aumentando el precio del petróleo –la principal presión inflacionaria en el mundo–, presumiblemente algunos directores del Banco Central de Reserva cruzarán los dedos para que la guerra cervecera continúe.»

> dichas prohibiciones de modo que la situación mejore en vez de empeorar. Es cierto que los países en vías de desarrollo como el Perú no pueden esperar que los precios excesivos estimulen la entrada de nuevos participantes en el mercado tan rápido como en el caso de los países desarrollados. Como resultado de ello, el perjuicio por el precio excesivo puede ser mayor en los países en vías de desarrollo, pero aún no hay un remedio viable a menos que la autoridad competente tenga el poder de retirar las barreras de entrada que respaldan la posición dominante de una empresa. La Comisión de Acceso al Mercado ya tiene el poder con respecto a las barreras de entrada más importantes – regulaciones anticompetitivas – Es más, la falta de autoridad para condenar la determinación de precios excesivos aparentemente no ha sido un problema en el pasado. En tales circunstancias, no hay razón aparente para que el Perú enmiende este aspecto de la ley.»[108] (El subrayado es nuestro)

En conclusión tanto la Ley como la lógica económica van en contra de que las autoridades de competencia se involucren en este tipo de actividades. Los niveles de discrecionalidad que conceden son solo superables por los niveles de riesgo que generan en los mercados.

iii. Los Estándares de Prueba de Prácticas que Constituyen Abuso de Posición de Dominio.

No basta definir el contenido sustantiva de las prácticas. Es central tener claro cómo debe probarse su existencia (qué debe probarse, quién debe probar, quién soporta la carga de la prueba, etc.). Si bien el análisis en este punto se va a concentrar principalmente en los casos de abuso de posición de dominio, lo cierto es que muchos son aplicables también a prácticas restrictivas. Sin perjuicio de ello, en la parte sección siguiente trataremos algunos aspectos particulares de la prueba de concertaciones y acuerdos horizontales.

Respecto de la prohibición de los casos de abuso de posición de dominio, el artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 701 establece:

> «Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyan abuso de posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.» (El subrayado es nuestro)

---

108. En: WINSLOW, Ferry : *Legislación y Política de Competencia en el Perú: A peer Review*. OECD. Junio, 2004. Pag. 87. Texto completo se encuentra disponible en: www.oecd.org

Como ya hemos señalado y se desprende de la norma citada, nuestro ordenamiento en materia de competencia no sanciona la mera ostentación de una posición de dominio en el mercado, sino aquellos actos ilegales que se efectúen aprovechando dicha posición y que generen perjuicios al interés económico.

Dicha opción legislativa se fundamenta en el hecho que no toda actuación de quien tiene una posición de dominio es necesariamente susceptible de causar un perjuicio al mercado, sino que por el contrario, existen supuestos en los que actuaciones que típicamente podrían ser consideradas como abusivas –discriminación de precios, negativas de trato, convenios de exclusividad, etc.- poseen una justificación económica y comercial, e inclusive pueden llegar a generar efectos pro competitivos. Ello conlleva que no sea posible considerar a este tipo de prácticas *per se* ilegales, sino que por el contrario deba de analizárselas caso por caso a fin de determinar su legalidad.

Así por ejemplo, hemos señalado que no toda discriminación de precios que se establezca en el mercado debe necesariamente ser sancionada por la autoridad de competencia. Existirán supuestos en los que tales restricciones pueden generar efectos beneficios tales como eliminar casos de *free riding*, establecer economías de escala a nivel de distribución, desconcentrar mercados de distribución, etc. Esto nos llevará necesariamente a concluir que debe permitirse el desarrollo de estas conductas en la medida que no generen, o sean susceptibles de generar, un daño al mercado.

Complementando lo establecido en el artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 701, el artículo 5 del referido cuerpo legal señala respecto de lo que debe entenderse por un supuesto de abuso de posición de dominio:

> «Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio (...)» (El subrayado es nuestro)

Atendiendo a lo establecido en las normas citadas, y al hecho que no toda conducta de un individuo con posición de dominio puede ser considerada como ilegal, la pregunta que debemos de respondernos es en qué casos la autoridad de competencia deberá sancionar una práctica por considerarla un caso de abuso de posición de dominio.

La respuesta a ello se encuentra precisamente en lo establecido por los dos artículos antes citados, de los cuales podemos extraer los elementos que deberán acreditarse a fin que una determinada conducta sea susceptible de una sanción por abuso de posición de dominio. Sobre el particular, el

Tribunal ha establecido en la Resolución Nº 0473-2003/TDC-INDECOPI[109] respecto de los elementos configurantes de un supuesto de abuso de posición de dominio:

> «El sistema de represión del abuso de posición de dominio en el mercado recogido por los artículos 3, 4 y 5 del Decreto Legislativo Nº 701 exige la concurrencia de tres elementos para su aplicación: (i) la posesión de una posición de dominio en el mercado por parte de una o más empresas en un mercado determinado, tal y como es definida por el artículo 4 de la ley; (ii) la explotación abusiva de dicha posición de dominio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 5 de la ley; y, (iii) el perjuicio para el interés económico general, exigido por el artículo 3 de la ley.» (El subrayado es nuestro)

Como se puede apreciar, el Tribunal ha establecido como criterios para la determinación de la existencia de este tipo de conductas sancionables, no solo la verificación de la existencia de posición de dominio por parte del denunciado, sino sobre todo, de la ilegalidad de la conducta, traducida en la comprobación del carácter abusivo de la práctica y la existencia, o la posibilidad que se genere, un real perjuicio al interés económico.

Sin perjuicio de lo anterior, debe señalarse que aún en los supuestos en que la agencia de competencia haya determinado la concurrencia de los tres elementos en un determinado caso, existe la posibilidad de que la conducta tampoco resulte pasible de sanción. Ello sucederá cuando se demuestre adecuadamente que la conducta objeto de cuestionamiento genera mayores beneficios que perjuicios en el mercado.

Sobre el particular, el Tribunal ha señalado en la Resolución Nº 0473-2003/TDC-INDECOPI:

> «(...) debe aclararse que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 701 en cuanto al perjuicio al interés económico general, excepcionalmente, y siempre que puedan acreditarse en forma suficiente, precisa y coherente, efectos beneficios en la conducta cuestionada que superen el perjuicio a los consumidores y al instituto jurídico de la competencia, dicha conducta no será calificada como abusiva sino como justificada y, en consecuencia, exenta de reproche y sanción debido a su balance positivo respecto de la afectación desinterés económico general.» (El subrayado es nuestro)

---

109. Resolución recaída en el Expediente Nº 007-2001-CLC, seguido por Clark, Modet & Co. Perú S.A.C. contra Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A.

Como bien señala el Tribunal, en los supuestos en que exista una conducta que encuadre en el supuesto de un abuso de posición de dominio, pero que sin embargo genere mayores efectos pro competitivos que perjuicios, dicha conducta deberá de ser considerada como justificada y, por tanto, exenta de cualquier posible sanción. Como se podrá advertir, toda vez que dicha posibilidad constituye una excepción a la sanción de conductas que típicamente se configuran como abuso de posición de dominio, la prueba de la existencia de efectos beneficiosos para el mercado deberá de ser adecuadamente acreditada para sustentar una exención en la sanción que correspondiese aplicar.

Como veremos más adelante, es curioso advertir como la exigencia de ciertos requisitos mínimos por el Tribunal del INDECOPI no es observada ni cumplida por el propio Tribunal al resolver algunos de los casos que hemos comentado.

Una vez delimitados los elementos que deben de concurrir a fin de determinar la procedencia de la sanción de una determinada conducta por constituir un supuesto de abuso de posición de dominio, el siguiente nivel de análisis se debe centrar en determinar en quién recae la carga de probar la concurrencia de tales elementos.

Si bien como principio general la carga de probar corresponde siempre a quien afirma los hechos materia de su pretensión[110], dada la especial naturaleza de los procedimientos administrativos la carga probatoria en estos casos reviste ciertos matices que imponen ciertas diferencias. En tal sentido, el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece:

> «1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.
>
> En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facul-

110. En este sentido, el artículo 196 del Código Procesal Civil establece: «*Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.*»

> tad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.» (El subrayado es nuestro)

Como se puede apreciar de la norma citada, ésta impone a la administración un importante deber probatorio a fin de sustentar sus decisiones, el cual incluso va más allá de simplemente tener en consideración aquello que sea alegado por las partes en el procedimiento. Así, sin perjuicio de la carga probatoria que recae en las partes de todo procedimiento, la administración posee el deber de acreditar de manera adecuada todos los hechos que sustentan sus decisiones, utilizando para ello todos los medios que sean necesarios.

Respecto de este principio y la lógica que lo sustenta, Juan Carlos MORÓN[111] señala:

> «Conforme a este principio las actuaciones administrativas deben estar dirigidas a la identificación y esclarecimiento de los hechos reales producidos y a constatar la realidad, independientemente de cómo hayan sido alegadas, y, en su caso, probadas por los administrados.
>
> El principio se sustenta en que los procedimientos administrativos no tratan de resolver conflictos intersubjetivos sino resolver directamente asuntos de interés público por su contenido, a diferencia de los procedimientos heterocompositivos: arbitrales o judiciales, donde el interés publico es la resolución del conflicto y no su contenido mismo.
>
> Conforme a ella, la administración tiene el deber de adecuar su accionar a la verdad material, y superar de manera oficiosa, las restricciones que las propias partes puedan plantear, deliberadamente o no (…)» (El subrayado es nuestro)

Como señala MORÓN, dado que en los procedimientos administrativos el objetivo perseguido es resolver asuntos vinculados directamente con el interés público, se impone a la administración un deber probatorio que asegure una adecuada garantía a la protección de dicho interés. Es por ello que la administración no deberá limitarse a las pruebas aportadas por las partes, sino que deberá de buscar por medio de todas las vías necesarias esclarecer los hechos puestos a su conocimiento y en los cuales sustentará su decisión.

Es importante notar que este especial deber de prueba de la administración resulta aún más intenso en los casos de los procedimientos sancionadores -como son los casos de libre competencia-, en los cuales no solo se

---

111. MORON, Juan Carlos. *Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, p. 41.

encuentra involucrado un interés público relevante, sino también la imposición de restricciones a los derechos e intereses económicos de los particulares. Ello a fin que se garantice que cualquier posible afectación que la administración imponga a los particulares posea un adecuado sustento.

Respecto de este especial deber probatorio impuesto por el principio de verdad material, el Tribunal ha señalado en la Resolución Nº 0224-2003/TDC-INDECOPI[112] acerca de su aplicación a los casos de libre competencia:

> «En aplicación del principio de verdad material, esta Sala coincide con las reglas seguidas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia probatoria, las cuales básicamente se resumen en lo siguiente:
>
> «La carga de la prueba de la infracción recae en la Comisión la cual debe presentar «prueba suficiente precisa y coherente» para sostener sus alegaciones y debe «demostrar suficientemente los hechos y evaluaciones» en que se basa su decisión. Si estos requisitos no se cumplen la decisión será total o parcialmente anulada o la multa reducida. (…) Los casos en que las pruebas sean equívocas se resolverán a favor de la empresa. Sin embargo, la Comisión puede basarse en pruebas indirectas y demostrar una pauta de conducta mediante numerosos ejemplos suficientemente claros. Una práctica concertada puede probarse por deducción y presunciones de hechos básicos, a pesar de que las partes puedan demostrar lo contrario.»
>
> *En todos los procedimientos en materia de Libre Competencia es indispensable un nivel de prueba «suficiente, precisa y coherente».»*[113] (El subrayado es nuestro)

Como correctamente ha señalado el Tribunal, en los procedimientos de libre competencia el deber probatorio impuesto a la autoridad de competencia la obliga a sustentar sus decisiones en un nivel de prueba «*suficiente, precisa y coherente*», a fin que no exista duda alguna respecto de la existencia del acto anticompetitivo que se sanciona. Es por ello que la propia Sala establece como parte de su estándar probatorio el que en los casos que las

---

112. Resolución recaída en el Expediente Nº 004-2002-CLC, en el procedimiento seguido de oficio por la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI contra la Asociación Peruana de Empresas de Seguros, El Pacífico Peruano Suiza Compañías de Seguros y Reaseguros, Generali Perú Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., Interseguro Compañía de Seguros de Vida S.A., La Positiva Seguros y Reaseguros S.A., Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros, Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros, Royall & Sunalliance Seguros Fénix, Sul América Compañía de Seguros S.A. y Wiese Atenía Compañía de Seguros.

113. Bellamy, Christopher y Graham Child. *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*. Madrid: Civitas, 1992, p.714-715.

pruebas existentes sean equívocas la autoridad deberá de resolver a favor de la denunciada.

Por otro lado, debe notarse que la opción adoptada por el Tribunal de aplicar los estándares probatorios utilizados por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea responde a la especial configuración de los procedimientos de libre competencia, en los cuales, siguiendo el modelo continental[114], la autoridad administrativa cumple un rol tanto investigativo como resolutivo.

Precisamente respecto de esta característica del modelo europeo en materia de libre competencia -en contraposición con el modelo norteamericano- y las consecuencias que ello impone respecto del deber probatorio de la agencia de competencia, Emil PAULIS[115] señala:

> «La aproximación a la determinación de los hechos es bastante diferente entre el sistema europeo y el sistema americano. Una primera gran diferencia reside en el hecho que el sistema europeo de juzgamiento administrativo, la investigación es realizada por la Comisión Europea no con espíritu acusativo sino con el espíritu de descubrir la verdad de los hechos del caso. La Comisión Europea actúa como una entidad que hace cumplir el ordenamiento, decidiendo si se ha cometido o no una infracción y si se debe o no sancionar dicha infracción. En tal sentido, tiene una específica responsabilidad de investigar los hechos no solo «de cargo (elementos inculpatorios), sino también los «de descargo» (elementos exculpatorios).» (El subrayado es nuestro)

Como se puede apreciar, este mayor deber probatorio que el ordenamiento impone a la autoridad de competencia, establece que ésta deba de buscar y analizar todos los elementos probatorios que le permitan obtener certeza de los hechos puestos a su conocimiento, incluyendo aquellos que puedan servir como elementos de descargo de los actos denunciados. Así, su labor investigativa la obligará a encontrar y analizar no solo los hechos y pruebas que la puedan llevar a determinar la comisión de actos ilegales, sino también aquellas que puedan determinar su legalidad, como por ejemplo la existencia de beneficios derivados de una aparente conducta abusiva.

---

114. Respecto de la influencia del modelo europeo en nuestro ordenamiento en materia de competencia, la Sala ha señalado en su Resolución Nº 0224-2003/TDC-INDECOPI que «*puede encontrarse una marcada influencia –de mayor entidad que aquella ejercida por la legislación argentina- de la legislación comunitaria en materia de libre competencia, contenida en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*».

115. PAULIS, Emil. «Checks and balances in the EU antitrust enforcement system». En: *International Antitrust Law & Policy*. New York: Juris Publishing, Inc., 2003, p. 282-283.

Como ya se ha señalado, en los casos de abuso de posición de dominio existe la posibilidad que una conducta que típicamente podría configurarse como tal, posea una justificación comercial o genere una serie de efectos positivos en el mercado que determine su legalidad. El no exigir a la autoridad que su deber probatorio incluya la investigación de tales efectos pro competitivos que determinan la legalidad de la práctica, implicaría una vulneración al derecho de defensa de los denunciados. Si la autoridad administrativa cumple con la función de investigación y de resolución, su actividad de manera alguna puede centrarse exclusivamente en determinar la existencia de hechos que la lleven a sancionar la práctica denunciada, sino también la existencia de elementos que configuren su legalidad.

Este doble nivel de exigencia probatoria, referido tanto a las posibles pruebas inculpatorias de los actos denunciados como a aquéllas que puedan determinar su legalidad, garantiza un adecuado respeto al derecho de defensa de los denunciados, ya que de lo contrario existirá el riesgo que la administración deje de lado el análisis de los argumentos que puedan determinar la legalidad de una determinada práctica y su pronunciamiento se vea contaminado únicamente con criterios referidos a la sanción de los actos. Como bien señala Paulis[116]:

> «No es suficiente contar con un cuerpo de buenas normas sustantivas, es también necesario tener un adecuado sistema de imposición que asegure tanto el cumplimiento de la ley como el respeto al derecho de defensa. Cuando uno de estos dos elementos es descuidado o cuando un desbalance (pesos y contrapesos) es creado a favor de uno en detrimento del otro, el sistema funciona incorrectamente. Un adecuado sistema de imposición es el que obtiene un buen balance entre la imposición eficiente de la ley y el eficiente respeto del derecho de defensa.» (El subrayado es nuestro)

Cabe señalar que la posibilidad que la autoridad de competencia se vea contaminada con criterios que la lleven a centrar su análisis en los criterios necesarios para sancionar una determinada práctica, y la lleven a dejar de lado el análisis de los elementos de juicio que la puedan llevar a determinar la legalidad de la práctica, se ve acrecentada en un sistema administrativo de control de la competencia como el nuestro, en el cual tanto la investigación como la decisión final recaen en la autoridad administrativa.

Sobre este punto, Paulis[117] señala refiriéndose a los riesgos del modelo europeo de defensa de la competencia:

---

116. Paulis, Emil. Ob. Cit., pag. 381.

117. Paulis, Emil. Ob. Cit., pag. 387-388

> «(i) Riesgo de falta de imparcialidad si el investigador y juzgador está demasiado focalizado en el resultado del caso y descuida el derecho de defensa (como el no tomar en cuenta hechos relevantes o interpretarlos erróneamente); el análisis de la evidencia presentada por la defensa depende mayormente de la convicción del investigador y juzgador; su propia convicción puede llevarlo a descuidar la importancia de determinados hechos o de interpretarlos de la manera que se ajuste más a su propia convicción (…)
>
> (ii) Riesgo de falta de investigación porque la autoridad puede maquillar la falta de evidencia por el hecho que es ella quien tiene a su vez el poder de decisión y puede sucumbir al riesgo de sustituir la verdadera evidencia por la intuición o la simple presunción (…)» (El subrayado es nuestro)

Es precisamente por la existencia de estos riesgos que en el ámbito comunitario europeo se ha establecido un estándar probatorio que obliga a la autoridad de competencia a probar debidamente los hechos que sustentan sus decisiones, estándar que la propia Sala ha señalado resulta también aplicable a sus decisiones. Ello permite que al sancionar una práctica como anticompetitiva, exista una garantía mínima respecto a que la autoridad ha analizado y corroborado de manera certera que dicha conducta es ilegal y que de ella no se deriva ningún tipo de beneficio que la haga inmune a una sanción.

Así, el artículo 2 del Reglamento (CE) No 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de la Unión Europea establece:

> «Carga de la prueba
>
> En todos los procedimientos nacionales y comunitarios de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, la carga de la prueba de una infracción del apartado 1 del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue. La empresa o asociación de empresas que invoque el amparo de las disposiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado deberá aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado.» (El subrayado es nuestro)

Finalmente, es pertinente remarcar que el estándar probatorio establecido por la Ley del Procedimiento Administrativo General, y que ha sido recogido por el INDECOPI en la resolución de los casos de libre competencia puestos a su conocimiento, inclusive ha sido expresamente plasmado en el Proyecto Ley de Defensa de la Competencia[118] elaborado por el INDECOPI. En efecto, el artículo 7 del referido proyecto señala expresamente:

---

118. http://www.INDECOPI.gob.pe/upload/tribunal/sdc/2005/expomotivos-enero2005.pdf Consulta efectuada el 28 de abril de 2005.

> «Artículo 7.- Carga de la prueba
>
> La Comisión tiene la carga de probar la realización de las conductas tipificadas en el artículo 5 de la presente Ley, su ejecución y sus efectos anticompetitivos en el mercado nacional (…)»

Cabe precisar que si bien dicho estándar probatorio ha sido establecido en el Proyecto a efectos que proceda la sanción de prácticas restrictivas de la competencia -concertación de precios o condiciones de ventas, distribución de mercados, etc.-, con mayor razón éste resulta también aplicable a los supuestos de abuso de posición de dominio. En efecto, si consideramos que las prácticas restrictivas de la competencia poseen una fuerte presunción de ilegalidad –debido a que es poco probable que sean conductas que puedan generar beneficios en el mercado- y aún así se impone a la autoridad de competencia el probar no solo su efectiva ejecución, sino incluso sus efectos anticompetitivos, es decir, su ilegalidad, dicho estándar resulta con mayor razón aplicable a los supuestos de abuso de posición de dominio, los cuales no poseen esta presunción de ilegalidad, sino que por el contrario se considera que éstos en muchos casos pueden generar efectos pro competitivos.

A ello se añade el hecho que al ejercer sus potestades sancionadoras el INDECOPI está restringiendo derechos de naturaleza constitucional, tales como el derecho de propiedad, el de libre contratación y el de libre iniciativa empresarial. Si bien ello se puede justificar en base a la autorización que el artículo 61 de la Constitución da al Estado para velar por la libre competencia, ello significa que dichos derechos no pueden limitarse solo en base a presunciones, sino a la prueba efectiva de la afectación negativa a la libre competencia. Ello convierte la carga de probar que tiene la administración pública -en este caso el INDECOPI- en una carga particularmente pesada, para asegurar la protección de los derechos fundamentales.[119]

De lo hasta aquí señalado podemos concluir que de acuerdo con la legislación vigente y con los criterios que ha venido aplicando el INDECOPI en materia de libre competencia, para que una conducta pueda ser sancionada por constituir un supuesto de abuso de posición de dominio se debe de probar: (i) que la denunciada posea una posición dominante en el mercado; (ii) que efectivamente se ha efectuado un acto de explotación abusiva de dicha posición de dominio; y, (iii) que existe un perjuicio para el interés económico general.

---

119. En ello la carga no se diferencia de la que existe en derecho penal, en la que la afectación de derechos como la libertad exige una actividad probatoria más intensa para evitar la vulneración de los derechos de los ciudadanos.

De acuerdo con lo establecido por el principio de verdad material recogido en la Ley del Procedimiento Administrativo General y con el estándar probatorio aplicado por el INDECOPI, la carga de la prueba de la prueba de la infracción recae en la autoridad de competencia, en uso de sus facultades investigativas, la cual deberá sustentar su decisión en pruebas suficientes, precisas y coherentes y deberá demostrar suficientemente los hechos y evaluaciones en que se basa su decisión. Por ello, y en concordancia con una adecuada garantía al debido proceso, en los casos en que las pruebas sean equívocas o no se acredite de manera suficiente el daño al mercado, toda denuncia deberá de ser resuelta a favor de la denunciada.

### 4. Alcance de la Revisión de las Decisiones del INDECOPI por el Poder Judicial.

Un último punto es el alcance con el que el Poder Judicial puede revisar lo resuelto por el INDECOPI, esto es si, en el caso se plantee una acción contencioso administrativo ante el Poder Judicial ¿Pueden las Cortes revisar el integro de la decisión o deben anularla y regresarla al INDECOPI para que vuelva a fallar? Lo que analizamos aquí es pertinente también a los casos de otras prácticas distintas al abuso de posición de dominio, como sería el caso de las prácticas colusorias o restrictivas, y en general a virtualmente todos los temas que son resueltos por dicha institución, incluso los no referidos a libre competencia.

Así debemos determinar si el Poder Judicial cuenta con facultades suficientes para modificar un pronunciamiento de la autoridad de competencia contrario a derecho, o si su revisión se limitará a determinar el cumplimiento de aspectos formales para la emisión del pronunciamiento.

A fin de determinar la posibilidad del Poder Judicial de modificar el fondo de lo resuelto por el Tribunal del INDECOPI, debemos de partir por analizar la naturaleza del nuevo proceso contencioso – administrativo instaurado por la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobada mediante Ley Nº 27584 (en adelante, la LPCA).

En efecto, a partir de la entrada en vigencia de la LPCA, el proceso contencioso administrativo sufrió una importante modificación en su configuración respecto del modelo anterior: se configuró como un proceso de «plena jurisdicción» o de «carácter subjetivo». Ello quiere decir que el órgano judicial ya no encuentra limitada su actuación a un mero control objetivo de la legalidad de los actos administrativos objeto de cuestionamiento, sino que su función se extiende también a la directa e inmediata protección y satisfacción de los derechos e intereses de los demandantes afectados por dicha actuación administrativa. Así, además de la declaración de nulidad

de la actuación administrativa cuestionada, el órgano judicial también efectuará un verdadero reconocimiento o restablecimiento del derecho afectado y la adopción de cuantas medidas o actos resulten necesarios para lograrlo.

En este sentido, Giovanni PRIORI señala[120]:

> «La pretensión de plena jurisdicción es un reconocimiento, a nivel del proceso contencioso administrativo, del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues a través de ella el particular puede obtener un pronunciamiento jurisdiccional que de manera real y eficaz le proporcione una tutela a las situaciones jurídicas de las cuales es titular.
>
> De esta forma, a diferencia de la pretensión de anulación, la llamada pretensión de plena jurisdicción consiste en que, mediante demanda, una persona afirma tener derecho a tutela jurídica, respecto de una entidad de Derecho Público, para que le reconozca, restituya o indemnice un derecho civil o administrativo, conculcado o desconocido por acto, hecho, omisión, operación administrativa y aún la llamada vía de hecho. En ese sentido, a través de dicha pretensión, se solicita al órgano jurisdiccional no sólo la anulación del acto, sino el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para *el pleno restablecimiento de la misma (…)»* (El subrayado es nuestro)

Este cambio en la concepción del proceso contencioso administrativo se produjo a raíz de la intención del legislador de que el órgano jurisdiccional no sólo pudiese efectuar un control formal sobre la legalidad de la actuación administrativa, sino que, sobre todo, pudiera otorgar una tutela efectiva a los derechos de los administrados. Es en este sentido que la Exposición de Motivos del Proyecto de la LPCA, aprobada mediante Resolución Ministerial Nº 174-2000-JUS, señala:

> «El proyecto se adscribe a las tendencias más modernas de la doctrina del Derecho Administrativo comparado que ha defendido durante años la necesidad de superar el denominado carácter meramente «revisor» del proceso contencioso administrativo, que concebía a los actos administrativos impugnados como el verdadero objeto del proceso administrativo configurado como el «proceso al acto», lo que implicaba que los jueces tenían que limitarse a enjuiciar la validez del acto impugnado y debían hacerlo, además, bajo la pauta previamente establecida en la vía administrativa como si se tratase de un mero recurso de revisión contra una resolución. El error y la insuficiencia de la tesis del carácter «revi-

120. PRIORI POSADA, Giovanni. *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*. Lima: ARA Editores, 2ª. Edición, 2002, p. 150-151.

> sor» trae como consecuencia que el proceso contencioso administrativo sea concebido como una segunda instancia simplemente revisora del procedimiento seguido en sede administrativa, lo que genera que se le reste efectividad al necesario control judicial o de la juridicidad de la actividad administrativa (...).»

Siguiendo la línea de la Exposición de Motivos, el numeral 2 del artículo 5º de la LPCA establece expresamente que en el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener *«el reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines»*. De manera concordante, el numeral 2 del artículo 38° de la LPCA señala que en la sentencia que se expida, el juez podrá decidir *«el restablecimiento o reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento o reconocimiento de la situación jurídica lesionada, aun cuando no hayan sido pretendidas en la demanda»*.

Como se puede apreciar, a partir de la entrada en vigencia de la LPCA las pretensiones en el marco de un proceso contencioso administrativo pueden ser de «plena jurisdicción», es decir, se puede solicitar al Poder Judicial no solo la anulación del acto administrativo cuestionado, sino también el reconocimiento de manera individualizada de la situación jurídica lesionada y la adopción de las medidas requeridas para su pleno restablecimiento.

Así, las sentencias que se emitan ya no serán exclusivamente declarativas, sino que podrán configurarse también como sentencias con efectos reales en las situaciones jurídicas en las que se encuentran los administrados. Ello incluye la posibilidad de pronunciarse sobre una presunta infracción administrativa, declarando que el administrado no la ha cometido y que por lo tanto no le corresponde sanción alguna.

Esta opción legislativa guarda perfecta lógica con la idea de un adecuado respeto a la tutela judicial efectiva consagrado en nuestra constitución, en la medida que garantiza que una decisión administrativa no ajustada a derecho no se verá consolidad por una imposibilidad de efectiva revisión por parte del órgano judicial.

Al respecto, resulta particularmente interesante lo señalado por Adriano[121] al referirse al esquema que debe de ser utilizado en los procesos de revisión judicial en materia de libre competencia:

---

121. Adriano Raffaelli, Enrico. «European Union competition policy subsequent to the Airtours case». En: *International Antitrust Law & Policy*. New York: Juris Publishing, Inc., 2003, p. 136.

> «Atendiendo al hecho que la Comisión puede cometer errores (algunos muy serios y con graves consecuencias) en la aplicación de la ley europea de libre competencia, el sistema debe de proveer a los operadores económicos la posibilidad de una revisión judicial efectiva que pueda enmendar los errores de la Comisión. (…) Es entonces indispensable que el sistema de libre competencia europeo cuente con un proceso de revisión judicial que sea, primero y sobretodo, oportuno» (El subrayado es nuestro)

Como bien señala ADRIANO, en materia de libre competencia la posibilidad que el órgano judicial se encuentre facultado para pronunciarse respecto de aspectos de fondo, y no solo respecto de aspectos formales de la actuación administrativa impugnada, resulta crucial, toda vez que como señala BORNKAMM «*las preguntas acerca si la competencia será restringida por un contrato entre privados o si una concentración generará o fortalecerá una posición dominante en el mercado son los puntos vitales en los casos de libre competencia, por lo que no deben permanecer intocables por la revisión judicial.*» [122]

Es precisamente en atención a estas necesidades que en la experiencia extranjera podemos apreciar que el esquema de revisión judicial establecido en nuestra LPCA ha sido también aplicado por las cortes en diversos casos de libre competencia. Así por ejemplo, en el marco de la Comunidad Europea vemos como las Cortes cada vez de manera más decidida han empezado a analizar el fondo de los pronunciamientos de las autoridades administrativas, modificándolo en caso éste se encuentre sustentado en fundamentos errados.

Sobre el particular, WHISH[123] señala:

> «(…) El Tribunal del Primera Instancia, de manera creciente, ha ejercitado su poder de revisión sobre el fondo de una manera comprehensiva y emocionante. Esta tendencia puede ser ejemplificada con una serie de decisiones invalidadas por el Tribunal de Primera Instancia en aplicación de la Regulación Europea de Control de Fusiones: Aitours vs. Comisión, Schneider Electric vs. Comisión y Tetra Laval vs. Comisión. En dichos casos el Tribunal tomó parte de una exhaustiva revisión de los aspectos sustantivos, así como el procesal, de la decisión de la Comisión, para luego proceder a anularlos. Estos casos indican que la Comisión debe brindar un adecuado razonamiento en sus decisiones, susten-

---

122. BORNKAMM, Joachim. «Judicial control and review of antitrust administrative authorities». En: *International Antitrust Law & Policy*. New York: Juris Publishing, Inc., 2003, p. 374.

123. WHISH, Richard. *Competition Law*. Fifth Edition. London: Lexis Nexis, 2003278-279.

> tado en evidencia precisa y persuasiva; así, el margen de apreciación de la Comisión en los casos de competencia no podrá impedir la efectiva revisión judicial por parte del Tribunal de Primera Instancia.»

Tal como señala WHISH, puede apreciarse cómo en recientes casos el Tribunal de Primera Instancia ha anulado decisiones de la Comisión Europea por considerar que la interpretación que efectuara de las normas de libre competencia y su aplicación al caso puesto a su conocimiento resultaban erradas. Así por ejemplo, en el caso *Airtours v. Commission*[124], el Tribunal de Primera Instancia revocó la decisión de la Comisión Europea de prohibir la operación de concentración de las empresas Airtours y First Choice por considerar errado el análisis económico que efectuara y su aplicación de la legislación en materia de control de concentraciones, ya que no habría cumplido con acreditar más allá de toda duda razonable las consecuencias nocivas para la competencia derivadas de la referida operación de concentración.

De acuerdo con el Tribunal «*cuando la Comisión considera que debe prohibirse una operación porque va a crear una situación de posición dominante colectiva, recae sobre ella la carga de aportar pruebas sólidas.*» (El subrayado es nuestro) Toda vez que en el referido caso el Tribunal consideró que la Comisión no había podido acreditar de manera adecuada la forma en que la operación de concentración perjudicaba efectivamente los intereses de los consumidores o de los competidores, revocó su decisión y la ajustó a derecho de acuerdo con los estándares probatorios aplicables a este tipo de prácticas.

De lo anterior se evidencia que no resulta extraño el que la autoridad judicial revoque decisiones adoptadas por la agencia de competencia y que, por el contrario, ello es posible cuando la decisión adoptada se sustente en supuestos no debidamente acreditados o en la indebida aplicación de la normatividad pertinente.

### iv. A Manera de Conclusión.

En términos generales las denuncias o los casos de abuso de posición de dominio al ser observados y analizados deben despertar la sospecha de la autoridad que debe resolverlos. En la mayoría de los casos serán simplemente una reacción a competencia agresiva. Así, quien no se siente seguro de poder competir volverá su propia incapacidad y la convertirá en abuso de su 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.

---

124. T. 342/99.

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 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 prelación o práctica exclusoria, es decir que se trate de un acto abusivo de una posición de dominio:

### 3.1 Costos de la práctica

Esto implica evaluar los posibles costos en que deberá incurrir la empresa con posición de dominio para financiar la prelación o práctica exclusoria (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.

### 3.2 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.

### 3.3 Posibilidades 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.

### 3.4 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.

### 3.5 Intencionalidad.

Esto implica que 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 prohíbe 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 prelación o prácticas exclusorias 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 perjudicándolo.

# Cuando concertar es malo

## Prácticas Restrictivas de la Competencia*

Tipificadas en el artículo 6 del Decreto Legislativo 701, estas infracciones no requieren la existencia de posición de dominio en el mercado. Se refieren básicamente a prácticas colusoria, es decir a acuerdos entre empresas dirigidos a limitar la competencia en el mercado.

Vamos a concentrarnos principalmente en la práctica más nociva de todas: los casos de carteles o acuerdos verticales entre competidores, en especial acuerdos dirigidos a fijar, directa o indirectamente, los precios en el mercado.

Entre las disposiciones del artículo 6 del Decreto Legislativo 701 se encontraba el inciso a), el mismo que prohíbe las concertaciones injustificadas de precios y otras condiciones de comercialización. Este inciso ha sido

---

* La primera parte de la presente sección se basa en el artículo «Las Concertaciones de Precios y la Protección a los Consumidores», publicado en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, Serie Derecho, 1998 y en el artículo «El Regreso del Jedi (o de la Discrecionalidad en la Aplicación de las Normas de libre Competencia)» publicado en *Themis, Revista de Derecho,* No. 47, 2003. La última parte, referida a los acuerdos de compras conjuntas se basa en el artículo «La Mujer del César... ¿Son los Acuerdos de Compras Conjuntas Ilegales según las Normas de Libre Competencia» en coautoría con Alejandro Falla, publicado en *Themis, Revista de Derecho*, N.° 45,2002. Además el autor desea agradecer la colaboración de Carolina de Trazegnies en la elaboración de esta sección.

modificado por el artículo 11 del Decreto Legislativo 807, retirando el término «injustificado»[1].

Los casos de concertación de precios han sido los que se han presentado con más frecuencia y en los que la autoridad ha intervenido con mayor energía. Como consecuencia de años de políticas de control y fijación de precios por el Estado, los agentes económicos interpretaron no solo que concertar precios no estaba prohibido, sino de que era además una práctica fomentada por el Estado, que citaba a los empresarios a los Ministerios para acordar cómo debían fijarse los precios[2].

Con la supuesta intención de proteger a los consumidores, los funcionarios de diversos gobiernos se reunían en una mesa con los representantes de gremios o empresas; con la sola intención de fijar precios «equitativos» o «adecuados».

Sin perjuicio de que tal mecanismo daba pie a la corrupción y no garantizaba de ninguna forma los intereses de los consumidores, cometía un pecado aún más grave: dejaba de lado al consumidor en su rol y, sobre todo, en su derecho de participar en el proceso de formación de los precios

Esta situación no sólo creó una cultura de la concertación, sino que llevó a la formación de equivocados valores éticos sobre su conveniencia, llegando a denominar a estos acuerdos como «pactos de caballeros» y considerándose a quienes no los respetaban o a quienes no querían asumirlos como «competidores desleales» o «traidores». Lo más curioso es que el propio Estado era víctima de lo que apoyaba, pues eran frecuentes las concertaciones en las licitaciones o procesos de adquisición y contratación de bienes y servicios. Esto forzó al Estado a gastar de su presupuesto más de lo que gastaría si los postores realmente compitieran entre sí[3].

---

1. Los alcances de esta modificación serán analizados con más detalle más adelante en la presente sección.

2. Por ello no debe extrañar que en uno de los primeros casos de concertación de precios, seguido de oficio por el INDECOPI contra diversos gremios de transportistas, la Federación de Choferes del Perú haya presentado como prueba de descargo de la concertación de las tarifas de transporte público, un acta firmada por el Ministro de Economía en el que se acordaba la fijación de dichas tarifas.

3. Esto llevó a que se incluyera expresamente tal infracción al modificar recientemente en el Decreto Legislativo Nº 701. Así, el Decreto Legislativo 807 agregó un nuevo inciso i) al artículo 6 que sanciona «El establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas». Si bien se puede considerar que tal infracción ya estaba contemplada en el inciso a) del artículo 6, su inclusión es importante para fines de dejar claramente establecido el carácter ilegal de la práctica.

Los casos de concertación de precios que han sido conocidos por la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, demuestran que en muchos casos, las infracciones eran originadas más por este marco cultural deformado y distorsionado, que por la intención real de romper la Ley.

## I. ¿POR QUÉ ES MALA LA CONCERTACIÓN?

La pregunta que normalmente asalta a los empresarios es por qué se les prohíbe fijar de manera concertada precios comunes. Ellos lo consideran como parte de su autonomía privada, como parte de su libertad de contratar y, en algunos casos, como parte de su libertad de asociación (cuando la concertación se da en el marco de un gremio o asociación empresarial). Si cada uno es libre de fijar su propio precio ¿por qué va a ser malo que usen tal libertad de manera conjunta y coordinada?

La respuesta a la pregunta, la encontramos en un derecho básico del consumidor: su derecho a elegir. En el libre mercado, los precios, las calidades y las condiciones de comercialización son consecuencia de la interacción de consumidores y proveedores. Ello implica que la libertad de fijación de precio encuentra como límite la disposición de pagar dicho precio por los consumidores, de la misma manera como la libertad del consumidor de pagar un precio bajo encuentra como límite la disposición del proveedor de vender a dicho precio.

El mecanismo que garantiza la libertad en este campo es la competencia. Si un proveedor desea vender muy caro, los precios menores de sus competidores, ávidos de vender, conseguirán un desplazamiento de la demanda de los consumidores, permitiéndoles mandar señales claras sobre su disposición a pagar menos. Por su parte, si un consumidor desea comprar muy barato, la disposición a pagar más por parte de otros consumidores le enviará la señal de que el proveedor no está dispuesto a vender al precio deseado.

Cuando se concertan precios, sin embargo, tal libertad desaparece. El consumidor se ve privado de su facultad de enviar señales claras. La decisión de los proveedores de vender al mismo precio, priva a los consumidores de su facultad de elegir los precios más competitivos, y con ello de mandar señales claras sobre sus preferencias. Ya no es el Estado el que «expropia» a los particulares su libertad de elegir por la vía de fijar precios, sino que son las agrupaciones empresariales las que «expropian» la facultad de elegir a los consumidores.

En un contexto como el descrito, es perfectamente explicable por que la ley limita la facultad de las empresas de adoptar ese tipo de acuerdos. Permitirlo limitaría de manera injustificada la facultad de los consumidores

de elegir entre diversos precios. Si finalmente termina habiendo un solo precio en el mercado, éste debe ser consecuencia natural de la competencia, de las condiciones de oferta y demanda existente, lo que incluye la participación de los consumidores. Así, se limita la autonomía privada de las empresas sólo para evitar una limitación aún mayor a la autonomía privada de los consumidores[4].

En ocasiones se escucha el argumento de que las concertaciones obedecen a las condiciones de oferta y demanda. Así, se dice que si las empresas concertan precios altos es porque la escasez de los productos que producen conducen a un aumento del precio. El argumento es equivocado. Es precisamente al revés. Toda concertación para subir precios lleva implícito un acuerdo de restringir la producción, es decir, de generar escasez. Si se va a vender más caro, se está asumiendo que menos consumidores podrán pagar los nuevos precios resultantes, y es ahí donde se ve el verdadero daño de la concertación. El problema no está dado del lado del consumidor que tiene que pagar más, sino del que ya no puede comprar. Ello implica menos producción que la deseable, y con ello menos eficiencia en la economía. En el fondo el problema es que la concertación lleva implícita el acuerdo de producir menos de lo que la sociedad está dispuesta a demandar (es decir necesita) dado el nivel de estructura de costos existente, la capacidad productiva y las preferencias de los consumidores.

Es por ello que las concertaciones vulneran los derechos de los consumidores. La preocupación no va por el lado de la acumulación del poder económico, sino por el mal uso de dicho poder en perjuicio de la competencia. La miopía en identificar a éste como el verdadero problema, es lo que genera la confusión sobre la necesidad o no de prohibir estos acuerdos.

## II. EL MERCADO COMO MECANISMO DE COMBATIR LOS CARTELES DE PRECIOS.

Se suele decir que el control de los carteles de precios debe ser encargado al propio mercado. Esa afirmación es, en principio cierta. Sin embargo deben hacerse algunas precisiones.

---

4. Esto es importante dentro del concepto de cuál debe ser el objetivo final de una legislación antimonopolios. Como ya se ha mencionado debe quedar atrás la idea de que las normas antimonopólicas tienen por objeto proteger a las empresas pequeñas o destruir las empresas grandes. La legislación antimonopolios busca promover la competencia, no restringirla, y ello incluye promover las eficiencias derivadas del tamaño y de las economías de escala. Su fin último, por la vía de promover la competencia, es el bienestar del consumidor.

De hecho, los carteles que suelen ser relativamente frágiles ante los incentivos que genera la competencia:

a) La entrada de nuevos competidores puede socavar las bases del cartel. Así, al elevarse el precio esto genera incentivos para la entrada de nuevos consumidores ajenos al cartel. Si no existen barreras de acceso al mercado (aranceles altos, prohibiciones de importaciones, licencias previas; de desarrollo de actividades, etc.) la entrada de nuevos proveedores irá poco a poco debilitando el poder del cartel para fijar el precio, hasta terminar quebrando el acuerdo.

b) Incluso cuando no existe entrada de nuevos consumidores, existen incentivos importantes para traicionar el cartel por parte de sus integrantes. El acuerdo no puede ser ejecutado usando vías legales, precisamente por ser ilícito[5]. Con ello quien hace «trampa» tiene mucho que ganar, con lo que el acuerdo tiene una debilidad bastante clara.

Así, los carteles no tienen mucho futuro en el largo plazo. Sin embargo la experiencia demuestra que pueden subsistir por períodos relativamente largos. Durante esos períodos pueden generar pérdidas apreciables de eficiencia, restringiendo la producción de manera tal, que los consumidores (y la sociedad en general) se ven perjudicados. La generación de tales pérdidas es lo que justifica la acción del Estado para evitar los riesgos que la cartelización implica. Los beneficios de dicha intervención deben medirse no sólo calculando los efectos producidos en el caso específico, esto es, en el aumento de producción generado en el mercado una vez que el cartel es roto, sino en el efecto que la acción del Estado genera en otros mercados o empresas. En esos mercados, los proveedores observan las consecuencias de la cartelización, y a la luz de tales consecuencias reciben incentivos para no cartelizar, manteniendo la producción en niveles que reflejan condiciones de mercado.

La visión expuesta podría, sin embargo, ser considerada cortoplacista. Bajo tal argumento, siempre el Estado podría encontrar argumentos para intervenir el mercado con la excusa de que los mecanismos de competencia pueden tardar en corregir distorsiones. El riesgo sería que hasta un control estatal abierto de los precios podría justificarse en la necesidad de eliminar las ineficiencias en el corto plazo.

---

5. Esta es una razón adicional que abunda en la necesidad de prohibir estos acuerdos. Si estos fueran válidos y pudieran ser ejecutados por medios legales (por ejemplo, ante un tribunal), el mecanismo de traición de sus integrantes desaparecería o se reduciría, permitiendo al cartel sobrevivir por mucho más tiempo en perjuicio de los consumidores.

En el caso de los carteles de precios, sin embargo, es posible justificar la acción estatal en base a un análisis costo-beneficio. Las concertaciones de precios no generan ningún beneficio aparente o posible a la economía. Las empresas involucradas; en un cartel no se han integrado productivamente para alcanzar economías de escala. Tampoco han establecido, en principio, formas de reducir costos de producción ni han tomado medidas destinadas a mejorar la situación de los consumidores. En pocas palabras, el cartel no es un camino para mejorar eficiencia. Simplemente es una forma de reducir rivalidad en el mercado por la vía de pactar un precio común.

Aquí es importante diferenciar la acumulación de poder económico derivado del crecimiento interno de una empresa o de una fusión, de la que se produce como consecuencia de un acuerdo de precios. La aspiración de las empresas a dominar el mercado es, de alguna manera, el motor de la economía. Las empresas reducen sus costos, bajan sus precios y mejoran la calidad de sus bienes y servicios en su afán de capturar las preferencias de los consumidores y así aumentar su participación en el mercado. La meta última de toda empresa es alcanzar una posición de dominio en el mercado. Por eso es que el Estado no debe cuestionar nunca una posición de dominio alcanzada en base al crecimiento interno. El crecimiento interno de una empresa refleja su eficiencia y el premio que recibe por ello es una mayor participación en el mercado. Si se cuestionara la posibilidad de alcanzar dicho poder, se estaría enviando el mensaje de que crecer es malo, y por tanto se reducirían los incentivos para que las empresas sean eficientes[6].

Cuando enfrentamos la acumulación de poder de mercado, por la vía de un acuerdo de precios las cosas son diferentes. No estamos premiando la eficiencia, ni estamos incentivando a las empresas a crecer. Por el contrario, es consecuencia natural de un cartel que los participantes en el mismo mantengan inalterables su participación en el mercado, mientras el cartel se mantenga vigente y no entren nuevos competidores. El acuerdo, al limitar la competencia, nos priva de los beneficios que ella genera. El cartel no integra productivamente a las empresas. Simplemente les permite dejar de mejorar y, sin embargo, ganar más dinero por la vía del precio que fijan.

---

6. Este es el tema que hace que existan tantas discrepancias en la doctrina sobre la conveniencia o no de combatir las fusiones y adquisiciones de empresas. En ellas se combina un crecimiento que puede generar mayores niveles de eficiencia, con una reducción de rivalidad (es decir, de competencia) que podría no justificar las mejoras de eficiencia alcanzadas. Las dudas en esta área, y la posibilidad de cometer errores, son, por tanto, mayores.

Así, el cartel sí produce pérdidas económicas por la vía de la limitación en la cantidad producida dirigida a alimentar el precio. En pocas palabras, mientras el mercado se demora en corregir los efectos de la concertación, la sociedad está perdiendo a cambio de no ganar nada. Ello conduce a que si el Estado prohíbe y sanciona a un conjunto de proveedores que acordaron precio, se está ganando algo y no se está perdiendo nada.

Este razonamiento ha llevado a que prácticamente toda la doctrina, y con ella la mayoría de legislaciones del mundo, expresamente o en su aplicación práctica, consideren a la concertación de precios como una practica *per se* ilegal. Esto quiere decir que producida y descubierta una concertación de precios, esta debe ser sancionada sin entrar a analizar la razonabilidad o no de la misma. Se trataría, por tanto, de una suerte de «responsabilidad objetiva» por el desarrollo de la práctica.[7]

## III. EL CARÁCTER *PER SE* DE LAS CONCERTACIONES DE PRECIOS.

Siempre ha existido (y continua existiendo) una gran discusión respecto a si nuestra legislación recogía o no una regla *per se* o una regla de la razón para las concertaciones de precios.

En la década de los noventa la jurisprudencia administrativa peruana, en criterios confirmados por el Poder Judicial, optó la aproximación norteamericana y consideró los acuerdos horizontales de precios entre competidores como «*per se* ilegales». Con ello se apartó de la posición europea inicial (y que ya ha sido dejada de lado) que sujeta estos acuerdos a la llamada regla de la razón. Esto implica que, como principio general, no se admite justificación basada en la razonabilidad del acuerdo ni en el hecho de que el mismo afecte o no la competencia.

Este criterio fue establecido por el Tribunal del INDECOPI el que definió en el caso de la acción de oficio seguida contra la Asociación Peruana de Avicultura y otros[8] que la concertación de precios entre competidores era «*per se* ilegal».

La discusión continuó a nivel académico y supuestamente el Decreto Legislativo 807 había zanjado la misma. En su texto original el inciso a) del artículo 6 señalaba que no cabía la concertación «injustificada» de precios. El término «injustificada» traía la duda sobre la posibilidad de justificar la

---

7. Como veremos más adelante, esto ha sido cuestionado en una reciente Resolución del Tribunal de INDECOPI en lo que ha significado un serio retroceso en nuestra legislación de libre competencia.

8. Resolución Nº 276-97-TDC.

concertación sosteniendo que era razonable. El origen de la palabra «injustificado» se encontraba, sin embargo, en el texto original del artículo 7 del Decreto Legislativo 701. Dicha norma permitía a quien fuese a desarrollar una práctica concertada, a solicitar a la Secretaria Técnica de la Comisión de Libre Competencia la autorización para la misma, basada en una serie de razones distintas, supuestamente vinculadas con la eficiencia del acuerdo. Con buen criterio, el artículo 5 del Decreto Legislativo 788 derogó el artículo 7 del Decreto Legislativo 701, dejando claro que no cabía «justificar» previamente las concertaciones. Lamentablemente, el legislador olvidó eliminar el término «injustificado» en el inciso a) del artículo 6, con lo que quedaba abierta la posibilidad de interpretar que las empresas que concertarán precios, podrían justificar la razonabilidad de la concertación y con ello, liberarse de responsabilidad. El nuevo texto del inciso a), según la modificación introducida por el artículo 11 del Decreto Legislativo 807, dejaba bastante claro que ya no cabe alegar la razonabilidad de la práctica al haber eliminado el término «injustificado». A pesar de esta claridad, como veremos en un momento, el Tribunal del INDECOPI pretende que se aplique una suerte de regla de la razón para las concertaciones de precios, pretendiendo dejar de lado la regla *per se*.

Son numerosos los casos y sectores en los que se han impuesto sanciones por concertación. Así se encuentran casos de concertación entre panaderos[9], transportistas[10], empresas harineras[11], proveedores de vidrio soluble[12], cilin-

---

9. Resolución Nº 033-95-CLC del 23 de agosto de 1995 que dio fin al procedimiento seguido de oficio por INDECOPI contra la Asociación de Industriales en panadería, y que culminó con un acuerdo que contenía un compromiso de no continuar concertando los precios.

10. Resolución Nº 1181-94-TDCPI del 29 de diciembre de 1994 que dio fin al procedimiento seguido de oficio por INDECOPI contra la Federación de Choferes del Perú y otros gremios de transportistas, que culminó con la denuncia penal contra los representantes de los transportistas.

11. Resolución Nº 1104-96-INDECOPI/TRI del 27 de junio de 1996 que dio fin al procedimiento seguido de oficio por INDECOPI contra once empresas productoras de harina de trigo y que culmino con multas a todas las empresas que concertaron precios.

12. Resolución Nº 0082-1998/TDC-INDECOPI del 25 de marzo de 1998, que dio fin al procedimiento de oficio seguido contra Proquinsa S.A. y Silicatos S.A. y que culminó con una multa contra los infractores. Es importante destacar que el caso se originó en una denuncia que interpuso la señora María del Carmen Motta Wendell y otros contra Proquinsa por precios predatorios. El INDECOPI advirtió que no solo no existían precios predatorios, sino que incluso la reducción de los precios fijados se originaba precisamente en que ya no era efectivo el acuerdo que había existido para fijar precios mayores.

dros para almacenar petróleo[13], pollos[14], seguros vehicu-lares,[15]entre otros.

Debe destacarse que el principio de aplicación de la regla *per se* tiene algunas excepciones. La jurisprudencia administrativa peruana acogió la llamada «ancilliarry doctrine» o «doctrina de la complementariedad» de acuerdo a la cual solo son consideradas *per se* ilegales los acuerdos de precios desnudos, es decir aquellos que no son complementarios a acuerdos de integración empresarial tales como asociaciones en participación o *joint ventures*. Ello en el entendido que solo los «acuerdos desnudos» es decir aquellos desprovistos de todo tipo de integración asociativa entre empresas, son los que realmente se constituyen como ilegales, quedando los que eran complementarios a un acuerdo asociativo sujetos a la regla de la razón.

Este criterio fue desarrollado por la jurisprudencia norteamericana, en especial en la decisión redactada por el Juez Taft en el caso Addyston Pipe & Steel[16]. Según Taft los acuerdos desnudos, son aquellos que no hacen otra cosa que eliminar competencia, y deben de ser ilegales *per se*. Bajo tal categoría Taft incluyó los acuerdos desnudos de precios y los acuerdos desnudos de división de mercados. Pero sugirió en su decisión, que en algunos casos la aparente reducción de competencia justificaba la aplicación de una regla distinta si dicha reducción tenía por objeto generar eficiencias en el mercado.

Taft «polarizó» dos situaciones. La primera está constituida por los llamados «acuerdos desnudos» de precios, que reducen competencia sin

---

13. Resolución Nº 255-97-TDC del 22 de octubre de 1997 que dio fin al procedimiento seguido por Petroperú contra Rheem Peruana S.A. y Envases Metálicos S.A.. Petroperú, empresa de petróleos del Estado, denunció a las dos empresas por haber concertado el precio de cilindros en licitaciones públicas.

14. Resolución Nº 276-97-TDC del 19 de noviembre de 1997, que dio fin al procedimiento seguido por INDECOPI de oficio contra la Asociación Peruana de Avicultura y otros. Es de destacar que este caso dio lugar a la aplicación de la nueva escala de multas aprobada por el Decreto Legislativo 807. Hasta entonces la multa más alta que había podido imponer el INDECOPI era de 50 Unidades Impositivas Tributarias equivalentes a algo menos de US $ 50,000. A partir de ese caso en el que se pusieron multas por un total superior a los US $ 2 000,000 (2,120 UIT), se aplica un dispositivo que permite que la multa máxima se eleve hasta el 10% de las ventas brutas de las empresas en el año anterior a la imposición de la infracción.

15. Resolución No. 0224-2003/TDC-INDECOPI que dio fin al procedimiento seguido por INDECOPI contra un conjunto de empresas aseguradoras por concertar precios en el mercado del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito –SOAT-.

16. United States v. Addyston Pipe & Steel Co., 85 Fed. 271, 281, 282-283, 280 (6th Cir. 1898)

generar ninguna eficiencia. La segunda está constituida por los acuerdos de asociación, que si bien pueden reducir competencia entre sus integrantes, generan eficiencias[17].

Este criterio fue recogido, a título de ejemplo, en el caso CIVA vs. Empresa Turística Mariscal Cáceres S.A.[18] en el Perú por el Tribunal del INDECOPI, mediante un precedente de observancia obligatoria que ya han sido dejados sin efecto, pero continúan teniendo un efecto ilustrativo de la lógica a seguir.

El caso se refería a un «Contrato de Servicios de Agencia de Transportes» mediante el cual la empresa Mariscal Cáceres se comprometía a arrendarle una parte de sus instalaciones de un terminal terrestre a CIVA y otras empresas para que brinden el servicio de transporte de carga y pasajeros. El contrato de arrendamiento contenía un sometimiento a un Reglamento Interno del Terminal que incluía la división de rutas y la fijación de tarifas por la administración del terminal. CIVA denunció a sus «socios» en el terminal diciendo que en el fondo el acuerdo era un cartel de precios y división de mercados.

Al analizar el caso el Tribunal del INDECOPI señaló:

> «(...) los acuerdos desnudos o puros son considerados per se ilegales, toda vez que tienen como finalidad y efecto restringir la producción, y, en consecuencia, restringir la competencia. Son estos acuerdos a los que se refiere el artículo 6, incisos a) y b) del Decreto Legislativo 701.
>
> En cambio, aquellos acuerdos accesorios o complementarios si bien de alguna manera reducen rivalidades entre las empresas, no son considerados per se ilegales ya que pueden implicar una integración en una determinada actividad productiva y, en tal sentido, tienen la posibilidad de crear eficiencia y reducción de costos en beneficio del consumidor. En tal caso no se puede hablar realmente de un acuerdo de fijación de precios o de repartición de mercado, sino de un acuerdo de asociación, de «joint venture» u otra forma de integración productiva.
>
> (...)
>
> En ese orden de ideas, los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercados serán per se ilegales cuando no son consecuencia o no forman parte de un contrato de integración o no resultan efectivos para lograr la

17. Citado por Bork, Robert. *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself,* Free Press, pp. 264-265.

18. Resolución Nº 206-97-TDC/INDECOPI de fecha 13 de Agosto de 1997, publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 28 de octubre de 1997.

> eficiencia de dicha integración. Lo que se pretende explicar es que dichos acuerdos saltan la barrera de per se ilegales y su legalidad debe ser analizada desde la perspectiva de la regla de la razón.»

Al aplicar estos criterios al caso concreto, el INDECOPI concluyó que los acuerdos aparentemente restrictivos de la competencia no eran *per se* ilegales porque:

> «(...) se han realizado entre empresas que cooperan entre sí brindando el servicio público de transporte terrestre interprovincial de pasajeros en un lugar común y que, en ese sentido, tienen por finalidad brindar un servicio más completo a los consumidores compitiendo en mejores condiciones en el mercado.»

Para el análisis del caso, el Tribunal siguió una secuencia coincidente con la línea de análisis norteamericana y que se refleja en general en la doctrina general aplicable a las normas de promoción de la libre competencia:

- Debe determinarse si el acuerdo es esencial para la actividad de integración. De serlo se considera legítima y legal. De no serlo se pasa a los siguientes puntos de análisis.
- Los acuerdos de precios o división de mercados deben referirse a una actividad económica desarrollada en conjunto (por ejemplo la realización de compras en conjunto).
- Las cuotas de mercado correspondientes a cada integrante del acuerdo no deben conducir al riesgo que el acuerdo dañe la competencia, y
- Los integrantes del acuerdo no deben tener como principal propósito o intención restringir la competencia.

Es importante destacar que el carácter *per se* no era aplicable a todos los casos del artículo 6, sino solo a las concertaciones de precios, la asignación de cuotas de producción, la concertación de ofertas en licitaciones públicas y la división geográfica de mercados. Así la jurisprudencia del INDECOPI reseñada indicó que los únicos casos sujetos la regla *per se* son aquellos acuerdos o concertaciones a que se refieren los incisos a), b), c), h) e i) del artículo 6 de la Ley[19].

---

19. En la Resolución Nº 276-97-TDC/INDECOPI antes citada: «Cuando el legislador ha querido que se haga un análisis de razonabilidad, ha incluido en la norma términos que claramente lo indican. Por el contrario cuando el objeto ha sido tipificar infracción y sin establecer ningún requisito de análisis adicional, entonces la norma se limita a definir la infracción de manera lata y simple. Lo más interesante en este caso es que tal tipificación coincide con lo que la doctrina y jurisprudencia comparada suele considerar supuestos *per se* o supuestos sujetos a la «regla de la razón», dándole

## IV. EL GIRO HACIA EL ABSURDO: EL ABLANDAMIENTO DEL INDECOPI HACIA LOS CARTELES Y LA APARICIÓN DE LA REGLA ECLÉCTICA.

La claridad con la que la legislación y la jurisprudencia nacional había establecido la regla *per se* fue de pronto desmantelada por el Tribunal del INDECOPI en un acto de dos movimientos. Primero estableció unos estándares probatorios y de análisis que le daba discrecionalidad para sancionar o perdonar acuerdos de cartelización «a conveniencia del cliente», es decir dependiendo del caso y de las circunstancias políticas que los rodeaban. Luego, en un último movimiento, derogó por Resolución la Ley y declaró que la regla *per se* ya no existía, y la sustituyó por una extraña regla, sin precedentes en otros lugares, y que es una suerte de «regla de la razón truncada» o «regla ecléctica. Analicemos estos dos hitos.

### 4.1. El primer paso: PILOT y la apertura de la Caja de Pandora de la discrecionalidad.

En la Resolución que vamos a comentar la Sala de Defensa de la Competencia da muestras de cómo busca argumentos para darle la razón a quien desea, no basado necesariamente en criterios técnicos y para ello flexibiliza los conceptos para seguir convirtiendo el Derecho de la Competencia en un Derecho de Competencia Social, discrecional, y por tanto con contenidos manipulables políticamente, consolidando la línea populista que ya se percibía en otros pronunciamientos. El caso que analizaremos es el de los prácticos marinos, es decir quienes pilotean las naves para entrar a un puerto.

Lo que ha ocurrido es que mientras los demás países del mundo se vuelven más estrictos contra los carteles de este tipo, vemos cómo el Tribunal del INDECOPI va contra la corriente y se flexibiliza, para ganar discrecionalidad, línea que se confirmaría, como veremos más adelante, en el caso del SOAT.

El endurecimiento de la posición mundial se demuestra, sin dejar un ápice de dudas, en un reciente reporte de la OECD sobre los «*Hard Core*

---

coherencia real a los supuestos en discusión, tal como se puede apreciar, en primer lugar en infracciones tipificadas en el artículo 5 del Decreto Legislativo Nº 701. […] Lo mismo sucede con el artículo 6, que tipifica las prácticas restrictivas de la competencia. El inciso a) contiene una infracción que se sanciona *per se*, sin analizar la razonabilidad de la conducta, pues no existe una palabra o enunciado que haga pensar lo contrario. El legislador no ha introducido ninguna causal o condición que permita justificar la infracción. Sucede lo mismo con los incisos b), c), h), e I), que no aluden a justificación alguna.»

*Cartels*»[20]. El reporte analiza claramente la tendencia mundial a tratar más severamente las posiciones contra una práctica que es calificada como una de las más dañinas, en especial en los países en desarrollo.

Como veremos, el carácter extremamente dañino de los carteles y acuerdos restrictivos entre competidores llevaron a que estas prácticas sean consideradas en la doctrina mayoritaria y en nuestra legislación como «*per se*» ilegales, esto es que no admitían excusas o justificaciones. Esa regla además disminuía la discrecionalidad del funcionario en casos donde dicha discrecionalidad no era necesaria. Como hemos explicado esa fue la línea seguida por la legislación y por el INDECOPI en los años noventa.

El problema de una línea dura contra los carteles para quien quiere tener una aproximación populista, es que reduce discrecionalidad y puede ser políticamente inconveniente. Muchas veces es el propio Estado o ciertos políticos, los que promueven, avalan y defienden cárteles. A veces la presión política viene por carteles entre grupos económicos grandes con llegada al gobierno, y que por tanto necesitan que se les aprueben excusas o exenciones, o simplemente que se busque una manera de salir bien librados de un proceso.

Pero en otros casos quienes buscan excepciones son carteles de otro tipo de empresas o productores, pero que representan a grupos con capacidad de presión política y social, y que dan lugar a reacciones populistas. Es común encontrar esas situaciones en acuerdos entre agricultores, que suelen ser los beneficiados más frecuentes de tratamientos discriminatorios en los sistemas comparados a nivel internacional, permitiéndoles que se cartelicen para mantener sus precios altos.

En el Perú se dio hace unos años un caso de la aprobación de precios mínimos para el transporte terrestre. Esos grupos hicieron huelgas y tomaron carreteras para presionar al Gobierno para que les permitiera cartelizarse en el precio. El Gobierno cedió a las presiones y aprobó el cartel, dándoles incluso respaldo legal mediante la dación del Decreto Supremo No. 045-2003-MTC de fecha 2 de agosto de 2003[21].

Estos carteles son protegidos por fundamentos más populistas y se usan argumentos similares a los que se utilizan para defender la existencia

---

20. Organization for Economic Co-Operation and Development –OECD-. *Hard Core Cartels. Recent Progress and Challenges Ahead*. 2003. Revisar especialmente las páginas 15 a 19, donde se analiza el endurecimiento de las posiciones de los países hacia este tipo de prácticas.

21. La Comisión de Acceso al Mercado, presidida por José Chueca, en la Resolución de los Expedientes 017-2003 y 032-2003 CAM declaró las acciones tomadas por el Gobierno en este extremo como barreras ilegales e irracionales de acceso al mercado.

de sindicatos en la esfera laboral, es decir que la existencia de empresas supuestamente grandes con capacidad de abusar (una suerte de empleadoras abusivas) justifica la cartelización para que, en aplicación del adagio «la unión hace la fuerza» un grupo de «pequeños productores» se puedan defender «de las fuerzas salvajes del mercado» que permiten el aprovechamiento de los más grandes.

Sin embargo el argumento de la «debilidad» es bastante engañoso, pues estas prácticas suelen perjudicar a los consumidores, los que se ven forzados a soportar precios más altos, a pesar de estar en la mayoría de los casos en una situación más «débil» y de no contar con las mismas herramientas de defensa. Si las autoridades ceden a las presiones de estos carteles, sólo consiguen perjudicar a los consumidores, y a la eficiencia en su conjunto, basados sólo en argumentos redistributivos mal entendidos, pues sólo trasladan riqueza de los consumidores a los integrantes del cartel, es decir generan un efecto distributivo regresivo[22].

La forma más discrecional y burda de proteger carteles es mediante el reconocimiento legislativo de excepciones. Así en ocasiones la legislación expresamente reconoce la posibilidad de aprobar excepciones en ciertos supuestos al carácter sancionable de un cartel. Esa fue la línea seguida por la Comunidad Económica Europea por décadas. Dicha posición, sin embargo, está en franco retroceso en el mundo, incluso en Europa, como veremos más adelante, y es parte de la línea de endurecimiento mundial que se mencionaba en el reporte de la OMC que acabamos de citar. Los supuestos que suelen contemplarse en las legislaciones van desde la mejora de los aparatos productivos, el evitar la quiebra de empresas, el maximizar la capacidad exportadora, entre otros. El común denominador es, sin embargo, cláusulas tan generales que permiten justificar casi cualquier cosa.

Como ya mencionamos, en el Perú, en la versión original del Decreto Legislativo 701, se admitía la posibilidad de aprobar excepciones a carteles, tal como estaba reconocido por el artículo 7 de la norma[23], el que fuera

---

22. Es importante destacar que hablamos no sólo de los consumidores directos del bien o servicio involucrado, sino de los consumidores finales. Por ejemplo en el caso de los precios mínimos del transporte, si bien el traslado inicial del costo mayor del servicio es pagado por las empresas que contratan directamente el transporte de carga, ese sobrecosto es a su vez trasladado al precio final de los productos trasportados y es finalmente soportado por una infinidad de pequeños consumidores finales.

23. «Artículo 7.- La Comisión Multisectorial de la Libre Competencia podrá autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas o actuaciones paralelas a que hace referencia el artículo 6 o categorías de los mismos, en los siguientes casos: (…)»

derogado por el Decreto Legislativo 788, justamente para evitar el despropósito de proteger carteles a expensas de los consumidores. Hoy ese régimen, al menos según la Ley, ya no existe[24].

La otra forma de buscar lo mismo es mediante la relajación de la regla aplicable, no considerando los carteles «*per se*» ilegales, sino sujetos a la regla de la razón. En realidad se enmarca en la misma línea de las excepciones legislativas, solo que esta vez puede ser incluso más discrecional, porque la excepción se deja sujeta a una cláusula abierta o general, evaluable caso por caso. Esta es la línea que se siguió en la jurisprudencia contenida en la ya tristemente célebre Resolución del SOAT que será objeto de análisis más adelante.

La tercera forma de hacerlo es quizás la más burda: «hacerse de la vista gorda» buscando algún argumento curioso para no sancionar, tratando de caracterizar los hechos de una manera distinta a como los hechos son en realidad, o poniendo estándares de prueba curiosos para no sancionar. Cuanto más pruebas haya para demostrar la existencia del cartel, más burdo tendrá que ser el argumento y más evidente será que la autoridad «se está haciendo de la vista gorda» con el tema. Eso es precisamente lo que pasó con el caso que vamos a comentar. Veamos qué criterios desarrolló el Tribunal para dotarse de discrecionalidad en un área en la que la legislación no deja mucho espacio para hacerlo.

El caso fue resuelto por el Tribunal en la Resolución No. 0131-2003/TDC-INDECOPI de fecha 11 de Abril del 2003. Se trataba de la denuncia presentada por la empresa MAERSK PERU S.A. contra la Asociación Peruana de Prácticos Marítimos (APPM) y las empresas PILOT STATION S.A. (PILOT), PRATMAR S.R.L. (PRATMAR) y SEAWELL S.A. (SEAWELL). Entre los cargos de acusación estaba el de haber entrado en acuerdos o recomendaciones restrictivos de la competencia[25].

MAERKS, la denunciante, es una empresa dedicada a la recepción, despacho y abastecimiento de naves. Para desarrollar su labor se veía en la necesidad de contratar los servicios de practicaje marino.

Un práctico es una suerte de capitán capaz de conducir y orientar una nave cuando ésta entra a un puerto. Su función es asesorar al capitán de la

---

24. Decimos según la Ley por que, como veremos más adelante, el Tribunal pretende reinstaurarlo por la vía de la jurisprudencia en abierta contradicción al texto de la Ley.

25. Por una Resolución anterior se descartó que se procese a las denunciadas por abuso de posición de dominio (Resolución No. 0417-2002/TDC-INDECOPI de fecha 7 de Junio del 2002) en base a un problema probatorio que carece de relevancia para el análisis que efectuamos en el presente trabajo.

nave y de los remolcadores para llevar a cabo las maniobras para entrar y salir del puerto. Se trata por tanto de una persona especializada en las labores de guiar el buque para su recepción y posterior zarpe del puerto. Para ello el práctico está familiarizado con el puerto en el que opera, lo que le permite dirigir la nave de manera segura.

La acusación central planteada era que los prácticos marinos, a través de la asociación que los agrupaba (la APPM) había dispuesto que todos los prácticos quedarían agrupados en solo tres empresas, las que tendrían una tarifa común. Incluso el acuerdo era que sólo una de ellas (PILOT) brindaría servicios de manera efectiva, mientras las otras dos (PRATMAR y SEAWELL) serían solo una careta para aparentar la existencia de competencia entre las empresas. De esta manera los prácticos habían conseguido restringir la competencia entre ellos, fijando tarifas más altas que las que se tendrían si es que existiera competencia.

La Comisión, en primera instancia, declaró fundada la denuncia, considerando que existía una concertación para fijar precios y condiciones en el servicio de practicaje. El Tribunal revocó la resolución de la Comisión y declaró infundada la denuncia por prácticas restrictivas.

Cuando uno evalúa los hechos del caso, y en especial las pruebas encontradas por la Comisión no puede sino dejar de sorprenderse de cómo fue posible que fuera declarada infundada la denuncia, cuando los acuerdos estaban acreditados y la intención de reducir la competencia mediante ficciones legales estaba inequívocamente expresada por las denunciadas.

En el puerto del Callao existían 36 prácticos autorizados, los que estaban agrupados en 18 empresas diferentes. Sin embargo todo cambio a partir del 8 de Enero del 2001, fecha en la que la APPM emitió una curiosa circular. La misma señalaba:

> «Por lo anterior tenemos a bien informarles que todos los profesionales independientes abajo firmantes teniendo en cuenta los dos puntos anteriores adicionándose el hecho de haber conseguido mejores condiciones laborales a partir del día de mañana 8 de Enero 2001 únicamente nos desempeñaremos a través de las siguientes Empresas:
>
> | | |
> |---|---|
> | PILOT STATION S.A. | Gerente: Capitán Elisban Rodríguez |
> | 33 Prácticos | Av. Buenos Aires 341 Oficina 401 |
> | | Teléfonos: 4298764 - 9234686. |
> | SEAWELL S.A. | Gerente: Capitán Juan Maguiña Bustos |
> | 1 Práctico | Av. Almirante Miguel Grau 343 oficina 404. |
> | PRATMAR S.A. | Gerente: Capitán Víctor Tirado Silva |

2 Prácticos Av. Buenos Aires 341 Oficina 403.
(…)»[26]

Claramente la circular contenía una decisión comunicada por el Gremio que agrupaba a los prácticos, dando cuenta del hecho de que los prácticos quedaban agrupados en empresas con números predeterminados de prácticos en cada una. Es importante anotar este hecho porque es totalmente ignorado por el Tribunal. Dado que los prácticos sólo pueden realizar un número limitado de maniobras diarias, dicha división, comunicada por un ente asociativo que agrupaba a los prácticos, y no por una empresa en particular, estaba dividiendo el mercado y definiendo un nivel de concentración no movible. Se trataba de una simple división de mercados convenida entre la agrupación que reunía a todos los ofertantes en el mercado relevante.

Los alcances de la decisión quedan aún más claros si uno lee uno de los antecedentes de la circular mencionada, es decir el informe de fecha 31 de Diciembre del 2000, redactado por Arnulfo Gómez, accionista y práctico de PILOT:

> «Informo que viaje (sic) por motivos de trabajo a la ciudad de la referencia donde me entreviste (sic) con el Presidente delegado del sindicato de Prácticos de México en dicho puerto.
>
> Se le solicitó asesoría para la formación de una unión de prácticos en el callao (sic) y lo indicado abajo fueron sus comentarios.
>
> (…) para los mexicanos es conveniente escuchara (sic) las lamentables experiencias de otros países para que sus afiliados jamás piensen que solo (sic) van a estar mejor, y los visitantes aprenden una forma de lograr la unión.
>
> (…) cada práctico según turno debe hacer la maniobra en la nave que le toca. Esta prohibido (sic) la relación personal de los prácticos con las agencias.
>
> Existe un coordinador de pilotos elegido el cual es el único que puede comunicarse con las agencias ante cualquier problema y es el encargado en primera instancia en hacer iniciado el cobro de facturas si después de los 3 días después del servicio no han cancelado, en caso que no haya efecto, se comunica con el presidente delegado, quien también interviene, en caso que tampoco haya efecto el presidente delegado comunica al secretario General, el secretario General se dirige a la secretaria de transporte del Gobierno y solicita cancelación de licencia de la Agencia morosa, hasta ahora les ha dado resultado (…)

---

26. Circular emitida por la APPM. A fojas 000003-000005 del Expediente N° 003-2001-CLC / 004-2001-CLC (Acumulados).

> En Veracruz existen 8 prácticos, cuando cumplen los 65 años deben retirarse alguno de ellos, los prácticos en consenso deciden si el tráfico amerita reemplazarlo, en caso que decidan hacerlo convocan mediante concurso a capitanes con 5 años de experiencia al mando de naves mayores de 5,000 TRB, una vez elegido el práctico firma un compromiso con el sindicato de lealtad y en caso viole será demandado, en el contrato se especifican que leyes vigentes se estaría trasgrediendo(sic), una vez ello se comunica a la autoridad que el sindicato ha decidido entrenarlo, no se acepta que la autoridad decida sobre este asunto.
>
> (…)
>
> El practico (sic) no tiene compromiso formal con la empresa de prácticos del puerto solo (sic) con el sindicato, es por ello que un practico (sic) es el representarte (sic) del sindicato nacional y por ello también tienen un poder inmenso, que no es abusado.
>
> (…)
>
> En caso que la privatización y las leyes antimonopólicas les presionen ellos están preparados para formar 3 empresas, gobernados por el sindicato con mínimas diferencias de tarifa y manteniendo el mismo principio de turnos de guardia como si fuera una misma.
>
> Todos los prácticos obligatoriamente son afiliados al sindicato.
>
> El práctico que intente traicionar al sindicato prácticamente es eliminado, moviéndose todos los elementos legales que en prevención firmo antes de ser práctico, se inicia solicitando la cancelación definitiva de la licencia de la autoridad marítima, adjuntando un expediente respectivo, si la autoridad se resiste se acude a los tribunales»[27].

El informe refleja todo un plan «delictivo» (aunque quizás las comillas sobran por que la concertación de precios está tipificada como delito en el Código Penal) dirigido a desarrollar un esquema para mantener el precio alto. Lo que la comunicación muestra es la intención de crear una estructura meramente formal para crear un esquema anticompetitivo.

Esto se confirmó con una comunicación de fecha 29 de enero del 2001 en la que el Presidente de la APPM, señor Luis Loyola Soto se dirige al Secretario General de la International Maritime Pilot Association, en la que señala que «*Antes habían 17 compañías de practicaje en el Calla*o. Ahora estamos trabajando con sólo una, su nombre es Pilot Station, las otras dos compañías Seawell y Pratmar figuran sólo para las leyes peruanas y no semejar

---

27. Informe de Arnulfo Gómez Ríos al Presidente de la APPM sobre la visita del primero a Veracruz, México. A Fojas 000118 000119 del Expediente N° 003-2001-CLC / 004-2001-CLC (Acumulados).

a un monopolio. (…) Ahora nuestra compañía junta a 36 pilotos del Callao (…)»[28].

Durante todo el expediente los denunciados reconocieron que su intención era «protegerse» de los abusos manteniendo una «remuneración justa». Como se señala en la Resolución que comentamos:

> «Las denunciadas coincidieron en señalar que las condiciones laborales de los prácticos marítimos, una vez que fueron liberalizados sus servicios, eran sumamente desfavorables e injustas, no sólo por las condiciones del mercado, sino además por la propia naturaleza del servicio[29]. Indicaron que ello había motivado su decisión de desarrollar una política unificada a través de las tres empresas administradoras de prácticos marítimos, a fin de cobrar directamente sus honorarios y obtener mayores beneficios laborales y económicos».

Nadie negó que así habían sido los hechos y que esa era la intención. Diversas declaraciones de representantes de los denunciados confirman que: (1) existió un acuerdo adoptado en el seno de la APPM, es decir fuera de las empresas, (2) que la forma de restringir la competencia no provenía de un acuerdo empresarial, sino de un acuerdo gremial, (3) el acuerdo restringía la posibilidad de los prácticos de actuar por su cuenta o constituir otras empresas, (4) era la asociación y no los prácticos ni las empresas, la que negociaría la tarifa con las navieras y (5) la intención declarada y no ocultada era conseguir, por la vía de la acción conjunta, elevar los niveles de tarifas.

Las condiciones señaladas configuran lo que se llama un cartel, se mire por donde se mire. Lo único particular en el caso es el uso de un lenguaje «sindical» para dar la impresión de acuerdos de defensa de derechos laborales y el uso (totalmente inefectivo, salvo para el Tribunal) de una careta empresarial con la intención declarada de evadir las normas antimonopolios.

Asombrosamente el Tribunal le da luz verde al cartel planteado en estos términos. En primer lugar, si bien no lo dice categóricamente, la Resolución que comentamos reconoce una suerte de legitimidad en el uso de

---

28. Comunicación del 29 de enero de 2001 dirigida por Luis Loyola a Nick Cutmore. A fojas 000121 del Expediente N° 003 2001-CLC / 004-2001-CLC (Acumulados).

29. Las denunciadas manifestaron que los servicios de practicaje estuvieron controlados por las agencias marítimas, que incluso cobraban un porcentaje de los honorarios de cada práctico marítimo por el hecho de haberles conseguido la oportunidad de trabajar. Por otro lado, las denunciadas indicaron que el marco normativo que regulaba la prestación de los servicios de practicaje no permitía desarrollarlos en sana y leal competencia, justamente por las arbitrariedades y desigualdades que se presentaban en relación con las agencias marítimas.

concertaciones para la defensa de intereses económicos, muy similar al argumento que se usa para proteger los acuerdos de un sindicato laboral.[30]

Como dijimos no es extraño que se use el disfraz del «sindicalismo» laboral para ocultar o justificar un cartel. Lo curioso es que se avale por la autoridad de competencia.

Los sindicatos laborales son, doctrinaria y legislativamente, una excepción a las normas de competencia. Económicamente un sindicato no es otra cosa que un cartel, en los que los oferentes de un servicio se ponen de acuerdo para negociar o intentar imponer un solo precio por dichos servicios.

En el Perú la excepción se deriva del reconocimiento Constitucional del derecho de sindicalización y del de negociación colectiva, contenidos en el artículo 28 de la Constitución. Así, si bien un acuerdo sindical es económicamente una práctica restrictiva, la norma de competencia no se aplica porque la Constitución y el resto del marco legal reconocen la legitimidad de este tipo de acuerdos[31].

Pero siendo una excepción ésta no se puede aplicar por analogía[32], y por tanto no cabe reconocer este mecanismo de defensa de los intereses para manejar la una remuneración conjunto, fuera del ámbito estrictamente laboral.

No deseamos que se nos malinterprete. No estamos diciendo que una organización gremial no puede defender los intereses de los agremiados. Lo que estamos diciendo es que les está vedado intervenir para conseguir, por la vía de la unificación del precio mediante acuerdos, elevar las tarifas que cobran, distorsionando el buen funcionamiento del mercado o definir

---

30. Esto me lo hizo notar José Juan Haro en un charla dada a los miembros del Instituto de Derecho de los Servicios Públicos –IDESER- el día 9 de Septiembre del 2003. Como acertadamente señaló en su exposición la Resolución denota una preocupación de que los «pobre prácticos» eran víctimas de abusos por las «poderosas» navieras y que por ello era legítimo que concertaran para defenderse.

31. «Artículo 28.- El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

    1. Garantiza la libertad sindical.

    2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

    La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

    3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones».

32. Según el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil: «La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía».

cuál va a ser la estructura futura del mercado y el número y forma de las empresas participantes.

Pero el argumento más curioso del Tribunal es el señalar que no puede haber cartel porque hay una sola empresa y no cabe cartelizar entre una empresa que opera y dos que no operan. En otras palabras argumenta que no puede haber cartel con una sola empresa operando. Esto lo suman a un segundo argumento según el cual, no estando controladas las fusiones en el Perú, lo que vemos es un simple acuerdo de fusión, y como tal «*per se*» legal. Así la Resolución bajo comentario señala:

> «De acuerdo con las comunicaciones reseñadas en la sección precedente, la verdadera intención de la «Decisión» tomada por la APPM consistió en lograr la monopolización del mercado, lo cual no es en sí mismo cuestionable dentro del ordenamiento peruano en materia de Libre Competencia. La siguiente frase es ilustrativa respecto a dicha intencionalidad: «Ahora estamos trabajando con sólo una, su nombre es Pilot Station, las otras dos compañías Seawell y Pratmar figuran sólo para las leyes peruanas y no semejar a un monopolio»[33].

Los prácticos reunidos en la APPM decidieron prestar los servicios de practicaje exclusivamente a través de una sola empresa - PILOT STATION -, eliminando totalmente, por consiguiente, la competencia a nivel de la oferta de servicios de practicaje. A partir del momento de la implementación de la «Decisión», las agencias marítimas se vieron obligadas a contratar indefectiblemente con PILOT STATION a fin de obtener la provisión del servicio de practicaje en el Terminal Portuario del Callao[34]. Esta es la consecuencia típica de la formación de un monopolio y, se reitera que ello no es cuestionable dentro del marco establecido por el ordenamiento peruano en materia de Libre Competencia, el cual no condena los monopolios per se».

Y luego continúa diciendo:

> «La presencia de PRATMAR y SEAWELL no es más que un distractor diseñado expresamente para obstaculizar una posible intervención de la

---

33. Comunicación del 29 de enero de 2001 dirigida por Luis Loyola a Nick Cutmore. A fojas 000121 del Expediente N° 003-2001-CLC / 004-2001-CLC (Acumulados).

34. Entrevista a la Asociación Peruana de Prácticos Marítimos. 8 de febrero de 2001. A fojas 000095 vuelta del Expediente N° 003-2001-CLC / 004-2001-CLC (Acumulados).

    (…)

    -*Y ellos [refiriéndose a las agencias marítimas] cómo, con quién contratan…?*

    - *Con nosotros ahora, no tienen otra forma.*

    (…)

> Autoridad de Competencia. En ese orden de ideas, PRATMAR y SEAWELL no actúan realmente como competidores en el mercado del servicio de practicaje; aquellas empresas deben ser consideradas meramente ficciones a efectos de la aplicación de las normas de Libre Competencia».

Y ello lleva a la Sala a concluir:

> «El corolario de la determinación de la realidad - la ausencia de competencia efectiva para PILOT STATION - a efecto del presente procedimiento, es que no puede discutirse la existencia de prácticas restrictivas a la libre competencia en la modalidad de concertación de precios, en un mercado signado, precisamente, por la inexistencia de competencia, es decir, en un monopolio».

El argumento usado carece por completo de lógica, y muestra que el Tribunal ha «desenfocado» en centro del problema. Un acuerdo de fusión es aquel en que dos o más empresas se juntan, por decisión de las empresas. Pero en este caso hay una decisión del gremio, para asignar unidades productivas e impedir que estas unidades puedan desensamblarse o crear nuevas unidades independientes. En el fondo es una simple repartición de mercado. Y el tema resulta aún más grave si se tiene en cuenta que estamos en un mercado con altas barreras de entrada, pues se requiere de una autorización estatal para entrar como práctico, pero para que se dé tal autorización los mismos prácticos tienen que entrenar a los nuevos, cosa en lo que, evidentemente, no colaboran los existentes.

La mejor forma de entender el desenfoque es con un ejemplo. Imaginemos que el día de mañana el Colegio de Abogados adopta una decisión de acuerdo a la cual el propio Colegio decide a dónde va a ejercer su profesión un abogado. Decide entonces que sólo van a haber tres estudios y que el Colegio determinará el número de abogados que tendrá cada uno. Además el Colegio establece un sistema de sanciones a quienes no respeten sus acuerdos. Finalmente establece que los tres estudios cobrarán lo mismo. ¿Es contrario ello a la libre competencia? Evidentemente que sí, pues se está acordando repartirse en un número de unidades, con un número de abogados cada una y con tarifas comunes.

Es que en la decisión de la Sala hay un salto lógico. No es que las tres empresas se crearon espontáneamente. Tampoco es que decidieron fusionarse unas con otras espontáneamente. Se crearon por un acuerdo gremial. No es una concentración pues el acuerdo justamente limitaba la posibilidad de constituir otras alternativas.

Ahora quizás se trate de argumentar que ese no es el caso porque en realidad el acuerdo no creó tres empresas, sino una sola (PILOT) y dos ficciones (PRATMAR y SEAWELL). Pero ello no cambia la situación. Si el

Colegio de Abogados determinara que sólo puede haber un solo Estudio en el Perú, su acuerdo sería uno de cartel, no una concentración. El efecto más dañino está en el control de la asociación gremial sobre el tamaño, forma y conducta de las empresas a las que se incorporan sus asociados. Ese es el verdadero acuerdo anticompetitivo. El mensaje que ha mandado la Sala es realmente contradictorio: cuando quiera cartelizarme lo mejor es crear una ficción grande que opere como si compitiera y dos ficciones chicas que actúen como si no compitieran. Con ello estaré «libre de reproche».

Ya la Sala anterior había advertido sobre este tipo de acuerdos aparentemente asociativos que en realidad no los eran. Así, en la Resolución No. 276-97-TDC en el proceso contra la Asociación Peruana de Avicultura y otros, la Sala señaló:

> «En particular, la Sala estima conveniente dejar claramente sentado que cualquier modalidad de concentración empresarial que en la realidad no conlleve una modificación permanente de las estructuras de las empresas involucradas, siendo por el contrario una mera simulación o «careta» para ocultar una restricción de competencia entre los agentes económicos, debe ser sancionada como cualquier otra concertación - esto es, será considerada una práctica per se ilegal-.»

Solo para mostrar cómo la Sala deja pasar lo evidente, bastaría recomendar, con este nuevo antecedente, que la próxima que se quiera concertar en el mercado de seguros, el gremio decida que sólo tres empresas venderán el SOAT, y las demás se dedicarán a otras modalidades de seguro (vida, salud). Evidentemente ello sería un cartel, pero como se confunde la decisión gremial con la empresarial, entonces uno dice que los que están sentados en el gremio son los mismos que están sentados en la empresa y por tanto se trata de una decisión empresarial.

Aquí se nota claramente como este elemento «social» genera discrecionalidad. ¿Tiene el lector alguna duda que los prácticos desarrollaron una práctica más nociva a la competencia que negarse a abrir una cuenta corriente a una aerolínea como la que sancionó la Sala en el caso Aero Continente-Banco de Crédito? En mi opinión no existe duda alguna. ¿Entonces por qué salieron libres de «reproche»? Simplemente porque su posición era «socialmente» justificada. Con ello la discrecionalidad permite castigar lo inofensivo y liberar lo realmente nocivo. Y todo porque era social o políticamente sensible.

### 4.2. Segundo paso: el legicidio de la regla *per se* por el SOAT.

La Resolución No. 0224-2003/TDC-INDECOPI, más conocida como Resolución del SOAT, determinó no solo la sanción a una serie de empresas

aseguradoras por concertación de precios, sino un cambio de criterio que ha intentado modificar la Ley (por resolución administrativa) en lo que se refiere al tratamiento que las normas de libre competencia dan a los carteles entre competidores.

*a) Las concertaciones de precios: discrecionalidad vs. certeza.*

Como ya dijimos, si hay un área donde podemos reducir la incertidumbre, si hay un área en la que la discrecionalidad se encuentra relativamente controlada, es precisamente esta. Pero el Tribunal decidió justamente acabar con la certeza y abrir, de par en par, la puerta a la discrecionalidad.

Como ya hemos visto, en los últimos años la legislación y la jurisprudencia dejaron claro que si un grupo de competidores se juntaban y se ponían de acuerdo para fijar precios comunes en el mercado, ese solo hecho era sancionable. Ello contrasta con la nueva regla que la Resolución que comentamos acaba de «inventar». Han creado una regla que permite dejar pasar un cartel con el que los funcionarios «simpatizan». Ahora, con la nueva regla, pueden «hacerse de la vista gorda» con un cartel «auspiciado» por un Ministro o por alguien con «llegada» al gobierno. El cartel vale si es «razonable». Pero ¿»razonable» para quién? Pues para el funcionario de turno en el INDECOPI.

Cuando una práctica es esencialmente mala, y se puede detectar sus elementos configurantes, se le prohíbe «*per se*», o como dijimos, la tratamos como si el infractor se hubiese pasado la luz roja de un semáforo. Uno puede encontrar casos en los que es «razonable» y «justificable» pasarse una luz roja. Si hay poco tráfico y uno cruza con cuidado no habrá daño y parece razonable no perder tiempo esperando en el semáforo. Pero la Ley no da al policía esa discrecionalidad porque no quiere que si uno se cruza la luz roja haya una regla que le permita «hacerse de la vista gorda» por si quien se pasó la luz roja sea el Ministro, el amigo o alguien que le pueda pagar[35].

Lo que el INDECOPI ha hecho es autorizarse a sí mismo para dejar pasar la luz roja a quien considere puede hacerlo. Antes concertar precios entre competidores era en sí mismo ilegal. No importaba si quienes lo hacían

35. Sin embargo, esto no quiere decir que todas las infracciones a la libre competencia deban ser consideradas «*per se*» ilegales. Algunas efectivamente quedan sujetas a unas reglas de razonabilidad. Por ejemplo, cambiarse de carril cuando uno conduce su automóvil no es «*per se*» ilegal, porque depende de las circunstancias y de la capacidad para causar daño que tenga la conducta. En ese caso se aplica una regla de la razonabilidad porque sería muy cuestionable que uno ya no pueda cambiase de carril nunca. En unas ocasiones es conveniente y en otras ocasiones no.

llegaban o no a ejecutar el acuerdo, ni si el precio que fijaban era razonable o si llegaba o no a causar daño. En otras palabras, no se autorizaba al policía a discutir si era razonable pasarse la luz roja a las tres de la mañana y en un momento en que no venían autos hacia la intersección. Claro que habría un beneficio en tiempo de llegar antes a mi casa y el riesgo de un accidente era mínimo. Pero la Ley no ha querido abrir la puerta a esas discusiones. Por el contrario, ha querido que la regla de la luz roja sea clara, incluso bajo el costo de hacer perder algo de tiempo a los automovilistas en las intersecciones.

Claro que es posible discutir si es conveniente o no aplicar una regla «*per se*» para este tipo de casos. Algunos países (cada vez menos) aplican la regla de la razón. Pero nadie se había a atrevido a aplicarla en contra del texto de la Ley y menos aún invocando el propio texto de la Ley que establece algo distinto.

Pero la pregunta no es tanto cuál regla es mejor o peor, sino cuál es mejor o peor para dónde. Y si uno tiene una autoridad de competencia con pocos recursos, en un marco institucionalmente débil, con posibilidad de injerencia política, con riesgo de no ser autónoma, la regla clara es mejor que la compleja y ambigua. No es por tanto posible establecer reglas al margen del costo administrativo de aplicarlas. Nunca es más cierto el refrán de que «Lo perfecto es el peor enemigo de lo bueno» que cuando uno se encuentra con un burócrata que, creyendo que ha descubierto la pólvora, crea una regla que se ve bien, pero que no se puede aplicar por los costos que ello implica o cuya aplicación va a generar más costos que beneficios.

Desde el punto de vista económico el asunto es muy simple. Toda práctica genera costos y beneficios. En el caso de la concertación de precios el costo es la pérdida de producción generada por la elevación de precios (vamos a denominarlo pérdida o «P»). Por otro lado el beneficio es lo que la sociedad gana con la concertación (vamos a denominarlo ganancia o «G»). Por su parte el costo de aplicar la regla dependerá de la complejidad de la misma. Una regla muy simple tiene bajos costos administrativos, una regla muy compleja tiene altos costos administrativos. A estos costos administrativos vamos a denominarlos «C» e incluyen no solo los costos públicos (costos de mantener una autoridad de competencia con capacidad de realizar la investigación y los costos de la investigación misma) y los costos privados (costos de abogados, tiempo del procedimiento, pérdida de tiempo) y el más importante quizás, el costo de incertidumbre en el resultado que afecta las expectativas y la inversión y conduce a conductas estratégicas de los agentes económicos.

Es conveniente prohibir una práctica cuando la diferencia entre las pérdidas y las ganancias resulta superior al costo administrativo de aplicar la norma. En otras palabras:

P-G > C

Apliquemos la formula nuevamente a los accidentes de tránsito derivados de cruzarse una luz roja. En principio el cruce de una luz roja puede tener costos muy altos, pues eleva sustancialmente los costos de tener un accidente que puede dañar la integridad física o la propiedad de las personas. Por el contrario, los beneficios de pasarse una luz roja (llegar unos segundos más tempranos al lugar al que uno va) pueden ser realmente reducidos. Por ello, es más que probable que los costos superen los beneficios por largo. Así, es casi un hecho que la cifra al lado izquierdo de la fórmula (P-C) sea muy elevada y es muy poco probable que sea una cifra negativa, es decir que las ganancias de cruzarse una luz roja superen los costos de hacerlo. Si bien ello puedo ocurrir, será la excepción y no la regla, y la diferencia difícilmente será significativa.

El uso de una regla de razonabilidad para los cruces de luces rojas significa invertir los recursos para poder identificar los raros casos en los que los beneficios son superiores a los costos. Hacerlo permitiría reconocer casos de cruces de luces rojas eficientes para evitar que esa eficiencia se pierda con una regla muy estricta. Pero nótese que para identificar esos pocos casos hay que usar una regla mucho más costosa que la regla *per se*. Así el costo de identificar unos pocos casos eficientes será muy alto para el beneficio a obtenerse. En esa circunstancia usar una regla clara y barata de aplicar es la mejor opción.

Así, siendo que es poco probable que los beneficios superen a los costos carece de sentido gastar demasiado en determinar si la práctica es eficiente. Por ello es mejor una regla clara que haga que «C» sea un número bajo, pues carece de sentido hacer una costosa investigación para determinar los raros casos en los que las pérdidas son menores que las ganancias.

Por el contrario colocar una regla compleja, que consuma demasiados recursos para determinar si las ganancias superan a las pérdidas, es un desperdicio de recursos. Y el mayor costo es el de la incertidumbre de la regla, incertidumbre que se deriva del hecho que las reglas complejas generan mayor discrecionalidad y, por tanto, la incorporación de elementos no técnico-legales en la decisión, es decir elementos políticos.

Uno podría definir una regla simple como aquella que tiene el menor número de pasos a seguir para determinar el resultado. Y si esos pasos son además sencillos, más simple la regla. En cambio las reglas de muchos pasos son más complejas, y si los pasos no son fáciles o predecibles, más complejo aún.

La regla *per se* es una regla de muy pocos pasos: «Te pasaste la luz roja, serás sancionado». Por el contrario la regla de la razón abre una infinidad

de pasos, cada uno de ellos difíciles de definir. Así hay que evaluar si existió o podía existir daño, cuál sería el beneficio, qué barreras habían en el mercado, cuál es la participación de los involucrados, cuál es el impacto real o potencial en los niveles de producción, etc.

Lo mismo ocurre con las concertaciones de precios. Carece de objeto tener una regla compleja cuando la posibilidad de error es muy reducida. Así el costo marginal de producir una unidad de certeza no vale el beneficio marginal de evitar un error. Así, en términos sencillos, la diferencia entre los costos y beneficios de la práctica tenderán a ser altos (el lado izquierdo de la inecuación, es decir P-G) lo que justifica reducir los costos administrativos (es decir el lado derecho de la inecuación, C)

*b) El problema institucional.*

Como ya hemos visto, el problema es institucional más que académico. La Resolución que comentamos es la continuación de una tendencia que se dirige a poner fin a reglas claras y moverse hacia reglas imprecisas que conceden a quienes deciden, y en particular a la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, mayor discrecionalidad.

La intromisión de elementos políticos en las decisiones de un organismo técnico siempre pasa por aumentar discrecionalidad de los funcionarios. Y es llamativo que estos cambios de criterio se den en un contexto de evidente debilidad institucional del INDECOPI. Todo de la mano de un paulatino y continuo reemplazo de funcionarios con experiencia, para sustituirlos por personas que parecerían en muchos casos carecer de los méritos necesarios. Así, a la ruptura de los candados institucionales de autonomía en las decisiones, se suma el cambio de criterios claros, para cambiarlos por otros imprecisos y que permiten justamente hacer al INDECOPI más permeable a las presiones.

Para colmo de males el cambio se da, en este caso, en un área clave de las políticas de competencia: la lucha contra los carteles de competidores, que precisamente sacan el dinero de los bolsillos de los consumidores, privándolos de su posibilidad de pronunciarse en el mercado.

Entre los argumentos usados para defender el cambio de criterio se ha mencionado públicamente las posiciones de algunos académicos, como es el caso del doctor Ignacio de León, de Venezuela[36]. El doctor Ignacio de

36. De León, Ignacio. «Una Nueva Perspectiva Jurídica y Económica de los Carteles de Precios» En *Materiales de Lectura del Seminario Competencia y Regulación*, organizado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Estudio Hernández y Rosselló Abogados. 18 de Agosto del 2003.

León, quien fuera el Superintendente de PROCOMPETENCIA, el equivalente venezolano de INDECOPI en lo que a libre competencia se refiere, es quizás uno de los académicos más respetados e innovadores en el tema de libre competencia en nuestra región. Sin embargo, usarlo como sustento es no haberlo leído bien y en el contexto de toda su obra y pensamiento.

La posición que él sostiene es que desde el punto de vista estrictamente teórico la regla de la razón es más precisa y permite reconocer la dinámica con la que funcionan lo mercados. Pero ello no puede ser analizado fuera del ámbito institucional en que se aplica la norma. Afortunadamente tuve hace unos años la oportunidad de conversar con el Dr. Ignacio de León en extenso sobre el tema en Bolivia, donde ambos éramos consultores, y reconoció que es muy peligroso aplicar normas discrecionales en marcos institucionales débiles, en los que las autoridades carecen de recursos adecuados. Ello porque los costos de aplicación de la Ley pueden resultar prohibitivos. Ello es tan cierto que el Anteproyecto de Ley Boliviana de Defensa de la Competencia y de Protección al Consumidor por él preparado tiene la siguiente redacción en la parte pertinente:

> «Artículo 8ª. (Calificación de una conducta como restrictiva de la competencia).
>
> La calificación de una conducta empresarial como restrictiva de la competencia estará sujeta a las siguientes condiciones:
>
> I. Las conductas enumeradas en los incisos a, b, c, d y e[37] del artículo 6 de esta Ley serán prohibidas, siempre que sean ejecutadas o planificadas entre competidores que actúan concertadamente, salvo que ellas sean accesorias o complementarias a una integración o asociación convenida que haya sido adoptada para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva, para promover la innovación o la inversión productiva.
>
> II. En los demás casos contemplados en el artículo 6 o el artículo 7 la parte actora deberá demostrar la inexistencia de razones económicas que

37. Justamente las conductas enumeradas en los incisos señalados son las referidas a los típicos casos sujetos a la regla *per se*, pues se refieren a fijar, entre agentes económicos competidores, de manera directa o indirecta, precios, tarifas, descuentos, tasas de compra, de venta o cualquier otra forma de adquisición, o de enajenación de bienes o servicios, u otras condiciones de transacción de ellos; repartirse mercados o fuentes de abastecimiento; limitarse entre agentes económicos competidores la producción de bienes o servicios; restringirse entre agentes económicos competidores el desarrollo tecnológico o las inversiones; y participar o actuar concertadamente en un proceso contractual público o privado abierto al público.

> justifiquen la práctica realizada para que las mismas sean sancionadas. Sin embargo la carga de la prueba se invertirá en los siguientes casos:
>
> (a) Cuando la conducta o práctica imponga una exclusión del mercado superior a los cinco (5) años contados desde la fecha de ejecución inicial de la práctica; o
>
> (b) Cuando la persona que la aplica goce de una posición en el mercado directamente resultante de una habilitación legal exclusiva o actuación administrativa de efecto económico semejante.
>
> (…)»

La posición adoptada por Ignacio de León en el proyecto es precisamente la que la Resolución del SOAT ha prendido derogar en el Perú, es decir la regla *per se*. El punto I del artículo recoge los acuerdos entre competidores que restringen la competencia por precios como ilegales de facto, permitiendo solo la defensa de razonabilidad en los demás casos. Nótese que para las concertaciones horizontales el resultado es que están prohibidas y no admiten justificación, salvo la excepción contemplada para los acuerdos complementarios (*ancilliary doctrine)* como se desprende de la última parte del referido punto I.

*c) El «legicidio»: matando la Ley y la lógica.*

Como ya analizamos antes, entre las disposiciones del artículo 6 del Decreto Legislativo 701 se encontraba el inciso a), cuyo texto original prohibía las concertaciones injustificadas de precios y otras condiciones de comercialización. Sin embargo, ese inciso fue modificado por el artículo 11 del Decreto Legislativo 807, retirando el término «injustificado»[38].

El cambio tenía un claro objetivo. Con la supuesta intención de proteger a los consumidores, los funcionarios de diversos gobiernos se reunían en una mesa con los representantes de gremios o empresas; con el objetivo de fijar precios «equitativos» o «adecuados» según las circunstancias.

La justificación de la existencia de una regla como la «*per se*» se basa en un simple análisis costo-beneficio, el mismo que brilla por su ausencia en la Resolución del SOAT. Como ya vimos las concertaciones de precios no generan, en principio, ningún beneficio aparente a la economía, y menos aún a los consumidores, y de existir, éste es poco significativo.

Las empresas involucradas en un cartel no se han integrado productivamente para alcanzar economías de escala. Tampoco han establecido for-

---

38. Los alcances de esta modificación serán analizados con mayor detalle más adelante.

mas de reducir costos de producción ni han tomado medidas destinadas a mejorar la situación de los consumidores. En pocas palabras, el cartel no es un camino adecuado para mejorar la eficiencia económica. Simplemente es una forma de reducir rivalidad en el mercado por la vía de pactar un precio común.

Este razonamiento ha llevado a que prácticamente toda la doctrina, y con ella la mayoría de legislaciones del mundo, consideren a la concertación de precios como una práctica *per se* ilegal. Esto quiere decir que producida y descubierta una concertación de precios, ésta debe ser sancionada sin entrar a analizar la razonabilidad o no de la misma. Se trataría, por tanto, de una suerte de «responsabilidad objetiva» por el desarrollo de la práctica.

Lo dicho hasta aquí sólo serviría para justificar qué sistema debe adoptarse en la legislación. Pero si la Ley adopta un criterio diferente, le corresponde al funcionario aplicar la Ley y olvidarse de lo que conviene. Sin embargo, nuestra legislación con claridad se inclinó por la regla «*per se*».

Cuando se dictó inicialmente el Decreto Legislativo 701, surgió una discusión sobre cuál era el sistema adoptado por nuestro país, es decir, si se recogía la regla «*per se*» o una regla de la razón para las concertaciones de precios.

La discusión continuó a nivel académico hasta que el Decreto Legislativo 807 la zanjó de manera definitiva. Como dijimos líneas arriba, en su texto original el inciso a) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701 señalaba que no cabía la concertación «injustificada» de precios. El término «injustificada» traía la duda sobre la posibilidad de justificar la concertación sosteniendo que era razonable. El origen de la palabra «injustificado» se encontraba, sin embargo, en el texto original del artículo 7 del Decreto Legislativo 701. Dicha norma permitía, a quien fuese a desarrollar una práctica concertada, solicitar a la Secretaria Técnica de la Comisión de Libre Competencia la autorización para la misma, basada en una serie de razones distintas supuestamente vinculadas con la eficiencia del acuerdo. Con buen criterio, el artículo 5 del Decreto Legislativo 788 derogó el artículo 7 del Decreto Legislativo 701, dejando claro que no cabía «justificar» previamente las concertaciones. Lamentablemente, el legislador olvidó en el Decreto Legislativo 788 eliminar el término «injustificado» en el inciso a) del artículo 6, con lo que quedaba abierta la posibilidad de interpretar que las empresas que concertarán precios, podrían justificar la razonabilidad de la concertación y con ello liberarse de responsabilidad.

Pero el nuevo texto del inciso a), según la modificación introducida por el artículo 11 del Decreto Legislativo 807, deja claro que ya no cabe alegar la razonabilidad de la práctica al haber eliminado el término «injus-

tificado». Hoy en nuestra legislación, es claro que la concertación de precios es *per se* ilegal.

La exposición de motivos de la norma deja el problema fuera de toda duda. Así, se señala en el referido documento cuál es la intención del legislador, al señalar que la razón del cambio es:

> «Dejar claramente establecido que la concertación de precios es per se ilegal, es decir que no admite justificación.
>
> El Decreto Legislativo No. 788 derogó el artículo 7 del Decreto Legislativo No. 701, que permitía a las empresas solicitar autorización para concertar.
>
> Esto constituía una posibilidad de justificación en la práctica, contraria a lo que señala no solo la doctrina jurídica, sino la doctrina económica, respecto a los perjuicios de la cartelización de la economía frente a la inexistencia de beneficios reales o potenciales generados por dicha cartelización.
>
> En otras palabras, carecía de sentido justificar la razonabilidad de la concertación. Lamentablemente, el Decreto Legislativo No. 788 omitió modificar de manera expresa el inciso a) del artículo 6 que se refería a la concertación «injustificada» de precios, dejando abierta la posibilidad de una errónea interpretación en el sentido de que podían existir concertaciones de precios justificadas.
>
> Debe interpretarse que dicha justificación era la que permitía el artículo 7 ya derogado, por lo que es pertinente aclarar ello en la norma para evitar que se creen falsas expectativas en las empresas respecto a la posibilidad de llevar a cabo concertaciones de precios que puedan considerarse justificadas cuando estas son en realidad per se ilegales.»

Más claro ni el agua. A pesar de la claridad del cambio y que con inusual precisión fue definido por el legislador, justamente en un país en los que las exposiciones de motivos no suelen servir para ello, la Resolución del SOAT se «vuela de un plumazo» todos los cambios legislativos efectuados.

La pregunta que surge de inmediato es: Si tanto la Ley, su exposición de motivos y la jurisprudencia que venía interpretándola son tan claros ¿cómo han hecho en la Resolución del SOAT para dejar de aplicarlas? Lo han hecho a través de un acto de «malabarismo conceptual».

Lo que se ha hecho es crear un aparente argumento formal, tratando de destacar una supuesta interpretación literal, que en el fondo consigue «saltarse a la garrocha». Así, han forzado la literalidad de otra norma del 701 para que parezca entrar en contradicción con el inciso a) del artículo 6. Para ello han trastocado, como veremos, los principios de interpretación de

las normas y, sobre todo, han sido incoherentes con su propia posición al negarse a aplicar una «interpretación excesivamente literal» para aplicar «una interpretación literal».

El argumento central es el siguiente: El artículo 3 del propio Decreto Legislativo 701 señala que están prohibidos y serán sancionados los actos y conductas que constituyen abuso de posición de dominio o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia «*...de modo que se generen perjuicios para el interés económico general*». Fin del argumento.

¿Qué se quiso entonces decir en la Resolución del SOAT? Pues que dado que es necesario demostrar que se generen perjuicios para el interés económico general, la regla no puede ser «*per se*», pues implicaría presumir el daño que el artículo 3 exige que exista y ello violaría el derecho de defensa y los principios garantistas que deben aplicarse en el Derecho Administrativo sancionador. Con esas palabras, defendió el Presidente de la Sala, el Sr. Juan Francisco Rojas Leo.

Pero la Resolución está tan mal hecha que ella misma contiene una presunción de daño para su aplicación, es decir, que «comete el delito» del que acusaba al criterio anterior. En otras palabras dice que debe demostrarse el daño pero que no es necesario demostrar el daño. No usa una interpretación literal, sino una interpretación «medio literal». Pero lo más gracioso es que como consecuencia del «medio literalismo» adoptado, la regla que han puesto es «medio *per se*», pero para ocultar que mantienen la regla a medias la han llamado «imposibilidad de justificar *a priori*», sea lo que sea que quiera decir eso.

Han creado un «*per se* razonable» que es más o menos como decir un gordo flaco, un chato alto, un rápido lento, o algo parecido. Veamos al detalle la inconsistencia.

Según la interpretación sugerida en la Resolución del SOAT, no se puede presumir el daño porque el artículo 3 citado exige que se generen perjuicios al interés económico general. Pero presume «a *priori*» que la concertación genera daños. Si regresamos al caso de la luz roja, y aplicáramos el criterio «*per se* razonable» de la Resolución del SOAT la regla sería que, producido el cruce de la luz roja, se presume que dicho hecho genera daño. Ello quiere decir que no es necesario chocar para ser sancionado. Basta, en abstracto, entender que cruzar la luz roja generó una afectación abstracta a la seguridad vial, sin importar si el daño concreto se generó. A esto le llama «imposibilidad de justificar *a priori*».

Hasta allí la Resolución del SOAT en nada difiere del criterio recogido en la Resolución del Pollo. Pero donde sí difiere es en la segunda parte. Quien cruza una luz roja debe tener la oportunidad de demostrar ante la

autoridad que a pesar de que rompió la norma, se generó un beneficio con su cruce. Por ejemplo, que ahorró tiempo. Así, a pesar que se presume un daño (no probado, no demostrado y quizás no ocurrido), limita la defensa a demostrar que se produjo un beneficio mayor.

La inconsistencia es evidente: ¿Mayor a qué? Si la prueba del daño es innecesaria, entonces podrían no haber evidencias de qué daño se está hablando. ¿Cómo saber que el beneficio supera el daño?

Si la Resolución del Pollo contenía una presunción de daño, la del SOAT contiene también una presunción de daño, por lo que ambas irían contra el supuesto texto literal del artículo 3 que solo haría sancionable las violaciones que **generen perjuicios** al interés económico general, según la interpretación literalísima propuesta por el Tribunal de INDECOPI. Nótese que el verbo «generen» no está en condicional, como es condicional la redacción argentina que los autores de la Resolución encuentran como criterio inspirador. Por ello literalmente querría decir que debe probarse un daño real y actual. Lo único que trae de nuevo el SOAT es que se puede probar el beneficio para exonerarse de responsabilidad.

Pero imaginemos una conducta que no genera beneficio, pero tampoco daño. El conductor no ganó nada pasando la luz roja, pero tampoco dañó a nadie ¿Cómo podría tal hecho generar perjuicios para el interés económico general? Si el daño se presume, es decir si no es necesario demostrar su existencia o inexistencia pueden haber casos de concertaciones que no producen daños, que producen beneficios, y que sin embargo se van a sancionar en contra de la propia interpretación literal.

Si uno quisiera ponerlo en términos penales, la posición del actual Tribunal de INDECOPI dice más o menos lo siguiente: «No puedo presumir la responsabilidad del asesino, solo puedo presumir que mató a la víctima, pero no violó su derecho de defensa porque le permito luego alegar legítima defensa para haberlo matado».

Esa es la inconsistencia del razonamiento. Mucho más lógica es la posición de la Resolución del Pollo que asume que la responsabilidad administrativa es objetiva, y que por tanto, el solo hecho configura infracción por que se daña, como se verá, un bien jurídico en abstracto.

Lo que ocurre es que quienes redactaron la Resolución del SOAT no tienen una idea clara de en que consiste un análisis costo beneficio. Por ello sugieren que solo la existencia de un beneficio podría compensar un daño para que no se afecte el interés económico general, sin darse cuenta que podría no haber beneficio, pero tampoco un daño, por lo que tampoco se afecte el interés económico general. Esa inconsistencia iría contra el texto expreso en el sentido literal que quieren darle. Así presumen el daño, de manera tan

«ilegal» según sus términos a como lo hace la resolución anterior en el caso del pollo, solo que permiten la demostración de un supuesto beneficio.

*d) La «regla de la razón» y la «sinrazón política»*

¿Y por qué una regla tan alambicada, difícil de entender y sobre todo, casi imposible de aplicar en la realidad de una manera predecible? La respuesta está justamente en la intención de mantener la discrecionalidad que permita resolver dos casos iguales de manera diferente.

Si uno estudia las reglas para combatir las concertaciones de precios desde una perspectiva histórica, recubrirá que el uso de la regla de la razón siempre ha estado ligada a la introducción de factores y objetivos políticos, ajenos a la competencia, dentro de la aplicación de las normas antimonopolios, exactamente tal como está ocurriendo en este caso.

Un primer ejemplo de ello es el caso Europeo. Como todos saben las normas de competencia aplicadas en la Comunidad tuvieron su origen en un tratado de integración económica. Como era de esperarse el Tratado de Roma tuvo como objetivo una claramente político: la propia integración de los países que formaban la Comunidad. Para que ese proceso pudiera lograrse un cierto nivel de discrecionalidad era necesario, principalmente para tratar de manera distinta los acuerdos entre empresas de países integrantes, respecto del trato que se dispensaba a países de fuera de la Comunidad. Eso es exactamente lo que ocurrió y es sabido que la Comunidad podía darle «luz verde» a aquellos carteles que «contribuyeran al desarrollo económico comunitario» y ponerle «luz roja» a otros en los que ese factor no se daba. Pero la razón no era promover más o menos competencia sino crear esquemas de privilegio, discriminación y trato diferenciado. Afortunadamente, como veremos más adelante, en especial desde que asumió el liderazgo de la Comisión en el área de competencia el italiano MONTI, ello viene cambiando al nivel que hoy se aplica un principio análogo al de la regla «per se».

En Estados Unidos no pasó algo muy distinto, aunque por razones políticas diferentes. Como bien señalan POSNER y EASTERBROOK[39] la fe en las políticas de competencia fue sacudida fuertemente durante la depresión económica de los treinta. La caída de la demanda ocurrida durante la depresión genero una gran cantidad de capacidad ociosa la que fue equívocamente interpretada como el producto (antes que como la causa) de excesiva competencia. En ese sentido, durante el *New Deal*, que no fue sino el intento de intervenir políticamente la economía durante el Gobierno de Roosevelt

39. POSNER, Richard A, y Frank H. EASTERBROOK. *Antitrust. Cases, Economics, Notes and Other Materials.* West Publishing Co., Segunda Edición, 1991. pp 126-127.

basándose en las teorías keynesianas, se uso la cartelización y las concertaciones de precios como una herramienta antidepresión mal entendida. Un ejemplo de ello fue la *Nacional Industrial Recovery Act*, que autorizó expresamente a las empresas a fijar precios y limitar su producción por acuerdo. La lógica era incrementar políticamente las utilidades de las empresas, tratando de inducir a las empresas a incrementar la producción y la inversión, lo que en teoría iba a estimular el empleo.

Como bien dicen POSNER y EASTERBROOK, la idea es ridícula y es el resultado natural de mezclar políticas de competencia con otros objetivos políticos que le son ajenas. La cartelización va a incrementar las utilidades, pero las utilidades no necesariamente van a incrementar la inversión. La inversión se deriva de la expectativa que el monto invertido generará un retorno mayor, y no existía ninguna expectativa que la inversión durante la depresión podría generar retornos. Los integrantes del cartel tenderán a consumir sus utilidades antes que a invertirlas. Pero lo peor es que la limitación de la producción, consecuencia natural de la cartelización, tenderá a reducir el empleo, precisamente el efecto contrario que se quería lograr. A su vez el incremento de los precios reducirá el poder de compra de los consumidores y con ello la demanda de los productos de otras industrias. Las medidas eran bastante absurdas para incrementar la demanda y el empleo durante una depresión.

Ese es el resultado cuando se mezclan objetivos. No solo no se consiguen los objetivos de promover el desarrollo, sino que se afecta el objetivo de promover competencia. Esta idea ya está reflejada en el caso de los prácticos que ya comentamos, en el que el objetivo político difícilmente beneficiará a los consumidores y por el contrario se restringirá la competencia. La idea de proteger a los prácticos es bastante mala.

Pero ahora se ha abierto la puerta para poder meter objetivos diferentes a la competencia misma. Como en Europa o en Estados Unidos, los esfuerzos de la autoridad peruana por ganar discrecionalidad van de la mano de intencionalidad de ser flexible a objetivos políticos, y lo vienen consiguiendo.

Por ello no es de sorprender que un criterio tan extraño se haya establecido en un caso como el del SOAT. Como se sabe, se trata de un caso políticamente sensible, en el que se han tenido que enfrentar huelgas de transportistas que se negaban a contratar el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, alegando justamente que era más caro que los anteriores seguros que contrataban los mismos transportistas. Por ello, y sin perjuicio del análisis de la existencia o no de una infracción, convenía al gobierno sancionar a las aseguradoras y así dar un mensaje a los transportistas que algo se estaba haciendo con el tema.

A la vez está presente la existencia de casos de cartelización que involucran sectores sensibles como el transporte o la agricultura, casos donde se exigen aumentos de precios con huelgas, paros y tomas de carreteras.

Desde el punto de vista político conviene sancionar el primero y dejar pasar los segundos. Pero, ¿cómo hacer ello con una regla clara y precisa como la «per se»? Sería imposible. Con la nueva regla, en cambio, la solución al problema es sencilla. Las empresas de seguros soportarán una presunción de daño, con lo cual no pueden demostrar que sus acuerdos no causaron perjuicios. Luego, no pueden tampoco descargar responsabilidad demostrando que su práctica generó beneficios, simplemente porque nadie les notificó durante el procedimiento que esa era la regla. Por ello no pudieron ejercer su derecho de defensa en los términos del nuevo precedente y, en su caso particular, los principios garantistas, que tanto preocupan al Presidente de la Sala, no se les aplicaron. Pero otros carteles en el futuro, que puedan ser políticamente sensibles, si tendrán esa oportunidad en el caso de la banda de precios y saldrán con argumentos que traten de demostrar que existen beneficios en obligar a pagar a los consumidores un precio común mayor al que arrojaría la libre competencia si no se les permitiera operar con precios cartelizados.

Ello explica por qué el Tribunal de INDECOPI descartó la interpretación literal más consistente, pero en mi opinión equivocada, de las empresas aseguradoras, en el sentido que debía demostrarse el daño efectivo a la competencia. La interpretación «medio literal» adoptada por el Tribunal está igualmente equivocada, pero además es inconsistente consigo misma.

*e) Algunas «perlas» adicionales.*

La Resolución es sumamente pobre en el uso de las técnicas de interpretación. No analiza la Exposición de Motivos ni explica por qué descarta lo que ella dice. Ello va contra los más elementales criterios y principios de interpretación de la Ley. Un principio central en toda interpretación de la Ley es la prohibición del literalismo. Ello no implica que se descarte la interpretación literal, pero sí que el intérprete no puede quedarse en la interpretación literal y debe confirmar o descartar sus conclusiones derivadas de esta interpretación, con las conclusiones que arrojan otros métodos de interpretación. Uno de los métodos es el histórico, que exige revisar los antecedentes y exposiciones de motivos de las normas. Pero aquí, nuevamente, se aplicó un método histórico asistemático, porque se prefiere una intención presunta y derivada de la doctrina argentina de un supuesto antecedente de nuestra Ley, y se deja de lado la exposición de motivos que de manera precisa establece como debe interpretarse la norma. En otras pala-

bras, la interpretación jurisprudencial y doctrinaria de una Ley que se asume como antecedente de la peruana tiene más peso que la interrelación que el propio legislador da a lo que la Ley dice. El razonamiento es equivalente a estudiar las técnicas chilenas para saber como se hizo el Pisco peruano. La Ley Peruana se hizo en el Perú y no en Argentina.

En realidad el supuesto conflicto entre el artículo 3 y el artículo 6 inciso a) del Decreto Legislativo 701 no existe, y es solo un espejismo creado por una combinación barroca de argumentos. Si uno entiende que los bienes jurídicos pueden ser afectados tanto en concreto como en abstracto, ambas normas son completamente consistentes. Si se entiende, como es en realidad, que el interés económico general es un bien abstracto y que por tanto puede ser afectado también en abstracto, es posible que se afecte el interés económico general con el solo desarrollo de una práctica que es considerada per se contraria a este interés. Es exactamente igual a considerar la seguridad vial como un bien abstracto: no es necesario chocar y tener un accidente para afectarla. Basta que se cruce la luz roja, así no haya un accidente, para que se esté afectando la seguridad vial. Lo mismo se puede decir de otros bienes como la salud pública, que puede verse afectada si un medicamento se comercializa sin registro sanitario aunque no cause daños concretos a los consumidores, o del medio ambiente como bien abstracto que puede verse afectado si un proyecto minero se desarrolle sin un Estudio de Impacto Ambiental a pesar que se demuestre después que los beneficios del proyecto justifican los costos que impone al medio ambiente.

La interpretación de considerar al interés económico general «en abstracto» estaba a la vista de la Sala, pero ésta la obvio por completo y ni siquiera la analizó para descartarla. Simplemente la ignoró. Así, señala (literalmente) que las Resoluciones anteriores que precisaron la aplicación del criterio «per se» *«pasan por alto el análisis de los alcances del artículo 3»*. Pero si uno lee la Resolución No. 276-97-TDC, es decir la Resolución del Pollo, esta analiza extensamente como debe interpretarse el artículo 3, usando precisamente el concepto de afectación en abstracto. El punto III.1.2 de la Resolución del Pollo está casi íntegramente dedicado a evaluar como debe interpretarse el artículo 3, dedicándole virtualmente 11 páginas a esa labor. Esas 11 páginas si fueron «pasadas por alto» por la Resolución del SOAT. Solo como muestra citamos un breve pasaje del largo y detallado análisis contenido en la Resolución del Pollo sobre el particular:

> «La Sala considera que el error en la interpretación propuesta parte de no considerar la afectación del bien jurídico competencia como un afectación en abstracto, esto es como la protección de un interés que puede ser dañado sin que existan efectos perjudiciales concretos. El artículo 3 se refiere al bien jurídico protegido por la norma, lo que no implica que la

> vulneración a dicho bien deba producirse necesariamente en concreto; bastando que sea una afectación abstracta.
>
> Así, una práctica restrictiva podría haber afectado solo a un competidor o a un consumidor concreto. Mal podría decirse entonces que se afecta un interés económico general en concreto, pero si puede decirse que se ha afectado el principio de competencia, y con ello se afecta el interés económico general en que la competencia se desarrolle de manera sana y leal.»

Es lamentable que para cambiar un precedente, quien redactó la Resolución no se haya dado siquiera el trabajo de leer la Resolución cuyo criterio modificaba y que, para colmo de males, afirme que se trata de un tema no tocado en la misma, cuando se dedica una decena de páginas al asunto. O se actuó con ligereza, o se hizo intencionalmente para tratar de «tapar el Sol con un dedo» y evitar confrontar su posición con la asumida en la Resolución del Pollo.

Hay dos temas adicionales que debemos tratar respecto a esta resolución.

El primero se refiere a una afirmación inexacta respecto a que nuestro sistema, al inspirarse en el sistema romano germánico, no puede usar un criterio como el «per se» que proviene del common law, señalando que la Resolución del Pollo «*significó una inclusión de elementos incompatibles con nuestro marco legal de competencia y ajenos a nuestro sistema jurídico*».

Negar la influencia del Derecho Antitrust Norteamericano solo porque Estados Unidos es un país perteneciente a otra tradición jurídica, es como negar la existencia del fideicomiso en el Perú solo porque el mismo se originó en el *common law*.

Esa posición es tan absurda que los propios europeos aceptan sin controversia que el Derecho de la Competencia es una creación norteamericana. Como señala el español CASES PALLARES:

> «(...) puede percibirse de forma notoria la incidencia que el derecho norteamericano en esta materia tiene sobre el derecho comunitario.
>
> A nuestro entender, una primera comparación entre los artículos 1 y 2 de la Sherman Act norteamericana de 1890 y los artículos 85 y 85 del Tratado muestran con absoluta evidencia esta influencia. Además de esta similitud inicial (...) el análisis comparado puede también efectuarse acerca de los actos restrictivos de la competencia prohibidos en la jurisprudencia y en la forma en que las normas antitrust son aplicadas. De este modo repetidas veces la aplicación del derecho comunitario de la competencia tiene en cuenta, de manera expresa, la experiencia norteamericana. En los razonamientos o en la configuración de las distintas

> instituciones propias de la materia, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha acudido a la experiencia norteamericana.»[40]

La afirmación de la Resolución del SOAT niega una aplicación de criterios por no ser europeos, que ni siquiera los *europeos* niegan. Así, las normas del Tratado de la CECA, en especial los artículos 65 y 66, referidos a libre competencia, fueron redactados por un estudio de abogados de Washington con sede en París.[41] Como bien señala GARRIGUES, *«(...) los principios americanos de la legislación antitrust penetran en Europa en la mochila de los soldados de los ejércitos de ocupación de Alemania»*[42].

Negar la influencia del Derecho Antitrust Americano en el Perú y en todo el mundo (Europa incluido) es negarle el ADN al Derecho de la Competencia. Le guste o no al Tribunal del INDECOPI, el Derecho de la Competencia nació en Estados Unidos y sus principios se originan en sentencias y doctrina redactadas en inglés por norteamericanos, en nuestro continente y que influyeron notablemente en su desarrollo universal, influencia de la que Europa no se escapa, como reconocen los propios europeos. Así la Resolución del SOAT destila una suerte de «xenofobia antigringa».

Pero lo más increíble es que, contra lo que se afirma en la Resolución del SOAT, el criterio «per se» si se viene aplicando en Europa en los últimos tiempos. Si bien es correcto que inicialmente no se aceptó el uso del criterio «per se» para las concertaciones de precios, lo cierto es que esa resistencia al principio norteamericano ha cedido, e incluso ha sido recogido expresamente en la Comunicación de la Comisión en la que se aprueban «Directrices sobre la Aplicabilidad del Artículo 81 del Tratado CE a los Acuerdos de Cooperación Horizontal» (2001/C 3/02).

El punto 18 señala con toda precisión:

> «En algunos casos, la naturaleza de una cooperación hace que el apartado 1 del artículo 81 sea aplicable inmediatamente. Se trata de los acuerdos cuyo objeto es limitar la competencia fijando precios, limitando la producción o repartiéndose los mercados y la clientela. Se presume que estas restricciones producen efectos en los mercados. Por consiguiente, no es necesario examinar sus efectos reales sobre la competencia y el mercado para determinar si están comprendidos en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81.» (el subrayado es nuestro)

---

40. CASES PALLARES, Luis. *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*. Marcial Pons, 1995., p. 57-58.

41. Op cit, loc cit.

42. Citado por CASES PALLARES, op cit, p. 59.

El apartado que hemos citado define, sin usar el término per se, la regla per se. Otros acápites, en especial el 19 y el 25, definen que la excepción es justamente la llamada «ancilliary doctrine», también de origen norteamericano, y que es el principio imperante en Europa que el Tribunal Peruano se negó a aplicar por «no ser europeo». O sea que el Tribunal es «más europeo que los europeos» o «más papista que el Papa».

Sustentar el cambio en un supuesto apego a la doctrina europea es tan absurdo que el académico español Antonio CREUS (es decir, europeo, de los europeos que supuestamente estarían sustentando el cambio) no puedo dejar de expresar su perplejidad por el cambio en una entrevista que concedió recientemente en el Perú y en la que se le pregunta específicamente por estos cambios de criterio:

> «En una práctica cartelizadora, sin embargo, aplicar una regla de la razón no es algo que se entienda desde mi filosofía, seguramente me debe faltar algo, algún elemento, pero, como tal, no entiendo.
>
> Dicho esto, es cierto que ha habido un cambio en algunas economías de reglas per se a reglas de la razón, pero sin duda en otros tipos de acuerdo, los que sean verticales o restricciones que tengan algún sentido más allá de lo económico, pero respecto a los carteles tradicionales nuestra legislación ha utilizado la regla per se en Europa y España, y no se nos ocurre como lo pueden cambiar.»[43] (el subrayado es nuestro).

De manera similar se pronuncia William KOVACIC en la misma entrevista, señalando:

> «Considero que hay consenso en que algunas conductas como los carteles de productores (...) no tienen nada de redimibles. Es decir la sociedad no deriva beneficios de ellas y existen justificaciones muy sólidas para tener un principio claro que no determine excusas en la mayoría de los casos. Es por eso que pienso que un área digna de observar es la consistencia con la que algunos de los cambios han surgido para volverse normas y estándares globalmente aceptados.»[44]

Por otra parte la Resolución del SOAT señala que la aplicación por las autoridades peruanas de la llamada «ancilliary doctrine» en Resoluciones anteriores implica un reconocimiento de que la misma regla «per se» tiene

---

43. Entrevista a William E. KOVACIC y Antonio CREUS. «El Derecho de Competencia Tienes que Formar Parte de la Constitución Económica de un Estado» En *Themis*, Revista de Derecho, No. 51. 2005. p. 252.

44. Ibid, p. 251.

excepciones por los posibles beneficios que pueden generar. Nuevamente se comete un serio error similar al de «confundir un mono con un elefante».

Como ya vimos la «ancilliary doctrine» es conocida en español como la «doctrina de la complementariedad», según la cual solo son consideradas per se ilegales los acuerdos de precios desnudos, es decir aquellos que no son complementarios a acuerdos de integración empresarial tales como asociaciones en participación o joint ventures. Ello en el entendido que solo los «acuerdos desnudos», es decir, aquellos desprovistos de todo tipo de integración asociativa entre empresas, son los que realmente se constituyen como ilegales, quedando esto sujeto a la regla de la razón. Para comprender ello basta un ejemplo: si un grupo de abogados se juntan para poner un Estudio y fijan una tarifa común, eso no es un cartel de precios, es una asociación de abogados. Si dos empresas se ponen de acuerdo para producir un automóvil de manera conjunta, y determinan el precio al que venderán el producto final, tampoco es un acuerdo de fijación de precios, es solamente un joint venture. Esa es una distinción que la Resolución del SOAT no comprende.

Como ya vimos este criterio fue recogido en el caso CIVA vs. Empresa Turística Mariscal Cáceres S.A.[45] en el Perú, mediante un precedente de observancia obligatoria, que fue dejado sin efecto, sin explicación atendible, por la Resolución en el caso del SOAT. Justamente lo que la decisión en el caso CIVA establecía era una diferenciación que el caso del SOAT no aborda ni comprende.

## V. LOS ACUERDOS HORIZONTALES PARA REALIZAR COMPRAS CONJUNTAS.

Como vimos, cuando un conjunto de empresas competidoras entre sí se ponen de acuerdo para vender al mismo precio estamos frente a un cartel y las autoridades de competencia suelen sancionar esa conducta como ilegal.

Una primera reacción a esta regla es que la misma debería aplicarse también a los acuerdos entre empresas que «compiten» para comprar, es decir los acuerdos para fijar precios o políticas comunes para comprar bienes o contratar servicios. Finalmente es lo mismo, solo que invertido, como visto en un espejo. La lógica sería que dicho acuerdo elimina la libertad de quien vende de poder influir en el nivel de precio, lo que reduce la competencia ya no desde el lado de la oferta, sino desde el lado de la demanda.

---

45. Resolución No. 206-97-TDC/INDECOPI de fecha 13 de Agosto de 1997, publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 28 de Octubre de 1997.

Sin embargo los acuerdos de compras conjuntas o concertadas tienen ciertas características que los hacen particulares y por eso consideramos importante hacer un análisis particular de los mismos en la presente sección.

Como veremos, si bien hay elementos de análisis de los acuerdos restrictivos en la compra de bienes que son útiles para entender los acuerdos de compra, las reglas aplicables no son totalmente simétricas, debiendo los acuerdos de compra recibir un trato más benevolente. Ello porque sus efectos económicos no son plenamente asimilables.

El tema reviste importancia porque no es extraño encontrar acuerdos entre conjunto de empresas para organizar lo que se suele llamar un «poder de compra» y por ello tener reglas claras en esta área contribuye a un mejor desarrollo del mercado.

Podemos ver que existen hasta tres posibilidades cuando se analiza un acuerdo de compras conjuntas:

- El primero es que el acuerdo lleve a una fusión o creación de una entidad formalmente independiente de la de sus creadores, es decir una nueva empresa que compre y luego venda a sus integrantes u organizadores. En ese caso no es posible considerar que existe un acuerdo horizontal. Por tanto, sale de este campo de análisis y queda sujeto, en todo caso, en los países en que exista, a un control de fusiones, debiendo su legalidad ser analizada a la luz de la regla de la razón.

- El segundo es que el acuerdo, sin significar la creación de una nueva entidad independiente, lleve a algún nivel de cooperación entre empresas que tenga un efecto asociativo, y no un mero acuerdo «desnudo» de precios. En esos casos, el acuerdo quedará sujeto a la regla de la razón y habrá que evaluar sus eventuales efectos anticompetitivos para declarar su ilegalidad en cada caso. Esto guarda relación con los criterios mencionados por el Juez Taft y por el INDECOPI en la aplicación de la llamada «ancilliary doctrine» mencionada anteriormente. Si bien los casos mencionados se refieren a una suerte de «*joint venture*» o asociación en participación para la venta, nada impide aplicar los mismos criterios a una suerte de «*joint venture*» de compra. En ese sentido el acuerdo estaría sujeto al análisis de la «regla de la razón»

- El tercero es que el acuerdo sea sólo uno de precios, sin ningún nivel de compromiso de colaboración o asociativo adicional. Ello pasaría si las empresas, reunidas, fijan un precio máximo a pagar a sus proveedores, todas en conjunto o se dividen proveedores evitando que una pueda recurrir a los proveedores de la otra. En ese caso podríamos estar ante la aplicación de la regla *per se*, o de la nueva regla de la razón modificada establecida por el Tribunal del INDECOPI y el acuerdo sería ilegal.

Incluso en los casos en que formalmente existen acuerdos de precios horizontales entre empresas, a estos acuerdos no se les aplica la regla *per se* si quienes toman los acuerdos son parte de una sola unidad económica, tal como se verá más adelante en esta sección bajo la excepción del *single entity*. Así se considera que no existe acuerdo horizontal de precios entre las empresas que integran un mismo grupo económico. No hay pues «carteles» al interior de un mismo grupo.

Pero para aplicar esta excepción o defensa debe quedar claro que todos los integrantes del acuerdo pertenecen al mismo grupo. Por ejemplo si todas las empresas participantes tienen un mismo accionista mayoritario no pueden considerarse que el acuerdo entre ellas es un acuerdo de fijación de precios. Lo mismo ocurrirá si todas están sujetas a una estructura de control común.

Pero el asunto no será tan claro si el accionista o accionistas comunes no tienen el control de todas o de parte del grupo.

Así, un hecho que deberá ser tomado en cuenta para la evaluación del eventual efecto anticompetitivo del acuerdo, es la vinculación económica existente entre las empresas que serán parte del acuerdo. Esto es analizado con mayor detalle en el siguiente punto de esta sección.

Si se llegará a determinar que estamos frente a un acuerdo celebrado entre empresas independientes que se comportan como competidores en el mercado, resulta necesario analizar la naturaleza del acuerdo a ser celebrado, así como las consecuencias sobre la competencia en los mercados afectados, con el objeto de determinar con exactitud el eventual riesgo de un cuestionamiento a partir de la aplicación de las normas de competencia.

Un primer tema es determinar si el acuerdo tiene por objeto la determinación concertada de precios de venta, de los volúmenes de producción, la división de los clientes o consumidores, o de los mercados. Si el supuesto es la negociación de un precio concertado entre las empresas competidoras que luego es impuesto a los proveedores cada una por separado, ello podría ser cuestionado directamente.

Por el contrario el caso revestirá otras aristas si de lo que se trata es de desarrollar un esquema de negociación que reduce costos del proceso de adquisiciones de las empresas involucradas, generando además un mejor aprovechamiento del «*know how*» existente.

Así, de tratarse de un acuerdo de cooperación a ser celebrado entre empresas independientes, con el objeto de establecer mecanismos conjuntos de compra de ciertos insumos, no se trataría de un acuerdo que tiene por objeto directo la restricción de la competencia entre las empresas que forman parte del mismo.

En otras palabras, si el acuerdo es de este último tipo no estaríamos frente a un tipo de acuerdo respecto del cual las normas de competencia relevantes para el análisis, suelen presumir —en algunos casos, sin admitir prueba en contrario— un impacto negativo en el mercado —regla de la ilegalidad *per se*—[46] sino frente a un caso de aplicación de la señalada «ancilliary doctrine».

En un acuerdo de cooperación entre empresas su ilegalidad dependerá básicamente de su impacto, no tanto en la disminución de la competencia entre las empresas que forman parte del acuerdo, como en la disminución de la competencia en el mercado en su conjunto. Ello, porque no es considerado un «acuerdo desnudo» según la doctrina comentada anteriormente.

Se trataría entonces de un acuerdo que regularmente es analizado por las agencias de competencia bajo una regla de razonabilidad —*»regla de la razón»*—, por lo que será necesario analizar sus efectos específicos, caso por caso, para determinar su eventual ilegalidad.

### 5.1 Acuerdos para la compra conjunta de insumos.

Los acuerdos de cooperación entre empresas para la compra en conjunto de insumos, son relativamente frecuentes. En algunas oportunidades dichos acuerdos suelen implementarse a través de la constitución de una empresa en común o a través de empresas controladas de manera conjunta por las empresas integrantes del acuerdo. En otros casos la compra en común opera sobre la base de un acuerdo que no altera las estructuras de las empresas involucradas.

Por lo general, los acuerdos entre competidores para la compra en común de determinados productos son tratados de manera benevolente por las regulaciones de competencia, en comparación al tratamiento dado a los acuerdos entre competidores para la venta en conjunto, por ejemplo. Ello básicamente se origina en el reconocimiento implícito a los efectos positivos que dichos acuerdos generan (reducción de costos e incremento de eficiencias administrativas), en comparación a los riesgos que involucran para la competencia y la economía en general. Así, de acuerdo con J.M. JACOPSON y G. DORMAN:

> «(...) los acuerdos entre compradores raramente suelen tener un efecto anticompetitivo significativo y en consecuencia, el tratamiento de la le-

46. Acuerdos de precios de venta, acuerdos para la división de mercados o de clientes, concertación de ofertas en subastas públicas y concertación de volúmenes de producción.

> gislación antimonopolios a la actividad de conjunta de compradores no debe ser tratada de manera simétrica al tratamiento de la actividad conjunta de venta. Cuando los vendedores ejercen su poder monopólico el resultado casi universal es precios más altos, menor producción y mala asignación de recursos, valores antieconómicos que muchos consideran la legislación antimonopolios está diseñada para proteger e impedir. En contraste acuerdos de compras conjuntas suelen producir menores precios y mayor producción para los consumidores sin el serio efecto de una mala asignación de recursos ni ninguna otra afectación al interés público como es protegido por la legislación antimonopolios. El tratamiento de la legislación antimonopolios a la conducta del comprador debe ser en correspondencia benevolente»[47].

La determinación de un eventual cuestionamiento desde un punto de vista de competencia dependerá tanto de la naturaleza misma del acuerdo (entendido esto como el área y objeto de la cooperación, la relación de competencia entre las partes y la extensión de dicha cooperación), como del poder mercado de las partes involucradas en el acuerdo, variables ambas que determinarán su capacidad para afectar el mercado de manera significativa.

Así el análisis de la legalidad o no de un acuerdo de este tipo no es un tema sencillo pues depende de la sumatoria de una serie de factores diversos. Cuando más de esos factores de riesgo o «*plus factors*» existan, más probabilidades de cuestionamiento existirán. Cuando menos factores de ese tipo existan será menos probable que el acuerdo sea cuestionado. A continuación se enumeran y analizan los principales factores relevantes para hacer el análisis.

*a) El tipo de mercado.*

Uno de los primeros aspectos que deberá analizarse para evaluar un potencial cuestionamiento es el tipo de mercado afectado. Es el caso que los acuerdos de cooperación para la compra en común de determinados bienes o insumos puede afectar dos mercados distintos: el mercado de compra de los productos de que se trate (*up stream*) y el mercado de venta de determinados productos, en aquellos casos en los que se trate de empresas que compiten en un mismo mercado (*down-stream*.)

Tomemos el ejemplo de las empresas textiles que deciden efectuar compras conjuntas de algodón, el mercado *up strem* o «aguas arriba» sería el

---

47. J.M. Jacopson y G. Dorman «*Joint Purchasing, Monopsony and Antitrust*», (1991) The *Antitrust* Bulletin, Spring 1991, p. 2.

mercado de compras de algodón, mientras el mercado *down stream*, o «aguas abajo» sería el mercado de ventas de pantalones.

Si las empresas que compiten en un mismo mercado se asocian para adquirir los insumos requeridos para la fabricación de sus productos, el impacto en competencia del acuerdo se sentirá tanto en el mercado de compra de insumos o *up stream*, como en el de venta de los productos confeccionados o producidos con dichos insumos, o mercado *down stream*.

En tal sentido, el análisis del impacto anticompetitivo de un acuerdo de compra en común deberá comprender la revisión de sus efectos tanto en el mercado de compra como —de ser el caso— en el mercado de venta de los productos que son elaborados con dichos insumos.

*b) Naturaleza y alcances del acuerdo.*

Por otro lado, la afectación en la competencia dependerá también de la naturaleza misma del acuerdo. Así, por ejemplo, un acuerdo mediante el cual empresas que compiten en el mercado de venta de un producto determinado se agrupan para comprar en común el íntegro o la mayoría de sus insumos, probablemente representará un mayor riesgo desde el punto de vista de la competencia que un acuerdo que cubre una pequeña porción de los insumos demandados por las empresas. Dicho riesgo se incrementa si, en dicho supuesto, los insumos representan un porcentaje importante de integración en los bienes producidos o comercializados por las empresas que forman parte del acuerdo.

*c) Participación en el mercado de los integrantes.*

Quizás el elemento más importante y definitorio se vincula con la posición y participación de las partes en los mercados afectados. Dicha posición es la que finalmente determinará la probabilidad de que el acuerdo les permita ganar, mantener o incrementar su poder de mercado a través del acuerdo de cooperación y, por tanto, su habilidad para generar efectos negativos sobre el mercado y la competencia.

Así, por ejemplo, un acuerdo de cooperación celebrado entre empresas que poseen una importante participación en el 'mercado de venta' de un producto determinado y que les permite alcanzar una participación también importante en el mercado de compra de los insumos de que se trate, probablemente representará un mayor riesgo desde el punto de vista de la competencia que uno en el que las partes no llegan a concentrar una participación significativa en ninguno de los mercados afectados.

*d) Acuerdos Accesorios con Efectos Anticompetitivos.*

Adicionalmente, la determinación del grado de afectación de la competencia generado por un acuerdo de cooperación y, por tanto, su eventual ilegalidad, se vincula con los pactos accesorios que rodean al acuerdo. Así por ejemplo, bajo determinadas circunstancias, el acuerdo de excluir a otras empresas de participar en el programa de compras en conjunto podría ser considerado anticompetitivo; o, el acuerdo para negarse a comprar a proveedores que compiten también en el mercado *down stream*. En tal sentido, el análisis del impacto anticompetitivo de un acuerdo de compra en común debe comprender la revisión de los pactos u acuerdos accesorios al acuerdo de principal.

*e) Efectos positivos para la competencia.*

Finalmente, el análisis del eventual impacto negativo del acuerdo sobre la competencia y, por tanto, de su eventual ilegalidad, debe comprender también un análisis de los efectos positivos generados por el acuerdo los mismos que, bajo determinadas circunstancias, podrían compensar dichos efectos restrictivos.

En efecto, los acuerdos dirigidos a coordinar las actividades de compras suelen generar una serie de beneficios económicos derivados de las economías de escala o de alcance que permiten: reducción de costos en transporte o en el personal encargado de las labores de compra, reducción de costos de transacción, descuentos por compras en volumen, entre otros ejemplos. Por otro lado, en algunos casos dichos acuerdos permiten mejorar las condiciones competencia en el mercado, al mejorar la posición de negociación de los compradores en mercados con una alta concentración por el lado de los vendedores: así por ejemplo, en el caso de pequeños distribuidores o agricultores que se agrupan para compensar sus desventajas de negociación con proveedores de insumos que ostentan un poder de mercado.

### 5.2 Análisis Integral de los Factores Relevantes: La Importancia de la Participación de Mercado

La determinación de la ilegalidad del acuerdo dependerá, en suma, del resultado del análisis comparativo de los efectos negativos y positivos en el mercado que dicho acuerdo genere. Sin embargo, quizás el factor más importante sea la participación en el mercado combinada de las partes en el acuerdo.

Con relación a la legalidad o ilegalidad de dichos acuerdos, existe cierta coincidencia respecto al tratamiento de dichos acuerdos en la regulación de

competencia relevante para el análisis del acuerdo. En general dichas regulaciones consideran que los acuerdos de cooperación para la compra en común son «*a priori*» legales, a menos que exista el riesgo de que el mercado se concentre o se incorpore al acuerdo pactos accesorios de naturaleza anticompetitiva.

Con relación a la regulación norteamericana de competencia, SULLIVAN y GRIMES señalan:

«Salvo que el mercado esté concentrado o que existan restricciones complementarias indebidamente anticompetitivas, dichos acuerdos son legales. (...) Las compras conjuntas permiten integración que nos pueden conducir a eficiencias. Dichos acuerdos no son vulnerables bajo la Sheman Act cuando ni el riesgo de ganar participación usando el poder de mercado ni la existencia de una restricción complementaria a la competencia sean evidentes»[48].

En el ámbito jurisprudencial han existido diversos pronunciamientos de las Cortes Norteamericanas en los que, aplicando la *rule of reason* o regla de la razón, se ha declarado, explícita o implícitamente, la legalidad de dichos acuerdos en ausencia de cualquier indicador de poder de mercado significativo por parte de las partes que integran el acuerdo. Así por ejemplo, en *Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationery & Printing Co.*[49], la Corte Suprema declaró implícitamente la legalidad de dichos acuerdos al sostener que, en ausencia de poder de mercado, las empresas integrantes de un acuerdo de compra en común podían legítimamente excluir del mismo a cualquier otra empresa interesada en participar del acuerdo.

No obstante ello, las Cortes han sancionado la incorporación a dichos acuerdos de pactos anticompetitivos accesorios. Así por ejemplo, en *United States v. Topco Associates. Inc.*[50], un acuerdo para la compra en conjunto de insumos celebrado entre un grupo de pequeñas cadenas de bodegas, fue sancionado por la incorporación de un pacto accesorio que implicaba una división de mercados. Del mismo modo, en *Eastern States Retail Lumber Dealers's Ass'n v. United States*[51], se sancionó un acuerdo entre «*dealers*» para no comprar los productos de aquellos distribuidores que comercializaban sus productos a nivel de los «*dealers*».

Recientemente, el *Federal Trade Commission* y el *Justice Department* en su «*Antitrust Guidelines for Competitor Collaborations*» (abril 2000) han tomado

---

48. *Ob. cit.*, pp. 257-258.

49. 472 U.S. 284, 105 S. Ct. 2613, 86 L. Ed. 2d 202 (1985).

50. 405 US 596, 92, S. Ct. 1126, 31 L. Ed. 2d 515 (1972).

51. 234 U.S. 600, 34 S. Ct. 951, 58 L. Ed. 1490 (1914).

posición respecto a las compras en común señalando que si el acuerdo concentra menos del 20% de las compras del producto en el mercado relevante, éste no será cuestionado («*safe harbor*») por dichas entidades. Sólo si el acuerdo genera una concentración superior al 20% en el mercado relevante, deberá realizarse un análisis más pormenorizado tanto de los beneficios como de sus efectos negativos en el mercado, a fin de determinar la compatibilidad del acuerdo con las normas de competencia[52].

Algo similar puede concluirse desde el punto de vista de la regulación de competencia comunitaria europea. En efecto, los acuerdos entre competidores para la compra en común de determinados insumos, si bien en principio han sido considerados dentro de los acuerdos o contratos prohibidos en el primer párrafo del artículo 85 del Tratado, la Comisión y el Tribunal Europeo han otorgado excepciones individuales basado en una análisis de los beneficios generados o en las condiciones especificas del mercado de que se trate.

Sobre el particular, Valentine KORA señala:

> «La corte ha establecido que organizaciones cooperativas para la compra y venta con pequeñas participaciones de mercado no infringen el artículo 85(1) incluso cuando los miembros acuerdan por largos periodos de tiempo a comprar o vender de manera importante si las reglas son proporcionales a la función de la operación conjunta. Las reglas de la asociación deben ser evaluadas a la luz de su contexto económico»[53].

Así, por ejemplo, en el caso de la Asociación Nacional de Acido Sulfúrico[54], en el que la mayoría de fabricantes de ácido sulfúrico del Reino Unido se pusieron de acuerdo para comprar azufre a través de un *pool* se consideró que, tomando en cuenta la concentración existente en la oferta de dicho insumo, así como la posibilidad de que sus integrantes realicen parte de sus operaciones de manera directa —sólo el 25% de sus necesidades debía ser canalizado obligatoriamente a través del *pool*—, el acuerdo no afectaba negativamente el mercado.

Por el contrario, ha rechazado el otorgamiento de dichas excepciones en aquellos casos en los que las restricciones accesorias impuestas a sus miembros fueran desproporcionadas. Así, por ejemplo, en el caso *Cooperatieve Stremsel-en Kleurslfabriek*[55], el Tribunal de Justicia Europeo confirmó el

---

52. «*Antitrust* Guidelines for Competitor Collaborations». (April 2000), p. 30.

53. KORA, Valentine. *EC Competition Law and Practice,* Six Edition, 1997, p. 43.

54. DOCE 1980 L260/24.

55. Asunto 61/80 [1981] Rep 851.

punto de vista de la Comisión quien negó una excepción al acuerdo celebrado por todas las cooperativas lecheras en Holanda para comprar un insumo básico para la fabricación de quesos, por forzar a sus miembros a canalizar el 100% de sus necesidades a través de la 'cooperativa'.

Recientemente, en noviembre de 2000, la Comisión Europea ha adoptado lineamientos generales para la evaluación de los acuerdos de cooperación entre empresas; dichos lineamientos resumen la posición de dicha agencia respecto a los acuerdos de compra en común[56].

En general, al igual que en los Estados Unidos, la Comisión ha establecido para el sistema europeo, como regla general que la legalidad de los acuerdos de cooperación depende de los efectos negativos que generen en el mercado los mismos que:

> «(...) dependen del contexto económico tomando en consideración tanto la naturaleza del acuerdo y el poder de mercado combinado de las partes que determinan —conjuntamente con otros factores estructurales— la capacidad del acuerdo de afectar de manera global la competencia de una manera significativa»[57].

Sobre este último aspecto, la Comisión señala que, si bien no existe un porcentaje que de manera absoluta indique la existencia de poder de mercado, resulta improbable que empresas que concentran una participación inferior al 15% tanto en el 'mercado de compra' como en el 'mercado de venta', sean consideradas como tales. Nótese incluso que el porcentaje es inferior al norteamericano (20%), pero se mueve en rangos similares

Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión añade que incluso acuerdos en los que la participación del mercado combinada de las partes involucradas supere el 15%, podrían no resultar anticompetitivos:

> «Una participación de mercado superior a ese límite no indica de manera automática que se esté causando un efecto negativo para el mercado por la cooperación pero requiere un análisis más detallado del impacto de un acuerdo de compras conjuntas, involucrando factores como el nivel de concentración en el mercado y el posible poder compensatorio de proveedores importantes. Compras conjuntas que involucren partes con una participación de mercado significativamente superior a 15% en un mercado concentrado probablemente caerá bajo el artículo 85(1) y las

56. «Commission Notice. Guideline on the applicability of 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreement». (2001/C 3/02).

57. «Commission Notice. Guideline on the applicability of 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreement». (2001/C 3/02), p. 4.

eficiencias que compensen el efecto restrictivo deberán de ser demostradas por las partes»[58].

En lo que se refiere a la regulación peruana, no existen antecedentes sobre el particular, es decir, sobre casos en los que se hayan cuestionado acuerdos de compra conjuntas. No obstante ello, consideramos que dado el marco normativo vigente, no existe razón para pensar que el INDECOPI adopte una línea de interpretación distinta a la seguida en los Estados Unidos y en la Comunidad Económica Europea, sobre todo si se tiene en cuenta la posición adoptada por el INDECOPI en el caso de acuerdos de acuerdos de cooperación para la comercialización, como ocurrió en el caso CIVA v. Mariscal Cáceres, anteriormente citado, y en el que se adopta la «ancilliary doctrine». Por otro lado la flexibilización de la regla *per se* en el caso del SOAT hace predecir un tratamiento más flexible aún para estos acuerdos. Sin embargo debe advertirse que la ausencia de precedentes no permite hacer afirmaciones categóricas.

Una mención aparte, por su carácter más estricto, merece la regulación Canadiense sobre la materia. En primer lugar, debe señalarse que la sección 45 de la *Competition Act*[59] de dicho país prohíbe todos los acuerdos que 'indebidamente' restrinjan competencia, lo que incluye tanto a los denominados 'acuerdos desnudos' como a los acuerdos que regularmente son excluidos de dicha clasificación, dentro de los que se incluye a los acuerdos para compras en conjunto.

En segundo lugar, en la determinación de cuáles son aquellos acuerdos que 'indebidamente restringen competencia' las Cortes Canadienses han excluido explícitamente cualquier consideración respecto a las eficiencias generadas por los acuerdos[60]. En otras palabras, las empresas que forman parte de un acuerdo para la compra en conjunto de insumos que res-

---

58. *Ob. cit.,* p. 19.

59. «45. (1) Every one who conspires, combines, agrees or arranges with another person (a) to limit unduly the facilities for transporting, producing, manufacturing, supplying, storing or dealing in any product, (b) to prevent, limit or lessen, unduly, the manufacture or production of a product or to enhance unreasonably the price thereof, (c) to prevent or lessen, unduly, competition in the production, manufacture, purchase, barter, sale, storage, rental, transportation or supply of a product, or in the price of insurance on persons or property, or (d) to otherwise restrain or injure competition unduly, is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years or to a fine not exceeding ten million dollars or to both.»

60. De conformidad con lo establecido por la Corte Suprema en Nova Scotia Pharmaceuticals Society «el balance de ganancias de eficencia ... cae... fuera del análisis». R. v. «Nova Scotia Pharmaceuticals Society», [1992] 2 S.C.R. 606.

tringe 'indebidamente' la competencia por ejemplo, podrán ser sancionadas —con penas de carcelería de hasta 5 años— incluso en aquellos casos en los que el acuerdo genere eficiencias de manera significativa. En este aspecto, la jurisprudencia se aparta de un análisis basado en la «regla de la razón» amplia para la determinación de la legalidad o ilegalidad de ciertas conductas, como sucede en las regulaciones anteriormente citadas.

Dos son los aspectos que, a decir de la Corte Suprema Canadiense, determinarán cuándo un acuerdo restringe 'indebidamente' la competencia: (1) la estructura del mercado y (2) la conducta de las partes que forman parte del acuerdo[61].

La participación de las partes en el mercado ha sido considerada por la Corte como un elemento no determinante[62]. En otras palabras, para determinar la legalidad o ilegalidad de un acuerdo ante la legislación canadiense será necesario analizar no sólo la participación de las partes en el mercado de que se trate sino además: el número de competidores y el grado de concentración del mercado, las barreras de acceso al mercado, la distribución geográfica de los proveedores, el poder de mercado de los suministradores, entre otros factores.

Explícitamente la Corte ha señalado que, para la determinación de la ilegalidad de la práctica, no resulta necesario que las partes dominen o controlen el mercado; un «moderado» poder de mercado resulta suficiente para declarar ilegal un acuerdo[63].

De lo anterior se puede concluir que, independientemente de las eficiencias y beneficios que se generen, los acuerdos de compra en común de determinados insumos celebrados entre competidores que ostentan una participación que no puede ser calificada como insignificante, corren el riesgo de ser calificados como ilegales a la luz de la regulación Canadiense sobre la materia pudiendo sus autores ser objeto de sanciones criminales.

Cabe destacar que, a diferencia del caso estadounidense y del caso europeo, no existe ningún parámetro jurisprudencial o administrativo con base al cual se pueda determinar con precisión aquella participación de mercado bajo la cual no existe riesgo de un eventual cuestionamiento del acuerdo.

Refiriéndose al alto grado de incertidumbre existente respecto a la eventual ilegalidad de determinados acuerdos de cooperación bajo la regulación canadiense, Mc Carthy Tetraul señala:

---

61. Nova Scotia Pharmaceutical, *Ibídem* at 651.

62. Nova Scotia Pharmaceutical, *Ibídem* at 653.

63. Nova Scotia Pharmaceutical, *Ibídem* at 654.

> «(...) estamos convencidos que un gran número de acuerdos pro-competitivos, que de otra manera presentan algún riesgo bajo la legislación antimonopolios, no son llevados a cabo porque el abogado no puede dar una opinión clara de que no existe riesgo de un proceso criminal. Considere los siguientes tipos de acuerdos entre competidores en los que las partes no tendrían una participación de mercado significativa:
>
> -implementar un sistema de producción común;
>
> -implementar un sistema de distribución común;
>
> -compras conjuntas de un determinado producto;
>
> A pesar que todos estos acuerdos pueden generar eficiencias, tales eficiencias no son relevantes para eliminar la existencia de responsabilidad criminal bajo la sección 45. Como consecuencia que el riesgo de sanciones criminales no puede ser eliminado con certeza, muchas personas de negocio estarán reacias de concluir tales acuerdos sí tienen efectos anticompetitivos»[64].

Por el contrario, la legislación Australiana es más benévola que el régimen general descrito líneas arriba para Estados Unidos y la Unión Europea.

Bajo la legislación Australiana (Sección 45 de la *Trade Practice Act 1974*) se tiene prohibido de manera general los acuerdos que tienen como propósito o efecto dañar sustancialmente la competencia (*'substantially lessening competition'*). Específicamente se han prohibido los acuerdos de precios[65].

No obstante ello, en la sección 45 A se han exceptuado de dicha prohibición aquellos acuerdos que se vinculen con la compra en conjunto, por lo

---

64. Mc Carthy Tetraul. *Proposed Amendments to Section 45 of the Competition Act.* August 2001, pp. 10-11.

65. «45A(1) Without limiting the generality of section 45, a provision of a contract, arrangement or understanding, or of a proposed contract, arrangement or understanding, shall be deemed for the purposes of that section to have the purpose, or to have or to be likely to have the effect, of substantially lessening competition if the provision has the purpose, or has or is likely to have the effect, as the case may be, of fixing, controlling or maintaining, or providing for the fixing, controlling or maintaining of, the price for, or a discount, allowance, rebate or credit in relation to, goods or services supplied or acquired or to be supplied or acquired by the parties to the contract, arrangement or understanding or the proposed parties to the proposed contract, arrangement or understanding, or by any of them, or by any bodies corporate that are related to any of them, in competition with each other.

(…).»

que debe en principio esperarse un tratamiento más benévolo de este tipo de acuerdos bajo la regulación Australiana[66].

Así, si bien las normas australianas prohíben los acuerdos horizontales de precios, tal prohibición se refiere a los «acuerdos desnudos». Y en el caso de los acuerdos de compra como el que es materia de comentario no solo no lo prohíbe expresamente, sino que lo excluye expresamente de la prohibición.

En conclusión, con la salvedad hecha respecto a la regulación canadiense, de lo expuesto se puede advertir que el eventual cuestionamiento de los acuerdos de cooperación entre competidores dependerá básicamente del poder de mercado combinado de las empresas que participan del acuerdo: una concentración del poder de compra inferior al 15% no resultará en un cuestionamiento desde el punto de vista de las regulaciones de competencia (asumiendo la ausencia de circunstancias excepcionales como las que se han mencionado).

Cualquiera fuere el tipo o magnitud de los beneficios que se deriven del acuerdo, si el poder de mercado combinado de las partes involucradas en el acuerdo es significativo (superior al 15% para el caso europeo, o superior al 20% para el caso Americano), deberá efectuarse un análisis pormenorizado de la operación a efectos de determinar su compatibilidad con las normas de competencia pertinentes.

Finalmente, la compatibilidad o incompatibilidad del acuerdo de compra en conjunto con las normas de competencia relevantes dependerá igualmente de la naturaleza de los pactos accesorios al acuerdo de cooperación celebrado entre las partes.

### 5.3 ¿Cómo estructurar entonces un acuerdo de compras conjuntas?

El análisis conceptual antecedente nos arroja una serie de principios que deben ser tomados en cuenta para reducir el riesgo de que las autoridades de competencia consideren un acuerdo como contrario a las normas de libre competencia.

---

66. «45A (….) (4) Subsection (1) does not apply to a provision of a contract, arrangement or understanding, or of a proposed contract, arrangement or understanding, being a provision:

    (a) in relation to the price for goods or services to be collectively acquired, whether directly or indirectly, by parties to the contract, arrangement or understanding or by proposed parties to the proposed contract, arrangement or understanding; or

    (b) for the joint advertising of the price for the re-supply of goods or services so acquired.»

En primer lugar debe evitarse que el acuerdo quede redactado en términos tales que de la impresión de ser un acuerdo de precios desnudo. No debe ser un acuerdo o mecanismo de fijación de precios por parte de los competidores. Por ejemplo si el acuerdo fuera sólo una reunión en la que los compradores acuerdan que nadie pagará en sus compras precios superiores a cierto nivel, o que se vana distribuir los proveedores de manera que una empresa no pueda comprar a proveedores de sus competidores, ello será posiblemente objeto de cuestionamiento por las autoridades de competencia. La razón es muy simple: no existirá ninguna forma de integración que genere eficiencias, y por tanto sólo destacaran del acuerdo sus efectos anticompetitivos.

Además no habrá riesgo de cuestionamiento si el acuerdo se adopta entre empresas que integran un mismo grupo, lo que no será discutido si existe una estructura real de control entre ellas.

Si el acuerdo tiene la característica de un acuerdo de cooperación y no de un acuerdo desnudo de fijación de precios, un elemento central será la participación agregada de las empresas en los mercados relevantes (*down stream y up stream)*. Si la participación de las empresas no refleja un poder de mercado en los mercados afectados, el acuerdo no genera riesgos de un potencial cuestionamiento con base a las regulaciones de competencia relevantes.

A efectos de reducir los riegos de cuestionamientos, se sugiere que al estructurar los acuerdos se sigan los siguientes lineamientos. Ello puede evitar que los acuerdos sean cuestionados si las autoridades de competencia salen a hacer una «cacería de brujas»:

f) Dejar abierta la posibilidad para que las empresas que forman parte del acuerdo realicen parte de sus compras de manera individual o celebren acuerdos similares con otras empresas.

g) Excluir del acuerdo o ser más cuidadoso en su evaluación o estructuración para aquellos bienes en los que la participación combinada de las empresas supere el 15% del mercado, salvo que existan evidencias claras que demuestren que no se producirá un efecto negativo en la competencia;

h) Para determinar el mercado relevante en el que se medirá el poder de mercado de los participantes se sugiere hacer una definición inicial restrictiva (que no incluya muchos productos) para simular una posición agresiva de la autoridad de competencia.

i) Asegurar el aislamiento e independencia de las personas o entidades a cargo de manejar los procesos de compra (evaluar la posibilidad de encargar los procesos de compra a terceras empresas o a un ente formalmente separado);

j) Diseñar mecanismos para prevenir o minimizar el intercambio de información sensible (volúmenes de compra demandados, por ejemplo) entre las empresas que integran el acuerdo;

k) Evitar incluir en el acuerdo cualquier restricción a las actividades de las empresas que resulte desproporcionada, tomando en cuenta el objeto del acuerdo.

l) Establecer límites a la difusión de información a otras empresas distintas a las integrantes del acuerdo, incluso en el caso de otros accionistas involucrados en actividades de compra parecidas, a fin de evitar que el acuerdo tenga, por la difusión de información, un efecto análogo al de un cartel que despierte las suspicacias de las autoridades.

Los acuerdos para comprar deberían despertar menos suspicacias que los acuerdos para vender. Pero ello no implica que estén libres de cuestionamiento. Por el contrario son acuerdos cuya evaluación requiere tomar en cuenta una serie de factores y en los que la jurisprudencia nacional es inexistente y la internacional no es totalmente precisa.

Esto significa que hay que actuar con cautela, no solo para no realizar una conducta que afecte la competencia, sino para no parecer que se está haciendo. Quizás en ningún área del Derecho sea tan cierta la frase de «La mujer del Cesar no sólo no debe serlo, sino parecerlo». Muchas veces una palabra de más o una de menos puede hacer la diferencia entre enfrentar un costoso, difícil y riesgoso procedimiento ante las autoridades de competencia, o vivir tranquilo disfrutando de los beneficios de un acuerdo que genera finalmente beneficios para la sociedad.

Las autoridades de competencia no se caracterizan precisamente por beneficiar al encausado en caso de duda, o sea que trate de alejarse de las zonas grises y dudosas lo más posible.

## VI. ACUERDOS ENTRE EMPRESAS INDEPENDIENTES VS. ACUERDOS ENTRE EMPRESAS VINCULADAS ECONÓMICAMENTE. EL CONCEPTO DE *SINGLE ENTITY*.

Al enfrentar un caso de acuerdos horizontales, uno de los primeros aspectos que deberá ser dilucidado es si cuando el acuerdo es concluido entre empresas vinculadas, éstas podrían ser sancionadas por las regulaciones de competencia. Como ya se adelantó esto implica determinar si es posible que se den acuerdos considerados ilegales entre empresas que integran un mismo grupo económico y cuáles son los parámetros para definir el sentido del término «mismo grupo»

En segundo lugar, deberá determinarse si, dada la vinculación existente entre las empresas que serán parte del acuerdo, estamos frente a un acuerdo que, desde un punto de vista de competencia debe entenderse celebrado entre entidades independientes, o se trata de un mero acuerdo celebrado al interior de una misma entidad económica. Esto significa definir hasta qué nivel es posible sostener que hablamos de un grupo económico o de entidades independientes.

Ello por que no existen concertaciones ilegales al interior de un mismo grupo.

Las normas de competencia norteamericanas pertinentes para el análisis de un acuerdo incluyen disposiciones destinadas a sancionar algunos tipos de acuerdos o contratos celebrados entre empresas o entidades que compiten en un mismo mercado[67].

Por su parte la legislación europea se ubica en la misma línea («*all agreements between undertakings...*» o «*todos los acuerdos entre empresas...*» es el término que se usa).

Existe una opinión generalizada en el sentido de que las prohibiciones contenidas en dichas normas, no comprenden a los acuerdos, contratos o concertaciones que se produzcan entre personas que integran una misma firma, empresa, corporación o unidad económica.

En efecto, en lo que se refiere a la legislación norteamericana, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en Copperweld Corp v. Independent Tube Corporation[68] sostuvo que las actividades coordinadas o concertadas entre una empresa matriz y sus subsidiarias (*wholly owned subsidiary* o subsidiarias de propiedad total) deben ser consideradas como perfectamente legales, para los propósitos a los que se contrae el artículo 1 de la *Sherman Act*. Ello independientemente de si la conducta o el acuerdo de que se trate restrinjan la competencia en el mercado o cause daño a otras empresas.

La decisión de la Corte Norteamericana se basó en el principio de que la forma en que se encuentran organizadas las empresas —personas jurídicas independientes creadas con fines tributarios, por ejemplo—, no debe distorsionar la realidad, esto es, que se trata de acuerdos entre entidades en las que existe una completa unidad de intereses pese a tratarse de entidades formalmente diferentes[69].

---

67. The Sherman *Antitrust* Act señala en su artículo 1: «Cualquier contrato, combinación en la forma de un *trust* o cualquier otra, o conspiración, en restricción del intercambio o comercio entre distintos Estados (…) es declarado ilegal por la presente norma.».

68. 467 U.S. 752 (1984).

69. En el caso referido, la sentencia señaló lo siguiente: «La actividad coordinada de la matriz y la subsidiaria de su entera propiedad debe ser visualizada como la actividad

Cabe destacar que la resolución de la Corte sólo se pronuncia expresamente sobre aquellos casos en los que una empresa matriz es propietaria al 100% de una empresa subsidiaria. La Corte en dicha resolución no llega a pronunciarse explícitamente sobre aquellos casos en los que el control de la propiedad no es absoluto.

No obstante lo anterior, el lenguaje utilizado por la Corte en dicha Resolución permite concluir que bastaría la existencia de un control efectivo de una empresa sobre la otra —independientemente del porcentaje de propiedad sobre el capital social y de los medios a través de los cuales se logra el control—, para que se produzca la aplicación de los principios establecidos en la mencionada sentencia.

En ese sentido se pronuncia Lawrence SULLIVAN y Warrant GRIMES:

> «La mayoría en el caso Copperweld no resolvió expresamente el caso en el que una afiliada no es totalmente de propiedad de la matriz. Pero el lenguaje de la mayoría sugiere confiar en un examen de control expresado en los siguientes términos: ¿existe un control común de la empresa propietaria parcialmente de su afiliada»[70]

Cabe destacar que dicha interpretación guarda consistencia con la naturaleza y estructura típica de los carteles: mientras que dentro de un cartel las partes poseen intereses económicos contrapuestos, un acuerdo celebrado entre empresas sujetas al control de una misma entidad responden a un único interés económico. En este último caso, a diferencia del primero, las

---

de una sola entidad para los propósitos de la § 1 de la Sherman Act. La matriz y la subsidiaria de su entera propiedad tiene una completa unidad de intereses. Sus objetivos son comunes, no dispares, y sus objetivos corporativos generales no son guiados ni determinados por dos conciencias corporativas, sino por una sola. Con o sin un «acuerdo formal», la subsidiaria actúa en beneficio de la matriz. Si la matriz y la subsidiaria acuerdan una forma de acción, no hay una súbita integración de recursos económicos que hayan servido previamente a intereses distintos, no hay por tanto justificación para someter ello al escrutinio de la § 1. En realidad, la matriz y la subsidiaria siempre han tenido una «unidad de propósito o un diseño común.» La doctrina de la «conspiración intra-empresa» se sustenta sobre una distinción artificial, que se fija en la forma de la estructura empresarial e ignorando la realidad. La responsabilidad por la ley de competencia no debe depender de cuando una subunidad corporativa esta organizada como una división no constituida como persona jurídica o una subsidiaria de propiedad total de la matriz. Aquí nada en el expediente indica ninguna diferencia significativa entre la operación de Regal's como una división no constituida como una persona jurídica distinta de Lear Siegler y su operación posterior como una subsidiaria de propiedad total de Copperweld».

70. Lawrence SULLIVAN y Warrant GRIMES. *The Law of the Antitrust: an Integrated Handbook*, p. 185.

partes del acuerdo carecen de incentivos para incumplir el acuerdo: al formar parte de una misma unidad económica, el incumplimiento del acuerdo por parte de una parte perjudicará a todos los integrantes del acuerdo, sin que ello permita a la empresa que incumple obtener beneficios particulares.

En ese sentido Herbert HOVENKAMP señala:

> «Por contraste, cuando la subsidiaria es sólo de propiedad parcial podría haber una divergencia de intereses entre los propietarios, y los propietarios que están en capacidad de controlar las decisiones de una subsidiaria que pueden obtener beneficios por la vía de traicionar el acuerdo. Esté análisis sugiere que el control legal debería ser decisivo contra la capacidad de conspirar. Si un interés con control sobre los alegados miembros del cartel esta en los propietarios comunes la firma se estará comportando como una sola entidad maximizadora de beneficios así no existiera el acuerdo cuestionado. Faltaría entonces capacidad de conspirar»[71].

Si bien en general ésta ha sido la aproximación que ha venido adoptando la doctrina norteamericana, existen antecedentes jurisprudenciales discrepantes en cuanto a la aplicación del principio establecido en *Copperweld Corp v. Independent Tube Corporation,* al caso de acuerdos celebrados entre empresas vinculadas, en las que no existe un control absoluto sobre la propiedad de la empresa «subsidiaria»[72]. Sin embargo, dichos antecedentes no han determinado un cambio de la línea general seguida en la interpretación de estos casos.

De lo anterior podemos concluir que, en principio, deberá considerarse como una sola unidad económica a aquellas empresas en las que una de ellas controla la mayoría de las acciones (con derecho a voto) de la otra («subsidiaria») o un porcentaje significativo del mismo, que le permite ejercer el control efectivo de las operaciones de la empresa subsidiaria. Como consecuencia de ello, los acuerdos celebrados al interior de dicha unidad económica serán legales y no podrán ser cuestionados como una concertación o conspiración contra la competencia al amparo de la Sección 1 de la Sherman Act.

En un sentido similar se ha pronunciado el Derecho y la jurisprudencia comunitaria europea. En efecto, la Corte Europea de Justicia sostuvo en *Be-*

---

71. *The Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and Its Practice*, p. 182.

72. Ver Novatel Communications v. Cellular Telephone Supply, 1986-2 Trade Cas. (CCH) 67,172-73 (N.D. Ga 1986) («la matriz tiene control sobre el 51 percent de su subsidiaria, y en consecuencia, las dos entidadesno pueden conspirar entre sí»); cf. Aspen Title & Escrow, Inc. v. jeld-Wen, Inc., 667 F. Supp. 1477 (D. Or. 1987) («solo corporaciones que son de propiedad en 100% en común o por un mínimo porcentaje menor de 100%, están cubiertas por la regla de Copperweld»).

*guelin Import v GL Import Export*[73] que el Artículo 85 del Tratado no resulta aplicable a los acuerdos celebrados entre una subsidiaria y su matriz, en tanto que pese a ser personas jurídicas formalmente independientes, la primera no goza de una real independencia económica en relación con la primera.

Nuevamente, el problema radica en determinar cuándo estamos frente a una empresa que goza de una real independencia frente a otra. A decir de la doctrina europea, ello deberá ser determinado caso por caso en función tanto del control sobre la titularidad de las acciones, como de la extensión del control efectivo en las decisiones de la subsidiaria por parte de la otra empresa. El control sobre la mayoría de las acciones, únicamente establecerá una presunción con relación al control sobre las actividades de la subsidiaria[74].

En lo que se refiere a las normas de competencia peruanas, se puede señalar que en su aplicación ha mantenido una línea de interpretación similar a la americana y europea. Esto es, se admite como regla la necesidad de una independencia económica entre las empresas, como condición para la sanción de los acuerdos restrictivos de competencia con base a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N.º 701.

Con relación a la existencia de un accionista entre dos empresas como condición para la existencia de una unidad económica, existe jurisprudencia administrativa que ha señalado que dicha condición no es suficiente para eliminar la posibilidad de la existencia de prácticas restrictivas de la competencia entre dichas empresas. En efecto, en la Resolución 067-96-INDECOPI-CLC con fecha 29 de agosto de 1996, la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI al evaluar una concertación de precios entre empresas que registraban ciertos vínculos económicos señaló que:

> «El hecho de compartir accionistas en común no es razón suficiente para considerar que las empresas en esta situación carecen de independencia, tampoco lo es el hecho que sus accionistas se relacionen por vínculos de parentesco.»

Cabe destacar que en el referido procedimiento se discutía la relación entre empresas vinculadas a través de uno de sus accionistas, quien siendo socio mayoritario de una de ellas, controlaba menos del 15% de la otra.

---

73. Case 22/71 [1971] ECR 949. En el mismo sentido en Viho vs. Commission: Case 73/95 [1996] ECR I-5457; en ICI v. Commission la Corte afirmó que «cuando una subsidiaria no cuenta con auténtica autonomía para determinar el curso de sus acciones en el mercado, la prohibición del Artículo 85 (1) debe ser considerada inaplicable en la relación entre ella y la compañía matriz con la que conforma una unidad económica» Case 48/69 ICI v. Commission [1972] ECR 619, parágrafo 134.

74. WISH, Richard. *Competition Law*, Third Edition, p. 213.

La legislación canadiense es en este extremo más clara. Su regulación de competencia (*Competition Act*) expresamente ha excluido de las prohibiciones los acuerdos celebrados entre empresas vinculadas. En efecto, la Competition Act se señala que las prohibiciones contenidas en el artículo 45 (1) «no se aplican respecto a conspiraciones, combinaciones, acuerdos o arreglos celebrados entre compañías en las que cada una es, respecto de cada una de las otras, afiliada».

La definición de lo que se entiende por 'empresa afiliada' se encuentra contenida en el mismo dispositivo. En este caso, prima un criterio estructural; esto es, para que una empresa sea considerada 'afiliada' de otra, esta última deberá ejercer el control efectivo de la primera. De conformidad con lo establecido en las subsecciones 2(2), (3) y (4) de la Competition Act, se entiende que existe control si se concentra mas del 50% de los derechos de votos de la empresa y dichos votos son suficientes para elegir a la mayoría de los directores de la empresa.

La aplicación jurisprudencial que han tenido dichas reglas, si bien permite establecer con claridad que las empresas vinculadas —en los términos antes mencionadas— serán tratadas como parte de un mismo grupo, no permite analizar la situación de los acuerdos celebrados entre empresas cuya vinculación se establece en términos distintos (cuando una empresa controla un porcentaje inferior al 50% de los derechos de voto, por ejemplo)[75].

De todo lo anterior se puede concluir, que si bien las normas de competencia relevantes contienen disposiciones que sancionan los acuerdos que impliquen la eliminación de la rivalidad que debería existir entre las empresas que participan de un mismo mercado, ninguna de dichas regulaciones han hecho extensiva dicha prohibición a los acuerdos celebrados entre empresas formalmente independientes que integran una misma unidad económica.

La determinación de la existencia de una misma unidad económica dependerá de factores vinculados tanto a la estructura de propiedad de las empresas -en el caso de Canadá depende exclusivamente de este factor-, como al ejercicio del control efectivo sobre las operaciones de las empresas que integran el grupo.

---

75. Como lo señala Al Gourley: «Existen muy pocos precedentes en relación a la aplicación de la subsección 45(8). Muchos casos sustentan la afirmación que, para propósitos de la sentencia, corporaciones vinculadas deben ser agrupadas todas juntas, pero pocos casos existen que arrojen luces sobre las más difíciles preguntas del tipo que plantea Copperweld.» *A Report on Canada's Conspiracy Law: 1889-2001 and Beyond,* Macleod Dixon, Toronto. Agosto, 2001, p. 27.

## VII. LOS PROBLEMAS PROBATORIOS Y LAS FACULTADES DE INVESTIGACIÓN DE LA AUTORIDAD COMPETENTE.

Sin duda, uno de los temas más complejos de la prohibición y sanción de los carteles de precios es el descubrir su existencia.

Una primera aproximación simplista al problema, sería señalar que sólo es necesario demostrar la existencia de paralelismo de precios, esto es que los precios se comportan de una manera similar y simultánea para concluir la existencia de un acuerdo. Ello es, sin embargo, muy peligroso. Un mercado que funciona adecuadamente tendrá una tendencia natural a generar un paralelismo de precios. Las empresas, al competir entre si, van reduciendo sus márgenes de ganancias de manera tal que llevan sus precios tan bajos como pueden para satisfacer a los consumidores, En ese proceso pueden llevar sus precios a ser iguales o muy cercanos al costo de producción. Empresas que tienen costos de producción similares tenderán a tener precios similares. Incluso, en caso ello no sea así, en mercados relativamente concentrados, las empresas con mayor participación establecerán precios que tenderán a ser seguidos por las empresas más pequeñas, tanto cuando suben (en el intento de las empresas pequeñas en aumentar su margen) como cuanto bajan (en el afán de mantenerse en niveles competitivos), Tal conducta, conocida como «seguir al líder», es perfectamente legítima y no puede ser cuestionada porque obedece a las condiciones de mercado.

El problema que enfrenta la autoridad es cómo distinguir un paralelismo natural de los precios de un acuerdo para llevar los mismos a niveles iguales. El error de la autoridad en calificar la práctica, en un sentido o en otro, puede ser dañino para la economía. Si considera un simple paralelismo como un acuerdo, estaría enviando una señal al mercado similar a la que produciría un simple control de precios. Los proveedores sentirían que si suben precios de manera individual y aislada, obedeciendo a las condiciones del mercado, podrían ser confundidos con un cartel y con ello, serían sancionados sólo por subir los precios. Así, no subirían los precios cuando deberían de hacerlo, lo que podría poner en riesgo su propia permanencia en el mercado. Esa conducta sería ineficiente.

Por otro lado, si la autoridad confunde un cartel con un simple paralelismo de precios estaría dejando que el cartel opere libremente, con lo que dejaría que una conducta ineficiente genere pérdidas en el mercado.

¿Cuál de ambas cosas es preferible hacer?

Pues creo que la primera. Es mejor que la autoridad deje pasar un cartel a que sancione como tal uno que no lo es. La razón es sencilla. Si no se sanciona un cartel existente, siempre tendremos la esperanza de que el mercado corrija la falla en el largo plazo. En cambio, si sanciona como cartel

a uno que no lo es, las ineficiencias generadas y la señal errada enviada a los agentes económicos no podrá ser corregida fácilmente por el mercado. El temor a la sanción seguirá generando conductas ineficientes hasta que los agentes económicos «olviden» lo ocurrido.

Esto nos lleva a dos principios probatorios claros. El primero de ellos es, como ya analizamos respecto de los casos de abuso de posición de dominio, que la carga de la prueba de la existencia de la concertación recae en la autoridad. No corresponde, por el contrario, a las empresas probar que no concertaron. Tal prueba, además de diabólica, conducirá a que se sancione equivocadamente como carteles a conductas que se ajustan a las condiciones de mercado.

El segundo principio es que, en caso de duda sobre la existencia de un acuerdo, se debe considerar que el mismo no existe («*indubio pro* no concertación»). Ello porque ante la incertidumbre, tal como vimos, los costos de un error en un sentido (considerar como cartel lo que no lo es) son mayores que los costos de un (error en el otro sentido (dejar pasar un cartel confundiéndolo con una conducta normal del mercado). Ello como consecuencia de la habilidad del mercado de corregir un problema en el largo plazo, pero no poder corregir el otro.

Sin embargo, los problemas que estos principios generan no son pocos. Un simple acuerdo de concertación puede ser casi imposible de probar. Ya van quedando atrás en el Perú las épocas en que los representantes de los gremios anunciaban públicamente los acuerdos de precios o sugerían cuales son los niveles de precios razonables en la televisión o en los periódicos. Quizás queden también pronto atrás las épocas en que los acuerdos eran colocados en actas de las reuniones gremiales, o de Directorios de las empresas involucradas se volcaban en estudios técnicos comunes o en comunicaciones internas. Cada vez será más frecuente que los acuerdos se den por medio de conversaciones privadas de las que no se deja testimonio escrito alguno; llamadas telefónicas o comunicaciones cifradas o en código. Cuando ello ocurre, las dificultades de la autoridad para superar el principio de «*indubio pro* no concertación» se hacen más evidentes.

Quien desarrolla este tipo de práctica con la conciencia de su ilegalidad, monta estrategias para no ser descubierto. Al hacerlo, reduce las posibilidades de ser descubierto y con ello las de ser sancionado. Sólo existe una manera de compensar esta ventaja estratégica del infractor frente a la autoridad: dar a la autoridad facultades suficientemente precisas y claras, de investigación.

Esto explica en gran parte por qué el Decreto Legislativo 807 ha sido tan claro en precisar las facultades de los órganos funcionales del INDE-

COPI, y en particular las de la Comisión de Libre Competencia. Y no es que le haya dado facultades que antes no tenía. Todas las facultades de investigación contenidas en el Decreto Legislativo 807 han sido utilizadas en diversas ocasiones por la Comisión antes de la entrada en vigencia de esta norma, con excepción de la que contiene el nuevo artículo 14 del Decreto Legislativo 701[76]. Lo que ha hecho la norma, ha sido precisar claramente los alcances de tales facultades frente al carácter excesivamente general que se daba en la legislación anterior. Con ello se refuerza la capacidad de acción de la autoridad haciendo innecesarias largas y complejas discusiones legales sobre los alcances de tajes facultades.

De no precisarse las facultades de investigación la desproporción entre la situación de las empresas infractoras y la autoridad se agudizaría aún más, haciendo imposible su acción oportuna y eficaz.

Dentro de esta misma línea, se encuentra el nuevo texto del artículo 20 del Decreto Legislativo 701 según la modificación introducida por el Decreto Legislativo 807. En dicha norma se permite a la Comisión exonerar de responsabilidad a quienes, habiendo participado en la práctica ilegal, aportan pruebas que permiten descubrirla y sancionarla. Se ha dicho en los medios de comunicación que ello es una manera de fomentar una cultura de «delatores». Sin embargo, la medida sólo persigue reducir los costos de la investigación, dándole mayor eficacia, por una parte, y generar un desincentivo adicional para que las conductas ilegales no se realicen simplemente ante la amenaza o peligro que algún participante divulgue posteriormente su existencia y aporte pruebas en tal sentido. Es, simplemente una forma de reducir los casos en que se cometan infracciones de este tipo.

Cuando decimos que la carga de la prueba recae en la autoridad, no queremos decir que le corresponde a ella encontrar una prueba escrita o grabada del acuerdo. Existen maneras distintas en que la concertación opera y ello no necesariamente implica un «contrato» en el sentido legal de la palabra. Es común que estos acuerdos operen primero entre las empresas más importantes en un mercado (dos o tres líderes) para que luego sea comunicada a las empresas menores para que éstas se adhieran al acuerdo. Este acto de adhesión es también ilegal. En otros casos podría tratarse simplemente de la decisión de un órgano de representación gremial que, comunicado a los agremiados, surte el efecto de un acuerdo (es lo que nuestra Ley llama recomendaciones o decisiones). Puede también ser un simple intercambio de señales (por ejemplo un intercambio de estructuras de cos-

76. Se trata de la facultad de inmovilizar y retirar documentos de una empresa. En el caso del retiro, se requerirá previa autorización judicial.

tos entre competidores o el diseño de un «estudio técnico común» que explica las condiciones de mercado). Lo importante es que, sea cual sea la modalidad utilizada, la consecuencia sea un acuerdo consciente entre las empresas para fijar ciertos niveles de precios.

Tampoco es necesario que el acuerdo sea exitoso, esto es, que tenga como resultado un movimiento paralelo de precios. Quienes participan en un acuerdo de este tipo, así traicionen luego al cartel vendiendo a un precio distinto, pueden ser hechos responsables. El respeto al paralelismo es solo un indicio más, no una prueba determinante en ningún sentido. No todo el que movió sus precios de modo paralelo es responsable, como tampoco todo el que no los movió paralelamente puede considerarse libre de toda responsabilidad.

Por otro lado tampoco es necesario que el efecto del acuerdo sea subir precios. Los acuerdos para bajar precios son tan ilegales como los acuerdos para subirlos. El problema no es el nivel de precios ni la razonabilidad del alza o la baja. El problema es simplemente si los precios se movieron por condiciones de mercado y respetando el derecho de los consumidores a elegir, o simplemente se movieron como consecuencia de un acuerdo o concertación.

Las pruebas en esta área son normalmente indiciarias. Basándose en indicios existentes la autoridad llega a formular presunciones en las que basa su decisión. Ello no quiere decir que se trate de pruebas débiles o poco claras. Las pruebas deben generar la convicción en quien resuelve de la existencia de un acuerdo. Y para ello esta área del Derecho tiene sus propios principios, basados en la teoría de la prueba indiciaria en el Derecho penal. La razón es que la autoridad, para descubrir una concertación de precios, enfrenta problemas probatorios más afines a la comisión de un delito (de hecho la concertación de precios lo es cuando es llevada a cabo de manera do los a) que a la solución de una controversia entre particulares. Ello porque un concertador (al igual a como lo hace un ladrón o un estafador o un homicida) actúa en la conciencia de la ilegalidad de su acción y por tanto diseña su conducta de aquella manera en que sea más difícil detectarlo. Ello es algo que no es trasladable a la teoría de la prueba en el procedimiento civil.

Estas dificultades probatorias llevaron incluso a que las autoridades de algunos países hayan desarrollado fórmulas sistemáticas de prueba. Por ejemplo, en algunas soluciones a casos planteados en el Derecho Comunitario Europeo, probado el paralelismo de precios y el contacto entre las empresas previo al movimiento simultáneo de precios (por ejemplo reuniones gremiales o contactos entre los gerentes de empresas), la autoridad concluía que existía concertación. Las autoridades peruanas, por el contrario, han sido más exigentes consigo mismas exigiéndose pruebas adicionales en

ese tipo de casos al simple contacto de las partes, tal como se puede apreciar en distintas resoluciones dadas por el INDECOPI.

Entre los elementos que pueden ser tomados en cuenta están, además de los contactos, la existencia de comunicaciones o documentos internos de las empresas que aludan al acuerdo o a su monitoreo, conductas complejas que sean difícilmente explicables sin un acuerdo[77], testimonios de los clientes o de ex trabajadores, etc.

Todos estos elementos deben ser analizados conjuntamente. El análisis por separado es insuficiente. A partir de cada uno de los elementos de prueba se puede derivar una hipótesis. Si todas las hipótesis formuladas son consistentes una con la otra y ello arroja que existió concertación, puede llegarse, en base a una presunción, a la convicción de que la infracción existió. Cuando la coincidencia deja de ser una explicación razonable, entonces nos acercamos a haber probado la existencia de un acuerdo.

Dada la importancia del tema probatorio en la detección y sanción de carteles vamos a dedicar los siguientes puntos de esta sección, de manera extensa, a la materia del uso de prueba indiciaria en la sanción de concertaciones de precios entre proveedores.

## VIII. EL PROBLEMA DE PROBAR LA EXISTENCIA DE ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA.

La prueba tiene por finalidad acreditar los hechos planteados por las partes, generar certeza en el juzgador sobre los puntos controvertidos y fundamentar su decisión final. Así, el derecho a probar es un elemento esencial del derecho a un proceso justo, porque permite a su titular producir la prueba necesaria para verificar la existencia o inexistencia de los hechos que configuran su pretensión o su defensa y, de esta manera, asegurar el logro de la verdad jurídica objetiva en cada caso concreto[78].

---

77. Por ejemplo, es muy común que los acuerdos de precios vayan acompañados de acuerdos complementarios sobre calidad o condiciones de comercialización. La razón es muy sencilla. Si los competidores fijan el precio y no los demás términos, existirán incentivos para competir vía mejoras de calidad o condiciones más beneficiosas. Por ejemplo, se pueden dar condiciones de crédito más blandas, mejor calidad, regalos adicionales, etc., como formas de conseguir desplazamiento de demanda que no se puede alcanzar vía precio. Es más difícil explicar la conducta paralela de todas estas condiciones de lo que es explicar el paralelismo de precios, y podría utilizarse como un elemento de juicio adicional al momento de resolver un caso.

78. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El derecho a probar.* Ara Editores, Lima, 2001, p. 102.

Cuando dos partes celebran un acuerdo lícito, es decir, uno amparado por la Ley, es interés de ambas que dicho acuerdo pueda probarse fácilmente. Un contrato o acuerdo es, entonces, reflejado en uno o en un conjunto de documentos escritos, o se generan voluntariamente, otros mecanismos de prueba. Incluso es común usar formalidades adicionales para hacer más fácil su prueba, tales como la legalización de firmas, la protocolización Notarial, etc.

Sin embargo, cuando un acuerdo tiene por propósito perjudicar a terceros, vulnerando la ley, entonces la actividad de las partes cambia radicalmente. El afán de probar la existencia del acuerdo es sustituido por el esfuerzo precisamente contrario: hacer difícil su detección por la autoridad.

En los casos de acuerdos de concertación o fijación de precios dirigidos a vulnerar las normas de libre competencia los competidores establecen precios comunes en perjuicio de los intereses de los consumidores. Esos acuerdos deben mantenerse al margen del conocimiento público, porque su detección implica sujetarse a la sanción del mismo por parte de la autoridad. El resultado es una conducta de las partes orientada a dejar la menor cantidad de huellas posibles, a fin de hacer difícil la detección. Difícilmente se encontrarán documentos que contengan los acuerdos y será afortunado si se encuentra evidencia escrita que indirectamente muestre su existencia.

Así, cuando se trata de la existencia de concertaciones ilegales, el problema de la prueba suele ser muy complejo. Como señala BERCOVITZ, «notables dificultades suscita la prueba de una práctica concertada, pues es frecuente que las empresas traten de suprimir todo rastro del concierto previo a la ejecución práctica»[79].

En efecto, las empresas que obtienen una ventaja de concertar o tener acuerdos con otras, a pesar de tratarse de acuerdos ilegales o que están sujetos a requisitos que se pretende evadir, intentarán desaparecer o evitar que aparezcan las pruebas que evidencian su comportamiento para así evitar los rastros de su ilegalidad. Conscientes de la ilegalidad de su conducta, suelen desarrollarla de la manera que haga más difícil su detección. En consecuencia, las decisiones no suelen ser colocadas por escrito y, si lo son, se usa un lenguaje del que no se deriva la intencionalidad o la manera cómo ocurrieron exactamente las cosas.

Así lo ha reconocido el Tribunal de Defensa de la Competencia Español quien, respecto de las concertaciones en el ámbito de las infracciones a la libre competencia, señaló que *«en este ámbito sancionador (...) los infractores —para los cuales es mucho más rentable coludir que competir— no dejan pruebas*

79. BERCOVITZ, Alberto. *Tratado de la Comunidad Económica Europea*, p. 358.

*evidentes de su mal hacer concurrencial. Antes bien procuran por todos medios a su alcance evitar el ofrecer medios de prueba (...). Siempre que pueden, evitan dejar rastros que permitan su persecución»*[80].

Entonces, surge un claro desequilibrio entre las empresas que concertan y la autoridad encargada de evitar o detectar tales concertaciones. Los primeros poseen la prueba a su alcance y saben lo que pasó porque han participado en los hechos. Por ello dispondrán de todos los medios posibles para ocultarla. Los segundos, a pesar de las facultades de investigación y actuación de pruebas que pueden tener, se encuentran atados o limitados frente a los sofisticados métodos de ocultamiento y destrucción utilizados por quienes entran en los acuerdos.

Ello determina que, por su propia naturaleza, la detección de acuerdos o concertaciones ilegales conlleve problemas de probanza, principalmente en lo que se refiere a la obtención de pruebas directas que acrediten los hechos.

Pedir que este tipo de acuerdos deban probarse siempre mediante una prueba directa y clara (documento que contiene el acuerdo, filmación de la negociación del mismo, declaración de parte de quienes celebraron el acuerdo, etc.) sería sujetar a los participantes en tales acuerdos a la impunidad más absoluta. Las únicas concertaciones sancionadas serían las ejecutadas con tremenda torpeza por quienes participan en ellas.

## IX. ¿CÓMO FUNCIONA LA PRUEBA INDICIARIA?

Virtualmente en todos los países del mundo, los sistemas legales han tenido que enfrentar los métodos de ocultamiento y destrucción de información con técnicas probatorias más sofisticadas. Estas técnicas permiten formar convicción en el juzgador sin necesidad de contar con pruebas directas de los hechos ocurridos. Esto no implica usar una suerte de prueba «de segunda clase». Por el contrario la prueba indiciaria (y más precisamente la técnica de uso de indicios), es tan prueba como cualquier otra. Su uso no se explica por haber desarrollado una actividad probatoria débil, sino por la necesidad de enfrentar el reto del desequilibrio probatorio generado por la conciencia de quienes desarrollan el hecho de que éste es ilegal. La técnica de indicios, correctamente aplicada, es tan fuerte y eficaz como cualquier otro medio probatorio.

---

80. Citado por Cases Pallares, Luis. *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Escola D´ Administració Pública de Catalunya, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 742.

Como se ha visto, cuando una conducta es ilegal, encontrar una prueba directa es consecuencia más de la torpeza del infractor que de la habilidad y mérito del instructor. En este tipo de casos, en los que incluimos los acuerdos ilegales, la prueba directa es la excepción, y la técnica de indicios es la regla.

Así, ante la dificultad de que exista una prueba directa que permita demostrar hechos relevantes para adoptar una decisión sobre la materia controvertida y dada la importancia del derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo, resulta necesario utilizar otros mecanismos que, indirectamente, pero no por ello con menos contundencia, generen convicción al juzgador sobre los puntos discutidos.

Nuestro sistema legal, consciente de este problema, permite el empleo de los sucedáneos de los medios probatorios, esto es, auxilios establecidos por la ley o asumidos por el juzgador, para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de éstos.

De acuerdo con lo regulado por el Código procesal civil, supletoriamente aplicable al proceso administrativo, son sucedáneos de los medios probatorios los indicios, las presunciones y las ficciones legales. Para estos efectos, resulta relevante diferenciar los conceptos legales de indicios y presunciones, a fin de comprender el rol que juegan estos elementos en la prueba de acuerdos ilegales.

### 9.1 Los Indicios

Un indicio es un hecho, circunstancia o signo suficientemente acreditado que, analizado en conjunto con otros, conduce a certeza sobre un hecho desconocido que tiene relación con la materia controvertida[81].

Así, se reconoce que el indicio (apreciado con otros en conjunto), puede conducir a certeza, a convicción. Lamentablemente en el lenguaje coloquial suele entenderse «indicio» como un mero indicativo, que sólo señala una probabilidad, entre varias, de que un hecho cierto pruebe un hecho incierto. Pero la prueba indiciaria, en sentido jurídico, no se sustenta en un hecho cierto que indica una probabilidad de que exista un hecho incierto. La prueba indiciaria es la existencia de una serie de hechos ciertos, que apuntan todos en la misma dirección, indicando, uno al lado del otro y

81. Código procesal civil, artículo 276.- Indicio. El acto, circunstancia o signo suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia.

conforme se van añadiendo en el análisis lógico, que es cada vez más probable que un hecho en principio incierto haya ocurrido, hasta llegar a un punto en que la probabilidad contraria se torna en absurda. Así, el razonamiento lógico derivado de la conjunción de indicios, correctamente apreciados en conjunto, «apabulla» una posible explicación distinta.

No es exagerado afirmar que gran parte de nuestro conocimiento, incluso los más comunes, se basa en indicios y no en certezas. Hechos que son inciertos para un hombre común, como la llegada del hombre a la Luna o la existencia de una ciudad (como París o Roma) que uno no ha visitado, se tornan en certeza sobre la base de la apreciación de elementos indiciarios que apuntan en una sola dirección. Sabemos que el hombre ha llegado a la Luna no porque estuvimos ahí para constatarlo, sino por que una serie de hechos indirectos (libros, comentarios de personas, películas, etc.) indican que ello ocurrió. Una explicación imaginable es que la llegada la Luna fue un fraude montado para hacernos creer que ello ocurrió. Pero hoy esa explicación, no imposible, nos parece descabellada y es «apabullada» por los elementos con los que contamos.

La prueba indiciaria se alimenta de la misma lógica, es decir de la constatación que es imposible imaginar que todo conocimiento puede basarse en verificación directa o en prueba incontrastable. Y la labor del juzgador no debe apartarse en general de los principios que rigen la adquisición de cualquier otro tipo de conocimiento. Negar la prueba indiciaria como fuente de certeza equivaldría a negar la certeza que tenemos sobre una gran parte de las cosas que sabemos.

### 9.2 Las Presunciones

De otro lado, la presunción se define como el razonamiento lógico-crítico que, a partir de uno o más hechos, lleva a certeza del hecho investigado[82].

Una presunción es la inferencia que se hace del hecho cierto probado, respecto de lo que nos indica como probabilidad de que un hecho incierto haya ocurrido de cierta manera. Varios indicios apuntando en el mismo sentido refuerzan la fortaleza de la presunción.

La diferencia principal radica en que el indicio es un hecho material, mientras que la presunción es una forma determinada de razonar. Como

82. Código procesal civil, artículo 277.- Presunción. Es el razonamiento lógico-crítico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al juez a la certeza del hecho investigado.

La presunción es legal o judicial.

señala DEVIS ECHANDÍA, «*el indicio es la prueba y la presunción (...) la consecuencia de la regla de experiencia o técnica que permite valorarla*»[83].

Ello implica que existe una estrecha relación entre indicio y presunción. Ambos conceptos son complementarios, pero diferenciables entre sí. Los indicios son simplemente los hechos debidamente probados que forman la base del razonamiento del juzgador. La presunción es lo que propiamente permite al juez adquirir certeza sobre otro hecho desconocido, mediante la deducción basada en indicios[84].

Al respecto, DEVIS ECHANDÍA precisa que:

> «La presunción (...) es diferente del indicio, como la luz es de la lámpara que la produce. Del conjunto de indicios que aparecen probados en el expediente, obtiene el juez las inferencias que le permiten presumir el hecho indicado, pero esto no significa que se identifiquen, porque los primeros son la fuente de donde se obtiene la segunda, aquellos son los hechos y ésta el razonamiento conclusivo.
>
> Es evidente que el indicio, como un hecho material, nada prueba, sino se le vincula a una regla de experiencia, mediante la presunción de hombre que en ella se basa, para deducir de aquél un argumento lógico — crítico (...). Por lo tanto, la presunción judicial no se identifica con el indicio, sino es apenas la base del argumento de prueba que el juez encuentra en el segundo, mediante la operación lógica — crítica que la valora»[85].

Definidos los conceptos de «indicio» y «presunción», corresponde analizar cómo se aplica la prueba indiciaria.

En el Derecho penal, pertinente al caso de las concertaciones de precios contrarias a la libre competencia por ser uno de aplicación del Derecho Administrativo Sancionador, la prueba indiciaria se define como «aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos del delito objeto de acusación, pero de los que, a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos y la participación del acusado; que ha de motivarse en función al nexo causal y coherente entre los hechos probados —indicios— y el que se trate de probar —delito»[86].

---

83. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*, V.P. de Zavalía, Buenos Aires, 1981. T. II, p. 613.

84. ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial,* Ediar, Buenos Aires, 1956. T. III p. 684. En la misma línea ver, DEVIS ECHANDÍA, *Ob. cit.,* p. 611.

85. DEVIS ECHANDÍA, *Ob. cit.,* pp. 696 y 611.

86. RIVES SEVA, Alfonso. *La prueba en el proceso penal*, Pamplona, 1996, p. 73.

Lo que prima en la prueba indiciaria es el razonamiento lógico para inferir el hecho investigado sobre la base de los hechos indiciarios. Sin embargo, para que dicho razonamiento sea válido, el indicio debe ser primeramente acreditado por cualquiera de los medios probatorios admitidos por ley. Solamente luego que haya sido probada la existencia del indicio, la autoridad encargada de resolver podrá utilizar el razonamiento lógico para derivar del indicio o de un conjunto de ellos la certeza de la ocurrencia de lo que es objeto del procedimiento.

Como ya se ha mencionado, un indicio es todo hecho, circunstancia, vestigio, huella y, en general, todo hecho cierto, conocido, debidamente comprobado, que es susceptible de llevar al conocimiento de otro hecho desconocido por medio de una operación lógica[87]. Así, un hecho, una cosa, una actitud, se transforman en indicios en cuanto indican la existencia de una relación mediante la cual puede presumirse la existencia de otro hecho:

«Para dar mérito a un indicio, el primer paso es que la circunstancia o hecho alegado sea cierto. Si la existencia de ese hecho o circunstancia (hechos indicadores) no está debidamente acreditada resulta evidente que a ninguna inferencia cierta o segura se puede arribar a partir de ellos. En ese supuesto, no existiría indicio alguno»[88].

En otras palabras, un indicio nos provee de una base de hecho cierta, a la que la doctrina llama hecho indicador, de la cual puede inferirse indirectamente y mediante un razonamiento crítico-lógico un hecho desconocido, al que se llama hecho indicado.

En ese orden de ideas, existen dos elementos que conjuntamente conforman un indicio sobre la base del cual la autoridad competente puede condenar al presunto infractor por la comisión de la infracción:

*a) Existencia del hecho indicador*

Si bien del hecho indicador se pueden presumir o inferir algunas consecuencias, ese hecho indicador no se puede presumir o suponer, sino que debe estar probado de manera fehaciente. Si el hecho indicador no existe o si no hay certeza de su existencia, entonces no hay indicio, en tanto a partir de aquél a nada cierto se puede arribar.

Así, según Devis Echandia:

> «Otro error similar es el considerar indicios las pruebas imperfectas o incompletas, que no alcanzan a formar el convencimiento del juez, como

87. Dellepiane, Antonio. *Nueva Teoría de la Prueba,* 9.ª ed., Temis, Bogotá, 1989, p. 57.

88. Alsina, Hugo. Op cit, *Loc. cit.*.

> uno o varios testimonios sin suficiente razón del dicho, o un documento no auténtico o un dictamen pericial insuficiente. Este es un concepto irregular e inadmisible del indicio, porque, como veremos más adelante, para que un hecho tenga este carácter, debe aparecer plenamente probado, de manera que si los testimonios, el documento, o el dictamen de peritos no sirven para formar el convencimiento del juez, carecen totalmente de valor probatorio y no pueden demostrar la existencia del hecho indicador (…)»[89].

Por ejemplo, la existencia de un testigo que vio salir a un sospechoso de asesinato del lugar donde se encontró a la víctima minutos después de ocurrido el crimen, podría indicar que efectivamente es el autor del homicidio. Junto con otros indicios (manchas de sangre en su camisa, encontrar un arma con características que coinciden con el arma homicida, otros testimonios que indiquen que amenazó de muerte a la víctima, la existencia de un motivo por el que se beneficiaba con la muerte, etc.), puede demostrar que es el asesino. Pero lo que no se puede presumir es que el testimonio se produjo y que el testigo dijo lo que dijo. El hecho indicador debe estar probado, sin perjuicio que el hecho indicado quede aún sujeto a un análisis crítico bajo la Ley de las Probabilidades.

En caso de probar un acuerdo ilegal, la existencia de una reunión previa a la fecha en que se ejecutaron operaciones que indicarían la existencia de un acuerdo entre los involucrados puede permitir inferir que existe la probabilidad de que ese acuerdo se haya adoptado. Pero la existencia de la reunión deberá ser probada, sin perjuicio que el hecho que indica (existencia del acuerdo) quede sujeto a la aplicación de la Ley de Probabilidades.

*b) La inferencia razonable del hecho indicado*

Probado el hecho indicador (su existencia), el siguiente paso es determinar si mediante un razonamiento crítico-lógico, basado en normas generales de la experiencia o en conocimientos técnicos especializados, dependiendo del caso, se puede presumir o inferir la existencia de la consecuencia indicada como algo posible.

De acuerdo a Devis Echandía:

> «Los indicios son una prueba crítica o lógica e indirecta (...). No pueden ser una prueba histórica ni representativa y mucho menos directa, porque su función probatoria consiste únicamente en suministrarle al juez una base de hecho cierta, de la cual pueda inferir indirectamente y mediante

89. Devis Echandía, Hernando. *Compendio de Pruebas Judiciales*, Rubinzal y Culsioni, Santa Fe, 1984. T. II, p. 307.

> razonamientos críticos-lógicos, basados en las normas generales de la experiencia o en conocimientos científicos o técnicos especializados, un hecho desconocido cuya existencia o inexistencia está investigando»[90].

Esto significa que, al aplicarse la prueba indiciaria, no deben admitirse razonamientos forzados. Debe surgir de un razonamiento espontáneo y natural, que no requiere de un esfuerzo excesivo. La explicación que surja debe ser aceptable fácilmente, sin necesidad de convertir la explicación en compleja o alambicada.

Deben dejarse de lado interpretaciones del hecho indicador que impliquen un razonamiento excesivo o demasiado esfuerzo. Para ello se deben evaluar todas las pruebas en conjunto, incluyendo los posibles contraindicios existentes. Si del razonamiento crítico-lógico que se realiza sobre la base del hecho indicador, surgen explicaciones que fluyen con mayor naturalidad y sin hacer razonamientos forzados, entonces las explicaciones menos lógicas deben ser descartadas o mediatizadas como posibles.

En esta evaluación, las reglas de la experiencia pueden ser centrales. El juzgador debe usar su experiencia para evaluar si algo es o no posible y que tan probable es que la explicación que se plantea sea correcta.

Como ya se señaló, probado un hecho indicador, debe determinarse qué explicaciones resultan, con un razonamiento simple y no forzado, como probables inferencias lógicas. De esas explicaciones, deben preferirse las más naturales y espontáneas.

Si otros hechos indicadores conducen al mismo hecho indicado, con nuevos razonamientos simples y no forzados, se va creando una convicción cada vez mayor de que es más probable que el hecho indicado, inicialmente incierto, se torne en cierto.

Esto no quiere decir que se justifique un examen inocente, ingenuo, no sofisticado, sencillo o apurado de los hechos que podrían constituir indicios. Espontáneo no quiere decir superficial. Por el contrario, suscribimos plenamente aquella posición de un análisis detallado y pausado, que involucre la totalidad de explicaciones que resultan de un hecho probado y culmine en un razonamiento adecuadamente fundamentado.

Lo que se quiere decir es, en cambio, que al encontrarse ante varias posibles hipótesis (todas ellas debidamente analizadas y estudiadas) el juzgador deberá preferir aquella en la cual los indicios encuadran de manera dócil, sin tener que acudir a razonamientos forzados para dar una explicación que resulte creíble.

---

90. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de Pruebas Judiciales*, p. 302.

Ello no quiere decir que no deben analizarse aquellas hipótesis en las que el razonamiento es forzado. Sin ello, ni siquiera podríamos saber si nos encontramos ante un razonamiento forzado o no. Quiere decir, por el contrario, que entre el total de hipótesis posibles y debidamente estudiadas, debe preferirse o valorarse más aquella cuyo análisis muestra una lógica más natural o dicho en otras palabras, más razonable. Si del razonamiento efectuado por el juzgador surgen explicaciones que fluyen con mayor naturalidad y sin hacer razonamientos forzados, entonces las explicaciones menos lógicas deben ser descartadas o mediatizadas, siempre a la luz de lo que indiquen los demás indicios.

PARRA QUIJANO explica que para la correcta utilización de la prueba indiciaria los indicios deben ser graves, concordantes y convergentes. Pero, ¿que es lo que PARRA QUIJANO entiende como indicios concordantes? Si continuamos leyendo, veremos que para PARRA QUIJANO, «teniendo en cuenta que concuerden» quiere decir «*que ensamblen naturalmente, sin forzarlos, y que converjan, es decir que indiquen el hecho que interesa para la investigación y además se relaciona con los demás medios de prueba*»[91].

Explicaciones que se basen en una correlación forzada de coincidencias inconexas tienen poco valor probatorio frente a explicaciones coincidentes y concordantes, en la que la explicación aparece como obvia.

Esta idea se desprende, asimismo, del razonamiento de la jurisprudencia italiana cuando señala, si bien refiriéndose a la gravedad del indicio, que «*no se puede, utilizar como prueba un indicio al cual se le puede atribuir un significado muy diferente de aquél que se infiere (en la relación lógica entre hecho probado (notorio) y hecho a deducir)*»[92].

Esto significa que deben dejarse de lado interpretaciones del hecho indicador que impliquen un razonamiento excesivo o de demasiado esfuerzo. No significa que dichas explicaciones no deban estudiarse con detalle ni tampoco la inexistencia de explicaciones alternativas a la concurrencia de los indicios. Se trata simplemente de preferir la explicación que no requiere forzar la mente para ser aceptable.

Sin embargo, el término probable debe ser entendido con cuidado ya que pareciera ser una puerta abierta para dar cabida a arbitrariedades. Como bien señala PARRA QUIJANO, «*lo probable es una especie de lo posible: porque se basa en razones serias y estables, estas son las que debe explicar el funcionario para descartar cualquier otra, que le permita afirmar probabilidad*» y continua explicando que

---

91. PARRA QUIJANO, Jairo. *Dictamen sobre el concepto sobre prueba indiciaria enrostrada por CONASEV a Bavaria S.A. y Cheswick Comercial S.A.* Bogota, 30 de octubre del 2002. p. 13

92. C-13-12-91, Grillo y otro, ivi, 92, 619 citado por PARRA QUIJANO, p. 11.

*«no es suficiente que el funcionario utilice el adjetivo probable sino que debe explicitar la razón por la cual cualifica lo posible (que es todo). Y solo puede llegar a esa cualificación cuando descarta las otras inferencias también posibles»*[93].

Así, coincidimos con los profesores González Cuellar y Sala i, Andrés en que *«una explicación alternativa de los indicios que sea factible habrá de conducir a la duda al juzgador, pues en caso contrario actuaría con prejuicio y su decisión no se basaría en la razón»*. Sin embargo, cuando la duda sobre la explicación que naturalmente surge de los indicios se vuelve en no razonable, se puede afirmar que se ha generado certeza en el juzgador.

Para estos efectos, resulta explicativo el ejemplo del rompecabezas. Si en el rompecabezas encontramos una pieza que contiene parte de la cola de un conejo podemos decir con mucha probabilidad que el dibujo incluye un conejo, aunque no con certeza porque podríamos adoptar una hipótesis distinta de lo que representa el rompecabezas en su integridad: esa cola podría estar en la mano de un hombre que se pasea por una ciudad de rascacielos y que cree que es un amuleto de la buena suerte. Este último es un razonamiento alambicado o forzado, pero puede resultar todavía probable si contamos con una sola pieza que contiene una pata de conejo. Pero cuando encontramos otra pata o, más aún, un par de orejas, la segunda hipótesis se torna se va tornando en menos probable. Si bien podría tratarse de un grupo de sujetos que camina con toda suerte de amuletos en la mano de un pobre despedazado conejo, esta hipótesis es poco probable. Los indicios en esa explicación alternativa ya no ensamblan naturalmente sino de manera forzada. Llega un momento en que por el número de piezas encontradas, negar la existencia del conejo se vuelve absurdo. En este caso, el juzgador deberá rechazar las alternativas absurdas de aceptar de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia[94].

González Cuellar y Sala i Andres citan a Dohring cuando señala que el juzgador «nunca debería descartar por completo lo improbable»[95]. Esta afirmación, en principio correcta, interpretada a raja tabla, resulta del todo insostenible. El juzgador no debe descartar ninguna hipótesis. Pero ¿Cuál sería el sentido de mantener una explicación que no puede ser admitida de acuerdo con las reglas de la lógica ni de la experiencia, que resulta total-

---

93. Parra, op cit, pp. 6-7.

94. Gonzalez-Cuellar, Nicolas y Anna Sala i Andrés. *Dictamen sobre la aplicación de la prueba de indicios en el procedimiento sancionador peruano seguido en relación con la adquisición de acciones de «Unión de Cereveceras Peruanas Backus y Johnston S.A.A.,* Madrid, 4 de noviembre del 2002, p. 44.

95. Ibid, p. 45

mente absurda en el contexto de la realidad? La respuesta es obvia, no tendría ningún sentido. De lo que se trata no es que no exista ninguna otra posibilidad alternativa derivada de los indicios, sino que ninguna de éstas sea lo suficientemente razonable como para descartar la hipótesis principal. Finalmente siempre es posible encontrar una hipótesis que por absurda, sea posible. Pero la razonabilidad debe marcar el límite entre lo posible y lo probable. Siempre se puede decir que una persona con la nariz rota luego de un puñete no debe su lesión al puñete sino a un mal movimiento del rostro (lo cual es médicamente posible). Pero si un testigo ve el momento del puñete y acto seguido ve emanar la sangre y un medico constata la factura, la explicación alternativa, si bien es posible en sentido estricto, lleva implícita una irracionalidad que conduce a que se descarte.

Todo el análisis de la prueba indiciaria debe hacerse a la luz de los contraindicios existentes aportados por la otra parte. Si los contraindicios aportan conclusiones más simples, entonces el indicio se debilita. Pero, a su vez, la inexistencia de contraindicios (es decir otras explicaciones al mismo hecho indicador) o la existencia de contraindicios que conducen a explicaciones forzadas, refuerzan el poder probatorio del indicio que enfrentan.

Por ejemplo, si la apreciación de los indicios en su conjunto lleva a que una explicación distinta del hecho indicado parezca una secuencia de coincidencias o casualidades poco verosímil o muy poco probable o inusual, ello confirmaría la fuerza probatoria de la prueba indiciaria utilizada.

Regresando al ejemplo del homicidio, el hecho de un testigo que haya visto salir al acusado de donde se encontró el cadáver, momentos después de la hora del crimen, indica como posible explicación que él fue el asesino. Pero hay otras explicaciones muy lógicas que pueden darle otro sentido a lo ocurrido. Si el local es el centro de trabajo del acusado, este pudo asistir a recoger un documento a esa hora, por lo que su salida del local no necesariamente se vincula con el crimen cometido.

Si, además de haber sido visto abandonando el local, se encuentran manchas de sangre en la camisa del acusado, ello puede indicar que cometió el crimen. Pero si él explica que se las hizo cuando estaba afeitándose, podría ser una explicación lógica. Sin embargo, mientras la apreciación en conjunto de los indicios apunta en el sentido del mismo hecho indicado, es decir que cometió el crimen, la explicación contraria implica la coincidencia de dos hechos inconexos, que requieren de dos esfuerzos argumentativos contra uno solo en el caso de la suma de indicios.

Si se descubre que el acusado envió una amenaza de muerte a la víctima, ello también indica una conclusión consistente con los otros indicios. Siempre podrá decir que la amenaza fue una broma o fue producto de un

momento de ira que no refleja una intención real. Pero esa también es una coincidencia que implica un esfuerzo argumentativo mayor, y con ello refuerza la probabilidad de que el hecho indicado sea que fue el asesino y reduce las probabilidades de una explicación alternativa.

Si se descubre una factura de compra por el acusado unos días antes del crimen de un cuchillo con las características del usado en el crimen, seguimos reforzando la presunción de que fue el asesino. Decir que el acusado deseaba poner una carnicería es una explicación posible, pero que a la luz de los demás elementos generan coincidencias que van lindando con un azar excepcional o con el absurdo.

Llegado un punto, la sumatoria de indicios parece lógica porque las diversas probabilidades se van sumando, y la explicación contraria aparece como muy poco probable al sustentarse en una cadena de coincidencias inconexas o en explicaciones forzadas y que no surgen espontáneamente. Cuando la duda sobre la explicación que naturalmente surge de los indicios se vuelve en no razonable, se puede afirmar que se ha generado certeza en el juzgador. En conclusión, los indicios deben conducir al juzgador a creer en la hipótesis derivada de su apreciación en conjunto más allá de una duda razonable.

¿Cómo van generando convicción los indicios? Algunos indicios, calificados por la doctrina como «necesarios», pueden, por sí solos, generar convicción plena sobre los hechos.

Devis Echandía lo define de la siguiente manera:

> «Se entiende por indicio necesario el que de manera infalible e inevitable demuestra la existencia o inexistencia del hecho investigado (...) con independencia de cualquier otra prueba[96].

Por ejemplo, el hecho de que uno encuentre una cerradura rota conduce a concluir de manera necesaria que alguien la forzó, sin perjuicio que nadie vio que ello sucedió. El hecho indicador conduce, inevitablemente, a concluir en el hecho indicado.

En la mayoría de casos, sin embargo, será necesario contribuir a alcanzar este resultado conjuntamente con otras pruebas e indicios. En este segundo supuesto, los indicios denominados «contingentes» pueden permitir varias conclusiones posibles, por lo que es necesario ir descartando, a través del análisis crítico, aquellos que no conduzcan a una certeza sobre el hecho investigado, de forma que al final sea la suma de probabilidades la que determine la certeza acerca de la culpabilidad del procesado[97].

---

96. Devis Echandía. *Compendio de Pruebas Judiciales*, p. 627.

97. San Martín, César. *Derecho Procesal Penal,* Vol. II, Grijley, Lima, 1999, p. 634.

Así, DEVIS ECHANDÍA señala:

> «(...) Los demás indicios serán contingentes y se basan, tomados cada uno por separado, en un cálculo de probabilidad y no en una relación lógica de certeza; pero varios de ellos (...) pueden otorgar ese pleno convencimiento»[98].

Si uno encuentra una ventana rota, una probabilidad es que un ladrón entró por ella. Pero hay otras explicaciones posibles (por ejemplo, alguien arrojó una piedra, alguien se quedo encerrado y la rompió para salir, etc.).

En estos casos, la existencia de otros indicios refuerza la conclusión, y el encontrar contraindicios (una piedra dentro de la habitación), la debilita. Es finalmente la apreciación en conjunto lo que constituye el corazón de la prueba indiciaria.

## X. EL ANÁLISIS AISLADO DE LOS INDICIOS, LA CONFUSIÓN ENTRE PRUEBA INDICIARIA E INDICIO Y LA CONFUSIÓN ENTRE INDICIO NECESARIO E INDICIO CONTINGENTE.

Hay muchos errores comunes que se suelen cometer al evaluar la aplicación de la prueba indiciaria. Muchos de estos errores mediatizan el uso de este forma de probar o restringen sin justificación la capacidad de la autoridad de hacer inferencias a partir de las pruebas.

Mencionamos mas arriba un paralelo entre el uso de la prueba indiciaria y armar un rompecabezas. El ejemplo es pertinente tanto para entender la naturaleza de la prueba indiciaria como el error conceptual que se suele cometer a evaluar su aplicación. Muchas veces se trata de debilitar el mérito probatorio de los indicios identificados mostrando explicaciones alternativas posibles para cada hecho indicador.

Efectivamente, el uso de la prueba indiciaria para probar concertaciones ilegales es como armar un rompecabezas en el que no todas las piezas están disponibles. Algunas podrían haber sido ocultadas y destruidas. Normalmente, las piezas que se ocultan o destruyen son las más importantes (las que podrían ser pruebas directas). Se busca, precisamente, que no se pueda ver la lámina contenida en el rompecabezas, ya que ella demostraría la realización de una conducta ilegal (en este caso, la concertación de precios).

Sin embargo, cada pieza del rompecabezas será un indicio que nos muestra, con sus colores y formas, un pedazo de la lámina. El uso de la

---

98. DEVIS ECHANDÍA. *Compendio de Pruebas Judiciales*, *Loc. cit.*

prueba indiciaria consiste justamente en proyectar, mediante distintos razonamientos organizados en una metodología consistente, cómo sería dicha lámina si tuviésemos todas las piezas.

Evidentemente, no es posible proyectar seriamente la lámina usando sólo una pieza. Podríamos especular sobre la figura contenida en ella, pero no rescatarla con certeza. Ese es un error común: el tratar de derivar una conclusión definitiva usando solo una pieza del rompecabezas.

Así, la prueba indiciaria no puede estar constituida por cada indicio o pieza por separado. Por el contrario, se construye mediante el ensamblaje y análisis conjunto de todas las piezas de información disponibles.

Cuando uno arma un rompecabezas llega un punto en el que, a pesar de no tener todas las piezas, puede ver qué figura que contiene la lámina con bastante precisión. De igual manera, en la prueba indiciaria, llegará un punto en el ensamblaje en el que no será necesario tener toda la información para llegar a una conclusión. Las «piezas» que se tienen serán suficientes como para que las faltantes no sean necesarias para tener la figura completa. La prueba indiciaria no es la creación de una ilusión, un cuento o un sueño sino simplemente el ensamblaje de piezas para llegar a una certeza que va más allá de una duda razonable.

Es cierto que, en un determinado punto, retirar ciertas piezas podría afectar nuestro conocimiento sobre la figura contenida en la lámina. Algunas piezas son claves, mientras que otras nos dicen poco. Sin embargo, una buena prueba indiciaria nunca depende de un solo indicio o pieza, de manera que el retiro de una pieza cualquiera no hace perder el panorama general de la lámina.

No es por tanto legitimo atacar las piezas por separado. Contradecir la prueba indiciaria es atacar la construcción lograda con la suma y el orden de las piezas en su conjunto. Es un error conceptual el creer que destruir un indicio es destruir la prueba indiciaria. Sería como pensar que al destruir una pieza de un rompecabezas se pierde la imagen que nos proyectan las restantes visualizadas en su conjunto.

Lo que hemos graficado es una confusión bastante común entre el indicio y la prueba indiciaria. Y cuando uno confunde el indicio con la prueba indiciaria, confunde las partes con el todo. Lo que nos conduce a la certeza sobre un hecho determinado no son los indicios por separado sino integrados en un todo. Eso es la prueba indiciaria. La fuerza de la prueba indiciaria permanece incólume si la suma de los indicios existentes apunta a un mismo sentido, así hayan explicaciones diferentes a cada pieza por separado.

En efecto, está en la propia naturaleza de la prueba indiciaria que sea relativamente sencillo quitar valor o fuerza probatoria a una pieza. Ello

simplemente porque de cada indicio contingente podrá derivarse siempre una explicación alternativa. Sino estaríamos ante una prueba directa.

Sin embargo, cuando varios indicios apuntan en el mismo sentido, esta explicación alternativa se va diluyendo. Una pieza de rompecabezas con una pata de conejo puede representar un dibujo de un conejo, pero también uno de un sujeto supersticioso paseando por una ciudad cosmopolita de con un amuleto en una mano. Pero cuatro patas sumadas a dos orejas y un pedazo de cara no nos deja otra explicación que la de un conejo, aún cuando no se tenga ni la cola ni un ojo. Y esta «certeza» sobre la existencia del conejo persiste aún si sacamos una oreja o una pata.

Es casi un axioma. Quien pretende probar un hecho usando prueba indiciaria se enfrentará al difícil reto de armar un rompecabezas incompleto. Las piezas para armarlo están en control de la contraparte. Y el esfuerzo de su contraparte se centrará en «esconder» estas piezas, destruyéndolas o tratando de mostrar que no encuadran, por pertenecer a distintos rompecabezas. Intentará romper la imagen atacando cada indicio por separado y evadirá el análisis en conjunto de todos ellos. Mientras que quien quiere probar con indicios buscará integrarlos, quien se defiende de la prueba indiciaria siempre tratará de separarlos.

Un segundo error, que suele derivarse del anterior, es tratar los indicios contingentes como si fueran indicios necesarios. Donde hay cenizas hubo fuego. Ello es un indicio necesario por que las cenizas indican necesariamente que el fuego existió. Pero no todos los indicios tienen la misma naturaleza y por tanto no puede exigírseles que cumplan con el mismo razonamiento lógico.

Como dijimos las cenizas son un indicio necesario de que existió un fuego, no uno contingente. Y los indicios contingentes no pueden ser desacreditados usando el examen de los indicios necesarios como no se puede desaprobar a un alumno en un examen de lenguaje preguntándole sobre matemáticas, salvo que se actúe arbitrariamente.

No se puede entonces aplicar a los indicios contingentes de una concertación de precios el examen aplicable a los necesarios para desacreditarlos y, al eliminar uno de ellos, afirmar que se cayó toda la prueba. Es como sacar un ladrillo de una casa y afirmar que con ello ésta se ha destruido cuando aún sigue en pie.

En una ocasión lei una cita de una ironía planteada por Sigmund FREUD al analizar las pruebas con las que se pretendía condenar a un acusado. FREUD dijo lo siguiente: «*Ha habido un robo con fractura; se condena a un hombre por haber hallado en su poder una ganzúa. Leída la sentencia, se le pregunta si tiene*

*algo que alegar, y sin vacilar exige ser condenado además por adulterio, pues también tendría en su poder la herramienta para el mismo»*[99].

Lo que FREUD está criticando en la cita es algo que suscribimos plenamente: usar un indicio contingente como necesario, condenando a una persona sin considerar la existencia de otros posibles indicios.

La fuerza de los indicios contingentes para crear convicción en la mente del juzgador reside en su apreciación en conjunto y no en su análisis aislado. La prueba «plena» puede surgir tanto de un solo indicio necesario como de varios contingentes, que equivalgan al necesario al proyectar una gran cohesión probatoria[100].

Esta postura se encuentra expresamente recogida en el artículo 276 de nuestro Código procesal civil. Dicha norma define al indicio como aquél *«acto, circunstancia o signo suficientemente acreditados a través de los medios probatorios [que] adquiere significación en su conjunto cuando conduce al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia».*

Distinto sería si se hubiera condenado a aquél hombre del ejemplo de FREUD no sólo por tener en su poder una ganzúa sino porque, además de ello, alguien lo vio saliendo de la escena del crimen, él no fue capaz de justificar qué estuvo haciendo a la hora del robo, se encontraron en su casa los objetos robados, sus huellas se encontraron en la chapa de la puerta y tenia en sus zapatos tierra del tipo que se encontraba en la entrada de la casa del hombre asesinado. Es seguro que, en tal caso, FREUD no hubiera hecho una crítica en el mismo sentido.

La existencia de diversas alternativas se da por definición en el caso del indicio contingente que, en palabras de Jairo PARRA QUIJANO *«es aquel hecho que demostrado, puede tener varias causas»*[101].

Como bien explica PARRA QUIJANO, en el caso de indicios contingentes, será necesario *«estudiar todas las posibles causas del hecho indicado»* y *«explicar por qué las descarta y acoge una como la más probable»* para luego agregar *«lo probable es una especie de lo posible: porque se basa en razones serias y estables»*[102].

Es cierto que la prueba indiciaria debe lograr en el juzgador una convicción según la cual no existan hipótesis alternativas razonablemente posibles. ¿Cómo se logra ello entonces en el caso de los indicios contingentes?

---

99. Freud, Sigmund, *Obras completas*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1974. T. VIII. P. 3072

100. ELLERO, Pietro. Citado por PABÓN GÓMEZ, Germán. *Lógica del Indicio en Materia Criminal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda, 1994, p. 376.

101. PARRA QUIJANO, Jairo. Op cit, p. 6

102. Ibid, loc cit..

La convicción debe resultar del análisis conjunto de los indicios. Nuevamente ello se encuentra explicado por PARRA QUIJANO cuando afirma que «*salvo que se trate del indicio necesario como ya lo indicamos, la prueba indiciaria tiene fuerza en su conjunto (porque hay pluralidad, como es apenas obvio)...*» para finalmente resumir que éstos deben concordar, «*es decir, ensambl[ar] naturalmente, sin forzarlos*»[103].

Resulta evidente que, como venimos explicando, en el caso de indicios contingentes no bastará el hecho que uno de ellos permita otra interpretación (o que incluso todo de ellos) para perjudicar la validez de la prueba siempre y cuando, en conjunto, no permitan una interpretación razonable distinta a la afirmada.

Regresemos al ejemplo del rompecabezas. Si uno encuentra una pieza de un rompecabezas que contiene parte de la cola de un conejo, no puede concluir con certeza que el dibujo incluya un conejo ni mucho menos que represente una escena campestre. Podría tratarse también del sujeto que se pasea con un amuleto en la mano. Este «hecho indicador» (la cola del conejo) por sí solo no nos permite llegar a mayor certeza. Sin embargo, si encontramos diversas piezas, una de las cuales tiene una cola de conejo, otra un ojo, otra una segunda pata, otra de una zanahoria y otra un fondo campestre que combina con aquél de las demás piezas encontradas, no podemos afirmar seriamente que no se trata de una escena campestre que contiene un conejo. La zanahoria podría ser parte de una naturaleza muerta, pero ello no resulta razonable si lo analizamos en conjunto con el ojo, las patas y la cola del conejo. El ojo podría pertenecer a un humano, o a otro animal, pero ello no resulta razonable si tenemos todas las demás piezas que nos dan a entender que se trata de un conejo. Con el conjunto de «indicios» encontrado, la hipótesis del individuo supersticioso que se pasea por una ciudad con un amuleto de la buena suerte en forma de rabo de conejo, así como cualquiera de las otras antes mencionadas, ha quedado racionalmente descartada.

## XI. EL PRINCIPIO DE PRUEBA DIRECTA DE LOS INDICIOS.

Suele cuestionarse la fuerza probatoria de los indicios, afirmando que se trataría de una prueba de «segunda clase» y, en consecuencia, de menor valor probatorio que los testimonios o, peor aún, que los documentos.

No obstante, debe de tenerse en cuenta que los indicios no son un «nuevo tipo de prueba» sino una forma de razonar en base a las pruebas

---

103. Ibid, pp. 9-13.

obtenidas. El indicio más que una prueba, es una manera de razonar, de usar la prueba para demostrar algo, usando rigor científico.

Siempre hay que probar (con cualquiera de los medios de prueba previstos) el hecho indicador. Esto es básico. Un razonamiento sin una base sólidamente acreditada sería lo mismo que razonar en el aire. La prueba indiciaria no es otra cosa, entonces, que usar un hecho probado para demostrar un hecho incierto.

PARRA QUIJANO resulta nuevamente ilustrativo. El claramente señala que, «*es claro que el indicio (hecho base, artículo 276 del Código de Procedimientos Civil del Perú) ingresa al torrente probatorio a través de otros medios probatorios (...)*»[104].

El hecho que sirve de base al indicio puede acreditarse por cualquier mecanismo legalmente permitido (documentos, pericia, testimonios, etc.). La fuerza de esta prueba, sin embargo, no dependerá del medio de que se trate sino de la convicción que cree en el juzgador. Así, por ejemplo, podría suceder que un testimonio de una persona confiable —por ejemplo, el Papa– cree más convicción en el juzgador que un documento poco confiable —una declaración escrita sobre una servilleta–. Y, en esta línea, una prueba indiciaria bien estructurada puede valer mucho más que un documento firmado por alguien poco confiable o por el testimonio de un conocido mentiroso.

Como su nombre lo indica, los sucedáneos de los medios probatorios no son sino medios permitidos por ley para complementar la fuerza probatoria del hecho probado, permitiéndole al juez ir un paso más allá e inferir un hecho distinto del aquél que ha sido probado. En palabras de ALSINA se trata de «*todo hecho conocido, mejor dicho debidamente comprobado, susceptible de llevarnos por la vía de la inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido*»[105].

El hecho indicador debe demostrarse con un medio probatorio cualquiera, como puede ser un testimonio. Lo que hace el indicio es obtener una inferencia lógica, que, en sentido estricto, se efectúa, con distinto nivel de convicción, en cualquier medio probatorio.

Así, la diferencia en uno y otro caso radica no en el medio probatorio utilizado para «probar» el hecho sino en el razonamiento que esta prueba (llamada también el hecho indicador) permite concluir al juzgador. En un caso, (el de la prueba directa) la prueba cumple con acreditar aquello que se

---

104. Ibid, p. 2.

105. ALSINA, citado por LEGUISOAMON, Hector. *Las presunciones judiciales y los indicios,* De Palma Editores, Buenos Aires, 1991. p. 56.

busca determinar y en el otro (indicios) acredita un hecho distinto que «indica» que aquél otro podría haber ocurrido.

En otras palabras, para demostrar que hubo un fuego la existencia de las cenizas debe ser acreditada con las cenizas mismas, con un testimonio o con un documento. La existencia de las cenizas no puede presumirse. No existen indicios al margen de las pruebas que acreditan los hechos indicadores.

## XII. EL USO DE PRUEBA INDICIARIA POR LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS.

Dado que en el Perú, en un primero momento, la aplicación de las normas de libre competencia están a cargo de una autoridad administrativa como el INDECOPI, un argumento que podría esgrimirse en contra del uso de indicios como medio probatorio es que su uso es una facultad jurisdiccional reservada a las Cortes Ordinarias y que, por tanto, no puede ser usada tribunales administrativos. Ello, entre otras razones, porque daría excesiva discrecionalidad a la autoridad administrativa y podría violar el derecho de defensa de las partes y la presunción de inocencia.

Tal razonamiento carece por completo de fundamento y, por el contrario, tanto las propias normas, como la jurisprudencia administrativa y judicial, indican precisamente lo contrario.

La utilización de indicios y presunciones como medio de prueba para la demostración de acuerdos o concertaciones ilegales es comúnmente aceptada. Su uso ha sido desarrollado particularmente en lo que se refiere a infracciones a la libre competencia[106].

Si la competencia para conocer dichas materias ha sido otorgada a entidades distintas del Poder Judicial, como es el caso de las autoridades administrativas, debe permitirse la utilización por parte de ellas de indicios y presunciones. Negar la utilización de los mismos por parte de las autoridades administrativas competentes sería lo mismo que negarles la posibilidad de probar la comisión de la infracción, impidiendo el uso de un razonamiento lógico por parte del funcionario a cargo de la decisión.

---

106. Al respecto ver GUERRIN M. KYRIAZIS, G. «Carteles: Aspectos procesales y probatorios». En: *Gaceta Jurídica y de la Competencia de la C.E.* Serie D-21, Madrid, 1994, pp. 315-326; KOVACIC, William. «The identification and proof of Horizontal Agreements under Antitrust Law» *Antitrust Bulletin*, Vol. XXXVIII N.º 1, Spring, 1993; CONRATH, Craig. *Practical Handbook of Antimonopoly Law. Enforcement for an Economy in Transition*, OECD WORLD BANK, *A framework for the design and implementation of Competition Law and Policy*. Estados Unidos, 1998, pp. 28-29.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Defensa de la Competencia Español, al señalar que «*si se aplicaran rígidamente los principios fundamentales de la prueba como los ha construido el derecho penal clásico, sería poco menos que imposible condenar jamás un comportamiento anticoncurrencial (...). En derecho de la competencia es habitual tener que sostener las resoluciones condenatorias tanto sobre la prueba de presunciones como otorgando un plus valor a los indicios racionales de comisión o de omisión que constituyen la falta*».

De otro lado, no existe impedimento legal alguno para la admisión de sucedáneos de los medios probatorios por parte de la administración pública. En primer lugar, lo dispuesto por el Código procesal civil es de aplicación supletoria a los procedimientos administrativos en virtud de la Primera Disposición Final del mismo[107]. Pero además, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 166 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, los hechos invocados o que fueren conducentes para decidir un procedimiento, podrán ser objeto de todos los medios de prueba necesarios, salvo aquellos prohibidos por disposición expresa[108]. No existiendo una prohibición al uso de indicios por INDECOPI, éste se encuentra expresamente autorizado para su utilización.

De otro lado, la incorporación de los sucedáneos de los medios probatorios al procedimiento administrativo guarda relación con el principio de verdad material establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General, de acuerdo con el cual la autoridad administrativa deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, adoptando todas las medidas probatorias necesarias admitidas por ley[109]. Ello determina que la admisión de indicios y presunciones por la administración no sólo es un práctica plenamente permitida por ley, sino una obligación de la administración, siempre y cuando ello no haya sido prohibido de manera expresa.

---

107. Código procesal civil, Primera Disposición Final.- Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

108. Ley del Procedimiento Administrativo General, artículo 166.- Medios de Prueba. Los hechos invocados o que fueren conducentes para decidir un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba necesarios, salvo aquellos prohibidos por disposición expresa. (...)

109. Ley del Procedimiento Administrativo General, 1.11 Principio de Verdad Material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aún cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas. (...).

Como ya señalamos, si bien ha sido cuestionado el uso de indicios y presunciones como pruebas para demostrar la existencia de infracciones o delitos, sosteniendo que atenta contra el principio de presunción de inocencia que rige el Derecho penal y el Derecho Administrativo Sancionador, ello ha sido ampliamente superado por la jurisprudencia y la doctrina.

En efecto, gran parte de doctrina moderna reconoce la validez de la utilización de pruebas indiciarias y presunciones en procedimientos de sanción siempre que se cumplan los siguientes requisitos: (i) que los indicios sean hechos ciertos, (ii) que exista una relación causal razonada entre los indicios y los hechos que constituyen la infracción o delito y, (iii) que las demás interpretaciones que pudieran derivase sean analizadas y se justifique las razones por las que se rechazan[110].

La Corte Suprema del Perú se ha pronunciado también expresamente por la validez del uso de indicios y presunciones como medios probatorios de delitos, siempre y cuando exista una pluralidad de indicios contingentes, concordantes y convergentes en el sentido de incriminar al procesado, éstos se analicen en base a las reglas de la ciencia, técnica y experiencia para inferir de ellos una conclusión, y se analicen también los contraindicios que pudieran haberse ofrecido[111]. En este sentido, la Corte ha precisado que *«los indicios a fin de que cumplan con su cometido (...) deben ser apreciados en su conjunto y no en forma individual, desmereciendo la circunstancia o signo que aunado a otras pruebas adquieren la significación necesaria que conduzca al juez a la certeza del hecho investigado»*[112].

Así, si los indicios parten de hechos efectivamente probados, se llega a ellos a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas de criterio y se verifican todas las distintas interpretaciones, eligiendo entre las posibles de manera justificada y razonada y confrontándose debida-

---

110. Al respecto, ver Rubio, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Fondo Editorial de la Pontifica Universidad Católica del Perú, Lima, 1999 T. I, pp. 477-479, a raíz de los comentarios al artículo 2 numeral 24 inciso c) de la Constitución. Sobre los requisitos para admitir la validez de los indicios y presunciones como medios probatorios, ver Berenguer, Luis. «Los derechos de defensa en los procedimientos en materia de competencia». En: *Gaceta Jurídica y de la Competencia de la C.E.*, Serie D 27, Madrid, 1997, p. 92. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Español al resolver acciones de amparo que planteaban la violación de la presunción de inocencia por el uso de la prueba indiciaria en procesos penales (ver por ejemplo, sentencia 174/1985 del 17 de diciembre de 1985).

111. Sentencia del 19 de mayo de 1995, expediente N.º 3732. En: San Martín, *Ob. cit.*, p. 634.

112. Sentencia del 18 de octubre de 1999, Expediente Av. 98-96.

mente con las pruebas de descargo que existan, el principio de presunción de inocencia no se verá vulnerado.

Entonces, cuando se trate de probar concertaciones de precios ante el INDECOPI, debe darse a los indicios el mismo mérito que a cualquier otro medio probatorio. Incluso, es posible que mediante el uso de indicios se desvirtúe el valor probatorio de pruebas directas, siempre y cuando los indicios se efectúen de acuerdo con el procedimiento antes descrito.

En el Perú, el razonamiento de la teoría de los indicios antes descrita ya ha sido utilizado en numerosos casos relacionados con concertaciones por autoridades administrativas competentes para conocer infracciones a la libre competencia, tales como el INDECOPI y el OSIPTEL.

A modo de ejemplo, en el procedimiento de investigación sobre la concertación de precios, pesos y volumen de ventas en el mercado de pollo vivo en Lima y Callao, el INDECOPI utilizó como marco conceptual la teoría de los indicios para emitir una resolución final con relación a las conductas que se les imputaba a las diferentes empresas implicadas[113]. A los denunciados se les imputaba haber acordado la implementación de distintas prácticas destinadas a restringir la competencia en el sector avícola durante el período comprendido entre mayo de 1995 y julio de 1996. Las empresas, estratégicamente, no habían dejado prueba directa alguna de los acuerdos ilegales que habían tomado. Por ello, la Comisión de Libre Competencia y el Tribunal basaron su decisión fundamentalmente en indicios que permitían concluir la comisión de la infracción[114].

A éste se suman infinidad de casos en los que los indicios han sido utilizados, tanto en temas de libre competencia como en el caso de reestructuración empresarial. A título de ejemplo, en el procedimiento seguido por Petróleos del Perú S.A. (Petroperú) contra Rheem Peruana S.A. y Envases Metálicos S.A. por concertación de precios en los procesos de adquisición de cilindros de acero, la Comisión de Libre Competencia consideró que se había acreditado la existencia de una concertación ilegal a pesar que «*no se encontraron pruebas documentales directas que demuestren la existencia de una acuerdo previo entre las empresas*»[115].

---

113. Expediente N.º 029-98-CLC.

114. En dicho procedimiento se analizaron minuciosamente los contactos entre las empresas concertadoras, así como a los comportamientos que tuvieron las mismas en cuanto a los precios y volumen de la oferta de los pollos que manejaron, en el lapso de tiempo en el cual se les imputó haber tenido comportamientos anticompetitivos.

115. Resolución N.º 004-97-INDECOPI-CLC.

La Comisión precisó que:

> «si bien en el presente procedimiento no se ha encontrado una prueba directa que revele la existencia de convenios o acuerdos entre las empresas denunciadas respecto de los precios y/o volúmenes ofertados a Petroperú, existe una serie de hechos coincidentes en el tiempo frente a un mismo comprador, ocurridos con posterioridad a una nutrida competencia a nivel de precios, hechos que de ninguna manera parecen responder a una situación de competencia efectiva y que sólo pueden ser explicados como el producto de un acuerdo previo entre las empresas denunciadas más aún cuando los costos de transacción para concretar un acuerdo al Decreto Legislativo N.º 701 se ven notablemente reducidos por la existencia de un duopolio en el mercado analizado»[116].

Dicho pronunciamiento fue confirmado por la Sala de Defensa de la Competencia[117] y, posteriormente, por el Poder Judicial, quienes concordaron con la Comisión en el sentido que había indicios de la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre las empresas denunciadas.

Igualmente, en el procedimiento iniciado de oficio contra del Comité de Molinos de Trigo de la Sociedad Nacional de Industrias y de 18 empresas molineras por concertación de precios en la harina de trigo, el INDECOPI demostró la existencia de un período, que se inició en marzo de 1995, en que los precios fueron manejados concertadamente entre algunas de dichas empresas teniendo en consideración, de manera predominante, indicios de la existencia de una concertación[118]. Dicho pronunciamiento fue confirmado por el Poder Judicial a pesar que las empresas sancionadas alegaron la falta de pruebas directas para sancionar la comisión de la infracción.

Asimismo, puede citarse la Resolución 79-97/TDC-INDECOPI recaída en el procedimiento de declaración de insolvencia de Compañía Industrial Oleaginosa S.A. (Cinolsa) solicitada por Transur S.A. En dicha oportunidad, había elementos que hicieron presumir al Tribunal la existencia de una posible simulación de obligaciones para efectos de solicitar la insolvencia, por lo que, en uso de la prueba indiciaria, resolvió declarar la nulidad de la resolución de primera instancia que declaró la insolvencia de Cinolsa.

De la misma manera, en el procedimiento de reconocimiento de créditos iniciado por la señora Roxana Woolcott Perales contra Compañía de Servicios Turísticos Cesar's S.A., el Tribunal declaró la nulidad de la reso-

---

116. *Ibid, Loc. cit.*

117. Resolución N.º 255-97/TDC-INDECOPI

118. Resolución N.º 1104-96-INDECOPI/TRI.

lución de primera instancia que efectuó dicho reconocimiento sobre la base de indicios que le permitían presumir que la señora Woolcott había utilizado indebidamente un proceso de ejecución de garantías a fin de lograr un reconocimiento de los créditos invocados en sede judicial que luego pudiera ser reconocido también en sede administrativa[119].

Cabe señalar que la facultad de utilizar los indicios por parte de la Administración para el caso de pruebas de carteles ha sido reconocida expresamente por la Corte Suprema de la República. Efectivamente, mediante Sentencia del 18 de octubre de 1999, recaída sobre el proceso contencioso administrativo iniciado por Corporación Molinera S.A. contra la Resolución N.º 1104-96-INDECOPI/TRI, la Corte declaró infundada la demanda, confirmando la resolución del INDECOPI, al considerar que había quedado acreditada la responsabilidad de la empresa denunciante.

En el caso bajo comentario, Corporación Molinera sostuvo que había sido condenada sin pruebas de haber concertado el precio de la harina de trigo con sus competidores. Entre sus argumentos estaba el que ninguna de los documentos acreditaba, de manera directa, su participación en el acuerdo, y que la posición de INDECOPI se basaba en «meras especulaciones sin fundamento».

Efectivamente no existían documentos suscritos o encontrados en Corporación Molinera que acreditaran su participación. Sin embargo la Corte Suprema consideró que los indicios existentes apuntaban a atribuirle participación en los actos sancionados y declaró infundada la demanda contencioso administrativa.

La sentencia recogió el marco conceptual que hemos descrito líneas arriba. Dejo claramente establecido que «*Como anota la empresa actora, puede ser que el simple paralelismo de precios no sea suficiente para afirmar que se 'concertó precios', pero en cambio, este hecho agregado a otros actos comprobados llevan a la convicción que si hubo concertación (...)*». Así la sentencia ha establecido la necesidad de apreciar los indicios en su conjunto lo que se confirma al afirmar la propia Corte «*Que como premisa se advierte, que los indicios a fin de que cumplan con su cometido, esto es, que más adelante sirvan como un medio probatorio, deben ser apreciados en su conjunto y no en forma individual, desmereciendo la circunstancia o signo aunado a otras pruebas adquieren la significación necesaria que conduzca al juez a la certeza del hecho investigado (...)*»

Esta forma de razonar es perfectamente compatible con la prueba en el procedimiento administrativo, pues como la Suprema ha reconocido, la autoridad administrativa actuó correctamente y sancionó basada precisa-

---

119. Ver Resolución N.º 351-2000/TDC-INDECOPI

mente en prueba indiciaria, pues «*los indicios señalados en las resoluciones impugnadas (...), como [son] el paralelismo de precios, paralelismo de políticas de descuento, la fusión de dos importantes empresas del sector, la verificación de las actas de la Empresa Teal; las de Molinos Valencia, así como el informe de Molino Italia, y del reporte de Molinera Inca, [que] son hechos que conllevan a establecer que la actora sí participó en la concertación de precios conjuntamente con las demás empresas investigadas y sancionadas; el razonamiento lógico [que] rodea al juzgador y le permite derivar de la prueba indiciaria la certeza de lo que realmente ocurre; [...y] el que no existan «contraindicios» que no puedan descartarse razonablemente(...)*»[120].

En síntesis, mientras el sentido indicado por los indicios no sea descartado o contradicho de manera efectiva con contraindicios de los que se deriven interpretaciones igualmente válidas y no forzadas, el mérito probatorio se mantendrá incólume.

La jurisprudencia de la Suprema ha sido reiterada en la validez del uso de indicios por las autoridades administrativas. Así, en la Sentencia del 8 de junio de 2000, recaída en la demanda contencioso administrativa planteada por Rheem Peruana contra la Resolución N.º 255-97-TDC/INDECOPI, la Corte Suprema admitió nuevamente el uso de indicios como medios de prueba al desestimar los argumentos de la demandante en el sentido que las resoluciones del INDECOPI habían sido dictadas sin prueba alguna.

El caso es aún más interesante pues mientras en el caso de Corporación Molinera existían algunos documentos de otras empresas distinta a Corporación (es decir, alguna base de prueba escrita que hacía referencia a un acuerdo), en el caso de Rheem Peruana solo se usó elementos indiciarios que indicaban que se había ejecutado un acuerdo del que no había ninguna base de prueba escrita.

Así, la Corte consideró suficientes las pruebas indiciarias y, en particular, puros indicios contingentes aplicados por la autoridad administrativa para sancionar a la empresa. Nuestro máximo tribunal señaló que «*si bien la resolución de Primera Instancia [había indicado] que no [tenía] prueba directa que determine tal hecho, esto es, un documento suscrito que pruebe el acuerdo (...) del Informe N.º 003-97-CLC (...) se [advertía] que efectivamente la demandada ofertó en igual precio que su competidora a la empresa Petroperú S.A., en las últimas tres licitaciones durante el periodo de octubre de 1995 a marzo de 1996, reduciendo por otro lado, sus propuestas de ventas en similar cantidad, no habiendo prueba que acredite en modo alguno los motivos de la reducción ni de la coincidencia en el precio, tanto más que según el cuadro cuya copia corre a fojas doscientos dos, se acredita que la actora ofertó el mismo producto a otras empresas por una cantidad menor a la propuesta la Empresa*

120. Sentencia del 18 de octubre de 1999, Expediente Av. 98-96.

*del estado Petroperú, igual situación se ve reflejada en las ventas realizadas por la Empresa Envases Metálicos, de lo que se infiere que no es correcto la tesis de que la identidad del producto explicaría la identidad en el precio (...)*»[121].

Esta cita muestra cómo la Corte Suprema ha aceptado la conducta paralela y la falta de evidencia que explique una hipótesis distinta a la concertación, puede permitir a una autoridad administrativa poner sanciones al resolver el caso. Así la capacidad de utilizar prueba indiciaria está plenamente reconocida por la máxima instancia jurisdiccional del país.

## XIII. EL USO DE LA PRUEBA INDICIARIA PARA PROBAR ACUERDOS ILEGALES.

Como se señaló anteriormente, las concertaciones o acuerdos ilegales se caracterizan por ser prácticas disimuladas u ocultas, por lo que la complejidad o imposibilidad de encontrar pruebas directas relevantes es inherente a la conducta misma. La falta de pruebas directas determina que se deba recurrir a la utilización de pruebas indiciarias y presunciones que permitan sancionar a las empresas que lleven a cabo concertaciones prohibidas por ley o que deben ser reveladas a la autoridad.

De esta manera, los indicios y presunciones resultan ser una herramienta no sólo razonable, sino esencial para la demostración de carteles, concertaciones, acuerdos ilegales o prácticas similares. Como ha señalado el INDECOPI en múltiples oportunidades, «*la comprobación de la existencia de prácticas restrictivas de la competencia y de otras prácticas ilegales similares, generalmente se producirá en base a pruebas circunstanciales e indicios contingentes, que deben ser apreciados en conjunto por el juzgador para poder extraer presunciones que lo lleven a formar una convicción respecto de los hechos investigados*»[122].

Vamos a detallar algunos de los elementos indiciarios que suelen utilizarse para probar la existencia de acuerdos ilegales.

Los acuerdos ilegales pueden ser descubiertos por medio de tres tipos de indicios, los que deben ser apreciados de manera conjunta: (i) indicios que se manifiestan en la ejecución del acuerdo, (II) indicios generados al momento de celebrar el acuerdo e (iii) indicios referidos a la situación previa al acuerdo.

---

121. Sentencia del 8 de junio de 2000. Expediente Av. 71-98.

122. Ver por ejemplo, Resolución N.º 276-97/TDC recaída en el procedimiento iniciado de oficio contra la Asociación Peruana de Avicultura y Otros por concertación de precios, condiciones de comercialización y volúmenes de producción.

A continuación hacemos una referencia breve a los tres tipos de indicios y cómo suelen manifestarse éstos en las concertaciones de precios:

### 13.1 Indicios que se manifiestan a la ejecución del acuerdo

Suelen ser los más evidentes y generan la base a partir de la cual el acuerdo suele ser descubierto. Todo acuerdo tiene por objeto surtir algún efecto, es decir, tener una consecuencia. Cuando esa consecuencia se puede apreciar en el mercado sin que se pueda identificar el acuerdo que la originó, entonces surge, como una posible explicación a dichas consecuencias, la existencia de un acuerdo no visible u oculto.

Precisamente un ejemplo claro es la concertación de precios entre competidores. Si todas las empresas suben sus precios de manera simultánea y paralela, una posible explicación es que existe un acuerdo que no puede ser revelado por su naturaleza ilegal. Claro que el aumento de precios podría ser consecuencia de las condiciones de mercado y de la propia competencia. Por ello se requiere de otros indicios que confirmen o descarten la hipótesis de la existencia de un acuerdo.

También deben evaluarse ciertas consecuencias que son consistentes con la intención de ocultar la información y que reflejan la ejecución de un acuerdo que se pretende ocultar, como podría ser acuerdos que reflejen pequeñas diferencias de precios. Otro ejemplo sería standardización de la calidad de un producto de manera paralela a fin de homogenizarlo y hacer la concertación posible.

Normalmente las consecuencias reflejadas en el mercado, que podrían ser el efecto de un acuerdo oculto, se constituyen en el «indicio madre» a partir del cual se comienza a construir toda la prueba indiciaria. Así, partiendo de los efectos, comienzan a buscarse otros elementos que confirmen o rechacen la hipótesis de que dichos efectos son atribuibles a un acuerdo o concertación. Estos elementos serían una suerte de «extremo de la madeja» para ir desenredando y descubriendo los hechos inciertos u ocultos.

### 13.2 Indicios que reflejan la celebración del acuerdo

Sin perjuicio que los efectos del acuerdo puedan parecer como evidentes, muchas veces la propia celebración de los mismos tiende a dejar huellas o elementos que pueden apreciarse. Regresando al ejemplo de la concertación de precios, la existencia de reuniones entre competidores previas al aumento de precio, denotan la posibilidad de que, en dicha reunión, se haya tomado un acuerdo ilegal.

### 13.3 Indicios Previos a la Celebración del Acuerdo

En esta línea, existen tres tipos de indicios relevantes. El primero es la existencia de costos de transacción bajos entre las partes, esto es el hecho de que las partes no tengan grandes dificultades para llegar a acuerdos. Por ejemplo, el que hayan estado vinculadas en negocios anteriormente, el que se reúnan con cierta frecuencia, etc. Estos elementos muestran que un acuerdo es fácil de concretar y por tanto refuerzan al acuerdo como hipótesis de explicación de lo ocurrido.

Un segundo tipo de indicios se relaciona con la existencia de un motivo para llegar al acuerdo, principalmente los beneficios para celebrarlo y ejecutarlo, lo que lleva anexo las probabilidades de éxito del mismo. La posibilidad de que el acuerdo permita obtener mayores precios en el mercado, refuerza la posibilidad de que haya existido un cartel.

Finalmente, en tercer lugar, está la propia conducta previa de las partes a la fecha del supuesto acuerdo, en la que éstas pueden haber manifestado preocupación común, mantenido contactos o negociaciones, o simplemente haber desarrollado conductas paralelas de las que se puede inferir un acuerdo.

## XIV. LA IMPORTANCIA DE UN RÉGIMEN DE MULTAS ADECUADO.

La función encargada a la autoridad de proteger al consumidor protegiendo la libre competencia sería totalmente ineficaz si no se contara con sanciones adecuadas. Esto, que es cierto en todas las prácticas tipificadas en el Decreto Legislativo 701 y sus modificatorias, es especialmente cierto en lo que concierne a la concertación de precios entre competidores.

En primer lugar, la concertación de precios puede generar beneficios importantes a quienes participan en dichas prácticas. Y estos beneficios pueden medirse tanto en utilidades que se perciben, como en pérdidas que se dejan de producir[123]. Si las multas y sanciones no son suficientes, se convierten simplemente en parte del costo en que los concertadores deben incurrir para obtener los beneficios de la concertación.

---

123. Debe descartarse la idea de que sólo se concerta precios para ganar más dinero. También se concerta para evitar que se produzcan quiebras de empresas si se deja al mercado actuar libremente. La idea de que la «competencia ruinosa» lleva a que las empresas salgan del mercado es muchas veces la justificación de las empresas para acordar fijar los precios. Pero es parte de las leyes del mercado que las empresas que no puedan sobrevivir en base a su eficiencia deban dejar espacio a las más eficientes.

En segundo lugar, las dificultades que enfrenta la autoridad por la naturaleza de la práctica, para descubrirla, reduce la posibilidad de detección de la infracción y con ello aumentan los incentivos para llevarla a cabo. Si hay pocas posibilidades de ser descubierto, entonces los infractores no internalizan adecuadamente el costo de su acción si la multa o sanción no es suficientemente alta.

Este punto es descrito detalladamente en la exposición de motivos de la modificación hecha por el Decreto Legislativo 807 al artículo 23 del Decreto Legislativo 701.

Si una empresa sabe que existe solo una posibilidad entre diez de ser detectada y sancionada concertando precios, multiplicará dicha probabilidad por la magnitud total de la multa que le podría ser impuesta. Ese será el costo que internalizaría. Así, multiplicando 0.1 por las 50 UITs que podrían colocarse de acuerdo a la legislación anterior tendremos que el costo esperado de la infracción sería de 5 UITs. Ese monto es abiertamente insignificante si lo comparamos con los beneficios probables de este tipo de prácticas. Por el contrario, el régimen vigente a partir del Decreto Legislativo 807 permite incluso colocar multas mayores a 1,000 UITs (con el único limite que no superen el 10% de las ventas del año anterior). Si mantenemos la posibilidad de detección constante[124] en 0.1, tendremos que el infractor podría internalizar un costo de 100 UITs o más, lo que ajusta la ley a la realidad[125].

Evidentemente, si la capacidad de detección aumenta, aumenta a su vez el monto de la sanción a ser internalizados por el infractor antes de desarrollar la practica.

Una posible solución seria aumentar aun más la capacidad de detección para no alimentar tanto la multa. Dado que las facultades concedidas pueden ser consideradas como suficientemente completas, en comparación a las que gozan en otros países autoridades similares al INDECOPI, y no siendo posible que ellas superen el marco establecido por la Constitución, la posibilidad de aumentar más la capacidad de detección pasa por dotar a la Comisión de Libre Competencia de mayores recursos para que pueda desarrollar más y

---

124. Lo que no es muy realista a la fecha si vemos que es de esperar que la precisión en las facultades de investigación y la posibilidad de exonerar de responsabilidad a quienes colaboren con la investigación contempladas en el recientemente dado Decreto Legislativo 807, aumenten la posibilidad de detectar y sancionar las prácticas ilegales.

125. Esto se agudiza con lo que es conocido como aversión al riesgo. Según este concepto las empresas y los individuos no serían indiferentes entre pagar con certeza S/. 220,000 y tener una posibilidad entre 10 de pagar S/. 2'000,000. La empresa o individuo preferirán lo primero. Ello lleva a que el desincentivo para llevar a cabo la práctica sea incluso mayor.

más efectivas investigaciones. Sin perjuicio que resulta evidente que la Comisión de Libre Competencia requiere de más recursos humanos y materiales de los que cuenta actualmente, la posibilidad de aumentar recursos al infinito para aumentar la capacidad de detección no es recomendable. Hay un punto donde, para aumentar más la capacidad de detección, deben gastarse muchos más recursos. Ello puede ser muy ineficiente. En tal circunstancia es mejor solución aumentar las sanciones para incrementar la sensación de riesgo al infractor y con ello conducir al autocumplimiento de la norma que es, a fin de cuentas, el objetivo final de toda Ley.

Si es claro que debe descartarse la idea que la multa es una indemnización y que, por tanto, debe calcularse para que sea igual al beneficio obtenido con la práctica. La multa es un mecanismo de prevención de la práctica y como tal debe estar vinculada a la posibilidad de detección y sanción de la infracción. De hecho, ya el Decreto Legislativo 701 prevé la posibilidad de solicitar una indemnización por los daños sufridos. Además, es posible que se den sanciones penales adicionales a la sanción administrativa.

Todo ello debe ser tomado en cuenta para establecer el marco de desincentivos existentes para concertar precios. En tal sentido, el nuevo régimen de multas aparece como una alternativa muy superior al anterior para poder cumplir el objetivo ultimo de la Ley de Libre Competencia: el mayor bienestar del consumidor.

# Las Restricciones Verticales*

Las restricciones verticales, a diferencia de las horizontales que se presentan entre empresas que están en el mismo nivel de la cadena productiva, aparecen por acuerdos que se dan entre distintos niveles de la cadena. En las del primer tipo los distintos fabricantes de harina (es decir los competidores) se ponen de acuerdo para fijar un solo precio en el mercado. En las segundas el fabricante se pone de acuerdo con su distribuidor (minorista de harina) para que solo venda sus productos (pactos de exclusividad), o para que no venda en el territorio de otro distribuidor, o para que no venda a un precio inferior o superior al que le fija en su contrato (fijación de precios de reventa o uso de precios sugeridos) o para que no haga publicidad o marketing de productos de la competencia. En principio el acuerdo no se da entre competidores, sino entre entidades que colaboran entre sí como eslabones de la misma cadena.

El mundo de las restricciones verticales se encuentra en un territorio intermedio entre el abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas. Para algunos las restricciones verticales son en realidad modalidades de abuso de posición de dominio, por que solo dañan la competencia si una

---

* La presente sección se basa en el artículo «Prohibido Prohibir: El Fantasma de los Precios Sugeridos y la Fijación de Precios de Reventa en el Derecho de la Competencia» en coautoría con Alejandro FALLA JARA, publicado en *Ius Et Veritas*, N.° 25, 2002. También agradece la colaboración de Alejandro FALLA y Christian CHÁVEZ en el resto de esta sección.

de las empresas (la que impone las restricciones) tiene posición de dominio. Para otras la posición de dominio, si bien es importante, no es determinante, pues este tipo de acuerdos pueden, en si mismos, dañar la competencia. Por eso hemos decidido tratarlas como un rubro aparte, aunque nos inclinamos a que estamos en realidad ante casos que solo deben generar preocupación cuando existe posición de dominio en el mercado relevante, tal como veremos más adelante.

La problemática de las restricciones verticales ha generado un debate, no necesariamente pacífico, sobre el impacto de estás prácticas en la competencia. ¿Es válido que existan distribuidores exclusivos de un bien o servicio? ¿Puede el mayorista restringir al distribuidor o a su punto de venta para que no compita con otros distribuidores o puntos de venta? ¿Puede obligarlo a que no exhiba o haga publicidad sobre los productos de su competencia? ¿Puede un mayorista obligar a su distribuidor a revender a un precio determinado o sugerir públicamente a que precio se debe vender al consumidor final? ¿Es legítimo que incluya en el envase o fije un «precio oficial» del producto? ¿O debe dejarse en absoluta libertad a los minoristas para que fijen los precios al público de sus productos?

Los convenios de exclusividad no son extraños. No es inusual encontrar un local auspiciado o franquiciado por un mayorista y que está impedido de vender productos de otras marcas. Estos acuerdos llevan a distintos niveles que incluyen el no colocar publicidad o prohibir total o parcialmente la venta de productos de competidores. Claramente Mac Donalds no aceptaría que se vendan hamburguesas de Burger King en los locales que ha franquiciado.

Pocos habrán siquiera pensado que existe algún problema en ese tipo de prácticas. Parecen conductas comunes, que difícilmente despertarán suspicacias. La mayoría lo tomará como algo bueno, y de hecho suele ser así.

En otras ocasiones los fabricantes o mayoristas prohíben a sus minoristas vender por debajo de un precio determinado (es decir les prohíben vender barato), bajo sanción de quitarles la distribución o quitarles algunos beneficios. No es extraño tampoco ver en la publicidad, efectuada por el fabricante o mayorista de un producto, la frase «No pague más de 20 soles». Tampoco es extraño encontrar en los envases de los productos la inclusión de un precio por el fabricante o la publicación de listas de precios sugeridos.

En esos casos parecería que hay un problema mayor, porque el acuerdo supuestamente impediría una reducción de precios, que podría estar afectando a los consumidores.

Sin embargo, las autoridades que aplican las normas de libre competencia en diversos países han cuestionado, en distinto grado, este tipo de

conductas, considerándolas como distorsiones del mercado, muchas veces sin tener claro la razón y fundamento de la prohibición. Prohíben al mayorista limitar la libertad del minorista en diversos aspectos, o en otras palabras les prohíben prohibir, limitando su derecho de limitar a su vez a sus contrapartes en los negocios.

¿Debemos preocuparnos por estas prácticas y en que circunstancias es esa preocupación atendible? ¿Son dañinas al mercado o por el contrario son buenas para los consumidores? La confusión sobre este tema es enorme y la ambigüedad de las respuestas conduce a las empresas a la incertidumbre sobre como manejar sus políticas y sus relaciones con sus distribuidores y mayoristas.

## I. COMPETENCIA ENTRE MARCAS (INTRA E INTER-MARCA)

Antes de analizar las restricciones verticales es importante ver las circunstancias en las que este tipo de acuerdos pueden generar problemas. Pare ello es importante distinguir la competencia intra-marcas de la competencia inter.-marcas.

Las empresas que comercializan productos diferenciados suelen desarrollarse y competir sobre la base de marcas o rótulos. Coca-Cola vs. Pepsi-Cola, Jeans Levis vs. GWG, Corn Flakes de Kellogg vs. Bran Flakes de Nabisco, Kodak vs. Fuji, son solo algunos ejemplos de la 'competencia inter-marcas'. Cada una de estas marcas puede ser la preferida de diferentes compradores dispuestos a pagar un precio más alto o a comprar un producto de una marca con más frecuencia que otro.

La competencia 'intra-marca' es la competencia entre minoristas o distribuidores de la misma marca. La competencia intra-marcas puede realizarse en términos de precio u otros elementos. Por ejemplo, un par de Jeans Levis se pueden vender a menor precio en un almacén especializado o de descuento que en un almacén por departamentos, pero sin el servicio que ofrece este último.

Algunos fabricantes buscan mantener la uniformidad de los precios al detalle de sus productos y evitar la competencia intra-marca por precios. Ello se hace con mecanismos tales como la fijación de precios al detalle o establecimiento de precios sugeridos a sus distribuidores o minoristas. El objetivo es estimular la competencia intra-marca sobre bases diferentes a los precios, cuando esto aumenta las ventas de su producto.

Por ejemplo, un fabricante de automóviles podría fijar un precio mínimo de reventa a los clientes finales a todos sus «*dealers*» con el fin de garantizarles un margen de ganancia por unidad que les permita competir con

otros servicios que los consumidores aprecian (salones de exhibición, vendedores más entrenados, publicidad, stock de vehículos para entrega inmediata, vehículos para pruebas de manejo por el cliente, entre otros).

Esto es especialmente relevante en servicios en los que un «*dealer*» no puede excluir a otro «*dealer*». En estos casos se generarían externalidades positivas, es decir beneficios externos que un «*dealer*» genera a otro «*dealer*» y de cuyos beneficios el «*dealer*» que las genera no se puede apropiar. Por ejemplo, si un distribuidor tiene autos para que los consumidores los prueben para tomar su decisión de compra, el cliente podría ir a hacer la prueba a un distribuidor, y después comprar el automóvil en otro distribuidor que no brinda ese servicio y que, por tanto, tiene precios (costos) más bajos. Lo mismo ocurre con otros servicios como vendedores entrenados o promoción de la marca. Fijar esos márgenes mínimos de utilidad es una forma precisamente de incentivar a los distribuidores para que compitan por esos conceptos.

Así, el distribuidor podrá elegir entre apropiarse del margen de utilidad que le da el precio fijado por su proveedor, o invertir parte de ese margen en brindar servicios a los consumidores y usuarios. Si escoge hacer lo primero perderá clientes, quienes preferirán comprar al distribuidor que brinda mejores servicios, por que les dan más por el mismo precio. Por el contrario, si invierte en servicios capturará las preferencias de los consumidores. Y dado que el precio fijado por el proveedor no puede ser reducido, se verá forzado a competir por servicios.

¿Por qué el proveedor se vería interesado en fijarle el precio a sus «*dealers*»? La razón es clara pero no necesariamente obvia. El proveedor sabe que los consumidores no solo quieren precios bajos, sino buena calidad y buenos servicios. Pero si no asegura un margen para invertir en esos servicios ningún «*dealer*» hará tal inversión. Quién lo haga incurrirá en un costo para que luego sus potenciales clientes vayan a buscar a otro «*dealer*» que no ofrece esos servicios, y como no paga por ello, ofrece un precio más barato. Con ello los incentivos para dar esos servicios desaparece, y el proveedor principal pierde ventas por que los consumidores que desean tales servicios no los encontrarán en el mercado. Garantizar el margen, por el contrario, incentiva a una agresiva competencia por servicios entre los distintos «*dealers*».

Un ejemplo de ello se ve en la compra de electrodomésticos en los mercadillos de Lima. Si uno desea comprar un televisor puede ir ha una tienda de electrodomésticos importante (como Hiraoka) y ver en directo el producto. Allí el vendedor le informará adecuadamente sobre sus características y ventajas y comprará los distintos modelos. El consumidor, en un ambiente más cómodo y con mejor información, podrá identificar lo que quiere.

Hecho ello no comprará y se ira al mercadillo donde los vendedores no ofrecen esos servicios. Allí preguntará directamente por el modelo que desea (el que identificó en Hiraoka) sin pagar el precio que refleja los servicios de preventa recibidos. Hiraoka habrá perdido así los beneficios de su inversión, los que se externalizarán a los vendedores en el mercadillo.

Problemas parecidos pueden presentarse en otros acuerdos. La división de mercados territoriales puede buscar que los distribuidores concentren sus esfuerzos en competir con otras marcas de competidores y no con distribuidores de la misma marca. Los acuerdos de exclusiva pueden, por ejemplo, buscar que los competidores no se apropien de la inversión realizada en el distribuidor por el mayorista (entrenamiento de vendedores, mejoras del local, publicidad, etc.)

## II. «*FREE RIDING*»

Vamos a recordar un concepto analizado anteriormente en este libro: el «*free riding*» (expresión que se refiere al que utiliza un medio de transporte sin pagar por él, es decir un «polizonte»). El free riding ocurre cuando una empresa (o individuo) se beneficia de las acciones o esfuerzos de otra, sin pagar ni compartir los costos en que esta última incurre. Como se explicó antes, un minorista puede decidir hacer los gastos necesarios para capacitar a sus empleados para que hagan demostraciones a los posibles clientes sobre el funcionamiento de un determinado electrodoméstico (o tener automóviles para pruebas de manejo). Puede hacerlo con el fin de aumentar las ventas. No obstante, posteriormente los clientes pueden optar por comprar el mismo producto a otro minorista que lo vende a un precio más bajo, por cuanto su estrategia comercial no incluye gastos de capacitación ni de demostración. Se considera que este minorista está actuando como «*free-rider*», por cuanto se beneficia de los esfuerzos y costos del primer minorista. Si tal situación persiste, el primer minorista no tendrá incentivos para seguir haciendo demostraciones del producto.

Puede presentarse free riding en relación a competidores. Si hago publicidad para atraer clientes de mis distribuidores, pero al no ser estos exclusivos pueden tener productos de mi competencia, mi inversión publicitaria los beneficia. Para evitarlo puede desear tener un convenio de exclusividad.

## III. EL EFECTO PRO-COMPETITIVO DE LAS RESTRICCIONES VERTICALES.

Las restricciones a la competencia establecidas por dos o más empresas pueden ser de dos naturalezas distintas: (i) Las restricciones horizonta-

les, que ya han sido analizadas en una sección anterior de este libro, y que son las derivadas de acuerdos entre dos competidores, por ejemplo, dos empresas fabricantes de un determinado producto que se ponen de acuerdo sobre el precio de venta del mismo. Ello ocurriría si los fabricantes de zapatillas Nike se ponen de acuerdo con los fabricantes de zapatillas Adidas y (ii) Las restricciones verticales, que son las que se derivan de acuerdos o recomendaciones entre dos empresas o personas que actúan en diferentes niveles de la cadena, por ejemplo, un acuerdo entre una empresa fabricante de un determinado producto y las empresas distribuidoras de dicho producto. Ello ocurriría si el fabricante de Nike se pone de acuerdo con una tienda que vende zapatillas de dicha marca, sobre el precio de reventa.

Los acuerdos que contienen restricciones verticales, pueden incluir el establecimiento por una de las partes de limitaciones y restricciones al comportamiento competitivo de la otra en el mercado. Generalmente dichas restricciones están vinculadas con el precio de venta o reventa de los productos suministrados, con el territorio en el cual se desarrolla la actividad, con el tipo de producto a ser comercializado, con restricciones a la publicidad, con exclusividades, entre otras.

En general, la doctrina económica y legal reconoce que el impacto en la competencia de las restricciones verticales es menos pernicioso, que las restricciones a la competencia que se originan por acuerdos de tipo horizontal. Así, como señalan SCHWARTZ y EISENSTADT[1]:

> «(...) las motivaciones para restricciones horizontales son radicalmente diferentes de las motivaciones para restricciones verticales. Los competidores van a tratar naturalmente de restringir la producción del otro formando una combinación colusiva o por sacarse mutuamente del mercado. Consecuentemente las normas de libre competencia sospechan de manera correcta de cualquier 'restricción al comercio'. En contraste, las empresas en su relación vertical persiguen la eficiencia de la otra. Cada una desea aumentar la venta o producción, y reducir el precio de la otra. Debe entonces estar claro que el interés de las partes de imponer restricciones verticales a la otra no son generalmente antitéticos con aquel de los consumidores finales.»

En realidad la preocupación que motiva las normas de libre competencia radica en el temor que se restrinja la producción como medida para elevar el precio de los productos. Como ya hemos visto, lo que un monopolio hace es darle a su titular la posibilidad de restringir la cantidad ofertada y con ello poder fijar el precio por encima de su nivel competitivo. Por ello

1. SCHWARTZ, M. y D. EISENSTADT, D. *Vertical Restraints,* Economic Policy Office. *Antitrust* Division. Justice Department. Discussion Paper 82-8, 1982, p. 4.

las prácticas monopólicas o restrictivas de la libre competencia deben ser analizadas a la luz de ese efecto.

En el caso de las restricciones horizontales —por tratarse de acuerdos celebrados entre agentes que producen o comercializan productos similares o sustitutos— las partes del acuerdo tienen incentivos para establecer restricciones destinadas a 'suavizar' o 'controlar' la competencia entre ambas. Ello perjudica a los consumidores porque ven reducidas —sin razón aparente— sus opciones en el mercado, lo que suele conducirlos a pagar precios más altos. El efecto de un cartel es reducir el volumen de producción y es ello lo que motiva la preocupación de la legislación de libre competencia.

En tal sentido, las restricciones a la competencia introducidas en los acuerdos horizontales suelen —en principio— tener un efecto anticompetitivo y por tanto, suelen estar sujetas en la legislación y jurisprudencia comparada, como ya vimos, a la llamada *regla per se*, según la cual no resultan admisibles las justificaciones del acuerdo.

Por el contrario, en el caso de las restricciones verticales —debido a que en estas relaciones el producto o servicios de uno es el insumo del otro— las partes tienen incentivos para controlar el ejercicio del poder de mercado de la otra parte de la relación, y ello beneficia finalmente a los consumidores, quienes ven como resultado una expansión de la cantidad producida, precisamente el efecto contrario al que se presenta en las restricciones horizontales.

En efecto, en este tipo de relaciones el ejercicio del poder de mercado por una de las partes de la relación (por ejemplo, incremento de los precios de reventa por parte del distribuidor), puede afectar negativamente el nivel de demanda del producto de la otra. Así por ejemplo, el fabricante de un determinado producto preferirá que los precios a los que los distribuidores venden su producto al público sean lo más bajos, pues de esa forma las ventas de tal producto y la demanda por ella serán mayores (a menor precio de reventa, mayor demanda del producto). En cambio, si los distribuidores de dicho producto establecen precios altos de venta al público, cuanto más elevados sean dichos precios, si bien se incrementará el margen de ganancia para el distribuidor, disminuirá el nivel de ventas y con ello la ganancia para el fabricante. En ese sentido, como lo señala la doctrina:

> «Una ganancia excesiva a nivel de los revendedores se asemeja a un impuesto sobre el producto: infla el precio de reventa y desincentiva las ventas, sin darle al fabricante un beneficio por ello»[2].

---

2. AREEDA, Phillip y Louis KAPLOW: *Antitrust Analysis. Problems, Text and Cases,* 5.ª ed., 1997, pp. 612-613.

En este caso, el fabricante de ese producto tendrá incentivos suficientes para utilizar mecanismos que limiten la posibilidad de que el distribuidor establezca precios de reventa que disminuyan la demanda del producto, salvo, claro está, que al hacerlo genere incentivos para competir sobre la base de calidad, servicios, condiciones u otras similares, en cuyo caso lo que finalmente se hace es beneficiar a los consumidores.

En tales supuestos, el establecer de una restricción vertical que elimine o restrinja el poder de mercado del revendedor, podría tener efectos positivos desde un punto de vista de eficiencia y de bienestar de los consumidores (vía una reducción de los precios al consumidor). En tal sentido, dada la naturaleza de la relación, las restricciones verticales suelen —en principio— tener un efecto pro-competitivo, es decir beneficioso para la competencia y para los consumidores.

Por otro lado, las restricciones introducidas en los acuerdos verticales permiten eliminar diversas ineficiencias económicas que se originan al interior de dichas relaciones. Así por ejemplo, dichas restricciones permiten eliminar problemas asociados con la divergencia de intereses entre proveedor y revendedor, la pérdida de economías de escala por parte del proveedor derivadas de problemas de coordinación, problemas de *'free rider'* vinculados a la prestación de servicios de pre y post— venta, etc.

En tal sentido, aun cuando las restricciones verticales puedan tener un efecto en la eliminación de competencia en ciertos mercados (generalmente afectan el nivel de competencia entre distribuidores o revendedores de una misma marca, es decir, competencia 'intra-marca'), dicho impacto puede verse minimizado por las ganancias en eficiencia que dichas restricciones permiten alcanzar.

Finalmente, debe observarse que las restricciones verticales a la competencia permiten alcanzar los mismos resultados pro-competitivos que serían logrados a través de un proceso de integración vertical (fusión empresarial, por ejemplo), procesos que en sí mismos no suelen despertar ninguna sospecha respecto a su impacto en competencia.

En efecto, cuando una empresa fabricante de un producto, en lugar de celebrar contratos con las empresas distribuidoras de tal producto, opta por fusionarse con ellas incorporándolas a su organización, dicho proceso probablemente no despertará cuestionamientos desde un punto de vista de competencia —asumiendo que no existan circunstancias especiales—. A través del proceso de fusión se logra el mismo resultado de evitar el incremento de los precios de dicho producto y, por tanto se evita a su vez la disminución de la cantidad demandada del mismo.

En pocas palabras, los efectos anticompetitivos de una restricción vertical no son tan evidentes si se los compara con los que se derivan de las restricciones horizontales. En la mayoría de casos, o no generan problemas de competencia o los efectos positivos generados compensan suficientemente los eventuales efectos negativos generados por la restricción. Ello se deriva principalmente de que se trata de restricciones incorporadas en acuerdos celebrados o sugerencias efectuadas entre empresas que no son competidores entre sí, lo que minimiza el posible impacto negativo de los mismos.

Por las razones antes mencionadas, desde un punto de vista económico las restricciones verticales aplicadas en circunstancias normales, no deberían despertar mayores cuestionamientos respecto de su impacto en competencia.

## IV. ¿CUANDO GENERAN LAS RESTRICCIONES VERTICALES UN EFECTO NEGATIVO A LA COMPETENCIA?

No obstante lo explicado en el acápite anterior, de manera excepcional y bajo determinadas circunstancias, las restricciones verticales pueden generar algunos efectos perniciosos para la competencia y dar lugar a cuestionamientos por parte de las autoridades.

En general, se considera que las restricciones verticales pueden generar un impacto negativo para la competencia cuando:

(i) Reducen la competencia intra-marca (es decir, dentro de una misma marca) y de ello se deriva una reducción del nivel general de competencia en el mercado. Ello ocurre, por ejemplo, cuando las restricciones son desarrolladas por una empresa dominante o con posición de dominio frente a sus distribuidores. Así, si la competencia a nivel inter-marca es débil (porque la marca objeto de la restricción es dominante en el mercado), las marcas de inexistentes competidores no podrán controlar la elevación de precios en los productos de la marca dominante. El resultado será menos competencia. Por ejemplo si Nike tuviera posición de dominio en el mercado de zapatillas e impusiera restricciones verticales a sus vendedores aprovechando que no hay otras marcas, podrían eventualmente presentarse efectos no competitivos.

(ii) Son utilizadas como mecanismo para excluir del mercado a otros competidores. Ello ocurre, por ejemplo, cuando una empresa dominante o con poder de mercado introduce restricciones en los contratos con sus distribuidores, con el objeto de cerrar el acceso a los canales de distribución a sus competidores. El caso más claro es el de contratos de exclusividad en la distribución celebrados con todos o un número importante de los distribuidores existentes en el mercado, con el fin de evitar la entrada de otros

competidores que no encontraran canales para distribuir sus productos. Por ejemplo si Nike, aprovechándose de su posición de dominio, celebrara convenios de exclusividad que impiden a las tiendas que venden zapatillas, vender otras marcas, y Adidas tratara de entrar al mercado, tendría el problema de que no encontraría tiendas a través de las cuales vender sus productos. Así tendría que desarrollar su propia red de minoristas o convencer a empresas para que entren al mercado de ventas de zapatillas. El resultado es un incremento de costos de entrada de nuevas marcas.

(iii) Son empleadas como mecanismos para facilitar la implementación o el sostenimiento de un acuerdo horizontal. Ello ocurre, por ejemplo, con un cartel de precios entre distribuidores, que acuden a su proveedor o fabricante para poder poner en vigencia el cartel mediante el establecimiento de una lista de precios obligatoria de dicho proveedor o fabricante. Por ejemplo si las tiendas de zapatillas constituyeran un cartel, tendrían el problema que si alguna tienda traiciona el acuerdo este no sería efectivo por que los consumidores desplazarían su demanda hacía la tienda «traidora» que bajo el precio. Una forma de evitar que ello ocurra es que el cartel presione al mayorista para que este obligue a todas las tiendas a vender a un precio mediante la fijación del precio de reventa.

(iv) Son empleadas en mercados con características oligopólicas, en tanto eliminan el espacio que en dichos mercados podría existir para el desarrollo de competencia o, en otras palabras, refuerzan las características oligopólicas de dichos mercados.

De lo anterior se puede concluir que, dejando de lado aquellos supuestos en los que las restricciones verticales son usadas como mecanismos para garantizar el éxito de determinados acuerdos de tipo horizontal, el impacto en competencia de las restricciones verticales dependerá —más que del tipo y naturaleza de la restricción—, fundamentalmente del grado de competencia inter-marca (competencia con productos de otros proveedores) existente o que la restricción permita en el mercado. Dicho de otra manera, el impacto en competencia dependerá de las características y estructura del mercado en que se desarrolla la restricción, como de la posición en el mercado de las empresas involucradas en la misma.

A mayor competencia inter-marca, menor será la probabilidad de que las restricciones verticales ocasionen efectos anticompetitivos. En efecto, la existencia de competencia con otros proveedores controla la posibilidad de usar arbitrariamente los mecanismos de fijación de precios de reventa para restringir la competencia. En tales circunstancias, las restricciones a la competencia intra-marca (es decir, entre distribuidores o revendedores de una misma marca) se verán compensadas por los beneficios que se derivan de la competencia inter-marca.

Un ejemplo grafica mejor este punto. Si una empresa mayorista de combustibles de la marca «X» pretendiera limitar la competencia entre sus distribuidores por la vía de una fijación del precio al que puede vender su producto, los precios de los productos de otros proveedores («Y», «Z», etc.) que potencialmente pueden sustituir al producto de la marca «X» harán de esa fijación un mal negocio. Si el precio de reventa del producto «X» es muy alto, los consumidores preferirán comprar los productos sustitutos de marca «Y» o «Z», y así el titular de la marca «X» verá caer sus ventas por que sus revendedores venderán menos. Si el precio es muy bajo, perderá margen de ganancia. En esa situación, no estaría claro qué estaría persiguiéndose con la fijación del precio de reventa.

De igual modo, a menor competencia inter-marca, mayor será la probabilidad de que las restricciones verticales ocasionen un impacto negativo en la competencia. En efecto, en este último caso, las restricciones verticales impuestas por proveedores con poder de mercado pueden fácilmente derivar en una reducción de la competencia en precios o del número de proveedores en el mercado en su conjunto.

De lo anterior se puede concluir que el impacto en la competencia de las restricciones verticales no puede ser establecido de manera general, sino que por el contrario, deberá ser establecida caso por caso, en función a las características de cada mercado y al grado del poder de mercado de la empresa que las desarrolla.

En otras palabras, al menos desde una perspectiva económica, el análisis de las restricciones verticales como regla general debería estar gobernado por la aplicación de la regla de la razón ('*rule of reason*'). El concepto de '*hard-core vertical restrictions*' y de una regla de ilegalidad *per se* en el caso de las restricciones verticales no tiene correlato en ningún razonamiento económico moderno[3].

## V. EL TRATAMIENTO LEGAL A LAS RESTRICCIONES VERTICALES.

La posición de las leyes y agencias de competencia en todo el mundo con relación a las restricciones verticales ha evolucionado de una posición bastante hostil a un tratamiento más benigno, principalmente porque se ha ido tomando conciencia que las restricciones verticales están en capacidad de generar eficiencias y bienestar para los consumidores. La excepción dentro de dicha tendencia es el tratamiento más estricto y menos flexible de

3. BISHOP, Simon y Mike WALTER. *The Economics of EC Competition Law,* Sweet & Maxwell, 1999, p. 96.

aquellas restricciones verticales que son introducidas por agentes que ostentan una posición de dominio en el mercado, con el deliberado propósito de obstruir o retardar el ingreso al mercado de nuevos competidores. Un estudio de la OECD da cuenta de esta situación y de los fundamentos ha girar hacia una posición más tolerante a este tipo de pactos:

> «128. Otro importante grupo de regulaciones concierne a las relaciones verticales entre mayoristas y minoristas y entre distribuidores y productores. (OECD, 1992). A pesar que estas regulaciones aparecen de la legislación de competencia y persiguen promover la competencia, algunas de ellas están siendo con cada vez mayor frecuencia calificadas como anticompetitivas. Los más importantes límites están relacionados a restricciones verticales. (Tanto de precios como vinculadas a aspectos distintos al precio).
>
> 129. Estas regulaciones limitan los limites que los productores pueden imponer a los distribuidores, tanto en relación a precios (por ejemplo el mantenimiento de precios de reventa) y en relación a aspectos no vinculados al precio (como exclusividad de trato, restricciones territoriales, servicios dados o recibidos). Las autoridades de competencia han tendido generalmente a prohibir las restricciones de precios y a tolerar algunos tipos de restricciones no relacionadas a precios.
>
> 130. En los últimos años esta visión ha sido cada vez más criticada pues distintos tipos de restricciones verticales se han considerado como competencia – y generadoras de eficiencia. Varios argumentos han sido formulados a este respecto:
>
> - Una prohibición absoluta de restricciones verticales de precios no toma en cuenta el poder de Mercado de la empresa involucrada. Empresas con muy poco o sin ningún poder de mercado difícilmente distorsionarán las condiciones de competencia cuando aplican restricciones verticales.
>
> - Las restricciones verticales proveen a un nuevo minorista con nuevos y seguros recursos financieros, de los que se pueden hacer nuevas inversiones, mejorando potencialmente la competencia en la red de distribución.
>
> - Las restricciones verticales puede también prevenir el comportamiento de «free-riding» por los distribuidores en costos (de servicios) hechos por otros distribuidores. Este es particularmente el caso si la demanda de un producto determinado depende de la calidad de los servicios suministrados por su distribuidor.
>
> - En la práctica, una adecuada distinción entre restricciones de precios y las no relacionadas a precios no es sencilla de hacer. Los productores

> pueden usualmente alcanzar las mismas metas por restricciones no vinculadas al precios que con restricciones si vinculadas a precios.»[4]

En general, y siguiendo la línea sugerida, en la práctica tanto europea como norteamericana (referentes usuales para la aplicación de las normas nacionales de competencia), actualmente predomina un enfoque económico de permitir la mayoría de las restricciones verticales (salvo algunas excepciones), basado en un análisis de sus consecuencias en el mercado y que se enmarca dentro de los términos y parámetros antes mencionados. Es decir, como regla general el análisis de las restricciones verticales y sus efectos sobre la competencia se sujeta a la 'regla de la razón'.

Así, en la regulación de competencia europea no existe una presunción de ilegalidad respecto de las restricciones verticales -dentro de los que se incluye a los contratos de exclusividad-, incluso si estas son desarrolladas por empresas cuya participación en el mercado supera el 30%. Dichas prácticas se encuentran sujetas a un estándar de prueba similar al de la regla de la razón antes mencionada.

Cabe destacarse que a nivel de la regulación de competencia europea este tipo de prácticas suele ser entendida como una cubierta por el artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea que se refiere al desarrollo de acuerdos entre empresas, conductas que se encuentran contempladas en el artículo 6 del Decreto Legislativo 701. No obstante ello, el establecimiento de este tipo de contratos por parte de empresas con posición de dominio suele ser manejado dentro del ámbito de aplicación del artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea, que comprende las conductas prohibidas por el artículo 5 del Decreto Legislativo 701 -abuso de posición de dominio[5]-.

En ese sentido, en la Comunicación de la Comisión Europea referida a las restricciones verticales, se señala:

> «(6) En la mayoría de las restricciones verticales sólo pueden surgir problemas si la competencia inter-marca es insuficiente, es decir, si existe un cierto grado de poder de mercado por parte del proveedor o del comprador, o de ambos. Si la competencia inter-marca es insuficiente, la protección de la competencia inter-marca e intra-marca adquiere impor-

---

4. Pilat, Dirk. «Regulation and performance in the distribution sector». *OECD Economics Department Working Papers* No. 180. 1997. Pag. 42. Disponible en: www.oecd.org

5. En la Comunicación de la Comisión «Directrices relativas a las restricciones verticales» (2000/C 291/01) se establece: «*Las presentes Directrices establecen los principios para evaluar los acuerdos verticales con arreglo al artículo 81 del Tratado CE. (….) Las presentes Directrices se entienden sin perjuicio de la posible aplicación en paralelo del artículo 82 del Tratado CE a los acuerdos verticales.*»

> tancia. (7) La protección de la competencia constituye el objetivo primordial de la política de competencia de la CE, pues mejora el bienestar de los consumidores y permite una asignación eficaz de los recursos. Cuando aplica las normas de competencia de la CE, la Comisión adoptará un enfoque económico basado en las consecuencias en el mercado; los acuerdos verticales han de analizarse en su contexto económico y jurídico. Sin embargo, en el caso de las restricciones por objeto enumeradas en el artículo 4 del Reglamento de Exención por Categorías, la Comisión no está obligada a evaluar sus efectos reales en el mercado[6].»

En nuestra opinión, el análisis de las restricciones verticales a la competencia en nuestro país se enmarca dentro de lo establecido en el artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 701 (en adelante la 'Ley'), norma que prohíbe en general: «*los actos o conductas (…) que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional*».[7]

De la redacción del referido dispositivo, no resulta claro si el análisis de las restricciones verticales debe efectuarse dentro de los alcances del artículo 5 de la Ley (referida a los supuestos de abuso de posición de dominio)[8], o bajo los alcances del artículo 6 (referido a las restricciones de com-

---

6. Comisión Europea. Comunicación de la Comisión. *Directrices relativas a las restricciones verticales* (2000/C 291/01).

7. Decreto Legislativo N.º 701. «Artículo 3.- Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.»

8. Decreto Legislativo N.º 701. «Artículo 5.- Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio».

   Son casos de abuso de posición de dominio:

   a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios.

   b) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. 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 y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;

petencia generadas por acuerdos entre empresas independientes)[9], o dentro de cualquiera de ellos, dependiendo de las características del asunto en cuestión[10].

---

c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

(...)

f) Otros casos de efecto equivalente.»

9. Decreto Legislativo N.º 701. «Artículo 6.- Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia».

Son prácticas restrictivas de la libre competencia:

a) La fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio; (Modificado por el artículo 11 D. Leg. 807).

b) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento;

c) El reparto de las cuotas de producción;

d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecten negativamente al consumidor; (Modificado por el artículo 11 D. Leg. 807).

e) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye práctica restrictiva de la libre competencia 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 y/o que se otorguen con carácter general en todos los casos que existan iguales condiciones;

f) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de ventas o prestación, de productos o servicios. (Modificado por el artículo 11 D. Leg. 807).

h) La limitación o el control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inver-siones. (Agregado por el artículo 12 D. Leg. 807).

i) El establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas. (Agregado por el artículo 12 D. Leg. 807).

j) Otros casos de efecto equivalente. (Agregado por el artículo 12 D. Leg. 807).»

10. Dentro del Derecho de Competencia Comunitario Europeo, las restricciones a la competencia incluidas dentro de acuerdos de tipo vertical son analizadas bajo los

Este hecho resulta de importancia tomando en cuenta que, en el primer supuesto (artículo 5), el agente sólo incurrirá en una infracción sancionable en la medida que ostente una posición de dominio en el mercado (empresa dominante); mientras que en el segundo supuesto (artículo 6), la infracción se configura en algunos casos incluso si el agente carece de posición de dominio.

Por otro lado, el hecho resulta relevante tomando en cuenta los distintos estándares probatorios aplicables. En efecto, si las restricciones verticales son comprendidas dentro del artículo 5 de la Ley serán analizadas bajo la 'regla de la razón'; por el contrario, si son comprendidas dentro del ámbito de aplicación del artículo 6, existirá la posibilidad de que ciertas modalidades de restricciones verticales (las que impliquen el establecimiento de precios de reventa, por ejemplo) deberían ser analizadas bajo un estándar de 'ilegalidad *per se*',[11] sin embargo ya vimos que esa regla ya no sería aplicada por el Tribunal de INDECOPI dada la aprobación de una suerte de regla de la razón truncada o ecléctica.

Lamentablemente, la aplicación jurisprudencial en el Perú de la Ley a las restricciones verticales no ha sido muy amplia o ha estado referida a aspectos distintos a la relación vertical misma (por ejemplo, restricciones horizontales entre empresas distribuidoras mayoristas que operan comercialmente sobre la base de acuerdos verticales). El único caso realmente relevante, y que ya ha sido analizado en otras secciones de este capítulo es el caso DINO que también incluye un análisis de contratos de exclusividad y que veremos en unos instantes.

En tal sentido, la jurisprudencia existente a la fecha no permite arribar a conclusiones definitivas respecto a cuál es el régimen aplicable en el Perú a los acuerdos verticales[12], en especial, en lo que se refiere a si dichos acuer-

---

estándares y procedimientos establecidos para cualquier tipo acuerdo; esto es, se someten a las mismas reglas a las que se encuentran sometidos los acuerdos horizontales entre competidores (artículo 81 del Tratado). No obstante ello, algunas restricciones verticales (acuerdos para la compra en exclusiva o negativa para el suministro de determinados productos, por ejemplo) han sido analizadas y sancionadas con base a lo dispuesto en el artículo 82 del Tratado, que se refiere a los supuestos de abuso de posición dominante.

11. En el caso norteamericano, la mayoría de las restricciones verticales a la competencia se encuentran sometidas a un análisis basado en la «regla de la razón»; esto es, la legalidad del acuerdo dependerá básicamente del propósito o efecto de la misma en el mercado. No obstante ello, existen algunas modalidades de acuerdos verticales que son considerados como '*per se* ilegales'.

12. Cabe destacarse una reciente Resolución del OSIPTEL (Resolución N.º 062-CCO-2000 —Expediente 006— que resuelve la controversia suscitada entre Telecable S.A., Tele-

dos o algunos de ellos deben ser analizados bajo una «regla de ilegalidad *per se*» o bajo un estándar diferente.

Cabe destacar la decisión de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI en el caso RA & CAS S.R.L. vs. Fábrica de Aguas Gaseosas Huacho S.A.C. (Resolución N.º 001-2001-CLC/INDECOPI de fecha 31 de enero 2001) en la que se decidió encausar de oficio una denuncia formulada por un distribuidor exclusivo de bebidas gaseosas en contra de su provee-

---

fónica del Perú S.A.A. y Telefónica Multimedia S.A.C. por supuestas prácticas contrarias a la libre competencia derivadas de la celebración de convenios de exclusividad). El caso se refería a un convenio entre una empresa encargada de brindar el servicio de televisión por cable y empresas que suministraban programación que suscribieron convenios de exclusividad para que la programación solo pudiera ser distribuida por la primera, excluyéndose del suministro a otros proveedores del servicio de cable.

En el referido caso se estableció que la aplicación de los artículos 5 y 6 del Decreto Legislativo N.º 701 no son excluyentes y pueden ser aplicadas de manera conjunta en los casos de restricciones verticales. En ese sentido se señaló: «De lo expuesto en los párrafos anteriores se ha hallado que los artículos 5 y 6 del Decreto Legislativo N.º 701 no son excluyentes, por lo que una práctica o conducta bien puede ser declarada como una infracción a ambos incisos siempre que se hayan cumplido los requisitos en los mismos. Finalmente, este CCO concluye que la celebración de los convenios de exclusividad materia de la presente controversia constituyen una Práctica Restrictiva de la Libre Competencia —de conformidad con lo establecido en el artículo 6 del Decreto Legislativo N.º 701— a la vez que es una muestra de abuso de posición de dominio en el mercado por parte de Telefónica Multimedia —de conformidad con lo establecido en el artículo 5 del Decreto Legislativo N.º 701—.»

No obstante ello, debe analizarse el voto en discordia suscrito por Alfredo Bullard y Pierina Pollarolo en el que se señaló: «Al inicio del procedimiento cuando se fijó el punto controvertido primero se discutió como un aspecto a determinar si el presente caso se trataba de una infracción al artículo 5 inciso f del Decreto Legislativo N.º 701 (abuso de posición de dominio) o al artículo inciso j de la misma norma (práctica restrictiva de la competencia).

Los convenios de exclusividad, como restricción vertical, sólo pueden ser considerados como una práctica ilegal si alguna de las partes que lo celebra cuenta con posición de dominio en el mercado relevante. Así, los meros acuerdos de exclusividad suscritos entre contratantes que no tienen posición de dominio no pueden afectar la competencia y por tanto, no podrían ser considerados ilegales. En tales casos, los acuerdos no son otra cosa que mecanismos para evitar los problemas de «*free riding*», derivados precisamente de la naturaleza de los derechos de propiedad y titularidades exclusivas que tienen sobre su programación.

Así, si Telefónica Multimedia careciera de posición de dominio no se le podría imputar una infracción, pues no estaría en posibilidad de forzar a las empresas que venden programación a contratar con ella dicha exclusividad y, por tanto, restringir las opciones de otras empresas competidoras de ella.

dor, como un abuso de posición de dominio (artículo 5 de la Ley). La denuncia cuestionaba la modificación de una serie de condiciones contractuales por parte del proveedor en un acuerdo vertical.

Luego de haberse calificado la denuncia como una de abuso de posición de dominio (artículo 5), se declaró infundada la denuncia por cuanto la empresa denunciada carecía de una posición de dominio. En otras palabras, en dicho procedimiento el INDECOPI estimó que la determinación de la infracción dependía básicamente del análisis de las consecuencias de la conducta en el mercado ('regla de la razón').

Lamentablemente, del precedente bajo comentario no puede arribarse a conclusiones generales sobre el tratamiento a las restricciones verticales por parte del INDECOPI, toda vez que el resultado de dicho procedimiento puede encontrarse determinado por los términos del asunto que fue materia de la misma: modificación unilateral de ciertos aspectos de un contrato celebrado entre un proveedor y un distribuidor.

Así, como regla general, puede entenderse que las restricciones verticales no se encuentran sujetas a una regla de ilegalidad *per se*. En otras palabras, la sanción de dichas prácticas estará sujeta a que se produzca una afectación (real o potencial) a la competencia en el mercado.

En tal sentido, para la evaluación y sanción de las restricciones verticales en el marco de la Ley se requerirá efectuar necesariamente un análisis caso por caso de las consecuencias de tal restricción en el mercado. Por tal razón, resulta previsible esperar que dicha evaluación por parte de la agencia de competencia se efectúe dentro de los términos y parámetros mencionados en los acápites precedentes.

---

Por ello, los firmantes discrepan con la Resolución de la mayoría en el sentido de que la práctica podría constituir una infracción tanto al artículo 5 como al artículo 6 del Decreto Legislativo N.º 701. Los meros acuerdos verticales no constituyen en sí mismo infracciones a la ley».

La decisión de la mayoría señala que para evaluar los acuerdos verticales debe aplicarse la misma metodología utilizada para los casos de integración vertical. Sin embargo, es importante destacar que en el Perú, la legislación general no ha previsto un control de integración vertical, al no existir un sistema de control de fusiones, adquisiciones o concentraciones, con la sola excepción del caso del sector eléctrico. No existiendo un sistema de control de concentraciones, es decir, no existiendo impedimento o limitación legal para que estas operaciones se realicen, no parece consistente sujetar un mero acuerdo vertical (que no conlleva integración) usando para determinar su supuesta ilegalidad una metodología aplicable para evaluar operaciones no prohibidas ni ilegales.

En atención a estas consideraciones, los firmante de este voto consideran que el análisis debe restringirse a si el presente caso involucra un abuso de posición de dominio que caiga bajo el ámbito del artículo 5 inciso f del Decreto Legislativo N.º 701.»

## VI. LOS CONVENIOS DE EXCLUSIVIDAD.

### 6.1 ¿Qué son los convenios de exclusividad?

Los contratos de exclusividad limitan la capacidad de una de las partes en una relación de tipo vertical (proveedor-distribuidor) de comprar o vender productos a varios agentes. Más precisamente, dan lugar a la obligación del productor de vender a través de un solo distribuidor canal de distribución único o la de uno o varios distribuidores de realizar todas sus compras de un producto o de un grupo determinado de productos a un sólo fabricante y, por tanto, vender solamente sus productos -una sola fuente de suministro -.[13]

El establecimiento de estos contratos suelen ir acompañados de una política de precios y descuentos y/o de condiciones en las que el proveedor diferencia a los distribuidores en función a su participación o no dentro del esquema de exclusividad.

Tales restricciones limitan el acceso de otros productores o distribuidores a los canales de distribución o a la fuente de aprovisionamiento, respectivamente. Sin embargo, también pueden generar distintos beneficios y mayor eficiencia en el mercado.

En efecto, este tipo de restricciones reducen los costos de transacción derivados de una negociación con numerosos revendedores, limitándola a uno o unos pocos. Igualmente, una cantidad asegurada de compras permite una mejor planificación de la producción, reduciendo sus costos. De otro lado, el distribuidor exclusivo puede centrar sus esfuerzos de venta en un solo producto -mayores garantías o servicios pre y post-venta al consumidor-, estimulándose así la competencia entre marcas.

Adicionalmente, dichas restricciones permiten que el productor se encuentre incentivado a realizar una mayor inversión, promoción y capacitación en favor del distribuidor exclusivo, puesto que ninguno de sus competidores podría aprovechar tales inversiones -por ejemplo, en la publicidad del producto, al prevenir que los revendedores usen esos servicios para

---

13. En la regulación europea de competencia este tipo de acuerdos han sido agrupados bajo la denominación de «cláusulas de no competencia». De acuerdo con lo establecido en el literal b) del artículo 1 del Reglamento (CE) Nº 2790/1999 de la Comisión, se entiende por cláusula de no competencia «*cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador fabricar, adquirir, vender o revender bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales, o cualquier obligación, directa o indirecta, que exija al comprador adquirir al proveedor o a otra empresa designada por éste más del 80% del total de sus compras de los bienes o servicios contractuales y de sus sustitutos en el mercado de referencia, calculadas sobre la base del valor de sus compras en el año precedente*».

vender bienes de otros proveedores-[14]. De esta forma se evita un problema de «*free rider*» vinculado a la prestación de servicios de pre y post- venta.

Asimismo, dichas restricciones permiten que los revendedores centren sus esfuerzos de venta en los productos contemplados en el acuerdo, mejorando de esta forma la calidad de los productos y servicios ofrecidos al consumidor.

Todo lo dicho se puede ver más claro en un ejemplo. Imaginemos que un fabricante de zapatillas celebra un contrato de distribución exclusiva con una tienda de calzado para que pueda vender solo las zapatillas de sus marcas. A cambio de ello el fabricante hace inversiones en las tiendas, entrena a los vendedores y eventualmente hasta hace publicidad para atraer consumidores. Y para hacer más atractiva la exclusividad le da un descuento a los distribuidores exclusivos para compensarles el que no vendan zapatillas de otras marcas. Los consumidores reciben el beneficio de mejores locales, mejores servicios, mejores vendedores, etc. Si la tienda no respeta la exclusividad entonces venderá zapatillas de otros fabricantes, que se beneficiaran de la inversión del fabricante con quien se tiene contrato. Así, irían consumidores a la tienda atraídos por la inversión publicitaria para comprar zapatillas de otras marcas. Si ello pasará no habría incentivos para hacer todas las inversiones señaladas.

No obstante lo anterior, los contratos de exclusividad pueden ser utilizados dentro de una estrategia anticompetitiva ya que fuerzan a los competidores a utilizar distribuidores con costos más altos o excluyen completamente a los competidores del mercado[15].

En efecto, bajo determinadas circunstancias los convenios de exclusividad pueden convertirse en un mecanismo para limitar deliberadamente el acceso de otros productores a los canales de distribución o comercialización de los productos, reduciendo arbitrariamente los niveles

---

14. Sobre el particular, ver: SALOP, Steven and David, SCHEMAN: «Rising Rival Costs», *American Economic Review*, 73(2), 267-271 (1983); SCHWARTZ, M. «The Competitive Effects of Vertical Agreements: Comment», *American Economic Review*, 77, 1063-1068 (1987); MATHEWSON, G.F y R.A. WINTER. «The competitive effects of Vertical Agreements: Comment», *American Economic Review*, 77, 1057-1062 (1987); RASMUSEN, Eric, J. Mark RAMSEYER and John WILEY Jr., «Naked Exclusion», *American Economic Review*, 81 (5), 1137-1145 (1991); BERNHEIM and WHINSTON. «Exclusive Dealing», *Journal of Political Economy*, 106 (1), 64-103 (1998).

15. BESANKO, David y Martin PERRY (1993). «Equilibrium Incentives for exclusive dealing in a differentiated products oligopoly» *RAND Journal of Economics*, 24 (4), 646-667; SEGAL, Ilya y Michael WHINSTON (2000), «Exclusive Contracts and Protection of Investments», *RAND Journal of Economics*, 31 (4), 603-633.

de competencia en el mercado en perjuicio directo de los consumidores. Sobre el particular se ha señalado lo siguiente:

> «Una manera por la cual las restricciones verticales pueden incrementar los costos de los competidores en detrimento de la competencia puede ser la siguiente. Asumamos que una empresa dominante en el mercado de fabricación posee poder de mercado pero no es un monopolista –es decir, existe competencia de otros fabricantes, y esta competencia restringe en alguna medida el precio que el fabricante puede cargar a sus distribuidores. Asumamos, además, que los distribuidores que participan en su mercado aguas abajo también se ocupan de comercializar los productos de varios de los fabricantes que participan de la producción aguas arriba. Finalmente, asumamos que el fabricante negocia con sus distribuidores en sus contratos que contienen una restricción vertical, una provisión de distribución exclusiva. Si estos distribuidores poseen cierta dificultad para replicar atributos, entonces la exclusiva del fabricante en la red de distribución incrementa los costos de los competidores en la distribución de sus productos a los consumidores. Como resultado de este incremento de costo, los precios pagados por los consumidores por el producto del competidor se incrementan (…)»[16] (El subrayado es nuestro)

En ese contexto, se puede concluir que el impacto en la competencia de este tipo de restricciones verticales no puede ser establecido a priori o de manera general, sino que por el contrario debe ser establecido caso por caso, en función a las características de cada mercado y conducta en particular. Como ya vimos, desde una perspectiva económica, el análisis de este tipo de restricciones debe estar gobernado por la aplicación de la regla de la razón -»rule of reason»- y no por una regla de ilegalidad «per se».

### 6.2 ¿Qué debe evaluarse para determinar la razonabilidad de un acuerdo de exclusividad?

Los principales aspectos que deberán ser analizados a efectos de determinar si el establecimiento de exclusividades en la distribución, restringen o no la competencia, son los siguientes:

*a) La proporción de los canales de distribución que quedan disponibles para otros fabricantes.*

En particular, se analiza si luego de celebrados los contratos de exclusividad los potenciales competidores pueden encontrar disponibles otras alternativas para colocar sus productos en el mercado.

---

16. ANDERSON, Robert (Canadian Competition Bureau); DANIEL, Timothy (US Federal

Si la exclusividad acordada no impide al potencial competidor recurrir a otros distribuidores o invertir en el desarrollo de su propia cadena de distribución, es poco probable que la práctica pueda ser considerada dañina y perjudicial para la competencia. Por el contrario, dicho riesgo se incrementa si luego de llevado a cabo los acuerdos de exclusividad, un competidor no encuentra fácilmente un canal de distribución accesible, lo cual reduce el nivel de competencia existente en el mercado. Así, el análisis implica determinar la existencia de una estrategia de «copamiento» de los canales de distribución.

*b) La posición en el mercado del fabricante y de sus competidores*

Se analiza el poder de mercado relativo de la empresa que realiza el acuerdo de exclusividad con relación a sus competidores, determinando si la empresa que realiza la práctica cuenta con posición de dominio en el mercado.

Por ejemplo, si el fabricante a favor del cual se establece la exclusividad cuenta con una participación claramente mayoritaria en el mercado y, además, si existen barreras significativas para el ingreso de nuevos competidores. En tales circunstancias el riesgo de que la práctica tenga efectos dañinos sobre la competencia se incrementa. Por el contrario, si el beneficiario de la exclusividad es un productor con una participación modesta en el mercado, el riesgo de daño a la competencia no se presenta.

*c) Justificaciones legítimas de negocios*

Debe evaluarse si existen razones comerciales o económicas válidas y legítimas que justifiquen el establecimiento de la restricción. Normalmente la existencia de prácticas comunes en mercados competitivos es un buen indicador de la razonabilidad de una práctica. Así, por ejemplo, los acuerdos de distribución exclusiva son comunes en el mercado de distribución de automóviles o en los restaurantes de comida rápida. En consecuencia, incluso en supuestos de posición de dominio en el mercado de automóviles o de restaurantes, la práctica podría ser considerada razonable.

Ejemplos de razones atendibles pueden ser la necesidad de contar con un suministro o una venta asegurada a fin de permitir nuevas inversio-

---

Trade Commission); HEIMLER, Alberto (Italian Competition Authority); JAKOP, Thinam (EC Commission-DGIV): «Abuse of dominant position in a market». Octubre 1996 (Paper).

nes[17], la existencia de posibles problemas de «*free riding*»[18], descuentos en los precios[19], entre otras.

*d) Las condiciones de salida de los contratos*

La duración de los contratos de exclusividad y las condiciones de salida -ruptura anticipada del contrato- para las partes, son también variables que requieren ser objeto de análisis.

A más largos los plazos de duración de los contratos y más restringida la salida de los contratos -limitadas por cláusulas penales, por ejemplo-, mayor probabilidad de que el efecto del contrato de exclusividad sea negativo desde un punto de vista de competencia. A mayor adecuación de la duración de los contratos al plazo necesario para el recupero de inversiones efectuadas en los establecimientos por el proveedor, menor probabilidad de afectación de la competencia. Por ejemplo, si el distribuidor se puede salir del contrato con la remisión de una simple carta y sin costo económico alguno, no hay restricción a la competencia. Ello en cuanto un nuevo competidor que quiera vender sus productos en la tienda del distribuidor puede conseguir usar ese canal haciéndole una mejor oferta y con ello entrar al mercado.

*e) Beneficios al mercado generados por la exclusividad*

Aún cuando las restricciones verticales puedan tener un efecto en la eliminación de competencia -generalmente afectan el nivel de competencia entre distribuidores o revendedores de una misma marca, es decir competencia «intra-marca»-, dicho impacto puede verse minimizado por las ganancias en eficiencia que dichas restricciones permiten alcanzar, en particular un mejor incentivo para la inversión de servicios a favor de los consumidores.

Por ejemplo, si un proveedor ofrece mejoras en el local del vendedor-distribuidor que permiten mayor comodidad a los consumidores, a cambio de que sólo se vendan sus productos en el local, si bien el consumidor ve restringidas sus opciones, recibirá un mejor servicio gracias a las mejoras

17. Por ejemplo la ampliación de la sala de ventas es financiada por un proveedor a condición de que dicha sala se use solo para sus productos.

18. El proveedor financia la campaña publicitaria del distribuidor a cambio de un acuerdo exclusivo.

19. Un proveedor de embutidos ofrece un descuento a un restaurante a cambio de que prepare sus platos sólo con sus embutidos, lo que beneficia a los consumidores que pagan menores precios.

introducidas. De no permitirse la exclusividad, los incentivos para mejorar el local del vendedor-distribuidor por parte del proveedor desaparecen, con lo que la mejora no se producirá. La razón resulta obvia: el proveedor no estará dispuesto a hacer mejoras que aumenten no sólo sus ventas, sino la de sus competidores.

En tal sentido, las ganancias en bienestar y eficiencia generadas por la práctica deberán también ser evaluadas y puestas en contraposición de los eventuales efectos restrictivos generados por la práctica.

### 6.3 El sin sentido del caso DINO: ¿Regla *per se* para convenios de exclusividad?

Como hemos visto el análisis de los convenios de exclusividad debería estar sujeto a una regla de razonabilidad. Por ello llama poderosamente la atención que en el caso DINO, tantas veces citado en este capítulo, pareciera ser que el Tribunal del INDECOPI ha establecido una suerte de regla *per se* para convenios de exclusividad suscritos por empresas con posición de dominio en el mercado. Lo más curioso es que es la misma Sala, integrada por las mismas personas, que en sentido inverso, estableció una cuasi regla de la razón para las concertaciones de precios (acuerdos horizontales).

En el caso DINO, esta empresa era una distribuidora de cemento y materiales de construcción en el norte del país. Suministraba el 81% del cemento en el mercado relevante, producido por su empresa vinculada Cementos Pacasmayo. Su posición de dominio estaba fuera de discusión. Esta empresa suscribió convenios de distribución exclusiva con una serie de subdistribuidores, contratos que incluían descuentos especiales, obligación de compra exclusiva de cemento y otros materiales y una serie de beneficios para los afiliados. El subdistribuidor podía dar por terminado el contrato con un mero aviso de 15 días. Ya varios de los aspectos de esos contratos han sido analizados en la sección referida a abuso de posición de dominio. Veamos ahora el tema de los convenios de exclusividad en si mismos.

Como ya comentamos, en el caso DINO una de las justificaciones es el supuesto origen europeo de nuestro sistema. Pero aún asumiendo la pertinencia de la regulación y experiencia comunitaria europea como orientadora de la interpretación y aplicación de la Legislación Peruana de Competencia –Decreto Legislativo No. 701-, los razonamientos y los estándares de evaluación aplicados por el Tribunal en su Resolución se alejan diametralmente de la regulación y experiencia europea en esa materia.

La regulación europea[20], al igual que la peruana, de manera general fuerza a la autoridad a cargo de la aplicación de la regulación de competencia a aportar pruebas concluyentes y fuera de toda duda respecto al carácter anticompetitivo de la conducta sujeta a una investigación, como condición previa de cualquier declaración de ilegalidad y sanción de la misma.

En el caso específico de las prácticas similares a las desarrolladas por DINO -contratos de distribución con obligaciones de compra exclusiva, otorgamiento de descuentos por fidelidad, entrega o suministro de información, etc.-, siendo que no existe una condena a priori de dichas prácticas –precisamente porque pueden generar efectos beneficiosos para el mercado y los consumidores- la carga de la prueba que recae en la autoridad de la competencia resulta mayor.

Precisamente, en las «Directrices relativas a las restricciones verticales», emitidas por la Comisión Europea[21] -norma que ha sido citada expresamente en la Resolución del Tribunal- se señala que:

> «(62) No se presumirá que los acuerdos verticales no incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento de Exención por Categorías son ilegales, si bien cabe la posibilidad de que hayan de ser analizados individualmente. Se insta a las empresas a que lleven a cabo su propia evaluación sin notificar. En caso de que la Comisión proceda a un análisis individual, recaerá sobre ella la carga de la prueba de que el acuerdo en cuestión infringe lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 81. Cuando se demuestre la existencia de efectos apreciables contrarios a la competencia, las empresas podrán demostrar sus alegaciones de eficiencia y explicar por qué un determinado sistema de distribución podría producir beneficios que son pertinentes para las condiciones de exención en aplicación de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 81.» (El subrayado es nuestro)

*a) Perjuicio al interés económico*

Recogiendo las conclusiones a las que arribó la Secretaría Técnica, la Comisión señaló en su Resolución:

---

20. Artículo 2 del Reglamento (CE) No 1/2003 del Consejo Europeo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de la Unión Europea:»*Carga de la prueba. En todos los procedimientos nacionales y comunitarios de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, la carga de la prueba de una infracción del apartado 1 del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue. (…)* (El subrayado es nuestro)

21. Comisión Europea. Comunicación de la Comisión. «Directrices relativas a las restricciones verticales» (2000/C 291/01)

> «101. De acuerdo con lo anterior, se registra un escaso impacto en los niveles de venta, en las participaciones de mercado y en los resultados financieros de los denunciantes. Esto tendría su explicación en que los diferenciales de precios existentes entre afiliados y no afiliados pueden ser neutralizados mediante, por ejemplo, la obtención de menores costos de transporte desde la fábrica y/o en la implementación de servicios pre o post-venta adicionales. Finalmente, cabe señalar que dentro del diseño de los contratos no se establece una prohibición o un impedimento a la existencia de arbitraje con lo que los denunciantes estarían en capacidad de reducir el diferencial de precios entre afiliados y no afiliados adquiriendo los productos de cualquier empresa que mantenga contrato de afiliación con DINO S.R.L. (…)
>
> 102. Del análisis de la evolución de las ventas, participaciones del mercado y resultados de estados financieros se concluye que la práctica discriminatoria denunciada no ha tenido efectos significativos sobre ninguno de estos indicadores con lo que no queda acreditado un daño a la competencia, en general , ni a los competidores denunciantes, en particular.
>
> (...)
>
> *152. Por el contrario, se pueden reconocer efectos procompetitivos de la celebración de los contratos de afiliación referidos al otorgamiento de un menor precio, más cercano al ideal competitivo, y el incremento de la competitividad de los afiliados.*» (El subrayado es nuestro)

Como se puede apreciar, tanto la Secretaría Técnica como la Comisión, luego de analizar detenidamente la participación del mercado, la evolución de las ventas y los estados financieros de las denunciantes, concluyeron que no existía ningún daño derivado de la diferenciación de precios establecida por DINO. Por el contrario, determinaron una serie de efectos procompetitivos que demostrarían la conveniencia de permitir el desarrollo de tales conductas en el mercado.

Cabe señalar que del análisis efectuado por la Comisión se desprende no solo la inexiste de un daño actual en el mercado derivado de la actuación de DINO, sino que incluso puede afirmarse que la conducta denunciada no es susceptible de generarlo a futuro. En efecto, la Comisión señaló que existen algunos mecanismos por medio de los cuales los diferenciales de precios existentes entre afiliados y no afiliados pueden ser neutralizados por las denunciantes –teles como la implementación de servicios pre o post venta-, lo cual garantiza que en el futuro no exista riesgo de un posible perjuicio al mercado.

De acuerdo con el análisis efectuado por la Comisión, se determinó que el establecimiento de obligaciones de compra de productos distintos al

cemento en los Contratos de Representación celebrados por DINO con las subdistribuidoras, no genera en el mercado ningún tipo de daño, ya sea respecto de los demás competidores, de manera específica, o del mercado, de manera general. Por el contrario, de la investigación efectuada por la Secretaría Técnica de la Comisión se comprobó que las denunciantes habían continuado «*vendiendo cantidades significativas de materiales de construcción diferentes al cemento del contrato de afiliación*».

Atendiendo a la sustentación de la Comisión, el Tribunal al revocar la Resolución de primera instancia y declarar fundada la denuncia interpuesta contra DINO, se encontraba obligado a sustentar su decisión de manera adecuada y demostrar el por qué se apartaba de lo decidido por la Comisión. Debía desvirtuarse lo que la Comisión consideraba probado, sobre todo si se tiene en cuenta el mayor nivel de análisis y detalle que tiene la decisión de la Comisión para sustentar su punto. Para ello, el Tribunal debió de acreditar de manera suficiente el por qué las conclusiones a las que arribó la Comisión resultaban incorrectas y, en tal sentido, el por qué a su criterio existía un daño al interés económico.

En ese sentido, bajo el estándar probatorio que el propio Tribunal ha establecido, éste debía de acreditar: (i) que la conducta de DINO había generado, o era susceptible de generar, un daño al mercado; y, (ii) que el análisis efectuado por la Comisión respecto de la inexistencia de daños era incorrecto y por qué.

De la lectura de la Resolución emitida por el Tribunal, se puede apreciar que éste no ha cumplido con acreditar la existencia de un daño actual o potencial derivado de las conductas desarrolladas por DINO, ya sea respecto de las denunciantes o del mercado en su conjunto. De igual manera el Tribunal no ha señalado el por qué considera que las conclusiones a las que arribó la Comisión, así como las diversas pruebas que las sustentaban, eran erróneas y por tanto sobre su base no se podía declarar la legalidad de la conducta de DINO.

Es más, la Resolución no tiene ninguna sección en la que se dedique si quiera un breve análisis al daño al interés económico que hubiera podido generar la conducta de DINO, o en la que se señalen los argumentos y pruebas por los cuales el Tribunal no comparte las conclusiones de la Comisión.

Esta falta de motivación claramente contraviene con los estándares probatorios impuestos al Tribunal por el principio de verdad material establecido por la LPAG, así como con el criterio establecido por el propio Tribunal en la Resolución No. 0224-2003/TDC-INDECOPI, el cual señala:

> «La carga de la prueba de la infracción recae en la Comisión la cual debe presentar «prueba suficiente precisa y coherente» para sostener sus ale-

> gaciones y debe «demostrar suficientemente los hechos y evaluaciones» en que se basa su decisión. Si estos requisitos no se cumplen la decisión será total o parcialmente anulada o la multa reducida. (…) Los casos en que las pruebas sean equívocas se resolverán a favor de la empresa.»

De lo hasta aquí expresado se puede concluir que el Tribunal en su Resolución no aportó prueba alguna que acredite el daño al interés económico de la práctica desarrollada por DINO. En tal sentido, no ha quedado acreditado el cumplimiento de uno de los requisitos establecidos en el artículo 3 del Decreto Legislativo 701.

La conclusión final que uno desprende de DINO es que cualquier estrategia de fidelización de clientes desarrollada por una empresa con posición de dominio, al margen de los beneficios económicos que se puedan derivar de la misma y que no se acrediten los daños, está prohibida. Eso, en buen cristiano, es la aplicación de un criterio coincidente con la regla *per se.*

## VII. LOS CONVENIOS DE PUBLICIDAD O MARKETING EXCLUSIVOS O RESTRINGIDOS.

### 7.1 ¿Qué son los convenios de publicad o marketing exclusivos?

En ocasiones los acuerdos de exclusividad no se refieren al suministro mismo de bienes o servicios. Así, el punto de venta o el distribuidor mantiene su facultad de vender productos de la competencia, pero se le restringe la facultad de hacer publicidad o maquetear los mismos. En ocasiones se le permite hacerlo pero de manera restringida. Por ejemplo se señala que solo podrá disponer para la exhibición un 20% del espacio disponible, o se le prohíbe colocar anuncios o elementos de marketing del competidor en el local, entre otras cláusulas similares.

En cuanto a las cláusulas de exclusiva para el acceso y uso de espacios publicitarios de establecimientos comerciales, debe tenerse en cuenta que la colocación de productos o de publicidad o anuncios referidos a los mismos en espacios privilegiados o posiciones preferenciales de los establecimientos abiertos al público puede constituir un importante facilitador para impulsar su venta. Ello es particularmente cierto tratándose de productos identificados con signos distintivos, ya que su exposición directa y continua ante los consumidores puede darles mayor valor agregado «valorizar la marca»- y constituirse en un importante mecanismo promocional.

Los fabricantes pueden contratar con establecimientos comerciales el uso de dichos espacios publicitarios, excluyendo a los competidores del acceso a los mismos. Bajo este supuesto, los referidos contratos podrían -en

situaciones extremas- tener connotaciones que podrían ser consideradas anticompetitivas por las autoridades de competencia. Sin embargo, como veremos a continuación, hay que ser sumamente cautos al evaluar la inversión en exclusividad en el uso de medios publicitarios, como una práctica anticompetitiva.

Como resulta obvio, este tipo de acuerdos representan un riesgo menor a la competencia que los convenios de venta o distribución exclusiva, precisamente por que tienen un alcance menor y por tanto restringen menos la posibilidad del competidor de participar en el mercado. Si bien resulta expuesto a restricciones, finalmente si es posible ingresar al punto de venta y ofrecer su producto. Así no es extraño entrar a un bar o discoteca en que el todo el *dressing* y publicidad del local se orienta a una marca, sin perjuicio que puede comprar de otras. Muchos establecimientos tienen exhibidores de solo una marca de cigarrillos, pero uno puede, preguntando, adquirir marcas competidoras.

### 7.2 La relación de los convenios de publicidad y marketing exclusivos con la competencia.

Sin embargo la exclusividad publicitaria en ciertos medios o espacios - como es el caso de los medios que se usan dentro de un establecimiento comercial - puede plantear efectos de signo inverso en relación a la competencia. Por un lado, puede ser vista simplemente como una mayor inversión en publicidad, es decir, como un mecanismo para lograr mayor información hacia los consumidores. Ello sería positivo para el mercado.

Pero si dicha exclusividad es usada para limitar la información hacia los consumidores, podría generar problemas desde un punto de vista de la competencia al restringir, precisamente, la posibilidad de los consumidores de acceder a información sobre los productos o servicios de los competidores. Ello sería negativo.

Si uno visualiza la contratación de publicidad exclusiva como inversión publicitaria, es difícil caracterizarla como contraria a la competencia. En ese sentido, resulta interesante analizar la posición de Robert BORK sobre el particular:

> «Debemos considerar en primer lugar la alegación de que la publicidad y la promoción crean barreras artificiales a la entrada. Supongamos que la única empresa en una industria está obteniendo ganancias monopólicas y desea desincentivar la entrada de rivales potenciales que van a compartir y finalmente erosionar sus ingresos. La publicidad no va a cerrar esa puerta. No existe monopolio en el acceso a la publicidad.

> El entrante puede encontrar una agencia de publicidad tan fácil como el monopolista.»[22]

Sin embargo hay que tener en cuenta que el punto de partida de la cita es un mercado publicitario no sujeto a restricciones legales, es decir, un mercado en el que existen un sinnúmero de opciones para efectuar publicidad. Ello no ocurre en todos los mercados. Algunos como los de bebidas alcohólicas o cigarrillos están sujetos a restricciones que reducen la posibilidad de contar con ofertas competitivas. Por ejemplo en esos mercados distintas leyes prohíben o limitan publicidad televisiva o radial en determinados horarios, colocación de anuncios cerca de ciertos locales (como centros educativos), etc.[23].

Otra variable, que no es extraña en nuestro país, es la existencia de convenios entre ciertas empresas y Municipalidades dirigidos a imponer limitaciones publicitarias o a crear exclusividades en ciertas zonas. En algunos casos se llega a restringir, por ejemplo, el espacio disponible en una tienda para la exhibición de bebidas alcohólicas o cigarrillos. Estos casos plantean retos y problemas más serios pues esas barreras, ayudadas por la autoridad pública, si pueden convertirse en significativas y peligrosas para los consumidores, pues la barrera no estarían creando las eficiencias que pueden darse en situaciones de mercado.

Cuando más restringida este la publicidad, mayor riesgo podría derivarse de este tipo de acuerdos, sin que ello signifique que sean *per se* un problema.

El propio BORK hace una interesante acotación respecto a las relaciones entre publicidad, competencia y restricciones legales a la publicidad precisamente en el mercado de cigarrillos:

---

22. BORK, Robert. *The Antitrust Paradox,* p. 314. Traducción libre.

23. Por ejemplo que el Artículo 1 de la Ley 26739 establece que la publicidad de cigarrillos a través de medios radiales o televisivos, podrá realizarse únicamente entre las 01.00 y las 05.00 de cada día. De otro lado, que el Artículo 1 de la Ley 26849, concordado con el Artículo 1 del Decreto Supremo 083-93-PCM, prohíbe expresamente la venta y publicidad directa e indirecta de productos elaborados con tabaco, como cigarrillos o bolsas de tabaco, en los lugares o espacios cerrados de uso público tales como (i) cinemas, auditorios, teatros, sets de televisión y cualquier lugar cerrado donde se presenten espectáculos; (ii) salas de convenciones y deliberaciones; (iii) aulas de centros educativos a nivel escolar, superior, técnico o de cualquier naturaleza; (iv) medios de transporte público colectivo; (v) ascensores; (vi) hospitales, clínicas y lugares similares; (vii) agencias de bancos y demás entidades financieras; (viii) empresas públicas y privadas; (ix) oficinas de Ministerios y demás dependencias públicas; (x) Municipios y entidades Públicas de Desarrollo; (xi) las Oficinas de las Fuerzas Armadas, y de la Policía Nacional; y (xii) cualquier otro lugar o espacio cerrado destinado a la atención del público, sea o no de propiedad privada.

> «…la proposición de que la publicidad no es una barrera de entrada puede sustentarse por un ejemplo que demuestra que es así. Por muchos años cuatro empresas fabricantes de cigarrillos fueron dominantes en la industria; su participación agregada del mercado se mantenía alta, aunque fluctuaba de manera importante. Dado que los cigarrillos eran un producto publicitado de manera agresiva, el dominio de las cuatro fue atribuido al efecto de barrera de entrada de la publicidad. Pero el aspecto crucial en la publicidad de cigarrillos es que las compañías publicitan marcas en lugar que el nombre de las empresas. Pocos fumadores pueden decirle qué firmas hacen qué marcas, e incluso a menos les importa. Más aún, la industria se ha caracterizado por la introducción de nuevas marcas acompañadas de fuerte publicidad, así como la declinación o desaparición de marcas antiguas. La publicidad es una ruta de entrada de nuevas marcas, y no evita de desaparición a las marcas antiguas. Todavía los consumidores no identificaban una nueva marca con los fabricantes particulares y la compraban como consecuencia de tal identificación. Donde la publicidad era importante, respecto de las marcas, la entrada era rápida y continua. Donde la publicidad era poco importante, respecto de la identidad corporativa de los fabricantes, la entrada era lenta y esporádica. La entrada de nuevas marcas de cigarrillos declinó marcadamente desde 1970 en que se prohibió la publicidad de cigarrillos en televisión. El dominio de los cuatro más grandes fabricantes de cigarrillos tendrá que ser explicada en algún fundamento diferente al efecto de barrera de la publicidad.»[24]

La cita de BORK muestra, por un lado, las dificultades de crear barreras de acceso al mercado a través del manejo de la publicidad. Por otro lado, muestra también que la creación de restricciones legales a la publicidad en mercados como los cigarrillos o las bebidas alcohólicas, abre la posibilidad de que dicha restricción pueda llevarse a cabo de manera más efectiva hasta constituir una verdadera restricción a la competencia.

En efecto, como veremos a continuación, la existencia de barreras legales a la publicidad de cigarrillos o de bebidas alcohólicas hace más sencillo generar restricciones a la competencia. Ello plantea la posibilidad de que, a través de convenios mediante los cuales se logra una exclusividad en el uso de medios u espacios autorizados para el desarrollo de publicidad, un competidor se encuentre en capacidad de elevar estratégicamente los costos de entrada o permanencia de sus rivales, riesgo que se incrementa conforme las restricciones publicitarias se vuelvan más estrictas.

---

24. BORK, op cit, pp. 316-317.

En tal sentido, la exclusividad en el acceso a los espacios publicitarios podría considerarse, bajo circunstancias excepcionales como las que se presentan en el mercado de la publicidad para cigarrillos o bebidas alcohólicas, como un mecanismo que genera un mayor riesgo de exclusión de rivales. Si bien no se puede descartar la existencia de problemas en otros mercados no sujetos a restricciones de ningún tipo, las posibilidades que haya problemas serios son menores.

Siendo ello así, a efectos de analizar el impacto en competencia de los acuerdos destinados al establecimiento de exclusividades en el uso de determinados medios o espacios publicitarios, resulta conveniente distinguir entre el pago por utilizar un espacio preferente de exposición al consumidor y el pago para evitar que otros accedan a dichos espacios. Esta diferencia es relevante si se trata de espacios publicitarios que pueden considerarse escasos o privilegiados, por el tipo de establecimiento comercial del que se trata, a la luz de las restricciones legales existentes.

Por otro lado , al evaluar bajo la óptica de las normas antimonopolios los contratos de uso exclusivo de los espacios publicitarios o de exhibición y venta, debe analizarse si los locales en que se encuentran los espacios de uso exclusivo son los más convenientes para la exposición del productos, es decir, si son los que tienen mayores posibilidades de «valorizar la marca» y, además, si quedan establecimientos comerciales de similar naturaleza libres para los competidores del fabricante que suscribió la exclusividad[25].

Por ejemplo, si existe prohibición de publicidad televisiva o radial, la publicidad por anuncios en vía pública también se restringe, quizás sea la publicidad en punto de venta la más relevante. Si la mayoría o parte importante de los locales quedan sujetos a convenios de exclusividad, la falta de información a los consumidores sobre opciones puede elevar de manera importante los costos de entrada al mercado. En ese caso este tipo de restricciones podría estar afectando de manera efectiva la competencia.

Así, para tal efecto, habrá que analizar los otros canales de publicidad que pueden estar al alcance del competidor. Así, resultará necesario preguntarse si el competidor supuestamente afectado por la exclusividad ¿puede recurrir a otros medios? ¿son estos igualmente efectivos?; si los competidores del fabricante que controla de manera exclusiva determinados espacios o medios publicitarios ¿son lo suficientemente importantes como para conseguir el acceso a los medios o espacios publicitarios restantes?; si los competi-

25. Un aproximación al tema puede encontrarse en el documento elaborado por la Federal Trade Commission de Estados Unidos titulado *Report on the Federal Trade Commission Workshop on Slotting Allowances and Other Marketing Practices in the Grosery Industry* (febrero 2001).

dores restantes ¿pueden convencer a aquellos que otorgaron la exclusividad en el uso de los espacios publicitarios dentro de sus locales que no celebren ese tipo de acuerdos o modifiquen o dejen sin efecto los ya celebrados?.

Un aspecto estrechamente relacionado con este último punto y que resultará de especial importancia en el análisis del impacto en competencia del acuerdo de exclusividad, tiene que ver con la rigidez de los mismos, hecho que se encuentra directamente vinculado, como ocurre en general con los contratos de exclusiva, con aspectos tales como el plazo del contrato y los costos involucrados en su resolución anticipada del acuerdo (penalidades, por ejemplo).

Adicionalmente, resultará necesario tomar en cuenta las especiales características de la industria que es objeto de análisis y cómo se refleja el dilema entre, la aparente inexistencia de barreras de acceso a publicidad, y el hecho de que las restricciones legales a efectuar publicidad podrían facilitar la posibilidad de que un fabricante con posición de dominio pueda utilizar la exclusividad publicitaria como una barrera de acceso efectiva.

### 7.3 Algunos criterios de análisis de las prácticas.

Como se ha señalado en esta sección, las restricciones verticales pueden tener efectos positivos y negativos, razón por la que las autoridades de competencia analizan dichas restricciones caso por caso y según la regla de la razón.

No es sencillo describir todos los aspectos que podría tener en cuenta la autoridad. Por ejemplo debe determinarse si existen los problemas de *free rider* que justifiquen promover, mediante incentivos, el otorgamiento de servicios pre y/o post venta que beneficiarían a los consumidores. Debe evaluarse además las inversiones o cuotas que se han entregado al distribuidor o punto de venta a cambio de la exclusividad. No es extraño identificar mejoras o inversiones en el local, promociones especiales para clientes, servicios adicionales, etc. Inclusive, podría entenderse que existen otras formas de auspicio que permiten lograr los mismos beneficios para el establecimiento comercial sin necesidad de las cláusulas bajo análisis. En ese sentido la evaluación de los beneficios específicos (nivel u tipo de inversión, promociones que benefician a los consumidores, etc. En el nivel que estos elementos beneficien a los consumidores, será más difícil cuestionar la práctica.

También puede sostenerse que los contratos de uso exclusivo de espacios publicitarios son beneficiosos porque permiten el posicionamiento de nuevos productos, dándole mayores opciones de elección al comprador y, a la vez, sirven como mecanismo para asignar los riesgos del negocio entre el productor y el distribuidor o propietario del local de expendio.

Aunque también se considera que los contratos de exclusividad en publicidad pueden tener connotaciones anticompetitivas y de exclusión de los rivales, incrementando los costos del rival. En tal sentido, el potencial efecto negativo de las cláusulas del contrato de exclusividad en general, podría consistir en la exclusión de competidores actuales y/o potenciales del mercado de cigarrillos («*foreclosure theory*»).

Tomando en cuenta lo anterior y como se ha señalado previamente, para analizar los efectos del Contrato sobre la competencia, será necesario determinar: (i) si existe o no lealtad hacia las marcas de los productos involucrados en general por un numero significativo de consumidores, es decir, si actualmente existe una marcada preferencia por determinadas por marcas por cierto tipo o tipos de consumidores; y, (ii) si la publicidad influye o no en la determinación de las preferencias de los consumidores, en otras palabras, si la lealtad hacia una marca del producto puede variar a lo largo del tiempo y con que velocidad. De este modo, la existencia de lealtad hacia las marcas da cuenta de una visión estática del mercado, mientras que la posibilidad de que la publicidad influya sobre la lealtad o las preferencias permite evaluar el mercado dinámicamente.

Conjuntamente con lo anterior, debe evaluarse la importancia de los establecimientos involucrados en los contratos en su conjunto sobre la determinación de las preferencias de los consumidores y, por ende, su importancia como canales de comercialización.

En este contexto, al señalar que los establecimientos pueden jugar un rol importante en el canal de comercialización del producto se entiende que si bien pueden no ser significativos en términos del volumen de venta de los productos, sí pueden ser relevantes en la determinación de la decisión de compra de los consumidores y, por ende, ser relevantes como canales de comercialización y posicionamiento del producto - «valorización de marca»-.

En función a los criterios anteriormente señalados, se pueden definir hasta cuatro escenarios sobre los que se evalúan las posibles consecuencias de las cláusulas establecidas en este tipo de contratos.

Los escenarios identificados a continuación han tomado en cuenta que, en principio, existe cierta lealtad hacia las marcas pero que a su vez la publicidad potencialmente podría influir en las preferencias de los consumidores y que, por lo tanto, podrían generarse cambios en la fidelidad de los consumidores hacia ciertas marcas de cigarrillos.

Así, el supuesto de que la publicidad no influye en las preferencias de los consumidores es un supuesto de trabajo teórico (es evidente que siempre influye en algún nivel) y que sólo trata de graficar que cuando la lealtad

a la marca del competidor es muy fuerte las posibilidades de que la restricción publicitaria afecte la competencia se reducen. En ese contexto podría sostenerse que la exclusividad tiene un efecto procompetitivo.

| Establecimientos involucrados / Publicidad | No importancia en canal de comercialización/posicionamiento del producto | Importancia en canal de comercialización/posicionamiento del producto |
|---|---|---|
| No influye en preferencias | Escenario 1 | Escenario 2 |
| Influye en preferencias | Escenario 3 | Escenario 4 |

a) Escenario 1

Este escenario implica el menos riesgo para la competencia del acuerdo. En efecto, si la publicidad no influyera en las preferencias de los consumidores y los establecimientos que lleguen a suscribir los contratos no resultan importantes como canales de comercialización y de posicionamiento del producto, no existirían efectos restrictivos de la competencia, en tanto, que los competidores actuales o potenciales no se verían afectados por la restricción vertical que se establecería y, consecuentemente, no se reduciría el grado de competencia en el mercado.

b) Escenario 2

Si la publicidad no influye significativamente en el cambio de las preferencias de los consumidores y se considera que ya existe cierta lealtad hacia las marcas, el mercado sería un tanto estático con relación a estas variables, por lo que aún si los establecimientos comerciales que suscriben los contratos son importantes en el canal de comercialización y para «valorizar la marca», los competidores actuales o potenciales podrían utilizar otras variables para capturar las preferencias del consumidor (precio).

Sin embargo, si existe lealtad a la marca actualmente y los establecimientos comerciales son importantes, el dominante podría ver reforzado su poder de mercado, aunque ello no significa que sean los contratos los que le otorguen la posición de dominio.

Por otra parte, si la lealtad hacía la marca del competidor es muy fuerte y difícil de modificar por su posicionamiento actual, ello podría ser un argumento para sostener que la inversión más agresiva en exclusividad

publicitaria está justificada por la necesidad de romper algo que es difícil de romper, es decir, una preferencia muy marcada hacia una marca.

c) Escenario 3

Imaginemos mercados que enfrentan restricciones publicitarias serias. Si esas restricciones derivan en que la publicidad de los productos quede reducida, en gran medida, a la publicidad realizada por medios impresos y a la publicidad ubicada en los puntos de venta, el problema se complica. De esta forma, la publicidad y la visibilidad de los productos en los establecimientos comerciales podrían constituir en ciertas industrias que enfrentan estas circunstancias en un elemento crítico para el desarrollo de la competencia y para la determinación de las preferencias de los consumidores.

En tal sentido, si la publicidad influye en las preferencias de los consumidores pero los locales no son importantes ni como canal de comercialización ni en el posicionamiento del producto, la cláusula de publicidad en exclusiva no tendría efectos en gran escala sobre la determinación de la preferencia de los consumidores, ya que el alcance de los contratos no permitiría que un gran número de consumidores se vieran influidos por la exclusividad en la publicidad[26].

d) Escenario 4

En este escenario no importa si existe lealtad hacia productos de la competencia, puesto que la publicidad influiría efectivamente en las preferencias de los consumidores y los locales involucrados serían importantes dentro del canal de comercialización y de posicionamiento del producto. En consecuencia, el efecto final siempre seria restrictivo y excluyente de los rivales.

En efecto, de acuerdo a los supuestos de este escenario, la firma de un contrato que incluyera la limitación de publicidad de los productos de la competencia, incrementaría sustancialmente los costos de permanencia en el mercado de las empresas rivales.

En tales circunstancias, la empresas rivales (actuales o potenciales) no sólo podrían ver eliminadas sus ventas en dichos establecimientos –estamos asumiendo que son importantes como canal de comercialización-, sino

---

26 . Cabe destacar que las implicancias serán distintas si se demuestra que, pese no ser importantes las ventas que se canalizan a través de los mismos, la publicidad colocada en dichos establecimientos permite influir en el nivel de preferencias de un gran número de consumidores. Este sería el caso de establecimientos a los que asisten regularmente un gran número de consumidores, por ejemplo.

sobre todo dejarían de contar con un medio de gran eficacia para la exposición de sus productos, lo que tendría un efecto directo en su posición competitiva en el mercado.

En efecto, dada la importancia de la publicidad en los establecimientos para el posicionamiento de los productos –estamos asumiendo ello- , la restricción o limitación a la ubicación de publicidad en los mismos podría afectar sustancialmente el nivel de competencia en el mercado. Ello resultará mas evidente si los acuerdos son celebrados precisamente con los establecimientos «generadores del valor de la marca», siendo poco sustituibles o escasos los medios alternativos de posicionamiento del producto y, por lo tanto, los medios para incrementar las ventas.

En una situación más complicada se encontraría cualquier potencial interesado en ingresar al mercado, tomando en cuenta que los establecimientos comerciales que suscribieran los referidos acuerdos podrían ser el principal mecanismo para introducir una nueva marca al mercado.

No obstante lo anterior, en la evaluación final del impacto en competencia de dichos acuerdos debe tomarse en cuenta la viabilidad de las estrategias y acciones que pueden desarrollar los competidores afectados con el objeto de mediatizar los efectos de dichos acuerdos. Así, con el objeto de mediatizar el efecto de dichos acuerdos, los rivales podrían desarrollar una estrategia dirigida a incentivar a los establecimientos a romper los contratos (asumiendo las penalidades establecidas en el contrato por la terminación anticipada de los mismos); podrían a su vez establecer incentivos similares en los contratos celebrados con los establecimientos, o invertir en alguna forma de distribución y posicionamiento alternativo –a través de avisos de prensa, impulsadoras, auspicio de eventos y conciertos, entre otros-. De la viabilidad económica (que implica tanto un componente de magnitud como de oportunidad) de dichas estrategias o alternativas, dependerá en buena cuenta la determinación de la naturaleza anticompetitiva de los referidos acuerdos.

En cualquier caso, bajo los supuestos de dicho escenario, resultará conveniente evitar el establecimiento de restricciones de este tipo fuera de lo que pueda considerarse razonable. De esta forma, si bien podría parecer razonable mantener una restricción a la publicidad de la competencia como contraprestación por inversiones realizadas en el establecimiento, podría considerarse como no razonable extender dicha restricción mas allá del tiempo que resulte necesario para recuperar la inversión realizada.

En conclusión, en este último escenario –escenario 4-, podrían encontrarse todas las características para que el contrato pueda ser considerado por la autoridad de competencia como dañino si: (i) la conducta es

implementada por una empresa con posición de dominio; (ii) la proporción del mercado de establecimientos comerciales con las características señaladas –locales que «generan el valor de la marca»- que se encontraría disponible para los competidores del dominante seria reducida; (iii) resulta complejo argumentar la existencia de razones objetivas , en términos de beneficios a los consumidores, que justifiquen el establecimiento de las referidos acuerdos -como sería el caso de la eliminación del problema del *free rider*, de la necesidad de contar con inversiones específicas para financiar servicios pre y post venta, o de alcanzar economías de escala en la distribución-; (iv) existen penalidades para resolver el Contrato y no existen incentivos suficientes para que los establecimientos decidieran romper el mismo; y, (v) el efecto final sería la exclusión de competidores del mercado y/o el incremento innecesario del costo de permanencia y entrada de los rivales.

### 7.4 El análisis de los criterios expuestos en la jurisprudencia.

Una forma de comprender los criterios que se sugieren para evaluar los hechos que son materia del presente punto, es precisamente analizar los antecedentes jurisprudenciales. No existen casos específicos en el Perú en los que se hayan abordado restricciones publicitarias o de marketing como prácticas anticompetitivas. Pero si existe un interesante caso en la jurisprudencia norteamericana. El caso fue reciente resuelto por una Corte Federal en Carolina del Norte de los Estados Unidos y analiza precisamente el problema que estamos abordando.

Al respecto, en la sentencia dictada en el caso R.J. Reynolds Tobacco Co. (en adelante, Reynolds) v. Philip Morris, Inc[27], la Corte resolvió a favor de Philip Morris declarando que las cláusulas de restricción de publicidad y visibilidad de producto no contravenían la legislación antimonopolios.

Reynolds, el demandante, alegó que Philip Morris buscaba restringir la competencia y pretendía monopolizar las ventas de cigarrillos mediante la implementación de un programa de marketing denominado «Retail Leaders» (en adelante, RL), mediante el cual realizaba un pago a los minoristas a cambio de la exhibición de manera preferente y de la realización de una publicidad más adecuada de los cigarrillos de sus marcas[28] . En particular, Reynolds

---

27. Civ. No. 1:99CV00185 (M.D.N.C. Mayo 1, 2002)

28. «Plaintiffs contend that PM designed and executed Retail Leaders to monopolize and restrain trade in the United States cigarette market by paying retailers for advantageous display and signage space which Plaintiffs say restricts information needed by consumers, disrupts the price-setting mechanism of the market, and limits Plaintiffs' abilities to promote their products..» United Status District Court. M.D. North Caro-

señaló que estas prácticas restringían la información disponible a los consumidores, distorsionaban el mecanismo de formación de precios y limitaban las habilidades de promoción de los productos de los competidores.

Las cláusulas del caso no excluían la publicidad y venta del producto de la competencia, aunque sí generan un uso más destacado de la publicidad de Philip Morris respecto de la de sus competidores.

Por otro lado, con relación a la determinación de posición de dominio de la empresa denunciada, la industria de cigarrillos en los Estados Unidos es considerada altamente concentrada debido a que las cuatro firmas líderes ostentan una participación de mercado conjunta de aproximadamente 93%[29]. Al momento de la evaluación de la denuncia, Philip Morris sólo llegaba al 51.3% del mercado y su marca Marlboro al 38% de la venta de cigarrillos al menudeo.

En la evaluación de la importancia de la publicidad en el cambio de las preferencias de los consumidores, en primer lugar, la Corte consideró que, a pesar que muchos consumidores se declaraban como leales a la marca, existía una significativa competencia entre las empresas por consumidores que cambiaban continuamente de marca y por consumidores ocasionales[30]. Esta competencia se daba principalmente a nivel de los vendedores minoristas, como las tiendas de conveniencia[31].

A su vez, la Corte encontró que la visibilidad del producto (su colocación a la vista del público en el local de venta) y la publicidad eran factores críticos en el posicionamiento en el mercado de cigarrillos debido, a que los fabricantes de cigarrillos en los Estados Unidos enfrentan, tal como ocurre

---

lina. R.J. Reynolds Tobacco v. Philip Morris Incorporated. Civ. No. 1:99CV00185 (M.D.N.C. Mayo 1, 2002) p. 365

29. Datos para el año 2001.

30. «The market for retail cigarette sales is diminishing as the population of adult smokers decreases. Thus, in competing with each other, cigarette manufacturers seek to maintain brand loyalty with respect to their existing customers while also inducing purchases by adult smokers of other manufacturers' brands who occasionally buy different brands or who do not have a usual brand preference at the time of purchase. Although most adult smokers claim to have a ''usual'' brand, a significant percentage of adult smokers buy other brands on an occasional basis.» United Status District Court. M.D. North Carolina. R.J. Reynolds Tobacco v. Philip Morris Incorporated. Civ. No. 1:99CV00185 (M.D.N.C. Mayo 1, 2002) p. 368

31. «The competition for switchers and occasional-use purchasers occurs primarily in pack outlets, where approximately 60% of all cigarettes are sold. This is because adult smokers are more likely to purchase a non-usual brand by the pack rather than by the carton.». Ibid

en el Perú, limitaciones significativas para promover y publicitar sus productos a través de la radio, la televisión, carteles y eventos deportivos. Lo anterior, explica la importancia de colocar los cigarrillos en exhibición en el mismo punto de venta.

En este sentido existe una competencia agresiva de los fabricantes para colocar sus productos a la vista de los consumidores, competencia que se expresa por medio de descuentos, premios, pagos o retribuciones a los minoristas, dado que es una forma de influir sobre las preferencias e incrementar las ventas del producto[32].

Tomando en cuenta lo anterior, las dos últimas características reseñadas en el caso norteamericano (importancia de publicidad para cambiar preferencias, en especial en consumidores que cambian de marca o consumidores eventuales, y la importancia de la publicidad en punto de venta, derivado de las restricciones legales a la publicidad) colocan el caso en el llamado Escenario 4, que es precisamente el que enfrenta mayores riesgos de que el contrato sea considerado como perjudicial para la libre competencia.

El RL se inició por Philip Morris en 1999. Los minoristas o retailers recibían de manera progresiva mayores pagos a cambio de su progresivo compromiso para exhibir, publicitar y promocionar los productos de dicha empresa. El espacio de exhibición debía ser igual o superior a la participación de mercado de los productos de Philip Morris.

Un aspecto central en el caso en comentario, se encontraría relacionado con las cláusulas de terminación del contrato. En particular, en el caso en referencia, el minorista podía dar por terminado el contrato con un simple aviso de 30 días de anticipación y sin pago de penalidad alguna, lo cual contribuye tremendamente a considerar que existe menor riesgo a que la práctica sea contraria a la competencia.

De otro lado, el RL fue muy exitoso y forzó a los competidores a responder con sus propios programas de marketing. La Corte no encontró evidencia que demostrara que los competidores de Philip Morris hayan perdido participación de mercado.

---

32. «The critical importance of brand visibility and display space at the point of purchase in the cigarette industry is not disputed. It is evidenced by the fact that all four of the major manufacturers involved in this litigation vigorously compete for in-store display space and advertising by offering promotional payments and discounts for advantageous promotional space in stores in an effort to convey an ''undiluted message'' about their particular brands.» United Status District Court. M.D. North Carolina. R.J. Reynolds Tobacco v. Philip Morris Incorporated. Civ. No. 1:99CV00185 (M.D.N.C. Mayo 1, 2002) p. 369

Al resolver el caso la Corte Norteamericana encontró que el caso se refería a una restricción vertical distinta a una restricción de precios, cuya legalidad debía ser analizada usando la llamada regla de la razón. La Corte concluyó que:

a. Philip Morris no contaba con posición de dominio en el mercado, a pesar de su participación en el mercado, por que no existían barreras de acceso al mismo.

b. La Corte descartó que las prácticas cuestionadas se referían a convenios de exclusividad, dado que no se impedía la exhibición de productos de la competencia, sino sólo se imponían limitaciones a ello.

c. Del mismo modo, se consideró que la facultad de terminar en cualquier momento el contrato sin pago de penalidad alguna reducía significativamente el riesgo a la competencia.

El caso muestra un análisis consistente con lo propuesto y muestra que, si bien este tipo de acuerdo son menos peligrosos para la competencia que los acuerdos de simple exclusividad, no puede descartarse que no puedan generar problemas y con ello ser objeto de investigación y eventual sanción.

## VIII. LA FIJACIÓN O LIMITACIÓN A LA FACULTAD DE DETERMINAR E PRECIO DE REVENTA INTRODUCIDAS EN ACUERDOS O RECOMENDACIONES VERTICALES.

### 8.1 ¿Qué son los acuerdos de mantenimiento de precios de reventa?

Bajo la denominación de 'mantenimiento de precios de reventa' (*'resale price maintenance' o RPM*) se suele considerar una modalidad de restricción vertical consistente en una serie de acuerdos o recomendaciones mediante los cuales el fabricante-proveedor obliga o induce al distribuidor-revendedor a no revender el producto por debajo de un precio determinado (precio mínimo), a venderlo a un precio determinado (precio fijo), o a no venderlos por encima de un precio establecido (precio máximo).

Debido a los potenciales efectos negativos que dichas prácticas podrían generar en la competencia —reducción de la competencia intra-marca y facilitación de acuerdos colusorios—, su aparente 'similitud' con los acuerdos horizontales de precios entre competidores y, básicamente, por el predominio de objetivos distintos a la búsqueda de la eficiencia en el mercado en la formulación y aplicación de las políticas de competencia (tales como, la integración de los mercados en el caso de la normativa europea o la

protección a pequeñas empresas), por años ha primado en el Derecho de la Competencia una actitud hostil hacia tales de restricciones.

### 8.2 Los RPM en el sistema norteamericano.

En el caso de la legislación americana, los acuerdos para el establecimiento de precios de reventa han sido considerados como una infracción *per se* ilegal bajo el *Sherman Act*. Así, como nos dice HOVENKAMP:

> «La regla básica respecto a la fijación de precio de reventa es clara. Esta es per se ilegal, sin importar si el demandado tenía poder de mercado, y dejando de lado los motivos del demandado, como sería la necesidad de combatir el 'free riding´»[33].

Este criterio fue establecido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Dr. Miles Medical Co. V. John D. Park & Sons Co.*[34] hace más de tres cuartos de siglo, y ha sido ratificado de manera relativamente reciente por la propia Corte Suprema en 1984, en el caso *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*[35].

Es importante destacar que existen dos importantes excepciones al principio general en la jurisprudencia norteamericana.

La primera es el célebre caso U.S. v. Colgate & Co.[36], en el que la Corte estableció que dado que Colgate no tenía un acuerdo con sus distribuidores, sino que simplemente había anunciado públicamente que se negaría a vender sus productos a los que no respetaran los precios que establecía, no caía bajo el supuesto contemplado en la Sección 1 de la *Sherman Act*, y por tanto no tipificaba bajo tal infracción.

La segunda excepción en el sistema norteamericano es la llamada «excepción de consignación», y que se aplica cuando el producto no es entregado en propiedad al distribuidor, sino en consignación manteniendo el fabricante o proveedor la propiedad del mismo. El distribuidor recibe el encargo de vender el bien al precio establecido por su proveedor. Esta regla fue establecida en el caso *U.S. v. General Electric Co.*[37].

---

33. HOVENKAMP, Herbert, *Antitrust. Black Letter Series West Group*. 1999, p. 181.

34. 220 U.S. 373, 31 S.Ct. 376 (1911).

35. 465 U.S. 752, 104 S.Ct 1464 (1984).

36. 250 U.S. 300, 39 S.Ct 465 (1919).

37. 272 U.S. 476, 47 S. Ct. 192 (1926).

Debe destacarse que la doctrina, tanto legal como económica, ha sido sumamente crítica a la aplicación de una regla *per se* en el análisis y evaluación de la fijación del precio de reserva o *resale price maintenance (RPM).* Sin embargo, las criticas han sido aún mucho más serias respecto de la aplicación de la regla *per se* en el caso de la fijación de precios máximos por el proveedor establecida en el caso *Albrecht v. Herald Co.*[38]. Las críticas se sustentan en que carece de cualquier efecto contrario a la competencia la fijación de un precio máximo, siendo que esa práctica beneficia en lugar de perjudicar a los consumidores, en tanto que la razón para el establecimiento de dichos precios es el deseo de los proveedores de controlar el poder de mercado en los distribuidores, que al cargar precios más altos para obtener ganancias monopólicas, reducen la cantidad demandada y por tanto la producción de la empresa. En *Albrecht* el producto involucrado fue un periódico y el efecto de la decisión de la Corte fue que la empresa que editaba el periódico sustituyó a sus distribuidores independientes por empleados de su propia empresa a cargo de la distribución.

Sin embargo, debe destacarse que recientemente en el caso *State Oil Co. v. Khan*[39] la Corte Suprema Americana revocó el principio establecido en *Albretch* y declaró que la fijación de precios de reventa máximos se trataría ya no bajo la regla *per se*, sino bajo la regla de la razón.

### 8.3 Los RPM en el sistema europeo.

Por otra parte, en el ámbito de la regulación de competencia europea, la fijación de precios de reventa se considera como una 'restricción especialmente grave' la inclusión en los contratos de acuerdos cuyo objeto directo o indirecto es el establecimiento de un precio de reventa fijo o mínimo, o un nivel de precio mínimo o fijo al que ha de ajustarse el revendedor.

Tal como lo señala la Comisión, algo similar se aplica para cualquier otra práctica que tenga indirectamente el mismo efecto:

> «La restricción no plantea dudas en el caso de cláusulas contractuales o de prácticas concertadas que fijan directamente el precio de reventa. No obstante, el MPR también se puede lograr con medios indirectos. Ejemplos de esta última posibilidad son los acuerdos por los que se fija el margen de distribución; se fija el nivel máximo de descuento que el distribuidor puede conceder partiendo de un determinado nivel de precios establecidos; se subordina la concesión de descuentos o la devolución

38. 390 U.S. 145, 88 S.Ct 869 (1968).

39. 522 U.S. 3, 118 S.Ct 275 (1997).

> por parte del proveedor de los costes promocionales a la observancia de un determinado nivel de precios; se vincula el precio de reventa establecido a los precios de reventa de los competidores; las amenazas, intimidación, advertencias, multas, retraso o suspensión de entregas o resoluciones de contratos en relación con la observancia de un determinado nivel de precios»[40].

La inclusión de dichas cláusulas deriva en la inaplicación al acuerdo del régimen de excepción establecido para dicho tipo de acuerdos (Reglamento N.º 2790/1999 de la Comisión, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdo verticales y prácticas verticales).

Cabe destacar que dicho tratamiento no se ha hecho extensivo al establecimiento de precios máximos o sugeridos cuya ilegalidad dependerá básicamente del análisis de sus efectos.

Dicho tratamiento difiere sustancialmente del dispensado por las autoridades de competencia a las restricciones verticales no vinculadas a precios, las mismas que suelen estar sujetas a un análisis caso por caso, basado en la aplicación de la regla de la razón (*rule of reason*).

Tal severidad en el tratamiento de las restricciones verticales de precios y la existencia misma de un tratamiento diferenciado entre las restricciones verticales (en razón de su vinculación directa con el tema de precios), carece de un correlato desde un punto de vista económico. Las restricciones verticales en su conjunto, responden a las mismas motivaciones y son susceptibles de generar los mismos efectos, por lo que su análisis debería encontrarse gobernado por las mismas reglas. Esto es, el análisis de dichas prácticas debería realizarse caso por caso sobre la base de su impacto efectivo o potencial en el mercado, tal y como se ha mencionado en la primera parte del presente artículo

### 8.4 Los RPM en el sistema peruano.

En lo que se refiere a la legislación peruana de competencia, cabe destacar que no encontramos argumento legal alguno que permita establecer un estándar de evaluación especial para el caso de las restricciones verticales de precios (independientemente de su modalidad), distinto al aplicable a la generalidad de restricciones verticales ('regla de la razón').

---

40. Comisión Europea. Comunicación de la Comisión. *Directrices relativas a las restricciones verticales* (2000/C 291/01). Parag. 47.

Aún suponiendo que las restricciones verticales se encuentran comprendidas dentro del artículo 6 de la Ley el mismo que, como hemos visto en la sección anterior, comprende varias infracciones que son consideradas «*per se* ilegales», el establecimiento de precios de reventa no se encuentra comprendido dentro de aquellos supuestos sujetos a un estándar de ilegalidad *per se*. En efecto, si bien podría parecer que dichos acuerdos se encuentran comprendidos dentro del inciso a) del artículo 6, debe notarse que dicho inciso sólo se aplica a los acuerdos celebrados «entre competidores». No siendo éste el caso de los acuerdos verticales, el establecimiento de precios de reventa no se encuentra comprendido dentro de dicho inciso.

Así, no parece razonable que se aplique una regla *per se* a supuestos que ni siquiera están tipificados expresamente como infracciones *per se* en nuestro ordenamiento, menos aún luego del cambio de criterio introducido en el caso del SOAT sobre la regla *per se.*

Por lo tanto, al igual que las restricciones verticales que no se encuentran referidas a precios, la determinación de su ilegalidad en el marco de la Ley deberá depender de un análisis caso por caso y de su impacto efectivo en la competencia («*rule of reason*»).

De todo lo anterior se puede concluir que en el marco de la Ley vigente, resulta poco probable que el establecimiento de restricciones verticales de precios (cualquiera fuere su modalidad) en mercados caracterizados por una vigorosa competencia inter-marca o su establecimiento por parte de proveedores que carecen de poder mercado, merezcan algún cuestionamiento. Ello, porque en aplicación de la «regla de la razón» es muy poco probable (si finalmente existe alguna probabilidad) de que estos acuerdos puedan ser sancionados.

Sin embargo, en mercados con características oligopólicas o con un reducido nivel de competencia inter-marca (es decir, en los que no existe competencia importante de otras marcas distintas a la de la empresa dominante), existe un riesgo mayor de que el establecimiento de tales restricciones por parte de proveedores con posición de dominio puede resultar en serios cuestionamientos en aplicación de la ley.

## IX. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Quizás la conclusión central de esta sección sea que la problemática de las restricciones verticales suelen generar una «sobrereacción» de las autoridades de competencia en varios países del mundo. Esta forma de reaccionar no solo implica consumir recursos en investigaciones y sanciones de conductas que no generan perjuicios, sino el desincentivo a que las empre-

sas adopten estrategias que pueden beneficiar a los consumidores. Con ello la acción de las autoridades estará reduciendo el bienestar social, precisamente el efecto contrario que se persigue alcanzar.

Como hemos visto el impacto en competencia de las restricciones verticales depende fundamentalmente del grado de competencia inter-marca existente por la competencia con marcas o productos de otros proveedores o, lo que es lo mismo, del grado de poder de mercado de la empresa que las implementa. Esto significa que a mayor competencia inter-marca, menor será la probabilidad de que las restricciones verticales ocasionen efectos anticompetitivos. En cambio, a menor competencia inter-marca, mayor será la probabilidad de que las restricciones verticales ocasionen un impacto negativo en la competencia. Hacer el análisis al margen de estas consideraciones o sin darle el peso suficiente nos conducirá a resultados antagónicos con los de cualquier política de promoción de la competencia.

De acuerdo a nuestra legislación de competencia y la interpretación razonable que debería darse a la misma, las restricciones verticales no se encuentran sujetas a una regla de ilegalidad *per se*. La sanción de dichas prácticas está sujeta a que se produzca una afectación (real o potencial) a la competencia en el mercado; esto es, para el análisis de los casos de restricciones verticales se aplica la regla de la razón. Este es un primer paso en el sentido correcto, al eliminar en un principio cualquier posibilidad de evaluar estás prácticas o parte de ellas bajo una regla *per se*. Pero debemos reconocer que la jurisprudencia es bastante escasa y el pronunciamiento ambiguo respecto a si la aplicación de la regla de la razón se extiende a todo tipo de restricción vertical, o solo a algunas de ellas. Eso es algo que la jurisprudencia de INDECOPI deberá definir en el futuro.

Pero en todo caso hay que desaparecer los fantasmas y tomar decisiones en base a lo probadamente perjudicial bajo el análisis de la teoría económica. En principio no hay grandes razones para desconfiar de los acuerdos entre mayoristas y minoristas para restringirse mutuamente su libertad. Como se ha visto no existen razones para pensar que el intento de ambos de controlar el poder de mercado del otro no va a beneficiar a los consumidores. Por el contrario todo indica que dicha relación va a beneficiar a los consumidores. Solo en circunstancias muy particulares, que parten, pero no se agotan, en la existencia de poder de mercado de quien establece la restricción o formula la sugerencia, se justifica ir más allá en un análisis detallado y preciso.

# «El abogado del diablo»

## El abuso de procesos legales como práctica anticompetitiva*

Imagínese un país en el que una empresa fue comprando todas las empresas tabacaleras hasta consolidar el 100% del mercado. Los precios de los cigarrillos suben hasta convertirse en los más caros de Sudamérica.

La oportunidad generada para un nuevo entrante es evidente. El monopolio ha hecho que se consuman menos cigarrillos dado que los precios elevados han reducido la cantidad demandada. Pero a su vez las ganancias del monopolio se han incrementado sustancialmente.

Así, el monopolio siembra el incentivo de su propia destrucción. Sus márgenes de ganancia y la restricción del consumo crean incentivos para la entrada de nuevos competidores que ven una oportunidad de negocio. De darse esa entrada los consumidores verían no solo un aumento de opciones, sino una reducción de precios. En ese contexto una trasnacional anuncia su entrada al mercado. Los periódicos dan cuenta de la compra de un terreno para la construcción de la nueva planta que en 8 meses comenzará a producir cigarrillos.

---

* La presente sección se basa en el artículo «El Abogado del Diablo: El Abuso de Procesos Legales como Práctica Anticompetitiva», en coautoría con Alejandro Falla Jara, publicado en Ius Et Veritas, N.° 30, 2005. También agradece la colaboración de Carolina de Trazegnies en su elaboración.

Los accionistas y funcionarios de la empresa establecida entran en pánico. ¿Quiénes son estos entrantes que se atreven a desafiar su inversión de años en el país? Ven en peligro el dinero fácil, aquel que llega cuando el precio no está controlado por la competencia. El monopolio está en peligro.

De inmediato comienzan a diseñar estrategias comerciales nuevas. Algunas de ellas son legítimas como reducir costos, mejorar la calidad, mejorar los canales de distribución, posicionar mejor sus marcas. Otras no son tan santas, como incrementar los costos del entrante con cláusulas de atadura, discriminación de precios, negativas a contratar con quien distribuya los cigarrillos de la competencia, y otros similares.

Pero todas, las buenas y las malas, tienen sus problemas. Cuestan dinero, reducen márgenes y, sobre todo, no garantizan que la nueva no entrará. Finalmente si puede hacer publicidad y desarrollar sus canales de distribución, y destronarán al monopolio.

Entonces uno de los funcionarios tiene una idea brillante: contratar a un abogado.

El abogado evalúa la situación y llega a la conclusión que «hay mucho pan por rebanar». Les ofrece iniciar tantos procedimientos legales que va a volver loco al entrante. Si la estrategia es tan exitosa que lo espanta cobrará un jugoso honorario de éxito. Pero incluso, si no lo lograra, podrá cobrar un bono por cada mes que consiga retrasar la entrada del intruso. Finalmente, con los márgenes que se están ganando, cada mes de atraso es mucho dinero.

Mientras tanto el entrante ni se imagina lo que le espera. Un buen día, días previos al inicio de las obras, el vecino de la esquina (que aparentemente no tiene nada que ver con el monopolio) invade una parte del terreno reclamando que siempre fue poseedor del mismo. Cuando en un acto de defensa posesoria lo retiran del terreno, interpone un interdicto.

Cuando se creía que ello no era más que un incidente aislado, nuevas invasiones (con sus interdictos) comienzan a caer por doquier. Todo el vecindario parece reclamar la posesión de lo que hasta hace unos días era un pacífico terreno vacío. Pero las cosas no quedan allí. Otro grupo de vecinos interponen acciones de amparo en defensa del medio ambiente, y hasta una ONG misteriosa, constituida oscuramente unos días antes, decide debutar en la protección al medio ambiente con una acción contra la nueva tabacalera.

Mientras tanto unos estudiantes de Derecho, que viven al otro lado de la ciudad, con notas paupérrimas y que nunca llevaron un curso de ambiental, se suman con nuevas acciones judiciales que, en defensa del medio ambiente, cuestionan la instalación de la nueva planta.

En paralelo se presentan solicitudes pidiendo la nulidad del cambio de zonificación del terreno, ocurrido hace años, y que permitía su uso industrial. Ante la negativa de las autoridades municipales de hacerles caso, los solicitantes denuncian penalmente a cuanto funcionario se les cruza, e incluyen a los funcionarios de la empresa entrante, que ni siquiera participaron en el cambio de zonificación que fue efectuado por el anterior propietario.

A los hechos se suman interminables acciones de todo origen: obstáculos legales a la licencia de construcción, a la licencia de funcionamiento, nuevas acciones penales por usurpación, medidas cautelares suspendiendo los procedimientos de licencias, etc., etc., etc.

La empresa entrante, que esperaba dedicar los primeros meses en el Perú a planear su producción y entrada al mercado, se encuentra envuelta de pronto en más de 25 juicios de los más diversos calibres, con «piedras» disparadas de diversos ángulos. Las reuniones con abogados se convierten el pan de cada día y entre las distracciones, los costos involucrados y, sobre todo, los obstáculos que las acciones generan, no hay tiempo para pensar en cómo competir.

Durante los procesos se descubren coincidencias asombrosas. Los textos de muchas de las demandas son idénticos, a pesar de ser presentados por personas diferentes que, en muchos casos, «no se conocen». Los cruces de nombres de abogados son evidentes. Las pruebas luego encontrarían el vínculo con la tabacalera monopólica y su ya ahora famoso abogado.

Pero la vida no deja de darte sorpresas. Un buen día el encargado de marcas del entrante se encuentra con publicaciones en el Diario Oficial en las que sus marcas, o unas muy similares a las de sus productos, aparecen solicitadas por la empresa monopólica, con la evidente intención de bloquear su entrada. En el colmo de la audacia solicitan la inscripción de la forma de la cajetilla de cigarros (sí, la común, la que usted puede tener en su bolsillo) con el argumento que es una forma «que ellos crearon y han posicionado en el mercado».

En paralelo, la empresa monopólica ha comenzado gestiones ante las autoridades para generar una nueva norma técnica que establece una forma de producir cigarrillos que desfasa el proceso innovador de producción creado por el entrante, con lo cual atacan una ventaja competitiva, lo que obliga al inicio de gestiones y acciones judiciales para frenar el despropósito.

Mientras tanto denuncias «de terceros» ante las autoridades aduaneras consiguen frenar la importación de los equipos que se traían para la fábrica.

Mientras tanto, a pesar que la empresa entrante tiene éxito en la mayoría de acciones que enfrenta, principalmente porque estas carecen de fun-

damentos o se tratan de despropósitos absolutos, el desgaste y el retraso se hacen notorios.

Así los amparos e interdictos son uno a uno archivados, declarados improcedentes o simplemente caen en abandono. Los temas marcarios van siendo descartados por la autoridad, pero originan procesos contencioso administrativos o amparos en los que se dictan medidas cautelares que prohíben al entrante usar sus propias marcas. Y en el colmo del despropósito, luego que les niegan tres veces la inscripción de la forma de la cajetilla de cigarrillos, consiguen que un juez inmovilice las cajetillas listas para ser usadas en el proceso productivo del entrante.

El fin de la historia podría ser que la empresa entrante «tire la toalla» y desista de la inversión, o que continúe y entre varios meses (o años) después de cuando debió haber entrado, obligando a los consumidores a pagar el margen monopólico por todo ese tiempo. En ese juego solo ganó el monopolio y, por supuesto, el abogado del diablo.

La moraleja de la historia es: si quiere impedir la competencia, contrate un abogado.

En las secciones anteriores hemos reseñado distintas prácticas empresariales dirigidas a limitar la competencia o distorsionarla. Sin embargo se suele pasar por alto un conjunto de prácticas muy comunes y que son quizás las más dañinas: el uso de los procedimientos legales, y del Estado que los lleva a cabo, como mecanismo para restringir la competencia. Esta sección abordará este problema.

## I. LA UTILIZACIÓN INDEBIDA DE PROCEDIMIENTOS GUBERNAMENTALES COMO PRACTICA ANTICOMPETITIVA.

Una de las formas más efectivas y perniciosas de crear o mantener una posición de dominio en el mercado, es a través de la utilización del propio Estado, es decir, mediante la manipulación de procesos a cargo de autoridades judiciales o administrativas. En efecto, un mecanismo eficaz para lograr la exclusión de los competidores del mercado o, simplemente, para retardar su ingreso, es la utilización indebida de los procedimientos administrativos, judiciales o regulatorios.

Como una técnica de prelación o exclusión, el litigio fraudulento es un mecanismo deliberadamente usado para incrementar los costos de acceso al mercado de un potencial entrante («*raising rival's costs*»[1]). Los gastos en

1. Para un mayor detalle Ver: SALOP, S. y D. SCHEFFMAN. «Raising Rival Costs» En: American Economic Review No. 73. 1983.

complicados litigios pueden desincentivar el acceso al mercado de algunas empresas o simplemente retrasar su entrada al mercado, enviando además el mensaje a otros potenciales entrantes de las consecuencias de un intento por participar en el mismo mercado. En cualquiera de los casos, la empresa establecida logra, a través de su estrategia, distorsionar el desarrollo de la competencia en el mercado.

Del mismo modo, el ejercicio fraudulento del derecho de petición ante alguna instancia del gobierno para el establecimiento de determinada regulación, con el deliberado propósito de establecer barreras que limiten el acceso al mercado a otras empresas o que limiten la capacidad de operación de algunas de las empresas que actúan en el mercado, constituye una estrategia predatoria o exclusoria.

Refiriéndose a este mecanismo de predación, el profesor Robert BORK ha señalado que la probabilidad de éxito de este tipo de práctica anticompetitiva es muy alta, y las pérdidas anuales agregadas para los consumidores derivadas de las mismas, suelen también ser bastante elevadas. Así el referido autor señala:

> «La profusa creación moderna de tales autoridades gubernamentales ofrece alternativas casi ilimitadas para el abuso. Estas se rankean desde la corrupción de funcionarios hasta formas más sutiles de influencia impropia sobre dichos funcionarios. Sin embargo vamos a concentrarnos aquí primariamente en la oposición a la entrada al mercado por medio de instituciones administrativas y judiciales. Como una técnica de predación, el litigio ficticio es teóricamente una de las más promisorias. Litigar, sea frente a una agencia o una corte, puede ser diseñado de manera tal que los gastos para cada una de las partes sean más o menos los mismos. Sin embargo, si, como es usual, la parte buscando entrar en el mercado tiene la carga de avanzar con las pruebas, los gastos de litigio podrían ser más altos para ella. (...) En consecuencia, la empresa resistiendo la entrada al mercado por medio de litigio ficticio puede imponer costos iguales o superiores sobre el entrante y, si este tiene mayores o incluso las mismas reservas, puede tener la posibilidad de agotar al potencial rival.
>
> (…)
>
> El predador no necesariamente espera derrotar la entrada. Podría solo desear retrasarla. El litigio falso se convierte entonces en una útil táctica contra cualquier tamaño de empresa, sin perjuicio de sus reserves relativas, dado que puede valer el precio de litigar, convirtiéndose en la compra de un retraso de uno o varios años de la entrada de un rival en un mercado lucrativo. En tales casos, la predación exitosa no requiere que el predador esté en capacidad de imponer mayores costos en su víctima,

> que el predador tenga mayores reservas que la víctima o que el predador tenga un mayor acceso a capital que la víctima. Ninguna otra técnica de predación es capaz de escapar a todos estos requerimientos y los hechos indican tanto el peligro como la probabilidad de prelación mediante el mal uso de procedimientos gubernamentales.
>
> Esta forma de predación es particularmente insidiosa porque tiene una visibilidad relativamente baja desde el punto de vista de la legislación antimonopolios. Las agencias a cargo de poner en vigencia las normas de libre competencia han estado preocupadas por el mítico peligro de las fusiones, las restricciones verticales y los precios predatorios. El hecho que muchas batallas peleadas contra agencias como las que están a cargo de la zonificación estén marcadas con restringir la entrada al mercado, no ha sido notado. Como mucha de esta predación ocurre a niveles locales mediante el mal uso de procedimientos estatales o municipales, las víctimas suelen ser pequeños negocios sin ninguna o muy poca idea de la posible protección que puede dispensarle el derecho antimonopolios.» [2]

Así, el asunto se agrava si se tiene en cuenta que mientras el entrante pelea para obtener ganancias competitivas, derivadas del precio resultante de su entrada, el monopolista pelea para defender su ganancia monopólica, la que es evidentemente superior a la que obtendrá el entrante de tener éxito en su objetivo. Mientras uno pelea por competir, el otro pelea para mantener su monopolio. El «premio» para el éxito de esta batalla legal no es el mismo, no es simétrico. Por tanto el monopolista está dispuesto a gastar mucho más recursos en su objetivo de impedir o retrasar la competencia. Incluso no importa el nivel de recursos disponibles para cada una de las partes. Lo que alguien está dispuesto a invertir en un negocio está en relación al cálculo de sus flujos futuros en dicho negocio. El entrante tendrá flujos derivados de un margen competitivo, mientras el monopolista invierte por flujos derivados de un margen monopólico. Por ello está dispuesto a invertir más.

A esto se agrega por un lado, que la empresa monopólica, por estar establecida y operando en un mercado, cuenta con una red de vinculaciones que de alguna u otra forma, le facilitan llevar adelante sus encubiertos propósitos de evitar la competencia.

Es, por tanto, una lucha desigual en la que el monopolista tiene todo que ganar y el entrante todo que perder. Ello explica por qué, en este caso, hemos tipificado esta práctica como un caso de abuso de posición de dominio, dada la diferencia de incentivos y recursos disponibles entre el monopolista y el entrante, y a su vez el por qué es indispensable la intervención

---

2. Bork, Robert H.; The Antitrust Paradox ,1993. P. .347-348

de la agencia de competencia justamente para contrarrestar estas diferencia y «allanar la cancha» para una competencia justa.

## II. LOS LIMITES DEL DERECHO DE ACCIÓN Y PETICIÓN

Si bien es cierto que una empresa puede legítimamente tratar de influir a los organismos públicos o a los jueces para que adopten decisiones que le beneficien directamente -a través de una petición que busca la adopción o modificación de una regulación determinada, o mediante una denuncia o demanda que busca la aplicación de un dispositivo determinado-, cuando dicha conducta carece de fundamento legal o no resulta razonable y tiene el deliberado propósito de distorsionar la competencia -por ejemplo, retrasando o encareciendo el costo de acceso al mercado de otros competidores-, dicha conducta constituye una práctica predatoria.

Sobre el particular, Francisco HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ[3] señala:

> «En los Estados Unidos, donde la jurisprudencia relativa a estas prácticas es muy rica, el Tribunal Supremo llegó a establecer la inmunidad de este tipo de conductas en el Derecho Antitrust con excepción de aquellas que dirigidas de forma ostensible a influenciar la acción del gobierno, sean una mera apariencia para encubrir lo que no es mas que un intento de interferir las relaciones comerciales de un competidor» (el subrayado es nuestro)

Y es que si bien es cierto que en una sociedad democrática existe el derecho de cualquier ciudadano de formular peticiones a las autoridades gubernamentales con el objeto de obtener o alcanzar algún beneficio con la regulación que ellos aprueben, de ello no se deriva el derecho de los ciudadanos o agentes económicos de formular peticiones cuyo único propósito sea el perjudicar a su competencia. Claramente ello constituiría un abuso del derecho constitucional de petición, tal como señala Vega-Penichet López:

> «Si el ejercicio de una acción judicial sin 'iusta causa litigantis' puede constituir, en general, un abuso contrario a derecho es lógico pensar que cuando tal acción se realice por una empresa con posición de dominio y produzca efectos anticompetitivos en el mercado español, tal actuación podrá constituir un abuso de posición dominante contrario al artículo 6 de la Ley 16/89.»[4] (el subrayado es nuestro)

---

3. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco. Precios Predatorios y Derecho Antitrust. Editorial Marcial Pons, Madrid 1997. p. 60.

4. VEGA-PENICHET LOPEZ, Luis. «Ejercicio abusivo de acciones judiciales. Un posible abuso de posición dominante». En *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. p. 29.

Siendo ello así, como lo destaca Álvarez Carreño, sancionar a una empresa que usa estas estrategias para obstruir el desarrollo de la competencia en un mercado determinado, no vulneraría ningún derecho constitucional de los agentes afectados:

> «(...) en el caso que el ejercicio del derecho de petición no represente un genuino ejercicio de derechos para la participación política de los ciudadanos en el sentido de no aspirar a conseguir de los poderes públicos la reparación de un agravio del peticionario, sino que, por el contrario, el ejercicio del derecho constitucional supone una mera excusa para infringir daños a un competidor en el mercado, en ese caso, entrará en juego la excepción por fraude. En definitiva, no estaríamos en presencia del ejercicio de ningún derecho constitucional sino en presencia de una actividad contraria al principio de libre competencia sancionado por la legislación antitrust.»[5] (el subrayado es nuestro)

No puede confundirse el ejercicio del derecho de petición con el abuso de tal derecho. En ese sentido, la diferencia es clara, tal como señala Santiago M. Álvarez Carreño:

> «La frontera entre la litigación protegida y la que no lo está se cruza, en definitiva, cuando la finalidad del particular no es ganar un juicio favorable frente a un competidor sino dañarle e impedir a otros, con la propia utilización de procedimientos judiciales o administrativos, con independencia del resultado de los mismos, la posibilidad de utilizarlos»[6].

Y complementando esto último el mismo autor señala:

> «En este sentido, cuando los particulares se hayan implicado en actividades notoriamente corruptas, tales como sobornos o falsedades, o cuando hayan utilizado los procedimientos legales con el objeto de dañar a sus víctimas, sus competidores económicos, y no para conseguir la reparación o resolución que el procedimiento invocado podría ofrecerles, se verán desprovistos de la protección que el ejercicio del derecho de petición ofrece («sham exception»)» (el subrayado es nuestro)[7].

Dicho de otra manera, la utilización de los procedimientos gubernamentales con propósitos anticompetitivos no se encuentra cubierta con la inmunidad que se deriva del ejercicio regular del derecho constitucional

---

5. Alvarez Carreño, Santiago M. *El Derecho de Petición. Estudio de los sistemas español, italiano, alemán, comunitario y estadounidense*. Granada, 1999. p. 358-359.

6. Ibid, . p. 362.

7. Ibid p. 346.

de petición. Sostener lo contrario implicaría no sólo desnaturalizar el derecho de petición mismo, sino además implicaría el otorgamiento de una protección indebida a conductas cuyo desarrollo debería ser desincentivada.

Como se verá en el presente caso, la situación es mucho más grave. No estamos sólo frente al caso de ejercicio abusivo por parte del monopolista de su propio derecho de petición, sino el uso indebido e ilegítimo del derecho de petición de terceros, que actúan manipulados por un monopolista que no da la cara, es decir que «lanza la piedra y oculta la mano», tras la apariencia de otros que, supuestamente, actúan independientemente, pero que en realidad son títeres del primero.

Tal como se señala más adelante, dicha forma de conducta agrava la situación, muestra más claramente el carácter abusivo de la conducta y refleja constituye un indicio adicional de su carácter ilícito, pues si fuera lícita la conducta no habría razones para ocultarse tras la cara de terceros.

En otras palabras, las usuales dificultades que se presentan para demostrar que se ha abusado del derecho de petición en los casos comunes de prelación mediante el uso de procedimientos gubernamentales o legales, se simplifican tremendamente en un caso como este. Efectivamente cuando la propia empresa que compite en el mercado es la que inicia los procesos legales que se cuestionan como conducta anticompetitiva, es sumamente difícil discernir si se está actuando con una intención de restringir la competencia o si se está actuando efectivamente en defensa de un derecho e interés sincero.

Sin embargo, de demostrarse que terceros actúan manipulados por la empresa y en interés de esta, alegando aparentes intereses de terceros, la confusión entre el interés legítimo y el ilegítimo desaparece, y queda claro que la intención es limitar la entrada del competidor. Así, por ejemplo, si terceros inician acciones ambientales, alegando su interés de que el medio ambiente sea defendido, y se descubre que en realidad no son esos terceros los que actúan, sino que es una empresa competidora quien organiza, prepara, financia y subrepticiamente ejecuta las aparentes acciones ambientales, entonces el argumento de la legitimidad de la acción desaparece. La principal prueba de ello es la propia actitud de la empresa de ocultarse en las acciones de otros, lo que muestra su intención de ocultar cuales son los verdaderos intereses que la motivan. Es su actividad subrepticia la que demuestra la ilegitimidad de su conducta y por tanto deja en evidencia el carácter abusivo de su acción.

## III. LA JURISPRUDENCIA EXTRANJERA.

La utilización fraudulenta o abusiva de procedimientos gubernamentales, definida por la Corte Suprema Norteamericana como acciones «*dirigidas*

*de forma ostensible a influenciar la acción del gobierno, [que] sean una mera apariencia para encubrir lo que no es más que un intento de interferir en las relaciones comerciales de un competidor»*[8], constituye una conducta que ha sido tipificada y sancionada como una práctica predatoria por diversas jurisdicciones.

En el marco de la discusión sobre los límites de la inmunidad respecto de la aplicación de la regulación de competencia a ciertas conductas que involucran la formulación de peticiones a diversas reparticiones del gobierno, la Corte Suprema Norteamericana ha declarado la existencia de ciertas circunstancias en las que la utilización de los procesos gubernamentales o legales no debe quedar exenta de la aplicación de las normas antitrust – la denominada «s*ham exception»,* doctrina establecida en el caso *Noerr*[9].

Así, en la sentencia del caso *Noerr* la Corte señaló lo siguiente:

> «Pueden presentarse situaciones en las que una campaña publicitaria orientada a influir en la acción pública, sea solamente un fraude para encubrir lo que en realidad es un intento de interrumpir directamente en las relaciones comerciales de un competidor y, en ese caso, la aplicación de la Sherman Act resultaría justificada».
>
> En la misma línea, la Corte señaló en el caso California Motor Transport Co. vs. Trucking Unlimited que «los intereses protegidos por la Primera Enmienda en relación con la litigiosidad privada no se defienden cuando el litigio está fundado en falsedades intencionales o en reclamaciones conscientemente frívolas. Más allá, toda vez que el litigio fraudulen-

---

8. Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc . 365 US 127 (1961).

9. 365 U.S. 127 (1961). En este caso un grupo de transportistas denunció a un grupo de empresarios ferroviarios por haber trasgredido las normas de libre competencia. Dicha trasgresión se habría producido como consecuencia de una campaña publicitaria desarrollada por las empresas ferroviarias cuyo objetivo era el que los transportistas pagasen mayores impuestos y que el Gobierno adopte ciertas modificaciones respecto de la regulación de transporte, como por ejemplo respecto del peso de carga permitido. Los denunciantes señalaron que la actuación de los empresarios ferroviarios tenía como verdadero objetivo el monopolizar el transporte de carga de larga distancia, intentando por ello se logren modificaciones a la regulación existente.

   Si bien en este caso la Corte Suprema Norteamericana resolvió que no se había producido ninguna violación del Sherman Act, ésta estableció claramente que los derechos de acción y petición no siempre servirán como una protección a la aplicación de la Sherman Act, pudiendo sancionarse aquellos supuestos en los cuales el ejercicio de tales derechos sea «solamente un fraude para encubrir lo que en realidad es un intento de interrumpir directamente en las relaciones comerciales de un competidor».

> to no incluye, por definición, un reclamo de buena fe, no se encuadra en el derecho de petición de los ciudadanos de la Primera Enmienda» [10].

Adicionalmente, en el referido caso la Corte Suprema señaló:

> «(...) las conductas inmorales en el proceso tienen como resultado frecuente la imposición de sanciones. El falso testimonio de testigos es un ejemplo. El uso de una patente obtenida mediante fraude para excluir a un competidor del mercado puede implicar una violación de las leyes de competencia (…) El soborno de un funcionario público encargado de otorgar una licencia con la finalidad de eliminar a un competidor puede constituir igualmente una infracción a las normas de libre competencia. (…) Existen otras formas de prácticas ilegales y reprimibles que pueden corromper los procedimientos administrativos o los procesos judiciales y que pueden resultar en violaciones a las normas de competencia» [11].

Así, las Cortes Americanas han determinado que las conductas que impliquen el desarrollo de actividades corruptas -como por ejemplo el soborno, declaraciones falsas[12] o, en general, la utilización de los procedimientos gubernamentales con el deliberado propósito de causar daño a un competidor más que para alcanzar la satisfacción de un derecho determinado, no serán comprendidas dentro de la inmunidad respecto de la aplicación de la regulación de competencia (Caso *Noerr)*. Dichas conductas amenazan el funcionamiento de ciertas instituciones públicas y de ninguna manera pueden merecer la inmunidad contra el derecho de la competencia.

---

10. 404 U.S. 508 (1972) Citado por ALVAREZ CARREÑO, op cit. p. 359, 343. «En el presente caso, catorce empresas de transportes por automóvil (motor carriers) demandaron a otras diecinueve porque estas habían conspirado para monopolizar el negocio en el transporte de mercancías mediante la iniciación de procedimientos administrativos y judiciales, ante instancias tanto estatales como federales, con el fin de oponerse a las solicitudes de los demandantes para obtener la concesión de derechos de transporte en el estado de California. El Tribunal Supremo, rechazando los argumentos según los cuales la doctrina establecida en Noerr sólo protege el ejercicio del derecho de petición ante el Legislativo o el Ejecutivo pero no ante los tribunales ni ante órganos administrativos decisorios (*adjudicative bodies*), estableció claramente, que «…mantener que grupos con intereses comunes no podrían, sin violar las leyes antitrust, utilizar los canales y procedimientos de las agencias estatales y federales para defender sus asuntos y puntos de vista en relación a la resolución de sus intereses con respecto a sus competidores destruirá los derechos de asociación y de petición»»
11. California Motor Transport Co. et al. v. Trucking Unlimited et al. 404 U.S. 508.
12. Israel vs. Baxter Laboratorios Inc. – sentencia del tribunal de Columbia - 466 F2d 272 (D.C. Cir. 1972)

La jurisprudencia europea se enmarca dentro del mismo criterio. En una reciente resolución, el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas confirmó el criterio asumido por la Comisión de las Comunidades Europeas en el sentido que -bajo determinadas circunstancias- el inicio de procedimientos judiciales por una empresa con posición de dominio puede configurar una infracción a la regulación de competencia –artículo 86 del Tratado de Roma-[13].

En la resolución sometida a revisión por la Corte, la Comisión estableció (mayo de 1996)[14] las circunstancias en las que el ejercicio de una acción judicial por una empresa en posición de dominio constituye un abuso de posición dominante. Para la Comisión:

> «(…) el hecho de ejercitar una acción judicial, expresión del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, no puede calificarse de abuso, a menos que la empresa en posición dominante ejercite acciones judiciales: (i) de las que no pueda considerarse razonablemente que tenga por objeto hacer valer sus derechos y que, por tanto, solo puedan servir para hostigar a la parte contraria, y (ii) que estén concebidas en el marco de un plan cuyo fin sea suprimir la competencia.»

La Corte, luego de resaltar la importancia de garantizar el derecho de acción de los ciudadanos y el carácter excepcional de la práctica[15], se limitó

---

13. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta ampliada) de 17 de julio de 1998. ITT Promedia NV contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto T-111/96. En este caso, la empresa Belgacom S.A. contaba con la exclusividad en la prestación del servicio de telefonía fija en Bélgica. Durante más de 20 años Belgacom mantuvo una relación comercial con la empresa ITT Promedia NV, en virtud de la cual la autorizaba a editar sus guías telefónicas. Dicha relación comercial concluyó en el año 1994, con la decisión de Belgacom de editar sus propias guías telefónicas. En este contexto, ITT Promedia NV planteó una denuncia en contra de Belgacom por haber entablado con temeridad una serie de acciones judiciales en su contra ante los tribunales belgas, los mismos que tenían como finalidad hostigarla e impedir su mantenimiento en el mercado.

14. Decisión no publicada en el DOGE, relativa a la denuncia IV735.268 presentada el 20 de Octubre de 1994 por ITT Promedia NV, comunicada a la demandante mediante carta de 21 de Mayo de 1996.

15. En el parágrafo 60 de la referida resolución se señala lo siguiente: «En primer lugar, debe subrayarse, como lo ha hecho con acierto la Comisión, que la posibilidad de hacer valer los derechos propios en vía judicial y el control jurisdiccional que ello implica es la expresión de un principio general del Derecho que es básico en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y que fue igualmente consagrado por el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (véase

a evaluar si dichos criterios habrían sido correctamente aplicados por la Comisión a los hechos materia del proceso[16]. De esta manera, la Corte ratificó la posibilidad de sancionar como una práctica anticompetitiva el inicio de procedimientos judiciales que forman parte de una estrategia predatoria destinada a eliminar del mercado a un competidor.

Por su parte, el Tribunal de Competencia Canadiense en el asunto «Laidlaw» (*Director of Investigation and Research vs Laidlaw Waste Systems Ltd)* calificó de abuso de posición dominante la conducta consistente en la amenaza y/o interposición de acciones judiciales sin justificación alguna con la finalidad de incrementar costos de transacción a sus competidores y de facilitar una clara señal al mercado de que haría lo mismo con cualesquiera nuevos entrantes[17].

En su resolución, el Tribunal Canadiense (Reason for Order)[18] señaló lo siguiente:

---

la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 1986, Johnston, 222/84, Rec. p. 1651, apartados 17 y 18). Dado que la tutela judicial es un derecho fundamental y un principio general que garantiza el respeto del Derecho, únicamente en circunstancias excepcionales el ejercicio de una acción judicial podrá constituir un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado.»

16. Comentando la Resolución de la Comisión, la Corte señaló lo siguiente:

«55. Pues bien, por una parte, la Comisión explica que, para poder determinar los casos en que tal acción judicial es abusiva, estableció dos criterios acumulativos en la decisión impugnada: es preciso, en primer lugar, que no pueda considerarse razonablemente que la acción judicial tiene por objeto hacer valer los derechos de la empresa de que se trate y que, por tanto, dicha acción sólo pueda servir para hostigar a la parte contraria y, en segundo lugar, que esté concebida en el marco de un plan que tenga como fin suprimir la competencia (en lo sucesivo, «dos criterios acumulativos de la Comisión» o «dos criterios acumulativos»).

56. El primero de los dos criterios significa, según la Comisión, que la acción judicial debe carecer manifiestamente de todo fundamento desde un punto de vista objetivo. El segundo indica, por su parte, que la acción judicial debe tener por objeto la eliminación de la competencia. Ambos criterios deben reunirse para que se demuestre la existencia de un abuso. El hecho de ejercitar una acción judicial improcedente no puede por sí mismo constituir una infracción del artículo 86 del Tratado, a menos que dicha acción persiga una finalidad contraria a la competencia. Análogamente, si se puede considerar razonablemente que una acción judicial representa un intento de hacer valer derechos frente a competidores, no podrá constituir un abuso, independientemente de que pueda inscribirse en un plan destinado a eliminar la competencia.»

17. Vega Penichet Lopez, Luis. Op cit. p. 28.

18. CT-91/2. The Director of Investigation and Research vs. Laidlaw Waste Systems Ltd. (20/01/2002).

> «Nadie puede apreciar la evidencia existente respecto del uso del litigio y su amenaza sin tener una sensación de indignación. El demandante usó su mayor tamaño y sus recursos económicos junto con la amenaza del litigio para prevenir el cambio de sus clientes hacia sus competidores. Inició litigios fraudulentos y efectuó amenazas de litigio contra sus competidores a fin de eliminarlos o intentar eliminarlos del mercado mediante el incremento de sus costos de negocio. Este es definitivamente un comportamiento predatorio. […] Sería esperable que cuando una corte tome conocimiento de este tipo de utilización opresiva del sistema legal ella debería cuando menos estar preparada para otorgar al defendido la completa indemnización de sus gastos.» (el subrayado es nuestro)

Si algo queda claro de la revisión anterior es que, de manera consistente, distintas jurisdicciones han sancionado y vienen sancionando la utilización indebida de procesos judiciales como una práctica anticompetitiva.

## IV. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA PERUANA

En lo que se refiere a la legislación y jurisprudencia nacional, existen varios procedimientos en los que expresamente se ha reconocido como una práctica sancionable la utilización indebida de procedimientos judiciales.

Un ejemplo es la Resolución Nº 057-96-INDECOPI/CLC del 8 de abril de 1995, que resuelve la denuncia presentada por LEBAR S.A. en contra de Asesoría Comercial S.A. y la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicios del Perú, por presuntas prácticas restrictivas de la competencia cometidas en el proceso de instalación de la estación de servicios de propiedad de la primera.[19]

En el caso de referencia, LEBAR suscribió un contrato de concesión con la Municipalidad de Lima Metropolitana para la construcción y explo-

---

19. En el caso de referencia LEBAR suscribió un contrato de concesión con la Municipalidad de Lima Metropolitana para la construcción y explotación, en un terreno de su propiedad, del proyecto denominado «La Alameda de Javier Prado», que incluía entre otros la construcción de una estación de servicios para la venta de combustibles.

    En dicho contexto, la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicio del Perú - AGESP presentó una serie de recursos tanto a las Municipalidades de Lima y La Victoria como a la Dirección General de Hidrocarburos con el propósito de evitar que se construya el grifo de LEBAR.

    En marzo de 1995, LEBAR denunció a Asesoría Comercial S.A., propietaria de diversos grifos en Lima, y a AGESP por haber concertado entre sí y con distintas empresas y entidades para iniciar diversas acciones judiciales y administrativas con el propósito de impedir la instalación y puesta en funcionamiento del grifo de LEBAR.

tación, en un terreno de su propiedad, del proyecto denominado «La Alameda de Javier Prado», que incluía entre otros la construcción de una estación de servicios para la venta de combustibles.

En dicho contexto, la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicio del Perú - AGESP presentó una serie de recursos tanto a las Municipalidades de Lima y La Victoria como a la Dirección General de Hidrocarburos con el propósito de evitar que se construya el grifo de LEBAR.

En marzo de 1995, LEBAR denunció a Asesoría Comercial S.A., propietaria de diversos grifos en Lima, y a AGESP por haber concertado entre sí y con distintas empresas y entidades para iniciar diversas acciones judiciales y administrativas con el propósito de impedir la instalación y puesta en funcionamiento del grifo de LEBAR.

En su Resolución la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI señaló expresamente:

> «(…) el abuso de procedimientos gubernamentales (administrativos o judiciales) puede ser considerado como una práctica prohibida susceptible de ser comprendida dentro de la legislación que sanciona las prácticas restrictivas de la libre competencia –Decreto Legislativo 701 –.»

En dicha oportunidad, la Comisión identificó el «abuso de procedimientos gubernamentales» como la utilización deliberada de dichos procedimientos con el único propósito de impedir o retrasar el acceso al mercado de otros competidores –*»(…) la intención de utilizar los procedimientos gubernamentales con el único propósito de suprimir la competencia, impidiendo el acceso al mercado de LEBAR;»*–. De dicha definición se puede extraer que el factor que determinaría la ilegalidad de la práctica es la «'intención predatoria» de quien utiliza los procedimientos gubernamentales.

En cuanto a lo que debe entenderse por «procedimientos gubernamentales», la Comisión señaló de manera explícita que se encuentran comprendidos dentro de dicha definición los procedimientos administrativos y judiciales. En el mencionado caso se analizaron una serie de procedimientos y acciones adoptadas por la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas. Entendemos así que, dentro del concepto de «procedimientos gubernamentales» encontramos todos aquellos procedimientos –por excelencia los procedimientos judiciales, más no sólo ellos– en los que el Estado adjudica o retira derechos a los particulares.

Finalmente, tal y como habría sido definida por la Comisión, entendemos que el 'abuso de procedimientos gubernamentales' es una práctica que en principio no requeriría que la empresa que desarrolla la práctica cuente con poder de mercado –en el procedimiento mencionado se analiza dicha

práctica en relación a una empresa que carece de una posición de dominio en el mercado-. Sin embargo, entendemos que la existencia de posición de dominio, si bien no es un factor determinante para la configuración de la infracción, es un factor que puede determinar en gran medida las posibilidades de éxito de la práctica, así como la gravedad de sus efectos en el mercado. A nuestro entender, el uso de una estrategia predatoria de este tipo es mucha más seria y requiere una intervención mucho más enérgica de la autoridad, cuando quien la desarrolla cuenta con posición de dominio en el mercado.

En un pronunciamiento la Sala de Defensa de la Competencia ha tenido oportunidad de analizar la utilización indebida de los procesos gubernamentales como parte de una estrategia anticompetitiva.

Se trata de la Resolución No. 131-2003/TDC-INDECOPI, recaída en el procedimiento seguido por Maersk Perú S.A. contra la Asociación Peruana de Prácticos Marítimos y otros por prácticas restrictivas de la libre competencia. En dicha oportunidad, el denunciante argumentó que las empresas denunciadas habrían ejercido presión o intimidación sobre determinados agentes para el logro de determinados objetivos anticompetitivos mediante el ejercicio de acciones judiciales (acciones de amparo y penales).

En dicha resolución, la Sala dejó a salvo el derecho de acción de los administrados pero en forma alguna rechazó la posibilidad de que se cometan prácticas anticompetitivas en abuso de dicho derecho. Así, con referencia a la denuncia señaló que:

> «La acusación (…) está relacionada con un presunto ejercicio abusivo del derecho de acción por esta última empresa. Cabe señalar que, el abuso del derecho no se encuentra amparado por el ordenamiento nacional sino, más bien, es rechazado y se encuentra prohibido» [20].

Luego de dejar a salvo el derecho de acción de los administrados así como los límites de dicho derecho, al evaluar «*el presunto uso de mecanismos intimidatorios para el mantenimiento de una «Decisión» (…) lo cual produciría una distorsión en el grado de competencia en dicho mercado*», la Sala reconoció la

20. En lo que se refiere al abuso del derecho, la Sala precisó que «El abuso del derecho consiste en un acto en principio lícito - formalmente constituye el ejercicio de un derecho subjetivo - pero que atenta contra la armonía de la vida social y contraría el espíritu o los principios del Derecho durante su ejecución. Es, por tanto, un abuso que se configura en el ejercicio de un derecho. Al tratarse de una institución límite como el abuso del derecho, esta Sala considera que no bastan meros indicios o presunciones para constatarlo sino que debe probarse suficientemente la ocurrencia de un ejercicio abusivo del derecho.»

posibilidad de establecer una sanción a las conductas que impliquen el uso abusivo de acciones judiciales como estrategia anticompetitiva.

Así, la Sala expresamente señaló lo siguiente:

> «El Decreto Legislativo N° 701 es una norma promotora de la libre competencia. La competencia es un bien jurídico protegido directamente por el ordenamiento nacional, por ello, el espíritu del Decreto Legislativo N° 701 es contrario a tolerar prácticas restrictivas de la libre competencia, tales como el sostenimiento de una «Decisión» que reduce el grado de competencia mediante mecanismos artificiales e ilícitos, tales como la intimidación.»

Más adelante en la misma resolución la Sala concluye:

> «Luego de un análisis riguroso de los hechos señalados líneas arriba, esta Sala considera que no se ha logrado probar en forma suficiente, precisa y coherente que la «Decisión» (…) incluyera, como mecanismo de implementación, el uso de medios coercitivos contra aquellos (…) que intentaron romper el monopolio ostentado por (…). En otras palabras, no se ha logrado acreditar que el monopolio que ostenta (…) sea un monopolio sostenido por la intimidación.
>
> No obstante lo señalado en el párrafo precedente, cabe aclarar que, aún en el caso que la «Decisión» estuviera dirigida únicamente a reducir el grado de competencia es decir, que no apuntara al establecimiento directo de un monopolio -, la implementación de aquella «Decisión» por medio de un mecanismo antijurídico como la intimidación constituiría una práctica restrictiva de la competencia. Ello porque se estaría reduciendo efectivamente la competencia a través de la ejecución de una «Decisión» que no es aceptada libremente por los potenciales competidores involucrados. Lo que convertiría a este tipo de «Decisión» en una práctica restrictiva no sería la concentración de la oferta (o de parte de la oferta) en una sola empresa, sino que dicha concentración fuera producto de la coerción, de la negación de la voluntad de parte de aquella oferta de competir independientemente en el mercado.» (El subrayado es nuestro)

Vale la pena anotar que la Sala ha precisado que el «acto de presión» constituye elemento suficiente para determinar la existencia de una práctica restrictiva a la libre competencia, con independencia del grado de competencia que se presente del mercado de que se trate. En ese sentido la Sala señaló lo siguiente:

> «El haber determinado que el objeto y el efecto de la «Decisión» de la APPM fue monopolizar el mercado de servicios de practicaje, sirve como elemento distractor al momento de analizar la naturaleza de la presunta

> presión ejercida por… contra los «prácticos disidentes». A fin de eliminar este elemento distractor, cabe señalar que, hipotéticamente, un acto de presión podría darse en un mercado cualquiera con un grado de competencia distinto al monopólico. Por ejemplo, en un mercado con numerosos competidores, uno de ellos –sin importar su tamaño– podría bloquear la entrada de otros competidores mediante mecanismos antijurídicos como la violencia. El hecho de bloquear la entrada de otros competidores mediante la violencia califica por sí mismo como una práctica restrictiva de la libre competencia, pues es una acción destinada directamente a restringir la competencia en el mercado. Es evidente que en este caso hipotético no califica como abuso de posición de dominio dado que la empresa infractora no ostenta posición de dominio en el mercado». (el subrayado es nuestro)

Reiteramos que si bien los distintos pronunciamientos del INDECOPI permiten sancionar una práctica de este tipo, incluso cuando la misma es desarrollada por empresas que carecen de posición de dominio, la práctica se torna mucho más seria y con más posibilidades de éxito cuando es desarrollada por un monopolista para defender su posición de dominio, lo que conduce a que una práctica de este tipo cruce el umbral del abuso de posición de dominio.

Pero quizás el caso peruano en el que hay un pronunciamiento más claro en relación a considerar el uso de procedimientos legales o gubernamentales como práctica predatoria es el caso de la Asociación Peruana de Operadores Portuarios (APOP) contra Pilot Satation S.A., resuelto por la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI mediante Resolución No. 037-2005-INDECOPI/CLC de fecha 4 de Julio del 2005.[21]

El caso nuevamente involucra acciones referidas al mercado de practicaje marítimo y contemplaba una serie de prácticas, incluía la predación mediante procedimientos legales y administrativos.

En el caso Pilot se había constituido como una empresa que agrupaba a virtualmente todos los prácticos marítimos autorizados a actuar como tales en el puerto del Callao. Pilot los incorporó no solo como socios, sino como miembros del Directorio (en un Directorio inusualmente grande de alrededor de 30 directores). Lo que ocurrió fue que cuando un grupo de prácticos renunció para ejercer competitivamente su actividad frente a Pilot, esta los bombardeó con distintos procedimientos legales de diversa índole con el fin de evitar que pudieran ejercer su actividad, elevándoles los costos de la

21. A la fecha de cierre de la edición de este libro está pendiente de decisión la apelación de la resolución referida, ante el Tribunal del INDECOPI.

misma. Para ello se iniciaron acciones de amparo para impedir que renunciaran a Pilot y prestaran sus servicios competitivamente, acciones penales por fraude en la administración de personas jurídicas y falsificación de documentos contra los «directores» renunciantes» y denuncias y gestiones ante la Dirección General de Capitanías que precisamente autorizaba a los prácticos, pretendiendo que les quitaran sus licencias. Esto en el contexto de comunicaciones internas que daban cuenta que si la formación de Pilot no funcionaba para consolidar el monopolio, debía recurrirse a los Tribunales y de amenazas de represalias. En particular un informe interno de Pilot daba cuenta de la estrategia adoptada por recomendación de los pares mexicanos de los prácticos marítimos:

> «Todos los prácticos son obligatoriamente afiliados al sindicato.
>
> El práctico que intente traicionar al sindicado prácticamente es eliminado, moviéndose todos los elementos legales que en prevención firmó antes de ser práctico, se inicia solicitando la cancelación definitiva de su licencia de la autoridad marítima, adjuntándose un expediente respectivo, si la autoridad se resiste se acude a los tribunales.»

Al resolver el caso la Comisión señaló lo siguiente:

> «Sobre el particular, esta Comisión considera que la empresa denunciada tuvo la intención de obstaculizar o impedir la permanencia en el mercado de los prácticos marítimos que renunciaron a dicha empresa, a través de las acciones legales implementadas. Ello con el propósito, a su vez, de restringir la permanencia y acceso al mercado de las empresas administradoras de prácticos competidores que pretendían entrar al mercado requiriendo para ello los servicios de los referidos prácticos.»

Y luego complementa su razonamiento señalando:

> «(…) esta Comisión reconoce el derecho legítimo de toda persona a solicitar tutela jurisdiccional y a ejercer su derecho de petición administrativa ante los órganos correspondientes; sin embargo, si los procesos judiciales y los procedimientos administrativos interpuestos por la empresa denunciada son desestimados (en su mayoría) por las autoridades competentes, la Comisión en el ámbito de sus competencias puede evaluar y eventualmente concluir de manera objetiva la intención anticompetitiva de una empresa que utiliza innecesariamente dichos mecanismos legales con el único propósito de obstaculizar el acceso o permanencia en el mercado de competidores potenciales o reales, y no el ejercer de manera regular su derecho de acción.»

El Informe No. 010-2005-INDECOPI/ST-CLC, de fecha 18 de Febrero del 2005, que sirvió de sustento a la Resolución de la Comisión precisa

algunos conceptos. Señala que según la doctrina deben analizarse cinco requisitos relevantes para sancionar este tipo de prácticas[22]:

a. La intención de las partes. Define esa intención como una que consiste antes que «(…) obtener un pronunciamiento favorable,(…) impedir o retrasar el ingreso de competidores en el mercado».

b. Los medios empleados. Según ello, incluso «Sin necesidad de tener en consideración la intención, las partes pueden ser encontradas responsables sólo si emplean medios para influenciar en la actuación de las autoridades que son en sí mismos ilegales o reprochables.»

c. El carácter del proceso gubernamental envuelto. La Secretaría señala que «(…) cuanto más abierto, informal y políticamente explícito es el proceso gubernamental que el solicitante utiliza, más amplio es el ámbito de su inmunidad por supuestas tácticas ejercidas para dañar o destruir rivales. Por el contrario, en la medida que el proceso para reunir información y tomar una decisión se hace más formal (p.e. el proceso judicial, el procedimiento administrativo, etc.) la inmunidad de los solicitantes comienza a estrecharse».

d. El carácter de la decisión gubernamental. Señala la Secretaría que si la decisión del funcionario está sujeta a un alto grado de discrecionalidad, no cabe sancionar el acto bajo las reglas de libre competencia. En cambio si sus poderes de decisión están delimitados, si cabe sancionar a quienes indujeron la acción más allá de los poderes de la agencia involucrada. Bajo esta idea si el acto se parece más a una decisión legislativa, es menos probable que pueda ser cuestionado. Pero si el acto tiene unos fines específicos definidos legalmente y el proceso se usa para cumplir fines no deseados, se abre la posibilidad de sancionar la práctica.

e. La generalidad o especificidad del proceso. Según la Secretaría «La inmunidad es propiamente más amplia cuando el objeto del proceso gubernamental iniciado es la emisión de una regla general que cuando la fuerza del gobierno recae sobre derechos específicos de los particulares.»

De lo anterior puede concluirse que existe jurisprudencia a nivel del propio INDECOPI que apunta a identificar como una conducta sancionable, en aplicación del Decreto Legislativo 701, la utilización abusiva de procedimientos gubernamentales que tengan como objeto o efecto distorsionar la competencia en el mercado, sin perjuicio de que su tipificación sea la de una práctica restrictiva de la libre competencia o un caso de posición de dominio.

---

22. Ver páginas 148 a 150 del Informe.

## V. CONCLUSIÓN

Ninguna limitación a la competencia es más seria y difícil de corregir que aquella que se crea manipulando el poder del Estado. Los mercados pueden, con dificultades, luchar contra prácticas monopólicas y contrarrestar, en el largo plazo sus efectos. Ello es mucho más difícil con el mal uso de las potestades públicas. Parafraseando el dicho de «No hay mal que dure cien años», «No hay monopolio que dure 100 años», salvo el que es creado con el uso de potestades públicas.

Parte del problema debería corregirse con el uso de las facultades de la Comisión de Acceso. Creo que se puede afirmar, sin temor a equivocarse, que si de promover la competencia se trata, es la Comisión más importante del INDECOPI.

Pero dicha Comisión puede combatir el uso de facultades de manera ilegal o irracional. Sin embargo, no puede controlar la manipulación de las potestades públicas por los particulares por medio del inicio estratégico de innumerables demandas y denuncias. En un país con las debilidades institucionales que tenemos, en la que las decisiones no son predecibles y la permeabilidad a la influencia indebida y eventualmente a la corrupción es tan notoria, la capacidad de manipular dichas potestades es la mayor amenaza contra el libre mercado. En ese caso, la llamada a actuar es la Comisión de Libre Competencia, que deberá evitar que se creen barreras de acceso mediante procesos legales.

Y el «Abogado del Diablo» existe y está dispuesto a usar el sistema legal para sacar competidores del mercado. Finalmente, su objetivo no es ganar casos sino proteger la posición de dominio de su cliente.

En tiempos en los que se discute distraer recursos en la creación de controles de fusiones, o crear reglas excesivamente discrecionales como las que se pretenden usar para controlar precios abusivos o evaluar carteles con reglas complejas, se están distrayendo recursos para el cumplimiento de las funciones realmente importantes. Es más importante detener al Abogado del Diablo. Una agencia de competencia que renuncie a hacerlo se está convirtiendo en cómplice del «Abogado del Diablo».

# Bibliografía
# Parte VII


— ADRIANO RAFFAELLI, Enrico. «European Union competition policy subsequent to the Airtours case». En: *International Antitrust Law & Policy*. Juris Publishing, Inc. New York. 2003.

— ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo III. Ediar. Buenos Aires. 1956.

— ALVAREZ CARREÑO, Santiago M. *El Derecho de Petición. Estudio de los sistemas español, italiano, alemán, comunitario y estadounidense*. Granada. 1999.

— *Antitrust Guidelines for Competitor Collaborations*. (April 2000).

— AREEDA, Phillip y KAPLOW, Louise. *Antitrust Analysis*. Little Brown and Company. Boston.

— BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham. *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*. Civitas. Madrid. 1992.

— BERCOVITZ, Alberto. *Tratado de la Comunidad Económica Europea*.

— BERENGUER, Luis. «Los derechos de defensa en los procedimientos en materia de competencia». En: *Gaceta Jurídica y de la Competencia de la C.E.* Serie D 27. Madrid. 1999.

— BERNHEIM and WHINSTON. «Exclusive Dealing». En: *Journal of Political Economy*. 106 (1). 1998.

— BESANKO, David y PERRY, Martin. «Equilibrium Incentives for exclusive dealing in a differentiated products oligopoly». En: *RAND Journal of Economics* 24 (4). 1993.

— BISHOP, Simon y WALTER, Mike. *The Economics of EC Competition Law*. Sweet & Maxwell. 1999.

— BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*. The Free Press. New York. 1993.

— BORNKAMM, Joachim. «Judicial control and review of antitrust administrative authorities». En: *International Antitrust Law & Policy*. Juris Publishing Inc. New York. 2003.

— BOZA, Beatriz (editor), «INDECOPI: Why isn't a regulatory body?» En: *The role of the State in competition and intellectual property policy in Latin America: Towards an Academic Audit of INDECOPI*. PromPerú. 2000.

— BULLARD, Alfredo y FALLA, Alejandro. «El Abogado del Diablo: El Abuso de Procesos Legales como Práctica Anticompetitiva». En: *Ius Et Veritas* 30. 2005.

— BULLARD, Alfredo y FALLA, Alejandro. «La Mujer del César... ¿Son los Acuerdos de Compras Conjuntas Ilegales según las Normas de Libre Competencia». En *Themis*, Revista de Derecho. 45. 2002.

— BULLARD, Alfredo y FALLA, Alejandro. «Prohibido Prohibir: El Fantasma de los Precios Sugeridos y la Fijación de Precios de Reventa en el Derecho de la Competencia» En: *Ius Et Veritas* 25. 2002.

— BULLARD, Alfredo. «Competir o no dejar competir. He ahí el dilema. Las prácticas predatorias y el abuso de posición de dominio» En: *Themis*, Revista de Derecho 37. 1998.

— BULLARD, Alfredo. «Las Concertaciones de Precios y la Protección a los Consumidores». En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. Serie Derecho. 1998

— BULLARD, Alfredo. «Los Monopolios en la Constitución: Entre el Mito y la Verdad». En: *Derecho y Sociedad* 8-9. 1994.

— BUSTAMANTE, Reynaldo. *El derecho a probar*. Ara Editores. Lima. 2001.

— CARLTON Dennis W. y PERLOFF, Jeffrey M. «Modern Industrial Organization». Editorial Harper Collins. 2da Edición. 1994.

— CASES PALLARES, Luis. *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*. Escola D´ Administració Pública de Catalunya. Marcial Pons. Madrid. 1995.

— CASES PALLARES, Luis. *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*. Marcial Pons. 1995.

— CHOI, Jay Pil. «Antintrust Análisis of Tying Arrangements». *CESifo Working Paper* Nº 1336. Noviembre 2004. En: www.cesifo.de

— CONRATH, Craig. *Practical Handbook of Antimonopoly Law. Enforcement for an Economy in Transition, OECD World Bank, A framework for the design and implementation of Competition Law and Policy*. Estados Unidos. 1998.

— BULLARD, Alfredo. «El Regreso del Jedi (o de la Discrecionalidad en la Aplicación de las Normas de libre Competencia)». En: *Themis*, Revista de Derecho 47. 2003.

— COPPERWELD. *A Report on Canada's Conspiracy Law: 1889-2001 and Beyond*. Macleod Dixon. Toronto. Agosto 2001.

— CRAIG CONRADTH: *Guía Práctica Para la Ejecución de la Ley Antimonopolio para una Economía en Transición*. Colombia. 1998.

— DE LEÓN, Ignacio. «Una Nueva Perspectiva Jurídica y Económica de los Carteles de Precios» En: *Materiales de Lectura del Seminario Competencia y Regulación*, organizado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Estudio Hernández y Rosselló Abogados. 18 de Agosto del 2003.

— DELLEPIANE, Antonio. *Nueva Teoría de la Prueba*, Novena edición. Temis. Bogotá. 1989.

— DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de Pruebas Judiciales*. T. II. Rubinzal y Culsioni. Santa Fe. 1984.

— DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo II. V.P. de Zavalía. Buenos Aires. 1981.

— Entrevista a William E. KOVACIC y Antonio CREUS. «El Derecho de Competencia Tienes que Formar Parte de la Constitución Económica de un Estado» En *Themis*, Revista de Derecho 51. 2005.

— FALLA JARA, Alejandro. «Zapatero a tus Zapatos» En: *Perú Económico*, Volumen XXVI. Número 3. Marzo 2002.

— FREUD, Sigmund. *Obras completas*. T. VIII. Biblioteca Nueva. Madrid. 1974.

— GARCÍA CALDERÓN, Francisco. *Diccionario de la Legislación Peruana*. 2ª edición. Paris/Lima.

— *Glosario de Términos Relativos a la Economía de las Organizaciones Industriales y a las Leyes sobre Competencia*. Banco Mundial. 1996.

— D.G. GOYDER: *EC Competition Law*.

— GUERRIN M., Kyriazis, G. «Carteles: Aspectos procesales y probatorios». En: *Gaceta Jurídica y de la Competencia de la C.E.* Serie D-21. Madrid. 1994.

— HARO, José Juan. «Contra los Excesos de la Regulación Económica. Sobre Monopolios Naturales, Instalaciones Esenciales y Otros Fantasmas». En *Themis*-Revista de Derecho 50. 2005.

— HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco. *Precios Predatorios y Derecho Antitrust*. Editorial Marcial Pons. Madrid. 1997.

— http://www.INDECOPI.gob.pe/upload/tribunal/sdc/2005/expomotivos-enero2005.pdf Consulta efectuada el 28 de abril de 2005.

— JACOPSON, J.M. y DORMAN, G. «Joint Purchasing, Monopsony and Antitrust». *The Antitrust Bulletin*. Spring 1991.

— «Justice Department Merger Guidelines». En: *The Bureau of National Affairs*, Inc. Suplemento Especial. Washington D.C.

— KOVACIC, William. «The identification and proof of Horizontal Agreements under Antitrust Law». *Antitrust Bulletin.* Volumen XXXVIII. Número 1. Primavera, 1993.

— KRESALJA, Baldo. «La Reserva de Actividades Económicas a Favor del Estado y el Régimen de los Monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993». En *Ius et Veritas* 22.

— «Las Normas de Protección de la Libre Competencia en el Perú» En: *Anuario de la Competencia. Fundación ICO*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid. Barcelona. 1999.

— LEGUISOAMON, Hector. *Las presunciones judiciales y los indicios*. De Palma Editores. Buenos Aires. 1991.

— MATHEWSON, G.F y WINTER, R.A.. «The competitive effects of Vertical Agreements: Comment». *American Economic Review*. 77. 1987.

— MC CARTHY TETRAUL. «Proposed Amendments to Section 45 of the Competition Act». August 2001.

— MORON, Juan Carlos. *Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica. Lima. 2002.

— ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT –OECD- *Hard Core Cartels. Recent Progress and Challenges Ahead*. 2003.

— PABÓN GÓMEZ, Germán. *Lógica del Indicio en Materia Criminal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. Bogotá. 1994.

— PARRA QUIJANO, Jairo. «Dictamen sobre el concepto sobre prueba indiciaria enrostrada por CONASEV a Bavaria S.A. y Cheswick Comercial S.A. Bogota». 30 de octubre del 2002.

— PAULIS, Emil. «Checks and balances in the EU antitrust enforcement system». En: *International Antitrust Law & Policy*. Juris Publishing Inc. New York. 2003.

— PERLOFF, Jeffrey y DENNOS, Carlton. *Modern Industrial Organization*. Harper Collins College Publishers. New York. 1994.

— PILAT, Dirk. «Regulation and performance in the distribution sector». *OECD Economics Department Working Papers* No. 180. 1997. En: www.oecd.org

— POSNER, Richard A, y EASTERBROOK, Frank H. *Antitrust. Cases, Economics, Notes and Other Materials*. West Publishing Co. Segunda Edición. St. Paul. 1991.

— POSNER, Richard. *Antitrust Law*. The University of Chicago Press. Chicago. 1976.

— PRIORI POSADA, Giovanni. *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*. ARA Editores. 2da. Edición. Lima. 2002.

— RASMUSEN, Eric; RAMSEYER J. Mark y WILEY Jr., John. «Naked Exclusion», En *American Economic Review*. 81 (5). 1991.

— RIVES SEVA, Alfonso. *La prueba en el proceso penal*. Pamplona. 1996.

— ROSS, Stephen. *Principles of Antitrust Law*. The Foundation Press. New York 1993.

— RUBIO, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo I. Fondo Editorial de la Pontifica Universidad Católica del Perú. Lima. 1999.

— SALOP, S. y D. SCHEFFMAN. «Raising Rival Costs» En: *American Economic Review* No. 73. 1983.

— SALOP, Steven and SCHEMAN, David. «Rising Rival Costs». En: *American Economic Review* 73(2). 1983.

— SAN MARTÍN, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. II. Grijley. Lima. 1999.

— SCHWARTZ, M. «The Competitive Effects of Vertical Agreements: Comment». *American Economic Review* 77. 1987.

— SCHWARTZ, M. y EISENSTADT, D. *Vertical Restraints*. Economic Policy Office. Antitrust Division. Justice Department. Discussion Paper 82-8. 1982.

— SEGAL, Ilya y WHINSTON, Michael. «Exclusive Contracts and Protection of Investments». *RAND Journal of Economics* 31 (4). 2000.

— *Semana Económica*. Grupo Apoyo. Edición: 985. Setiembre 2005.

— SORIANO GARCÍA, José. *Derecho Público de la Competencia*. Madrid. 1998.

— STEPHEN, Martin. *Industrial Economics. Economics Analysis and Public Policy*. Prentice Hall New Jersey. 1994.

— SULLIVAN, Lawrence y GRIMES, Warrant. *The Law of the Antitrust: an Integrated Handbook*.

— THIERER, Adam y WAYNE, Crew. *What´s Yours is Mine*. 2003.

— URBIZTONDO, Santiago. *La Institucionalidad de los Organismos Reguladores y la Autoridad de Defensa de la Competencia en el Perú: diagnóstico y propuesta de reforma*. BID. Julio 2005.

— VEGA-PENICHET LOPEZ, Luis. «Ejercicio abusivo de acciones judiciales. Un posible abuso de posición dominante». En: *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*.

— VISCUSI, Kip, John VERNON y Joseph HARRINGTON. *Economics of Regulation and Antitrust*. MIT Press. London. 1997.

— WHISH, Richard. *Competition Law*. Lexis Nexis. Quinta edición. London.

— WINSLOW, Ferry. «Legislación y Política de Competencia en el Perú: A peer Review». En: www.oecd.org. Junio. 2004.

# Índice tématico

Análisis costo-beneficio
17, 19, 21, 43, 45, 46, 89, 125, 185, 188, 292, 308, 403, 540, 567, 582, 591, 640, 668, 707, 953, 1128, 1151, 1155.

Análisis Económico del Derecho
16, 17, 18, 25, 32, 33, 34, 35, 36, 41, 43, 51, 69, 70, 82, 83, 92, 100, 116, 123, 124, 125, 126, 163, 262, 263, 269, 332, 406, 535, 541, 695, 696, 697, 827, 885, 897.

Anulación
176, 431, 447, 450, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 463, 464, 470, 473, 486, 487, 489, 490, 495, 496, 1116, 1117

Arbitraje
397, 402, 414, 415, 416, 895, 1062, 1244

Autonomía privada
108, 110, 135-139, 141, 187-189, 192, 194, 196, 197, 199-201, 245, 246, 260, 268, 269, 273, 274, 285, 290, 371, 390, 392, 407, 462, 501, 502, 508, 517, 518, 521, 531, 538, 540, 548, 583, 597, 598, 646, 647, 650, 647, 665, 670, 686, 691, 692, 724, 732, 733, 877, 1020, 1021, 1125, 1126.

Bien (es)
- públicos
26, 35, 120, 155, 158, 159, 208, 212, 213,
215, 216, 248, 588, 589, 855, 857,

858, 860, 862-866, 868, 869, 871,-873, 875-881, 884, 887, 890, 892, 893, 895, 896, 925.
- privados
158, 208, 213, 216, 855, 857, 860, 862-864, 866, 872, 875-877, 879, 880, 884, 888, 890, 892, 893, 895, 896.
- Registrados
173, 179, 181, 182, 187-189, 191, 194.
- no registrados
181, 187-189, 191,
- pérdida del
279, 355
- únicos
324, 326, 327, 329, 333, 335, 346.
- tangibles
204, 205, 210, 211, 224
- comunes
155, 158, 159, 206, 247, 293, 871-874, 881.

Causalidad
377, 708, 709, 720, 725, 728, 729, 737-755, 758, 761, 804, 817, 840, 849, 851.

Cláusula (s)
59, 60, 119, 130, 143, 333, 354, 355, 358, 361, 402, 405, 420, 422, 425, 426, 429, 431, 432, 434, 435, 522, 575, 582, 583, 608, 732, 733
- de atadura
905, 1075, 1091, 1092,
- general
1001, 1011, 1030, 1137
- limitativas de responsabilidad
596
- especial
59
- penal
132, 333, 334
- de exclusividad
1097
- extensiva
60
- de no competencia
331
- imprecisa
406
- contractual
420, 435, 437, 575, 732
- de exoneración de garantía
424
- dudosa
425
- de garantía
503, 582
- «inglesa»
1054
- abierta
1137
- de rescisión
1098
- de no competencia
1237
- de publicidad en exclusiva
1254

Código
- Civil
47, 72, 82, 92, 123, 129-141, 143, 147, 170- 172, 180-182, 190, 194, 196, 199, 205, 206, 211, 261, 268, 274, 279, 280, 283, 309, 315, 326, 331, 332, 335, 337, 339, 346, 352, 374, 377, 379, 386, 387, 389, 409, 417, 418, 420, 424, 426, 428, 429, 432, 446, 449, 450, 453, 456, 459, 463, 471, 472, , 489, 498, 502, 507, 591, 592, 594, 597, 607, 634, 635, 687, 690, 691, 694-696, 703, 705, 708, 709, 737, 738, 742, 744, 766, 777-780, 785, 789, 801, 802, 830,

840, 850, 917, 1022, 1095, 1097, 1142.
- Procesal civil
777, 1108, 1191, 1192, 1204, 1208.
- Penal
62, 374, 1140.
- De Comercio
280
- Comercial Uniforme de EE.UU.
350, 364
- Italiano
455, 456
- Napoleónico
502

Cognoscibilidad
169-171, 173, 174, 176, 178, 194, 453, 455, 458, 459, 470, 495

*Common law*
91, 93, 94, 276, 281, 316, 320, 322-332, 334, 335, 339, 341-343, 346-348, 369, 419, 440, 447, 451, 455, 466, 468, 474, 702, 715, 732, 958, 1160,

Concentración
271, 510, 511, 601, 658, 659, 661, 804, 875, 934, 945, 948, 952, 966,968, 973, 977, 978, 990, 999, 1001, 1007-1009, 1014, 1101, 1118, 1119, 1139, 1144, 1145, 1169, 1171, 1172, 1174, 1176, 1281,

Concertación
20, 646, 659, 660, 932, 939, 943, 957, 963, 964, 977, 1008, 1018, 1101, 1114, 1124-1126, 1129, 1133, 1138, 1140, 1144-1147, 1152-1154, 1166, 1181, 1182, 1185-1189, 1201, 1203, 1210-1216, 1233.

Constitución
146, 180, 188, 275, 310, 311, 501, 645-651, 654, 814, 816, 859, 866, 895, 939,961, 963-966, 973, 975-978, 981, 983, 985, 986, 988, 991, 992, 994-996, 1017, 1043, 1077, 1114, 1142, 1162, 1209, 1217, 1288-1290.

Consumidor
- razonable
491-494, 602-605, 607, 608, 612, 625-633, 368, 642, 644.
- protección al
24, 81, 84, 87, 95, 429, 431, 441, 463, 470, 473, 480, 489-491, 495-497, 520, 523, 525, 527, 531, 533, 588, 596-598, 600, 605, 608-613, 615-618, 620, 622-624, 636, 645, 665, 666, 686, 693, 694, 783, 880, 916, 919, 920, 926, 928, 929, 994, 1150.
- final
609, 610, 614, 615, 734, 959, 1220.

Contencioso administrativo
929, 1115-1117, 1212, 1268, 1290.

Contrato(s)
- concepto de
267, 387
- de adhesión
117, 132, 498, 500, 505, 511, 592-594, 654, 658, 661, 665, 697, 906
- de compraventa
92, 126, 171, 176, 327, 490, 505
- de mutuo
142, 278
- de permuta
270
- masivos
285
- perfecto

357, 405, 406, 408, 412, 419, 420, 428, 432, 433, 437
- óptimo
357- 360, 370, 405, 406, 408, 432
- de afiliación
1048, 1049, 1053, 1054, 1058, 1059, 1062, 1064, 1094, 1096, 1244,
- de distribución
1048, 1051, 1058, 1070, 1094, 1227
- de representación
1048, 1050, 1059, 1094, 1095, 1097, 1245
- estándares
132, 498, 509, 510, 608, 656 658
- de crédito
659
- de arrendamiento
189
- sinalagmáticos
427, 451
- de exclusividad
1227, 1231, 1234, 1237-1239, 1241, 1250-1252
- de transporte
118, 119, 285
- de opción
133, 142
- de subrogación
290, 306

Control
- de fusiones
944-9448, 951, 952, 980, 991, 1118, 1164, 1236
- de precios
376, 393, 608, 9114, 923, 1041, 1043, 1100-1102, 1184.

Costo(s)
- de transacción
20, 35, 42, 45, 47, 48, 79, 80, 85-88, 90, 104-110, 113-121, 135, 145, 181-186, 188, 190, 193, 194, 226, 257,258, 260, 273-276, 278-280, 282, 284, 285, 320, 322, 323, 332-334, 339, 340, 342-345, 357, 359, 364-371, 399-401, 403, 405, 406, 408, 412-417, 422, 428-430, 432, 433, 441, 442, 461, 462, 485-488, 502, 504-510, 512, 517, 520, 521, 533, 539-542, 544, 545, 550, 572, 578, 584, 585, 598, 633, 655, 657, 658, 660, 662, 663, 668-672, 674-676, 678, 680, 682, 683, 686, 705, 707, 776, 798, 809, 812, 821, 823, 825-829, 831, 843, 844, 864, 865, 868, 875, 878-884, 892, 946, 964, 1008, 1032, 1041, 1049, 1087, 1089, 1169, 1211, 1216, 1237, 1277.
- de ejecución
280, 346, 348, 355, 356, 366, 369, 400-402, 504, 671, 672, 728.
- Razonable
116, 329, 355, 357, 359, 361-364, 370, 521, 640, 709, 752, 1078
- de previsión del riesgo
361
- de exclusión
156-158, 206-214, 224, 866.
- de búsqueda
241, 400, 401, 670, 672.
- de arreglo
400

Daño(s)
45, 54, 62, 66, 103-105, 108, 109, 111, 114, 115, 118, 119, 152, 153, 185, 248, 274, 315, 316, 319-348, 430, 440, 450-452, 454, 456-458, 463, 464, 469, 489, 490, 493, 503, 521, 534, 539, 540, 549, 561, 562,

570, 571, 585, 587, 640, 641, 650, 693, 701-703, 705-709, 711, 712, 715, 716, 718, 721-724, 726-732, 738-743, 745-755, 761, 763, 765-769, 771, 775, 778, 787-789, 791-793, 797, 799-804, 813-826, 828, 831, 832, 834, 838, 838-844, 846, 944, 963, 966, 970, 1011, 1013, 1015, 1021, 1023, 1038, 1063, 1038, 1063, 1154, 1155, 1159, 1218, 1245, 1246, 1272.

Demanda
20, 25, 81-83, 117, 120, 141, 159, 183, 184, 195, 213, 220, 221, 241, 248, 251, 255, 259, 287, 288, 297, 298, 300. 312, 315, 319, 320, 322, 3225, 327, 336, 338, 356, 361, 365, 374, 378, 382, 384, 385, 389, 392, 393, 436, 440, 511, 514, 517, 527, 533, 542, 543, 548, 554, 559, 575, 576, 578, 601, 657, 658, 705, 717, 724, 727, 728, 743, 746, 754, 760, 763, 795, 821, 838, 857, 908, 914, 931, 934, 935, 937, 966-969, 980, 984, 989, 991, 995, 999, 1000, 1015, 1028, 1034, 1036, 1037, 1040, 1041, 1043, 1045, 1049, 1070, 1071, 1076, 1101, 1116, 1117, 1125, 1126, 1157, 1163, 1188, 1212, 1213, 1225, 1226, 1228, 1230, 1271.

Derecho(s)
- de autor
  205-208, 212, 214, 218, 219, 221, 223, 225, 226, 228, 229, 231, 237, 263, 443, 928.
- a estar solo
  242-244, 246-248, 251.
- a la privacidad
  251-254, 257-261.
- de propiedad
  79, 81, 83, 88, 117, 120, 121, 135, 147, 154-159, 163-165, 169-171, 175, 203, 207, 210, 211, 221, 226, 245-247, 249, 257-259, 272, 443, 444, 474, 532, 863, 867, 874, 875, 880, 884, 912, 941, 1068, 1121, 1235.
- Reales
  174, 182, 188, 189.

Despersonalización
679-681

Desgeografización
680-681

Discriminación
88, 254, 256, 310, 311, 511, 659, 860, 890, 895, 908, 997, 998, 1003, 1006, 1015, 1030, 1031, 1033-1045, 1047-1053, 1055, 1059, 1066, 1067, 1071, 1086, 1090, 1091, 1094, 1106, 1156, 1266.

Dolo
284, 327, 331, 405, 430, 431, 437, 440-442, 446, 448-450, 453, 456, 458, 460, 463, 464, 472, 490, 551, 600, 777, 779.
- incidental
  450, 459, 463, 464, 489
- omisivo
  24, 429, 439, 441, 450, 456, 458-461, 463, 465, 466, 468, 472, 480, 481, 483, 486, 490, 493-496, 694
- negativo
  460

Eficiencia
43, 45, 47, 48, 65, 100, 108, 111, 115, 116, 155, 178, 251, 269-272, 274, 316, 317, 322, 341, 362, 363, 367, 390, 411, 415, 427, 437, 441,

447, 481-485, 487, 488, 501, 505, 535-537, 539, 541, 555, 574, 575, 578, 591, 611, 754, 801, 806, 872, 875, 877, 903, 926, 934, 936, 937, 939, 940, 944, 946, 951, 959, 962, 964, 969, 970, 972, 974, 981, 984, 985, 988-991, 998, 999, 1011, 1012, 1017, 1022, 1024-1026, 1039, 1067, 1070, 1071, 1073, 1087-1190, 1120, 1121, 1126-1128, 1130, 1132, 1133, 1136, 1148, 1150, 1152, 1216, 1224, 1226, 1230, 1237, 1241-1243, 1259.

Ejecución
- costos de
  280, 346, 348, 355, 356, 366, 369, 400-402, 504, 671, 672, 728.
- por segunda persona
  677-679, 681, 687
- por tercero imparcial
  6778, 680, 681, 683, 687.
- del contrato
  20, 132, 279, 282, 239, 332, 351, 355, 356, 358, 361, 363, 364, 366, 367, 442, 449, 462, 594, 595, 1018.

Empresa
- pequeña
  86, 616, 618-620, 664, 940, 959, 961, 985, 1009, 1031, 1126, 1260.
- pública
  914, 962, 981, 987, 1248.
- dominante
  890, 1050, 1054, 1055, 1057, 1058, 1073, 1227, 1234, 1239, 1263.
- privada
  587, 588, 981.

Error
20, 24, 25, 31, 49, 53, 91, 93, 99, 137, 143, 172, 177, 178, 195, 228, 252, 259, 260, 275, 284, 322-324, 327, 329, 330, 345, 347, 348, 366, 369, 370, 382, 387, 390, 401, 403-405, 410, 412, 413, 415, 419, 421, 423, 429, 430, 440-442, 446-450, 453-461, 463, 464, 470, 474, 475, 478, 479, 490, 494-496, 505, 517, 531, 542, 544, 551, 558, 565, 566, 584, 585, 600, 602, 638-641, 643, 655, 659, 695, 737, 742, 753, 760, 762, 767, 786, 787, 790-793, 804, 867, 875, 888, 903, 921, 924, 938, 939, 944, 946, 951, 952, 959, 998, 1011, 1025, 1026, 1028, 1030, 1070, 1116, 1149, 1159, 1163, 1184, 1185, 1194, 1201-1203.

Excesiva onerosidad de la prestación
20, 139, 284, 318, 350, 352, 356, 359, 362, 365, 367, 368, 446

Exclusividad
163, 165, 173, 209, 213, 215, 216, 218, 225, 226, 229, 230, 235, 258, 442, 443, 446, 646, 880, 962, 963, 980, 1018, 1052, 1055, 1069, 1070, 1096, 1097, 1106, 1219, 1220, 1223, 1227, 1228, 1230, 1231, 1234, 1235, 1237-1242, 1246, 1247, 1249-1254, 1259, 1276.

Externalidades
35, 46, 47, 87, 89, 95, 110, 116, 118, 120, 121, 143, 152, 153-155, 158, 162, 164-166, 169, 170, 173, 174, 200, 215, 223, 225, 235, 247, 248, 257, 258, 260, 272, 274, 275, 281, 281, 283, 284, 306, 311, 312, 317, 454, 539, 542, 588, 707, 748, 749, 753, 765, 793, 832, 842, 843, 864, 871-876, 884, 887, 911, 1088, 1222.

Garantías
- contractuales
  400, 557, 675, 1088.
- implícitas
  495, 572, 577, 625, 628, 629, 633.
- explícitas
  628-630
- reales
  673, 816, 835, 841, 842, 846.
- legales
  629, 630, 673.

Incumplimiento eficiente
  315, 317-319, 321, 323, 328, 451, 693.

Imposibilidad sobreviviente
  429, 442, 446, 448

Imprevisión
  284, 360, 405, 429, 442, 445, 446, 448, 472.

INDECOPI
- Comisión de Libre Competencia del
  948, 953, 1002, 1029, 1070, 1076, 1084, 1110, 1125, 1235, 1279, 1282.
- Competencia del
  623, 624
- Tribunal del
  36, 491, 492, 518, 555, 562, 571, 597, 601, 607, 610, 615, 619, 620, 625, 630, 638, 642, 647, 783, 930, 942, 853, 993, 1018, 1020, 1042, 1046, 1047, 1056, 1077, 1084, 1100, 1108, 1115, 1129, 1130, 1132, 1134, 1149, 1161, 1164, 1242, 1282.
- Jurisprudencia del
  23, 24, 489, 572, 596, 597, 609, 665, 783, 785, 959, 1009, 1022, 1077, 1133, 1264
- Precedentes de observancia obligatoria
  491, 492, 562, 571, 610, 621, 623, 630, 634, 635, 640, 1132, 1163

Indicio
- concepto
  1193, 1195
- Necesario
  1200, 1201, 1203-1205
- Contingente
  1201, 1203, 1204

Información
- Definición
  442
- asimetría de la
  446, 568
- a los consumidores
  480, 521, 585, 587, 596, 637, 650, 657, 659, 920, 928, 1250
- falta de
  47, 253, 255, 257, 284, 348, 452, 486, 496, 506, 545, 567, 600, 604, 605, 684, 1009, 1250.

Interés
- privado
  35, 857, 874
- colectivo
  35, 981
- superior
  35, 811
- social
  35, 131, 268, 272, 274, 275, 404, 734, 982, 1017, 1142
- público
  268, 275, 404, 880, 881, 892, 953, 954, 979, 980, 1080, 1109, 1110, 1167.
- Ético
  268
- Negativo

450, 452, 454, 464.
- Positivo
  450, 452
- Contractual
  450, 454, 458
- tasa de
  145, 146, 382, 629, 653, 659, 660, 661, 664, 811, 812, 1027.
- Económico 374, 892, 981, 1021, 1061, 1063, 1066, 1105-1107, 1110, 1114, 1142, 1154, 1155, 1159, 1160, 1180, 1232, 1243, 1245, 1246.
- Legítimo
  1020, 1273
- Legal
  378

Interpretación
- contractual
  24, 359, 395, 399, 426, 432, 455, 670.
- Literal
  420-422, 433, 1153-1155, 1158
- Sistemática
  407, 424, 425, 435
- teleológica o funcional
  425, 426, 430, 436
- constitucional
  404

Juez
27, 43, 52, 54, 59, 64-66, 109, 110, 132, 139, 159, 177, 246, 270, 283, 289, 307, 322, 324, 328, 350, 351, 356, 361, 365-367, 374, 376, 377, 383, 387-389, 395, 401, 414, 416, 430, 446, 470, 481, 487, 536, 581-583, 595, 704, 708, 716, 724, 729, 731, 758, 762, 763, 765, 768, 771, 772, 789, 796, 836, 972, 1117, 1131, 1164, 1191-1195, 1204, 1206, 1209, 1212, 1268

Jurisprudencia
- de INDECOPI
  23, 24, 489, 572, 596, 597, 609, 665, 783, 785, 959, 1009, 1022, 1077, 1133, 1264
- norteamericana
  473, 728, 933, 1007, 1021, 1073, 1131, 1256, 1260.
- de conceptos
  73, 90, 93, 101
- constitucional
  24, 598, 992
- nacional
  131, 468, 1045, 1066, 1091, 1134, 1178, 1278.
- administrativa
  489, 596, 609, 625, 636, 638, 783, 1005, 1021, 1129, 1131, 1182, 1207.
- europea
  1031, 1050, 1052, 1072-1074, 1276

Lesión
20, 134, 139-141, 283, 373-379, 381-384, 386-390, 392, 393, 694, 704, 714, 739, 759, 760, 783, 1199.

Ley (es)
- económicas
  25-27, 565, 685, 703, 741
- general de sociedades
  130, 196, 198
- Antimonopolio
  499, 939, 945, 1037, 1288
- De protección al consumidor
  489, 596, 598, 601, 611-613, 616-618, 620, 622-624, 919, 920.
- De rendimientos decrecientes
  167, 742,

- Orgánica de Municipalidades
954-956

Libre competencia
16, 20, 23, 24, 36, 84, 87, 235, 499, 601, 646, 648, 649, 659, 861, 899, 914, 916-919, 921, 923, 928-931, 933, 936, 939, 940, 942, 944, 946-949, 953, 956, 962, 963, 965, 970, 973, 975-977, 982-984, 992, 994-997, 1000, 1002, 1009, 1011, 1016, 1018, 1020, 1029, 1035, 1042, 1043, 1048, 1065, 1066, 1070, 1073, 1076, 1080, 1093, 1096, 1100, 1104, 1105, 1109-1111, 1113-1115, 1117-1119, 1123, 1125, 1129, 1130, 1133, 1136, 1143, 1144, 1146, 1150, 1152, 1154, 1158, 1161, 1176, 1182, 1186, 1188, 1189, 1193, 1207, 1210, 1216-1218, 1220, 1224, 1225, 1232, 1233, 1235, 1258, 1270, 1272, 1274, 1275, 1279-1282, 1284, 1285, 1288, 1290

Marca (s)
79, 205, 206, 208, 211, 212, 216, 330, 342, 489, 506, 519, 527, 528, 532, 533, 566, 569, 589, 590, 602, 608, 647, 677, 679, 680, 775, 817, 947, 958, 993, 1028, 1072-1074, 1088, 1097, 1120, 1220-1224, 1226-1229, 1231, 1237, 1238, 1241, 1246, 1247, 1249, 1250, 1252-1259, 1263, 1264, 1266-1268.

Mercado (s)
- relevante
905, 991, 1001-1007, 1009, 1010, 1013, 1014, 1028, 1057, 1058, 1064, 1074, 1094, 1139, 1171, 1177, 1220, 1235, 1242
- de bienes
19, 33, 182, 253, 980, 984
- de valores
19, 495, 820
- competitivo
117, 236, 330, 389, 511, 514, 518, 544, 600, 659, 934, 935, 943, 951, 969, 982, 1000, 1086, 1240.
- Perfecto
281-283, 516, 938
- monopólico
284, 512, 1086.
- desarrollado
332, 333, 343.
- inmobiliario
88, 200, 370
- libre
290, 587, 597, 890.
- Masivos
633, 680.
- Modernos
508, 509, 531, 679
- Político
855, 858, 870, 873, 874
- de crédito
57, 88, 579, 844
- bursátil
327, 812, 844

Monopolio
- natural
660, 908, 910, 912, 913, 937, 1001, 1080
- legal
964, 970, 977, 980, 985, 987, 992, 1000, 1100.

Monopsonio
141, 389, 933, 934, 1067, 1069.

Negativa injustificada a contratar
918, 1006, 1067.

Obligación de garantía
489, 493, 629.

Oferta
25, 55, 117, 141, 183, 184, 198, 213, 236, 251, 255, 256, 297-300, 312, 318, 321, 323, 325, 333, 334, 336, 344, 345, 374, 376, 382, 384, 388, 389, 392, 393, 400, 478, 485, 501, 502, 505, 528, 530, 533, 542, 543, 552, 559, 563, 578, 592-596, 670, 690, 695, 842, 846, 871, 881, 885, 908, 914, 931, 934, 935, 952, 967, 968, 984, 989, 995,999, 1000, 1008, 1015, 1033, 1040, 1041, 1043, 1053, 1066, 1074, 1076, 1101, 1126, 1143, 1163, 1171, 1210, 1241, 1281

Oligopolio
511, 654, 657, 659, 933,934, 939, 961, 962, 988, 1037.

Pareto
- Óptimo de
43, 44, 269, 272, 281, 319, 320, 535, 538, 537.
- Criterio de
43, 44, 270, 297, 317, 536, 575.

Posesión
69, 80, 165, 171, 174, 175, 177-179, 189, 194, 195, 210, 279, 335, 392, 673, 1107, 1266.

Posición de dominio
20, 24, 513, 601, 659, 660, 905, 921, 934, 935, 940, 963, 965, 974, 979, 980, 983, 984, 986, 989, 997, 999-1007, 1009-1015, 1021-1026, 1028-1033, 1035, 1037-1043, 1045, 1048, 1050, 1051, 1055, 1056, 1058, 1061-1063, 1066, 1067, 1069, 1071-1077, 1082, 1084, 1085, 1088-1091, 1094, 1098, 1100, 1105-1108, 1112, 1114, 1115, 1119, 1120, 1123, 1128, 1137, 1154, 1185, 1219, 1220, 1227, 1228, 1230-1232, 1234-126, 1240, 1242, 1246, 1251, 1253, 1256, 1257, 1259, 1263, 1268, 1270, 1271, 1276, 1280, 1282, 1284, 1285, 1288.

Precios
- predatorios
984, 998, 1015, 1024, 1025, 1028-1033, 1039, 1069, 1071, 1120, 1130, 1270, 1271, 1289.
- excesivos
939, 1100-1102, 1104, 1106
- abusivos
939, 959, 996, 1023, 1098-1100, 1102-1104, 1285.
- control de
376, 393, 608, 914, 923, 1041, 1043, 1100-1102, 1184.

Prácticas explotativas
939, 1023, 1098-1100

Precedente
91, 93, 288, 325, 347, 398, 403, 477, 491, 492, 494,562, 571, 572, 597, 610, 612, 614-621, 623, 625, 629-631, 634, 635, 640, 734, 767, 1010, 1023, 1047, 1132, 1134, 1143, 1158, 1160, 1163, 1173, 1183, 1236, 1237, 1281

Prescripción
176-179, 194, 195.

Presunción
31, 73, 287, 377, 378, 577, 596, 660, 758, 760, 775, 778, 780-782, 951, 1019, 1110, 1113, 1114, 1121, 1154, 1155, 1158, 1182, 1187,

1188, 1191-1193, 1200, 1206-1210, 1214, 1231, 1280, 1290.

Pretensión
232, 308, 335, 337, 375, 440, 452, 471, 610, 685, 729, 762, 777, 1008, 1116, 1117, 1188.

Principio
- res ipsa loquitor
- favor debitoris
141
- de conservación
431, 432
- de autonomía
139, 201, 268, 275, 276, 598, 649.
- de buena fe
341, 399, 407, 418, 423, 428, 462, 496, 836.
- restitutio in integrum
650
- de isonomía
650
- pro consumidor
649, 651
- de proscripción del abuso del derecho
649
- de veracidad
650
- de transparencia
650
- morales
18, 275, 298,310, 375
- de responsabilidad objetiva
430, 714, 773, 792.
- de solidaridad
374, 715, 780, 781.
- de colaboración
780, 781.
- de responsabilidad limitada
804, 812, 837, 842, 845.
- de igualdad
886-888
- de libertad
196, 531, 887, 888, 890.
- de supletoriedad
917, 918

Privacidad
20, 158, 159, 237, 239-254, 257-261.

Propiedad
- privada
34, 66, 151, 152, 155, 156, 158, 159, 163, 170, 175, 206-208, 212, 213, 259, 866, 871, 956, 1248.
- Intelectual
24, 81, 87, 158, 203-205, 210, 213, 214, 218-220, 224, 225, 230-233, 235, 237, 249, 261, 444, 445, 489, 559, 904, 917-919, 928, 929, 949, 1000.
- informal
80, 88.
- Relativa
142, 172, 173.
- Vinculada
200
- Común
152-155
- Inmueble
151, 161, 171, 175, 176, 181, 190, 261, 262.
- transferencia de
24, 161, 166, 169, 171, 175, 177, 178, 189, 190, 192, 195, 673, 674.
- sobre bienes tangibles
204, 205, 210, 211, 224
- sobre bienes inmateriales
204
- clásica
156, 206, 209, 211

Protección
- al consumidor
24, 81, 84, 87, 95, 429, 431, 441, 463, 470, 473, 480, 489-491, 495-497, 520, 523, 525, 527, 531, 533, 588, 596-598, 600, 605, 608-613, 615-618, 620, 622-624, 636, 645, 665, 666, 686, 693, 694, 783, 880, 916, 919, 920, 926, 928, 929, 994, 1150.
- colectiva autónoma
520, 651
- heterónoma
521, 593

Prueba
- directa
763, 1190, 1191, 1203, 1205, 1210, 1211
- indiciaria
768, 1187, 1188, 1190-1194, 1196, 1197, 1199, 1201-1207, 1209, 1211, 1213-1215, 1290

Registros Públicos
84, 105, 169, 172-174, 176-179, 192, 673,

Reglas
- Per se
942-944, 958, 974, 1022, 1042, 1047, 1129-1131, 1133, 1134, 1145, 1148, 1150, 1151, 1162, 1164, 1165, 1173, 1225, 1242, 1246, 1261, 1263, 1264.
- De la razón
942-944, 972, 1015, 1021, 1030, 1033, 1035, 1041, 1042, 1044, 1051, 1089, 1091, 1129-1131, 1133, 1134, 1137, 1147, 1148, 1150, 1152, 1156, 1162-1164, 1166, 1170, 1174 , 1229, 1231, 1234, 1236, 1239, 1242, 1251, 1259, 1261-1264.
- «sábana»
477-479, 487, 613.
- Supletorias
279
- Explícitas
648
- Simples
683, 695, 715, 723, 730, 732, 735, 850.
- Complejas
683-685, 687, 718, 722, 730, 733, 734, 1118, 1285.
- De la experiencia
768, 1193, 1196, 1198.

Responsabilidad
- Objetiva
359, 360, 430, 431, 488, 490, 495, 703, 704, 708, 714, 720, 730, 731, 758, 759, 766, 767, 773, 779, 780, 786-792, 800, 1129, 1152
- civil extracontractual
24, 36, 42, 83, 109, 112, 117, 701, 705, 707, 708, 713, 717, 718, 722, 723, 737, 738, 779, 799, 812, 8113, 818, 819, 825, 833, 834, 843, 845, 846, 849, 850.
- limitada
619, 795-805, 808-815, 817-823, 827, 828, 830-835, 837, 838, 840-846, 849.
- de los administradores
825
- precontractual
442, 448-452, 454, 464, 696.
- Ilimitada
807-810, 812, 820, 821, 825, 827, 828, 831, 832, 835, 844, 846.
- Solidaria 820.

Restricciones
- Horizontales
  1224, 1225, 1227, 1234.
- Verticales
  1219-1221, 1223-1232, 1234, 1239, 1241, 1243, 1251, 1262-1264, 1270

Rivalidad
  156-158, 210, 970, 974, 1128, 1132, 1152, 1183.

Seguridad
- en el tráfico
  166, 182, 184, 194.
- Jurídica
  47, 55, 56, 166, 173, 181, 190, 194, 408, 828, 835, 836.
- en la contratación
  134, 674, 692.
- Pública
  156-158, 213, 862, 866.

Teorema de Coase
  42, 45, 80, 103, 107, 108, 110, 114, 116, 121, 124, 183, 274, 345, 365, 485, 540, 541, 674, 705, 827.

Titularidad
  47, 131, 157, 158, 167, 169, 171, 176, 186, 188, 192, 197, 207, 211, 215, 218, 220, 235, 237-239, 260, 288, 295, 474, 486, 754, 893, 1182.

Transferibilidad
  163, 165, 173, 195.

Tribunal Constitucional
  23, 24, 404, 517, 518, 598, 645-647, 655, 657, 665, 992, 993, 995, 1209.

Utilidad
- Marginal
  384-386
- Social
  44, 282, 322

Valor
- Teoría del
  382, 383.
- De uso
  250, 251, 388, 482.
- De mercado
  134, 140, 198, 248, 250, 324, 375, 382, 388, 447, 465.
- Económico
  197, 245, 249, 251, 442, 1102,

Universalidad
  163, 805