



**USMP**  
UNIVERSIDAD DE  
SAN MARTIN DE PORRES

# **VOX JURIS**

## **17**



**FACULTAD DE DERECHO**

**2009**



**ING. RAÚL EDUARDO  
BAO GARCÍA**  
RECTOR DE LA UNIVERSIDAD DE  
SAN MARTÍN DE PORRES (e)

**DR. RUBÉN DARÍO  
SANABRIA ORTIZ**  
DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO



---

**UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES  
FACULTAD DE DERECHO  
REVISTA VOX JURIS XVII**

**ÍNDICE**

|  |     |
|--|-----|
| <b>PRESENTACIÓN</b> .....  | 11  |
| <b>SECCIÓN ARTÍCULOS</b>   |     |
| Una mirada a la responsabilidad social corporativa a raíz de su introducción en la agenda APEC<br>Dra. Mariela Casanova Claros.....                              | 15  |
| La metáfora de la materialización de los títulos valores<br>Dr. Rolando Castellares Aguilar.....   | 25  |
| Nueva Ley de Arbitraje: Colaboración y control judicial<br>Dr. Mario Castillo Freyre y Dra. Rita Sabroso Minaya.....   | 35  |
| Los criterios de vinculación económica y el control de empresas<br>Dr. Jorge L. Conde Granados.....  | 47  |
| Construyendo un sistema de control de fusiones para evitar distorsiones en la libre competencia<br>Dr. Julio Durand Carrión.....                                 | 59  |
| Apuntes acerca del Derecho Ambiental<br>Dra. Millitza Franciskovic Ingunza.....  | 75  |
| Hay que derogar la Ley de Garantía Mobiliaria<br>Dr. Gunther Gonzales Barrón.....  | 97  |
| Aspectos aduaneros y tributarios de las inversiones y operaciones comerciales en la zona franca de Tacna<br>Dr. Ricardo Guevara Bringas.....                     | 111 |
| Responsabilidad de gerentes y directores en casos de crisis patrimoniales<br>Dr. Julio Carlos Lozano Hernández.....  | 125 |
| La responsabilidad de los grupos de empresas frente al trabajador en el anteproyecto de la Ley General del Trabajo<br>Dr. Ernesto F. Ortiz Farfán.....           | 135 |
| Origen histórico y comparatístico de la empresa.<br>Dr. Aaron Oyarce Yuzzelli.....   | 147 |
| El Derecho de la Competencia y el Derecho de la Regulación como institutos jurídicos integrados a una Economía social de mercado<br>Dr. David Pérez Velasco..... | 157 |

|   |     |
|---|-----|
| Los Derechos de Propiedad Intelectual y el Derecho de la Libre Competencia<br>Dr. Santiago Francisco Roca Tavella y Juan Francisco Rojas Leo..... | 181 |
| Alcances y posibilidades para la incorporación de los socios industriales en la<br>sociedad anónima.<br>Dr. Vicente Walde Jáuregui.....           | 207 |

**SECCIÓN COMENTARIOS A PUBLICACIONES DE INTERÉS EN EL MUNDO  
GLOBALIZADO..... 221**

Comentario analítico sobre la eurohipoteca como garantía de financiamiento de propiedades transfronterizas, un instrumento de crédito con perspectivas reales, elaborado sobre la base del trabajo del Dr. Otmar Stöcker, Managing Director Association of German Pfandbrief Banks (vdp), Berlín, publicado en la Revista *Crítica de Derecho Inmobiliario* N°. 703, Madrid.

---

UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES  
FACULTAD DE DERECHO  
REVISTA VOX JURIS XVII

PRESENTACIÓN

Dentro de este último quinquenio la Universidad de San Martín de Porres ha marcado una profunda línea de desarrollo institucional en la educación superior universitaria en el Perú y dentro de este contexto, nuestra reconocida Facultad ha promovido una singular reforma académica que hoy se distingue por su nueva corriente de pensamiento jurídico que se aprecia ostensiblemente en la formación de sus alumnos y la preparación de su cuerpo docente.

La revista *Vox Juris*, órgano de difusión de las ideas y del desarrollo académico de la Facultad de Derecho, que tiene ya larga data en el mundo jurídico; presenta en esta ocasión el número XVII, dedicado a la temática corporativa, que contiene importantes ensayos de reconocidos profesores universitarios con experiencia en la materia.

Las nuevas tendencias del mercado, la circulación de mercancías, la transferencia de tecnología, la movilización de capitales, el influjo de las inversiones, la transfronterización de las relaciones comerciales, la integración y ampliación de los mercados, entre otros fenómenos, que traen consigo la globalización económica, determinan sin lugar a dudas nuevos retos para el Derecho como ciencia social. Nuestra Facultad está atenta para dar respuestas suficientes, precisas y coherentes con el desarrollo del mercado y el equilibrio legal que debe soportar el desarrollo económico de toda sociedad, por ello creemos que el esfuerzo de editar una revista como *Vox Juris*, además de ser reconocido, se inserta dentro de esta perspectiva.

La publicación de esta revista es el resultado del trabajo realizado por el cuerpo docente para cumplir con el compromiso de asumir un rol más activo en el análisis, investigación y promoción del pensamiento jurídico; asimismo busca contribuir con el desarrollo académico y formación intelectual de nuestros futuros profesionales. En este sentido, la revista que hoy se presenta, constituye un singular aporte académico que coadyuva a formar una calificada corriente de opinión jurídica en la comunidad universitaria para abrir el debate académico en temas jurídicamente relevantes en la escena del Derecho Corporativo del siglo XXI.

En esta edición, presentamos variados temas de gran trascendencia, que giran en torno al quehacer de la empresa no solo como sociedad mercantil, sino fundamentalmente como unidad de decisión económica en el mercado, en cuya estructura orgánica funcional confluyen una serie de intereses variados y complejos que no vienen a ser sino las tendencias del mercado en el que operan los agentes económicos.

En esta oportunidad, la Dra. Mariela Casanova Claros hace una revisión del concepto de responsabilidad social corporativa y el rol protagónico que cumple al interior del desarrollo empresarial en la hora actual; el Dr. Rolando Castellares Aguilar nos propone una nueva visión sobre el tema de la desmaterialización de los títulos valores, una categoría conceptual muy debatida en este ámbito del Derecho Cartular; el Dr. Mario Castillo Freyre y la

---

Dra. Rita Sabroso Minaya tratan el tema del arbitraje como un sistema heterocompositivo alternativo al proceso judicial y la colaboración que requiere de la justicia estatal para ser mas eficiente; el Dr. Jorge Conde Granados nos presenta un trabajo sobre los criterios de vinculación económica en la estructura de control de las empresas; el Dr. Julio Durand Carrión nos propone el control de fusiones para que las políticas de competencia en el Perú respondan mejor al desarrollo del mercado en beneficio de los consumidores; la Dra. Militza Franciscovick Ingunza nos presenta una interesante perspectiva de la variable ambiental en el entorno empresarial, tema de singular importancia dentro del esquema de responsabilidad social empresarial en la hora actual; el Dr. Gunther Gonzales Barrón nos habla de la garantía mobiliaria y la necesidad de su derogación a la luz de un singular análisis jurídico sobre este controvertido tema; el Dr. Ricardo Guevara Bringas nos presenta un interesante trabajo sobre la zona franca de Tacna como una importante opción para el desarrollo regional y como una significativa fuente de empleo y de inversión; el Dr. Julio Lozano Hernández nos presenta un importante trabajo sobre la responsabilidad de los gerentes y directores al interior de los procesos de crisis empresariales en materia concursal.

Por otro lado, el Dr. Ernesto Ortiz Farfán analiza las relaciones jurídicas que se establecen entre los grupos empresariales y sus trabajadores, a la luz de la legislación vigente y la diversa y contradictoria jurisprudencia que hace impostergable la regulación especializada del fenómeno dentro del ámbito y principios del Derecho del Trabajo; el Dr. Aarón Oyarce Yuzzelli nos presenta una revisión histórica de la empresa desde el Derecho Romano hasta nuestros días, donde la empresa constituye un agente muy importante, en la medida que es una unidad de decisión económica en el mercado; el Dr. David Pérez Velazco analiza el Derecho de la Competencia y la Regulación como institutos jurídicos de capital importancia en el esquema político de economía social de mercado dentro del cual se inscribe nuestra Constitución. El Dr. Santiago Roca Tavella y el Dr. Juan Francisco Rojas Leo presentan un trabajo muy acucioso sobre la propiedad intelectual y el Derecho de la Libre Competencia a la luz de las implicancias del Tratado de Libre Comercio en el Perú y el Dr. Vicente Walde Jáuregui nos ilustra con un importante trabajo sobre la posibilidad de inclusión del socio industrial en las sociedades anónimas, propuesta muy singular que sin duda plantea cambiar los paradigmas clásicos del Derecho Societario en relación con la sociedad de capital y las sociedades de personas.

En la sección "Comentarios de publicaciones de interés en el mundo globalizado", se incluye un análisis del trabajo del Dr. Otmar Stöcker sobre la eurohipoteca como garantía de financiamiento de propiedades transfronterizas comentando dicha institución como un instrumento de crédito con perspectivas reales en el futuro desarrollo e integración de mercados a nivel internacional. Para efectos del comentario se ha tomado como base el trabajo publicado en la Revista *Crítica de Derecho Inmobiliario* N°. 703, con fines estrictamente académicos.

Finalmente, debemos agradecer a los autores de los artículos que nos están permitiendo la publicación de un nuevo número de la Revista *Vox Juris*, y queremos renovar nuestro compromiso de permanencia en este rol activo propuesto por la Facultad dentro de la comunidad jurídica en general.

**EL COMITÉ EDITORIAL**

# **SECCIÓN ARTÍCULOS**

---

## UNA MIRADA A LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA A RAÍZ DE SU INTRODUCCIÓN EN LA AGENDA APEC

Mariela Casanova Claros\*

*El presente artículo pretende hacer una revisión del concepto de responsabilidad social corporativa y su regulación partiendo de principios universalmente reconocidos, el rol protagónico que desempeña la empresa en ella y su repercusión en la sociedad entendiéndola como la comunidad en la que se desenvuelve para luego ir comentando al lector nuestra posición sobre el tema.*

Sumario: 1. Introducción. 2. Antecedentes. 3. Revisión de su definición. 4. Regulación. 5. Conclusiones.

### 1. Introducción

De un tiempo a esta parte venimos siendo testigos del ingreso del término responsabilidad social corporativa en el mundo de la actividad empresarial y la importancia de su incorporación como uno de los promotores de desarrollo dentro del entorno en que se desenvuelve, y que además, genera un valor agregado a la empresa que la asume puesto que la hará ser más atractiva frente a terceros en igualdad de condiciones. Pero, ¿qué sabemos de la responsabilidad social corporativa?, ¿de dónde viene?, ¿de qué se trata? y ¿hacia dónde se orienta su regulación?

### 2. Antecedentes

Un estudio efectuado por el Departamento de Economía y Administración de Empresas de la Universidad Antonio Nebrija, España, revela que el concepto de responsabilidad social corporativa o responsabilidad social de la empresa<sup>1</sup> encuentra su origen durante los finales de los años 50 y principios de los 60 en Estados Unidos a raíz de la Guerra de Vietnam y otros conflictos como el Apartheid. Estas situaciones despertaron la preocupación en el ciudadano de entonces que participando laboralmente en empresas que lo apoyaban, o comprando algunos productos de ellas, colaboraban con el mantenimiento de determinados regímenes políticos o prácticas censurables éticamente.

Este sentimiento despertado en el ciudadano americano, de alguna manera, evidencia desde ese momento, la identificación que hace la sociedad americana de la empresa como motor principal del desarrollo económico con implicancias sociales y de su preocupación por que los cambios que entiende deben darse, y hacerse a través de ese tejido empresarial llamado a ocupar un rol protagónico en la sociedad en la que se desenvuelve porque su conducta impacta directamente en ella y en los individuos que forman parte de ella o están relacionados a ella en cualquiera de sus manifestaciones, hoy llamados grupos de interés o *stakeholders*<sup>2</sup>.

---

\*Abogada por la Universidad de San Martín de Porres, catedrática máster en Derecho de los Negocios por la Universidad Francisco de Vitoria España, máster en Administración Internacional de Empresas por la Universidad Politécnica de Madrid España, estudios de máster en Derecho con mención en Derecho Internacional Económico por la Pontificia Universidad Católica del Perú y estudios de postgrado en Derecho Mercantil y Civil por la Universidad de Salamanca España.

<sup>1</sup>[Http://www.nebrija.com/responsabilidad-social/pacto\\_mundial.htm](http://www.nebrija.com/responsabilidad-social/pacto_mundial.htm)

<sup>2</sup>Todos aquellos que, de una forma u otra, afectan o pueden ser afectados por las decisiones de la empresa. En Responsabilidad Social Corporativa: Teoría y Práctica de Fernando Navarro García, Esic Editorial, Madrid, 2008, pag.34.



---

Como una tendencia mundial a nivel empresarial vemos nacer la responsabilidad social corporativa a propósito del llamamiento que hace el secretario general de las Naciones Unidas, Kofi Annan, a los líderes empresariales para que se unieran al llamado “Global Compact” o “Pacto Social”<sup>3</sup> en la celebración del Foro Económico Mundial en Davos (Suiza), el 31 de enero de 1999.

El informe de la Universidad de Nebrija agrega que el objetivo de la responsabilidad social corporativa es promover la creación de una ciudadanía corporativa global, que permita la conciliación de los intereses y procesos de la actividad empresarial con los valores y demandas de la sociedad civil, así como con los proyectos de la ONU, organizaciones internacionales sectoriales, sindicatos y ONG. Esta iniciativa supone un proyecto internacional de unir a las empresas del mundo con las agencias de Naciones Unidas y la sociedad civil y laboral, para lograr alcanzar y mantener los diez principios que en la actualidad contempla el Global Compact. Estos desafíos tienen su origen en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo, en la Declaración de Río sobre Desarrollo y Medio Ambiente y en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción<sup>4</sup>.

En España, el informe refiere que la responsabilidad social corporativa tiene su origen a finales de los años 90 a través de la Asociación de Instituciones de Inversión Colectiva y Fondos de Pensiones (INVERCO) que introduce el concepto de inversión social responsable para efectos de fomentar el ahorro responsable a través de la transparencia de información.

En Perú, de acuerdo con una publicación periodística efectuada en la página web de un programa prestigioso, el tema de la responsabilidad social corporativa será introducido por primera vez formalmente en la agenda de trabajo en la Declaración de Líderes del Foro de Cooperación Económica del Asia-Pacífico (APEC) y será la que se suscriba en Lima en noviembre próximo<sup>5</sup>. Sin embargo, no empieza allí la preocupación del Perú por introducir el tema de responsabilidad social corporativa en el país.

En efecto, Perú forma parte de la red del Global Compact desde noviembre de 2003, fecha a partir de la cual fue oficialmente lanzada con la ayuda de Perú 2021<sup>6</sup>. En el segundo semestre de 2005, la Confiep presentó oficialmente la Secretaría Técnica de la Red del Pacto Mundial y creó un Comité de Trabajo para impulsar el pacto en el país<sup>7</sup>.

Perú 2021 es una asociación civil sin fines de lucro, liderada por empresarios que desde 1994 vienen trabajando para lograr una visión nacional compartida de largo plazo, y por la difusión y promoción de la responsabilidad social (RS) como metodología de gestión empresarial, para que la empresa se convierta en agente de cambio para alcanzar el desarrollo sostenible del Perú<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup>El Pacto Social, de acuerdo al informe, se encuentra fundamentado en unos principios internacionalmente aceptados, con la vocación de servir de guía y apoyo a las empresas socialmente responsables. De esta forma, las empresas a la vez que contribuyen a un desarrollo sostenible, pueden sentir que las actuaciones que llevan a cabo son internacionalmente reconocidas por basarse en unos valores o principios universalmente respaldados y avalados.

<sup>4</sup><http://www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/index.html>

<sup>5</sup>[www.rpp.com.pe/2008/06/21/peru\\_introducir\\_la\\_responsabilidad\\_social\\_corporativa](http://www.rpp.com.pe/2008/06/21/peru_introducir_la_responsabilidad_social_corporativa)

<sup>6</sup>Más de 100 representaciones de las distintas áreas de empresariales, sociedad civil, laboral, gubernamental, del sistema de naciones unidas y de la Iglesia Católica acudieron al encuentro en Lima.

<sup>7</sup>Con la colaboración del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD, desarrolló el proyecto Seed Funding to Networks Global Compact in Peru, a través del cual se brindó asistencia técnica a empresas e instituciones suscritas.

<sup>8</sup>Perú 2021 representa al World Business Council for Sustainable Development WBCSD en el Perú. El WBCSD es una coalición conformada por más de 180 empresas transnacionales pertenecientes a diversos sectores económicos en más de 35 países, las cuales comparten un fuerte compromiso para lograr el desarrollo sostenible a través del buen desempeño económico, el balance ecológico y el progreso social.

---

Por último, no podemos dejar de considerar aquellos conocimientos de responsabilidad social introducidos en nuestro país a partir de las inversiones que empresas transnacionales hacen en nuestro territorio y que traen su propia filosofía y cultura de trabajo que en algunos casos, en esta materia, están más avanzados.

En América Latina existen organizaciones empresariales, fundaciones, así como organizaciones sin ánimo de lucro que recientemente están conformando un tejido en responsabilidad social corporativa, siendo las prácticas con mayor implantación las relativas a inversión en la comunidad y acción social<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup><http://www.nebrija.com/responsabilidad%2Dsocial/americ-latina.htm>

**ENTIDADES A NIVEL DE AMÉRICA LATINA:**

**Banco Interamericano de Desarrollo**

Organismo multilateral que financia proyectos de implementación de RSE, hace investigación sobre el tema en América Latina y tiene un intenso programa de divulgación, a través de publicaciones y las Conferencias Interamericanas sobre Responsabilidad Social de la Empresa que se celebran anualmente en la región.

**DERES. Desarrollo de la Responsabilidad Social Empresarial**

Asociación de empresas y empresarios uruguayos implicada en el desarrollo del enfoque RSC, escaparate de las mejores prácticas de gestión en Uruguay

**CEADS. Consejo Empresario Argentino para el Desarrollo Sostenible**

Capítulo argentino del *World Business Council for Sustainable Development*, cuenta con 35 empresas asociadas entre las que se encuentra DuPont, Gas Natural, Grupo Minetti, Repsol YPF y Aguas Argentinas.

**CECODES. Consejo Empresarial Colombiano para el Desarrollo Sostenible**

Capítulo colombiano del *World Business Council for Sustainable Development*, es una de las organizaciones más activas en el ámbito del desarrollo sostenible en América.

**CLACDS. Centro Latinoamericano para la Competitividad y el Desarrollo Sostenible**

Centro de investigación vinculado a la escuela de negocios INCAE. Su principal objetivo es promover cambios en políticas públicas, las estrategias empresariales y las acciones de la sociedad civil en la región centroamericana.

**Perú 2021**

Asociación empresarial que pretende que la empresa peruana se convierta en un motor de desarrollo incorporando la responsabilidad social como herramienta de gestión. Los proyectos dirigidos hasta el momento están dirigidos al ámbito de la inversión en la comunidad.

**Fundación Esquel (Ecuador)**

ONG que busca contribuir al desarrollo humano sostenible en el Ecuador a través de programas de cofinanciación, asesoría y asistencia técnica a otras organizaciones, empresas e instituciones.

**CEMEFI. Centro Mexicano para la Filantropía**

Asociación civil sin ánimo de lucro integrada por 401 miembros entre los que cuenta con personas físicas e instituciones de asistencia y promoción para promover la cultura filantrópica en México.

**Alianza Social (Venezuela)**

Instituto vinculado a la cámara venezolana VenAmCham cuya misión es promover e incentivar la RSC de las empresas privadas con el fin de mejorar la calidad de vida del venezolano.

**EMPRESA. Responsabilidad Social en las Américas (Continental)**

Red de Organizaciones empresariales en todo el continente americano que persigue un fortalecimiento del enfoque RSC. Tiene la intención de constituirse en el principal referente regional americano respecto a las prácticas y estrategias de RSC.

**IARSE. Instituto Argentino de Responsabilidad Social Empresaria Argentina**

ONG que persigue el compromiso del mundo empresarial argentino con el desarrollo sostenible a través de enfoque RSC. En su website se divulgan buenas prácticas y noticias relevantes.

**Instituto Ethos. Empresa e Responsabilidad Social (Brasil)**

Think tank empresarial brasileño cuya misión es ayudar a las empresas a incorporar la RSC a su gestión diaria. Además de la divulgación de materiales organiza conferencias anuales nacionales sobre RSC de gran repercusión nacional.

**Sistema FIRJAN. Federação das Indústrias Estado do Rio de Janeiro (Brasil)**

Organización empresarial del estado de Río de Janeiro, de la que forman parte acerca de 16000 empresas. Está estructurada en Consejos Empresariales que prestan servicios de asesoría especializada en Medioambiente y Responsabilidad Social.

**Acción Empresarial (Chile)**

Organización empresarial chilena cuyo objetivo es promover la RSC entre las empresas que operan en el país. Contiene una newsletter, casos prácticos, indicadores para la autoevaluación y convoca unos premios anuales en RSC.

**Fundación del Tucumán. (Argentina)**

Establecida en 1985 como una alianza empresarial para el progreso económico y el desarrollo social en Argentina, además de la Red de Responsabilidad Social de Tucumán, posee una Escuela de Negocios y un Instituto de Estudios e Investigaciones.

**CentraRSE. Centro para la Acción de la Responsabilidad Social Empresarial en Guatemala**

Organización privada liderada por empresarios formada en enero de 2003 Su objetivo es generar una actitud de cambio en los empresarios que operan en el país cuyo objetivo es Orientar sobre las políticas y prácticas de responsabilidad social en las empresas como un pilar fundamental de la estrategia de negocios".

**FUNDEMÁS. Fundación empresarial para la acción social (El Salvador)**

Tiene como objetivo contribuir al desarrollo económico y social de El Salvador mediante el fortalecimiento de la Responsabilidad Social de la empresa privada, la promoción de la filantropía y de los valores empresariales.

**CEDIS. (Panamá)**

Organización sin fines de lucro auspiciada en sus inicios por la Fundación W.K. Kellogg. Nace en el año 2000 con el objetivo de contribuir al desarrollo económico y social de Panamá a través del fortalecimiento, la movilización y la articulación de los actores relevantes de la Responsabilidad Social Empresarial. Incluye casos prácticos, publicaciones propias, proyectos de ONG's panameñas,

### 3. Revisión de su definición

Ahora bien, ¿qué es la responsabilidad social corporativa o llamada también responsabilidad social de la empresa? Son muchos los trabajos que hacen referencia a ella con muchos puntos de vista según el rubro al cual se oriente cada autor, cada cual con un contenido que puede ser bastante válido pero no todos ellos hacen una referencia cabal de su alcance.

De acuerdo con el informe al que nos hemos venido refiriendo de la Universidad de Nebrija, el término hace referencia al conjunto de obligaciones y compromisos legales y éticos, tanto nacionales como internacionales que se derivan de los impactos que la actividad de las organizaciones produce en el ámbito social, laboral, medio ambiental y de derechos humanos.

La Comisión de las Comunidades Europeas<sup>10</sup> define el concepto de responsabilidad social de las empresas en el llamado Libro Verde<sup>11</sup> como «la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores»<sup>12</sup>.

El Global Compact, si bien no define el concepto de responsabilidad social de las empresas, los principios que lo integran de alguna manera definen su compromiso y están agrupados en torno a cuatro ámbitos que orientan la responsabilidad social de las empresas<sup>13</sup>. Así, están agrupados en torno al ámbito de los derechos humanos, de las normas laborales, del medio ambiente y en la lucha contra la corrupción; inspirados en la Declaración de Derechos Humanos, la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo, en la Declaración de Río sobre Desarrollo y medio ambiente, y en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; declaraciones y convenciones que no siendo de carácter normativo constituyen un *soft law*<sup>14</sup> y por tanto de cumplimiento voluntario por las partes que la suscriben.

Los principios son diez<sup>15</sup> y se transcriben a continuación con el ámbito de su orientación:

#### **Aquellos relacionados con el ámbito de derechos humanos**

Principio 1. Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos proclamados a nivel internacional; y

Principio 2. Las empresas deben evitar verse involucradas en abusos de los derechos humanos.

<sup>10</sup> COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN relativa a la responsabilidad social de las empresas: Bruselas, 2.7.2002, COM(2002) 347 final. [http://europa.eu.int/comm/employment\\_social/socdial/csr/greenpaper\\_press.htm](http://europa.eu.int/comm/employment_social/socdial/csr/greenpaper_press.htm)

<sup>11</sup>En julio de 2001, la Comisión Europea presentó el Libro Verde «Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas», cuyos objetivos eran, en primer lugar, estimular el debate sobre el concepto de responsabilidad social de las empresas (RSE) y, en segundo lugar, definir los medios para desarrollar una asociación con vistas a la instauración de un marco europeo para la promoción de la RSE. (Comisión 2002, 336). Tomado de la Comunicación de la Comisión relativa a la responsabilidad social de las empresas. Bruselas 2.7.2002.

<sup>12</sup>De acuerdo con la Comunicación de la Comisión referida en el pie de página 4, los europeos consideran que la responsabilidad social de las empresas puede ayudar a la consecución del objetivo estratégico establecido en marzo de 2000 en la cumbre de Lisboa, de convertir a la Unión Europea en 2010 en «la economía del conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social», y puede también contribuir a la estrategia europea de desarrollo sostenible.

<sup>13</sup><http://www.pactomundial.org/index.asp>

<sup>14</sup>Convenciones o regulaciones que sin ser normas de cumplimiento obligatorio o vinculantes jurídicamente hablando se comprometen a respetarlas las partes que se han adherido libremente.

<sup>15</sup>Antes eran nueve principios y actualmente se le ha incorporado el relacionado a la Lucha contra la Corrupción que es el principio número diez.

---

### **Los relacionados con las normas laborales**

Principio 3. Las empresas deben respetar la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva;

Principio 4. Las empresas deben defender la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso y obligatorio;

Principio 5. Las empresas deben defender la abolición efectiva del trabajo infantil;

Principio 6. Las empresas deben defender la eliminación de la discriminación respecto del empleo y la ocupación.

### **Los que están relacionados con el medio ambiente**

Principio 7. Las empresas deben apoyar la aplicación de un criterio de precaución respecto de los problemas ambientales;

Principio 8. Las empresas deben adoptar iniciativas para promover una mayor responsabilidad ambiental;

Principio 9. Las empresas deben alentar el desarrollo y la difusión de tecnologías inocuas para el medioambiente.

### **Por último, el que tiene que ver con la lucha contra la corrupción**

Principio 10. Las empresas deben trabajar contra la corrupción en todas sus formas, incluidas extorsión y soborno”.

El World Business Council on Sustainable Development (WBCSD) o Consejo Mundial para el Desarrollo Sostenible<sup>16</sup> define la responsabilidad social corporativa como el compromiso de las empresas de contribuir al desarrollo económico sostenible, trabajando con los empleados, sus familias, la comunidad local y la sociedad en general para mejorar su calidad de vida<sup>17</sup>.

François Vallaëys<sup>18</sup> la define como una nueva política de gestión, un nuevo modo de administrar las organizaciones, cuales sean, cuidando de los impactos y efectos colaterales que se generan a diario adentro y afuera de la institución, responsabilizándose por las consecuencias sociales inducidas por el mismo funcionamiento de la organización. Este nuevo modelo de gestión está basado en fines éticos y de desarrollo social justo y sostenible, y tiene el afán de promover estándares y regulaciones universales. Por lo tanto, la responsabilidad social es aplicable a todas las organizaciones sin excepción, las públicas como las privadas, las que son con fines de lucro y las sin fines de lucro. El hecho de que haya nacido primero en el medio empresarial no la reserva exclusivamente a las empresas. Nuestras administraciones públicas, nuestras casas de estudios, nuestras asociaciones del tercer sector, ellas también deben de ser socialmente responsables en cuanto organizaciones. Es como la democracia: nació en Grecia, pero no está hecha solamente para los griegos<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup>Es una red de 160 empresas internacionales de más de 30 países promovida por el empresario suizo Stephan Schmidheiny durante el período previo a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992. El WBCSD considera que la Responsabilidad Social Corporativa es un elemento clave para un futuro sostenible y desde 1997 el WBCSD ha querido contribuir en torno al debate de la RSC, ofreciendo una perspectiva empresarial sobre el tema.

<sup>17</sup>Sandra Benbeniste, El alcance del concepto de la Responsabilidad Social Corporativa de acuerdo a los organismos internacionales promotores del tema, trabajo final programa doctoral, 2002, pag.6.

<sup>18</sup>Profesor de Filosofía de la Pontificia Universidad Católica del Perú

<sup>19</sup>François Vallaëys, La Responsabilidad Social Universitaria ¿Cómo entenderla para Quererla y practicarla? [http://www.abmes.org.br/NovaEstrutura/\\_subSites/ER2008/\\_downloads/Revista/2007\\_03\\_txt\\_Vallaëys.pdf](http://www.abmes.org.br/NovaEstrutura/_subSites/ER2008/_downloads/Revista/2007_03_txt_Vallaëys.pdf)

---

Para José Luis Lizcano<sup>20</sup> la responsabilidad social corporativa se presenta como un modelo emergente y alternativo de gestión que reconoce también a la empresa como un entramado de relaciones, no solo de propietarios y agentes-directivos, sino de todas aquellas partes o grupos interesados por la existencia y marcha de la empresa: empleados, clientes, proveedores, competidores, comunidad local, medioambiente y sociedad en general.

El Centro Colombiano de Responsabilidad Empresarial CCRE<sup>21</sup> en un artículo que publica<sup>22</sup> hace referencia a la responsabilidad social empresarial como la capacidad de respuesta que tiene una empresa o una entidad, frente a los efectos e implicaciones de sus acciones sobre los diferentes grupos con los que se relaciona (*stakeholders* o grupos de interés). De esta forma las empresas son socialmente responsables cuando las actividades que realiza se orientan a la satisfacción de las necesidades y expectativas de sus miembros, de la sociedad y de quienes se benefician de su actividad comercial, así como también, al cuidado y preservación del entorno. Agrega que al hablar de la capacidad se refiere principalmente a la habilidad para el buen ejercicio de una gestión empresarial que atraviesa los diferentes escenarios de actuación de las empresas, las cuales son:

Normativo, que hace referencia al conjunto de leyes y normas generales que las diferentes instancias del estado dictan para regular el funcionamiento de las empresas, los mercados y la competencia.

Operacional, que hace referencia a los factores que permiten que las empresas produzcan bienes y presten servicios de acuerdo con sus objetivos corporativos.

Económico, que hace referencia a los recursos relacionados con la creación de valor y rentabilidad, capital e inversiones, costos, precios, tarifas y prácticas de mercado.

Social, que hace referencia a los aspectos que vinculan el quehacer de la organización con el contexto social en el que actúa, de modo que le permita contribuir a la calidad de vida y el bienestar de la sociedad.

Ambiental, que hace referencia a los aspectos para la identificación del impacto ambiental, la protección del medioambiente y el desarrollo sostenible.

En general, sigue explicando el artículo, el concepto de responsabilidad social empresarial se corresponde con una visión integral de la sociedad y del desarrollo que entiende que el crecimiento económico y la productividad están asociados con las mejoras en la calidad de vida de la gente y la vigencia de instituciones políticas democráticas y garantes de las libertades y los derechos de las personas. Igualmente, asume que el fin general de la economía es proporcionar bienestar a la sociedad y que dichas demandas sociales se expresan insuficientemente en las normas legales, lo que implicaría un compromiso más profundo y exigente de los actores económicos con el resto de la sociedad.

Si bien es cierto que no hay una sola definición al término de responsabilidad social corporativa si está claro que no se trata de fines altruistas vía donaciones o participaciones que concluyen en determinadas actividades

---

<sup>20</sup> Lizcano, José Luis, Artículo sobre Buen Gobierno y Responsabilidad Social Corporativa, Fuente: Partida Doble, num 182, página 20 a 35, noviembre 2006.

<sup>21</sup> Organización no gubernamental sin ánimo de lucro, que desde 1.994, cuando nació por iniciativa y apoyo de la Fundación Social y de la Fundación Interamericana (IAF), viene trabajando en la investigación, desarrollo y promoción de la Responsabilidad Social Empresarial (RSE).

<sup>22</sup> [Http://www.ccre.org.co/upload/2art03\\_g.pdf](http://www.ccre.org.co/upload/2art03_g.pdf)

---

sociales, no; lo que está sucediendo es que estamos siendo testigos de una corriente de cambio de actitud, de hacer bien las cosas porque ese hacer bien redundará en mejoras sociales y económicas que serán reconocidas por el entorno en el que se desenvuelve que apreciará su valor, valor que redundará en ese valor agregado que adquirirá la empresa distinta a su competidor que no toma esta actitud; es decir, la expresión del compromiso de una empresa con la sociedad y la aceptación de su rol en ella que incluye el pleno cumplimiento de la ley y acciones adicionales para asegurar que la empresa no opera a sabiendas en detrimento de la sociedad<sup>23</sup>.

En ese sentido, todas las definiciones o referencias a lo que podría llamarse responsabilidad social corporativa no hacen otra cosa que aludir a una preocupación universal de gestión, es decir, de un modo de actuar, de hacer que debe partir desde las empresas<sup>24</sup> porque son las llamadas a hacerlas por el rol protagónico que desempeñan con impacto en la sociedad.

Pero, ¿realmente debe ser solo responsabilidad de las empresas? Pensamos que no, y allí coincidimos plenamente con François Vallaeys cuando incorpora a cualquier organización sean estas públicas o privadas y además no solo su responsabilidad con el entorno sino también hacia adentro de su organización, a lo que agregaría, incluyéndose a cada individuo que conforman estas organizaciones en cualquiera de los roles en el que le toque participar pues no es ajeno que al aludirse a una colectividad o persona jurídica, no se trata de otra cosa que actos u omisiones que se refieren a conductas de hombres individuales como bien dice Hans Kelsen<sup>25</sup>. De allí que, cuando el ordenamiento jurídico imputa deberes o derechos a las llamadas personas jurídicas y agregaría, a cualquier colectivo en general, debe entenderse, siempre que tales derechos o deberes solo podrán ser cumplidos o incumplidos mediante acciones o conductas de seres humanos individuales, es decir, de personas físicas o naturales con un conjunto de valores que otorgan sentido a sus acciones<sup>26</sup> y que se impregna en el medio en el que se involucran.

Consideramos que no tiene por qué no exigírseles a las organizaciones en general, entendidas todas aquellas a las que agrupan a un colectivo o grupo de personas con un fin común en cualquier de sus expresiones permitidas sean estas públicas o privadas, iguales valores éticos y obligaciones en la misma forma que le son exigidas a las personas naturales.

Además, es importante hacer énfasis en que los alcances de la responsabilidad social no tienen por qué excluir al sector público quien por el contrario debe estar inmerso porque el Estado es la imagen de un país y por tanto justamente es el que debe dar el ejemplo dentro del ámbito de su rol como encargado de definir e implementar las políticas de un país. El hecho de que reconozcamos que tenga dificultades sobre todo económicas por resolver las exigencias de su población por su magnitud y complejidad, no lo exime de su responsabilidad de participar en esta toma de conciencia en comunidad no solo nacional sino también global.

---

<sup>23</sup> Definición que hace Business in the Community, en el Reino Unido, sobre Responsabilidad Social Corporativa tomado de Sandra Benbeniste, El alcance del concepto de la Responsabilidad Social Corporativa de acuerdo a los organismos internacionales promotores del tema, trabajo final programa doctoral, 2002, pag.7.

<sup>24</sup> Las empresas como grupo social, son expresión del sistema de valores y creencias de la sociedad en la que conviven compartiendo, aunque a veces no lo parezca, una misma dimensión moral basada en el bueno comportamiento con el grupo y con la persona. La responsabilidad de comportarse moralmente bien es pues, algo consustancial de las organizaciones que va más allá de las odas y de un instrumentalismo interesado. La dirección y gestión de las organizaciones deben centrarse en la esencia o misión primera "un comportamiento bueno con el grupo y las personas que la forman. Lizcano, José Luis, Artículo sobre Buen Gobierno y Responsabilidad Social Corporativa, Fuente: Partida Doble, num 182, página 20 a 35, noviembre 2006

<sup>25</sup> Teoría pura del derecho, Hans Kelsen

<sup>26</sup> Casanova Claros, Mariela, A propósito del Velo Societario, Revista Vox Juris No. XIV Crónicas, año 2007.

---

#### 4. Regulación

¿Cómo le pueden ser exigidos estos valores éticos y obligaciones? En primer lugar, menciona Fernando Navarro que, responsabilidad social implica, libertad de elección y en segundo lugar, compromiso voluntario con los “stakeholders” o grupos de interés<sup>27</sup>, y eso es lo que se ha venido buscando, un compromiso voluntario de cumplimiento en donde su incumplimiento será objetado por el propio medio en el que se desenvuelve cada uno de estos actores reunidos en colectivos mal referidos, actualmente, únicamente a empresas.

Por lo tanto, ¿es necesario crear regulación? Consideramos que no, y nos inclinamos porque lo que debería existir son mecanismos de prevención y/o instrumentos de seguimiento que permitan vigilar si una empresa u organización en general está cumpliendo con sus deberes y obligaciones inherentes a su estructura y funcionamiento, es decir, tanto internamente para con sus empleados, accionistas, directores para los cuales ya hay una legislación al respecto; como externamente para con sus proveedores, medioambiente, clientes y comunidad en la que se desenvuelve.

Efectivamente, sería excesivo que se diera regulación sobre regulaciones que ya están dadas y que por sí mismas tienen suficiente sustento y sostenibilidad ya que estamos hablando de principios y protecciones que son de reconocimiento y aceptación universal contenidos en convenios universales generalmente aceptados como son por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo, la Declaración de Río sobre Desarrollo y Medio Ambiente, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y todas aquellas convenciones y declaraciones que de una u otra forma se suscriben no solo a nivel de Estados Partes y que además suelen interiorizarse en un país sea o no suscriptor de ese convenio o Declaración.

Los mecanismos de prevención nos permitirán corregir a tiempo, más que castigar las desviaciones de conductas que se produzcan en las actuaciones de estos colectivos. Digo esto porque, no en todos los rubros el castigo es un remedio efectivo. En efecto, por ejemplo si estamos hablando del daño al medioambiente, acaso una sanción económica solucionará el daño irreparable que se haya ocasionado. Sabemos que no, y que en este caso aunque definitivamente no es despreciable el resarcimiento porque puede ayudar a paliar el daño, queda claro que no se puede recomponer y volver al estado en que se encontraba antes de él. Y como este varios ejemplos en los que el resarcimiento material no es suficiente y no llega a compensar en lo absoluto esos daños de difícil tangibilidad y cuantificación en términos de valores y principios más que monetarios.

Como instrumentos de seguimiento podemos citar el que tiene el Global Reporting Initiative (GRI)<sup>28</sup> «con el objetivo de fomentar la calidad, el rigor y la utilidad de las memorias de sostenibilidad». Esta estructura establece los

---

<sup>27</sup> En Responsabilidad Social Corporativa: Teoría y Práctica de Fernando Navarro García, Esic Editorial, Madrid, 2008, pag.33. También menciona a pie de página que la libertad es el fundamento de la ética. Somos responsables de nuestros actos porque somos libres y actuamos voluntariamente. Sin libertad ni voluntariedad no tendría sentido hablar de exigencias éticas, ni de imputabilidad moral. Esa libertad, que en su sentido positivo se asocia al ejercicio de la autodeterminación (la capacidad de decidir sobre sí mismo), hizo escribir a Ortega y Gasset que “el hombre está condenado a ser libre”. Erich Fromm fue algo más lejos al concluir que al hombre le llega a pesar la responsabilidad en el ejercicio de su libertad y al final le resulta más cómodo que le digan que es lo que debe hacer.

<sup>28</sup> <http://www.globalreporting.org/AboutGRI/WhatWeDo/>

Es una iniciativa creada en 1997 por la organización no gubernamental CERES (Coalition for Environmentally Responsible Economies) junto con PNUMA (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente), con el apoyo de numerosas instituciones privadas, empresas, sindicatos, ONGs y otras organizaciones.

---

principios e indicadores que las organizaciones pueden usar para reportar sus cumplimientos económicos, medioambientales y sociales<sup>29</sup>. Esta herramienta fue concebida con el fin de aumentar la calidad de la elaboración de las memorias de sostenibilidad, hasta equipararlas con los informes financieros en cuanto a comparabilidad, rigor, credibilidad, periodicidad y verificabilidad. El GRI cuenta con la participación activa de representantes de organizaciones de derechos humanos, derechos laborales, investigación, medioambientales, corporaciones, inversionistas y organizaciones contables.

El Pacto Mundial también tiene este mecanismo de seguimiento a través del llamado Reporte de Progreso (o Communication on Progress, COP por sus siglas en inglés)<sup>30</sup> y representa el mecanismo más importante para garantizar la calidad e integridad de esta iniciativa promovida por las Naciones Unidas.

Un Reporte de Progreso es una comunicación a los grupos de interés (consumidores, empleados, trabajadores organizados, accionistas, medios de comunicación, gobierno, etc.) sobre el progreso que la empresa u organización ha hecho en la implementación de los diez principios del Pacto en su actividad de negocio apoyando a las metas de las Naciones Unidas. Se espera que los participantes de la Red del Pacto Mundial informen cada año a sus grupos de interés mediante informes financieros anuales, informes de sostenibilidad, otros informes públicos importantes, sitios web u otros medios de comunicación el avance en la interiorización de los principios del Pacto. La elaboración y difusión de los Reportes de Progreso es vital para promover la transparencia y la responsabilidad de los participantes del Pacto Mundial, así como para identificar buenas prácticas que pueden inspirar a otros participantes a ponerlas en práctica.

Por último, ¿al ser un compromiso voluntario con los *stakeholders* o grupo de interés, sería un compromiso que sólo debiera ser asumido por las empresas para con ellos? Nuevamente consideramos que no. Acaso no se le podría exigir lo mismo a los propios *stakeholder* o grupo de interés a fin de que exista una retroalimentación constante en provecho de ambas partes; es decir, ¿acaso se debe ver a los *stakeholder* solo como agentes pasivos?, o ¿es que debería exigírseles también una actitud activa?, entendiéndose que debe existir una retroalimentación de intereses con el objetivo de buscar una convergencia de responsabilidades mutuas y no solo ver que los únicos responsables para el logro del desarrollo, crecimiento y prosperidad de una sociedad o del país en donde se halla sea sobre la base de una responsabilidad social solo empresarial justificándose en el rol protagónico que desempeña. No estamos de acuerdo, la responsabilidad social es de todos por tanto, todos sean personas jurídicas o personas naturales, públicas o privadas, con fines comerciales o no, estamos comprometidos.

## 5. Conclusiones

En resumen, consideramos que la responsabilidad social corporativa no es una regulación y menos una orientación nueva que están obligadas a aplicar únicamente y directamente las empresas a quienes se ha hecho el llamamiento sino que más bien, se trata de un replanteamiento del modo de actuar o de hacer de las empresas —en todos sus ámbitos de actuación— con responsabilidad y con el compromiso de aceptar su rol en sociedad cuyos alcances van más allá de lo que en un inicio se concibió, pues está dirigida


---

<sup>29</sup> <http://www.globalreporting.org/AboutGRI/WhatWeDo/>

<sup>30</sup> [http://www.pactomundial.confiep.org.pe/index.php?fp\\_verpub=true&idpub=433&fp\\_mnu\\_id=22](http://www.pactomundial.confiep.org.pe/index.php?fp_verpub=true&idpub=433&fp_mnu_id=22)



---



también a cualquier forma de organización pública o privada para con ellas mismas y con su entorno y además, de manera indirecta a los individuos que conforman estas organizaciones, de tal suerte que se forma una cadena de valores en la actuación. Todo esto, con fines de alcanzar un desarrollo sostenible y sostenido con prosperidad, no solo de las empresas sino también de la sociedad en su conjunto en el que finalmente quien sale ganando es el individuo.

---

## LA METÁFORA DE LA MATERIALIZACIÓN DE LOS TÍTULOS VALORES

Rolando Castellares Aguilar

*“...Si algún profano quisiera preguntar cuáles son los méritos y la contribución del derecho mercantil en la formación de la organización presente, quizá no se podría indicar institución más importante y significativa que los títulos valores...” Tullio Ascarelli, Nuevo Digesto Italiano.*

*“Yo añadiría que los valores mobiliarios se van a desmaterializar y que la metáfora, porque no es más que una metáfora, de la incorporación del derecho al título desaparece al convertirse el título en un simple asiento de cuenta corriente. Yo diría que se va a sustituir la propiedad del valor y que en lugar de títulos-valores se van a crear valores sin títulos”. Joaquín Garrigues, Bolsa de Madrid, 1974.*

Sumario: 1. Antecedentes. 2. Evolución del soporte. 3. Hacia la desmaterialización de lo desmaterializado. 4. La firma electrónica. 5. Valores desmaterializados. 6. Ley de Títulos Valores Ley de valores negociables.

### **1. Antecedentes:**

El Derecho Cambiario surge como una especialidad y rama casi autónoma dentro del Derecho Comercial, por la importancia que logra al desarrollarse en su concepción jurídica de materializar el derecho, que es un bien intangible, y los beneficios que con ello se logra dentro de la actividad mercantil, al darse la posibilidad de transferir o hacer más fácil la circulación de dichos bienes intangibles luego de su corporativización, mediante su materialización en el soporte más idóneo o práctico que es el papel.

Constituye sin duda una elaboración doctrinaria reciente, en comparación con las demás instituciones del Derecho Mercantil, la que sustenta el llamado Derecho Cambiario, pues fueron los juristas europeos de la segunda mitad del ochocientos que dieron inicio a esta elaboración doctrinaria sustentatoria; tomando como primera base el principio de la “incorporación” del derecho en el título (Savigny), esto es, según nosotros, el proceso de “materialización” del derecho o de los bienes intangibles, con lo que se logra sustentar esta “tangibilización” o “corporativización” de un bien inmaterial e intangible como es el derecho, en algo tangible y apreciable por el sentido humano, como es el soporte físico o material que brinda el papel. Recordemos que desde los orígenes del derecho latino, existe esta clara diferencia entre los bienes materiales, o tangibles, o apreciables por nuestros sentidos, a los que los romanos lo llamaron “cosa”; de los bienes que no tienen esta esencia material, física o tangible, por lo que no es posible apreciarlos a través de los sentidos del hombre, a los que se ha venido en llamarlos “derechos”. Así, tendríamos una primera clasificación de los “bienes” en “cosas” (material, tangible como puede ser una vivienda o una barra de metal) y “derechos” (intangibles, inmaterial, como puede ser la acreencia que tiene un acreedor sobre su deudor o el derecho de propiedad o el derecho de garantía sobre un bien, que existe pero que no es apreciable por los sentidos del hombre). Al ser posible admitir, bajo esta elaboración jurídica y teórica, que un derecho puede ser “incorporado” en un documento, esto es, que algo que por su propia naturaleza es intangible e incorpóreo sea convertido en algo físico, material,

---

tangible y corpóreo "...la suerte del primero queda unida inseparablemente a la del segundo; el derecho no se puede exigir ni transmitir sin el documento y sigue las vicisitudes de este." (URIA, Rodrigo, Derecho Mercantil, 24 Ed. Madrid, 1997, pág. 904).

Es esta elaboración intelectual, por cierto bastante forzada, de que lo inmaterial (el derecho) queda incorporado en un soporte físico o material como es el papel (cosa) y sigue la suerte de este, y a lo que Joaquín Garrigues llamó "metáfora", en nuestra opinión, es lo que sustenta en esencia la naturaleza jurídica de los "títulos valores".

Como consecuencia de esta elaboración de que los documentos incorporan, contienen o representan derechos, y logrado así la tangibilización o conversión del derecho (intangible) en "cosa" (tangible), viene de inmediato la clasificación de los documentos en (i)*probatorios*, esto es, documentos que sirven solamente para demostrar un acto o negocio jurídico que precisamente suele ser descrito en su texto, como puede ser un contrato o una comunicación o manifestación de voluntad escrita en el mismo documento; (ii)*constitutivos*, o sea, documentos cuya utilización es indispensable y esencial para admitir la existencia jurídica del acto o negocio jurídico, como puede ser un documento escrito de fecha cierta para que exista jurídicamente la prenda o la fianza, o la escritura pública para la existencia de una hipoteca; y, (iii)*dispositivos*, que son documentos que además de cumplir las características de los documentos antes mencionados, posibilitan a través de ellos (del documento), disponer del derecho o del bien que representan o contienen, mediante la simple transferencia del documento mismo, al concebirse que documento (físico, material) y derecho (intangibile, inmaterial) constituyen un solo y único bien.

Es justamente a esta tercera categoría de documentos a los que pertenecen los títulos valores; lo que da origen a otro principio o característica de esta categoría especial de documentos (títulos valores), que es el principio de la *necesidad* (Brunner). Esto es, la necesidad de la posesión física o material del título valor (del documento que incorpora el derecho y que ha generado esta inmanencia entre documento o soporte y el derecho incorporado en ese documento) para ejercer el derecho que representa o que contiene; pues resulta lógico que si el documento es el derecho o contiene o incorpora el derecho, resulte necesario la tenencia física o posesión de dicho documento para tener y exigir el derecho incorporado en él.

Esta necesidad de tener la posesión del documento y tener que presentarlo y exhibirlo ante el designado a atender y cumplir con la obligación o el derecho que representa, generó otro principio, denominado *legitimación* (Jacoby), según el que habrá obligación de cumplir con el derecho que representa el documento, ante la presentación física de él, pero por quien sea el legítimo poseedor del documento o título. Así, no basta que este tenga en su poder el documento, sino que debe ser su legítimo tenedor o titular, según fluya del texto y términos del mismo documento.

Posteriormente se agregan y perfecciona toda esta teoría con otros principios cambiarios, como la *literalidad* y la *autonomía* (escuela italiana), que se refieren al contenido del documento, careciendo de validez frente a terceros textos o cláusulas que no consten en el mismo documento o título, así como

---

que los alcances de los derechos y obligaciones contenidos en el título se limitan a los que literalmente consten en el documento, sin que las estipulaciones acordadas respecto al derecho en documento aparte tengan efecto alguno frente al tenedor del documento; y, por otro lado, estableciendo que el derecho contenido en el documento es autónomo y tiene total independencia y separación del negocio jurídico que es causa o que dio origen al título valor, por lo que el derecho incorporado en el título se independiza de la relación causal y genera entre los participantes e intervinientes en el documento, una relación jurídica distinta a la causal, denominada relación o vínculo cambiario, limitado y circunscrito solamente a los derechos señalados en el título, según y conforme a su texto o contenido literal, lo que se sustenta precisamente en esta autonomía, generándose así una suerte de escisión de los derechos incorporados en el título de la causa, u origen de los mismos; situación que también fácilmente nos lleva a comprender, a apreciar la diferencia que existe entre una cesión de derechos y un endoso. El primero (cesión de derechos) implica la transferencia del derecho con todos sus antecedentes y relación causal; mientras que el endoso es la transmisión exclusivamente de los derechos literalmente señalados en el título valor.

Así, resulta fácil darse cuenta de que todo este esfuerzo de elaboración jurídica que sustenta la naturaleza de los documentos que tienen la calidad de títulos valores, apunta y se explica por la necesidad de asegurar y facilitar la *circulación* (que es otro principio cambiario) de los derechos, lo que dentro del derecho común o civil resulta y hace algunos siglos atrás resultaba aún más engorroso, lento e inseguro. Por ello, toda esta creación y elaboración de principios que sustentan la naturaleza jurídica de los títulos valores, tiene como objetivo final la circulación fácil y segura de los derechos (bienes intangibles), asemejándolos a la negociación de las cosas (bienes tangibles).

Tradicionalmente, en el derecho latino, la relación obligacional es personal, por lo que en una relación jurídica crediticia, el único legitimado a exigirlo resultaba ser solamente el titular original de ese derecho o sus sucesores según las complicadas reglas de la novación subjetiva del derecho civil, por las que el cesionario o subrogado en los derechos adquiría el derecho en sustitución y bajo las mismas reglas que su cedente, sujeto a todas las excepciones y oposiciones que pueda formular respecto a él, el obligado; lo que dificulta su negociación y genera celos de parte de los operadores del mercado interesados en adquirir esos derechos en vía de cesión, más aún si hay sucesivas transferencias. La cesión de derechos, hasta la fecha, opera de ese modo. El cesionario tiene exactamente los mismos derechos y está sujeto a las mismas oposiciones y excepciones que pueda tener el cedente como consecuencia de sus relaciones personales con el obligado del derecho que cede, por lo que este (el obligado) puede hacer valer frente al cesionario, las excepciones, oposiciones, circunstancias y reclamos de su relación causal con el cedente, de quien el cesionario recibió el derecho cedido. El derecho cedido no se transmite puro y autónomo, sino teñido de todas las circunstancias personales de la relación causal en la que se origina. Con el título valor, se logra “purificarlo” o “escindirlo”, y la transmisión es exclusivamente del derecho patrimonial, sin que frente a terceros pueda hacerse valer excepciones propias de la transacción subyacente o causal.

Al respecto, Guillermo Jiménez Sánchez, Derecho Mercantil, sexta Ed. Ariel, Barcelona, 2000, pág.4, señala: “La nueva configuración de la relación jurídica obligacional relativizó la posición del titular originario del crédito al

---

abrir unas amplias posibilidades a la legitimación activa para el ejercicio de este con el apoyo en cláusulas y declaraciones recogidas en documentos o títulos creados específicamente para acreditar su existencia (cláusulas en las que incluyeron fórmulas inicialmente referidas a situaciones próximas a la representación, *—págame a mí o mi nuncio—*, o expresiones neutras o discretas, es decir, no indicativas de la causa determinante de la atribución de la legitimación, *—paga al portador, o a aquel en cuyas manos se encuentre el título—*, o indiscretas o declaratorias de la relación que motivaba la atribución en beneficio del nuevo legitimado *—paga a N, de quien he recibido el valor del crédito—*). Y, como lógico corolario de ello, condujo a una progresiva afirmación de la importancia del crédito en sí...”.

Y es que la figura civil de la *cesión de créditos o cesión de derechos*, resulta más lenta y engorrosa, como la necesidad de tener que comunicar fehacientemente cada vez al deudor u obligado de las transferencias hechas para que tal cesión surta efectos frente a él (art. 1215 CC), lo que se evita y agiliza logrando incorporar el derecho a un título y haciendo plenamente autónomo e identificable el derecho que se transfiere, independizándolo de la relación causal, lo que facilita y simplifica la circulación de esos bienes en el mercado, como derecho puro, sin las circunstancias que rodean la relación causal donde se origina.

Así, la elaboración de una nueva estructura jurídica, bajo la denominación de título valor (o valor en título o en soporte material y tangible), que permite incorporar el derecho en el soporte, con lo que se equipara o iguala a los bienes corporales que son objeto de fácil comercio o negociación, constituyó un gran avance en el mundo comercial, llegando a constituir esta institución jurídica, toda una rama del Derecho Mercantil, denominado Derecho Cambiario o Derecho de Títulos Valores.

## **2. Evolución del soporte:**

Desde su origen mismo, el hombre ha debido recurrir a diversos medios o formas de manifestar o exteriorizar su voluntad y sus ideas para lograr comunicarse con sus congéneres. Esas ideas y voluntad expresadas inicialmente solo en forma verbal u oral, requerían ser mantenidas en el tiempo o registradas de alguna forma, por lo que tuvo que recurrir a la utilización de diversos soportes o medios de registro de la expresión de voluntad. Así, fueron soportes primitivos las paredes de las cavernas, de lo que aún nos quedan huellas claras en las pinturas rupestres en todo el mundo. Luego se recurrió al uso de la arcilla que secada al sol o cocida al fuego sirvió por miles de años como soporte ideal de las ideas y voluntades manifestadas y transmitidas al exterior y a las generaciones futuras que conocemos por ese medio la historia de los pueblos y civilizaciones de entonces. Se recurrió también como soporte a la piedra, constituyendo justamente uno de los documentos jurídicos más famosos y conocidos en el mundo, uno que precisamente consta tallado en piedra diorita, nos referimos al llamado “Código de Hammurabi”. Otros grupos utilizaron soportes como la madera, como es el caso de los romanos, que emplearon tablillas enceradas sobre las que se hacían las anotaciones con punzones o *stilus*. Tiempo después se empezó a utilizar como soporte ideal los tallos del papiro, planta egipcia que por un evento casual de conflicto, al prohibir Tolomeo la exportación del papiro, fue sustituido por el cuero de cabras o pergamino que hábilmente el Rey de Pérgamo ofreció para cumplir la misma función que el papiro egipcio, inclusive con mayores ventajas al ofrecer este nuevo soporte la

---

posibilidad de utilizarlo varias veces, siendo para ello suficiente borrar lo escrito mediante una simple operación de raspado. Podemos referir también los quipus incaicos como otro soporte primitivo en esta parte del hemisferio. Según la historia, fue hace solo mil años, aproximadamente, que los chinos e hindúes logran inventar y utilizar el papel elaborado de lino y morera, que es introducido por los árabes en Europa, generalizándose así el papel como el soporte ideal e insuperable de las escrituras y de toda forma de expresión externa de voluntades en los últimos siglos; naciendo así la era del papel y la dependencia de este soporte como el único, ideal, insuperable e insustituible, hasta hace muy pocos años y que durante casi un milenio ha sido conocido y utilizado por el hombre sin mayor variación. Así, se ha generado un verdadero lastre cultural producto de su utilización por centurias, como el único soporte por la humanidad toda, a tal punto que se identifica el “documento escrito” con el papel y no se concebía un documento contenido en soporte distinto al papel.

Sobre la base del papel como único e ideal soporte de las comunicaciones y expresión exteriorizada de las manifestaciones de voluntad, se han creado diversas instituciones jurídicas, como la categoría de documentos privados y documentos públicos, o la distinción entre instrumentos y documentos, o vinculándolo a los actos jurídicos como documentos probatorios (*ad probationem*), constitutivos (*ad solemnitatem*) y de disposición, categoría esta última que justamente corresponde a los títulos valores, en los que la relación o vinculación entre derecho y documento o soporte es aún mayor, al concebirse que el derecho queda identificado e incorporado en el soporte papel, haciendo que papel y derecho sean uno solo, de modo que al disponer del soporte (papel) se dispone también del derecho señalado en dicho soporte, constituyendo así la máxima expresión en este proceso de identificación o incorporación del soporte material y tangible con el derecho escrito en él, derecho que es intangible, conforme ya hemos referido en el acápite anterior.

### **3. Hacia la desmaterialización de lo materializado:**

Sin embargo, en los últimos veinte o treinta años del siglo XX, los adelantos tecnológicos logrados por la humanidad en materia de electrónica, telecomunicaciones y telemática, revolucionaron y cambiaron totalmente esta concepción del soporte tangible o materializado que se había generado en un mundo exclusivo de soporte papel, asegurado solo por sellos y firmas, surgiendo recientemente una nueva concepción del soporte y de la expresión gráfica y escrita, utilizando medios no tangibles o visibles como el papel, iniciándose este novísimo proceso de “desmaterialización” del título valor (derecho materializado), en el sentido de sustituir el soporte tradicional y casi milenario del papel, mas no de prescindir de lo material que algunos suelen confundir; pues sabemos que el mundo electrónico o digital no es uno totalmente intangible. Así, con la tecnología telemática se ha logrado sustituir el soporte papel por medios electrónicos que hacen la misma función e inclusive con adicionales ventajas, siendo ya una realidad y constituyen conceptos familiares hoy en día, los de “documento electrónico”, “firma electrónica”, “firma digital”, “contratación electrónica”, “comercio electrónico”, y obviamente el “valor electrónico o valor desmaterializado o valor con anotación en cuenta” que es el documento similar al valor en título (o título valor), en los que en lugar de usar el soporte papel se utiliza este soporte electrónico basado en bits o en impulsos electromagnéticos, por lo que la diferencia principal es solo el soporte, siendo el derecho en ambos casos, el mismo.

---

Al respecto, en nuestro país ya se han logrado dar regulaciones de vanguardia respecto a otros países vecinos. Así, a inicios de los noventa, se han expedido entre otras muchas normas el Decreto Legislativo N°681 sobre documentos y archivo electrónico con igual valor legal que el archivo de documentos en papel. El Decreto Legislativo N°755 y N°861 contienen normas sobre valores electrónicos denominados “valores con anotación en cuenta”, creando además las instituciones de compensación y liquidación de valores (ICLV) para que operen como entidades de registro y compensación de valores que no tengan el soporte tradicional del papel, sino que los valores se registren en cuentas. La Ley N°27269 que regula la firma digital; la Ley N°27291 que admite la firma electrónica en sustitución de la firma manuscrita en todo acto jurídico que requiera de firma. La Ley N°27309 que tipifica los delitos informáticos, complementando la figura prevista en el art. 186 del Código Penal de delitos electrónicos; entre otras normas directamente vinculadas con el tema de la desmaterialización y que recordamos de memoria.

Nuestra legislación vigente en esta materia, no solo ha logrado que contemos con valores desmaterializados o con anotación en cuenta, sino que inclusive ha hecho posible que los valores materializados (títulos valores) recurran a procesos electrónicos, combinado así la tecnología tradicional y en papel, con la moderna y telemática. Tenemos muchos ejemplos de ello, siendo quizá uno de los más saltantes y que constituye una verdadera novedad y en actual uso masivo, el “pacto de truncamiento”, por ejemplo, que no es otra cosa que la combinación de procesos manuales de cobranza de títulos valores (materializados) con procesos electrónicos, mediante el truncamiento justamente del proceso manual y su sustitución con procesos digitalizados, en su negociación y pago. Esto es, de valores que aun estando representados en soporte papel, también pueden aprovechar del uso de medios y sistemas electrónicos, sin convertirse por ello en desmaterializados.

#### **4.La Firma electrónica:**

Al respecto, como ya mencionáramos anteriormente, en el Perú se han logrado grandes avances, más aún si lo comparamos con los países de nuestra latitud. Sin embargo, estos avances en materia legislativa son recientes en temas vinculados a la desmaterialización de los títulos valores. Así, hasta 1991 no teníamos más referencia a temas electrónicos que el art. 4 de la derogada Ley 16587, que a modo de seguridad adicional (sin permitir prescindir o sustituir) a la firma manuscrita u ológrafa, señalaba: “*Las personas naturales y jurídicas pueden, además de su firma, usar medios mecánicos o electrónicos de seguridad para la emisión, aceptación o circulación de los títulos valores.*” Sin embargo, es importante destacar la previsión que el legislador de 1967 tuvo; pues hace 40 años los temas electrónicos eran casi una curiosidad o ficción, especialmente en nuestro medio. Por ello, casi tímidamente se hace mención a medios de seguridad adicionales a la firma manuscrita, siendo esta firma gráfica la única válida y esencial, por tanto insustituible hasta hace muy poco.

A diferencia de la ley anterior, la actual Ley de Títulos Valores N°27287, en su artículo 6.2., permite que previo acuerdo entre el obligado principal y las partes que intervengan, o cuando se hubiere establecido ello como condición de la emisión de un título valor, la firma autógrafa pueda ser sustituida o reemplazada (no solo adicionada), en cualquier fase de su emisión y negociación, como podría ser en su emisión, aceptación, conformidad, endoso, aval, fianza y/o cualquier calidad de la participación en un título valor, mediante firma impresa, mecánica o, mediante el uso de **firma**

---

**electrónica**, con los mismos efectos y validez que la firma ológrafa. Como podemos ver, bien podría lograrse combinar el valor en título con firma electrónica, mediante sistemas de depósito o truncamiento del título, con la seguridad de que el obligado principal o solidarios queden registrados ante entidad que certifique su intervención por medios electrónicos. Esta posibilidad que en algún momento era inimaginable, ahora es posible con la tecnología con la que contamos, ya siendo práctica diaria en el Perú operar mediante el truncamiento de títulos valores, realizando la cobranza y pago de los valores en título, a través de medios electrónicos y de las cámaras de compensación electrónica de títulos valores y pactos previos que las empresas del sistema financiero tienen suscrito.

Según el artículo 4° del D.S. N°.019-2002-JUS, la “firma electrónica” es cualquier símbolo basado en medios electrónicos utilizados o adoptados con la intención de vincularse, autenticar y garantizar la integridad de un documento electrónico o de un mensaje de datos, cumpliendo funciones de firma manuscrita; concepto este sumamente amplio que comprende a cualquier símbolo con esas funciones y características. Alcance más especializado tiene la “firma digital” que, según la misma norma, es la firma electrónica en la que se utiliza una criptografía asimétrica que opera con una clave pública y otra privada y que tiene por finalidad asegurar la integridad del mensaje de datos a través de un código de verificación, así como la vinculación entre el titular de la firma y el mensaje de datos remitido; esto es, el término firma electrónica tiene un alcance mayor y constituye el género, mientras que la firma digital es una clase especial de firma electrónica, por lo que constituye una especie.

Además de la Ley de Títulos Valores que admite el uso de la firma electrónica, previo pacto expreso, pacto en el que justamente se señalarán las condiciones y modo de dar validez y vincularlo con el título valor emitido o transferido, el Código Civil peruano igualmente admite que en los casos que la ley exija el uso de la firma (gráfica) en los actos jurídicos y toda otra manifestación de voluntad, la firma puede ser generada a través de medios electrónicos; incorporando con ese propósito el artículo 141-A al referido Código Civil, mediante la Ley N°.27291.

##### **5. Valores desmaterializados:**

Desde 1992, nuestra legislación admite la posibilidad de usar el soporte electrónico para la creación y transferencia de valores negociables y mediante el Decreto Legislativo 775 se incorporó por primera vez y se admite la posibilidad de crear “**valores con anotación en cuenta**”, denominación por la que nuestra legislación optó (otras legislaciones lo denominan también valores electrónicos, o valores desmaterializados). Sin embargo, inicialmente esta opción de usar soporte electrónico, estaba limitado solo para la creación y transferencia de valores mobiliarios que además sean nominativos; pues los valores al portador no son posibles de ser desmaterializados dada su propia naturaleza de requerir necesariamente la posesión física y del soporte papel o su imprescindible materialización.

Respecto a los valores a la orden, así como a los valores individuales o de emisión no masiva, que originalmente generaba una cierta resistencia para desmaterializarlos, ya la actual Ley del Mercado de Valores admite la posibilidad de representarlos mediante anotación en cuenta. Así, en su artículo 223°, modificado por la Ley N°.277649, se define a las ICLV



---

(Institución de Compensación y Liquidación de Valores), como sociedades anónimas que tienen como objeto principal el registro, custodia, compensación y liquidación de valores, e instrumentos derivados autorizados por la Conasev; así como **instrumentos de emisión no masiva**. Esto es, desde el año 2002, en el Perú cabe representar valores no masivos (o sea valores individuales como la letra de cambio, el pagaré, el *warrant*, etc.) mediante anotación en cuenta, no siendo más patrimonio o exclusividad de los valores mobiliarios nominativos esta forma de representación desmaterializada.

Siempre en esa misma línea de desmaterializar no solo valores mobiliarios, sino también los valores individuales, mediante la Ley N° 27640 se ha establecido la posibilidad de crear como valor con anotación en cuenta a los Títulos de Crédito Hipotecario Negociable (TCHN), habiéndose dictado la norma reglamentaria que posibilita esta desmaterialización, mediante la Resolución Conasev N° 015-2004-EF/94.10, que admite la representación de este valor mediante anotación en cuenta, o su desmaterialización luego de haberse emitido en título, o su reconversión o rematerialización a valor en título.

Así, en resumen, la legislación peruana admite la representación mediante anotación en cuenta de valores mobiliarios o llamados valores de emisión masiva; o, también la de valores de emisión individual, como son usualmente los valores a la orden. Los únicos valores que no podrían tener representación en anotación en cuenta, serían los valores **al portador**, dada su naturaleza siempre materializada y requerirse necesariamente de su posesión física. Pero aun así, la Ley de Títulos Valores ha previsto la posibilidad de convertir títulos valores al portador a valores con anotación en cuenta, exigiendo en ese caso su necesaria conversión previa a valor nominativo.

Así, contamos con esta nueva categoría de valores negociables, que se distingue de los títulos valores (o valores en título como lo llama nuestra Ley de Mercado de Valores), solamente en el soporte; pues los grandes principios que sustentan estos instrumentos negociables, son los mismos que ya hemos anotado al inicio de este artículo para los valores en título, cualquiera que fuere el soporte utilizado. Así, por el principio de literalidad, los derechos, obligaciones, pactos, acuerdos y cláusulas referidas a los valores con anotación en cuenta, se rigen por aquello que está anotado en el registro o entidad en la que se haya registrado su creación del valor (ICLV en el Perú); la legitimación surge del mérito del registro, que opera bajo los mismos principios del derecho registral y no de la tradición física del documento. Quien figura en el registro como titular lo es, para todos los fines de ley, el facultado para ser él quien pueda transferir o afectarlo a favor de terceros y, en general, ser considerado como el legítimo titular del derecho representado. Igualmente, las cargas, gravámenes y otros derechos surgen de lo que esté inscrito literalmente en el registro. Para los fines de ejercitar las acciones cambiarias derivadas del valor electrónico, basta contar con un certificado expedido por la entidad registradora (ICLV como CAVALI del Perú), certificación que no tiene la misma naturaleza de un título valor, sino una mera constancia o prueba del contenido del registro, el mismo que además cuenta con mérito ejecutivo por lo que esta categoría de valores con anotación en cuenta nunca son objeto de protesto. Es innecesaria tal diligencia dada la categoría procesal de dicha constancia. La constancia del registro expedida por la ICLV, tiene mérito ejecutivo, señala la norma.

---

Los beneficios obtenidos y la agilidad de las transacciones que se ha logrado con esta clase de valores, ha llevado a que en el mercado bursátil peruano no se admita más la negociación de valores en título. Se exige por norma legal (desde diciembre de 1998), que para transar en bolsa, los títulos valores deben ser previamente desmaterializados, esto es, registrados como valores con anotación en cuenta en una ICLV (CAVALI). Por ello, nuestra Bolsa de Lima es una totalmente electrónica, lo que favorece a los inversionistas y titulares de valores negociables en dicho mercado.

## **6. Ley de Títulos Valores o Ley de Valores Negociables**

La actual Ley de Títulos Valores N°.27287 que rige desde el 17 de octubre de 2000, constituye otro gran paso dado en materia de sustitución del soporte papel por el soporte electrónico; pues además de recoger esta innovación que trajo la Ley del Mercado de Valores, el de crear esta nueva categoría de valores desmaterializados, confluye en una sola norma legal y bajo los mismos principios que sustentan a los valores en título, a esta nueva categoría de valores negociables, tratándolos indistintamente a ambos valores; pues el mero hecho de la diferencia del soporte no justifica un tratamiento de estos valores bajo concepciones y naturaleza jurídica diversa. Por ello, en el artículo 2° y 255.4 de la Ley N°.27287, se señala que ambos valores tienen la misma naturaleza y efectos, siendo suficiente que los valores desmaterializados consten registrados ante la respectiva ICLV, aplicándose a los mismos las disposiciones de la Ley de Títulos Valores, "...en todo aquello que no resulte incompatible con su naturaleza", y la representación de los valores, sea en título o por anotación en cuenta, es "...una decisión voluntaria del emisor y constituye una condición de la emisión, susceptible de modificación conforme a ley".


Adicionalmente, se dejó precisado lo que debe entenderse por "valor materializado" y "valor desmaterializado" en el artículo 279°.15) y 16); precisando que el primero es el representado mediante soporte papel, mientras que el segundo es aquel en el que se prescinde de dicho soporte papel, y en su lugar su representación se hace por anotación en cuenta en una ICLV.

Fue así como se superó las diferencias de parecer que surgieron, al proponer nosotros que la denominación de la Ley N°.27287 no debía ser de Ley de Títulos Valores, sino de "Ley de Valores Negociables", nombre genérico que estimábamos que comprende tanto a los valores en soporte papel (títulos valores) como a los valores con anotación en cuenta (valores electrónicos); pues seguir denominando a la Ley como si se tratase solo de valores en soporte papel, como lo era la Ley anterior N°.16587, estimamos que no era lo más propio y correcto.

Nuestros ocasionales detractores argumentaron que si bien admitían que debía ser esa la denominación más adecuada, la denominación de "título valor" era la más generalizada, la más conocida y común para referirse a estos valores negociables; y, por otro lado, existía un tema formal, consistente en que el encargo recibido del Ministerio de Justicia, era el de redactar un proyecto de Ley de "Títulos Valores", por lo que se mantuvo esta última denominación.

Considerando que finalmente la denominación es un tema secundario, no hubo más remedio que optar por esta fórmula, de denominar la Ley como de

---



Títulos Valores, señalando en su artículo 2° y otros más, que esta Ley también era aplicable a los valores en soporte electrónico, teniendo en cuenta su naturaleza desmaterializada; habiendo quedado así la sustitución de la denominación correcta que nos permitimos proponer para esta Ley, para otra oportunidad futura, que esperamos llegue pronto.

---

## NUEVA LEY DE ARBITRAJE: COLABORACIÓN Y CONTROL JUDICIAL

Mario Castillo Freyre \*  
Rita Sabroso Minaya \*\*

*Este artículo analiza el arbitraje como un sistema heterocompositivo, alternativo al proceso judicial, por el que las partes pueden someter una controversia, previo convenio arbitral, ante un tercero distinto al Poder Judicial y el apoyo que necesita de la justicia estatal para poder suplir los inconvenientes y las limitaciones propias de su origen privado.*

Sumario: 1. Introducción. 2. Colaboración y control judicial. 3. Asistencia judicial en la actuación de pruebas en sede arbitral. 4. Asistencia judicial en la ejecución de una medida cautelar. 5. Asistencia judicial en la ejecución de un laudo.

### 1. Introducción

Lo peor que le podría pasar a una Ley es ser ignorada por el medio jurídico.

Las leyes poco importantes no se comentan ni discuten; simplemente se aplican en los casos en donde resulten imperativas. Pero algo así no puede ocurrir con la nueva Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N°. 1071, sobre todo teniendo en consideración que esta área del Derecho ha tenido y está teniendo un enorme auge en nuestro país.

Ahora bien, es por todos conocido que el sistema estatal de administración de justicia atraviesa una de sus etapas más críticas y, como consecuencia de ello, el Poder Judicial ha perdido prestigio en la sociedad. No puede prestar un servicio que reúna las mínimas aspiraciones de las personas. A los ojos del ciudadano común, la justicia estatal no cumple con su función primordial. A pesar de que las leyes reconocen los derechos y las garantías para el resguardo de la vida en sociedad, el sistema judicial es visto como inoperante.

La administración de justicia es anticuada y fuertemente ritual. Carece de presupuestos, ya que sus asignaciones son generalmente inferiores a sus necesidades, lo que provoca serias deficiencias y atraso en materia de infraestructura, logística, sistemas de información, remuneraciones, etc. Todo ello conspira contra la calidad de las sentencias, que muchas veces carecen de una fundamentación adecuada<sup>1</sup>.

De esta manera, el arbitraje aparece como un sistema heterocompositivo, alternativo al proceso judicial, por el que las partes pueden someter una controversia, previo *convenio arbitral*, ante un tercero (personas o entidad diferentes de las que integran el Poder Judicial), a fin de que resuelva dicha controversia de manera definitiva y con carácter de cosa juzgada.

En tal sentido, el sometimiento de un conflicto a arbitraje, supone excluir tal asunto del conocimiento de los jueces ordinarios, quienes solo

---

\* Mario Castillo Freyre, magister y doctor en Derecho, abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)

\*\* Rita Sabroso Minaya, profesora adjunta del curso de Obligaciones en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente cursa la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia en dicha casa de estudios. Miembro del Área de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre y secretaria arbitral en procesos ad hoc.

<sup>1</sup> Caivano, Roque. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, segunda edición, p. 29.

---

excepcionalmente, por motivos preestablecidos, podrían decidir sobre la validez o nulidad del laudo.

Como bien señala el propio Caivano<sup>2</sup>, la jurisdicción que detentan los árbitros está sostenida por el ordenamiento legal que respalda la institución del arbitraje, permitiendo que los particulares, dentro de la esfera de la libertad negocial, sustraigan determinadas contiendas de la jurisdicción de los jueces estatales para otorgarlas a otros particulares.

Así el artículo 3 de la nueva Ley de Arbitraje establece lo siguiente:

Artículo 3.- «Principios y derechos de la función arbitral

1. En los asuntos que se rijan por el presente Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que este Decreto Legislativo así lo disponga.
2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.
3. El tribunal tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.
4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad».

Como se puede apreciar, el citado artículo 3 responde a la preocupación que existía acerca de la indebida intervención judicial o administrativa en el arbitraje. Así contempla la protección del arbitraje frente a toda clase de interferencias que de manera directa o indirecta pretendan impedir el inicio de las actuaciones arbitrales o suspender su trámite.

Así pues, cualquier cuestionamiento a las decisiones o actuaciones de los árbitros solo procede una vez emitido el laudo mediante el recurso de anulación, cuando los árbitros han concluido sus funciones. De esta manera, el control jurisdiccional se mantiene, pero se orienta a un control *ex post* del laudo y no a un control *ex ante* que frene o obstruya el desarrollo del arbitraje. Con ello se libera al arbitraje de trabas durante su tramitación, pero respetando la facultad del Poder Judicial de velar por el cumplimiento de la Ley y del derecho de defensa de las partes.

Dentro de tal orden de ideas, salvo disposición distinta de la propia Ley de Arbitraje o pacto en contrario de las partes, al existir un convenio arbitral o durante el desarrollo de un proceso arbitral, ningún órgano jurisdiccional

---

<sup>2</sup> Caivano, Roque. *Op. cit.*, P. 24.

---

administrativo puede admitir a trámite proceso, procedimiento, pretensión, acción o recurso que, de cualquier manera, impida el inicio del arbitraje o que lo suspenda.

Lo que se busca es consagrar el principio de autonomía e independencia de la jurisdicción arbitral, principio que ha sido reconocido expresamente en dos importantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional del Perú<sup>3</sup>.

Los pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional responden a la preocupación que ha generado el hecho de la intervención indebida de la Administración Pública o del Poder Judicial en el arbitraje.

La finalidad de dichos pronunciamientos es lograr que únicamente los árbitros designados por las partes sean quienes conozcan de las actuaciones realizadas dentro del proceso arbitral, evitándose de este modo que tales actuaciones se desvirtúen debido a la injerencia de alguna autoridad<sup>4</sup>.

## **2. Colaboración y control judicial**

Si bien el Tribunal Constitucional y la nueva Ley de Arbitraje han consagrado el *principio de no interferencia o autonomía del arbitraje*, ello no implica desconocer que la actividad judicial resulta relevante para el arbitraje, en algunos aspectos.

Los árbitros deben comprender las limitaciones que les impone su origen convencional, la falta de *imperium* y el orden público.

En efecto, el arbitraje nunca podrá restar protagonismo al Poder Judicial, ya que los jueces tienen el monopolio en el ejercicio de la fuerza pública. Es decir, están dotados por el Estado de la facultad de hacer cumplir forzosamente sus decisiones, tienen la potestad de imponer coactivamente una conducta.

A nuestro entender, el arbitraje debe convivir con la justicia estatal y para que esa convivencia sea armónica, habrá de establecerse una relación de cooperación entre ambos sistemas.

Así, el arbitraje no podría existir sin una justicia estatal que le preste apoyo, que le permita suplir los inconvenientes y las limitaciones propias de su origen privado.

Al respecto, Bernardo<sup>5</sup> sostiene que la existencia de un convenio arbitral no implicaría que deban los tribunales permanecer ajenos por completo al arbitraje. Aun cuando exista el compromiso arbitral, la actuación de los jueces en relación con el procedimiento arbitral no desaparece. Al fin y al cabo, corresponde a estos ejecutar el laudo, formalizar el arbitraje, o auxiliar a los árbitros en la práctica de determinadas pruebas.

En efecto y tal como lo señala Ana María Arrarte<sup>6</sup> no podemos dejar de reconocer que cuando se ha suscitado ya el conflicto y, en consecuencia, es necesario que se «eche a andar» este mecanismo privado y eficientemente

---

<sup>3</sup> Sentencias recaídas en los expedientes n.º 6167-2005-PHC/TC, de fecha 28 de febrero de 2006, y n.º 1567-2006-PA/TC, de fecha 30 de abril de 2006.

<sup>4</sup> El Tribunal Constitucional del Perú ha subrayado que los tribunales arbitrales, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros, incluidas las de las autoridades administrativas y/o judiciales, destinadas a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y a la decisión voluntaria de las partes, reiterando la protección del arbitraje por el principio de no interferencia, consagrado en el artículo 139 de nuestra Constitución Política.

<sup>5</sup> Bernardo San José, Alicia. *Arbitraje y jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 88.

<sup>6</sup> Arrarte Arisnabarreta, Ana María. «De la interrelación a la interferencia del Poder Judicial en los procesos arbitrales: límites de su actuación». En: *Themis*. n.º 53, Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, p. 92.

---

diseñado a la medida de las partes, lo más probable sea que el ánimo conciliador y los intereses coincidentes que motivaron su celebración ya no existan más. Es aquí donde entre otros momentos surge la necesidad de que el Poder Judicial «entre en acción».

A entender de Griffith<sup>7</sup> el rol que debe asumir la autoridad judicial se tiene que limitar al de asistir a los árbitros en los siguientes casos:

- (a) Hacer cumplir el acuerdo de arbitraje suspendiendo temporalmente las acciones entabladas por una parte ante los jueces ordinarios, ya sea antes del arbitraje o mientras esté en curso;
- (b) Designar a los árbitros cuando las partes no cumplan con hacerlo;
- (c) Exigir la asistencia de testigos y la presentación de prueba instrumental;
- (d) Otorgar reparación provisional antes del arbitraje o durante este, incluyendo garantías por los costos;
- (e) Proporcionar un fuero en el cual las partes puedan solicitar la anulación de laudos, debido a errores sustanciales y procesales;
- y
- (f) Reconocer y ejecutar un laudo.

En efecto, si bien el sometimiento a arbitraje excluye la jurisdicción de los jueces, la autoridad judicial podrá intervenir en aquellos supuestos que la propia Ley de Arbitraje contempla.

Recordemos que los árbitros a diferencia de los jueces no gozan de los atributos coercitivos y de ejecución, por lo que requieren de la asistencia judicial para hacer efectivas sus decisiones.

De esta manera, el artículo 8 de la referida Ley establece claramente la competencia del Poder Judicial para los supuestos de colaboración y control.

El referido artículo 8 de la Ley de Arbitraje establece lo siguiente:

Artículo 8.- «Competencia en la colaboración y control judicial

1. Para la asistencia judicial en la actuación de pruebas será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia. Cuando la prueba deba actuarse en el extranjero se estará a los tratados sobre obtención de pruebas en el extranjero o a la legislación nacional aplicable.
2. Para la adopción judicial de medidas cautelares será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser

---

<sup>7</sup> Griffith Dawson, Frank. «El rol del Poder Judicial en el proceso de arbitraje: ¿asistencia o intervención? En: *Ius et Veritas*. n.º 15, Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 202.

- ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Cuando la medida cautelar deba adoptarse o ejecutarse en el extranjero se estará a los tratados sobre ejecución de medidas cautelares en el extranjero o a la legislación nacional aplicable.
3. Para la ejecución forzosa del laudo será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde el laudo debe producir su eficacia.
  4. Para conocer del recurso de anulación del laudo será competente la Sala Civil Subespecializada en lo Comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del lugar del arbitraje.
  5. Para el reconocimiento de laudos extranjeros será competente la Sala Civil Subespecializada en lo Comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del domicilio del emplazado o, si el emplazado no domicilia dentro del territorio peruano, del lugar donde tenga sus bienes o donde ejerza sus derechos.
  6. Para la ejecución de laudos extranjeros debidamente reconocidos será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez civil del domicilio del emplazado o, si el emplazado no domicilia dentro del territorio peruano, del lugar donde tenga sus bienes o donde ejerza sus derechos».

Como se puede apreciar, el Poder Judicial puede intervenir en un proceso arbitral de distintas formas. Así, tenemos una intervención complementaria y una intervención revisora<sup>8</sup>.

La intervención complementaria se presenta en aquellos casos en que la obtención de un resultado requiere, necesariamente, tanto de la intervención arbitral como de la intervención judicial. Así, es necesario primero que el Tribunal Arbitral haya dictado la decisión, para luego solicitar su ejecución forzada con el auxilio del órgano jurisdiccional, ante la negativa de la parte obligada a darle cumplimiento voluntario.

La segunda forma de intervención se configura por la posibilidad de interponer el recurso de anulación, cuyo sustento es la configuración de vicios, en el proceso o en el propio laudo, que se encuentran expresamente establecidos en la norma positiva.

<sup>8</sup> Cabe recordar que con la derogada Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, el Poder Judicial también cumplía una función subsidiaria en relación al proceso arbitral. Esta intervención se presentaba en los casos en que existía imposibilidad material o jurídica para que los árbitros resolvieran o ejecutaran determinados actos vinculados al proceso bajo su conducción, siendo imprescindible llenar este vacío en cuanto a sus potestades, a través del auxilio judicial. Este era el caso, por ejemplo, de la negativa a designar árbitro (formalizar el arbitraje), a través de la instalación del respectivo Tribunal, pese a existir un convenio arbitral. En efecto, el artículo 23 de la derogada Ley General de Arbitraje regulaba el procedimiento de nombramiento de los árbitros, a cargo del juez especializado en lo civil. Esta intervención ha sido superada, habida cuenta de que el literal d) del artículo 23 de la actual Ley de Arbitraje establece que «si en cualquiera de los supuestos anteriores no se llegue a nombrar uno o más árbitros, el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en dichos lugares, el nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana».



---

En tal sentido, en las próximas líneas rescataremos el apoyo que puede brindar el Poder Judicial al arbitraje para que este se desarrolle y para que las actuaciones arbitrales tengan efectos plenos.

### **3. Asistencia judicial en la actuación de pruebas en sede arbitral**

Para un tribunal arbitral, la materia probatoria es quizás una de las más delicadas, por cuanto la falta de *imperium* de los árbitros hace difícil la producción de determinados medios de prueba.

Como bien señala Caivano<sup>9</sup> existirá respecto de algunos medios una mayor dificultad en su implementación. Pero si el propio tribunal arbitral no pudiera proveerla por sí mismo, los árbitros deberán evaluar la conveniencia de requerir el auxilio de la justicia, en función de la importancia que dicha prueba tenga para el conocimiento de los hechos controvertidos y su incidencia en la resolución del caso.

Tal podría ser el supuesto de la prueba testimonial, desde que los árbitros no tienen la potestad de hacer comparecer y declarar forzosamente a terceras personas que no se han sometido voluntariamente a su jurisdicción.

El tribunal arbitral podrá citarlos directamente, o imponer a las partes la carga de hacerlas concurrir; pero, en última instancia, si la declaración de ese testigo fuera imprescindible para dilucidar el caso, los árbitros deberán recurrir al auxilio de los jueces, a fin de que ellos dispongan las medidas coercitivas necesarias para que la declaración finalmente se lleve a cabo.

A este respecto, la nueva Ley de Arbitraje prevé, de forma expresa, el deber de los jueces de prestar a los árbitros la asistencia que estos les soliciten, valiéndose de su autoridad pública para obligar a las partes o a terceros renuentes a cooperar con los árbitros.

En efecto, el artículo 45 de la Ley de Arbitraje establece lo siguiente:

#### Artículo 45.- «Asistencia judicial

1. El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con su aprobación, podrá pedir asistencia judicial para la actuación de pruebas, acompañando a su solicitud, las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión que faculte a la parte interesada a recurrir a dicha asistencia, cuando corresponda.
2. Esta asistencia podrá consistir en la actuación del medio probatorio ante la autoridad judicial competente bajo su exclusiva dirección o en la adaptación por dicha autoridad de las medidas concretas necesarias para que la prueba pueda ser actuada ante el tribunal arbitral.
3. A menos que la actuación de la prueba sea manifiestamente contraria al orden público o a leyes prohibitivas expresas, la autoridad judicial competente se limitará a cumplir, sin demora, con la solicitud de asistencia, sin entrar a calificar

---

<sup>9</sup> Caivano, Roque J. *Op. Cit.*, p. 230.

---

acerca de su procedencia y sin admitir oposición o recurso alguno contra la resolución que a dichos efectos dicte.

4. En caso de actuación de declaraciones ante la autoridad judicial competente, el tribunal arbitral podrá, de estimarlo pertinente, escuchar dichas declaraciones, teniendo la oportunidad de formular preguntas».

Al respecto, Munné<sup>10</sup> sostiene que precisamente la regulación de la asistencia judicial se sustenta sobre esa ausencia de *imperium* del árbitro para obligar a las partes y a terceros en la práctica de la prueba. Esta asistencia judicial se contempla tanto para que el juez lleve a cabo la práctica de ese medio de prueba, como para que el juez adopte las medidas precisas que permitan a los árbitros practicarlo por sí mismos.

A entender de Caivano<sup>11</sup> una petición de esa naturaleza (tendiente a que el juez ordinario cite a una persona a declarar como testigo a un juicio arbitral o que intime a una entidad a contestar un pedido de informes solicitado por los árbitros) debería tener un tratamiento equivalente al de un oficio proveniente de un juez de otra jurisdicción. Ello, en la medida de que el árbitro, al igual que un juez de distinta jurisdicción, tiene facultades jurisdiccionales pero carece de la potestad de hacer uso de la fuerza pública en ese territorio. Si bien las razones por las cuales ambos carecen de ese *imperium* son diferentes (el juez, porque su jurisdicción está limitada a un territorio diferente; el árbitro, porque la suya está privada de este atributo), la situación resulta, desde todo punto de vista, equiparable, ya que las normas generales prevén el auxilio de los jueces que gozan de *imperium* para suplir esa carencia.

#### **4. Asistencia judicial en la ejecución de una medida cautelar**

De acuerdo con Madrid<sup>12</sup> las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral constituyen decisiones excepcionales a su labor, pues su misión está centrada en la solución de la controversia de fondo sometida a arbitraje por las partes.

El artículo 48 de la Ley de Arbitraje regula el tema de la ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral, estableciendo lo siguiente:

*Artículo 48.- «Ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral*

1. El tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública.
2. En los casos de incumplimiento de la medida cautelar o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada recurrirá a la

---

<sup>10</sup> Munné Catarina, Frederic. *El Arbitraje en la Ley 60/2003*. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2004, p. 138.

<sup>11</sup> Caivano, Roque J. *Op. cit.*, p. 231.

<sup>12</sup> Madrid Horna, Víctor. «Sobre la intervención de los órganos jurisdiccionales en los procesos arbitrales: el caso de las medidas cautelares reguladas por la Ley General de Arbitraje». En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, n.º 56, Lima, 2003, p. 169.

autoridad judicial competente, quien por el sólo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, procederá a ejecutar la medida sin admitir recurso ni oposición alguna.

3. La autoridad judicial no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar. Cualquier solicitud de aclaración o precisión sobre los mismos o sobre la ejecución cautelar, será solicitada por la autoridad judicial o por las partes al tribunal arbitral. Ejecutada la medida, la autoridad judicial informará al tribunal arbitral y remitirá copia certificada de los actuados.

(...». (El subrayado es nuestro).

Al respecto Cantuarias y Aramburú<sup>13</sup> sostienen que bien puede afirmarse que lo lógico sería que los árbitros pudieran adoptar y ejecutar, ellos mismos, sus propias decisiones, porque finalmente las partes han decidido confiar en ellos la resolución de sus conflictos. Sin embargo, también sería válido afirmar que una amplia libertad en los árbitros no permitiría asegurar una adecuada defensa de terceros ajenos al proceso arbitral y que, además, en la práctica resulta poco viable y hasta peligroso que se dé a los árbitros (que potencialmente pueden ser todas las personas mayores de 18 años)<sup>14</sup> facultades de coerción, como puede ser la posibilidad de entrar a una casa y secuestrar los bienes que ahí se encuentren.

Ambas posiciones, según los referidos autores, son correctas dependiendo de por donde se mire: los que se preocupan únicamente por las partes, insistirán en que se otorgue a los árbitros mayores facultades; y, los que buscan proteger a los terceros, considerarán prudente que sea el juez (persona debidamente identificada y con la debida competencia otorgada por el Estado), el que proceda a adoptar y ejecutar las medidas cautelares.

Nosotros consideramos que resultaría peligroso que los árbitros también tengan la facultad de ejecutar las medidas cautelares, ya que ello podría implicar en algunos casos que terceros ajenos al proceso arbitral (ya que no suscribieron el convenio arbitral) se vean afectados por la decisión adoptada por los árbitros<sup>15</sup>.

Al respecto, Griffith<sup>16</sup> sostiene que ningún tribunal arbitral puede ordenar un embargo de la propiedad de una parte, ya sea para cumplir con un laudo o evitar su retiro de la jurisdicción antes del laudo. Por lo tanto, es imprescindible la presencia de un Poder Judicial facultado, de conformidad

<sup>13</sup> Cantuarias Salaverry, Fernando y Manuel Diego Aramburú Yzaga. *El Arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M.J. Bustamante De la Fuente, 1994, p. 353.

<sup>14</sup> Al respecto, cabe recordar que el artículo 25 de la derogada Ley General de Arbitraje establecía que «pueden ser designados árbitros, las personas naturales, mayores de edad, que no tengan incompatibilidad para actuar como árbitro y que se encuentran en pleno ejercicio de sus derechos civiles (...)». (El subrayado es nuestro). Por su parte, el artículo 20 de la nueva Ley de Arbitraje, al regular el tema de capacidad de los árbitros, establece que «pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no tengan incompatibilidad para actuar como árbitros (...)». (El subrayado es nuestro). Como se puede apreciar, se eliminó la referencia a la mayoría de edad y se estableció que para ser árbitro se debe tener pleno ejercicio de los derechos civiles.

<sup>15</sup> Así, por ejemplo, podría darse el caso en que los árbitros ordenen una medida cautelar de secuestro sobre bienes que se encuentran en poder de terceros.

<sup>16</sup> Griffith Dawson, Frank. *Op. cit.*, p. 202.

---

con una ley de arbitraje, adecuado para complementar y hacer cumplir el poder del tribunal arbitral.

Hay que tener en cuenta que los jueces tienen no solo la facultad de conocer y resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción, sino también la de hacer cumplir forzosamente sus decisiones, haciendo uso de ser necesario de la fuerza pública.

¿Imaginamos a los tribunales arbitrales ellos mismos oficiando a la Policía Nacional y esta, por el solo mérito del oficio, acatando la dispuesto por los árbitros?

Sinceramente, preferiríamos que esto no sea así.

Tal como enseña Caivano<sup>17</sup>, dicha atribución implicaría hacer uso de la fuerza coercitiva que emana del atributo de soberanía del Estado, que sus órganos ejercen con carácter monopólico. Sabido es que los árbitros carecen de *imperium*. Si bien tienen jurisdicción para sustanciar y decidir las causas que versan sobre cuestiones comprometidas, no pueden utilizar la fuerza coercitiva del Estado para garantizar el cumplimiento de sus decisiones. Esta circunstancia constituye una limitante para aquellos casos en que es necesario utilizar la fuerza legal para imponer alguna decisión.

Dentro de tal orden de ideas, consideraríamos desacertado eliminar la posibilidad de que los árbitros puedan contar con el auxilio de los jueces para ejecutar ciertas medidas cautelares, tales como un secuestro, un embargo, etc., es decir, medidas cautelares que impliquen el uso de la fuerza.

Ello, lo reiteramos, habida cuenta de que la propia naturaleza del arbitraje determina que los árbitros carezcan de *imperium* para alcanzar esta ejecución forzosa, debiendo recurrir para ello al concurso de los tribunales estatales<sup>18</sup>.

Por otro lado, debemos señalar que la asistencia judicial en materia de ejecución de medidas cautelares en el arbitraje, no se restringe únicamente a las concedidas por los árbitros dentro un proceso arbitral, sino que además, se produce cuando el Poder Judicial adopta medidas cautelares de manera previa al inicio del proceso arbitral.

En efecto, el inciso 4 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje contempla la posibilidad de que el Poder Judicial dicte medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral, señalando que dichas medidas cautelares no son incompatibles con el arbitraje ni deben ser consideradas como una renuncia a él.

## **5. Asistencia judicial en la ejecución de un laudo**

A diferencia de la ejecución de las sentencias judiciales, cuya eficacia deriva del poder del Estado, la eficacia del laudo encuentra su origen, a través de la Ley, en la voluntad de las partes que se han sometido a la decisión de los

---

<sup>17</sup> Caivano, Roque J. *Op. cit.*, p. 235.

<sup>18</sup> En los debates seguidos en el seno de las Naciones Unidas para la reforma de la Ley Modelo, se cuestionó la viabilidad de la ejecución forzosa de los árbitros. Se señaló que, si bien las coordenadas de un sistema procesal de garantías, en el que las injerencias en la esfera jurídica de una persona o en su patrimonio, a la postre, deben necesariamente realizarse por el órgano jurisdiccional, esta situación resulta impensable (Barona Vilar, Silvia. *Medidas cautelares en el arbitraje*. Navarra: Thomson Civitas, 2006, p. 373).

---

árbitros. Por ello, dado el origen voluntario del proceso arbitral que concluye con el laudo, este debería cumplirse de forma también voluntaria por las partes, que han aceptado que sea el árbitro quien dirima su controversia<sup>19</sup>.

Sin embargo, si bien es cierto que lo señalado en el párrafo anterior representa el supuesto ideal, no es menos cierto que a menudo debe acudir a la ejecución forzada del laudo.

Como bien señala Pérez-Rosas<sup>20</sup> este aspecto de la relación del arbitraje con el proceso judicial, es probablemente uno de los más sensibles y determinantes del desencanto que se da muchas veces en relación con el arbitraje. Y este desencanto resulta evidente, puesto que al insertar un convenio arbitral en determinada relación contractual lo que se busca es sustraerse de la jurisdicción ordinaria, resultando ilógico, tener que recurrir a esta para ejecutar el laudo ante el incumplimiento de una de las partes, contribuyendo muchas veces a la inoperancia del arbitraje.

Por nuestra parte, consideramos que resultaría peligroso que los árbitros también tengan la facultad de ejecutar los laudos. Ello, pues si un laudo arbitral no se acata voluntariamente, es obvio que su ejecución tendría que ser forzosa y, por tanto, con el auxilio de la fuerza pública.

Así está contemplado en el artículo 67 de la nueva Ley de Arbitraje, precepto que establece lo siguiente:

Artículo 67.- «Ejecución arbitral

1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.
2. Se exceptúa de lo dispuesto en el apartado anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de esta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución». (El subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, el citado artículo 67 supedita la ejecución arbitral siempre a la voluntad de las partes y también a la discrecionalidad de los árbitros. La norma es flexible por la variedad de supuestos que pueden suscitarse y deja abierta la puerta para que las partes recurran a la ejecución judicial en cualquier momento cuando resulte más efectiva.

Al respecto, Cremades<sup>21</sup> señala que la ejecución de un laudo arbitral ante el incumplimiento de una de las partes es una actividad inenajenable de la

---

<sup>19</sup> Munné Catarina, Frederic. *Op. cit.*, p. 163.

<sup>20</sup> PérezRosas Pons, Juan José. «Poder Judicial y Arbitraje. ¿Una relación simbiótica?» En: *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*. 18 de enero de 2006.

[Http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/arbitraje\\_poder\\_judicial.php](http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/arbitraje_poder_judicial.php).

<sup>21</sup> Citado por Cantuarias Salaverry, Fernando y Manuel Diego Aramburú Yzaga. *Op. cit.*, p. 333.

---

autoridad judicial, precisamente porque los árbitros llegan hasta donde alcanza la voluntad de las partes. Más allá escapa a su competencia y solo el juez puede forzar a alguien, si fuera necesario en forma coactiva, a cumplir lo establecido en la sentencia.

Como bien señala Arrarte<sup>22</sup>, el sustento de esta posición se encuentra en la exclusividad de que el Estado se ha reservado, en el ejercicio de las facultades de *imperium*, inherentes a la función jurisdiccional; encontrándose vedado el uso de la fuerza por los particulares, entre ellos, los árbitros.

A entender de Benetti<sup>23</sup>, otra razón para sustentar esta consecuencia, consiste en que la jurisdicción del árbitro es transitoria, de manera que se agota cuando dicta el laudo, sin que quepa la posibilidad de tramitar el cumplimiento de este.

En efecto, a pesar de que en el Perú no existe una disposición legal expresa sobre el momento en el cual cesa la jurisdicción de los árbitros, es mayoritariamente aceptado por la doctrina y la práctica, que aquella concluye con la emisión del laudo dentro del plazo establecido<sup>24</sup>.

En tal sentido, los árbitros una vez emitido el laudo o la resolución que resuelve un pedido de rectificación, interpretación, integración o exclusión, si lo hubiere ya no podrían realizar actos vinculados a la ejecución de lo ordenado, salvo que las propias partes hubieren otorgado a los árbitros facultades especiales para la ejecución del laudo, tal como lo establece el primer párrafo del citado artículo 67 de la Ley de Arbitraje.

Sin embargo, debemos reiterar que dicha facultad tiene como es natural un límite, ya que si existiese resistencia al cumplimiento de lo ordenado en el laudo, será necesaria la ejecución forzada, por lo que se deberá recurrir al juez, de acuerdo con lo establecido por el artículo 68 de la referida Ley<sup>25</sup>.

Recordemos, nuevamente, que los jueces sí tienen la facultad de hacer cumplir forzosamente sus decisiones, haciendo uso de ser necesario de la fuerza pública, a diferencia de los árbitros, que carecen de *imperium* para garantizar el cumplimiento de sus decisiones.

Dicha situación constituye a todas luces un límite para aquellos casos en que es necesario emplear la fuerza pública para imponer alguna decisión.

---

<sup>22</sup> Arrarte Arisnabarreta, Ana María. «Apuntes sobre la ejecución de laudos arbitrales y su eficiencia a propósito de la intervención judicial». En: *Ius et Veritas*. n.º 27, Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 26.

<sup>23</sup> Citado por Arrarte AriSnabarreta, Ana María. *Op. cit.*, p. 26.

<sup>24</sup> Obviamente dicha jurisdicción se extiende hasta que el Tribunal Arbitral emita la resolución que resuelva algún pedido de rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo, regulados por el artículo 58 de la nueva Ley de Arbitraje.

<sup>25</sup> Artículo 68.- «Ejecución judicial

1. La parte interesada podrá solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente acompañando copia de éste y de sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuada por el tribunal arbitral.
2. La autoridad judicial, por el solo mérito de los documentos en el apartado anterior, dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de ejecución forzada.
3. La parte ejecutada sólo podrá oponerse si acreditada con documentos el cumplimiento de la obligación requerida o la suspensión de la ejecución conforme al artículo 66. La autoridad judicial dará traslado de la oposición a la otra parte por el plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, resolverá dentro de los cinco (5) días siguientes. La resolución que declara fundada la oposición es apelable con efecto suspensivo.
4. La autoridad judicial está prohibida, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo».

---

Por ello, el inciso 2 del artículo 67 de la Ley de Arbitraje precisa que los árbitros a su sola discreción pueden solicitar el auxilio de la fuerza pública.

Al respecto, debemos analizar si la discrecionalidad de los árbitros (a la cual hace referencia el artículo 67) tiene límites.

Si bien consideramos que la lógica seguida por la Ley de Arbitraje es correcta, creemos conveniente que la abstención en los casos en que se requiera el auxilio de la fuerza pública no sea solo una posibilidad que puedan adoptar los árbitros, sino el obligatorio camino a seguir.

Finalmente, debemos señalar que la nueva Ley de Arbitraje, sin desnaturalizar la institución arbitral, ha contemplado una forma más eficiente de ejecución de laudos, ya que ella no se deja inexorablemente relegada a la actividad judicial, la misma que implica, en la práctica, el inicio de un nuevo proceso, esta vez de ejecución, con las dilaciones y complejidades propias del sistema judicial.

De esta manera, el hecho de que el árbitro no pueda realizar directamente actos que impliquen el uso de la fuerza para el cumplimiento obligatorio del laudo, no obsta para que pueda ordenar las medidas de ejecución forzada que correspondan.

En consecuencia, como se ha podido apreciar, la nueva Ley de Arbitraje refuerza el rol complementario de la actividad judicial.

## LOS CRITERIOS DE VINCULACIÓN ECONÓMICA Y EL CONTROL DE EMPRESAS

Jorge Conde Granados\*

*El presente artículo analiza, desde la perspectiva del Derecho Corporativo, los distintos criterios de vinculación económica y control societario como elementos de capital importancia en la determinación de una concentración económica y el reconocimiento de un grupo empresarial.*

Sumario. 1. Introducción. 2. La vinculación económica directa. 3. Vinculación económica indirecta. 4. Concentración y control. 5. Oferta pública de Adquisición de Acciones (OPA).

### 1. Introducción

Los criterios de vinculación económica y control son elementos muy importantes en el reconocimiento de un grupo empresarial o en la identificación de la realización de una concentración económica. En este sentido, la doctrina jurídica considera que “la vinculación económica implica un elevado nivel de integración empresarial<sup>1</sup>, por lo que es común regular a las empresas vinculadas como una unidad empresarial”. Desde el punto de vista económico SOLER AMARO Ramón sostiene que “las vinculaciones son una modalidad de concentración al igual que las cooperaciones y las integraciones”<sup>2</sup>.

Respecto a las vinculaciones<sup>3</sup> entre empresas señala el autor que la misma supone un tipo de relación más profunda, en el que una o varias unidades de producción quedan sometidas a la influencia de otra debido a la posición dominante que esta última puede ejercer a través de diversas causas, tales como:

- La participación en el capital de las empresas dominadas, lo que se designa con el nombre de dominio financiero.
- La posesión de los procedimientos técnicos de fabricación o de las marcas o patentes, lo que se designa con el nombre de dominio técnico.
- La posición privilegiada de proveedor o cliente único o mayoritario, lo que constituye un dominio de tipo comercial.

\*Abogado por la Universidad San Martín de Porres. Profesor de Derecho Corporativo de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres.

<sup>1</sup> BOTTO DENEGRI, Francisco. Ver en: Revista Tributaria. Informe Especial. Págs. 6 - 9

<sup>2</sup> SOLER AMARO, Ramón “Régimen Tributario de la Concentración de Empresas”. Estudios de Hacienda Pública. Instituto de Estudios Fiscales. Ministerio de Hacienda. Madrid, España. Pág. 51.

<sup>3</sup> Las vinculaciones ha que hace referencia dicho autor, la hemos complementado con una reciente exposición realizada por la Firma de Auditoría PKF Villagarcía & Asociados en Argentina con relación a los Precios de Transferencia. La misma que se expone a continuación:

#### VINCULACION ECONOMICA

- Participación total o mayoritaria del capital (directa o indirecta).
- Tenencia de votos necesarios para formar la voluntad social.
- Existencia de directores, funcionarios o administradores comunes.
- Participación en asociaciones (condominios, UTEs, agrupamientos no societarios o de cualquier otro tipo), a través de las cuales se ejerza *influencia significativa* en la determinación de los precios.
- Participación significativa en la fijación de políticas empresariales (aprovisionamiento de materias primas, producción, comercialización, entre otras).
- Un sujeto se haga cargo de las pérdidas o gastos del otro.
- Los directores, funcionarios o administradores reciban instrucciones o actúen en interés del otro.
- Existencia de acuerdos, circunstancias o situaciones por las que se otorgue la dirección a un sujeto cuya participación en el capital social sea minoritaria.

#### VINCULACION FUNCIONAL

- Goce de *exclusividad* como agente, distribuidor o concesionario para la compraventa de bienes, servicios, o derechos.
- Provisión de la propiedad tecnológica o conocimiento técnico que constituya la base de las actividades.
- Existencia de acuerdos contractuales preferenciales comparadas con las otorgadas a terceros en similares circunstancias (descuentos por volúmenes negociados, financiación de las operaciones o entrega en consignación, entre otras).
- Existencia de situaciones tales como relaciones de único proveedor o único cliente, entre otras.
- Provisión en forma sustancial de fondos requeridos para el desarrollo de las actividades.
- Concesión de préstamos, otorgamiento de garantías de cualquier tipo, en los casos de financiación provista por un tercero.
- Presunción: operaciones con “*paraísos fiscales*” (listado taxativo)



- El control de los órganos de decisión de las empresas dominadas a través de la obtención de la mayoría absoluta en sus consejos de administración, lo que suele designarse como dominio personal.

Como puede apreciarse, al existir diversos casos a través de los cuales una empresa puede ejercer influencia en otra, el legislador peruano ha podido regular estos casos mediante los diferentes supuestos (criterios) en materia de vinculación económica<sup>4</sup>, tanto desde el punto de vista de las normas tributarias, como normas expedidas por la Conasev, SBS, y normas concursales, con el objeto de reconocer la existencia de un grupo económico y/o grupo de sociedades.

## 2. Vinculación económica directa

Existirá vinculación económica directa cuando una empresa ejerce una influencia sobre otra directamente; sin la necesidad de intermediarios o terceros a la consecución de dicha actividad empresarial, e identificando la existencia de un grupo empresarial o concentración empresarial en ambas, mediante ciertos criterios de vinculación que tanto la doctrina como los legisladores proponen. Ver ejemplo.

### VINCULACIÓN ECONÓMICA DIRECTA



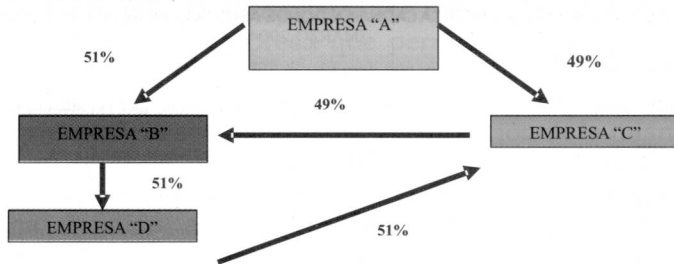
## 3. Vinculación económica indirecta

Existirá vinculación indirecta cuando una empresa ejerce influencia sobre otra a través de una tercera en la cual la doctrina la denomina “accionariado piramidal”, y en donde una empresa "A" al poseer acciones de la empresa "B", la cual, a su vez posee acciones de "C"; se encuentra vinculada indirectamente con esta última empresa. Generalmente, tanto la doctrina como las legislaciones de otros países han optado por considerar como criterio de vinculación, entre otros, el dominio financiero, para lo cual ha considerado como porcentaje de influencia el tener porcentajes de participación que pueden ir desde el 25% de capital a más.

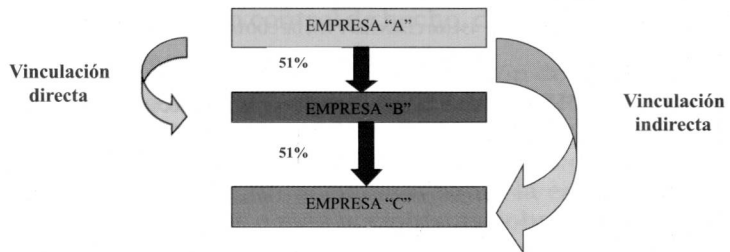
Asimismo, también se toman los otros criterios de vinculación tales como del tipo comercial, personal, etc.; y que ayudan a identificar la existencia de un grupo o conjunto empresarial, o grupo económico. Ver ejemplo.

<sup>4</sup> El legislador para el caso peruano ha establecido diferentes supuestos: i).- De las Definiciones, regulada en el Artículo 54° del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, D.S. N° 055-99-EF publicado el 15 de abril de 1999, ii).- De las partes vinculadas, regulada en el Artículo 24° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, D.S. N° 122-94-EF, publicado el 21 de setiembre de 1994, iii).- Declaración de vinculación entre el deudor y sus acreedores, regulado en el Artículo 6° del Decreto Legislativo que aprueba la modificación de la Ley General del Sistema Concursal publicado el 27 de junio de 2008 y en donde modifica el Artículo 12° de la Ley General del Sistema Concursal, Ley N° 27809, iv).- Definición de Vinculación, regulado mediante Resolución de Conasev N° 090-2005 que aprueba el Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos, y v).- Relaciones de Propiedad, Definición, Relaciones de Gestión regulados en los Artículos 3°, 4°, 5, 6 y 7 de las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico. Resolución SBS N° 445 2000.

### VINCULACIÓN ECONÓMICA INDIRECTA (1)



### VINCULACIÓN ECONÓMICA INDIRECTA (2)



En este último supuesto, podemos ver que existe vinculación económica indirecta entre la empresa "A" y la empresa "D"; y entre la empresa "B" y la empresa "C". Ello sucede siempre y cuando tomemos como una de las tantas referencias el modelo de dominación accionarial o financiero.

#### 4. Concentración y control

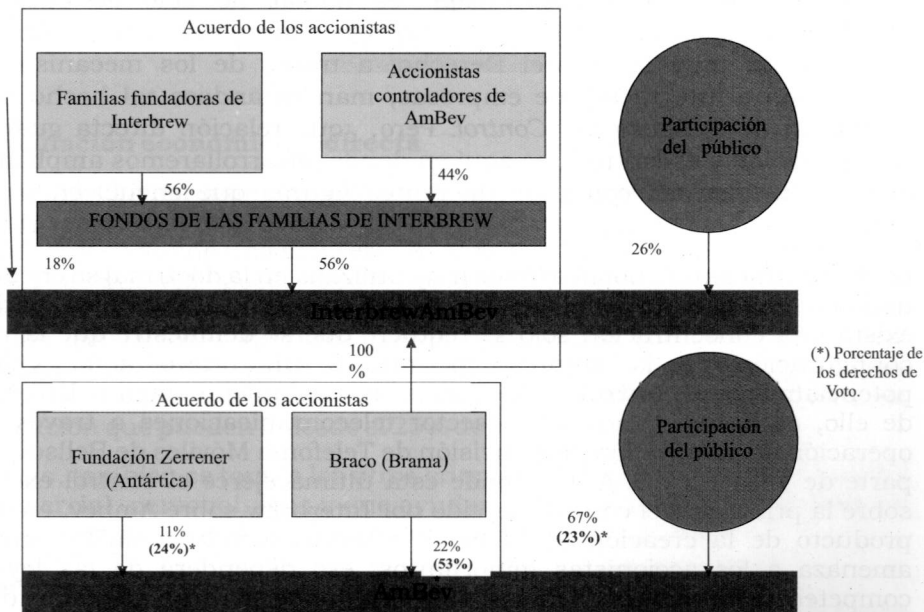
Hablar del término "concentración" es hablar no solo de cuestiones económicas, administrativas o de negocios, sino también involucra la participación muy activa del Derecho, a través de los mecanismos de adquisición e integración de empresas, manifestándose tal hecho con la aplicación de la figura del *Control*. Pero, ¿qué relación directa guarda la concentración y el control?, es aquí en donde desarrollaremos ampliamente dichos términos así como las diferentes figuras que envuelven a dicha relación.

La concentración económica (frase muy utilizada en la doctrina) se encuentra usualmente regulado por el Derecho de la Competencia. Pues bien, para que exista una concentración solo se requiere que se demuestre que la nueva configuración de la empresa permite a un nuevo actor ejercitar potencialmente **el control** de la empresa en cualquier momento. Un ejemplo de ello, es lo acontecido en el sector telecomunicaciones a través de la operación de adquisición de la división de Telefonía Móviles de Bellsouth por parte de Telefónica S. A. En donde esta última ejerce el control exclusivo sobre la primera; y el control ejercido por Interbrew sobre Ambev, en donde producto de la creación de la mega empresa InterbrewAmBev surge la amenaza a los accionistas minoritarios, eso dependerá de las leyes de competencia de cada uno de los países en donde se verán afectados dichos intereses. (Ver gráficos a continuación)

**CUADRO DE PARTICIPACIÓN (CONCENTRACIÓN) DE TELEFÓNICA MÓVILES EN LOS DIVERSOS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA EN DONDE ASUMIRÁ LAS FILIALES DE BELLSOUTH (MARZO 2004)**

|             |   |
|-------------|---|
| ARGENTINA   | 3'311.000 CLIENTES Y 42% DE CUOTA DE MERCADO. PRIMERA OPERADORA |
| BRASIL      | 20'656.000 CLIENTES Y 56% DE CUOTA. PRIMERA OPERADORA           |
| COLOMBIA    | 1'915.000 CLIENTES Y 32% DE CUOTA. SEGUNDA OPERADORA            |
| CHILE       | 3'571.000 CLIENTES Y 48% DE CUOTA DE MERCADO. PRIMERA OPERADORA |
| ECUADOR     | 816.000 CLIENTES Y 35% DE CUOTA. SEGUNDA OPERADORA              |
| EL SALVADOR | 248.000 CLIENTES Y 25% DE CUOTA. SEGUNDA OPERADORA              |
| GUATEMALA   | 409.000 CLIENTES Y 22% DE CUOTA. TERCERA OPERADORA              |
| MEXICO      | 3'454.000 CLIENTES Y 11% DE CUOTA. SEGUNDA OPERADORA            |
| NICARAGUA   | 229.000 CLIENTES Y 69% DE CUOTA. PRIMERA OPERADORA              |
| PANAMA      | 420.000 CLIENTES Y 55% DE CUOTA. PRIMERA OPERADORA              |
| PERU        | 2'149.000 CLIENTES Y 74% DE CUOTA. PRIMERA OPERADORA            |
| PUERTO RICO | 175.000 CLIENTES Y 12% DE CUOTA. CUARTA OPERADORA               |
| VENEZUELA   | 3'307.000 CLIENTES Y 45% DE CUOTA. PRIMERA OPERADORA            |
| URUGUAY     | 146.000 CLIENTES Y 30% DE CUOTA. SEGUNDA OPERADORA              |

**UN NEGOCIO COMPLEJO**  
**Interbrew y AmBev se unirán para crear la mayor cervecera del mundo, por volumen**



Esto, nos lleva a buscar una definición a cerca de control, en donde el reglamento de la CEE se adhiere a la concepción según la cual el control no es esencialmente una forma de apropiación de bienes. Se trata pues de, “un poder económico sobre una empresa que permite determinar individual o conjuntamente sus actividades. El control no se limita a los casos en que se da una modificación en la estructura de propiedad de una empresa. Lo importante es que confiera el dominio sobre la dirección de la misma, el poder de decisión en el seno de una empresa dada. Es, en último término, un dominio sobre la voluntad de la empresa controlada”<sup>5</sup>. En la Comunidad Europea se ha definido a las “decisiones relevantes”, como aquellas decisiones que definen su estrategia competitiva. Entonces, esta figura debe entenderse “como la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre la estrategia competitiva de las empresas”<sup>6</sup>.

Asimismo, tenemos que distinguir las distintas clases de control que existen. En la doctrina francesa existe un control de hecho, de derecho y conjunto.

Pero, el informe de la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del Indecopi con relación al caso ENDESA ESPAÑA/ENERSIS y ENERSIS/ENDESA CHILE del año 1999 y 2000, señala las dos formas de control más claras dentro del análisis de las operaciones de concentración y que son: el control exclusivo de un accionista sobre la empresa y el control conjunto que pueden ejercer dos o más accionistas sobre esta última. Es por eso que, el análisis preciso de la estructura de control de cada empresa debería permitir identificar una forma de control, conjunto o exclusivo, dentro de cada uno de los gobiernos de las sociedades, a pesar de que no exista un control absoluto sobre todas y cada una de las decisiones relevantes. En tal sentido, “siempre debería identificarse al accionista o grupo económico que ejerce el poder al interior de la firma, salvo que exista la necesidad de un consenso entre los accionistas o dentro de los órganos de gestión para adoptar las decisiones relevantes y establecer por tanto la estrategia competitiva de la empresa”<sup>7</sup>.

Para determinar “la existencia de control exclusivo, se realiza una evaluación positiva sobre la influencia ejercida por un accionista para determinar la estrategia competitiva de la empresa. El control conjunto, en cambio, se identifica a través de una evaluación de carácter negativo, es decir, si es que se puede producir una situación de bloqueo a causa del poder que tienen los accionistas de rechazar las decisiones estratégicas propuestas”<sup>8</sup>.

En la evaluación de la existencia de control, lo primero que debe hacerse es distinguir la propiedad y el control de la empresa. En efecto, si bien la propiedad de más del 50% del capital social normalmente otorga el control de la empresa, pueden darse casos en que aún con dicho porcentaje de acciones no se detenta el control. Al respecto, la Comisión Europea ha considerado que en determinados casos, “las participaciones menores al 50% otorgan el

<sup>5</sup> BELLO MARTIN CRESPO, María “Concentración de Empresas de Dimensión Comunitaria”. Editorial Arazandi S.A. Navarra, España. 1997. Pag. 253.

<sup>6</sup> Comisión de la Comunidad Europea, Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración con arreglo al Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre control de las operaciones de concentración de empresas (DOC núm. 385, de 31 de diciembre de 1994 (LEur 1994, 4927), puntos 3, 4, 8 y 9.

<sup>7</sup> Informe N° 011-1999-INDECOP/CLC de la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del 26 de noviembre de 1999, sobre el caso ENDESA ESPAÑA/ENERSIS y ENERSIS/ENDESA CHILE.

<sup>8</sup> BRIONES y Otros “El Control de Concentraciones en la Unión Europea, la Práctica de la Comisión Europea y las novedades introducidas en el Reglamento (CEE) 4064/89 por el Reglamento (CE) 1310/97”. Editorial Marcial Pons. Madrid, España. 1999. Pag. 58-60.

control de las empresas”<sup>9</sup>. Asimismo, ha sostenido que “un accionista que adquiere una mayor participación en la empresa, a pesar de que la misma sea pequeña, puede lograr el control, debiendo considerarse como una concentración”<sup>10</sup>. Inclusive, ha señalado que “cuando existe gran dispersión del accionariado, participaciones minoritarias permiten a los accionistas que las detentan una influencia decisiva sobre la empresa”<sup>11</sup>.

En conclusión y de acuerdo con lo anterior, lo propio y característico del control exclusivo “es la capacidad de determinar unilateralmente la voluntad o funcionamiento competitivo de la empresa, sin que exista otro poder que pueda hacer contrapeso y oponerse a las decisiones del controlador en la adopción de las decisiones relevantes, sin importar los medios por los que se consiga dicha capacidad de control”<sup>12</sup>.

El control conjunto, por su parte, existe cuando “los accionistas deben llegar a un acuerdo sobre las decisiones importantes que afecta a todos los accionistas para definir la estrategia competitiva de la empresa y adoptar las decisiones relevantes a tales efectos”<sup>13</sup>. Si el desarrollo de funciones normales de la empresa es dirigido por uno de sus accionistas, pero los demás o alguno de ellos tienen la facultad de bloquear las decisiones estratégicas propuestas, no podría afirmarse que exista control del primero sino control conjunto. El control conjunto puede originarse “en participaciones iguales de acciones, igual número de derechos de voto en los órganos sociales o el establecimiento de derechos de veto a favor de determinados accionistas”<sup>14</sup>.

En la práctica de la Comisión Europea, los ejemplos de control conjunto son de diversos tipos. Así, “la existencia de tres accionistas con una participación de 33.3% cada uno ha sido considerada un caso evidente de control conjunto”<sup>15</sup>. De igual forma, se sostuvo que “la repartición de acciones en 51% y 49% para cada accionista no otorgaba el control al primero porque el segundo contaba con varias prerrogativas que le permitían un control conjunto de la empresa”<sup>16</sup>. Adicionalmente, considerando que “las principales decisiones comerciales de las empresas en participación quedarían sujetas a

<sup>9</sup> Así por ejemplo, en el asunto Eurocom/RSCG (decisión IV/M.147), la Comisión Europea consideró que la empresa Havas tenía el control de Eurocom, a pesar de que registraba solamente una participación de 44,25% en dicha empresa, debido a que esa participación le había permitido ejercer de facto el 69,5%, 68% y 77,5% de los derechos de voto presentes y representados en las últimas tres juntas generales de accionistas. Citado en MATINEZ LAGE, S. y BROKELMANN, H. “Las relaciones entre las autoridades nacionales y las autoridades comunitarias en materia de competencia: El control de las concentraciones”. En: Anuario de la competencia 1996. Luis Cases, Director. Fundación ICO Marcial Pons. Madrid, España. 1998. Pag. 132.

<sup>10</sup> Así sucedió en el asunto Société Générale de Belgique/Generale de Banque (decisión IV/M343), en el cual la Comisión Europea consideró que un accionista que poseía el 20,94% del capital había realizado una operación de concentración al adquirir el 5% adicional de acciones, debido a que ello le otorgaba el 55% de votos en la Asamblea de Accionistas, debido a la dispersión del accionariado.

<sup>11</sup> Tal es el caso, por ejemplo, del asunto Arjomari-Priox SA/Wiggins Teape Appleton plc (decisión IV/M025), en el caso se consideró que, a pesar de contar con una participación minoritaria, Arjomari tenía influencia decisiva sobre WTA debido a que el segundo mayor accionista tenía 4% y habían otro tres con participaciones del 3% cada uno.

<sup>12</sup> Informe N° 011-99-INDECOPI/CLC. Pag. 31

<sup>13</sup> Ibidem. Pag. 32

<sup>14</sup> Comisión de la Comunidad Europea, Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración. Ob.Cit. Puntos 13, 14, 18, 19 y 21.

<sup>15</sup> Ver asunto Mannesman/Valloures/Ilva (decisión IV/M315), respecto a la creación de un holding en que los tres accionistas tendrían cada uno el 33,3% de acciones, por lo cual se afirmó que “ninguna de ellas tendrá la posibilidad de controlar en solitario la votación en junta de accionistas”.

<sup>16</sup> En el asunto Kali+Salz/MDK/Treuhand (decisión IV/M308), la Comisión sostuvo que las empresas “han elaborado conjuntamente un plan estratégico muy detallado para los próximos cinco años; cualquier desviación sustancial de las medidas en él previstas exigirá la aprobación de una mayoría de tres cuartos de la junta general de la sociedad, lo que en última instancia, confiere a Treuhand un derecho de veto. Por otro lado, la Treuhand puede ejercer un derecho de veto sobre las siguientes decisiones: enajenación de empresas e instalaciones; disposición y adquisición de terrenos de un valor superior a [...] marcos alemanes; conclusión de contratos a largo plazo que supongan obligaciones para la empresa en participación por un valor superior [...] marcos alemanes; elaboración del presupuesto anual y obtención de créditos y concesión de préstamos. Los derechos de voto concedidos a la Treuhand superan con creces lo preciso para proteger su participación minoritaria y, de hecho, le confieren un control conjunto sobre la actuación en el mercado de la empresa en participación”.

la aprobación previa de los órganos directivos de las empresas en participación conformados en igual número por representantes de los accionistas, se determinó que estarían sujetas a control común<sup>17</sup>. Finalmente, cabe indicar que la Comisión Europea también ha considerado la posibilidad de un control conjunto en aquellos casos en que “accionistas minoritarios, vinculados entre si o actuando concertadamente, ejercen control sobre la empresa de forma de bloquear decisiones de los accionistas más grandes”<sup>18</sup>.

Aparte, de estos dos tipos de controles explicados líneas arriba, también hemos señalado que existen en base a la legislación francesa tres tipos de controles: Control de Derecho, Control de Hecho y Control Conjunto.

El Control de Derecho se da “cuando una sociedad posee, directa o indirectamente, una fracción en el capital de otra que le confiere la mayoría de los derechos de voto”<sup>19</sup>. Adicionalmente la ley francesa, también dispone el control conjunto y el control de hecho. El primero, se da cuando una sociedad dispone de la mayoría de los derechos de voto en virtud de un acuerdo concluido con otro accionistas o socios, y que no es contrario al interés social de la sociedad; mientras que el segundo, “que es cuando una sociedad determina, de hecho, por los derechos de voto de que dispone, las decisiones de las Juntas Generales de otra sociedad”<sup>20</sup>. Es decir, este control existe cuando gracias a los derechos de voto una sociedad determina las decisiones tomadas en otra sociedad. En este caso poco importa el monto de acciones adquiridas.

Finalmente, cabe mencionar la existencia de otras formas o tipos de control existentes a parte de los ya anteriormente mencionados y que son: I) Control interno y control externo; el primero, que sea da a través del voto y el segundo, básicamente a través de contratos, como por ejemplo contratos de coordinación o contratos de dominación, esto quiere decir que cuando ciertas sociedades en donde su situación económica y financiera es difícil están en necesidad de emitir ciertos tipos de bonos en donde la asamblea de bonistas o representantes de los obligacionistas asumen un rol muy importante en la toma de decisiones, etc. Sin embargo, en nuestro país no se da mucho de esto, pero en otros países sí, un poco que la gestión o las gestiones están subordinadas a la conducta previa que se tiene que hacer a las asambleas de bonistas; II) El control totalitario, el control mayoritario y el control minoritario. En el primero, un ejemplo típico son las agrupaciones familiares en el cual una empresa es dueña del cien por ciento de los votos en la denominada, en el segundo, es cuando se tiene la mitad mas uno, es decir, mas un porcentaje que los hace mayoritarios y en el tercero, es cuando se tiene el voto del accionista minoritario pero se desarrolla en base a la abstención, o a la no asistencia de los mayoritarios de las grandes corporaciones en las que ocho, diez o quince por ciento toman las decisiones

<sup>17</sup> En el asunto Mannesman/Hoesch (decisión IV/M222), se sostuvo que el control común venía dado porque: “MRW y Hoesch adquirirían el 50% de la participación de MPH y Fuchs. Sus derechos de voto y el número de representantes de los accionistas en los órganos de vigilancia y en la junta de accionistas de MHP serán los mismos. La dirección de las empresas en participación deberá obtener la aprobación previa del consejo de vigilancia (Fuchs) o de la junta de accionistas (MHP) para las principales decisiones comerciales, especialmente las relativas a política de la empresa, de precios y de distribución, así como la planificación de las inversiones y de los asuntos financieros y de personal

<sup>18</sup> BRIONES y Otros “El Control de Concentraciones...” Op.Cit. Pág. 50, 52-54.

<sup>19</sup> GARCIA PITA Y LASTRES, José Luis; **Op.Cit.** Pág. 16.

<sup>20</sup> GARCIA PITA Y LASTRES, José Luis; **Ibidem.** Pág. 16.

porque simplemente los demás son mas inversionistas que gestores entonces no asisten a las juntas; III) El control administrativo, el control a través de artificios legales y el control político, el primero, es control administrativo o gerencial porque cuando se celebra contratos de gerencia y que conlleva además a la representación en la junta de accionistas de las empresas dominadas, el segundo, es cuando se ejercita el voto por la existencia de usufructos legales o por la existencia de fideicomisos (fideicomisos de administración básicamente), y en el tercero, es control político porque se ejerce a través de sus órganos de administración (directorio y gerencia).

Así como hemos señalado líneas arriba las diferentes formas de control, nos obliga por tanto estudiar la forma mejor aplicada a nivel mundial para adquirir el control de una sociedad (sobre todo en aquellas sociedades que cotizan en Bolsa) y que es la Oferta Pública de Adquisición de Acciones, comúnmente denominada OPA(s).

## **5.Oferta Pública de Adquisición de Acciones. OPAs**

Una adquisición de control, generalmente se va a manifestar ya sea por la compra de valores de empresas listadas en Bolsa o como el simple hecho de hacer ofertas directas a los accionistas integrantes de una sociedad que no cotiza en Bolsa y que desean controlar por parte de los inversionistas. Actualmente, con relación a este punto, existe mucha información al respecto sobre el tema de las OPAs<sup>21</sup> que es la forma mas común de toma de control en sociedades que cotizan en Bolsa. Asimismo, existen otras dos operaciones que la doctrina toma en cuenta al momento de formular adquisiciones:

### **5.1 Leveraged Buy Out.- “LBO”**

Es una OPA en donde las acciones adquiridas se financian casi totalmente con nueva deuda. Es una compra del control de una sociedad financiada por ejemplo mediante la emisión de obligaciones u otras formas de endeudamiento.

### **5.2 Management Buy Out.- “MBO”**

Es una OPA en donde los que realizan la oferta de adquisición de acciones son los directivos de la empresa. Así pasan de directivos a directivos propietarios.

Entonces, si existe hoy en día a nivel mundial procesos de fusiones y adquisiciones de empresas con el propósito de copar mayor mercado ya sea geográfico o de producto, diversificación de negocios a través del desarrollo de una buena política estratégica decidida en el seno del gobierno corporativo de dichos grupos de sociedades, entonces podemos encontrar que, una de las

---

<sup>21</sup> La Oferta Publica de Adquisición (OPAs), pueden ser tanto amistosas como hostiles. Estas dos formas de adquisición son llamadas en ingles “*Takeovers*” y “*hostile Takeovers*”. Generalmente, supone la incorporación de activos y pasivos de la sociedad adquirida a la sociedad controlante, perdiendo en la mayoría de las veces su personalidad jurídica. Lo interesante de las OPAs es que es una oferta que se realiza directamente a los accionistas con derecho a voto de la otra empresa, sin que haya la necesidad de solicitar la intervención del equipo directivo de la empresa objeto de la oferta y trayendo como consecuencia el beneficio de los accionistas frente a la OPA. Hay que considerar que dentro de las OPAs podemos encontrar; las amistosas en donde los directivos y accionistas de ambas empresas se ponen de acuerdo en el valor de las acciones a adquirir sin que exista de por medio algún tipo de conflictos alguno, y también encontramos las OPAs hostiles. Con relación al término hostil, indica que los directivos de ambas empresas pueden no estar de acuerdo con la operación, por lo consiguiente la única hostilidad se daría únicamente hacia el equipo directivo de la empresa objeto de control. Asimismo, legislación al respecto lo podemos encontrar por ejemplo en: la Directiva N° 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de Abril de 2004, relativa a las Ofertas Publicas de Adquisición; para el caso Español lo podemos encontrar en: el Real Decreto 1197/1991 de fecha 26 de Julio de 1991, mediante el cual aprueban el Régimen de las Ofertas Publicas de Adquisición de Valores. En el caso Peruano lo podemos encontrar en: la Resolución CONASEV N° 630-1997-EF/94.10 de fecha 24 de Octubre de 1997, mediante el cual aprueban el Reglamento de la Oferta Publica de Adquisición y de Compra de Valores.

---

formas de materializar dichas políticas de inversión la podemos realizar a través del control de empresas (habiendo otras formas como por ejemplo la compra de empresas, escisiones, etc.).

Este mercado de control<sup>22</sup>, en la actualidad es uno de los de mayor crecimiento a nivel mundial, por ejemplo en el caso peruano podemos ver que se viene desarrollando activamente a raíz del nuevo Reglamento de Oferta Pública de Adquisición de Acciones y Valores Mobiliarios del año 2006. En este crecimiento se realizan transacciones cuyo resultado final es normalmente un cambio en el equipo directivo, en el consejo de administración y, por lo consiguiente, en la gestión de la empresa. Las operaciones más habituales que se dan como ya hemos visto son: las Fusiones, las Ofertas Públicas de Adquisición (OPAs) y los "Proxy Contests"<sup>23</sup>.

La existencia del mercado de control de empresas supone una fuente adicional de control de la gestión. La existencia de dicho mercado fuerza al actual equipo directivo a trabajar del modo más eficiente de que es capaz; de otro modo, habrá otro equipo dispuesto a desplazarlo de sus funciones. Cuando un inversor descubre el funcionamiento ineficiente de una empresa esto es, la posibilidad reestructurarla para hacerla más eficiente y aumentar así mismo su valor, este inversor podrá lanzar una operación de toma de control de la misma mediante una OPA. En donde dicho inversionista deberá pagar un precio superior al actual del mercado para adquirir las acciones que le permitan controlar la empresa.

¿La OPA hostil cuándo se presenta?, una de las formas en que se puede presentar es cuando existiendo una negociación entre los directivos de ambas empresas con relación a la valoración (fusión) de la empresa a adquirir, esta no se llegue a ningún acuerdo en dichas negociaciones y por lo consiguiente al ver que no aceptan dicha oferta los directivos de la empresa que quieren adquirir una porción de las acciones de dicha empresa harán una oferta pública de adquisición de acciones a los accionistas de la otra. Dicha oferta se denomina hostil porque solo amenaza como vemos al equipo directivo (pérdida del empleo) de la empresa en donde ostenta las acciones a adquirir.

Tenemos que recordar que solo las OPAs se presentan contra las empresas que cotizan en Bolsa, y que la toma de control en este caso hostil, constituye, en principio un poderoso mecanismo para disciplinar a la dirección, pues posibilita que alguien que identifique una compañía con pobres resultados, obtenga a cambio una recompensa elevada<sup>24</sup>. Sin embargo, en la realidad se presentan situaciones en que la toma de control hostil puede ser no tan rentable en virtud de lo analizado por Grossman y Hart:

- "a) Casos en los cuales la competencia vendrá de otros compradores que se ponen en alerta cuando se hace la primera oferta y reaccionan con otra superior; la sucesión de ofertas de compra elevará el precio y de nuevo se diluyen los potenciales beneficios de la operación.

---

<sup>22</sup> Traducción directa de "Market for Corporate Control", como se le denomina en los países anglosajones.

<sup>23</sup> Los *proxy contests*, son las votaciones en las junta general de accionistas para cambiar la composición de los actuales administradores de la sociedad, es decir un grupo de accionistas disidentes presenta una alternativa a la actual administración para cambiar la composición del mismo y la estrategia de la empresa.

<sup>24</sup> Por ejemplo: supongamos que una empresa vale "x" bajo la dirección actual, pero si mejora la gestión esa empresa ya no valdrá "x" sino "x+y". Por ello, si alguien logra identificar dicho hecho, podrá conseguir una ganancia de "y" comprando la empresa por "x" y reemplazando a la vez al equipo directivo. Por tanto, el que toma el control con la compra de la empresa podrá capturar el 100% de la ganancia con su sola iniciativa.



- b) Casos en los cuales el potencial comprador puede encontrarse con la respuesta del equipo directivo que, ante el anuncio, real o inminente, reacciona para soltar el lastre que causa la posible ineficiencia (vendiendo las partes menos rentables de la empresa o endeudándose para fortalecer su compromiso con una mejor gestión en el futuro). El valor de la empresa para los accionistas aumenta y previsiblemente rechazarán la primera oferta, obligando al comprador a realizar otra con un precio superior<sup>25</sup>.

### ¿Cuáles son esos mecanismos defensivos por los que optarían los directivos de la empresa a controlar?

Pues bien, los directivos en su afán de "atrincheramiento"<sup>26</sup>, pueden optar por los mecanismos de defensa (blindaje) frente a las OPAs hostiles, los mismos que son estudiados ampliamente por la doctrina<sup>27</sup>. A continuación mencionaremos los siguientes: **i)** Aumentar el nivel de endeudamiento para hacer menos atractiva la adquisición, **ii)** Adoptar estructuras organizativas que hace al equipo indispensable, **iii)** Invertir en proyectos que son específicos al equipo directivo actual, **iv)** Limitar el poder de voto de las acciones, **v)** Introducir píldoras envenenadas, "*poisson pills*"<sup>28</sup>.

Danielson y Karpoff, basándose en la presencia de un mercado de control interno y otro externo, apuntada por Manne, distinguen dos tipos de instrumentos defensivos: 1) Instrumentos de control externo, que son aquellos que impiden directamente o pueden usarse para impedir adquisiciones hostiles, de manera que influyen principalmente en el mercado de control externo, entre las que se encuentran las *poison pills*, los cheques en blanco a las acciones preferentes<sup>29</sup>, o la cláusula de *stakeholder*<sup>30</sup>, 2) Instrumentos de control interno, que son aquellas que aumentan el coste de un accionista externo de ejercitar el control o influir en las políticas corporativas y, por lo tanto, que influyen principalmente en el mercado de control interno. Al contrario de las medidas anteriores, estas no afectan directamente al coste de un comprador de acumular un paquete significativo de acciones, pero los costes de control que imponen suponen indirectamente un impedimento a las compras externas para tomar el control de la empresa. Dentro de esta categoría<sup>31</sup>, los autores incluyen, entre otras, la renovación escalonada del consejo<sup>31</sup>, la cláusula de *fair-price*<sup>32</sup>, los requerimientos de mayorías cualificadas, la presencia de acciones sin voto, o la limitación en el porcentaje de voto que puede emitir un accionista.

<sup>25</sup> Revisar: GROSSMAN, S. y HART, O.: "Takeover Bids, the Free-Rider Problem and the Theory of the Corporation". Bell Journal of Economics. 1980. Pág. 11. En donde hacen un análisis técnico detallado del argumento sobre la no rentabilidad de las tomas de control hostil.

<sup>26</sup> Este consiste en tomar decisiones explícitas con el propósito de dificultar la efectividad de las ofertas públicas de adquisición, OPA, como mecanismo de control.

<sup>27</sup> Ver en: ZINGALES, L. "What Determines the Value of Corporate Votes?". Quarterly Journal of Economics. 1995. Pág. 110; DE ANGELO, H. y RICE, E. "Antitakeover Amendments and Stockholder Wealth". Journal of Financial Economics. 1983. 11; GARCIA PITAYLASTRES, José Luis. Op. Cit. Pág. 65 y sgtes.

<sup>28</sup> Medidas que hacen más difícil y costoso que una empresa sea adquirida por otra. Por su parte MALATESTA, P. y WALKING, R. en su obra "Poisson Pill Securities: Stockholder Wealth, Profitability and Ownership Structure". Working Paper. University of Washington. Setiembre 1986; concluyen que dichas medidas son perjudiciales para los accionistas porque la cotización cae. Como vemos nuevamente los únicos beneficiarios de dichas medidas son los directivos que protegen su puesta de trabajo a expensas de los intereses de los accionistas.

<sup>29</sup> Esta medida permite que el consejo tenga una gran discreción para otorgar derechos de voto, dividendos y otros derechos a los accionistas preferentes

<sup>30</sup> Esta disposición permite a los consejeros tener una base legal para rechazar una compra provechosa para los accionistas al considerar sus posibles efectos en otros *stakeholders*.

<sup>31</sup> Esta disposición supone que los consejos no pueden ser renovados en su totalidad, debiendo procederse a dicha renovación en fracciones, normalmente de un tercio o un medio en periodos de tiempo que transcurren entre dos y tres años.

<sup>32</sup> Esta disposición obliga a un potencial comprador a ofertar, a la totalidad de los accionistas si quiere obtener el control, el precio más alto al que halla cotizado el valor en un determinado intervalo de tiempo

Asimismo, Cuervo<sup>33</sup>, argumenta que el comportamiento de accionistas controladores o “núcleo de accionistas” en los países de la Europa continental explica el uso de los mecanismos de defensa, siendo éstos presentados para su aprobación como instrumentos de protección del interés general, aunque en la mayoría de los casos defiendan fundamentalmente los intereses de directivos y accionistas controladores: Para este autor, la existencia de accionistas significativos y la adopción de medidas defensivas han limitado la eficiencia del sistema de gobierno corporativo de los países de la Europa continental. En este sentido, Danielson y Karpoff<sup>34</sup> afirman que la presencia de medidas defensivas no solo influye en el mercado de control corporativo externo, es decir, en aquel que hace referencia a la disciplina ejercida por los potenciales compradores de un paquete significativo de acciones, sino, igualmente, en el mercado de control corporativo interno, es decir, en aquel relacionado con los cambios de poder realizados por los actuales accionistas, al influir en las políticas corporativas a través del ejercicio de sus derechos de voto en las juntas generales de accionistas. Siguiendo estos argumentos, La Porta<sup>35</sup> incluye en al evaluación de los derechos de los accionistas, los denominados *remedial rights*, como los derechos de voto definidos por las disposiciones estatutarias que regulan su procedimiento, ya que determinan el control de los accionistas sobre los asuntos relevantes de la compañía y, por tanto, el poder que puede ser utilizado con los internos.

Con relación a la intervención del mercado en la búsqueda de la obtención del control, vemos aquí que el mercado paga primas por conseguir el control de las empresas, primas que no tendrían razón de ser si los directivos / accionistas que controlan la empresa recibieran los mismos beneficios que quienes no controlan. Barclay y Holdernees<sup>36</sup> encuentran que, en EEUU, grandes paquetes accionariales se intercambian a precios superiores a los que se pagan posteriormente por acciones que intercambian pequeños accionistas, lo cual sugiere que los compradores de paquetes de control obtienen beneficios que no son extensibles al resto de accionistas minoritarios. Asimismo, De Angelo y De Angelo<sup>37</sup> y Zingales encuentran que acciones con beneficios económicos similares pero con derechos políticos superiores se cotizan a precios más altos (aunque las diferencias no son excesivamente grandes). Los premios por derechos políticos varían de unos países a otros, diferencias que han sido interpretados como evidencia de ineficiencias en los mecanismos de gobiernos respectivos<sup>38</sup>.

Como estamos viendo, las adquisiciones se presentan de manera normal dentro de un mercado de control; pero, ¿cuáles son las razones por las cuales las empresas actúan u opten por dicha adquisición? Bueno, existen muchas razones por las cuales dichas empresas deciden tomar el control de las otras o en su caso decidan solo adquirir paquetes accionariales sin que ostenten el

<sup>33</sup> CUERVO, A. “Corporate Governance mechanisms: a plea for less code of good governance and more market control”. Corporate Governance. Vol. 10. N° 2. 2002. Pág. 84-93.

<sup>34</sup> DANIELSON, M.C. Y KARPOFF, J. M. “On the uses of corporate governance provisions”. Journal of Corporate Finance. Vol. 4. 1998. Pág. 347- 371

<sup>35</sup> LA PORTA, R. ; LOPEZ DE SILANES, F. ; SHLEIFER, A. y VISHNY, R. “Law and Finance”. Journal of Political Economy. Vol. 106. N° 6. Pág. 1113-1155. Para mayor información ver en: “Propiedad y Blindaje de las empresas cotizadas españolas 1996 2002”. De la Dirección de Estudios y Estadísticas de la Comisión Nacional de Mercados de Valores Español. Marzo 2004.

<sup>36</sup> BARCLAY, M. y HOLDERNESS, C. “The Law and Large Block Traders”. The Journal of Law and Economics. 1992. Pág. 35

<sup>37</sup> DE ANGELO, H. y DE ANGELO, L. “Managerial Ownership of Voting Rights”. Journal of Financial Economics. 1985. Pág. 14.

<sup>38</sup> ZINGALES, L. en “The Value of the Voting Right: A Study of the Milan Stock Exchange Experience”. The Review of Financial Studies. 1994. 7. estima un premio del 82% en Italia, cifra que sugiere una elevada ineficiencia del sistema de gobierno empresarial en Italia, aunque no tanto se ha demostrado en Rusia con las privatizaciones.

---

control, pero en esta ocasión solo mencionaremos las que la doctrina considera como más trascendentales y que son: i) Mejora de la eficiencia conjunta, no es porque antes de la adquisición estuvieran mal dirigidas sino porque operando juntas obtienen un mayor resultado; ii) Mala gestión directiva en la empresa adquirida, en donde solo se desprenden a los directivos ineficientes a través de una OPA y que traen como consecuencia 2 eventos positivos: a) Que los directivos eficientes se esforzarán más en su desempeño y b) Que los directivos ineficientes buscarán otro trabajo acorde con sus características; iii) Razones fiscales, una empresa que genera beneficios puede estar interesada en la compra de otra con pérdidas acumuladas para beneficiarse de la reducción de impuestos correspondientes; iv) Diferencias en la información disponible por distintos equipos directivos; v) Motivaciones no económicas del equipo directivo, en donde prima la preferencia de los directivos por dirigir una empresa más grande, lo cual aumenta su poder y prestigio (vanidad); vi) Expropiación de los obligacionistas, y vii) Razones válidas solo en mercados ineficientes.

En conclusión, hay que tener en cuenta que la principal idea que debe contener una legislación en materia de regulación de mercados de control es la de proteger al accionista minoritario y evitar la formación de poderes monopolistas.

Actualmente el Perú no es un mercado con elevada concentración accionarial de sus grandes empresas, en virtud a lo ya expuesto, sin embargo el camino esta marcado y es hacia ese horizonte adonde vamos, puesto que ese camino tiene una tendencia hacia un modelo de control desde dentro con mayor peso de las participaciones accionariales en poder de otras empresas, al mismo tiempo que se reduce el numero de sociedad independientes o en su caso vinculadas a través de propiedad.

## CONSTRUYENDO UN SISTEMA DE CONTROL DE FUSIONES PARA EVITAR DISTORSIONES EN LA LIBRE COMPETENCIA

Julio Durand Carrión\*

*En este artículo se hace un estudio de la conveniencia de establecer, dentro de las políticas de competencia, el control de fusiones y adquisiciones empresariales, dado que el desarrollo del mercado peruano demanda una mayor vigilancia de los poderes públicos con el fin de que las fuerzas del mercado se desarrollen eficientemente y eficazmente y para que encuentren espacios suficientes para crecer en condiciones de igualdad y de auténticas condiciones de competencia efectiva, con un cuadro normativo, adecuado, que tenga en consideración los derechos de los consumidores.*

Sumario: 1. Introducción. 2. Antecedentes normativos. 3. La defensa de la competencia como instrumento de acción del Estado. 4. Necesidad de regular el control de fusiones en el Perú. 5. Eventuales propuestas. 6. Comentario al Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

### 1. Introducción en el tema

A finales de la década de los ochenta e inicios de los noventa, el Perú vivió un proceso de estabilización y de reformas estructurales, que incluyó un cambio en la política económica y una preocupación sobre un tema olvidado: mejorar los niveles de competitividad de las empresas para permitir su desarrollo eficiente, dentro de un mercado globalizado y altamente competitivo. Era la transición entre una economía como la nuestra en donde era común la escasez de productos, los subsidios estatales, las especulaciones en la comercialización de productos ante la inminencia de la subida de los precios, las largas colas, etc; hacia una apertura económica cuyo norte era el bienestar de los consumidores, para ofrecerles más opciones de bienes y servicios, a mejor calidad, mejores condiciones y mejores precios.

El jurista español Hermenegildo Baylos<sup>1</sup> afirma: “*Para que pueda decirse que un mercado se desarrolla en un régimen de competencia, es necesario que se den en él, en mayor o menor medida, tres circunstancias que bien podríamos llamar sus elementos competitivos, a saber: la formación autónoma de precios, la libertad de elección de los consumidores y la imposibilidad de que las empresas concurrentes basen exclusivamente en decisiones propias su política industrial, comercial y de ventas*”. Dentro de este marco, fue necesario que en noviembre de 1992 se creara el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual- Indecopi, para que actúe como un ente que garantice la salud del sistema económico de manera que las reglas básicas de la competencia sean respetadas.

El Indecopi tiene bajo su ámbito de acción aspectos muy diversos aunque siempre unidos por el común denominador de la defensa del consumidor y la tutela del libre mercado. Uno de sus órganos funcionales es la Comisión de

\*Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Doctor en Derecho por la PUCP. Consultor, ex vicepresidente de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI. Profesor de la Escuela de Graduados de la PUCP; de la Facultad de Derecho y Escuela de Postgrado de la Universidad de San Martín de Porres; y de la Facultad de Derecho y del Doctorado en Administración de Empresas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Premio Nacional 2007 a la investigación universitaria a nivel doctorado, área de humanidades. Asamblea Nacional de Rectores.

<sup>1</sup>Baylos Corroza, Hermengildo. Tratado de Derecho Industrial, Madrid, Editorial Civitas, 1993.

---

Libre Competencia, que cuenta con autonomía técnica y administrativa. Esta Comisión tiene como finalidad principal procurar la eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva de tal manera que se logre el mayor beneficio para los usuarios y consumidores.

Pero esta finalidad no es un mero concepto: se persigue que sea una realidad concreta. Se busca que se den las condiciones que conduzcan a que el éxito empresarial esté en relación a la capacidad de las empresas de oír al consumidor y responder a sus demandas con eficiencia y competitividad. En el fondo la competitividad no es una decisión del gobierno, es un acto de fe del sector privado en el marco que dicho gobierno propone. Y la fe en el sistema es lo que persiguen las normas de libre competencia.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1993, se reafirmaron estos conceptos ya a nivel constitucional. El artículo 61 dice: "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 (...)". En otras palabras, el Estado debe establecer las normas, condiciones y procedimientos en los que la libre competencia pueda desarrollarse de la mejor manera. Al mismo tiempo, ejerce vigilancia para que las reglas funcionen y para que los actores del mercado se conformen a ellas. Esto supone que pueda forzar a cumplir las normas y que sancione las trasgresiones.

Uno de los principales problemas que tiene que superar la libre competencia es la existencia de posiciones dominantes o monopólicas. Aunque los economistas tienen una terminología mucho más desagregada, la Constitución habla en términos genéricos en esta materia. Así, las posiciones dominantes son aquellas que, sin tener el control absoluto de la oferta o demanda de un producto, copan una parte significativa del mercado. Las posiciones monopólicas son aquellas que controlan absolutamente la oferta o la demanda de un producto.

Una de las formas de distorsionar la libre competencia se da a través de la concentración de empresas, dentro de la cual tenemos el tema de las fusiones de empresas. El propósito de este ensayo es analizar si existe en nuestro país un adecuado marco legal que impida el establecimiento de monopolios u oligopolios mediante el acto societario de la fusión, si es necesario regularlo, qué entidad o entidades tendrían que participar en el control de las fusiones y si este control constituiría un excesivo intervencionismo del Estado en las reglas del mercado.

## **2. Antecedentes normativos**

Otro de los cambios estructurales que se originaron en la década de los 90 fue el de las privatizaciones de las empresas públicas. El Estado dejó de ser el gran administrador de las empresas de servicios públicos, convirtiéndose en un regulador activo y expectante de estas actividades que pasaron a ser manejadas por inversiones privadas, quedando atrás la ineficiencia, la burocracia y los intereses políticos.

---

Uno de los sectores que se enmarcó dentro de esta reforma fue la industria de energía eléctrica, tanto en lo que respecta a su estructura de propiedad como a su estructura de mercado al mismo tiempo que se redefinía el nuevo marco regulatorio del sector.

En 1992 se promulgó el Decreto Ley N° 25884, Ley de Concesiones Eléctricas. Esta ley trajo como innovación la separación de la actividad eléctrica en tres segmentos: la generación, la transmisión y la distribución, actividades que podían ser desarrolladas por la iniciativa privada.

Precisamente el artículo 122 de la Ley de Concesiones Eléctricas establecía un antecedente importante en cuanto al tema de la regulación de fusiones, decía: “Las actividades de generación, de transmisión perteneciente al Sistema Principal y de distribución de energía eléctrica no podrán efectuarse simultáneamente por un mismo titular, salvo en los casos previstos en la presente Ley”<sup>2</sup>.

Con la promulgación de la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, se desarrolló ampliamente este tema. El artículo 1 de esta ley establece: “Las concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión de energía eléctrica se sujetarán a un procedimiento de previa autorización de acuerdo a los términos establecidos en la presente Ley, con el objeto de evitar los actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados”.

Esta Ley puso en vigencia importantes precisiones en el tema, como por ejemplo definir qué actos se consideran “concentración”, y es aquí que tenemos a la fusión, la constitución de una empresa en común; la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de acciones, participaciones, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiere el control directo o indirecto de una empresa incluyendo la celebración de contratos de asociación *joint venture*, asociación en participación o usufructo de acciones y/o participaciones, contratos de gerencia, de gestión y de sindicación de acciones o cualquier otro contrato de colaboración empresarial similar. Asimismo, la adquisición de activos productivos de cualquier empresa que desarrolle actividades en el sector, o cualquier otro acto, contrato o figura jurídica incluyendo legados, por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general, que se realice entre competidores, proveedores, clientes, accionistas o cualesquiera otros agentes económicos.

La Ley dispone que antes de realizar estos actos de concentración en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía, deberá solicitarse la autorización previa de la Comisión de Libre Competencia del Indecopi, sin cuya aprobación no podrá realizarse, ni tendrán efecto legal alguno. Por cierto la norma establece ciertas condiciones para hacer exigible esta autorización previa, como que las empresas posean un porcentaje igual o mayor al 15% del mercado en los actos de concentración horizontal, o en su caso, igual o mayor al 5% de cualquiera de los mercados involucrados en los actos de concentración vertical.

---

<sup>2</sup> Modificado por el Artículo 13° de la Ley 26876.- “Las actividades de generación y/o de transmisión pertenecientes al Sistema Principal y/o de distribución de energía eléctrica, no podrán efectuarse por un mismo titular o por quien ejerza directa o indirectamente el control de éste, salvo lo dispuesto en la presente Ley.”

---

Otro antecedente normativo importante, siempre en el sector eléctrico, es el Decreto Supremo N° 27-95-ITINCI del 19 de octubre de 1995, que regula la existencia de infracción a la norma del artículo 3 del Decreto Legislativo 701 cuando, en un mismo sistema interconectado, una empresa titular de una concesión o autorización de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica, cuya posición sea dominante en el mercado, o una o más personas que ejercen el control de dichas empresas realicen cualquiera de los siguientes actos:

- Adquieran el control sobre la totalidad o parte de otra empresa dedicada a dichas actividades del sector eléctrico.
- Se fusionan con otra empresa dedicada a las actividades de energía eléctrica, bajo cualquiera de las modalidades establecidas en el artículo 354 de la L.G.S., o
- Se asocien con otra empresa dedicadas a esas actividades, bajo cualquiera de las modalidades establecidas en los artículos 398 y 406 de la L.G.S.<sup>3</sup>

Esta norma también le delega a la Comisión de Libre Competencia del Indecopi la tarea de velar por el cumplimiento de estas prohibiciones.

Finalmente, citamos el Decreto Supremo N° 017-98-ITINCI, que es el Reglamento de la Ley que establece el control de concentraciones empresariales en el sector eléctrico. Esta norma regula todo el procedimiento que tienen que seguir las empresas del sector eléctrico que pretendan adoptar la decisión de concentrarse y las sanciones a las que se sujetan en caso de incumplimiento.

Como vemos, el sector eléctrico ha tenido una amplia regulación en el tema, para evitar que el libre albedrío de las empresas al adoptar sus decisiones societarias perjudiquen o distorsionen al mercado y a la libre competencia. En mi opinión, estos antecedentes normativos deben sentar las bases para una necesaria regulación de las concentraciones de empresas, y en especial de las fusiones.

### **3. La defensa de la competencia como instrumento de acción del Estado**

Partamos de una premisa: nuestro país no tiene un sistema de control de fusiones. Como ya hemos visto, salvo en la industria de la energía eléctrica, no existen normas que regulen de manera previa, los requisitos, autorizaciones y condiciones a las que se deben sujetar las empresas que adoptan la decisión societaria de fusionarse.

Por supuesto que una medida de esta naturaleza traería como consecuencia un eventual rechazo del sector empresarial, ya sea de manera colectiva a través de sus organizaciones tales como la CONFIEP, la Sociedad Nacional de Industria, las Cámaras de Comercio, etc. como de manera sectorial, tal es el caso de las avícolas, las mineras, textiles, pesqueras, agroindustriales, etc. Probablemente se hable en los medios de comunicación (escritas, radiales, televisivas) de un intervencionismo estatal excesivo, de restricciones a la libertad de contratación, de medidas populistas e inconstitucionales y otras tantas que serían difícil de enumerar. Es obvio que los empresarios velan por sus inversiones y sus intereses económicos, pero no nos olvidemos que es el

---

<sup>3</sup>La norma se remitía al articulado de la anterior L.G.S., en donde el Art. 354 establecía las formas de fusión (por absorción o por constitución); el Art. 398° se refería a la asociación en participación y el Art. 406° a los contratos sin participación en pérdidas y sin aportes.

---

consumidor el fin último, quizás el único, de toda economía social de mercado. Es al consumidor a quien debemos proteger ya que es la parte más débil del sistema, aplicando el aforismo jurídico: trato desigual para los desiguales.

Muchas empresas basan sus metas y objetivos en ganar la mayor cantidad de utilidades en un menor tiempo. Aquellas que tienen una posición de dominio en el mercado ejercerán las presiones que sean necesarias para lograr la menor cantidad de pasivos, dentro de lo cual se encuentran los sobre costos laborales, los tributos, los trámites administrativos y judiciales, los costos de transacción, entre otros.

En vista de ello, considero que este tema debe ser visto no como una medida populista que se le ocurre a un burócrata en ciernes o a un político que quiere aumentar su aceptación en las encuestas, sino desde la luz de la experiencia vivida en los países europeos y en Norteamérica, en donde el tema del control de las fusiones ya tiene varias décadas de aplicación.

El autor español Luis Cases Pallares<sup>4</sup>, nos dice que la defensa de la competencia constituye actualmente, en la Comunidad Económica Europea, una forma de acción fundamental de la administración en el mercado, para controlar, supervisar y dirigir los comportamientos de las empresas en el mercado para mantener un régimen de competencia adecuado.

La defensa de la competencia, el llamado derecho antitrust en EE.UU; es una forma de intervención del Estado en el mercado, diseñada para mantener una competencia adecuada. Por ello, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha indicado que el sistema del derecho antitrust se fundamenta en que: "la interacción no restringida de las fuerzas competitivas comportará una mejor asignación de nuestros recursos económicos, precios más bajos, mayor calidad y mayor progreso material..."<sup>5</sup>.

Las leyes antitrust en los Estados Unidos se remontan a varios siglos de antigüedad. Ya la Constitución del Estado de Maryland de 1776 indicaba que "los monopolios son indeseables, contrarios al espíritu del libre gobierno y los principios del comercio y no deberían ser tolerados".

Sin embargo, la evolución del sistema económico norteamericano, especialmente a partir de la guerra civil, hizo necesaria una normativa dirigida concretamente a evitar las concentraciones de poder económico que causan perjuicios a los ciudadanos. La expansión del mercado y las trascendentales innovaciones tecnológicas permitieron incrementar las ganancias de las empresas, al mismo tiempo que creaban problemas derivados de una intensificación de la competencia entre ellas. Las empresas buscaron entonces medios de protección para reducir la competencia a través de varias fórmulas. Se produjo una aceleración de la concentración del poder económico, que reemplazó al anterior sistema descentralizado, en perjuicio de pequeñas empresas.

---

<sup>4</sup> Casas Pallares, Lluís. Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia, Escola de Administració Pública de Catalunya, Madrid, Ediciones Jurídicas Marcial Pons, 1995

<sup>5</sup> Northern Pacific Railway Co. Vs United States. 356 US 1,4 (1958), citado por Casas Pallares, Op. Cit. P.36



---

Estas nuevas grandes empresas, que concentran una parte importante del poder económico, no se percibían por el público en general como interesadas en la competencia, en la eficiencia o en la protección de los consumidores, sino en la acumulación de riqueza y poder. Las empresas que teóricamente debían competir entre ellas intentaban, mediante trust, acuerdos que permanecían secretos y monopolios, proteger su propio estatus económico a través del mantenimiento de precios y otros aspectos del entorno de la competencia.

Aparece entonces la demanda de una legislación cuyo objetivo sea la lucha contra estos acuerdos o situaciones de concentración de poder que sirven a unos, a su acumulación de riqueza y de mayor poder, en contra de los ciudadanos, especialmente a partir de 1880.

Posteriormente, esta preocupación originó la adopción en 1890 de una normativa federal contra las combinaciones para restringir la competencia en el mercado y contra las situaciones monopolísticas, la llamada Sherman Act. como ha dicho Joaquín Garrigues<sup>6</sup>, esta legislación refleja “una lucha paradójica contra la libertad, en favor de la libertad”. Esta ley aparece muy vinculada a la creencia postulada por Thomas Jefferson de que los monopolios son incompatibles con la tradición democrática de los EE.UU.

Es preciso destacar la consideración que merece esta normativa por parte de la Corte Suprema americana: “El Derecho antitrust en general, y la Sherman Act en concreto, son la Carta Magna de la libre empresa. Son tan importantes para la preservación de la libertad económica y para nuestro sistema de libre empresa como es la Bill Of Rights para la protección de nuestras libertades personales fundamentales”<sup>7</sup>.

Cabe señalar que para los americanos es importante disponer de mecanismos que eviten la concentración de poder económico, pues este no debe residir en una persona o grupo de personas y para ello se estructuró la legislación antitrust federal, en concordancia con el sistema político de la Constitución federal americana caracterizada por la difusión del poder mediante constantes equilibrios y contra equilibrios expresados en los conocidos *check and balances*, como fórmula fundamental para la preservación de los derechos de los ciudadanos.

En este sentido en el debate sobre la ratificación de la Constitución Federal, Thomas Jefferson propuso que se incluyera en la *Bill of Rights* una prohibición de los monopolios legales y James Madison respondió a esta propuesta con unas consideraciones que expresan claramente como la concentración del poder económico, es claramente contraria al sistema político americano. Así, expresó: “ Los monopolios son sacrificios de muchos para unos pocos. Donde el poder está en estos pocos, es natural para ellos sacrificar a muchos con sus propias parcialidades y corrupciones...”<sup>8</sup>.

La Sherman Act fue una respuesta no al deseo de la industria de obtener protección federal de las incertidumbres de la competencia, sino mas bien una respuesta al sentimiento popular de que las grandes organizaciones

---

<sup>6</sup> Garrigues, Joaquín. La Defensa de la Competencia Mercantil, Madrid, Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1964

<sup>7</sup> S. Weaver, Antitrust División of the Department of Justice. Citado por Casas Pallares, p. 44

<sup>8</sup> Carta de James Madison a Thomas Jefferson, 17 de octubre de 1788, reeditada en The Founders Constitution, P. Kurland & R. Lerner, 1987, p.478, citado por W.H. Page, Interest Groups, Antitrust and State Regulation: Parker v. Brown in the Economy Theory of Legislation, Op cot p. 654. Tomado de Casas pallares Op Cit., p.41

---

corporativas estaban ganando demasiado poder sobre la vida de los ciudadanos, por ello se sancionó dicha norma.

El propio Senador Sherman, en las encendidas discusiones parlamentarias expresó: "...que era necesario adoptar normas para controlar la concentración de poder como una forma de preservar los derechos ciudadanos que veían peligrar sus prerrogativas en manos de grandes concentraciones que pueden dominarlo y dirigirlo hacia sus propios intereses y es en este contexto donde encuentran razón de ser las disposiciones federales que impiden los acuerdos restrictivos y las demás situaciones monopolísticas de empresas que pretenden dominar el mercado y establecer prácticas desleales de comercio..."

En el famoso discurso del senador Sherman se lee: "(...) Si los poderes de una combinación son encomendados a un solo hombre, esto es una prerrogativa real, inconsistente con nuestra forma de gobierno, y deberían ser sujetos a la firme oposición del estado y de las autoridades nacionales(...) Si no toleramos a un rey como poder político, no deberíamos tolerar a un rey de la producción, transporte y venta de los que necesitamos para vivir. Si no nos sometemos a un emperador, no nos deberíamos someter a un autócrata del comercio, con poder para impedir la competencia y fijar los precios de cualquier bien o producto(...) Estas asociaciones ya desafían o controlan poderosas empresas de transporte y alcanzan a las autoridades estatales, nos alcanzan con sus garras hasta cualquier parte de nuestro país(...) El Congreso puede manejarlas, y si no tenemos la voluntad o somos incapaces, pronto habrá un monopolio para cada producto y un señor que fijará el precio de cada producto necesario para la vida ..."<sup>9</sup>

La Corte Suprema americana ha establecido que la Sherman Act fue diseñada para ser un código comprensivo de la libertad económica como regla del comercio, con la finalidad de preservar la competencia libre y no obstaculizarla y servirá para la mejor utilización de los recursos económicos, para favorecer el progreso y para potenciar una situación conducente a la preservación de nuestras instituciones políticas, sociales y democráticas.

Por otra parte, el sistema de defensa de la competencia en Europa, tiene sus peculiaridades. En efecto, el derecho comunitario de la competencia básico se encuentra recogido en los artículos 85 a 94 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. En ellos se establecen normas aplicables a las empresas, normas relativas a las prácticas antidumping y normas acerca de las ayudas otorgadas por los Estados miembros.

El derecho antitrust de los Estados Unidos ha tenido una notable influencia en el derecho comunitario de la competencia, tan es así que la historia da cuenta que las reglas de la competencia introdujeron en Europa la filosofía antitrust americana y que los artículos 65 y 66 del tratado de la CECA habrían sido redactados por un estudio de abogados de Washington con sede en París<sup>10</sup>. El Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957 se ha de inscribir en una oleada de legislaciones que son adoptadas en los Estados europeos después de la Segunda Guerra Mundial con el objetivo de proteger a la libre competencia en el mercado. Esta oleada refleja un estado de opinión que se debe, en parte, a los EE.UU. por su influencia en todos los

---

<sup>9</sup> 123 Cong. Rec. 2,457 (1890), citado por W.B. Comegys, Antitrust Compliance Manual. A Guide for Counsel Management and Public Officials, Op Cit 5-6. En Casas Pallares, Op Cit p.45

<sup>10</sup> Del Mármol. La Protection contre les abus de puissance économique en Droit Belge, Loège, 1960, p.56, citado en A. Bouthelie, Ordenaciones Legales Antimonopolio, RPS Nums. 57-58 p.29. Tomado de Casa Pallares, Op. Cit p.58

---

órdenes sobre los países de la Europa occidental desde 1945. En ese momento se rechazan las políticas económicas dirigistas propias del periodo entre guerras y se contempla al proceso competitivo como el tipo preferido de conducta económica.

La influencia que tuvo EE.UU. en el proceso de reconstrucción de los Estados europeos tras la Segunda Guerra mundial se evidencia en la estructura de su derecho de la competencia. Garrigues afirma, de forma ilustrativa, que “*he aquí que los principios americanos de la legislación antitrust penetran en Europa en la mochila de los soldados de los ejércitos de ocupación de Alemania*”<sup>11</sup>.

No obstante, en el año 2003 se dio cuenta en Europa de una investigación realizada por el Dr. Julio Pascual y Vicente, vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia de España en ese entonces; quien descubrió que antes de la Sherman Act de 1890, existieron en el Reino de Castilla y León, otras normas antitrust que prohibían y sancionaban las conductas colusorias anticompetitivas. Estas normas, que se remontan al siglo XIV y que estuvieron vigentes en España hasta mediados del siglo XIX, eran la *Suma de Tratos y Contratos* de Fray Tomás de Mercado, de 1571, y la *Guía de Alcaldes y Ayuntamientos* de Jorge Torres, de 1847. Este constituiría uno de los hitos más antiguos en la legislación de la materia<sup>12</sup>.

La necesidad ineludible de reconstruir las naciones devastadas por la segunda guerra mundial en Europa, no podía seguir siendo afrontada con los esquemas legales anteriores, y con estilos económicos anticompetitivos, cartelizados y restrictivos de la competencia. Ello, sumado al impulso americano a través del famoso Plan Marshall, motivó que los Estados europeos dejen de lado su mentalidad de cartel e incorporen normas protectoras de la competencia en las legislaciones nacionales y las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

En efecto, en la totalidad de los Estados miembros de la Comunidad Europea se produce una coexistencia de normas protectoras de la competencia. Por un lado, el derecho comunitario. Por otro, el ordenamiento interno de los Estados miembros. Se trata de legislaciones que son entre sí autónomas en el sentido de que cada una tiene su propio campo de aplicación delimitado técnicamente a través de los elementos constitutivos de los distintos supuestos normativos previstos en los preceptos que protegen la libre competencia. El derecho comunitario se aplicará cuando, en concurrencia con otros aspectos, la conducta afecte al comercio entre los Estados miembros.

En el sistema europeo esta coexistencia es posible por cuanto la presencia de normas comunitarias no supone la erradicación de la facultad soberana (de los Estados miembros) para regular legalmente, en el marco específico de su jurisdicción territorial, el funcionamiento de la competencia económica en el mercado interno o nacional, ni la imperatividad y supremacía normativa del derecho europeo de la competencia conlleva un efecto derogatorio o en todo caso excluyente de las legislaciones nacionales en materia de competencia.

Actualmente, la política de competencia moderna, en casi todos los países que tienen legislación sobre la materia, se articula hoy a lo largo de tres ejes: represión, prevención y fomento. En efecto, la política represiva está referida

---

<sup>11</sup> Garrigues Joaquín. La Defensa de la Competencia Mercantil, Op Cit, p. 24

<sup>12</sup> Véase la Separata de la Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, número 225, mayo-junio 2003, p.113-115

---

al llamado control de conductas por el cual se sanciona las conductas anticompetitivas incompatibles con el mercado. La política preventiva, se instrumenta a través del llamado control de estructuras, es decir la facultad de los poderes públicos de examinar los proyectos de fusiones y adquisiciones de empresas. La política de fomento de la competencia, se propicia desde los poderes públicos, mediante la combinación de instrumentos de desregulación, liberalización y privatización, entre otras políticas de apertura de mercados y promoción de la competencia<sup>13</sup>.

#### **4. Necesidad de regular el control de fusiones en el Perú**

Luego de haber realizado una reseña sobre las legislaciones antitrust norteamericana y en la Unión Europea, podemos darnos cuenta que existe la necesidad inmediata de regular el control de fusiones en el Perú.

Actualmente existen empresas con una marcada posición de dominio en el mercado que en un abrir y cerrar de ojos pasan de ser encarnizados competidores, a formar un solo poder económico como consecuencia de un proceso de fusión, formándose monopolios u oligopolios en el mejor de los casos.

Hemos sido testigos de innumerables procesos de fusión en donde por falta de una regulación adecuada que estudie el impacto que tendrá este acto societario, se termina, por un lado, distorsionando al mercado, y por el otro, perjudicando a centenares de familias con reducciones de personal y ceses colectivos. Finalmente, el mercado se sostiene por la oferta y la demanda, y esta a su vez, se sostiene por el consumo, y para que exista consumo es indispensable que exista trabajo.

Considero que Indecopi, con la experiencia que ha ganado a lo largo de este último decenio en el campo del sector eléctrico, se encuentra en la capacidad de proponer una regulación justa y eficaz para este tema. Obviamente se trata de proponer un proyecto coherente y razonable que no trastoque las reglas del mercado.

Para ello, basta con mirar a los países más desarrollados y que han sido citados en el presente ensayo. Es indudable que este tema ha sido estudiado y debatido ampliamente a nivel continental en Europa y a lo largo de su consolidación económica en Norteamérica.

Como ya hemos expuesto en la parte introductoria, el tema del control de fusiones es debatible y como tal, va a tener serios opositores, sobre todo desde el lado de los empresarios e inclusive académicos conservadores. Por eso para su regulación, será necesario un estudio netamente técnico (que lo puede realizar el propio Indecopi) sobre los mecanismos que se pueden utilizar para elaborar un proyecto coherente y razonable, sin trámites engorrosos, ni onerosos, pero salvaguardando las condiciones esenciales con el que debe contar el mercado para su óptimo funcionamiento, sin distorsiones de ningún tipo.

#### **5. Eventuales propuestas**

Al existir ya una regulación sobre el control de las concentraciones (que incluye las fusiones) en el sector eléctrico, se deben seguir los principios y el

---

<sup>13</sup> Pascual y Vicente, Julio. La Nueva Política Comunitaria Europea de Control de Conductas y su Repercusión en España. Separata de Anuario de la Competencia, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 2003

---

procedimiento planteado para dicho sector para aplicarlos a la generalidad de las fusiones.

En primer lugar, es necesario que se modifique la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, en el título relativo a las Fusiones. El art. 346° regula la aprobación del proyecto de fusión y el art. 347° regula el contenido del proyecto de fusión. Es necesario que se establezca que el proyecto de fusión aprobado por el Directorio de cada una de las sociedades que participan en la fusión, deberá ser remitido a la Comisión de Libre Competencia, para su evaluación y aprobación. En cuanto al contenido del proyecto, se debe exigir que las empresas especifiquen el impacto laboral que tendrá la fusión sobre sus trabajadores, sea cual fuere la modalidad de contratación de estos.

La Comisión de Libre Competencia deberá establecer determinados parámetros que la ayuden a determinar si ese proceso de fusión implicará una reducción de personal importante, la constitución o el reforzamiento de grupos económicos monopolísticos u oligopolísticos o la eliminación de la competencia que afecte el mercado y por ende a los consumidores, entre otros temas.

La Comisión de Libre Competencia tendría las opciones de

- a) Denegar de plano el proyecto de fusión.
- b) Denegar el proyecto de fusión estableciendo ciertas condiciones y requisitos que deberán ser cumplidos por las empresas interesadas.
- c) Autorizar el proyecto de fusión.

Si las empresas no están de acuerdo con la decisión de la Comisión de Libre Competencia, podrán apelar ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, quien podrá confirmar o revocar la decisión de la Comisión. Con la resolución del Tribunal, se agota la vía administrativa y se encuentra expedito el derecho de las empresas interesadas de interponer una demanda contencioso - administrativa ante el Poder Judicial. Para evitar trámites engorrosos y demoras que impliquen un sobre costo en las decisiones societarias, se debe procurar que el trámite administrativo ante Indecopi, hasta agotar la vía administrativa, no demore más de cuatro meses.

Este procedimiento debe estar acompañado de un sistema sancionador que puede incidir por una lado, sobre un porcentaje del volumen de negocio de las empresas participantes, o por el contrario, mediante un margen determinado de Unidades Impositivas Tributarias. Las sanciones se aplicarán contra los que no acaten la resolución firme que deniega el proyecto de fusión o contra las empresas que omiten la notificación del proyecto a la Comisión de Libre Competencia. Como dije anteriormente, existe ya una regulación muy bien trabajada en la Ley N° 26876 y en el Decreto Supremo N° 017-98-ITINCI, que podría ser tomada como referencia para la regulación de este tema.

El Registro de Personas Jurídicas de las Oficinas Registrales, deberán exigir como requisito para la inscripción de la escritura de fusión, la copia autenticada de la Resolución de la Comisión de Libre Competencia, o del Tribunal en su caso, que autorice el proyecto de fusión.

Asimismo, se debe tener en consideración que existen pequeñas y medianas empresas cuya fusión obviamente no implica ningún riesgo de monopolización o abuso de posición de dominio que afecte el mercado. Por ello se debe establecer volúmenes de venta anuales o criterios de posicionamiento en el mercado, que determinen cuáles serían los umbrales para efectos de someterse a una eventual legislación de control de fusiones, lo que permitirá establecer con criterio cuáles serían las empresas obligadas a presentar sus proyectos de fusión.

Cabe señalar que el Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, propuesto por el Indecopi en el año 2005, para su debate y aprobación contemplaba disposiciones muy precisas sobre este tema<sup>14</sup>.

Entre las disposiciones que incluía el proyecto de ley en mención, es preciso destacar las siguientes propuestas:

El proyecto de Ley acoge el estándar norteamericano conocido como “substantial lessening of competition” para el control de las concentraciones económicas, en línea con el reciente ajuste del Derecho comunitario europeo hacia dicho estándar.

- El referido estándar señala que la autoridad autorizará aquellas operaciones de concentración que no reduzcan substancialmente la competencia efectiva en el mercado.
- Los criterios utilizados para que una operación de concentración económica quede sujeta a la notificación obligatoria ante la autoridad de competencia son:
  - a. La adquisición de una cuota de mercado igual o superior al 25% siempre que el volumen de ventas global en el Perú del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de cien mil UIT.
  - b. Que los partícipes reúnan una cuota de mercado igual o superior al 70%, sin importar sus ingresos.
- La “teoría de los efectos” nuevamente es recogida por la Ley, a fin de controlar aquellas operaciones de concentración que, no obstante realizarse en el extranjero, involucren de alguna manera a empresas que desarrollan actividades económicas en el Perú.
- Esta disposición asegura la efectividad de los mecanismos de control previstos en la Ley.

La reforma que propuso en su momento el Indecopi estaba inspirada principalmente en la reciente reforma integral del ordenamiento comunitario europeo, especialmente en los reglamentos (ce) 1/2003 y 139/2004, referidos al control de conductas y de estructuras, respectivamente. La reforma ha tomado en cuenta la ley 25.156 (Argentina, 1999) del control de estructuras,

<sup>14</sup> Véase Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, propuesto por el INDECOPI dentro del marco de Los avances de la reforma legislativa del ordenamiento nacional en materia de Defensa de la Competencia ([www.indecopi.gob.pe](http://www.indecopi.gob.pe))

**“Artículo 36.- Concentraciones sometidas a la Ley.-**

*Quedan sujetas a las disposiciones de la Ley las operaciones de concentración de empresas, horizontales o verticales, que se realicen en cualquier ámbito de la actividad económica, siempre que se dé una de las siguientes condiciones:*

*a) Que como consecuencia de la operación se adquiriera o se incrementara una cuota de mercado igual o superior al veinticinco por ciento (25%), siempre que el volumen de ventas global en el Perú 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.-*

*B) Que la participación de mercado, individual o conjunta, de las empresas participantes en la operación sea igual o superior al setenta por ciento (70%) en cualquiera de los mercados relevantes en el Perú, con independencia de los ingresos totales de dichas empresas.*

*A efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerarán los ingresos totales y la participación del mercado del grupo económico involucrado en la operación.”*

---

del cual carecía su antecedente de 1980 y también se han tomado en cuenta las legislaciones nacionales europeas, en particular, las de España y Alemania.

Concluyo diciendo que el desarrollo del mercado interior y su integración en los procesos de negociación multilateral, provocaran importantes reestructuraciones de las empresas, particularmente a través de operaciones de concentración económica entre las cuales la fusión es una de las mas comunes, por ello es necesario valorar estos procesos en principio de forma positiva en la medida que responden a las exigencias de una competencia dinámica y pueden aumentar la competitividad y mejorar las posibilidades de crecimiento interno. No obstante debemos cuidar que las concentraciones económicas no causen un perjuicio duradero a la competencia, de manera que la nueva legislación sobre la materia debe ser el instrumento jurídico específico que garantice el control efectivo sobre las prácticas que afecten la estructura de la competencia en el país. Por lo tanto la legislación de la materia debe contener disposiciones que regulen las concentraciones que puedan eventualmente obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado peruano o en una parte sustancial de este.

El funcionamiento competitivo de los mercados requiere una adecuada legislación de competencia para que haya eficiencia económica, sin restricciones de ningún tipo, debemos aceptar que el *laissez faire* no es actualmente una receta suficiente y válida en el contexto económico actual y hoy es necesario una mayor vigilancia de los poderes públicos con el fin de que las fuerzas del mercado se desarrollen eficiente y eficazmente y para que encuentres espacios suficientes para crecer en condiciones de igualdad y de auténticas condiciones de competencia efectiva, con un cuadro normativo, adecuado y propio del mercado en que operan los agentes económicos.

Es falso que el mercado se cuide a sí mismo, como expresan algunos autores, o que el Estado se ocupa del mercado, cuidando de que exista y de que se perpetúe o las propias fuerzas del mercado acabarán pronto con él<sup>15</sup>. Por consiguiente el mundo de hoy y en especial el mercado actual lleno de presiones crecientes y extendidas reclama la inclusión de valores sociales y políticos en el Derecho de la Competencia, aceptando que la eficiencia es uno de los objetivos de este Derecho, pero no el único, y en este contexto el asunto no es mantener un enfrentamiento entre la eficiencia económica y otros valores sociales, sino que por el contrario, la cuestión es establecer un adecuado equilibrio para establecer una política de competencia coherente y eficaz, que promueva el desarrollo, la competitividad, respetando los derechos de los consumidores.

El tema es por demás polémico y que requerirá necesariamente de voluntad política para regularlo. Pero vale la pena intentarlo por un mercado libre de obstáculos, distorsiones y limitaciones, y sobre todo, por el bienestar del soberano del mercado: el consumidor.

---

<sup>15</sup> Soriano García, J.E . La Defensa de la Competencia en España: Una exposición de sus fundamentos políticos, La Ley, numero 249, Buenos Aires, 1992

## 6. El Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

### Apresiasión general

Esta Ley opta por un modelo de control de conductas, sin considerar el control de estructuras (control de fusiones y adquisiciones de empresas) que es el modelo que impera en todos los países que cuentan con una normatividad adecuada para preservar la libre competencia y evitar el comportamiento anticompetitivo de los operadores económicos en procura del bienestar del consumidor como protagonista del mercado. Es por ello que en la nomenclatura de la Ley se expresa Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Cabe precisar que el Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, propuesto por el Indecopi en el año 2005, para su debate y aprobación contemplaba disposiciones muy precisas sobre este tema, inspiradas principalmente en la reforma integral del ordenamiento comunitario europeo, especialmente en los reglamentos (ce) 1/2003 y 139/2004, referidos al control de conductas y de estructuras, respectivamente, así como en la ley 25.156 (Argentina, 1999) del control de estructuras, del cual carecía su antecedente de 1980 y también se tomaron en cuenta las legislaciones nacionales europeas, en particular, las de España y Alemania.

El Decreto Legislativo 1034 establece como finalidad promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores; sin embargo, la eficiencia económica no es un concepto unívoco en la doctrina y en ese sentido resulta gaseoso para determinar que es lo que en realidad persigue la ley.

Una particularidad de la ley es su aplicación a las conductas que produzcan o puedan producir efectos anticompetitivos en todo o en parte del territorio nacional, aun cuando dicho acto se haya originado en el extranjero; así como la aplicación del principio de la primacía de la realidad al momento de analizar las conductas anticompetitivas, lo que permitirá investigar la verdadera naturaleza de las conductas denunciadas independientemente de la forma del acto jurídico que las contenga.

En la norma se ha precisado el concepto de mercado relevante sobre la base del mercado de producto y el mercado geográfico lo que da claridad al concepto para poder entender la posición de dominio en el mercado. En los artículos 8 y 9 se habla de prohibiciones absolutas y prohibiciones relativas respectivamente, lo que pone nuevamente en debate el tema de la regla *per se*<sup>16</sup> y la regla de la razón, según que la conducta sea sancionable directamente probando solamente su existencia o se exija probar la existencia de la conducta y que esta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

Se ha establecido también en la norma las conductas colusorias verticales y horizontales y se ha admitido la teoría de las “ancillary restrictions”, es decir aquellos acuerdos complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, que tengan por objeto promover la mayor eficiencia económica en el mercado<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> La regla *per se* fue firmemente establecida y admitida por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en la resolución recaída en el caso Trenton Potteries en el año 1927. Luego de algunas decisiones vacilantes durante la Gran Depresión de la década de 1930, la resolución recaída en el caso Socony-Vacuum, dejó definitivamente claro que la regla *per se* era la norma aplicable a los casos de fijación de precios, lo cual constituye una de las más indiscutibles y ampliamente aceptadas verdades en el Derecho Antitrust

<sup>17</sup> Ancillary Restrictions: acuerdos de fijación de precios que sean auxiliares o subordinados a una integración o asociación convenida y que hayan sido adoptados para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva que se trate y que deben ser analizados caso por caso a fin de determinar la racionalidad o no de los mismos



---

Por otro lado, el Decreto Legislativo N° 1034 recientemente aprobado en su artículo 10.2 reconoce solo las prácticas de abuso de posición de dominio en la modalidad de exclusorias mas no explotativas, sin embargo, la prohibición del abuso de posición de dominio de conformidad con lo establecido en el artículo 61 de la Constitución Política del Perú, incluye tanto las conductas exclusorias, es decir, aquellas dirigidas a excluir a los competidores del mercado, como las conductas explotativas, es decir, aquellas dirigidas a ejercer de manera abusiva la posición de dominio para explotar a los consumidores, lo que es consistente con el origen comunitario europeo de la legislación nacional en la materia y nuestro marco constitucional que sanciona el abuso de posiciones dominantes o monopólicas, con la interpretación del Tribunal Constitucional que ha sostenido que la protección de consumidor es una obligación que no puede ser mediatizada con interpretaciones antojadizas o restrictivas de la ley, y con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República que también se ha pronunciado por sancionar las prácticas explotativas de los agentes económicos.

La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, en la Resolución 0225-2004 TDC/INDECOPI reconoció expresamente que el abuso de posición de dominio en el mercado puede expresarse en conductas exclusorias y conductas explotativas<sup>18</sup>. Esta resolución ha causado polémica, porque para algunos autores la ley solo se refiere a conductas exclusorias, a pesar de que no existía en ese entonces disposición expresa en este sentido y porque consideran que es el propio mercado el que debe solucionar los inconvenientes y abusos de posición de dominio que se presenten en el juego de la competencia, sin necesidad de que participe la autoridad competente para corregir los efectos negativos que afecten al consumidor.

La resolución aludida en principio estuvo arreglada a Derecho, además de tener un razonamiento legal y una riqueza conceptual acorde con las modernas tendencias del Derecho de la Competencia y la Economía.

En efecto, nuestra Constitución en su artículo 58 garantiza el derecho a la libre iniciativa privada, presupuesto esencial de la economía de mercado y el constitucionalismo económico y en este sentido se respetan y promueven las iniciativas empresariales y es obvio que todos los agentes tienen el derecho de fijar sus precios, sus condiciones de comercialización, sus márgenes, sus sistemas de mercadeo y distribución y demás prerrogativas que busquen eficiencia y rentabilidad en el negocio, pero es obvio que el ejercicio de estas libertades debe hacerse en concordancia con el marco legal, caso contrario es susceptible de que esta libre iniciativa privada pueda ser ejercida de manera abusiva bloqueando el mercado, presionando, pervirtiendo y destruyendo la sociedad de consumo y obstaculizando la libre competencia, dejando de lado las leyes de la oferta y demanda para reemplazarlas por la voluntad unilateral y arbitraria que termina afectando paradójicamente al consumidor que es quien precisamente da vida al mercado a través de sus actos de consumo.

Asimismo, el artículo 61 de la Constitución establece que el Estado combate toda práctica que limite la libre competencia y combate además el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Por lo tanto, existe consistencia en la resolución de la Sala cuando se señaló que al hablar de abuso de posición de dominio en el mercado, incluye conductas abusivas de exclusión y conductas abusivas explotativas, puesto que la Constitución no hace distinciones al

---

<sup>18</sup>Resolución 0225-2004 TDC/INDECOPI del 04 de junio de 2004 en denuncia de la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) y el Congresista Javier Diez Canseco contra las AFP

---

respecto y nadie puede hacer diferencias ahí donde la carta magna no las hace.

Además, la posición de dominio que obtiene una empresa, es en esencia un reconocimiento que le otorga el propio mercado a la iniciativa privada de aquellos agentes económicos que tienen determinadas condiciones, pero eso no significa una patente de corso para abusar y establecer prácticas de comercio explotativas, basadas en arbitrariedades, porque la arbitrariedad y el abuso es de suyo sancionable en cualquier sistema, máxime si se abusa del consumidor que es el protagonista del mercado, eso es un principio general que subyace en la esencia misma del Derecho y vigente en cualquier sistema jurídico.

Por otro lado, reconocer que las políticas de competencia incluyen las prácticas de abuso de posición de dominio explotativas y exclusorias, significa valorar la reiterada jurisprudencia comunitaria europea consolidada incluso en el Proyecto de Constitución de la Unión Europea y en la legislación de países europeos como Alemania y el Reino Unido<sup>19</sup>.

Por otra parte, el mercado es un proceso en permanente movimiento en el que interactúan las personas poniendo de manifiesto sus intereses, es decir una relación biunívoca entre proveedores y consumidores, cuyos intereses se expresan en los precios y en la aceptación de tales precios, lo que genera una mutua actuación que es la que otorga dinámica al mercado y la economía de mercado se desarrolla sobre la base de la libre elección de los consumidores y el Estado debe proveer las condiciones de institucionalidad y legalidad que haga posible el desarrollo económico, y en este sentido el Estado es responsable de establecer una estructura legal sólida, coherente y principista que garantice una economía eficiente, un desarrollo social pacífico y una asignación de recursos equitativa.

También tenemos, la despenalización de las conductas de abuso de poder económica, lo primero que es necesario analizar, es si esta modificación es pertinente en los actuales momentos de integración de mercados, donde la dinámica económica impone una serie de conductas lesivas a los bienes jurídicos tutelados por la dogmática penal.

Carneluti, expresaba que la regla fundamental de una norma es la simetría, es decir una relación adecuada que guarde equidistancia entre la prescripción legal y la realidad en la que opera la norma para garantía de sus destinatarios y del sistema jurídico en general. En este sentido, es preciso estudiar si la despenalización establecida responde a las nuevas tendencias del mercado, la circulación de mercancías, la transferencia de tecnología, la movilización de capitales, el influjo de las inversiones, la transfronterización de las relaciones comerciales, la integración y ampliación de los mercados, entre otros fenómenos que trae consigo la globalización económica.

Por otro lado, el nuevo orden económico internacional replantea también nuevos retos para dogmática penal en función de la economía moderna y de la redefinición del concepto de empresa, que va mas allá de la concepción clásica de sociedad mercantil; del mercado y de los intereses de los consumidores.

En efecto, esta ley ha derogado los artículos 232, 233 y 241 inciso 3 del Código Penal, hecho que merece ser comentado toda vez que se destipifica y por ende se despenaliza las conductas de abuso de poder económico que eventualmente pudieran tener efectos nocivos para la economía y que afecten los intereses de los consumidores y del sistema en general.

---

<sup>19</sup> Ley de Defensa de la Competencia Británica de 1998, prohíbe el abuso de posición de dominio en el mercado, sancionando los precios inequitativos y la limitación de la producción o el desarrollo tecnológico que perjudique a los consumidores.

---

También se despenaliza las conductas de acaparamiento que lesionan seriamente los intereses del público cuando hay una sustracción ilegítima de la producción para crear condiciones de comercialización artificiales y obviamente favorables a determinados comerciantes que lucran con las expectativas de los consumidores.

Concertación de posturas en la contratación pública. Se ha derogado también el artículo 242-3 que sancionaba a quienes concertaban entre sí con el objeto de alterar el precio, en los remates, licitaciones y concursos públicos.

Este es un tema que merece un comentario especial ya que no se ha tomado en consideración el hecho de que esta conducta es una modalidad de la concertación de precios sancionada por la Ley de Libre Competencia, cuya penalización responde al hecho de que se trata de actos de colusión y concertación de posturas en la contratación pública en los que no solo se lesiona el juego de la competencia, sino también los intereses del propio Estado en la medida que se afecta a su vez los fondos públicos porque a través de ellos se financian las compras del sector público, las cuales pueden ser seriamente afectadas con el manejo de los precios por parte de postores que concertan el precio entre sí para su beneficio.

En Chile, por ejemplo, la Fiscalía Nacional Económica acaba de fortalecer su equipo de trabajo, creando una comisión especial para perseguir los fraudes en las compras públicas a propósito de la concertación de posturas.

Paradójicamente la Ley deja en vigencia el artículo 234 sobre especulación en el que se establece una sanción para aquel que venda productos a precios superiores al precio oficial fijado por autoridad competente, cuando en el actual modelo económico no existe entidad que fije los precios.

Un tema que no puede pasar inadvertido es el plazo probatorio establecido en el Decreto Legislativo 1034, el cual creemos es demasiado largo y corre el riesgo de que se torne en ineficiente la aplicación de la ley, porque los fenómenos del mercado son dinámicos y requieren de respuestas y reacciones rápidas de la autoridad de competencia, para que serviría una decisión de cese de una conducta abusiva en el mercado, si ha pasado más de un año de su denuncia. Revisemos algunos casos de competencia iniciados con la ley anterior, es decir, el Decreto Legislativo 701 y podremos verificar que algunos aún están pendientes, entonces qué pasará con esta ley que tiene plazos más amplios, ojalá el Indecopi no dé respuestas tardías para el bien del mercado y de los consumidores que reclaman un rol más protagónico de la institución.

En conclusión, podemos decir que el funcionamiento competitivo de los mercados requiere una adecuada legislación de competencia para que haya eficiencia económica, y hoy es necesario una mayor vigilancia de los poderes públicos con el fin de que las fuerzas del mercado se desarrollen eficientemente y para que encuentren espacios suficientes para crecer en condiciones de igualdad y de auténticas condiciones de competencia efectiva, con un cuadro normativo, adecuado, que tenga en consideración los derechos de los consumidores.

Habrá que esperar cómo se comportan los agentes económicos en el mercado y cómo se aplicará e interpretará la Ley por parte de la autoridad competente en el futuro para saber si la legislación de competencia procura los objetivos trazados.

---

## APUNTES ACERCA DEL DERECHO AMBIENTAL

Millitza Franciskovic Ingunza\*

### Resumen

*En el siguiente trabajo académico la autora plantea como objeto de estudio, una línea aclarativa de carácter conceptual en relación con términos que generalmente son empleados de manera impropia, lo que causa la desnaturalización y confusión de nociones como: medio ambiente, ecosistema, desarrollo sostenible, ecología, etc. El análisis que desarrolla, responde a una valoración moderna que se tiene respecto a la funcionalidad que el derecho, como técnica social, debe cumplir. Es decir, que esta disciplina, por encontrarse condicionada a necesidades vitales de la sociedad se torna en imprescindible su conexión con la temática medioambiental. Por ello, en el siguiente artículo se ofrece una visión legalista detallada de su evolución con las diversas teorías que la integran conjuntamente con la legislación ambiental. Todos esos tópicos son examinados a la luz de los estándares internacionales que el ordenamiento jurídico ha reconocido hasta este momento.*

Sumario: 1. Introducción. 2. Medio ambiente. 3. Origen. 4. Definición. 5. Noción jurídica de medio ambiente. 6. Teorías. 7. Ecología. 8. Ecosistema. 9. Desarrollo sostenible. 10. Derecho del medio ambiente. 11. Sistema jurídico ambiental peruano.

### 1. Introducción

La copiosa literatura que hemos revisado sobre el medio ambiente nos conduce a sostener que resulta imprescindible iniciar este artículo con el examen de los conceptos que de carácter científico se emplean de manera indistinta en esta novísima disciplina del derecho, lo que nos permitirá ampliar nuestra visión acerca de la problemática ambiental a nivel mundial, y de esta manera entender la vinculación existente entre el medio ambiente y el derecho.

Lo primero que debemos tener en cuenta es que la vida en el planeta tierra solo fue posible como consecuencia de un largo y complejo proceso, y es por eso que examinaremos a continuación aquel espacio en donde es posible la vida, denominado biósfera.

La estructura del planeta tierra se encuentra integrada por una diversidad de capas como son: la atmósfera, la hidrósfera, la litósfera y la biósfera, es en ella donde solo es posible la existencia de los seres vivos (animales, plantas, incluyendo el hombre).

No hay acuerdo con respecto al origen de esta palabra, para unos estudiosos el primero en emplearla fue el naturalista francés J.B. Lamarck (1744-1829), para otros, introduce la expresión biósfera “esfera de vida” para designar la zona del planeta de varios kilómetros de espesor, donde se desarrolla el fenómeno vida, el geólogo ruso V. I. Verdaski (1863-1945).

Teilhard de Chardin sostiene que se trata de un “neologismo que necesitábamos por haber llegado a un nuevo estadio en el progreso de nuestro conocimiento científico y de nuestro poder material”<sup>1</sup>.

---

\* Abogada, magister y doctorada en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres. Catedrática de Derecho Ambiental en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres.

<sup>1</sup> Citado por Ruffolo Giorgio. “Revoir la Notio de Bienetre”, en: La Planete mise a sac. Le Monde Diplomatique. Maniere de voir e. París, Mayo de 1990, pp. 64.

---

Se define a la biósfera como aquella película de tierra, agua y aire que recubre el globo (o globo virtual) de nuestro planeta tierra, el único hábitat natural, el espacio que contiene ambientes biológicamente habitables, en el que se integran la atmósfera (el aire) donde lo viviente se extiende a varios kilómetros, la hidrósfera (aguas marítimas, lacustres y fluviales) en que llega a todas las profundidades y la litósfera (suelo y subsuelo) en cuyo interior solo alcanza unos metros.

La biósfera en cuanto su volumen tiene una dimensión finita, por eso los recursos que contiene tienen una existencia igualmente limitada, recursos de los cuales dependen las diversas especies de seres vivos para sobrevivir.

El funcionamiento de la biósfera la describiremos de la siguiente manera: en el exterior, una fuente de energía representada por la radiación solar (que recibe una cantidad finita); en el interior, la biomasa, donde se desarrollan los fenómenos del metabolismo, al término de los cuales algunos organismos nacen, otros mueren, unos se alimentan de otros formando cadenas alimentarias permanentes y el gigantesco ciclo biológico, cuya salida, materias y formas de energía pasan de un estado biológico a otro. Estos procesos biológicos se inician en realidad con el ciclo de energía solar, que constituye la verdadera fuente de vida de la tierra. A partir de la radiación solar, las plantas pueden realizar un proceso que es la fotosíntesis, transformando la materia inerte en materia orgánica y liberando oxígeno (ciclo de oxígeno). Este no solo sale de la vida (casi todo el oxígeno que existe en la atmósfera es de origen biológico), sino que al mismo tiempo mantiene la vida.

Los organismos vivos, incluido el hombre han aparecido en la tierra, se han desarrollado, reproducido, en una íntima relación con los elementos naturales tales como el agua, el aire, los suelos, pero también en una estrecha relación entre ellos.

Significa que la vida no es posible sin la existencia de los elementos bases que proporciona la naturaleza y, siendo el hombre un producto de la misma naturaleza y formando parte indisoluble de ella, su existencia depende de la naturaleza y todo su dominio que tiene sobre la naturaleza, consiste a diferencia de otros seres, en que es capaz de conocer sus leyes y de aplicarlas adecuadamente.

Entonces por más autosuficiencia que pueda creer tener o por más avanzada que sea su civilización depende enteramente de otras formas de vida, para su subsistencia, así se prevé de oxígeno que respira del aire aprovechando otros elementos esenciales.

## **2. Medio ambiente**

No es tan simple como se cree definir el medio ambiente, se han elaborado diversas definiciones, cada una de estas relacionadas con la materia que lo considera el objeto de su preocupación.

No podemos encasillarnos a plantear una definición de carácter jurídico sin antes desarrollar el origen de este término, su contenido y la regulación por el derecho.

## **3. Origen**

Tenemos que partir por señalar que medio ambiente es una expresión nueva y que recién ha sido incorporada al Diccionario de la Real Academia Española en el año de 1984 (20ª edición).

---

La palabra medio tenía el siguiente significado: el fluido material dentro del cual un sistema está inmerso y a través del cual se realizan los intercambios de materia y energía del mismo sistema con el exterior, y la palabra ambiente (de *ambies* o *ambientis*), significaba todo lo que rodea o cerca.

Si bien “medio ambiente” no son términos que tienen el mismo significado, al decir de Brañes: “La palabra medio se encontraba contenida en la palabra ambiente, presentando una redundancia muchas polémicas”<sup>2</sup>.

Este novísimo término nace hace dos décadas aproximadamente, y fue precisamente en Estocolmo, sede de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Humano donde se difunde esta expresión, para poder centrar toda la atención y preocupación no tanto en el medio humano (tema central) sino en el medio en general, encontrando en el “medio ambiente” una expresión en ese sentido.

Otros autores afirman que por razones de traducción del idioma inglés al español y por imprecisiones de carácter terminológico esta expresión comenzó a divulgarse, adquiriendo su uso una cierta legitimidad, tan es así, que el Diccionario de la Real Academia Española la incorpora definiéndola en este sentido: “Conjunto de circunstancias físicas que rodean a los seres vivos y, por extensión el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas, sociales, que rodean a las personas”.

Algunos autores han optado por descartar la expresión “medio ambiente” y únicamente se refieren al “ambiente” y tal como afirma Caillaux, “esta expresión ha quedado superada y simplificada por la palabra ambiente en razón de evitar una evidente repetición inútil del mismo concepto”<sup>3</sup>.

Sin embargo, debo de advertir que en este trabajo se empleará el término “medio ambiente” para evitar una confusión y además porque consideramos que independientemente de las discusiones de carácter terminológica del mismo, es la expresión que más se emplea y de mayor divulgación.

#### 4. Definición

Vera Esquivel refiere “que tradicionalmente el Medio Ambiente ha sido definido como el lugar donde el hombre y los demás seres vivos se desenvuelven”<sup>4</sup>.

Y según Michel Batisse “el Medio Ambiente es todo lo que rodea a la persona ya sea artificial o natural”<sup>5</sup>.

Entonces con estas ideas limitaríamos el contenido del medio ambiente al espacio o lugar donde viven los organismos vivos, por ende donde vive el hombre.

Otra definición que nos permitirá ampliar su contenido es la que nos proporciona el tratadista argentino Guillermo Cano: “Al entorno, esto es, el medio donde el hombre existe (...), lo integran diversos elementos. La Mayor parte son físicos: la tierra, suelo, atmósfera y el espacio ultraterreno, las aguas, la flora, la fauna, las minas; los recursos naturales en suma. Otros elementos son inmateriales (el ruido por ejemplo) o, de creación humana. Estos últimos derivan de la transformación de aquellos (producción industrial, agrícola, forestal, etc.) o consisten en fenómenos sociológicos (aglomeraciones urbanas, etc.)”<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> BRAÑES, Raúl. Derecho Ambiental Mexicano. Universo Veintiuno, México 1987, pág. 25.

<sup>3</sup> CAILLAUX ZAZZALI, Jorge. Reflexiones a propósito del Derecho Ambiental. En Themis. Revista de Derecho. 2da. Época. Nro. 12, Lima, 1988, pp. 28-32.

<sup>4</sup> VERA ESQUIVEL, Jesús Germán. El Nuevo Derecho Internacional del Medio Ambiente. Fundación Academia Diplomática del Perú. Lima, 1991, pp. 15.

<sup>5</sup> BATISSE, Michael. Nuestra Casa Azul. En: El Correo de la UNESCO. Paris, Noviembre, 1990, pp. 47.

<sup>6</sup> Cano, Guillermo J. Derecho Política y Administración Ambiental. De Palma. Buenos Aires, 1978, pp. 35.

---

Esta definición nos permite ampliar el contenido de nuestra materia en desarrollo, así pues, nos conduce a sostener que además de ser el espacio donde viven los seres vivos, el concepto de “medio ambiente” también comprende a todos los elementos que lo integran que no son puramente naturales, sino que abarca también, los elementos de carácter artificial y los de creación humana.

El medio ambiente sería el lugar o el espacio en donde viven los seres vivos, compuesto por elementos naturales, artificiales y de creación humana.

Esta definición concuerda con la planteada por Pérez Luño: “La expresión ambiente tiene un sentido multívoco” y a la vez nos permite elaborar las clases de ambiente según los elementos que lo componen. Así se habla de ambiente físico o natural, integrado por la biósfera, que equivale al conjunto de recursos naturales (elementos y procesos) y los ecosistemas producto de la interacción de seres vivos y el medio. También se considera el ambiente cultural formado por ellos espacios cerrados, construidos por el hombre, las manufacturas o productos si son físicos y las instituciones si son inmateriales; por último integra el ambiente el resto de la humanidad”<sup>7</sup>.

En el medio ambiente considerado como un sistema, es el concepto que en la actualidad goza de mayor aceptación a nivel mundial, teniendo a las Naciones Unidas como su principal exponente.

Von Bertalanffy posiblemente fue el primero en desarrollar esta idea<sup>8</sup>, pero quien la plasma y consolida para efecto de permitirle delimitar el objeto del derecho ambiental y entender su desarrollo es el tratadista mexicano Raúl Brañes, (uno de los principales exponentes en materia ambiental). Al respecto Brañes considera que; “el ambiente debe ser entendido como un sistema, vale decir, como un conjunto de elementos que interactúan entre sí, pero con la precisión de que estas interacciones provocan la aparición de nuevas propiedades globales, no inherentes a los elementos aislados que constituyen el sistema”<sup>9</sup>.

Para comprender del todo este concepto, comenzaré por afirmar que las relaciones de los organismos vivos, incluido el hombre con los elementos naturales (agua, aire y suelo) han permitido su existencia, su desarrollo, su reproducción, y su continuidad de la vida en el planeta. Estas relaciones se manifiestan a la manera de un sistema, vale decir a un funcionamiento conjunto o equilibrado de los elementos bióticos (vivos; microbios, vegetales, animales) y abióticos (no vivos; formada por elementos naturales; agua, oxígeno, anhídrido carbónico), materia orgánica, subproductos y otros factores físicos; radiación solar, clima, vientos, etc., sin lo cual la existencia de la vida y su continuidad no sería posible, es decir, que solo habrá vida en la medida en que se dé y se mantenga este equilibrio ecológico.

Si a la palabra ambiente tenemos que asociarlo con todos los sistemas posibles de vida, integrando por supuesto, por los organismos vivos y a su vez estos organismos vivos se presentarán como sistemas, quiere decir que la palabra ambiente designará todos los ambientes de los sistemas de organismos vivos en general.

Una manera más sencilla de explicar esta complicada idea es la siguiente: el ambiente de un sistema e organismo vivo, (puesto que los sistemas de vida sobre el planeta son numerosos y variados), cualquiera fuera, no consiste en el conjunto de elementos (naturales, artificiales, etc.) que lo rodea, o en el

---

<sup>7</sup>Citado por Figallo Adrianzén, Guillermo. Derecho Ambiental en la Constitución Peruana. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Diciembre, 1988, pp. 195.

<sup>8</sup>Bertalanffy, Ludwig von. Teoría General de los Sistemas, Fundamentos, Desarrollo, Aplicaciones. FCE. MÉXICO 1976. Pág. 79.

<sup>9</sup>Brañes, Raúl. Ob. Cit. Pág. 32.

---

espacio circundante o en el “resto del universo” que está en sus cercanías, sino más propiamente viene a ser las interacciones o relaciones que ese sistema de organismo vivo tiene con el “resto del universo”, que está en sus cercanías, es decir, aquellas variables que integran ese resto del universo y que intervienen de manera significativa en las interacciones o relaciones que se dan entre el sistema de organismo vivo y tal resto del universo.

Un ejemplo que clarifica este planteamiento es el que recogemos de Brañes, si se trata de un sistema humano compuesto por una persona, su ambiente estaría integrado por aquellas variables (que integran ese resto del universo) físico-químicas, biológicas, sociales, etc., que interactúan o que se relacionan con esa persona, pero estas variables pueden a su vez interactuar o relacionarse con otras que constituyan el ambiente de otro sistema de organismo vivo y que no influya de manera directa sobre el sistema humano, sino indirectamente.

En consecuencia define el ambiente teniendo en cuenta el conjunto de sistemas que tienen que ver con todas las formas de vida posible.

Con esta concepción de ambiente tenemos que advertir que no solo la palabra ambiente designa al ambiente humano, sino a todos los ambientes posibles de los sistemas de organismos vivos en general.

Una concepción amplia del ambiente es aquella que considera al medio ambiente como la suma de todos los factores que rodea a un organismo, esto significa que, ningún ser vivo puede ser aislado de los demás, sino que necesita de otros organismos y de los componentes del ambiente para obtener materia y energía necesarios para realizar sus funciones y poder vivir.

De allí que, National Environment Policy Act, plantea un concepto del ambiente en ese sentido “el conjunto de factores físicos, sociales, culturales, económicos y estéticos que afectan al hombre y a las comunidades, que determinan su forma, carácter, relación y supervivencia natural”.

El profesor Figallo Adrianzén sostiene que “el ambiente es un concepto genérico que comprende todos los factores y fuerza externas a los que responde efectiva o potencialmente un organismo”<sup>10</sup>.

En suma, el medio ambiente vendría a ser el lugar o espacio donde existen, se desarrollan y reproducen los seres vivos (incluido el hombre) conformado por elementos no puramente naturales (tierra-suelo, atmósfera, las aguas, la flora, la fauna, etc.) sino también de carácter artificial, cultural, estético, o sensorial (industrias, manufacturas, ciudades, producción agrícola, farmacéutica, desperdicios, el ruido, los olores, vibraciones) que se relacionan o interactúan entre sí, y que hacen posible el desarrollo de la vida en todas sus formas, organizados a la manera de un sistema (ecosistema), para mantener un desenvolvimiento equilibrado de la vida (equilibrio ecológico) en el planeta tierra.

Es imprescindible advertir que el concepto de medio ambiente no es el mismo que se tenía hace 30 años aproximadamente, este ha ido evolucionando, debido a la realidad imperante que vive el mundo.

No podemos dejar de mencionar en que consiste esa evolución del concepto de medio ambiente y al respecto Rivero Ysern señala que se limitaba a considerar principalmente los problemas de la contaminación atmosférica, hídrica o del suelo, la eliminación de desechos sólidos o la contaminación acústica<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup>Figallo Adrianzén Guillermo. Derecho Ambiental en la Constitución Peruana. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Diciembre de 1988, pp. 196.

<sup>11</sup>Citado en Leme Machado, Paulo. Derecho Ambiental Brasileiro. De. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1982, pp. 88



---

Fue a raíz de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Estocolmo 1972) que el concepto de medio ambiente comprende a los problemas de carácter social del hombre, tales como el hambre, la pobreza, las enfermedades, las carencias de medidas sanitarias básicas.

De la definición elaborada y de todo lo expresado, podemos concluir que el medio ambiente constituye un “todo” es decir, debe ser contemplado en su globalidad, (visión adoptada en conferencias internacionales, 1972), pues la naturaleza se afirma como una unidad en la que todos los sectores están íntimamente relacionados entre sí y el hombre que es parte integrante de la naturaleza y a la vez la modifica, es criatura y creador de nuevas formas de vida.

Se han dado diversas connotaciones a la palabra medio ambiente, pero por razones obvias nos compete desarrollar la noción jurídica del medio ambiente.

### **5. Noción Jurídica de medio ambiente**

Los autores, en especial Martín Mateo, coinciden en sostener que la primera noción jurídica del medio ambiente fue elaborada por Massimo Giannini, teniendo en cuenta su evolución histórica y la situación actual de la normatividad, de esa manera plantea tres versiones del concepto de ambiente; la primera que toma en cuenta el aspecto de los bienes ambientales, paisajísticos, como bienes públicos objeto de conservación, es decir, el ambiente en cuanto conservación del paisaje incluyendo tanto las bellezas naturales como los centros históricos, segundo; el ambiente en cuanto normativa relacionada con la defensa del suelo, del aire y del agua (contra los actos que constituyen agresión al ambiente de la mutua agresión entre el hombre y la naturaleza) y tercero; urbanística (ambiente es objeto de planificación territorial)<sup>12</sup>.

Posteriormente Giannini elabora un concepto que deja al margen los planteamientos de carácter sectorial “como ámbito físico de diversas acciones humanas en el cual subsisten sistemas de equilibrio que pueden ser modificados pero solo a costa de reconstruir otros sistemas”<sup>13</sup>.

Incide en el sentido de que este concepto reduce a dos las estrategias jurídicas, una dirigida a la gestión del territorio que encaja dentro de la normativa urbanística y la otra; a la gestión de los elementos del ambiente.

### **6. Teorías sobre el medio ambiente**

Las corrientes que sobre el medio ambiente se han formado, orientadas a promover una legislación ambiental acorde con sus planteamientos son dos: desarrollista y ambientalista

#### **Desarrollista.**

Para esta corriente el interés máximo de la legislación ambiental debe estar basado en la protección de la vida del hombre, y por ende de la naturaleza pero en tanto esta influya o se relacione con el bienestar o la vida del ser humano. Las normas ambientales que reflejan esta concepción son justamente aquellas que tienen que ver con la contaminación del aire, de las aguas, alimentos, los ruidos, destino de los desechos, etc., en la medida que estos factores puedan afectar la calidad de vida del hombre e incluso su vida misma.

---

<sup>12</sup>Citado en Leme Machado, Paulo. Derecho Ambiental Brasileiro. De. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1982.

<sup>13</sup>Martín Mateo, Ramón. Derecho Ambiental. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1977. Pág. 58.

---

Como ejemplo de esta corriente citaremos a la Legislación Cubana de 1981, la cual, define al Medio Ambiente como “el sistema de elementos abióticos, bióticos y socio económicos con el que interactúa el hombre, a la vez que se adapta al mismo, lo transforma y lo utiliza para satisfacer sus necesidades”<sup>14</sup>.

Esta corriente plantea una visión antropocéntrica, es decir, conduce a que la protección del ambiente se concentre exclusivamente en aquel que concierne al ser humano.

### **Ambientalista**

La corriente ambientalista está orientada a la protección y conservación del entorno, sin condicionamientos previos, cambiando notoriamente la concepción que sobre ambiente se tenía. Empiezan a crearse normas que bajo principios ecológicos (fue en la Conferencia de Estocolmo donde se elaboran los principios ecológicos) protegen el ambiente considerando que ambiente también son las condiciones sociales, económicas, la vivienda, la educación, la pobreza, el hambre.

Surge así una legislación ambiental, como la mexicana, donde el bien jurídico protegido es la naturaleza, ya no en función necesaria con el hombre sino por sí misma, por su valor intrínseco.

### **7. Ecología**

La palabra ecología proviene de la expresión griega *oikos* (hogar, casa, patrimonio) y *logos* (estudio, tratado, ciencia), literalmente vendría a ser el estudio de la casa de la naturaleza.

E.P. Odum manifiesta que con frecuencia se emplea de manera errónea la palabra ecología como sinónimo de medio ambiente<sup>15</sup>.

Por ello, antes de desarrollar el tema que nos concierne a profundidad, considero imprescindible citar una definición que se ha elaborado sobre ecología, la misma que nos permitirá aproximarnos a su contenido.

Brack Egg la conceptúa “como aquella ciencia que se ocupa de las relaciones de los organismos en su medio, cuyo objetivo ideal es definir y estudiar el conjunto de interacciones que se producen sobre nuestro planeta entre todos los animales, incluido el hombre, los vegetales y los medios que ellos habitan”<sup>16</sup>.

Evidencia su preocupación por las interrelaciones de los organismos vivos y el medio que los circunda.

La palabra ecología fue empleada por vez primera por el biólogo alemán Ernst Haeckel en el año de 1869, para designar al conjunto de conocimientos referentes a la economía de la naturaleza, la investigación de todas las relaciones del animal tanto en su medio orgánico como inorgánico.

El concepto de ecología ha ido evolucionando, tradicionalmente se ha definido a la ecología como aquella ciencia que trata de las interrelaciones de los seres vivos con su medio ambiente biótico y abiótico.

La ecología es considerada por Margalef como una ciencia de síntesis, elaborando su pensamiento desde la siguiente perspectiva: “La ecología se ha desarrollado al revés de otras ciencias. Mientras el normal progreso de cualquier disciplina consiste en una paulatina diversificación de las materias, conducente a la especialización, la ecología por el contrario, ha ido combinando conocimientos científicos, para formar con ello un cuerpo

---

<sup>14</sup>Citado en: Minería y Medio Ambiente. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Lima, 1992

<sup>15</sup>Odum, Howard. Ambiente, Energía y Sociedad. Blume, Barcelona, 1980, pp. 27.

<sup>16</sup>Brack Egg, Antonio. Ecología de un país complejo. En: Manfer-Juan Mejía Baca, (Coed). Gran Geografía del Perú. Naturaleza y Hambre. Tercera Edición. Volumen I. México, 1988.

---

unificado de doctrina”<sup>17</sup>. Estos conocimientos científicos se han ido formando en la botánica, la zoología, la climatología, la geografía, física, la oceanografía, etc. Por otra parte, la agricultura, la ganadería y la explotación de la caza, de la pesca y de los bosques han contribuido mucho a la ecología.

En el proceso de evolución, inicialmente la preocupación por la ecología corresponde al campo de las ciencias naturales, en cuanto explicación científica de determinados comportamientos naturales. Es en este contexto que a la ecología se la relaciona con la biología de grupos de organismos y con los procesos dinámicos e interactivos de estos entre sí y de todos ellos con sus entornos físicos, por lo que se la concibe como el estudio de la estructura y función de la naturaleza. El medio global constituye la biósfera como parte de la tierra donde es factible la vida en virtud de los ciclos generales de energía y de los procesos químicos que en ella se concitan. Ahora bien la ecología permite explicar el comportamiento de sistemas naturales a otras escalas más reducidas partiendo siempre de un equilibrio dinámico en cuanto que el medio no solo condiciona las formas de vida, sino que es a su vez influido por estas; así por ejemplo un árbol toma de la tierra y de la atmósfera los elementos necesarios para la creación de materia orgánica, pero a su vez devuelve al medio otros elementos imprescindibles para que el ciclo continúe.

En este estadio, la definición de ecología se reduce a un enfoque exclusivamente biológico, pudiendo afirmar que la ecología, como ciencia, estudia las relaciones de todos los organismos vivos entre sí con el medio orgánico u orgánico que los rodea.

Posteriormente, la ecología va a ser objeto de preocupación por parte de las ciencias sociales cuando “se pone de relieve que el hombre al actuar intelectivamente puede quebrar los mecanismos de preservación natural de los ecosistemas desconociendo las consecuencias inevitables de las leyes ecológicas. Al intervenir en las relaciones establecida en la naturaleza, carga los mecanismos de transporte del aire y de las aguas con desperdicios y subproductos que van a afectar los subsistemas ecológicos y a las cadenas de nutrientes”. Edmunds y Letey<sup>18</sup>.

Son varios los autores que sostienen que desde que se encuentra el hombre en la tierra, ha provocado desajustes en el funcionamiento equilibrado de los sistemas naturales (equilibrio ecológico) por ejemplo los desiertos creados hace ya muchos siglos por prácticas agrícolas inapropiadas. Sin embargo, considero demasiado injusto cargar toda la responsabilidad en el hombre, ya que la propia naturaleza también ha contribuido con estos desajustes, por ejemplo a través de las catástrofes y otros fenómenos naturales.

Las relaciones entre ecología y las ciencias sociales aparecen así de claras.

Siendo el hombre un componente de la naturaleza a los que puede influir y alterar es necesario condicionar conductas individuales y sociales para evitar la introducción en el medio de perturbaciones a la lógica ecológica natural. La realidad ha demostrado que la distorsión por obra del hombre de los mecanismos naturales conduce al caos ecológico, por lo tanto como quiera que tales disfunciones no son fruto de fenómenos naturales espontáneos, sino que han sido provocadas por decisiones del intelecto del hombre hacia el orden natural, corresponde a las ciencias sociales analizar de cara a los dictados ecológicos cuales son las conductas que deben ser prohibidas y las actividades que deben compatibilizarse con los imperativos de equilibrio de determinados sistemas naturales.

---

<sup>17</sup>Citado en Serrano Perez, Wladimir. Ecología y Derecho. Feso Impresión Artes Gráficas Senal. Quito, 1988, pp. 175.

<sup>18</sup>Citado en Martin Mateo, Ramón. Op. Cit., pp. 138.

---

Como conclusión, podemos señalar que el concepto de ecología ha evolucionado del campo biológico, hacia un aspecto multidisciplinario (ciencia de síntesis).

Al respecto, cabe añadir que actualmente se postula a la ecología como una disciplina interdisciplinaria o bidimensional cuyo objeto es de un lado, el ambiente físico que constituye el soporte de la vida y de otro, las relaciones y procesos dinámicos de interacción entre el medio físico y los organismos vivos a los que sirve de soporte. Queda delimitada como la ciencia de los sistemas cuya complejidad abarca desde el nivel molecular hasta los ecosistemas.

### **8. Ecosistema**

Son varias las definiciones que se han elaborado sobre el ecosistema. La primera idea de ecosistema la recogemos de Odum, “como la unidad de estudio de la ecología, que representa un complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional”<sup>19</sup>.

Nos aproximamos a la noción de un ecosistema como una unidad funcional, dicha unidad consiste en que las especies no pueden vivir aisladas sino con otras especies en estricta interdependencia entre sí y con el ambiente.

Reafirma lo expuesto J.D. Ovington “En general, los ecosistemas contienen diversidad de organismos vivos, y estos organismos exhiben en sus procesos biológicos una compleja pauta de interdependencia e interacción mutua y con su ambiente”<sup>20</sup>.

Por otro lado, cabe sostener, que frente a los eventuales trastornos que sufre la naturaleza, los ecosistemas llevan implícitos elementos autorreguladores que dan lugar al equilibrio de la misma naturaleza, incrementando la resistencia a los cambios rápidos debidos a causas naturales, por medio de la oposición apropiada entre procesos que se protegen mutuamente.

Los ecosistemas raramente son estáticos: sus fronteras están sujetas a cambios y pueden variar progresivamente con el paso de los años. Podemos entonces considerar también a los ecosistemas “como unidades básicas de gestión para fines de desarrollo”<sup>21</sup>; es decir, los ecosistemas funcionan como unidades biológicas integradas por procesos dinámicos como son: la producción, la degradación orgánica, el flujo de energía, la circulación de nutrientes y el movimiento del agua.

La gestión del ecosistema supone los cambios que se producen en la productividad ecológica, la naturaleza y magnitud de los procesos dinámicos que acabamos de enunciar.

El método más común de gestión del ecosistema que el hombre realiza es cambiar las especies de seres vivos presentes, así por ejemplo en la agricultura y silvicultura, supone la completa sustitución de la flora y fauna naturales por especies exóticas seleccionadas y criadas por su capacidad para producir materiales valiosos para el hombre.

Prácticamente todos los ecosistemas han sido modificados por el hombre, ya sea de forma deliberada o accidental.

Otra técnica de gestión consiste en cambiar las condiciones ecológicas, con el auxilio de la tecnología moderna que ha puesto a disposición del hombre gran variedad de nuevos métodos; entre ellos se incluye el empleo masivo de productos químicos como fertilizantes, insecticidas y herbicidas, la

---

<sup>19</sup>Citado en Martín Mateo, Ramón. Op. Cit., pp. 138.

<sup>20</sup>Citado por Leme Machado, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. Editora Revista dos Tribunais. Sao Paulo, 1982, pp. 29.

<sup>21</sup>Citado en Leme Machado, Op. Cit., pp. 45.

---

modificación del clima mediante las zonas protegidas, la manipulación de los recursos hídricos debido a la desecación, irrigación o inundación y los tratamientos a los que se somete el suelo, como el arado pueden lograrse hoy día gracias a la mecanización. Entonces a través de la tecnología el hombre ha adquirido una inmensa capacidad para modificar masiva y rápidamente los ecosistemas.

Cabe añadir a este respecto que el desarrollo y el cambio no son intrínsecamente malos, el hombre ha tenido éxito notable a la hora de desarrollar sistemas de gestión que han creado sistemas artificiales capaces de producir las cantidades masivas de bienes y la variedad de servicios que exigen las civilizaciones modernas. Algunos ecosistemas artificiales son considerados de gran valor desde el punto de vista de la conservación, debido al número y la variedad de organismos que mantiene por su interés estético y cultural.

Por último una definición que aclara y resume el contenido de un ecosistema es la que nos proporcionan Nava, Armijo y Gasto.

“Ecosistema es un conjunto de componentes bióticos (vivos) y abióticos (inertes) conectados o relacionados de tal manera que constituyen un todo. La conexión entre los componentes bióticos y abióticos, implica transferencia de materia, energía e información. La transferencia de materia y energía se manifiestan por ejemplo en el flujo de energía solar a través de las plantas, los herbívoros, los carnívoros y los descomponedores. Pero no sucede lo mismo con la transferencia de información, que es un concepto complicado. La transferencia de información se entiende aquí, como el orden u organización de la materia y la energía en el ecosistema. Un ejemplo de transferencia de información entre los componentes de un ecosistema es el intercambio genético entre hombres de una misma especie”<sup>22</sup>.

De una manera simple podemos señalar que un ecosistema viene a ser toda comunidad de seres vivos vinculados íntimamente con otros seres vivos y con su medio ambiente no viviente en situación de interdependencia, actuando recíprocamente entre sí, constituyendo una unidad biológica y procurando un equilibrio dinámico.

## **9. Desarrollo sostenible**

Una primera interrogante que nos planteamos para poder comprender el concepto de esta expresión es la siguiente: ¿puede ser compatible la conservación de la naturaleza con el desarrollo científico y tecnológico de un país?

Antes de responder esta pregunta, considero necesario comenzar por dar la definición de ambos conceptos.

La conservación implica según La Estrategia Mundial para la Conservación: “La gestión de la utilización de la biósfera por el ser humano, de tal suerte que produzca el Mayor y sostenido beneficio para las generaciones actuales, pero que mantenga su potencialidad para satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones futuras”<sup>23</sup>.

Y al desarrollo, puede conceptuarse como, “la modificación de la biósfera y la aplicación de los recursos humanos financieros, vivos e inanimados en aras de la satisfacción de las necesidades humanas y para la mejora de la calidad de la vida del hombre”<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup>R. Nava, R. Armijo Y J. Gasto. Ecosistema, La Unidad de la Naturaleza y el Hombre. Universidad Autónoma Agraria Antonio Narro, Serie de Recursos Naturales, Saltillo, México, 1979.

<sup>23</sup>Vega Torres, Juan Pablo. Medio Ambiente.- Problemática Internacional. Academia Diplomática del Perú. Lima, 1991, pp. 48.

<sup>24</sup>Vega Torres, Juan Pablo. Ob. Cit. Pág. 49.

---

El concepto de ecodesarrollo desde su aparición ha sufrido una evolución, modificándose su contenido. Algunos autores sostienen que el concepto moderno es el de desarrollo sustentable (al que nos referiremos posteriormente).

Para José Furiati, existen numerosos antecesores del ecodesarrollo (no en el significado actual), comenzando por los griegos, sobre todo Platón, siguiendo con los utopistas de la Edad Media, como Campanella, hasta llegar a los socialistas utópicos (Saint Simon, Proudhon, Fourier)<sup>25</sup>, pero en realidad la expresión ecodesarrollo se emplea por primera vez en la Conferencia sobre Medio Humano llevada a cabo en Estocolmo en el año de 1972, y fue Maurice Strong, el Secretario General de la Conferencia el que la usó para designar una estrategia de desarrollo especialmente aplicable a los países del tercer mundo, que postulaba un estilo de desarrollo ecológicamente viable.

Al inicio se conceptuaba el ecodesarrollo como una estrategia de desarrollo basada en el uso adecuado de los recursos y las tecnologías de las zonas rurales aisladas de tercer mundo. Se trataba de asegurar a los habitantes un nivel de vida digno, sin que por esto implicase agotar los recursos naturales ni comprometer a las generaciones futuras.

Las características más importantes que se pueden mencionar del ecodesarrollo son las siguientes:

- En el ecodesarrollo los esfuerzos debían dirigirse al aprovechamiento de recursos naturales propios de cada región, es decir, aprovechar al máximo las potencialidades de cada lugar.
- El manejo de los recursos naturales se debía hacer pensando en el futuro, en las generaciones venideras.
- Los métodos y procedimientos deberían impedir las consecuencias negativas de las actividades humanas en el ambiente.
- La planificación y administración ambiental estarían orientados a procurar las mejores condiciones económicas de bienestar para el hombre, debido a que era considerado el recurso más valioso.

Posteriormente, la idea de ecodesarrollo fue sometida a un análisis, elaborando interpretaciones más amplias sobre su contenido; es en sentido que su principal exponente, Ignacy Sachs lo define<sup>26</sup>: “El ecodesarrollo no es una doctrina, menos aún un conjunto de prescripciones rígidas; se trata de una herramienta heurística (arte de inventar) que permite al planificador o al tomador de decisiones, abordar la problemática del desarrollo en una perspectiva más amplia, mediante una apertura hacia la ecología natural y la ecología cultural (...) el ecodesarrollo es un desarrollo de las poblaciones por sí mismas utilizando lo mejor posible los recursos naturales, y adaptándose a un Medio Ambiente que transforman sin destruirlo”.

Por otro lado, el ecodesarrollo, comprende también la necesidad de formar y organizar a la población para que valoren los recursos propios de sus ecosistemas para la satisfacción de sus necesidades.

Cabe referirme a que el desarrollo tecnológico y científico de un país sería incompatible con el medio ambiente y su conservación si es mal empleado, es decir, fomentando su desarrollo sin un uso sostenido de los recursos naturales.

---

<sup>25</sup>Furiati, José. “La crisis energética conduce al ecodesarrollo”; en: Nueva Sociedad, 1987. Caracas, 1987. Pág. 95.

<sup>26</sup>Sachs, Ignacy. Ambientes y Estilos de Desarrollo. En Comercio exterior. Banco Nacional de Comercio Exterior, S.N.C., Vol. 24, Nro. 4, México, 1978, pp. 360.

---

El momento en que conservación y desarrollo dejan de ser conceptos antagónicos, es aquel, en que se emplea la tecnología en relación directa con la preservación de los recursos, es decir, propende al desarrollo tecnológico y científico pero actuando sobre la base de criterios de conservación del ambiente, logrando de esa manera conciliar el desarrollo y la conservación.

Existe, un concepto que no es muy diferente al de ecodesarrollo, ni mucho menos se contraponen, el cual fue acuñado igualmente en la Conferencia de Estocolmo, el concepto de desarrollo sostenido (sostenible, sustentable o duradero).

Algunos sostienen que el ecodesarrollo es el antecesor del concepto del desarrollo sustentable que es fundamentalmente un concepto de carácter político y económico<sup>27</sup>.

Es en el informe denominado "Nuestro futuro común" presentado por la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CNMAD) en 1987 (del cual trataremos en extenso en un capítulo posterior) que se le definió como "el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades"<sup>28</sup>.

Para llevar a la práctica las recomendaciones de "Nuestro Futuro Común" se elaboró un trabajo que presenta la característica de ser un proyecto piloto (1990-2000) para Latinoamérica y el Caribe, referido al cambio de las instituciones y las leyes para el logro del desarrollo sostenible y la conservación del ambiente.

Se afirma en el Informe Brundtland: "El desarrollo sostenible es un proceso integral en el cual las políticas económicas, fiscales, comerciales, energéticas, agrícolas, e industriales se diseñan con miras a lograr un desarrollo que incida en mejorar la calidad de vida y condiciones de vida humana y que sea al mismo tiempo económica, social y ambientalmente equilibrada. Es decir, que los niveles de consumo actuales no se financien incurriendo en deudas económicas que otros tendrán que reembolsar en el futuro, ni legar una deuda social y ambiental a las generaciones futuras".

Jorge Caillaux manifiesta que el carácter político de este concepto supone "una meta de justicia social innegable, pues no habrá desarrollo realmente sustentable sin la participación de todos los grupos sociales en la renta que producen los recursos naturales y en la conservación de los procesos ecológicos que garantizan su uso continuado en el tiempo.

El desarrollo sustentable, supone la eliminación de los niveles extremos de pobreza que enfrenta más de media humanidad, en tanto la llamada contaminación de la pobreza es causa y efecto del deterioro de los ecosistemas urbanos y rurales, y genera niveles de vida inaceptables a las puertas del siglo XXI<sup>29</sup>. La idea de desarrollo sustentable va más allá de lo puramente ambiental, es decir, comprende el planteamiento sobre las desigualdades que existen entre los países desarrollados y los no desarrollados o los del tercer mundo.

En resumen tanto la protección del medio ambiente como la conservación de la naturaleza y el desarrollo económico deben mantenerse estrechamente relacionados, pues solo de esa manera se logrará alcanzar un desarrollo sustentable en el cual la calidad de vida del hombre y sus posibilidades de alcanzar mejores niveles de vida se mantengan constantes a lo largo del tiempo.

---

<sup>27</sup> Caillaux Zazzali, Jorge. Las Políticas Nacionales frente al Medio Ambiente. El Código del Medio Ambiente. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Lima, 1990, pp. 201.

<sup>28</sup> Comisión Mundial del Medio Ambiente y el Desarrollo. Nuestro Futuro Común. Alianza Editorial Colombiana. Colegio Verde de Villa de Leyva. Bogotá, 1988.

<sup>29</sup> Caillaux Zazzali Jorge. Op. Cit., pp. 204.

## 10. Derecho del medio ambiente

Son dos las interrogantes que nos planteamos. La primera: ¿cuándo nace el Derecho del Medio Ambiente?; y la otra: ¿Qué es el Derecho del Medio Ambiente?

Antes de desarrollar estas interrogantes tenemos que advertir que la doctrina no es unánime en sostener la novedad de esta rama del derecho.

Algunos tratadistas desconocen su autonomía, tal es el caso de Andalúz, que basándose en consideraciones puramente sistemáticas sostiene que:

“...derecho ambiental no es un derecho nuevo, no es sino, la organización de elementos jurídicos de otras ramas del derecho, como podrían ser derecho agrario, minero, de aguas, etc., que son muy antiguas y que en consecuencia no se puede conceptualizar como nuevo al derecho ambiental”<sup>30</sup>.

Pero como bien lo señala Vera Esquivel<sup>31</sup> “...el sentido de nuevo no debe entenderse en oposición a un antiguo derecho, sino que su desarrollo es de muy reciente iniciación”.

Complementando esta idea, Gross Espiell afirma que es: “nuevo derecho” porque su declaración o reconocimiento jurídico, independiente o autónomo, es el resultado, como lo es de todos los “nuevos derechos” de las cambiantes y renovadas necesidades humanas que surgen en el devenir histórico, de las modificaciones en el entorno natural, político, social, económico y cultural en medio del cual el hombre vive”.

Nosotros nos inclinamos por reconocer al derecho del medio ambiente como una rama que posee autonomía y novedad en la materia de su estudio y es en ese sentido que se enfocará nuestra investigación.

En primer lugar, debemos entender que la preocupación por el medio ambiente es muy antigua y por ello para identificar el contenido de esta rama del derecho, será necesario desarrollar el tema de la relación sociedad-naturaleza, la que nos permitirá apreciar las diversas formas que ha tenido el hombre de relacionarse con su entorno, durante los diversos estadios de su evolución.

Es desde esta óptica que el jurista colombiano Wilches Chaux describe a su entender la evolución del derecho ambiental.

Distinguiendo las siguientes etapas:

### **Etapas primitiva - hombre primitivo:**

Comienzos de la sociedad humana, la relación hombre naturaleza se identifica en un todo con las relaciones preestablecidas. La metodología primitiva comprendía las diferentes especies animales y vegetales con deidades dotadas de poderes mágicos y constantemente invocaban su presencia en ritos y dibujos. En este carácter mágico y sagrado que los primitivos hombres le otorgaban a los animales y a las plantas, tuvo su origen muy remoto la legislación ecológica.

Y tal como lo manifiesta Cassirer “lo que caracteriza a la mentalidad primitiva no es su lógica sino su sentimiento general de la vida”.

Vivían pues, en una relación de armonía los hombres con la naturaleza, llegando al extremo de confundirse con ella.

### **Etapas intermedia:**

Cuando empiezan a aparecer las primeras comunidades organizadas (Egipto, Grecia, Roma) el papel de la sociedad humana, frente a la naturaleza, cambia

<sup>30</sup> Andalúz Antonio. Derecho Ambiental. Propuestas y Ensayos. Lima: PROTERRA, Lima, 1990.

<sup>31</sup> Vera Esquivel, Jesús Germán. Ob. Cit. Pág. 61.



---

sustantivamente. A pesar de que estos imperios estuvieron organizados sobre una base agrícola, los hombres tuvieron que modificar su relación con su entorno, aun cuando fue leve.

### **Etapa feudal:**

La llegada de la edad media tampoco trajo consigo muchos cambios en lo referente a la sociedad naturaleza. Dos clases sociales aparecieron: los siervos y los señores feudales; y a través de ellos una nueva forma de relaciones sociales: las relaciones feudo vasallísticas. Toda vez que la base económica se hallaba basada en la agricultura, el hombre no la transformó sustantivamente, pero se considera que en los “cotos” de caza establecidos por los señores feudales, tienen su antecedente muchos de los parques nacionales que hoy existen en Europa.

### **Etapa moderna:**

Con la llegada del comercio colonial, el incremento de la investigación científica, el crecimiento de las ciudades y el fortalecimiento de una clase mercantil va a aparecer un nuevo estadio que si va a afectar de manera importante a la relación sociedad naturaleza, aquella que se inicia con la llegada de la revolución industrial, donde decayó y desapareció de la conciencia de los hombres el respeto de la naturaleza que antiguamente se observaba.

Con esta revolución aparecerán en nuestro planeta problemas de gran magnitud, por ejemplo la contaminación. Este deseo de incrementar la producción de bienes para su comercialización en mercado más amplios, va a hacer desarrollar tecnologías que muchas veces estarán en contradicción con la naturaleza.

### **Etapa del ecologismo:**

La evidente y cada vez mayor destrucción del planeta, del entorno y la consecuente disminución de la calidad de vida sobre el mismo, generó la creación de un gran número de movimientos ecologistas que pretenderán procurar un equilibrio armónico entre desarrollo y conservación.

Luego de mencionar la evolución del derecho ambiental desde las diversas etapas de la relación sociedad naturaleza, completaremos el tema pero desde otra perspectiva, debido a que nos permitirá descubrir cuáles son los elementos que intervienen en dicha relación, para los efectos de comprender el contenido del derecho del medio ambiente.

El profesor Brañes manifiesta, que el vínculo entre sociedad y naturaleza se establece a través de dos grandes tipos factores: “El conjunto de las acciones humanas que inciden sobre el sistema ecológico natural y el conjunto de efectos ecológicos generados en la naturaleza y que inciden sobre el sistema social”.

El hecho es que, la sociedad y naturaleza se influyen mutuamente. En este proceso de interacciones, es importante determinar no solo las acciones de la sociedad respecto de la naturaleza y los efectos generados por esta que inciden en la sociedad, sino también otros elementos que están presentes en ese proceso de interacciones. Desde la perspectiva de la sociedad, Brañes considera los siguientes elementos: A) los sujetos que llevan a cabo tales acciones (quienes); B) las razones que lo induce a realizar esas acciones (por qué); C) los sujetos en los que inciden, en términos favorables o desfavorables, los efectos de las mismas acciones (a quiénes); y D) la manera como dichos efectos inciden en la sociedad (cómo).

---

Por su parte desde la perspectiva de la naturaleza, tales elementos son: A) la manera como las acciones humanas afectan a la naturaleza (cómo); B) los elementos naturales afectados por dichas acciones (a cuáles); C) los elementos o funciones ecológicas afectadas por la eventual transmisión de los efectos generados por las mismas acciones (cuáles); y D) la manera como se reorganiza la naturaleza de acuerdo con su lógica interna (cómo), lo que en definitiva llevará a generar ciertos efectos que incidirán en la misma sociedad de donde nacieron las acciones que condujeron a una transformación de la naturaleza.

Todos estos elementos que se encuentran presentes en la relación sociedad naturaleza, nos permite entender que el derecho del medio ambiente se encarga de la regulación jurídica general de las relaciones sociales, dicho de otra manera, la norma jurídica ambiental participa en la regulación de tales relaciones, pero desde su interés por la protección del ambiente.

Luego de abordar las diversas etapas de desarrollo del derecho del medio ambiente, desde la perspectiva de las relaciones de la sociedad con la naturaleza y además de mencionar los elementos que componen dichas relaciones, nos encontramos en condiciones de responder a nuestras interrogantes.

Una primera aproximación a la pregunta formulada nos la proporciona el profesor Cano. "El derecho del medio ambiente se define, como la disciplina científica que nació en el momento en que se comprendió que el entorno constituye un todo, un conjunto, cuyos diversos elementos interaccionan entre sí y continúa, esta verdad física y también sociológica, percibida y comprendida en la década de los setenta, originó la elaboración de principios científicos y técnicas para el manejo integrado de estos diversos elementos que constituyen el ambiente".

Es decir, el derecho del medio ambiente surge cuando se comprende que el entorno constituye un todo, imposible de ser encasillado y regulado por disciplinas heterogéneas y dispersas, ante la inminente necesidad de analizar y comprender nuestro mundo como respuesta a la preocupación del hombre, en su toma de conciencia por la conservación del planeta tierra y por el desarrollo y la continuidad de la vida.

Antes de responder, qué es el derecho del medio ambiente, considero oportuno sostener que en cuanto a la terminología que se emplea para designar a esta disciplina jurídica, la doctrina no se ha puesto de acuerdo, tan es así que suelen emplearse de manera indistinta diversos términos para explicar el mismo contenido, tales son, por ejemplo: derecho ambiental, derecho ecológico, derecho del medio ambiente, derecho del entorno, derecho de la economía doméstica planetaria, derecho del ambiente. Nosotros al respecto optaremos por el del derecho del medio ambiente para continuar con la secuencia lógica de nuestra investigación.

La manera más simple de definir al derecho del medio ambiente sería; como el conjunto de normas jurídicas que regulan cuestiones, aspectos, problemas ambientales.

Podríamos continuar esta secuencia con los conceptos jurídicos que han elaborado los estudiosos de la materia desde diversos ángulos, sin embargo, daré preeminencia a un aspecto muy importante y casi diría, dejado de lado por la doctrina. Me estoy refiriendo a la naturaleza jurídica del derecho del medio ambiente. Y en ese sentido formulo mi inquietud, ¿es el derecho del medio ambiente una rama que pertenece al derecho público, al derecho privado o al nuevo derecho denominado social?

---

Es sabido que solo es aceptable esta clásica división del derecho para fines puramente metodológicos, y es en ese sentido que lo desarrollamos. Para ello recogemos las palabras de Eduardo Pigretti: “La división del derecho público y privado, iniciada por los romanos y repetida por la revolución francesa como garantía de distinción entre lo público y privado y en tiempos napoleónicos como concepto teórico de libertad, tomando como criterio el fin que persigue la norma, no parece ser útil en el Derecho Ambiental”.

No parece ser útil ubicar este derecho dentro de esta clásica división debido a que el derecho del medio ambiente se caracteriza por su naturaleza social, es decir el derecho se presenta como un todo que debe regular una realidad.

De este modo, es que, un gran sector de la doctrina lo considera una rama del derecho social, “es en el siglo XIX que Otto von Gierke, explicó, que en el curso de la historia existió, al lado del derecho público y privado, un derecho social creado por las corporaciones cuyo carácter era su autonomía y la circunstancia de que se consideraba al hombre no como una persona plenamente individual, sino en sus relaciones como grupo social”(…) “ello quiere decir que los intereses colectivos o de grupo, a fuerza de establecer lazos de integración irrumpen en la vida jurídica y obligan al Estado a reconocerlos por los mecanismos legislativos propios de su ordenamiento”.

El derecho del medio ambiente no pertenece al derecho público ni al derecho privado, sino posee un carácter social, debido a que es un grupo social, una colectividad, una región, una nación, o un país, la que es protagonista de su regulación.

Jorge Caillaux nos viene a auxiliar con unos ejemplos que nos permite aclarar esta posición: “Al producirse el llamado delito ecológico, se está atentando contra una entidad no susceptible de ser individualizada, ejemplo: quien vierte desechos tóxicos a las aguas del río Rímac, este hecho, afecta a un grupo o colectividad en su conjunto, y no por ser imposible la individualización del sujeto pasivo se esta dejando de transgredir la ley”.

Daremos a continuación algunas de las definiciones que a nuestro parecer expresan de manera integral su contenido, así la primera definición nos la proporciona el tratadista Michel Prieur: “El derecho del ambiente está constituido por un conjunto de reglas jurídicas relativas a la protección de la naturaleza y la lucha contra la polución. Ella se define en primer lugar por su objeto. Pero, además, es un derecho que tiene una finalidad, un objetivo; nuestro ambiente está amenazado, el derecho debe poder ir en su ayuda, creando sistemas de prevención, de reparación, o de reparación adoptadas a una mejor defensa contra las agresiones de la sociedad moderna. Entonces el derecho del medio ambiente más que hacer una descripción del derecho existente es un derecho portador de un mensaje; un derecho del futuro y de anticipación, gracias al cual el hombre y la naturaleza encuentre una relación armoniosa y equilibrada”.

En primer lugar, dice el autor que el derecho del medio ambiente está conformado por un conjunto de normas jurídicas que se ocupan de la protección de la biósfera en cuanto espacio donde es posible la vida. Es decir, conjunto de normas jurídicas que regulan toda conducta humana que sea contraria a la naturaleza y su equilibrio.

Luego, sostiene que el derecho del medio ambiente es definido por su objeto. El objeto de una disciplina jurídica significa identificar el campo que le sería propio, es decir, el conjunto de normas jurídicas en la que se concentra su atención. El objeto del derecho del medio ambiente y su problemática y cómo

---

este ambiente se encuentra amenazado, las normas jurídicas deben estar orientadas a reprimir, sancionar y prevenir las acciones del hombre contrarias a su propia vida y a la continuidad de su vida en la tierra.

Y por último, refiere que es un derecho del futuro, que regula la protección del medio ambiente en función de las generaciones venideras.

No podemos dejar de mencionar la definición de uno de los principales exponentes en materia ambiental, el profesor mexicano Raúl Brañes: "El derecho ambiental puede definirse como, el conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas, que pueden influir de una manera relevante en procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de los organismos vivos y sus sistemas de ambiente, mediante la generación de efectos de los que esperan una modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos".

Descomponiendo esta definición, partimos de que la expresión derecho ambiental está referida a un conjunto de normas jurídicas que regulan ciertas conductas humanas que pueden considerarse de interés ambiental, es obvio, puesto que, el derecho no puede regular las conductas de la naturaleza.

Con respecto a las conductas humanas de interés ambiental se refiere a aquellas que pueden influir en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de los organismos vivos (tema que ya fue desarrollado en su oportunidad), ahora bien hay que agregar que solo le interesa del medio ambiente las conductas humanas que influyan en los procesos de interacción, pudiendo modificar de una manera importante las condiciones de existencia de los organismos vivos y sus sistemas de ambiente, y por último con la expresión condiciones de existencia, se designan tanto aquellos elementos que hacen posible la vida, como los que determinan su calidad.

Desde mi punto de vista, una manera simple y completa de definir lo que es el derecho del medio ambiente sería la siguiente: "El derecho del medio ambiente se ocupa de las normas jurídicas y principios que regulan y protegen las conductas humanas que inciden sobre los elementos que constituyen el medio ambiente (recursos naturales, procesos) en procura de un equilibrio armonioso, así como los problemas ambientales que surgen de la relación sociedad-naturaleza y sus alternativas de solución".

Por último, un sector de la doctrina ha considerado al derecho del medio ambiente como un derecho humano de tercera generación. Es imprescindible que me detenga en este tema por considerarlo trascendental y sobre todo actual.

Partiré por mencionar que existen tres generaciones de derechos humanos según la doctrina de los derechos humanos. La expresión generación connota la idea, que a cada generación de derechos le sucede otra descartando las anteriores, lo cual no es correcto, la generación de derechos coexisten con el tiempo.

La primera generación está compuesta por los llamados derechos civiles y políticos, consagrados por la declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, plasmados durante la Revolución francesa. Tales derechos son: el derecho a la vida, el derecho a la libertad y a la seguridad e integridad personal y espiritual, a la libertad de pensamiento, de opinión, a la libertad de reunión, el derecho de votar y de ser elegido, etc.

---

La segunda Generación de Derechos Humanos está compuesta por los derechos económicos, sociales y culturales, y los documentos internacionales más representativos son: la Declaración de Querétaro, la Constitución de Weimar, y los Manifiestos de 1917, en la ex Unión Soviética; entre estos derechos podemos mencionar: el derecho al trabajo, los derechos sindicales, el derecho a una alimentación, educación, vivienda, el derecho a la salud, cultura a la ciencia, etc.

Y por último la doctrina ha elaborado y planteado una nueva generación de derechos humanos, que por un lado Gross Espiell señala, que se encuentran en proceso de reafirmación internacional y por otro lado, Kirkpatrick, considera que estos nuevos derechos no pueden ser reconocidos, ya que implicarían un olvido o preterición de los verdaderos Derechos Humanos. Es dentro de esta categoría, que se comprende al "Derecho del Medio Ambiente sano y ecológicamente equilibrado que junto con el Derecho a la Paz, al Desarrollo, a la libre Determinación de los Pueblos, al Patrimonio Común de la Humanidad, son la consecuencia de las nuevas necesidades del hombre y de la colectividad humana en el actual grado de desarrollo y evolución".

## **11. Sistema jurídico ambiental peruano**

Reseñaremos las principales normas relativas al medio ambiente que se han dictado hasta la fecha en nuestro país.

### **Constitución de 1979**

Del Régimen Económico

Artículo 123: Todos tienen el derecho de habitar en ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente.

Es obligación del Estado prevenir y controlar la contaminación ambiental.

Otras disposiciones de carácter ambiental :

Art.15 derecho a la salud integral y su dimensión comunitaria; art.18 referencias al suelo urbano; arts.118-122 a los recursos naturales y a la Amazonía; arts.156 - 160 al régimen agrario; arts.161-163 comunidades campesinas y nativas; art. 255 a los gobiernos locales-zonificación y urbanismo; arts. 259-268 a los gobiernos regionales.

### **Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales**

Decreto Legislativo N° 613 (CMARN) (Set. 1990).

Existía antes del CMARN una legislación muy dispersa, contradictoria y reiterativa.

El CMARN significó una innovación importante en nuestro sistema legal.

El punto de partida de nuestro sistema jurídico ambiental.

Características:

Recoge principios jurídicos ambientales; desarrollo sostenible, prevención, contaminador pagador, legitimación procesal, participación, educación etc.

---

Incluye criterios de política ambiental; protección ambiental (regula los estudios de impacto ambiental); planificación ambiental; áreas naturales protegidas, consideraciones ambientales referidas a los ecosistemas y diversidad biológica; ambiente urbano, alcances penales y administrativos, población y ambiente entre otros.

### **Ley Marco sobre el Crecimiento de las Inversiones Privadas**

Decreto Legislativo N°757- 1991

Esta ley derogó muchos artículos del CMARN y estuvo orientada a desarrollar un proceso de especialización normativa sectorial ambiental (EIA; LMP, autoridad ambiental, ordenamiento ambiental) también derogó normas del Código Penal (D. Leg. 635) sobre delitos ambientales (cada sector desarrolla sus instrumentos y mecanismos ambientales).

### **Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo** (CNUMAD en Río- 1992).

Normas sobre diversidad biológica que incluye recursos genéticos; cambio climático, desechos tóxicos, poblaciones indígenas.

Reglamentación sectorial respecto a los instrumentos de gestión ambiental (EIA; LMP; ECA) minero metalúrgico, hidrocarburífero, eléctrico, pesquero, industrial, agrario, salud, defensa.

### **Normas con rango de Ley:**

Ley Orgánica para el aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley de Áreas Naturales Protegidas, Ley sobre la Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica, Decisión 391 sobre acceso a recursos genéticos.

### **Ley 26410 (1994) se crea el Consejo Nacional del Ambiente ( CONAM)**

Diseña la Política Ambiental Nacional y propicia acciones intersectoriales como órgano dependiente de la Presidencia del Consejo de Ministros. Se mantiene el criterio de autoridades sectoriales Reglamento (D.S 047-97 PCM-1997) se desarrolla una integración entre los sectores, a diferencia de lo que venía sucediendo con el D. Leg 757.

### **Ley 28245 junio de 2004 ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental**

Proceso hacia la transectorialización (integración entre los sectores) que comienza con normas como la diversidad biológica y cambio climático, con la implementación del CONAM.

### **Constitución Política de 1993**

Frente a los problemas y desafíos ambientales no se había dado en el país una respuesta jurídica política en materia ambiental. Se advertían problemas de competencias en aspectos de recursos naturales o relevancia ambiental entre sectores, limitada conciencia cívica sobre la cuestión ambiental en los actores políticos, actores jurídicos, no se incorporaba la variable ambiental a las normas sustantivas y adjetivas.

---

La norma constitucional influida por la CNUMAD de 1992, así como las políticas de promoción de las inversiones reconoce al medio ambiente como un derecho humano fundamental.

Inciso 22 del art. 2 Título I (a la persona y la sociedad) prescribe:

Que toda persona tiene derecho a “la paz, tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”. En la parte del Régimen Económico se incorpora un capítulo “Del Ambiente y los Recursos Naturales” donde se hace referencia a las condiciones para el aprovechamiento de los recursos naturales (art. 66) a la responsabilidad del Estado en la política nacional ambiente y en el uso sostenible de los recursos naturales (art. 67) a la promoción y conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas (art. 68) y al desarrollo sostenible de la Amazonía (art. 69).

### **Ley General del Ambiente 28611 (2005)**

Derogó al CMARN

-Características :

Diferenciación entre autoridades sectoriales en materia de recursos naturales y ambientales;

Recoge los principios ambientales en su título preliminar: A nivel ordenamiento nacional:

Igualdad a gozar de medio ambiente adecuado por parte de las generaciones actuales y futuras (transgeneracionalidad).

-Prevención:

Responsabilidad por daño.

Uso racional de los recursos naturales.

A nivel de ordenamiento internacional:

Igualdad. Reconoce que en materia ambiental todos los Estados son iguales en deberes y derechos.

Derecho al desarrollo sostenible: Señala que hay un vínculo estrecho entre desarrollo económico y social y medio ambiente.

Soberanía estatal sobre los recursos naturales propios: Establece que los Estados pueden explotar sus recursos naturales libremente cuidando el uso racional de los mismos.

No interferencia: Implica la obligación de los Estados de no perjudicar con sus actividades al medio ambiente de otros Estados.

Responsabilidades compartidas pero diferenciadas: Obliga a los Estados a asumir su responsabilidad internacional cuando sus actos dañen la ecología de otro Estado.

Cooperación Internacional: debe guiar a los Estados en todas las actividades relacionadas con el medio ambiente, teniendo en cuenta los intereses correspondientes a los demás estados.

-Precaución: se refiere a que cuando existe incertidumbre acerca de si una actividad, tecnología u obra afectará el medio ambiente, es recomendable abstenerse de su aplicación hasta que se despeje dicha incertidumbre, o en su defecto, se adopten medidas destinadas a eliminar o reducir dicho riesgo: la duda científica favorece al ambiente.

- Justicia ambiental: el derecho de toda persona a una acción rápida y efectiva ante las entidades administrativas y jurisdiccionales en defensa del ambiente.

---

Sobre la política nacional de ambiente establece que constituye un conjunto de lineamientos, objetivos, estrategias, metas, programas, e instrumentos de carácter público que tienen como objetivo, definir y orientar el accionar del gobierno nacional, regional, local y del sector privado y de la sociedad civil en materia ambiental. La política nacional ambiental forma parte integrante del proceso estratégico de desarrollo del país, siendo su objetivo mejorar la calidad de vida de las personas garantizando su existencia en ecosistemas saludables y el desarrollo sostenible de los recursos naturales de una manera responsable.

Sobre la gestión ambiental señala que los instrumentos de gestión ambiental son los mecanismos orientados a la ejecución de la política ambiental, pueden ser de planificación, promoción, prevención, control y fiscalización: EIA (evaluación del impacto ambiental); planes de cierre, los planes de contingencias, ECA (estándares de calidad ambiental); certificación ambiental.

EIA. Instrumento de gestión ambiental. Toda actividad humana que implique construcciones, obras, servicios, políticas, planes y programas públicas susceptible de causar impactos ambientales está sujeta a EIA: descripción de la actividad, efectos directos e indirectos previsibles en el medio ambiente físico y social, a corto plazo y largo plazo, medidas para evitar o reducir el daño a niveles tolerables.

**Decreto Legislativo 1013, Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente (Mayo 2008)**

Es el organismo del poder ejecutivo rector del sector ambiental, establece el ámbito de su competencia, regula su estructura orgánica y sus funciones. Formula, planifica, dirige, ejecuta la política nacional del ambiente.

Dirige el Sistema Nacional de Gestión Ambiental, El sistema nacional de evaluación de impacto ambiental, sistema nacional de áreas naturales protegidas, sistema nacional de información ambiental. Elabora los ECA y los LMP.



---

## HAY QUE DEROGAR LA LEY DE GARANTÍA MOBILIARIA

Gunther Gonzales Barrón\*

*Una cosa es la apariencia y otra muy distinta es la realidad; todos sabemos que una impresión apresurada es el mejor camino para una rápida desilusión; y en nuestro propio idioma tenemos muchos adagios que nos advierten de tomar con precaución la apariencia a fin de no dejarnos llevar por los primeros cantos de sirena (recuérdese el conocido: “No todo lo que brilla es oro”). Pues bien, eso mismo sucede en el caso de la reciente Ley de Garantía Mobiliaria (en adelante, LGM), la cual desde su publicación recibió una retahíla (sospechosa) de halagos y loas que la hacían acreedora de los más diversos parabienes: “Se trata de la ley más importante en veinte años”, o “con ella se generará más empleo”.*

*Empero, una ley no es teoría ni un libro científico, pues su función primordial (tal vez única) es resolver los problemas prácticos que se presentan en una sociedad. En tal sentido, el presente ensayo tiene como finalidad demostrar que la LGM no solamente es incapaz de resolver los conflictos jurídicos que existían en el sistema anterior de garantías, sino que además genera nuevos problemas, insospechados e insolubles.*

Sumario: 1. Problemática del anterior sistema de garantías. 2. Innovaciones. 3. Conclusiones.

### **1. Problemática del anterior sistema de garantías**

Según los autores de la LGM, los problemas detectados con el sistema anterior, pueden ser resumidos en los siguientes aspectos:

- Sobrerregulación de prendas reguladas en leyes especiales (agraria, industrial, minera, etc.).
- Sobrerregulación de prendas especiales en el Código Civil (de créditos, de títulos valores, de dinero, etc.).
- Resquicios “tradicionales”, como el caso de la exigencia de entrega.
- Demora en la ejecución de la garantía y en la consiguiente recuperación del crédito.

En suma, y según los propios impulsores de la ley, “esta elimina un sistema anticuado, propio del Derecho romano y de la Edad Media”. Fijémonos que la cuestión ideológica ha llegado hasta el extremo de eliminar el término “prenda” y reemplazarlo por el de “garantía mobiliaria”; sin embargo, la cuestión de etiquetas no es lo más importante aquí.

### **2. Innovaciones**

Para superar la problemática antes descrita, la LGM establece las siguientes innovaciones, muchas de ellas discutibles:

- La garantía mobiliaria puede recaer ahora sobre todo tipo de bienes.
- Se elimina la posesión como requisito constitutivo, ya que la oponibilidad de la garantía se sustenta exclusivamente en el registro.
- La garantía mobiliaria establece un régimen único para todo tipo de bienes.
- Se crea un Registro Mobiliario de Contratos, en el que se inscribirán las garantías sobre cualquier tipo de bien mueble, e incluso otros actos jurídicos.

---

\*Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad de San Martín de Porres y de la Universidad Tecnológica del Perú.

- Se introducen figuras novedosas, como la garantía sobre todos los bienes del deudor, presentes o futuros.
- Se abaratan los costos de constitución.
- Se simplifica la ejecución, e incluso se permite el pacto comisorio.

Enseguida haremos un análisis de cada uno de estos aspectos.

### **Punto 1: La garantía mobiliaria puede recaer sobre todo tipo de bienes muebles**

En forma demagógica se ha señalado que recién ahora el deudor puede otorgar garantía sobre cualquier bien, ya sea que se trate de inventarios, activos fijos, marcas, créditos, facturas, etc. Incluso se dijo que por fin una ley se ponía del lado del pequeño empresario, y no del lobbysta, pues al autorizarse que se preste dinero sobre cualquier bien, entonces se tendría un mayor acceso al crédito: ¡A más bienes (pignorables), más crédito!

Esta afirmación, sin embargo, nunca pasó de ser un típico maniqueo que facilitó el ataque (infundado) del sistema anterior. Lo único cierto es que el instituto tradicional de la prenda siempre permitió la afectación de cualquier bien mueble con fines de garantía, sea cual este fuese (art. 1055 C.C.: “La prenda se constituye sobre un bien mueble, mediante su entrega física o jurídica, para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación”)<sup>1</sup>.

Alguien podría objetar que, en todo caso, el sistema de lista enunciativa del art. 4 LGM es preferible a una simple descripción genérica (“bien mueble”) por efectos de pedagogía legislativa y claridad. No obstante, esta afirmación es bastante discutible y, en nuestra opinión, errónea, tal como lo demuestran algunos de los “bienes muebles” susceptibles de garantía que han sido incluidos por la ley. Primero: los arts. 4-18 habla de las concesiones “que sean muebles”, siendo que no existe ninguna norma que haya establecido ese carácter a ningún tipo de concesión; por tanto, se trata de una norma innecesaria que no tiene ámbito de aplicación; por otro lado, el Registro de Concesiones se mantiene en el Registro de Propiedad Inmueble (quinta disposición final de la LGM, que modifica el art. 2 Ley 26366). Segundo: son susceptibles de otorgarse en garantía los muebles dados en arrendamiento financiero (arts.4-17); en tal caso, la garantía no podría otorgarla el arrendatario, por no ser propietario, pero tampoco podría otorgarla el arrendador pues ello en la práctica interferiría con el derecho del arrendatario; tal vez lo que se quiso decir es que se puede dar en garantía “el derecho expectatio a ser propietario” del que ya goza el arrendatario; empero, en tal caso, basta constituir la garantía con respecto a un crédito. En suma, problemas innecesarios en virtud del sistema de listado.

### **Punto 2: La garantía mobiliaria y la posesión**

Uno de los aspectos que recibió mayores críticas fue la exigencia de la entrega para la constitución de la prenda. Se dijo que eso era un arcaísmo del Derecho romano que debía ser superado en estos tiempos de globalización y desarrollo tecnológico, a través del mecanismo de la inscripción en un registro. Sobre el tema vale la pena realizar algunas consideraciones previas. Primero, la entrega, quiérase o no, constituye un mecanismo de sujeción del bien al poder del acreedor, pues en caso contrario la garantía podría devenir en una mera ilusión. Desde una perspectiva exclusivamente teórica, no hay mejor garantía que contar con la posesión del bien. Segundo, a veces la teoría debe ceder ante

<sup>1</sup>En este punto NO INTERESA si los buques y aeronaves son inmuebles o muebles, pues sea cualquiera la categoría en que se les ubique, igual todos ellos pueden ser objeto de afectación en garantía. Por eso, en el derecho alemán un buque es susceptible de prenda (lo que presupone su carácter mobiliario), mientras en España es objeto de hipoteca (por considerarse inmueble). La cuestión de fondo, y que NO es innovación de la LGM, es que cualquier bien mueble sin lista cerrada- puede sustentar un derecho real de garantía.

---

las necesidades prácticas, pues en muchos casos el proceso de producción del deudor exige que este retenga los bienes dados en garantía, para lo cual se crearon las prendas sin desplazamiento (con registro). Por tanto, desde una perspectiva teórica, ¿quién tiene una mejor garantía, el acreedor que posee la máquina industrial o el que solo tiene la inscripción? Es evidente que un bien mueble puede ser difícilmente individualizable, o simplemente ser ocultado, y ante ello el acreedor ¿qué ejecutará? ¿le bastará su certificado registral para ver satisfecha su acreencia a pesar de que el bien no se ubica? ¿algún postor le entregará dinero al acreedor a cambio de un papel (certificado registral), sin que se conozca el paradero del bien? La respuesta es obvia: La mejor garantía, en estos casos, es la posesión, y el registro cumple una función en cierta medida sustitutiva, pero imperfecta<sup>2</sup>.

Por tal motivo, no existe razón alguna, ni teórica ni práctica, para que la ley prohíba la constitución de la prenda posesoria, tal como lo hace la LGM. En efecto, el art. 17 establece que la oponibilidad de la GM se logra solo con la inscripción, y que la posesión es meramente facultativa (art. 3.1). Siendo ello así, la garantía con sola posesión no me otorga nada, pues un acreedor que inscribe será siempre preferido. En la práctica, todo acreedor deberá inscribir, aun cuando tenga la posesión. En tal sentido, si un acreedor quiere otorgar un crédito por la posesión de un bien, ¿por qué impedirlo? o ¿por qué exigirle que en ese caso también se realice una inscripción, a todas luces innecesaria y superflua?

Pondremos algunos ejemplos respecto a los notorios inconvenientes que ha creado la LGM con la eliminación de la prenda posesoria:

Primer caso: Las personas en necesidades económicas recurren con frecuencia al crédito mediante la garantía de joyas y alhajas (en las llamadas antiguamente “casas de empeño”), y en esos casos el mejor aseguramiento del acreedor es contar con la posesión del bien afectado para el caso de incumplimiento. Muchos de nuestros compatriotas no pueden soñar con un crédito bancario, pero sí han recurrido al “empeño”. Pues bien, y aunque parezca increíble, la LGM establece que no basta la posesión de las joyas, sino que resulta necesario e imprescindible el registro de la garantía. Por tanto, la angustia del deudor que se solucionaba en pocos minutos con la obtención de dinero inmediato, ahora deberá seguir el siguiente trámite: una escritura pública sin minuta (ya veremos luego este tema), trámite de inscripción, gastos, etc. ¿Quién pagará estos costos? ¿Vale la pena exigir inscripción en estos casos? Y no se diga que las casas de empeño podrán contar con la sola posesión (art. 3.1 LGM), ya que en ese caso se expondrían a una grave inseguridad, pues si el deudor no desea pagar la deuda, entonces fácilmente podría inscribir una garantía sobre el mismo bien y obtener preferencia (art. 17 LGM). En tal caso, la Casa deberá entregar el bien al acreedor inscrito, bajo responsabilidad civil e incluso penal, por su calidad de depositario. En la práctica, todos los acreedores, hasta en los bienes más insignificantes, se verán obligados a inscribir la garantía a efectos de evitar la posible aparición de un “acreedor preferente”, qué claro, no cuenta con posesión, pero sí con el registro.

---

<sup>2</sup>Esto nos lleva a afirmar que en el ámbito de los bienes PERFECTAMENTE INDIVIDUALIZADOS el registro es el mejor sistema de oponibilidad, **pero ello no ocurre así en todos los casos**, como sucede con los bienes que tienen INDIVIDUALIZACIÓN LIMITADA O IMPERFECTA.

---

Segundo caso: Los bancos, dentro de sus operaciones habituales, otorgan créditos o anticipos a sus clientes, y en garantía del cumplimiento de estas obligaciones, exigen constituir prenda sobre el saldo en las cuentas corrientes o sobre otros valores del deudor que el Banco llegase a tener. Esta sencilla operación ahora deberá ser objeto de inscripción. Es decir, miles y miles de garantías bancarias que pueden articularse perfectamente con la posesión de los fondos de los que ya goza el Banco, ahora necesitarán de una escritura e inscripción, aun cuando el cliente podría no tener un centavo en la cuenta, pues la garantía se otorga en forma preventiva. ¿Tiene alguna racionalidad este sistema? ¿Vamos a llenar el registro de cientos de miles de títulos e inscripciones, con el consiguiente derroche de personal y burocracia?

Tercer caso: En casi todo contrato de arrendamiento, el propietario exige al arrendatario la entrega de una suma de dinero “en calidad de garantía”, para efectos de asegurar el cumplimiento de las obligaciones de este. Esa figura tiene la naturaleza jurídica de una prenda sobre dinero, la cual siempre ha funcionado con el solo acto de entrega. ¿Qué mejor garantía que la retención del dinero y la inmediata imputación al crédito en caso de incumplimiento? Ahora, con la LGM será necesaria la inscripción, pues en caso contrario puede surgir un “acreedor preferente” que no tiene la posesión, pero sí el registro.

En suma, la prenda posesoria debe ser mantenida, ya que la posesión constituye un elemento efectivo de sujeción del bien a favor del acreedor, y si este desea otorgar un crédito con ese mecanismo, entonces no existe razón alguna que justifique el impedimento. Por lo demás, en una serie de bienes (como los descritos, pero pueden ser muchos otros) la posesión constituye una garantía superior al registro, no solo en términos de aseguramiento real, sino incluso en simplicidad y eliminación de costos.

### **Punto 3: La garantía mobiliaria y los efectos exorbitantes del registro**

La demagogia continúa cuando se dice que la garantía mobiliaria se sustenta solo con la inscripción, por lo cual los efectos de oponibilidad y preferencia podrán determinarse muy sencillamente a través de la fecha del registro. Seguidamente pasaremos a explicar algunos de los graves problemas que se suceden en virtud a un criterio tan ingenuo como este.

Primer caso: Un deudor requiere financiamiento y constituye garantía sobre sus propios créditos (por ejemplo: facturas por cobrar). Según el sistema anterior, esa garantía se perfeccionaba con la notificación al deudor cedido, a fin de que este tome conocimiento de la nueva situación y retenga el crédito o se lo pague directamente al acreedor garantizado. En el nuevo sistema, la garantía sobre créditos requiere del registro para su plena oponibilidad, y ya no de la notificación al deudor cedido. El art. 27 de la LGM establece, incluso, que la preferencia la tiene el registro por sobre la notificación; en consecuencia, puede ocurrir que el deudor cedido no tome conocimiento que su acreedor cedió el crédito en garantía, y sin embargo se vea obligado al doble pago. Alguien dirá que en el tráfico patrimonial es necesaria la diligencia, pero, ¿a qué costo? ¿será posible exigir a cada deudor, en millones de operaciones diarias de pago, que verifique el registro a fin de descartar que el acreedor haya constituido una garantía sobre ese crédito? Por ejemplo, si yo tengo una factura de una compañía minera por US \$ 100,000 o 200,000, será muy fácil cobrar el crédito, y luego un aparecer con una “garantía inscrita” sobre el mismo crédito; en tal caso, la compañía minera deberá volver a pagar, pues “no respetó la garantía que es oponible por efecto del registro”. Los fraudes y la

---

inseguridad reinarán en el tráfico patrimonial, esta vez no tolerado por la ley, sino directamente incentivado por esta. ¿A alguien puede ocurrírsele que un crédito se convierta en garantía sin que el deudor conozca en forma indubitable la situación?, ¿es admisible que el registro sea preferido a la notificación?, ¿es posible construir un sistema patrimonial en donde los millones de pagos diarios deben consultarse al registro con el fin de evitar que ese crédito “se haya otorgado en garantía”? La LGM, en su afán de proteger a un acreedor, el que cuenta con esta súper-garantía, se ha olvidado de proteger todo el sistema crediticio en su conjunto y, por ende, ha generado un sistema absolutamente inviable, y del que los operadores no tenemos ni siquiera conciencia de sus perjudiciales defectos. Lo que ha ocurrido es que el afán dogmático de la ley, a favor de un registro todopoderoso, lo ha llevado a considerar que este es una panacea para todos los males, y ya está bien claro a estas alturas de nuestra exposición que ello no es así. En el caso de la garantía sobre créditos la cuestión salta a la luz en mayor medida, si tenemos en cuenta que en esta hipótesis el único obligado con el crédito es el deudor; por tanto, la única oponibilidad exigible debe ser la respectiva comunicación al deudor de la nueva situación. El Registro, en cambio, resulta un requisito superfluo, y especialmente peligroso, por cuanto no existen “terceros interesados” en el crédito; el único interesado es el deudor. Si ello es así, ¿para qué inscribir la garantía sobre el crédito en un registro público, cuando al único sujeto que afecta es al deudor? Si el crédito es un derecho relativo, que vincula exclusivamente al obligado, entonces se comprenderá que el registro no cumple función alguna de utilidad, y más bien se constituye en el mecanismo perfecto para realizar maquinaciones ocultas.

Segundo caso: Los art. 4-6 de la LGM señala que se puede dar en garantía mobiliaria el saldo de cuentas bancarias, depósitos bancarios, cuentas de ahorro o certificados de depósito a plazo en bancos u otras entidades financieras. Por tanto, los cientos de miles de cuentas que administran los bancos de sus clientes son susceptibles de otorgarse en garantía específica, o incluso a través de una garantía genérica que grava todos los bienes futuros y presentes del deudor (como lo permite el art. 4 de la LGM). Pues bien, como la garantía se constituye con el registro, y no con la notificación del deudor cedido (en este caso, en puridad, hay un crédito sobre el banco), entonces el saldo de la cuenta bancaria se encontrará sujeto a la garantía mobiliaria, y el banco deberá retener los fondos a favor del acreedor, o realizar el pago directamente a favor de este; si no lo hace, el banco queda obligado al doble pago. ¿Será posible que los bancos puedan verificar a cada momento la existencia de garantías mobiliarias de todos sus clientes? ¿Las entidades financieras saben de la responsabilidad que se les carga en virtud de una garantía constituida en forma “perfecta” a través del registro, y que no necesita siquiera de notificación fehaciente al deudor cedido (art. 27 de la LGM)? En cada operación por ventanilla, de las millones que se realizan por día, bien podría estar en juego la responsabilidad de las entidades financieras, quienes en forma inmediata deberán decidir respecto a la entrega o no de los fondos. Téngase en cuenta que el banco, en la práctica desconoce la garantía registral; es más, nunca la aceptó, sin embargo, la inscripción se le opone y vendrá obligada a retener los fondos, con un gravísimo perjuicio a la confianza en el sistema financiero, ora por la burocracia y sobrecostos que ello generaría en abundancia, ora, y fundamentalmente, porque un sistema así ideado ahuyentaría de la Banca formal al público ahorrista, temeroso de cualquier retención por una “garantía genérica” prestada a favor de un acreedor, ya sea por la compra de

---

un celular, de un televisor o de cualquier insignificancia de ese tipo. Por lo demás, esta situación puede prestarse a múltiples fraudes de clientes oportunistas, quienes fácilmente podrían otorgar una garantía registral sobre cuentas, sobre créditos, o sobre “todo tipo de bienes”, y luego a través de un acreedor prefabricado exigirle al banco la “entrega de los fondos en garantía”; y si la entidad ya los entregó, entonces el doble pago vendrá por sí solo. La defraudación a las instituciones financieras, alentada por la ley, será muy simple.

Tercer caso: También son susceptibles de otorgarse en garantía las pólizas de seguro (arts.4-13 de la LGM), lo cual implica en realidad que el aseguramiento recae sobre el crédito (eventual) que deba pagar la compañía de seguros en caso se produzca el siniestro. Esta garantía sobre crédito tiene el mismo inconveniente ya denunciado, y que consiste en una oponibilidad registral exorbitante (arts.17, 27 de la LGM), lo que en la práctica exigiría de las compañías, antes de pagar una indemnización, que deban verificar la posible inscripción de la garantía. Por lo demás, ya hemos dicho que el registro no se justifica en estos casos, pues dicha institución está pensada para un universo de terceros que pueden estar interesados en las titularidades publicadas por él, sin embargo, en el caso de los créditos el único interesado es el deudor cedido.

Cuarto caso: Las acciones de sociedad anónima son objeto de garantía mobiliaria (arts.4-8 de la LGM), y por tal motivo, la afectación puede inscribirse en el registro. La ley, además, ha derogado todas las normas referidas a la prenda sobre acciones (sexta disposición final de la LGM). Esta situación implica que la plena oponibilidad de esta garantía necesitará de la inscripción en un registro público, lo cual contraviene la función de las acciones de sociedad anónima, cuál es, mantener reserva respecto a la titularidad del capital. En tal sentido, también habría de entender que esta inscripción es necesaria, incluso, en el caso de las acciones de sociedades cotizadas en Bolsa, por cuanto “han quedado derogadas las normas sobre prenda de acciones”. Esta situación puede prestarse también a múltiples fraudes, pues el registro público no controla la titularidad de las acciones, por lo que cualquier persona sin derecho podrá inscribir la garantía. En la práctica, el acreedor deberá exigir una certificación de la sociedad emisora, salvo que se trate de acciones representadas por anotaciones en cuenta, con lo cual se regresa al sistema anterior en donde se necesita la intervención de la propia sociedad a través del libro matrícula de acciones. Una vez más se advierte que la inscripción en un registro público no resulta ser la mejor opción de oponibilidad en una serie de bienes muebles, incluyendo el supuesto de las acciones, por cuanto en este caso es preferible una certificación de la sociedad emisora.

Quinto caso: El art.18 de la LGM señala que la garantía mobiliaria sobre títulos valores se constituye de acuerdo a la ley de la materia, lo que obviamente implica reconocer la necesidad de una afectación meramente posesoria, y no registral. Sin embargo, existen otras normas de la ley que complican la interpretación: Primero, el propio art. 18 habla de una aplicación supletoria de la LGM con respecto a los títulos valores, lo cual es muy peligroso en la práctica como lo demuestra los formularios aprobados por la Sunarp para efectos de la inscripción de la GM, y en los cuales se permite que esta recaiga sobre títulos valores. Si la Sunarp admite la inscripción en este tipo de bienes, es porque algún efecto jurídico tendrá, y ese no puede ser otro que permitir la oponibilidad meramente registral de la garantía. Si alguien sostiene que la garantía se constituye exclusivamente de

---

acuerdo con la ley de títulos valores, entonces, ¿por qué la Sunarp admite esta inscripción? La cuestión se agrava si tenemos en cuenta que el art. 29 de la LGM excluye la oponibilidad registral solamente cuando existan varias garantías sobre el mismo título valor, lo cual daría a entender que una sola garantía sí es oponible por vía registral, y sin necesidad del traspaso posesorio. Segundo, la ley considera en distintos incisos “los títulos valores” (arts. 4-11) y “los conocimientos de embarque y títulos de análoga naturaleza” (arts. 4-7), lo cual haría pensar en una distinción entre títulos valores que no son conocimientos de embarque, a los cuales sí se les aplica su ley propia (art. 18), en cambio, a los conocimientos— mencionados como un objeto distinto— se les tendría que aplicar la oponibilidad exclusivamente registral (art. 17), con la evidente dosis de inseguridad que generaría la circulación de estos documentos, en los que el uso inveterado hace necesario y suficiente la sola posesión. Aquí, nuestro comercio exterior sería el más perjudicado.

Sexto caso: La garantía sobre dinero no está indicada dentro del listado del art. 4, pero sí se le menciona en el art. 47 *in fine* de la ley. Una vez más aquí será exigible la inscripción registral, aun cuando el dinero objeto de la garantía se encuentre en poder del acreedor. Los inconvenientes de esta solución son notorios. En primer lugar, no existe mejor aseguramiento del cumplimiento de una obligación, que contar con la posesión de un bien ultrafungible como es el dinero. No obstante ello, ahora la situación será diferente, pues se necesitará trámites, gastos e inscripción registral. Pongamos el caso de un contrato de arrendamiento en el que normalmente se entrega una suma de dinero en función de garantía por las obligaciones del arrendatario; ahora, esta GM necesitará de inscripción en un registro; en caso contrario, el arrendador (acreedor) podría ser fácilmente burlado a través del expediente de inscribir la garantía dineraria por un tercero, y constituir de esa manera un acreedor preferente, en tal caso, el arrendador se verá obligado a entregar el dinero al acreedor inscrito, bajo responsabilidad civil y penal. Una solución de este tipo entrampa y burocratiza innecesariamente la contratación, crea sobrecostos injustificados e incentiva el fraude.

Ahora bien, un lector prevenido podrá advertir que al momento de constituirse un crédito se puede prohibir la cesión, incluso en garantía (*pactum de non cedendo*), con lo cual se elimina de raíz los inconvenientes advertidos en el caso de los saldos de cuentas bancarias, pólizas de seguros y demás créditos (art. 27 *in fine* de la LGM). Sin embargo, esta “solución” tiene graves consecuencias: Primero, ¿Por qué el pacto privado deberá salvar una reforma legal cuestionable? Las normas legales en el ámbito de la contratación tienen como finalidad descartar los negocios y cláusulas injustificadas, y especialmente regular en forma racional las omisiones o deficiencias en lo pactado por las partes. Pues bien, aquí, por el contrario, serán los particulares quienes deberán salvar los defectos (mayúsculos) de la ley a través del pacto privado. Segundo, si la intención de la ley es fomentar el acceso al crédito, y que los deudores puedan contar así con toda una gama de activos susceptibles de pignoración, pues resulta que el esquema legal pondrá fin a la garantía sobre créditos. Así pues, ante el defecto clamoroso de la ley, pronto los deudores deberán acogerse en masa al *pactum de non cedendo*, con el fin de evitar el riesgo de dobles pagos, con lo cual en la práctica el mercado dejará de contar con una de sus garantías más dinámicas, en tanto ahora habrá que descartar como bienes pignoraibles los saldos en cuenta corriente, las pólizas de seguro, las facturas, los descuentos, etc.

---

En conclusión, y aunque para algunos será difícil admitirlo, la vieja regulación del Código Civil resulta contener unas reglas que sí protegen adecuadamente el crédito, la libertad individual, la propiedad, y no una norma supuestamente “moderna” como la LGM. Lo viejo nunca debe descartarse por ese solo hecho.

#### **Punto 4: El Registro Mobiliario de contratos (RMC)**

Uno de los puntales de la reforma se encuentra en otorgar “publicidad” a todo tipo de garantías mobiliarias; aun cuando esa pretensión olvida tener en cuenta un problema ya denunciado en el ámbito de los bienes muebles, en donde muchas veces el registro constituye más una rémora, antes que una ventaja.

No obstante ello, y bien reformulado los estrictos límites que debería tener la publicidad registral mobiliaria, sí parece conveniente que se unifiquen los distintos registros prendarios que existían sin mucha justificación a través de una dispersa legislación (prenda agrícola, industrial, minera, global y flotante, etc.). Dentro de esta perspectiva parece encontrarse la creación de un Registro Mobiliario de Contratos (único), en el cual se inscriben las garantías mobiliarias que recaen sobre bienes muebles fungibles o que son difícilmente individualizables (art. 42), lo cual obliga a que el registro sea de carácter personal, esto es, que la información se lleve por la persona del deudor, y no por cada bien prendado. Es obvio, pues, que resulta imposible, técnica y económicamente, establecer un registro por cada lapicero, computadora o par de zapatos que circulan en el mercado, lo cual exige un registro personal, esto es, que por cada contrato que celebra un deudor se abra una hoja de información.

Por tanto, la novedad de la ley no se encuentra en crear un registro que permita una relativa sujeción de los bienes muebles no-identificables a través de la inscripción con carácter personal, ya que esa solución existía desde hace mucho tiempo en los distintos registros prendarios que conocía nuestra legislación (agrícola, industrial, etc.), en los cuales era posible inscribir los contratos de prenda que otorgase cada deudor. La única “novedad” de la ley es de corte estrictamente formal, esto es, la unificación de registros. Sin embargo, esa situación tampoco debe magnificarse, pues el propio Código Civil ya contenía las bases de la unificación a través de la llamada prenda con entrega jurídica (art. 1059 CC.), de carácter genérico, y sin distinciones en virtud a los distintos sectores económicos. Por tal razón, en lugar de crear una regulación farragosa e inviable como la presente, hubiera sido mucho más simple derogar las prendas sectoriales, con la inmediata puesta en vigor del registro (único) de prenda con entrega jurídica, que ya estaba previsto implícitamente en el Código Civil.

#### **Punto 5: Los Registros Jurídicos de bienes muebles (RJ)**

Distinto es el caso de los Registros Jurídicos de determinados bienes muebles, en los cuales la perfecta individualidad y no-fungibilidad, permite establecer un sistema registral con efectos absolutos de persecución y preferencia. En estos registros la información sí se concentra por cada bien específico (folio real), y por ello todo el historial jurídico se contiene en la hoja del registro que se abre por cada bien, y en el que se incorporan las transferencias de propiedad, los gravámenes, las afectaciones, los embargos, etc. Cómo es lógico suponer, solamente algunos bienes muebles cumplen estas características, y por ende, son pocos los registros jurídicos de bienes que se



---

organizan en base al folio real. Entre ellos tenemos el registro vehicular, de propiedad industrial e intelectual, así como los registros de los recién inaugurados “bienes muebles” buques y aeronaves.

En teoría, el Registro Jurídico (RJ) contiene todos los actos sobre estos tipos de bienes muebles, por lo cual la adquisición de un vehículo, por ejemplo, se hará en forma segura consultando exclusivamente la hoja registral correspondiente a dicho bien<sup>3</sup>. Sin embargo, el equivocado diseño de la ley conspira contra este propósito. En efecto, si ahora se permite la constitución de garantías sobre todo el patrimonio del deudor, presente y futuro (art. 4), entonces resultará posible que desde el mismo momento de la adquisición del bien mueble por parte del deudor, se produzca ya la eficacia de la garantía real. Supongamos que “A” constituye garantía sobre todos sus bienes, y esta se inscribe en el RMC; cuando “A” adquiere un vehículo, inmediatamente nace la garantía sobre este. Alguien pensará que el problema se soluciona con el art. 32 *in fine*, por el cual se establece que el acto inscrito en el RMC se traslada al RJ, en este caso, al de propiedad vehicular. La cuestión no es tan simple como veremos a continuación.

Primer ejemplo: “A” adquiere el vehículo en virtud a un crédito bancario, ¿qué garantía es preferente? ¿la genérica constituida en el RMC o la que permite el financiamiento del vehículo? Si aplicamos la pura prioridad, entonces es preferente la garantía del RMC (que existía antes incluso de la adquisición del bien), con lo cual en la práctica el financiamiento queda descartado o mediatizado hasta que se levante la garantía genérica. Por el contrario, si damos preferencia a la garantía del financiamiento que recién se inscribirá (sin saber bajo qué fundamento), entonces las garantías genéricas son simplemente un saludo a la bandera.

Segundo ejemplo: ¿qué pasa con las transferencias sucesivas? Un importador vende un vehículo amparado en una póliza de importación; antes de la LGM ese negocio no tenía ningún inconveniente en realizarse; ahora, en cambio, el adquirente podría darse con la desagradable sorpresa de que, simultáneamente a la inscripción de la adquisición del vehículo, también se inscriba una GM “en virtud a un traslado de la garantía genérica inscrita por el importador en el RMC”.

Conclusión: una serie de negocios perfectamente lícitos y razonables, son frustrados en virtud a la ley. ¿Puede seguirse sosteniendo que esta es técnicamente superior al Código Civil?

#### **Punto 6: La garantía sobre todos los bienes**

Una de las “novedades” más cuestionables de la ley, lo constituye la garantía genérica que recae sobre todos los bienes del deudor, presentes o futuros (art. 4). Esta figura no representa una inocente reiteración de la responsabilidad patrimonial del deudor, por cuanto en esta hipótesis estamos ante un derecho real que afectará a terceros. Así pues, si un bien ingresa al patrimonio del deudor, y por efecto de la garantía este queda automáticamente afectado con el gravamen, y los terceros adquirentes sufrirán esa consecuencia. Dos ejemplos bastarán para demostrar el despropósito que significa esta figura: Primero, si “A” constituye GM sobre todos sus bienes, presentes o futuros, entonces el saldo resultante de sus cuentas bancarias también quedará afectado con la garantía y, por tanto, el Banco debería retener los fondos para evitarse la responsabilidad consiguiente; lo mismo ocurrirá con cualquier crédito, indemnización de

---

<sup>3</sup> Incluso se han previsto normas de coordinación entre ambos registros (art. 32 *in fine* LGM).

---

póliza de seguro, etc., que pueda circular en el mercado. Segundo, una empresa constituye una garantía genérica a favor de determinado acreedor. Esta situación implicará que todas las mercaderías que ingresen a su patrimonio inmediatamente quedarán gravadas. De esta manera, casi todos los bienes que circulan en la economía podrán estar afectados de una u otra manera, con lo cual se impondrá, en la práctica, un deber de verificación sobre toda adquisición mobiliaria, lo que resulta verdaderamente irracional. Por lo demás, luego de realizarse la verificación una serie de pretendidos contratos se verán frustrados justamente por la “garantía genérica”.

La cuestión se agrava si tomamos en cuenta que, ante la permisividad de la ley, la mayoría de los acreedores exigirá este tipo de garantía para contar con una protección reforzada, sin embargo, la protección de uno conllevará la destrucción del tráfico en general. Por lo demás, un deudor sujeto a esta garantía renuncia en la práctica a obtener crédito de un segundo acreedor, pues este sabe que lo poco o mucho que adquiera el deudor ya está afectado a favor del primer acreedor. De esta forma, el deudor queda sin ninguna capacidad de crédito, y se sujeta a un contrato de atadura que puede ser fuente de múltiples abusos, en tanto el primer acreedor se convierte en un monopolista del crédito que no necesita competir en el mercado por mejores condiciones o tasas por ese deudor, ya que en la práctica este no puede obtener financiamiento de otro acreedor.

#### **Punto 7: Se permite inscripción de otros actos**

Dentro de la política de la LGM, el registro es una palabra mágica que soluciona todos los problemas y alivia todos los males. Lamentablemente, la vida es mucho más complicada y no puede ser encerrada a través de una inscripción registral. Eso ha quedado demostrado en los apartados anteriores, y aquí también se presenta en forma evidente.

Así pues, el art. 32.3 de la LGM permite la inscripción de una serie de actos sobre bienes muebles, distintos a la garantía mobiliaria, tales como: cesión de derechos, fideicomisos, arrendamiento, arrendamiento financiero, medidas cautelares, contratos preparatorios, etc. Examinemos algunos de ellos: En el caso de la cesión de derechos ya se demostró que un sistema de publicidad registral deviene en absurdo si lo comparamos con el más simple requisito de notificación al deudor cedido. La razón de ello es muy simple: ¿no puede exigirse que cada pago implique “la verificación en el RMC” de una eventual cesión del crédito! Sobre el punto no vale la pena extenderse. Por otro lado, ¿qué pasa con el arrendamiento de muebles? Bien podría pensarse que la inscripción permitirá que el arrendatario quede protegido en el caso de producirse una transferencia a tercero (art.1708 del CC);empero, pongámonos a pensar en los gravísimos inconvenientes que se generan con esta norma, pues ahora todo adquirente de un bien mueble “deberá consultar en el RMC para descartar la inscripción de un contrato de arrendamiento”. Por tanto, el comprador de una computadora, de una máquina o de un libro deberá ir primero al RMC, pues en caso contrario puede darse con la desagradable sorpresa que ese mismo bien ya estaba arrendado ¡y por diez años! ¿De algo le valdrá al “propietario” esa computadora luego del plazo del arrendamiento? Lo mismo ocurre con el arrendamiento financiero, con el agravante que este contrato ya es inscribible en la partida registral de la sociedad arrendataria, y sin embargo, en la práctica no se han presentado esas inscripciones, lo cual demuestra que se trata de una inscripción

---

superflua o inútil. Así lo dice la experiencia de más de 20 años de vigencia del Dec. Leg. 299 que regula en nuestro país el contrato de arrendamiento financiero.

Sin embargo, el caso más perjudicial se presenta con las medidas cautelares sobre bienes muebles. Hasta ahora bastó la afectación del bien a través de un secuestro (con desposesión) o de un embargo. Lamentablemente, la LGM exigirá un requisito adicional: la inscripción, sin que esta se justifique bajo ningún punto de vista. En efecto, si el acreedor ya cuenta con la posesión del bien, entonces la inscripción es un simple formalismo sin utilidad (pero costoso); en cambio, si el acreedor no cuenta con la posesión, pero sí con la inscripción, su situación jurídica no ha mejorado en lo absoluto, pues a falta del bien, le resulta imposible ejecutarlo o venderlo. La inscripción, en cualquiera de las dos hipótesis, deviene en superflua. Sin embargo, el requisito deberá cumplirse, pues en caso contrario el acreedor embargante podría ser fácilmente burlado. Por ejemplo: se embarga (o se secuestra) un determinado bien mueble, pero el acreedor omite la inscripción; en tal caso, existe la posibilidad que se “fabrique” una GM sobre ese mismo bien y se inscriba, con lo cual el acreedor inscrito tendrá preferencia (art. 17) sobre el acreedor embargante con posesión. Los deudores maliciosos tendrán ahora una nueva alternativa para eludir el cumplimiento de su obligación. Para evitar ese riesgo todos los acreedores embargantes deberán inscribir la afectación judicial en el RMC, aun cuando de lo que se trate no pase de ser un televisor y un par de sillas. El resultado es que, en lugar de tutelar en forma más efectiva el crédito y simplificar los trámites de la ejecución judicial, ahora estos serán más complicados y onerosos.

### **Punto 8: Formalidad de constitución de la garantía**

Otra de las banderas de la reforma estuvo centrada en la siguiente frase: “Deben eliminarse las costosas escrituras públicas que se requieren para constituir prendas”. El hecho concreto es que esta era otra postura demagógica, pues la inscripción de las prendas (o su cancelación) requería apenas de una legalización notarial de firmas en documento privado, cuyo costo es bajísimo.

Sin embargo, la LGM creó un “formulario de inscripción” (art. 34), el cual siempre es inconveniente por cuanto encorseta la autonomía privada a través del llenado de recuadros preestablecidos por un burócrata. En tal sentido, la solución anterior era mucho mejor, pues las partes podían estipular el negocio como mejor lo conviniesen, en documento privado<sup>4</sup> (y no en formulario), y a través de una sencilla legalización de firma se habilitaba el título inscribible. Pero, el problema mayor no es la creación del “formulario”, sino la pésima redacción del art. 34, en el cual se habla de un formato que se extiende por duplicado, y del cual el notario archiva un ejemplar para expedir traslados cuando se le solicite. Es decir, de una “legalización de firmas” se pasa a un documento híbrido que necesariamente implica un mayor costo por cuanto la actuación notarial es mayor (archivo documental). Empero, como la citada norma no era muy clara, entonces a través de una dudosa interpretación se expidió el Dec. Sup. 012-2006-JUS, por el cual se “reglamentó” el art. 34, y en el que se indica que el formulario en realidad no es formulario (sic), sino un acta protocolar (rectius: escritura pública sin minuta).

---

<sup>4</sup> La única excepción se daba en la prenda minera, en la que sí se requería escritura pública.

---

En resumen, se quiso simplificar y abaratar el sistema, pero en lugar de ello se pasó de una legalización de firmas (antes) a una escritura pública (ahora). ¿Puede haber mayor contradicción entre las intenciones y el resultado?

### **PUNTO 9: La calificación registral**

Una de las mayores trabas del tráfico patrimonial es la calificación de minucias que realizan los registradores, o peor aún, cuando estos ingresan en zonas sobre las que está vedado el examen registral. El resultado de ello es la denegatoria (injustificada), o por lo menos la demora, de la inscripción. En tal sentido, la LGM parece contar, entre sus ventajas, con la instauración de un sistema de calificación restringido o atenuado (art. 36).

Sin embargo, esta perspectiva es también errónea, pues la calificación registral siempre es limitada, por cuanto este es un examen estrictamente técnico-jurídico respecto del cumplimiento de algunos requisitos impuestos por ley; principalmente es un juicio negativo (verificación de faltas puntuales que hacen no-inscribible el título)<sup>5</sup>, antes que un juicio positivo (sobre la legalidad o validez absoluta del título). La naturaleza limitada de la calificación viene impuesta por dos motivos fundamentales: Primero, se basa en documento fehaciente, que en principio es el único fundamento de la inscripción; Segundo, el registrador actúa en un procedimiento en donde solamente verifica un documento, sin actuación libre de pruebas, sin valoración de la prueba, sin citación de otra parte, sin audiencia ni contradictorio, sin declaraciones ni testigos, sin analizar intenciones, buena fe, subjetividades, etc. Por tanto, la calificación, por los propios presupuestos técnicos que la sustentan, limitada.

Por tanto, el art. 36 no innova nada, y se limita a repetir los estrechos alcances de la calificación establecidos en el art. 2011 del CC. Otra cosa es que exista una costumbre muy difundida de excesos en la calificación registral, pero esa “costumbre” se elimina con capacitación e información a los operadores del sistema, y no con modificaciones legislativas. En suma, el examen del registrador es limitado por su propia naturaleza, y no por lo que diga el art. 36 de la LGM, que en buena cuenta repite normas anteriores. Por lo demás, una norma de ese tipo ha llevado a sostener que existen dos “modalidades” de calificación registral: una “amplia” y otra “atenuada”, lo que constituye un despropósito por los fundamentos antes citados<sup>6</sup>.

Por otro lado, llama la atención el distinguo que se realiza entre el “acto inscribible” (formulario de inscripción) y el “acto constitutivo de la garantía” (negocio jurídico creador de la garantía), con lo cual se pretende crear una disociación entre el documento que llega al registro y el acto jurídico que lo sustenta (art. 36, 2º párrafo, de la LGM). Sin perjuicio de las críticas conceptuales que este sistema puede merecer, ¿qué ocurrirá cuando existan discrepancias entre uno y otro? ¿Primará el formulario? ¿No se estará introduciendo un peligroso mecanismo que favorece en forma desmedida a los acreedores institucionales del sistema financiero?

---

<sup>5</sup>Por eso, este principio registral debe llamarse de CALIFICACIÓN (art. 2011 CC), y no de “legalidad”, pues esto último ha llevado a la errónea conclusión de que el registrador “puede calificar toda la legalidad del título”.

<sup>6</sup>Así lo establece directamente el Reglamento de Inscripciones aprobado por Resolución No. 142-2006-SUNARP/SN (publicado el 26-5-2006), cuyo exceso de normativa, mucha de la cual está llena de artificios jurídicos sin sustento, la hace por demás criticable. Sin embargo, si tenemos en cuenta que nuestra propuesta se centra en la derogatoria de la LGM, entonces resulta evidente que no es necesario realizar un comentario de este Reglamento.

---

### **PUNTO 10: Ejecución de la garantía**

Un problema real e innegable es la demora de los procesos judiciales, y la consiguiente insatisfacción que este hecho produce en el sistema crediticio. Empero, esa circunstancia no es responsabilidad del Código Civil, y en su momento debe ser corregida con la reforma de procedimientos.

En tal sentido, la LGM tampoco constituye un remedio a los males del servicio de justicia, pues resulta improbable que sus innovaciones sean eficaces: Primero, se establece una "toma de posesión" por propia autoridad del acreedor (art. 51), lo cual obviamente ocurrirá en los contados casos en los que exista voluntariedad del deudor a favor de esa entrega, pero que normalmente no se producirá cuando exista oposición; en todo caso, si hay voluntad del deudor para entregar el bien, entonces la norma es simplemente innecesaria. Segundo, se establece un procedimiento de incautación del bien (art. 52), pero ¿y qué pasa con el proceso principal que puede demorarse años? Tercero, se introduce el pacto comisorio, pero se olvida que este es una atribución de propiedad por acto privado del acreedor (art. 53), y que siempre es susceptible de impugnación judicial en tanto no exista cosa juzgada sobre esa cuestión. Por tal razón, lo más probable es que el ámbito de controversia judicial se traslade de la ejecución de la garantía, a la validez de la atribución de dominio, con lo cual el conflicto se mantiene, y solo se cambia la pretensión. El problema puede continuar exactamente igual si tenemos en cuenta que el deudor renuente ocultará el bien y este no podrá ser entregado al acreedor o nuevo propietario en virtud del pacto comisorio. En suma, la LGM no propone ninguna medida que realmente implique la aceleración y simplificación del proceso judicial.

### **3. Conclusiones**

Este ensayo no se basa en concepciones dogmáticas, históricas, ni en la naturaleza de las instituciones jurídicas. Por el contrario, cada una de las afirmaciones está sustentada en los múltiples problemas prácticos que hemos detallado, y que hacen inviable la Ley. Por tal razón, nuestras conclusiones se basan en la experiencia concreta y no en cuestiones teóricas o ideológicas:

Primero.- Hay que derogar la Ley de Garantía Mobiliaria, pues el régimen anterior, con todos sus defectos, era superior al actual.

Segundo.- Debe restituirse la vigencia del Código Civil, en lo referente al derecho real de prenda.

Tercero.- En cuanto a las prendas especiales (agrícola, industrial, minera, etc.), debe ratificarse su derogatoria, y en su reemplazo simplemente hay que reglamentar el registro (único) de prenda con entrega jurídica, ya previsto en el Código Civil. Si el problema es la "etiqueta", entonces puede cambiarse la denominación por: "Registro de prenda con inscripción".

Cuarto.- Para el caso de las garantías mobiliarias constituidas durante la vigencia de la ley (que no serán muchas ante la incertidumbre que actualmente tiene el mercado sobre este tema), estas se regirán en forma inmediata por las normas del Código Civil (reintroducidas) sobre prenda con entrega jurídica; y si hubiesen GM sobre bienes genéricos, ajenos o futuros, estas deberán adecuarse a bienes concretos en el plazo de 90 días bajo pena de extinción. Nótese que aquí no se produce colisión alguna con la Constitución, pues la nueva ley no modifica los pactos contractuales, sino que se limita a regular los efectos jurídicos de los contratos y el consiguiente sometimiento a las normas imperativas.

---

Quinto.- Para acelerar y simplificar los procedimientos, debe establecerse un proceso (único) de ejecución, por el cual, y previo un único traslado, el juez ordenará la venta del bien, siempre que se acredite con título fehaciente la existencia de la deuda y de la garantía. La decisión del juez no podrá ser paralizada de ninguna manera, ni por apelación, la que se entenderá sin efecto suspensivo. La introducción de este proceso no implica negación del acceso a la justicia por parte del deudor, ya que éste en otra vía (de cognición) podrá impugnar los presupuestos sustantivos de la ejecución, en cuyo caso, y de serle favorable la sentencia, obtendrá la devolución del dinero obtenido por la venta (no del bien), más una indemnización si fuere el caso.

---

## ASPECTOS ADUANEROS Y TRIBUTARIOS DE LAS INVERSIONES Y OPERACIONES COMERCIALES EN LA ZONA FRANCA DE TACNA

Ricardo Guevara Bringas\*

### Resumen

*En este novedoso artículo el autor nos presenta a la zona franca de Tacna como una importante opción para el desarrollo regional y como una significativa fuente de empleo y de inversión. Así, el análisis del autor incide particularmente en las exoneraciones previstas en los regímenes tributarios y aduaneros, con arreglo a las modificaciones realizadas a la Ley 27688 Ley de Zona Franca y Zona Comercial de Tacna y a los procedimientos en vista de adquirir la calidad de usuario de la Zona.*

### Marco normativo

*Ley de Zona Franca y Zona Comercial de Tacna, Ley N° 27688*

*Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley de Zona Franca y Zona Comercial de Tacna, Ley N° 27688, Decreto Supremo N° 002-2006-MINCETUR*

Sumario: 1. Introducción. 2. El acceso a la zofratacna y a la zona comercial de Tacna. 3. Regímenes tributarios. 4. Sanciones. 5. Reflexiones finales.

### 1. Introducción

Las zonas francas, entendidas como espacios geográficos dotados de regímenes aduaneros y tributarios preferenciales destinados a la captación y promoción de la inversión, forman parte sin duda de aquellas instituciones jurídicas que presentan un interés capital para la economía y el desarrollo de un país. Al respecto, existen publicaciones en las que se insiste en la necesidad de crear en el Perú más y mejores zonas francas tomando el ejemplo de China en donde constituyen un verdadero motor para el dinamismo económico y comercial<sup>1</sup>.

En nuestro medio el legislador peruano ha regulado extensamente la zona franca ubicada en la ciudad de Tacna (en adelante "Zofratacna").

La Zofratacna está normada por la Ley de Zona Franca y Zona Comercial de Tacna Ley N° 27688 y sus múltiples modificatorias<sup>2</sup> (en adelante la "Ley") y por el Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley de Zona Franca y Zona Comercial de Tacna, Ley N° 27688, Decreto Supremo 002-2006-EF y su última modificatoria del año 2007 (en adelante el "TUO del Reglamento")<sup>3</sup>. Resulta además aplicable el Reglamento de Infracciones y Sanciones de la Ley de Zona Franca y Zona Comercial de Tacna, Decreto Supremo N° 005-2005-MINCETUR.

Cabe mencionar que la Zofratacna no es la única que existe en nuestro país. En efecto mediante la Ley de la Zona Económica Especial de Puno - Zeedepuno, Ley N° 28864, y su Reglamento, Decreto Supremo N° 050-2007-EF se reguló dicha zona económica.

---

\*Abogado por la Escuela de Abogados de París y por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho Internacional Económico por la Sorbona de París y máster en Derecho Comercial por la Universidad de Bristol, Inglaterra. Consultor en materia corporativa e inversión extranjera. Autor de libro "Investir Et Faire Des Affaires au Pérou Guide Juridique 2007". Actualmente titular del Estudio RGB Avocats - Ricardo Guevara Bringas Abogados y docente de la facultad de Derecho y CC.PP de la USMP.

---

Nótese que el primer antecedente sobre zonas francas en Perú se remonta a la Ley de Promoción de Exportaciones No Tradicionales, Decreto Ley N° 22342<sup>4</sup>. Conviene recalcar que el régimen de Zofratacna difiere de aquellos establecidos para los Centros de Exportación, Transformación, Industria, Comercialización Servicios (“Ceticos”)<sup>5</sup> de Ilo, Matarani, Paita, Tacna y Loreto<sup>6</sup>, así como aquél de la Zona de Tratamiento Especial Comercial de Tacna, Zotac<sup>7</sup>.

En efecto, los Ceticos a diferencia de la Zofratacna, son áreas geográficas debidamente delimitadas que tienen la naturaleza de zonas primarias aduaneras de trato especial. Mientras las zonas francas no pertenecen al territorio aduanero, las zonas primarias aduaneras sí pertenecen al mismo. En las zonas francas las mercancías son consideradas siempre extranjeras, mientras que en las zonas primarias aduaneras las mercancías son consideradas nacionales, extranjeras o nacionalizadas. Asimismo, las zonas francas se encuentran bajo el control de autoridades distintas a Aduanas, mientras que las zonas primarias aduaneras están bajo el control de Aduanas. Más aún las zonas francas no están afectas a tributos aduaneros, en tanto que las zonas primarias aduaneras sí lo están. Por último, en las zonas francas las mercancías no tienen un límite de permanencia, a diferencia de las zonas primarias aduaneras en donde sí se establece un límite.

Desde un punto de vista histórico, el establecimiento de zonas francas se remonta al Imperio romano, en el que las prácticas comunes de trasbordo, almacenamiento y reexportación de mercaderías, hicieron necesaria la implementación de zonas geográficas apropiadas para el desarrollo de estas actividades. En la Edad Media, el desarrollo del comercio motivó que se aproveche la infraestructura existente. Durante la Colonia, algunos estados europeos establecieron ciudades y puertos francos que les permitieron atraer parte importante del comercio<sup>8</sup>. Tras la Segunda Guerra Mundial, el fenómeno de las zonas francas se incrementó, siendo la Zona Franca Comercial de Colón, Panamá, la de mayor éxito en su momento<sup>9</sup>. Posteriormente, los objetivos de dichas zonas se ampliaron, orientándose al fomento del empleo y la exportación de manufacturas<sup>10</sup>.

Teniendo en cuenta el carácter reciente de las modificaciones a la regulación de la Zofratacna y en tanto se trata de un tema poco difundido en el medio jurídico a pesar de poder propiciar esquemas de inversión atractivos para los inversionistas peruanos y extranjeros, cobra real interés analizar los principales alcances de la normativa que rige la Zofratacna y la Zona Comercial de Tacna.

En primer término, se expondrá el marco conceptual de la Zofratacna y de la Zona Comercial de Tacna, así como los requisitos para el acceso a dichas zonas. En la segunda sección analizaremos los regímenes tributario y aduanero aplicables a la Zofratacna y a la Zona Comercial de Tacna. Finalmente, a través de un cuadro en anexo al presente, detallaremos las principales sanciones previstas para los usuarios de la Zona Franca y la Zona Comercial de Tacna en caso de violación de la normativa de dichas zonas.



---

## **2. El acceso a la Zofratacna y a la zona comercial de Tacna**

### **2.1 La Zofratacna**

En doctrina se ha definido a las zonas francas como las áreas o superficies del territorio nacional, que cuentan con una infraestructura física y de servicios, destinadas al establecimiento y desarrollo de actividades industriales, turísticas, comerciales o financieras según sea el caso, las cuales actúan bajo un régimen especial en los campos tributario, aduanero y comercio exterior<sup>11</sup>.

Por su lado, la Zofratacna constituye una parte del territorio nacional, del departamento de Tacna, perfectamente delimitado en donde las mercancías que en ella se internen gozan de un régimen especial en materias tributaria y aduanera.

Cabe mencionar que la Zofratacna no es la única que existe en nuestro país. En efecto mediante la Ley de la zona económica especial de Puno-ZEEDEPUNO, Ley N° 28864, y su reglamento, decreto supremo N° 050-2007-EF se reguló dicha zona económica.

Nótese que entre las actividades susceptibles de ser desarrolladas en la Zofratacna figuran las actividades industriales, agroindustriales, de maquila y de servicios. Las actividades de servicios incluyen el almacenamiento y distribución de mercancías, desembalaje, embalaje, envasado, rotulado, etiquetado, división, exhibición y clasificación de mercancías. Asimismo, se podrán desarrollar actividades relacionadas con la reparación, reacondicionamiento y/o mantenimiento de maquinaria, motores y equipos para la actividad minera de acuerdo con una lista aprobada por Resolución Ministerial (artículo 7 de la Ley)<sup>12</sup>.

### **2.2 La Zona Comercial de Tacna**

La Zona Comercial de Tacna, regida por el mismo cuerpo de leyes y decretos aplicables a la Zofratacna, comprende el distrito de Tacna de la provincia de Tacna, así como el área en donde se encuentran funcionando los mercadillos en el distrito del Alto de La Alianza en la mencionada provincia<sup>13</sup> (artículo 4 de la Ley).

Como será en adelante detallado, las mercancías que se internen para su comercialización en la Zona Comercial de Tacna desde terceros países a través de los depósitos francos ubicados en la Zofratacna gozan de exoneraciones tributarias previstas en la Ley.

### **2.3 Actividades prohibidas en la Zofratacna y en la Zona Comercial de Tacna**

Nótese que en ambas zonas está prohibida la importación a la Zofratacna y a la Zona Comercial de Tacna de insumos químicos fiscalizados, armas y sus partes accesorias, mercancías que atenten contra la salud, el medio ambiente y la seguridad o moral pública y todos los demás productos que sean fijados por el Reglamento (artículo 11 de la Ley).

Igualmente, en la Zofratacna no se permite el establecimiento de residencias particulares ni el ejercicio del comercio al por menor o al detalle. Sobre el particular, es de señalar que conforme a la modificación establecida por la Ley N° 28599 la única actividad de comercio permitida al interior de la Zofratacna, será exclusivamente la venta de autos usados (artículo 12 de la Ley).

---

## **2.4 Administración de la Zofratacna y de la Zona Comercial de Tacna**

### **2.4.1 El Operador**

De acuerdo con la Ley, el operador es aquella empresa, titular de una concesión estatal, que tiene por finalidad promover, dirigir, administrar y operar la Zofratacna y la Zona Comercial de Tacna, debiendo construir la infraestructura que resulte necesaria. El operador se encuentra bajo la supervisión del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (artículos 34 y 36 de la Ley).

### **2.4.2 El Comité de Administración**

El Comité de Administración es un organismo descentralizado autónomo del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, con autonomía administrativa, técnica, económica, financiera y operativa, sujeta a supervisión por parte del mencionado Ministerio o la entidad a la que este delegue. Su organización estructural está conformada por el Comité de Administración y la Gerencia General (artículo 39 de la Ley).

## **2.5 Acceso a la calidad de usuario de la Zofratacna y de la Zona Comercial de Tacna**

Para gozar de los beneficios tributarios aplicables a la Zofratacna es necesario entre otros requisitos que el solicitante ostente la calidad de usuario de la Zofratacna. Al respecto, nótese que es posible solicitar la calidad de usuario de la Zona Comercial de Tacna y de tal forma ostentar la calidad de usuario de ambas zonas, o por supuesto ser exclusivamente usuario de la Zofratacna.

### **2.5.1 Procedimiento para adquirir la calidad de usuario de la Zofratacna**

#### **2.5.1.1 Condiciones relativas al solicitante**

La Ley y el Reglamento definen al usuario como aquella persona natural o jurídica, nacional o extranjera, que celebra un contrato de cesión en uso oneroso, de compraventa o de opción de compra de espacios físicos para desarrollar cualquiera de las actividades permitidas en la Zofratacna o en la Zona Comercial de Tacna (artículo 40 de la Ley).

Así, el solicitante puede ser una persona natural o una persona jurídica, nacional o extranjera. Si se trata de una persona natural su domicilio habitual deberá estar establecido en el Perú. Si se trata de una persona jurídica, el solicitante debe de estar registrado como sociedad en los Registros Públicos de la Ciudad de Tacna<sup>14</sup>.

En todos, los casos el solicitante debe de obtener el RUC ante la SUNAT, fijando su domicilio fiscal en la ciudad de Tacna.

#### **2.5.2 Condiciones relativas a la modalidad de almacenamiento**

El solicitante, sea persona natural o persona jurídica, debe optar por un tipo de almacenamiento de sus mercancías en la Zofratacna en los depósitos francos<sup>15</sup>. Las opciones previstas son las siguientes:

##### **a) Usuario de depósito franco público**

Bajo esta modalidad, cualquier usuario autorizado almacena sus mercancías en los depósitos de una sociedad especializada junto a otros usuarios.

---

Para una empresa que recién se dispone a iniciar operaciones en la zona lo más conveniente es constituirse bajo la modalidad de usuario de depósito franco público, y así tercerizar las operaciones logísticas es decir el control e ingreso de mercadería, almacenaje, transporte.

En relación con el costo a pagar al administrador del depósito franco público por usar su almacén, este podrá variar de acuerdo con el área que tenga el depósito<sup>16</sup>.

#### **b) Usuario de depósito franco particular**

Mediante esta modalidad el usuario almacena sus mercancías y se encarga de la administración de un depósito que le es exclusivo. Es de recalcar que en el caso de usuario de depósito franco particular, el usuario debe de realizar los trámites ante la Administración de la Zofratacna para obtener la calidad de administrador.

Al respecto, es posible ser usuario de depósito franco particular de las siguientes maneras:

##### **(i) Mediante subasta pública organizada por la administración de la Zofratacna**

El usuario se podrá recibir el uso de uno de los galpones disponibles, los cuales cuentan con un área de 675 m<sup>2</sup> y se encuentran techados y dotados de la correspondiente infraestructura. Por dichos espacios, el usuario deberá de pagar un alquiler mensual a la administración de la Zofratacna.

El procedimiento de la subasta implica en la práctica que previamente deben presentarse de cuatro a cinco postores interesados en determinado galpón o lote de terreno, para que luego la administración de la Zofratacna convoque a subasta pública.

El plazo aproximado de este procedimiento es de un mes, contado desde la solicitud del postor hasta la adjudicación del galpón o lote de terreno. Una vez que el usuario se adjudique el uso del espacio debe de llevar a cabo los trámites correspondientes para ser administrador del mismo<sup>17</sup>.

Asimismo, los usuarios podrán beneficiarse de la opción de compra de los lotes de terrenos o los galpones y sus edificaciones o podrán recibir la propiedad mediante compraventa inmediata.

##### **(ii) Mediante un contrato de arrendamiento**

El contrato de arrendamiento se celebra con el administrador de un depósito franco particular respecto de un lote que se encuentra inactivo o sin uso.

#### **2.6 Procedimiento para la obtención de la calidad de usuario de la Zona Comercial de Tacna**

El solicitante, con el objeto de gozar de los beneficios tributarios establecidos para dicha zona, deberá previamente obtener la calidad de usuario.

Como ha sido indicado, es posible que un usuario de la Zofratacna tenga también la calidad de usuario de la Zona Comercial de Tacna. Es el caso de por ejemplo un importador que ingrese sus mercancías a la Zofratacna y las

---

almacene en un depósito franco público para posteriormente enviarlas a la Zona Comercial de Tacna y comercializarlas en su local comercial.

## **2.7 Principales obligaciones propias a la calidad de usuario de la Zofratacna**

El usuario de la Zofratacna debe de iniciar sus operaciones en un plazo no mayor de dos años contados a partir de la suscripción del contrato de cesión de uso de espacios físicos. En caso contrario se establece que el Estado revertirá dichos espacios a su dominio (artículo 44 del TUO del Reglamento).

Asimismo, el usuario debe implementar la infraestructura necesaria respetando el plan de desarrollo de la Zofratacna y cumplir con su reglamento y las normas vigentes sobre protección y seguridad, conservación del medio ambiente e infraestructura (artículo 41 de la Ley).

El usuario llevará su contabilidad de acuerdo al Código Tributario peruano (artículo 13 de la Ley). Es responsable de la tenencia, mantenimiento y destino final de toda mercancía introducida o procesada por la Zofratacna (artículo 30 de la Ley).

Consideramos que el usuario de la Zofratacna tiene a su cargo obligaciones legales propias a las de un ordenado comerciante que no parecen particularmente onerosas si se considera el carácter excepcionalmente preferencial de los regímenes tributarios y aduaneros aplicables que serán tratados a continuación.

## **3. Regímenes tributarios y aduaneros aplicables en la Zofratacna y en la Zona Comercial de Tacna**

Es de señalar que las exoneraciones tributarias establecidas para la Zofratacna y la Zona Comercial de Tacna que a continuación se señalan regirán hasta el 2022, ya que tienen un periodo de vigencia de veinte años desde la dación del Reglamento, Decreto Supremo N° 011-2002-MINCETUR.

### **1. Régimen tributario y aduanero en la Zofratacna<sup>18</sup>**

Los usuarios de la Zofratacna que realicen las actividades autorizadas estarán exonerados de los siguientes impuestos:

- Impuesto a la Renta (IR),
- Impuesto General a las ventas (IGV),
- Impuesto Selectivo al Consumo (ISC),
- Impuesto de Promoción Municipal,
- Todo tributo, tanto del Gobierno Central, regional, municipal, creado o por crearse.
- Se exceptúan las aportaciones a Essalud que son de cargo del empleador cuando contrata trabajadores y las tasas<sup>19</sup>.

Sin embargo, las operaciones que se efectúen entre los usuarios dentro de la Zofratacna, están únicamente exoneradas del Impuesto General a las Ventas e Impuesto de Promoción Municipal.

Asimismo, las operaciones que efectúen los usuarios para realizar las actividades autorizadas, estarán gravadas con todos los tributos que afecten las ventas, importaciones y prestaciones de servicios, según corresponda, cuando se realicen para el resto del territorio nacional.

---

De acuerdo al tenor del artículo 9 del TUO del Reglamento para gozar de los beneficios antes mencionados los usuarios de la Zofratatna deberán cumplir con lo siguiente:

- a) Reunir los requisitos para ser considerado domiciliado en el país de acuerdo a lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por el Decreto Supremo N° 179-2004-EF y normas modificatorias.
- b) Inscribirse en el Registro Único de Contribuyentes.
- c) Fijar su domicilio fiscal en el departamento de Tacna.
- d) Haber obtenido la calificación de usuario de la Zofratatna, conforme a lo establecido en el presente Reglamento.

### **1.1 Principales regímenes tributarios y aduaneros específicos**

#### **1.1.1 El ingreso de bienes nacionales y la prestación de servicios provenientes del resto del territorio nacional hacia la Zofratatna<sup>20</sup>**

Es de notar que el ingreso de bienes nacionales y la prestación de servicios provenientes del resto del territorio nacional hacia la Zofratatna se les considera como:

- a) Una exportación definitiva, y le serán aplicables las normas referidas a la restitución simplificada de los derechos arancelarios y del Impuesto General a las Ventas; o bien,
- b) Una exportación temporal, en este caso los tributos de importación se calcularán sobre el valor agregado al reingreso de las mercancías al resto del territorio nacional (artículo 24 de la Ley).

#### **1.2.2 El ingreso de bienes, equipos y maquinarias**

Los usuarios de la Zofratatna, podrán ingresar maquinarias, equipos, herramientas, repuestos de origen extranjero y bienes en general a la Zofratatna y a la zona de extensión a través de los depósitos francos (artículo 26 del TUO del Reglamento).

En este caso se goza de un régimen especial de suspensión del pago de derechos e impuestos de aduanas, siempre que los bienes, equipos y maquinarias se usen directamente en las actividades desarrolladas por el usuario en la Zofratatna (artículo 26 de la Ley).

#### **1.2.3 Salida de mercancías al resto del territorio nacional**

La salida de mercancías desde la Zofratatna hacia el resto del territorio nacional deberá cumplir con las normas legales y administrativas aplicables a las importaciones y dichas mercancías estarán gravadas con todos los tributos que las afecten (artículo 29 del Reglamento).

#### **1.2.4 Reexpedición**

Se debe entender como reexpedición a la salida definitiva de la Zofratatna con destino al exterior de mercancías almacenadas sin haber sufrido ningún tipo de transformación, elaboración o reparación dentro de dicha zona. Es aplicable a esta modalidad el régimen aduanero de tránsito (inciso g del artículo 1 del Reglamento).

---

Por lo general, tratándose de mercancías, los usuarios destinan una parte de sus productos a la Zona Comercial de Tacna para ser comercializados. Dicho envío de mercancías como será en adelante indicado, está igualmente sometido a un régimen aduanero preferencial.

## **2. Régimen tributario y aduanero en la Zona Comercial de Tacna**

### **2.1 Exoneraciones tributarias aplicables a las mercancías provenientes del extranjero**

Es de recalcar que las mercancías que se internen en la Zona Comercial de Tacna desde el exterior a través de los depósitos francos de la Zofratacna se encuentran exoneradas del Impuesto General a las Ventas, Impuesto de Promoción Municipal e Impuesto Selectivo al Consumo, así como de todo impuesto creado o por crearse, pagando únicamente un arancel especial del 8%.

Para gozar de este beneficio, el ingreso de las mercancías se debe de realizar a través de los puertos de Ilo y Matarani, Aeropuerto de Tacna y el Muelle Peruano de Arica, siempre que se trate del Régimen Simplificado de Mercancías. Este régimen permite el ingreso de bienes que van a ser comercializados en la Zona Comercial de Tacna hasta por un límite de US\$ 2,000.00 (dos mil dólares americanos) por despacho y un máximo de US\$ 10,000.00 (diez mil dólares americanos) por mes (artículo 4 del TUO del Reglamento).

### **2.2 Exoneraciones en la venta de mercancías a personas naturales en calidad de turistas**

Se considera turista a toda persona natural nacional o extranjera domiciliada fuera de la provincia de Tacna, provista de su documento nacional de identidad en el caso de nacionales y pasaporte o documento oficial en el caso de extranjeros, que visite la Zona Comercial de Tacna, con el fin de adquirir bienes en dicha zona, solo para uso y/o consumo personal, sin fines comerciales y/o empresariales, sujetándose a los montos y volúmenes señalados en la franquicia de compra, para trasladarlos al resto del territorio nacional (inciso i del artículo 1 del TUO del Reglamento).

Nótese que la venta de las mercancías, dentro de la Zona Comercial de Tacna, estará exonerada del Impuesto General a las Ventas, Impuesto de Promoción Municipal e Impuesto Selectivo al Consumo y demás impuestos creados y por crearse que graven las operaciones de venta, siempre que sea efectuada por los usuarios de la Zona Comercial de Tacna a las personas naturales domiciliadas en la provincia de Tacna y al turista, que las adquieran para su uso y consumo personal sin fines comerciales y/o empresariales<sup>21</sup>.

La Ley determina que únicamente aquellos que tengan la calidad de turistas podrán trasladar las mercancías al resto del territorio nacional. Por otro lado, es de recalcar que la venta de mercancías ingresadas en la Zona Comercial de Tacna provenientes de la Zofratacna y realizada entre usuarios de la Zona Comercial de Tacna está sujeta al pago de impuestos.

Sin embargo, nótese que los usuarios de la Zona Comercial de Tacna que realicen las operaciones antes señaladas estarán gravados con el Impuesto a la Renta (artículo 20 de la Ley y 11 del TUO del Reglamento).

---

Finalmente, la Ley permite que la primera venta entre usuarios de la Zona Comercial de Tacna solo esté sujeta al pago del Impuesto a la Renta. Esta primera venta se acreditará con lo que en la práctica se conoce como la "tercera factura". Nótese que de conformidad con lo establecido por el artículo 11 del TUO del Reglamento para gozar de los beneficios antes mencionados los usuarios de la Zona Comercial de Tacna deberán cumplir con lo siguiente:

- a) Reunir los requisitos para ser considerado domiciliado en el país de acuerdo a lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta.
- b) Inscribirse en el Registro Único de Contribuyentes.
- c) Usar su domicilio fiscal en la provincia de Tacna del departamento de Tacna.
- d) Haber obtenido la calificación de usuario de la Zona Comercial de Tacna.

#### **4. Sanciones**

Como sabemos, las sanciones administrativas son los males que la Administración infringe a los administrados como consecuencia de una conducta ilegal<sup>22</sup>. En el presente caso, las sanciones por las infracciones a la Ley y a su Reglamento, así como el incumplimiento de las obligaciones contractuales, por parte de los usuarios de la Zona Franca de Tacna, Zona Comercial de Tacna y/o Zona de Extensión son: (i) multa (hasta el 1% sobre el monto de la inversión prevista), (ii) suspensión de la autorización otorgada al usuario y (iii) cancelación de la autorización de usuario de la Zofratacna (artículo 33 de la Ley).

Por su parte, el Reglamento de Infracciones y Sanciones de la Zofratacna y la Zona Comercial de Tacna, aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-2005-MINCETUR, precisa las sanciones aplicadas a los usuarios de estas zonas. El cuadro anexado al presente reseña dichas sanciones para los usuarios de los depósitos francos públicos y de la Zona Comercial de Tacna.

#### **5. Reflexiones finales**


La Zofratacna claramente se presenta como una importante opción para el desarrollo regional y como una significativa fuente de empleo y de inversión. Es de anotar que la Zofratacna cuenta con un potencial de explotación aún no aprovechado.

Retomando el ejemplo aludido al inicio del presente trabajo, debemos indicar que en el territorio chino no solo existen Zonas Económicas Especiales, sino una diversidad de tipos de zonas francas que se han adaptado según sus necesidades y particularidades, como las denominadas zonas de desarrollo económico y tecnológico, las zonas de investigación y desarrollo de altas tecnologías, las zonas de investigación científica y de procesamientos.

En la práctica, dichas zonas han atraído más de 500 mil millones de dólares en inversiones e hicieron, junto a muchos otros factores, que China logre un salto exponencial desde el cuadragésimo al séptimo puesto entre las potencias comerciales mundiales, siendo hoy la tercera potencia mundial<sup>23</sup>.

Existió hace algunos años un proyecto de norma denominado "Ley de la Zona Económica Especial Tacna y Zona Comercial de Tacna". Consideramos que si bien la noción de zona franca podría ser sustituida por una más vasta que es

---



la de zona económica especial, se requiere una estrategia de desarrollo y crecimiento económico cuyo vehículo sea la creación armoniosa de nuevas zonas francas dotadas de infraestructura adecuada. Es igualmente necesario ampliar aún más el ámbito material y funcional de las zonas francas a efectos de incentivar, por ejemplo, la investigación científica y las transferencias de tecnología para salir de un modelo económico limitado a las actividades de extracción y exportación de productos semielaborados.



## **ANEXOS**

### **INFRACCIONES Y SANCIONES<sup>24</sup>**

#### **DECRETO SUPREMO N° 005-2005-MINCETUR**

|   | INFRACCIONES SANCIONADAS CON MULTA  | SANCIÓN <sup>25</sup>                                  |
|---|---|--|
| <b>USUARIOS DE DEPÓSITOS FRANCOS PÚBLICOS</b>   | ➤ No presentar información requerida por la Administración.   | 25% (+5% por día hasta cumplir con la presentación)    |
|   | ➤ No comunicar la permanencia de mercancías que se declararon salidas.  | 15%  |
|   | ➤ No entregar documentación necesaria para elaborar las declaraciones de ingreso, salida, traspaso y traslado.                              | 10%  |
|   | ➤ Proporcionar información errónea, inexacta o incompleta.  | 25%  |
|   | ➤ No declarar en la forma establecida por la normativa y la Administración.   | 25%  |
|   | ➤ Ingreso y salida de mercancías sin haber cancelado las tarifas respectivas.   | 25%  |
|   | ➤ Impedir labores de inspección.  | 40%  |
|   | ➤ Alterar el orden interno de la Zofratacna u originar daños a las empresas instaladas en ella.   | 40%+ resarcimiento                                     |
|   | ➤ No comunicar el cambio de directorio, gerentes, domicilio fiscal o legal dentro del plazo de cinco días de efectuado.                     | 25%  |
|   | ➤ Uso indebido de identificaciones otorgadas por la Zofratacna.   | 25%  |
|   | ➤ Desarrollar actividades no contempladas en el contrato de usuario.  | 40%  |
|   | ➤ Omitir procedimientos de ingreso y salida establecidos por la Administración.   | 80%  |
|   | ➤ Incumplir disposiciones sobre tránsito de personas y vehículos dentro de la Zofratacna.   | 25%  |
|   | ➤ No mantener la documentación de ingreso, permanencia y salida de la mercancía por un periodo de cinco años.                               | No figura porcentaje                                   |
| <b>USUARIOS DE LA ZONA COMERCIAL DE TACNA<sup>26</sup></b>                                      | ➤ No presentar información requerida por la Administración.   | 25% (+1.25% por día hasta cumplir con la presentación) |
|   | ➤ No comunicar a la Administración la permanencia de mercancías que se declararon salidas.  |  |
|   | ➤ Proporcionar información errónea, inexacta o incompleta.  |  |
|   | ➤ No declarar en la forma establecida por la normativa y la Administración.   |  |
|   | ➤ No comunicar a la Administración el cambio de directorio, gerentes, domicilio fiscal o legal dentro del plazo de cinco días de efectuado. |  |
|   | ➤ Consignar datos erróneos, incompletos o inexactos en la declaración de salida de mercancías.  |  |
| ➤ Uso indebido de identificaciones otorgadas por la Zofratacna.                                 | 25%   |  |
| ➤ Mantener sistemas inadecuados de control.   |   |  |
| ➤ Incumplir disposiciones de tránsito de personas y vehículos dentro de la Zofratacna.          | 25% (+5% por día hasta cumplir con la presentación)   |  |
| ➤ Destinar mercancías autorizadas para la zona comercial a finalidad distinta a la establecida. | 25%   |  |
| ➤ Destinar o trasladar las mercancías a lugar distinto al autorizado.                           |   |  |
| ➤ No colocar los distintivos de identificación de acuerdo con las normas pertinentes.           |   |  |
|   | ➤ No mantener la documentación de ingreso, permanencia y salida de la mercancía por un periodo de cinco años.                               | No figura porcentajes                                  |

|  | INFRACCIONES SANCIONADAS CON CANCELACIÓN   |
|--|--|
| USUARIOS DE DEPÓSITOS FRANCOS PUBLICOS | ➤ Haber sido condenado por delitos mediante sentencia consentida o ejecutoriada.   |
|  | ➤ Permitir que un tercero actúe al amparo de su autorización.  |
|  | ➤ Haber sido sancionado por infracción administrativa sobre delitos tributarios y aduaneros.   |
|  | ➤ Ser sancionado con multa prevista en el Reglamento por más de tres veces dentro del periodo de un año calendario.                              |
|  | ➤ Ceder en todo o parte los derechos y obligaciones derivadas del contrato sin previa autorización de la Administración.                         |
|  | ➤ Almacenar, exhibir o comercializar mercancías que no son de su propiedad en su local comercial o puesto de venta autorizado.                   |
|  | ➤ Se compruebe inactividad por más de un año calendario.   |
| USUARIOS DE LA ZONA COMERCIAL          | ➤ Almacenar, exhibir o comercializar mercancías acogidas al arancel especial que no cuentan con el distintivo de identificación correspondiente. |
|  | ➤ Haber sido condenado por delitos mediante sentencia consentida o ejecutoriada.   |
|  | ➤ Haber sido sancionado por infracción administrativa sobre delitos tributarios y aduaneros.   |
|  | ➤ Ser sancionado con multa prevista en el Reglamento por más de tres veces dentro del periodo de un año calendario.                              |

<sup>1</sup>Fernández Arce, Antonio (2004). "Necesitamos zonas francas. Gran estrategia exportadora". En: Brújula. Revista editada por la Asociación de Egresados y Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 7. Lima. pp. 18-25.

<sup>2</sup>La Ley N° 27688 ha sido modificada por la Ley N° 27825 Ley que modifica los artículos 14° y 18° de la Ley N° 27688, Ley de Zona Franca y Zona Comercial de Tacna, por la Ley N° 28569 Ley que otorga autonomía a los CETICOS y por la Ley N° 28599 Ley que modifica la Ley de Zona Franca y Zona Comercial de Tacna Ley N° 27688 y Modificatoria.

<sup>3</sup>El Reglamento primigenio de la Ley N° 27688, Reglamento de la Ley de Zona Franca y Zona Comercial de Tacna Decreto Supremo N° 011-2002-MINCETUR, ha sido modificado por el Decreto Supremo N° 038-2005-MINCETUR Modificación del Reglamento de la Ley N° 27688 y por el Decreto Supremo N° 002-2006-MINCETUR Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley de Zona Franca y Zona Comercial de Tacna, Ley N° 27688. Este último a su vez ha sufrido una última modificación por el Decreto Supremo N° 008-2007-MINCETUR Modifican el Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley de Zona Franca y Zona Comercial de Tacna.

<sup>4</sup>Munive, Jesús. (1991) "Marco Legal de las zonas francas". VV. AA. Zonas francas: industria para la exportación. Lima. pp. 84-85.

<sup>5</sup>El funcionamiento de los CETICOS es normado por las siguientes disposiciones: el Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley emitidas en relación a los CETICOS, Decreto Supremo N° 112-97-EF (que reúne lo establecido en los Decretos Legislativos N° 842 Declaran de interés prioritario el desarrollo de la zona sur del país y crean centros de exportación, transformación, industria, comercialización y servicios en Ilo, Matarani y Tacna y 864 Declaran de interés prioritario el desarrollo de la zona norte del país y crean el CETICOS Paita); el Reglamento de los CETICOS, Decreto Supremo 023-96-ITINCI y la Ley que Otorga Autonomía a los CETICOS, Ley N° 28569.

<sup>6</sup>Alvarado, Oswaldo. (2001) "Algunos alcances de la promoción a las exportaciones". En: Ius et Veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 21. Lima. pp. 170-171.

<sup>7</sup>La ZOTAC que consiste en una zona franca con tratamiento especial, se creó mediante el Decreto Supremo N° 071-89-PCM el 1 de septiembre de 1989. Tuvo como objetivos principales: (i) contrarrestar el contrabando que operaba desde Tacna mediante los productos provenientes de la zona franca de Iquique, los cuales eran comercializados en Perú sin el pago de los aranceles correspondientes, así como, (ii) reinsertar la zona de Tacna al mercado internacional, dada su posición estratégica dentro de la Cuenca del Pacífico. Véase Casas de las Peñas del Corral, Amalia y Julissa Mantilla. (1993) "Costos y beneficios de la implementación de zonas de tratamiento especial comercial: el caso ZOTAC". En: Ius et Veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 6. Lima. pp. 124-125. La ciudad de Tacna, en la práctica, alrededor de veinte años con antelación a la vigencia de la Ley de ZOTAC se había constituido como una zona franca comercial. Con dicha norma se logró que una situación de hecho se convierta en una situación de derecho. Seminario, Domingo. (1991) "Posición de la Cámara de Comercio, Industria y Producción de Tacna con respecto a las zonas francas". En: Zonas francas: industria para la exportación. Lima. p. 148. Citado por: Casas de las Peñas del Corral, Amalia y Julissa Mantilla. Op. Cit. p. 124.

---

<sup>8</sup>GLEBEK, John. (1986) “*El desarrollo de las zonas francas comerciales en el mundo*”. p. 4. Citado por: Casas de las Peñas del Corral, Amalia y Julissa Mantilla. Op. Cit. p. 123.

<sup>9</sup>KELLEHER, Thomas. (1976) “*Manual sobre zonas francas de exportación*”. 1976. p. 17. Citado por: Casas de las Peñas del Corral, Amalia y Julissa Mantilla. Op. Cit. p. 123. Casas de las Peñas del Corral, Amalia y Julissa Mantilla. Op. Cit. pp. 122-123.

<sup>10</sup>Casas de las Peñas del Corral, Amalia y Julissa Mantilla. Op. Cit. pp. 122-123.

<sup>11</sup>MORALES, Lastenio. (1990) “Las zonas francas y otras alternativas para la inversión y desarrollo en el Perú”. Lima: San Marcos, p. 11.  
El artículo 5 del TUO del Reglamento brinda la lista detallada de dichas actividades autorizadas.

<sup>13</sup>Desde el régimen de ZOTAC ya se había pensado en incluir a los comerciantes minoristas informales establecidos en los mercadillos de Tacna porque su situación era incierta debido a que su fuente de trabajo implicaba una evasión flagrante del ordenamiento.

<sup>14</sup>Incluso grandes empresas cuyo domicilio está situado en Lima, operan en Tacna a través de filiales que presentan una denominación social ligeramente distinta. La Administración suele usar el término “razón social” para referirse a dichas sociedades filiales, pero debe solo referirse a “razón social” en el caso de sociedades cuyos socios no limitan su responsabilidad a sus aportes.

<sup>15</sup>Según el artículo 3 del TUO del Reglamento los depósitos francos son “recintos ubicados al interior de la Zofratacna, perfectamente delimitados y cercados donde sin excepción, se almacenan todas las mercancías provenientes del Exterior, del Resto del Territorio Nacional, de los CETICOS, de la ZEEDEPUNO, de la Zofratacna, de la Zona de Extensión, para el desarrollo de las actividades permitidas y autorizadas (...)”

<sup>16</sup>Aproximadamente US\$ 5.00 por m<sup>2</sup> dividido entre el Ad Valorem de las mercancías. El costo de inscripción ante la administración de la Zofratacna para ser usuario bajo esta modalidad, tratándose de personas jurídicas, es de S/. 287.00 y el plazo del procedimiento es de un día hábil.

<sup>17</sup>El usuario que desee constituirse como Administrador de Depósito Franco Particular deberá presentar, entre otros documentos, una garantía a favor del Comité de Administración de la Zofratacna equivalente a 15 UIT (para el ejercicio 2008, una UIT equivale a S/. 3,500.00).

<sup>18</sup>Lo establecido en el presente numeral se desprende del Art. 7 y 9 del TUO del Reglamento.

<sup>19</sup>Se consideran tasas a los pagos de carácter administrativo que se realizan al interior de la Zofratacna por una serie de servicios como por ejemplo la instalación de anexos telefónicos, la autorización para el uso de paneles publicitarios, el recojo de basura y la limpieza de pistas y veredas.

<sup>20</sup>Se entiende por el resto del territorio nacional al territorio Nacional, excluida la Zona Comercial de Tacna, la Zofratacna y la Zona de Extensión de conformidad con el inciso h del artículo 1 del TUO del Reglamento.

<sup>21</sup>Los turistas mayores de 18 años que visiten la Zona Comercial Tacna podrán adquirir libre de pago de tributos ciertos artículos siempre que el total no supere la suma de US\$ 1,000 por viaje sin exceder el total de US\$ 3,000 en un período de 12 meses. La lista de artículos se encuentra establecida en el artículo 1 del Decreto Supremo N° 153-2007-EF.

<sup>22</sup>García De Enterría, Eduardo. (1976) “*El problema jurídico de las sanciones administrativas*”. En: Revista Española de Derecho Administrativo. N° 10. Madrid. p. 399.

<sup>23</sup>Fernández Arce, Antonio. Op. Cit. p. 19.

<sup>24</sup>En el presente cuadro no incluimos las sanciones previstas para los usuarios de depósitos francos particulares, ni para los administradores de depósitos francos públicos y particulares.

<sup>25</sup>La sanción es calculada sobre el 1% del monto de inversión en planta, maquinaria, equipos y el monto equivalente al valor CIF del total de inversión en mercancías adquiridas y mantenidas como inventario para su posterior comercialización (Art. 8 Reglamento de Infracciones y Sanciones).

<sup>26</sup>Sanción calculada sobre el 1% del monto de inversión en planta, maquinaria, equipos y el monto equivalente al valor CIF del total de inversión en mercancías adquiridas y mantenidas como inventario para su posterior comercialización.

## RESPONSABILIDAD DE GERENTES Y DIRECTORES EN CASOS DE CRISIS PATRIMONIALES

Julio Carlos Lozano Hernández\*

*Este artículo desarrolla de manera precisa y coherente el tema de la responsabilidad de los gerentes y directores de las empresas al interior de los procesos de crisis patrimonial, en el contexto de la legislación concursal en el Perú, que requiere de una revisión general para que exista un tratamiento adecuado del tema en la reestructuración empresarial promovida por la ley.*

Sumario: 1. Introducción. 2. Situación anterior a la Ley 27809. 3. Incongruencias que sustentan la derogación de sanciones. 4. Situación actual

### 1. Introducción

Como lo mencionamos anteriormente en el artículo “Análisis de injustificada sanción a presidentes de directorio y titulares de empresas quebradas en la Ley Concursal peruana”<sup>1</sup> al referirnos a la existencia de una discriminatoria, arbitraria e inconstitucional sanción que se encontraba contenida en el artículo 100.3 de la Ley General del Sistema Concursal (Ley N° 27809) en contra de los presidentes de directorio y titulares de empresas en el caso de quiebras no dolosas, debemos comprender lo trascendental que es el que la actividad económica de nuestro país cuente con normas eficientes que promuevan la inversión privada, ya sea ésta con capitales nacionales o extranjeros, puesto que es la única manera en la que podemos generar riqueza y estabilidad en nuestro país; ya que en caso contrario las normas ineficientes se constituyen como un desincentivo a desarrollar actividades económicas; constituyéndose por el contrario en externalidades<sup>2</sup> negativas, que objetivamente retrasan el desarrollo del país pues desalientan a los empresario e inversionistas.

Debo referir que es fundamental para un adecuado desarrollo social y económico del país que el Poder Legislativo, nos brinde una base normativa empresarial que esté adecuada a principios que transmitan al mercado; y por ende a sus agentes; los principios rectores de previsibilidad, seguridad y certeza que son los que rigen y multiplican el efecto expansivo de las actividades empresariales en general, debiendo constituirse el trabajo legislativo en un medio que incentive el desarrollo de actividades económicas y no en un obstáculo para su perfeccionamiento.

Es en este sentido debemos manifestar nuestra satisfacción al notar que nuestros legisladores han hecho una corrección fundamental en nuestra Ley General del Sistema Concursal, que es la norma que regula justamente el manejo adecuado de las crisis patrimoniales en las pudieran incurrir los agentes económicos del mercado, con la finalidad de que el resto de la sociedad no se vea afectada por una crisis que pudiera ser transitoria o

\*Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Magister en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima, egresado del doctorado. Diplomado por la Washington College of Law de la American University - WDC, USA en “Arbitraje Comercial Internacional”, “Empresa y Medio Ambiente”, “Implementación de los Derechos Humanos” y “Sistema de Derechos Humanos en las Naciones Unidas”, postgrado (UPC) “Instituciones Jurídicas del Mercado”, especialista en Seguridad y Defensa Nacional por el MINDEF y la USMP. Catedrático de los cursos de Derecho de la Empresa, Derecho Concursal, Derecho Corporativo y Seminario de Derecho Societario y coordinador académico de los cursos de Derecho de la Empresa y Derecho Concursal. Gerente general, socio principal de Análisis & Propuesta Grupo Consultor S.A.C., socio fundador de Rivera-Vilchez & Lozano-Hernández Abogados asociados s. Civil de R. L. Miembro de los comités consultivos de Derecho Corporativo del Ilustre Colegio de Abogados de Lima y de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República.

<sup>1</sup>Publicado en Actualidad Jurídica. Tomo 143, octubre de 2005 (Gaceta Jurídica), págs. 21, 22 y 23.

<sup>2</sup>Costos o beneficios no contratados, que a su vez pueden ser negativas como la contaminación - o positivas como la seguridad adicional que nos brinda el vigilante de la heladería del costado. Ver Bullard, Alfredo (2003) *Derecho y Economía*. Lima. Palestra Editores. Pág. 42.

definitiva<sup>3</sup> al derogar el numeral 100.3° del art. 100° de la Ley N° 27809, mediante la Ley N° 28709 del 12 de abril de 2006 que en su artículo 2° deroga el numeral precitado.

## **2. Situación antes de la ley N° 28709 del 12 de abril de 2006, que en su artículo 2° deroga el numeral 100.3 de la Ley General del Sistema Concursal**

Anteriormente a la modificación legislativa bajo comentario, el numeral 100.3 del artículo 100° de la Ley General del Sistema Concursal establecía sanciones a los presidentes de directorio y a los titulares de empresas concursadas que devengan en quiebras no dolosas que cuando menos eran imprecisas, inconvenientes e inadecuadas al desarrollo normativo que ha tenido nuestra legislación concursal<sup>4</sup>.

Así tenemos que la “quiebra” en nuestro país está regulada en el Título III de la Ley N° 27809, artículo 100<sup>5</sup>, el mismo que contenía el numeral 100.3 que a la letra determinaba que: “Al Presidente del Directorio de la empresa concursada así como al titular de ésta se le aplican los mismos efectos señalados en el numeral primero del presente artículo” es decir que tendrían los mismos impedimentos que cualquier persona natural que hubiera sido declarada quebrada, los que son:

- a) Constituir sociedades o personas jurídicas, en general, o de formar parte de las ya constituidas;
- b) Ejercer cargos de director, gerente, apoderado o representante de sociedades o personas jurídicas, en general;
- c) Ser tutor o curador, o representante legal de personas naturales;
- d) Ser administrador o liquidador de deudores en los procedimientos regulados en la Ley.

Las deficiencias se presentaban por cuanto los autores de dicha norma no lograron diferenciar varios conceptos que indebidamente se incluían sin mayor sustento, por ejemplo, al imponer sanciones al presidente de directorio no repararon en que el directorio es un órgano colegiado tal y como esta conceptualizado en nuestra legislación<sup>6</sup>, la que además dispone que su presidente cumple una función organizadora y formal en dicho órgano pero no de responsabilidad individual, salvo por sus acciones particulares. Asimismo ocurría al establecer sanciones para los titulares de empresas sin especificar claramente a quienes se esta refiriendo, si solo a los propietarios de la Empresa Individuales de Responsabilidad Limitada<sup>7</sup>, o a los accionistas en general de una empresa colectiva<sup>8</sup>, a los Gerentes o Administradores de las personas jurídicas (individuales o colectivas).

<sup>3</sup>Si es transitoria continuara en el mercado ya sea o por que aprueba el Acuerdo Global de Refinanciación que pudo sustentar en un Proceso Concursal Preventivo o un Plan de Reestructuración dentro de un Proceso Concursal Ordinario.

<sup>4</sup>LOZANO HERNÁNDEZ, Julio Carlos. La responsabilidad de los empresarios en las crisis patrimoniales, desde el Derecho Romano hasta el Derecho de Grupos. Primera Edición. Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres. Lima, Marzo 2006, Pág. 35.

<sup>5</sup>Artículo 100°.- Efectos de la quiebra

100.1 El quebrado, mientras dure ese estado, está impedido de:

- a) Constituir sociedades o personas jurídicas, en general, o de formar parte de las ya constituidas;
- b) Ejercer cargos de director, gerente, apoderado o representante de sociedades o personas jurídicas, en general;
- c) Ser tutor o curador, o representante legal de personas naturales;
- d) Ser administrador o liquidador de deudores en los procedimientos regulados en la Ley.

100.2 El quebrado no deviene en incapaz por razón de la quiebra, por lo que puede ejercer sus derechos civiles sin más limitaciones que las señaladas en el párrafo anterior.

100.3 Al Presidente del Directorio de la empresa concursada así como al titular de esta se le aplican los mismos efectos señalados en el numeral primero del presente artículo.

100.4 Corresponde al liquidador o a cualquier interesado inscribir la quiebra en el Registro Personal.

<sup>6</sup>Basta con revisar el artículo 153 de la Ley General de Sociedades que dispone:

Artículo 153°.- Órgano colegiado y elección.

El directorio es órgano colegiado elegido por la junta general. Cuando una o más clases de acciones tengan derecho a elegir un determinado número de directores, la elección de dichos directores se hará en junta especial.

<sup>7</sup>Reguladas en la Ley N° 21621.

<sup>8</sup>Extiéndase cualquier tipo de Sociedad Mercantil o Civil reguladas en nuestra Ley General de Sociedades.

---

Tampoco asignaba dichas sanciones con la indispensable justificación de una debida evaluación de la responsabilidad que pudieran corresponderle a cada uno de los integrantes de los órganos de dirección y administración de las personas jurídicas en general que pudieran justificar la imposición de estas sanciones.

### **3. Incongruencias que sustentan la derogación de dichas sanciones**

Para sustentar nuestra posición es necesario resaltar las incongruencias encontradas entre la norma derogada y la responsabilidad que le pudiera corresponder a cada uno de los sujetos de sanción establecidos en la ley concursal peruana.

#### **3.1 Evidente retroceso en avance de la lógica concursal**

Antiguamente, específicamente en el derecho romano se vinculaban las obligaciones en general con un cumplimiento personal y no patrimonial de las mismas<sup>9</sup>, posición que; entendemos; ha sido uno de los sustentos de la creación de las personas jurídicas que no son más que una abstracción generada por el derecho que en su función reguladora nos permite básicamente limitar nuestra responsabilidad; en el caso de sociedades o empresas de capital; al patrimonio mercantil que pudiéramos asignar voluntariamente a la “empresa” que con este fin constituyamos. En este sentido consideramos que aunque subsisten empresas de naturaleza “personal”, es decir que mantienen la responsabilidad ilimitada de los socios en las obligaciones sociales, consideramos que ese ha sido en realidad un paso evolutivo en la asignación de la responsabilidad social, pues hoy en día es casi inadmisibles constituir una sociedad colectiva regulada en nuestra Ley General de Sociedades en su artículo 265, y siguientes, que incuestionablemente establece que en este tipo de sociedad los socios responden en forma solidaria e ilimitada por las obligaciones sociales, y lo que es pero establece además que todo pacto en contrario no produce efecto contra terceros; lo que ha hecho evidentemente que este tipo societario sea básicamente un tema académico pues su utilización objetiva por parte de los empresarios es nula.

Por lo expuesto consideramos que en general, y desde una perspectiva básicamente concursal, la responsabilidad de las obligaciones de naturaleza empresarial o económica evolucionó hacia una “responsabilidad patrimonial” alejándose definitivamente de la “responsabilidad personal” con la que antiguamente se sancionaba este incumplimiento, por lo que el imponer sanciones a determinados actores empresariales, específicamente a los presidentes de directorio y titulares de empresas involucradas en quiebras “no dolosas” y; claro está; siempre que estas quiebras se deban a factores absolutamente exógenos al manejo de las personas físicas a su cargo nos parecían un claro retroceso en el avance que la lógica concursal trae desde sus orígenes, ya que importaría volver al cumplimiento de las obligaciones de manera personal, toda vez que estas penas limitaban de manera personal la actividad profesional de quienes hubiesen estado desarrollando las funciones de presidente de directorio o titulares en empresas concursadas, por el simple hecho de haber participado en el manejo de empresas que tropiecen con quiebras no fraudulentas.

---

<sup>9</sup> Conforme a lo analizado en el artículo que trabajamos anteriormente titulado “EVOLUCIÓN DEL DERECHO CONCURSAL EN EL PERÚ” publicado el martes 11 de octubre de 2005 en el Diario Oficial El Peruano, en su Suplemento de Análisis Legal “Jurídica” Año 2, Número 67, Págs. 3, 4 y 5.

---

Debemos manifestar que aunque actualmente la actividad empresarial tiene una fundamental relevancia en el desarrollo económico de las naciones y por ende de sus habitantes, lo que genera una mayor responsabilidad de quienes manejan las empresas, es claro que se está desplazando a un lugar secundario el objetivo punitivo personal que tenían los procedimientos concursales en sus orígenes, pero debemos dejar sentada nuestra posición en el sentido de que su actual relevancia económica y social no puede justificar la imposición de sanciones sin sustento alguno (siquiera culpable) por el simple hecho de pretenderse salvaguardar los justos intereses económicos de los agentes intervinientes en el mercado.

### **3.2 Refiriéndonos a los presidentes de Directorio**

Era inadmisibles aceptar que solo los presidentes de directorio estuvieran expuestos de manera arbitraria a estas sanciones no obstante pertenecer a un órgano colegiado lo significa que las decisiones se adoptan por el directorio en calidad de órgano y no a título personal de sus integrantes<sup>10</sup>, y no obstante poder haber utilizado la exención de responsabilidad establecida en el artículo 178 de la Ley General de Sociedades<sup>11</sup> e inclusive haber podido votar en contra de un acuerdo que a la larga podría haber desencadenado la quiebra no dolosa de la sociedad donde ejercía el cargo. Esto era mucho más grave aún pues la propia Ley General de Sociedades no establece mayor responsabilidad en los presidentes de directorio que la puede corresponder a cualquier director en el ejercicio de su cargo.

### **3.3 Refiriéndonos a los gerentes**

Como quiera que al no existir mención expresa al cargo de gerente en el derogado numeral 100.3 del artículo 100 de la Ley General del Sistema Concursal, este no era uno de los sujetos de sanción en caso de quiebras no dolosas no obstante poder tener mayor responsabilidad que el presidente del Directorio como ocurre en el caso de las sociedades anónimas cerradas donde, de acuerdo con el artículo 247 de la Ley General de Sociedades<sup>12</sup> se decidiera no tener directorio, es justamente el gerente quien asume las funciones de dicho cuerpo colegiado por lo que de haberse acreditado debidamente la necesidad de imponer sanciones en el caso de quiebras no dolosas (cosa que consideramos nunca se ha hecho) debería haberse incluido a los gerentes y con mayor razón a los que ocupen dicho cargo en el caso de las SAC por la razón antes expuesta.

### **3.4 Refiriéndonos a los titulares de las EIRL**

En el caso del titular de una empresa individual de responsabilidad limitada concursada, la sanción que existía era un exceso en el nivel de responsabilidad que le compete al titular, que está circunscrito exclusivamente al capital aportado para la constitución de esta empresa conforme a lo dispuesto por el artículo 3 del Decreto Ley N° 21621 que establece que el titular no responde personalmente por las obligaciones de este tipo empresarial, salvo que incurra en alguna de las causales taxativamente señaladas en el artículo 41 de la misma Ley, en las que cuando menos existe responsabilidad por culpa, hecho que no fue considerado en la

---

<sup>10</sup>ELIAS, Enrique. Derecho Societario Peruano, Ley General de Sociedades, Obra Completa Primera Edición. Trujillo. Editora Normas Legales SA. 1999, Pág. 329.

<sup>11</sup>Artículo 178°. - Exención de responsabilidad

No es responsable el director que habiendo participado en el acuerdo o que habiendo tomado conocimiento de él, haya manifestado su disconformidad en el momento del acuerdo o cuando lo conoció, siempre que haya cuidado que tal disconformidad se consigne en acta o haya hecho constar su desacuerdo por carta notarial.

<sup>12</sup>Artículo 247°. - Directorio facultativo.

En el pacto social o en el estatuto de la sociedad se podrá establecer que la sociedad no tiene directorio.

Cuando se determine la no existencia del directorio todas las funciones establecidas en esta ley para este órgano societario serán ejercidas por el gerente general.

sanción que de manera equivocada imponía la Ley Concursal, ya que incluso podía ocurrir que el titular ni siquiera esté al frente de la administración del negocio sino un tercero (mediante la designación de un gerente o gerentes según prevé la Ley de la materia), por lo que mantener esta sanción importaba de alguna manera retraer la inversión ya que por el simple hecho de aportar capital se le impone una sanción a los inversionistas que opten por realizar actividad empresarial bajo esta forma legal de empresa individual en caso el negocio incurra en una quiebra no dolosa.

Y lo que era mucho más riesgoso, entender por “titular” a los propietarios de las alícuotas de capital de cualquier tipo societario regulado en nuestra Ley General de Sociedades, como puede aceptarse doctrinariamente, era un riesgo de enorme, pues de asumirse esta tesis por defecto de la redacción de la norma significaba ya no solo imponer estas draconianas sanciones a los titulares desde la perspectiva de del Decreto Ley N° 21621, sino a cualquier socio de una empresa colectiva quebrada.

### 3.5 Desde la perspectiva del Derecho Penal

Conforme lo sostuvimos oportunamente en materia penal las incongruencias encontradas eran aún más preocupantes, ya que dicha sanción violentaba los principios de legalidad, de prohibición de la analogía y de proporcionalidad de la pena, lo que se evidenciaba ya que podría ocurrir que no se aplique esta sanción a aquellos malos administradores (extiéndase directores—incluyendo al presidente del directorio— gerentes, administradores, apoderados) que siendo los causantes de quiebras dolosas o culpables no tienen esta sanción a pesar de haber sido debidamente verificada su intervención. Así tenemos que el artículo 209 del Código Penal<sup>13</sup> que establece en nuestra legislación la sanción aplicable a los autores del delito de *quiebras fraudulentas*, sanción penal que se impondría respetando el derecho de defensa de los autores y dentro de un debido proceso, les impone una vez acreditada su responsabilidad una sanción de inhabilitación de tres a cinco años conforme al Artículo 36 incisos 2° y 4°<sup>14</sup> del mismo cuerpo legal lo que podría significar que una persona condenada por quiebra fraudulenta solo reciba una sanción de incapacidad para ejercer profesión, comercio, arte o industria que deberá especificarse en la sentencia por un plazo de tres años que además no importaría la serie de limitaciones que imponía el numeral 100.1° a los sujetos empresariales<sup>15</sup> a quienes si les hubiera podido sancionar

#### <sup>13</sup> Artículo 209.- Quiebra Fraudulenta

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación de tres a cinco años conforme al Artículo 36 incisos 2) y 4), el deudor, la persona que actúa en su nombre, el administrador o el liquidador, que en un procedimiento de insolvencia, procedimiento simplificado, concurso preventivo, procedimiento transitorio u otro procedimiento de reprogramación de obligaciones cualesquiera fuera su denominación, realizara, en perjuicio de los acreedores, alguna de las siguientes conductas:

1. Ocultamiento de bienes;
2. Simulación, adquisición o realización de deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas; y,
3. Realización de actos de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinados a pagar a uno o varios acreedores, preferentes o no, posponiendo el pago del resto de acreedores. Si ha existido connivencia con el acreedor beneficiado, éste o la persona que haya actuado en su nombre, será reprimido con la misma pena.

#### <sup>14</sup> Artículo 36.- Inhabilitación-Efectos

La inhabilitación producirá, según disponga la sentencia:

2. Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;
4. Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia;

#### <sup>15</sup> Artículo 100°.- Efectos de la quiebra

100.1 El quebrado, mientras dure ese estado, está impedido de:

- a) Constituir sociedades o personas jurídicas, en general, o de formar parte de las ya constituidas;
- b) Ejercer cargos de director, gerente, apoderado o representante de sociedades o personas jurídicas, en general;
- c) Ser tutor o curador, o representante legal de personas naturales;



---

de una manera mucho más rigurosa por la quiebra no obstante ser esta “no dolosa”, sin acreditar culpa o responsabilidad alguna en este hecho.

### **3.6 Desde la perspectiva del Derecho Constitucional**

La inconstitucionalidad de la norma derogada era evidente ya que establecía una sanción de manera objetiva lo que la convertía en un dispositivo “inconstitucional” toda vez que no preveía responsabilidad subjetiva alguna, esto es la intención del agente como la susceptible de reprocharse penalmente<sup>16</sup>, lo que fue considerado en la derogación efectuada, ya que toda norma que limita derechos (como ocurría con la Ley Concursal) debe ser entendida en términos restrictivos y no analógicos<sup>17</sup>, por lo que esta sanción extendiendo los alcances del artículo VII del Título Preliminar del Código Penal<sup>18</sup> que regula la responsabilidad penal era, cuando menos, evidentemente inconveniente.

### **3.7 Solución alcanzada en ese extremo**

Es por lo expuesto que sinceramente nos sentimos en la obligación de testimoniar la eficiente respuesta en este caso concreto del Congreso de la República a un problema de naturaleza legislativa que se constituía en un abuso evidente y un hecho además legalmente inaceptable que se ha subsanado debida y oportunamente mediante la Ley N° 28709 del 12 de abril de 2006, que en su artículo 2 deroga el numeral 100.3 de la Ley General del Sistema Concursal, gracias a la eficaz respuesta de la Comisión de Economía, con cuyo presidente<sup>19</sup> colaboramos oportunamente en el extremo de la derogación promulgada, con lo que están demostrando que es posible mejorar nuestra legislación, dotándonos de leyes eficientes que nos permitan alcanzar la competencia perfecta<sup>20</sup>, y lograr de esta manera una asignación eficiente de los recursos y tratar por este medio de desaparecer las evidentes desigualdades que aún tenemos en nuestro país y que es una tarea pendiente en la que debemos de comprometernos todos.

## **4. Situación actual**

Tenemos entonces que luego de casi dos años de admitida la Ley 28709 la responsabilidad que puede asignarse a los gerentes y directores de las sociedades en nuestro país está circunscrita aquella establecida en nuestra Ley General de Sociedades (Ley N° 26887).

En este sentido tenemos claro que aun en casos de crisis patrimoniales al haberse eliminado tan ineficiente norma como la comentada precedentemente la responsabilidad se maneja de la siguiente manera:

### **4.1 De los directores**

La responsabilidad de los directores; de acuerdo con lo estipulado en el artículo 177 de la Ley N° 26887; es una responsabilidad ilimitada y solidaria

---

<sup>16</sup>Ver Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC de fecha 03 de Enero de 2003, punto 65 de sus fundamentos, por citar un solo ejemplo de muchos más en los que podemos verificar este criterio de manera uniforme.

<sup>17</sup>Ver Artículo IV del Título Preliminar del Código Civil.

<sup>18</sup>Artículo VII.-Responsabilidad Penal

La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

<sup>19</sup>El actual Ministro de Energía y Minas, Arquitecto Juan Valdivia Romero.

<sup>20</sup>SAMUELSON Paul, y NORDHAUS William. *ECONOMÍA*, Decimoséptima Edición. Madrid. España. McGraw-Hill Editora. 2002, Pág. 30.

---

por los daños y perjuicios que puedan ocasionar, incluido el presidente, por actos o acuerdos contrarios a la ley o al estatuto, por aquellos realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave estando facultados a interponer las acciones de responsabilidad correspondientes tanto la sociedad, como los accionistas de la misma, e incluso los terceros que hubiesen sido perjudicados por alguno de estos actos.

En este sentido debemos recordar que la doctrina establece que la responsabilidad de los integrantes del órgano de gestión social y administración más importante de las sociedades debe ser legislada con el máximo rigor, como evidentemente se hace en nuestro país, asignándoles una mayor responsabilidad a los directores que a los gerentes, en atención a que el directorio conforma un órgano depositario de la confianza del conjunto de socios.

Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente la Ley General de Sociedades no demanda responsabilidad por causales de poca importancia o intrascendentes por cuanto tampoco busca desincentivar que las personas probas y capacitadas que pudiesen cumplir estas delicadas funciones sientan que esta responsabilidad ilimitada y solidaria pueda estar vinculada a cualquier acto incluso de negligencia leve, por lo que asigna básicamente responsabilidad en caso que se originen daños y perjuicios por causas concretas de conducta culpable.

Es menester además mencionar que la doctrina moderna configura la responsabilidad de los administradores como una derivada de su actuación al interior de un órgano social, encargado de la administración por lo cual de alguna manera se ha superado las tesis de responsabilidad contractual y extracontractual que en algún momento se discutieron en materia empresarial, sino que establece que hoy debemos hablar de "responsabilidad orgánica" por cuanto la responsabilidad que les compete a las personas encargadas del órgano de dirección más importante de la sociedad es una que proviene de la actuación de los administradores al interior de dicho órgano social, en el caso bajo comentario, al interior del directorio.

Solo por mencionar algunos aspectos que pudiesen generar responsabilidad en los directores quisiera referir lo siguiente:

#### **4.1.1 El caso de responsabilidad por culpa**

Podemos establecer que un acto que genera responsabilidad de los directores por culpa, es por citar algunos ejemplos la toma de acuerdos o la realización de actos contrarios a la ley o al estatuto, por incumplimientos de acuerdos de la junta general, por la celebración de actos o contratos violatorios de lo dispuesto en el artículo 179 de la Ley de Sociedades, que establece que el director solo puede celebrar con la sociedad contratos que versen sobre aquellas operaciones que normalmente realizan la sociedad con terceros y siempre que se concreten en las condiciones de mercado. Además por violación de las normas establecidas en el artículo 180 de la Ley General de Sociedades referida básicamente al conflicto de intereses, y que establece que los directores no pueden tomar acuerdos que no cautelen el interés social, sino sus propios intereses o los de terceros relacionados, ni tampoco pueden utilizar en beneficio propio o de terceros relacionados las oportunidades comerciales o de negocios de las que tuvieron conocimiento en razón del cargo de confianza que desempeñan en el interior del órgano social dentro de cualquier sociedad que cuente con directorio.

#### 4.1.2 El caso de responsabilidad por dolo

Además debemos de considerar que la responsabilidad puede ser tanto de tipo civil como penal por lo que el concepto de dolo debe ser considerada en su más amplia acepción, por lo que debemos entender que está referida a cualquier acto, artificio, engaño, astucia o maquinación que se emplee con malicia para causar un daño previsto e indebido por el autor en este caso por el director, ya sea a la sociedad, a los accionistas o a terceros cualesquiera que estos sean.

En este sentido podemos incluir dentro de este concepto todos los tipos de dolo que podemos encontrar en la doctrina, así tenemos por citar algunos de ellos el dolo por acción o por omisión, el entendido como dolo principal o dolo incidente y finalmente dolo directo y dolo eventual<sup>21</sup>.

#### 4.1.3 El caso de responsabilidad por abuso de facultades

Los casos típicos de abuso de facultades que podemos referir de manera sucinta son: (1) la toma de acuerdos que exceden el objeto social los que anteriormente la doctrina conoce como actos *ultra vires* que de alguna manera son actos que evidentemente van por más allá de lo que la voluntad social determino como la actividad o actividades económicas a desarrollar por la persona jurídica constituida. (2) Uso de recursos de la sociedad en beneficio ya sea del propio director o de algunos de sus familiares por lo que podríamos concluir que este uso de recursos puede ser directo o indirecto, y (3) utilización indebida del cargo en detrimento de la sociedad y en provecho del director o directores que actúan abusando de las facultades concedidas en atención al cargo que ejercen.

#### 4.1.4 El caso de responsabilidad por negligencia grave

Está claro, como lo hemos referido, que la responsabilidad de los directores se circunscribe y limita con la negligencia grave, que en opinión de la doctrina significa una falta de diligencia que llegue a los extremos del descuido grave. Es decir que la ley exime al director de responsabilidad por negligencia leve o por simple negligencia, estableciendo que en todos los casos en que se pretenda imputar responsabilidad deben de necesariamente haberse acreditado daños y perjuicios por cuando menos, negligencia grave.

Para finalizar este breve comentario sobre la responsabilidad que les compete a los directores debemos mencionar entonces que la ley condiciona la responsabilidad de los administradores a la existencia efectiva y objetiva de daños y perjuicios producidos. Es decir que necesariamente debe existir un nexo causal entre los actos y acuerdos de los administradores y la existencia de los daños y perjuicios producidos, para que cualquiera de las personas facultadas a requerir este resarcimiento (entiéndase sociedad, accionista o terceros perjudicados) pueda requerir válidamente la responsabilidad que pudiera corresponderle a los directores en el ejercicio de su cargo.

<sup>21</sup>Dolo por acción, viene a ser un actuar que se trasunta en palabras o hechos, o, en presentar circunstancias falsas o en suprimir o alterar las verdaderas. Dolo por omisión, viene a ser la reticencia que se guarda para inducir al sujeto a error, o no sacarlo del error si ya incurrió en el, pues quien actúa con dolo no dice sino en parte lo que debe decir, o no sé a entender con claridad, o con malicia oculta o calla algo.

Dolo principal, es el engaño utilizado para la formación de la voluntad interna de un sujeto, y de no haberse provocado el error no hubiera celebrado el acto jurídico. Se muestra fundamentalmente como determinante de la voluntad ajena. Dolo incidente, es el que no se constituye como causa eficiente de la celebración del acto jurídico, puesto que con o sin su mediación se hubiera de todas maneras celebrado. se dice que el engaño no es determinante de la voluntad.

Dolo directo quien actúa prevé como seguro, o al menos eso desea, el resultado que se producirá con su conducta; en el dolo eventual sin embargo el autor se representa como muy probable o casi seguro el resultado y admite o se conforma con que ocurra, por lo que en mente se responsabiliza del mismo.

---

Tenemos entonces que la responsabilidad está básicamente referida a una obligación de indemnizar regida en parte por las reglas del derecho común, siendo importante en cada caso específico las diversas modalidades de este tipo de reparaciones y la determinación o cuantificación del importe que pudiese significar esta compensación.

#### **4.1.5 El caso de responsabilidad penal**

Para tener una idea general del manejo de la responsabilidad en el caso de los gerentes y directores en las sociedades debemos hacer un pequeño comentario de la responsabilidad penal que pudiera corresponderles, debiendo manifestar que esta se origina por actos dolosos como por ejemplo: (1) negligencia inexcusable respecto al manejo de fondos, (2) empleo o provecho personal de los recursos de la sociedad, (3) distintos medios dolosos empleados para atraer capitales, (4) distribución de dividendos ficticios para mantener la confianza en el rendimiento del negocio, (5) uso de contabilidad y balances adulterados, entre muchos otros actos ilícitos que generan responsabilidad penal.

En este sentido en el Código Penal se podría configurar cualquiera de las conductas descritas en los delitos de estafa, abuso de confianza, fraude, o delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios, en todas sus modalidades, entre muchos otros.

#### **4.1.6 Liberación de responsabilidad**

Con la finalidad de culminar esta parte del trabajo no podemos dejar de referir que cualquier director puede eximirse de responsabilidad en la forma prevista por art. 178 de la Ley General de Sociedades que establece que no es responsable el director que, habiendo participado en el acuerdo o tomado conocimiento de él, haya manifestado su disconformidad; en el acta o mediante carta notarial; al momento del acuerdo o cuando lo conoció, como corresponda de acuerdo con cada circunstancia en particular<sup>22</sup>.

### **4.2 De los gerentes**

Conforme a lo referido precedentemente debemos anotar que la responsabilidad que les corresponde a los gerentes al interior de una sociedad, o empresa colectiva, es en realidad una responsabilidad de segundo nivel en relación a la que les atañe a los directores, en el caso de los gerentes, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 190 de la Ley General de Sociedades la responsabilidad que les atañe no es una responsabilidad solidaria ni ilimitada, es una responsabilidad simple, que se genera por incumplimiento de sus obligaciones, por dolo, por abuso de facultades o por negligencia grave estando facultados a iniciar las acciones correspondientes la sociedad, los accionista y los terceros que hubiesen sido perjudicados por estos actos lesivos.

Como sabemos el órgano social denominado gerencia es un órgano social básicamente ejecutor de las decisiones que toma el directorio y tiene como responsabilidades entre muchas otras:

1. Responsable por el contenido de la contabilidad y de los libros y registros que debe mantener escrupulosamente ordenadas las sociedades.
2. Controlar el uso adecuado de los activos de la sociedad, por la

---

<sup>22</sup> Artículo 178. - Exención de responsabilidad

No es responsable el director que habiendo participado en el acuerdo o que habiendo tomado conocimiento de él, haya manifestado su disconformidad en el momento del acuerdo o cuando lo conoció, siempre que haya cuidado que tal disconformidad se consigne en acta o haya hecho constar su desacuerdo por carta notarial.

---

autorización de operaciones y de registros de operaciones que la sociedad pudiera realizar.

3. Además responden por la veracidad de la información que proporcione al directorio y a la junta general de socios.
4. Será responsable de los fondos sociales y por el empleo de los recursos sociales.
5. Responde por la veracidad de las constancias y certificaciones que expida.
6. Y es además, entre otras funciones, responsable de facilitar a los accionistas, antes de realización de cualquier junta general, y en la forma y oportunidades contempladas en la Ley General de Sociedades, la información referida a la marcha del negocio que pudiese corresponder.

Básicamente el esquema de responsabilidad que les compete a los gerentes es muy similar a la que hemos desarrollado precedentemente al referirnos a las que le corresponden a los directores en cada uno de los supuestos referidos en la Ley General de Sociedades, además debemos entender que esta norma establece una responsabilidad solidaria de los gerentes con los directores cuando estos hubiesen participado en actos que den lugar a responsabilidad de los directores o cuando conociendo la existencia de estos actos lesivos no informen sobre ellos al directorio o a la junta general de socios;<sup>23</sup> esto se da por cuanto la posición de los gerentes y su vinculación con las operaciones cotidianas de la sociedad hacen presumible que tengan conocimiento de cualquier irregularidad en la administración de la sociedad. Igual importancia tiene el artículo 194 de la Ley N° 26887<sup>24</sup> que sanciona con nulidad cualquier acuerdo de la junta general o del directorio que absuelva de responsabilidad a los gerentes en el ejercicio de su cargo.

Finalmente debemos mencionar que las pretensiones civiles de responsabilidad que pudiesen plantearse contra los directores o gerentes al interior de cada sociedad no enervan la responsabilidad penal que pudieran corresponderles por estos actos. Asimismo, debemos establecer que la responsabilidad de los gerentes y directores caduca a los dos años<sup>25</sup> de la fecha del acuerdo o acto realizado u omitido que originó el daño sin perjuicio claro está de la responsabilidad penal antes referida que está sujeta a sus propias de prescripción.

Debemos concluir el presente trabajo reiterando que aquellos que tenemos conocimiento de falencias legislativas que pudiesen convertirse en trabas para el desarrollo normal y eficiente de las actividades económicas en nuestro país, tenemos el deber de hacer notar estas deficiencias con la finalidad que se dicten los correctivos necesarios para facilitar el desarrollo de actividades económicas con la finalidad de fortalecer la inversión, el trabajo y la estabilidad en el país, ya que consideramos que esta es una manera de contribuir con el fortalecimiento de nuestras instituciones y el desarrollo de nuestra nación.

---

<sup>23</sup>L.G.S. Artículo 191.- Responsabilidad solidaria con los directores.

El gerente es responsable, solidariamente con los miembros del directorio, cuando participe en actos que den lugar a responsabilidad de estos o cuando, conociendo la existencia de esos actos, no informe sobre ellos al directorio o a la junta general.

<sup>24</sup>Artículo 194.- Nulidad de la absolución antelada de responsabilidad

Es nula toda norma estatutaria o acuerdo de junta general o del directorio tendientes a absolver en forma antelada de responsabilidad al gerente.

<sup>25</sup>Ver artículos 184 y 197 de la Ley General de Sociedades respectivamente.

---

## LA RESPONSABILIDAD DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS FRENTE AL TRABAJADOR EN EL ANTEPROYECTO DE LEY GENERAL DEL TRABAJO

Ernesto F. Ortiz Farfán\*

*Este artículo analiza las relaciones jurídicas que se establecen entre los grupos empresariales y sus trabajadores, a la luz de la legislación vigente y la diversa y contradictoria jurisprudencia que hace impostergable la regulación especializada del fenómeno dentro del ámbito y principios del Derecho del Trabajo, asumiendo el Estado de esta manera su función equilibradora y neutralizadora del conflicto social.*

Sumario: 1. Introducción 2. Los grupos empresariales y su regulación en el Perú. 3. Tratamiento jurisprudencial de los grupos de empresas en sede laboral. 4. El anteproyecto de la Ley General del Trabajo 5. Conclusiones.

### 1. Introducción

Como consecuencia de la evolución y desarrollo de la economía de mercado, los propietarios de los medios de producción han adoptado en el tiempo diversos tipos de organización empresarial<sup>1</sup> con el objeto de optimizar sus resultados dentro de un contexto de franca competencia. Desde hace muchos años atrás existen los denominados holdings<sup>2</sup>, que no son más que una expresión de los grupos de empresas, estructuras permanentes en las que personas naturales y/o jurídicas vinculadas se dividen diversas actividades económicas relacionadas o afines, todas ellas bajo una dirección única o concertada y objetivos comunes.

Es precisamente dentro de este escenario que en la relación entre estos grupos empresariales y sus trabajadores se generan situaciones que es preciso prever y regular, específicamente cuando estas agrupaciones originadas por razones económicas traen como consecuencia la existencia de diferentes personas jurídicas<sup>3</sup>, hecho que genera desde su origen problemas en cuanto a la determinación de los años de servicios y beneficios sociales que le corresponderían a los trabajadores que en el devenir de su vida laboral han prestado servicios indistintamente o sucesivamente en diferentes empresas que conforman el mismo grupo económico.

Esta situación particular en la que se desarrollan las relaciones empleador-trabajador ha originado en el tiempo diversa y contradictoria jurisprudencia en casos puntuales a la luz de la legislación vigente, por lo que a nuestro criterio se hace impostergable la regulación especializada del fenómeno dentro del ámbito y principios del Derecho del Trabajo, asumiendo el Estado de esta manera su función equilibradora y neutralizadora del conflicto social.

El anteproyecto de Ley General de Trabajo contiene, entre otros, una muy seria propuesta de regulación específica frente al fenómeno, lo que desde ya merece nuestro mayor reconocimiento. En este contexto, el presente trabajo busca, pues, desarrollar un análisis crítico sobre el tratamiento de la

---

\* El autor es abogado por la Universidad de San Martín de Porres, Maestría en Derecho de los Negocios en la USMP, postgrado en la Universidad de Salamanca - España. Ex gerente de personal y escalafón judicial del Poder Judicial. Asesor de importantes empresas del sector público y privado. Socio del estudio Altuve-Febres & Dupuy S.C.R.L. Profesor de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la USMP. Telfs. 4478688, 998098020.

<sup>1</sup> Según Bernard y Colli, empresa es la unidad económica autónoma organizada para combinar un conjunto de factores de producción con vistas a la generación de bienes o servicios para el mercado. Así concebida, debe distinguirse la unidad de producción con personería jurídica de los trusts, combinats, konzern, y holdings, los mismos que constituyen estructuras de grupos de empresas.

<sup>2</sup> Con este nombre inglés se definen las sociedades que en su cartera poseen acciones de otras sociedades, sobre las que tienen facultades de administración o dominio.

<sup>3</sup> Las personas jurídicas conceptualmente constituyen una ficción jurídica que detentan identidad propia y personería independiente frente a sus propietarios o a terceros en general.

responsabilidad de los grupos de empresas frente a sus trabajadores en el referido anteproyecto para efectos de esclarecer si el planteamiento normativo cumple los objetivos de protección requeridos.

Independientemente de las virtudes, defectos o silencios del instrumento objeto de análisis, resulta preocupante que hasta la fecha el Estado no tome una decisión o posición sobre el mencionado anteproyecto, alegando la búsqueda de un total consenso de los grupos empresariales y sindicales, a través del Consejo Nacional de Trabajo, renunciando de esta manera a su autoridad y a su atribución de normar *erga omnes*, lo que denota finalmente y, a la luz de los hechos, una reprochable falta de voluntad política para reformular la muchas veces insuficiente legislación que regula la prestación de servicios remunerados prestados bajo subordinación a favor de otros.

En este orden de ideas, el presente trabajo, constituye también un medio para resaltar la existencia y valor del ya tantas veces relegado Anteproyecto de Ley General de Trabajo, a través del análisis que se pone a consideración, el mismo que permitirá esbozar nuevos aportes que propiciarán un debate y el final enriquecimiento de tan importante instrumento.

## **2. Los grupos empresariales y su regulación en el Perú**

### **2.1 Desarrollo legislativo**

En nuestro país, la legislación laboral vigente no define ni regula, es más, ni siquiera hace mención específica, a los grupos de empresas o grupos económicos<sup>4</sup>. En otros sectores sin embargo, sí se ha materializado un interesante aunque todavía insuficiente desarrollo.

Dos décadas atrás, dado el modelo económico imperante, se ven las primeras menciones relativas a los grupos de empresas en el sector público, específicamente cuando el Estado busca regular su actividad empresarial<sup>5</sup>.

El Ministerio de Industria, Comercio, Turismo e Integración, en 1991, cuando aprobó los nuevos estatutos de Foptur, desarrolló una primera definición sobre el tema señalando que “se consideran que forman conjunto, grupo o consorcio económico, dos o más empresas que tengan una gerencia o administración común, o cuando un accionista posee en cada una de las empresas una participación no menor del 30% de su capital accionario”<sup>6</sup>. Esta enunciación se dio con el objeto de impedir que existan dos miembros en el directorio de la entidad que tengan intereses comunes o concertados.

En 1993 la entonces vigente Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras, y de Seguros (LBFS)<sup>7</sup> trató temas relativos a la propiedad indirecta de las empresas de su sector, abordando el tema de los grupos económicos, para lo cual se destacó la necesidad de regular el tema, tomando en consideración dos elementos: (a) Las relaciones estables de negocios, de capitales o de administración que permitan a una o más personas naturales o jurídicas ejercer influencia preponderante y continua sobre las decisiones de las demás; y (b) Las presunciones fundadas de que los créditos que se otorga a una persona benefician finalmente a otro.

Las nuevas normas que surgieron como consecuencia de la derogación de la LBFS fueron el Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupo Económico<sup>8</sup>, dentro del mercado local de valores, y la Resolución que Aprueba

<sup>4</sup>Como antecedente, solo se puede hacer mención al Decreto Supremo del 23 de octubre de 1942, según el cual en el ámbito de la construcción civil, se establece como posible el reclamo solidario del pago de los correspondientes beneficios sociales del obrero al empleador directo y al dueño de la obra.

<sup>5</sup>Ver la Ley de la Actividad Empresarial del Estado, Ley N° 24948, del 04 de diciembre de 1988.

<sup>6</sup>Artículo 19, inciso d, del Decreto Supremo N° 034-91-ICTI-DM, de fecha 28 de noviembre de 1991.

<sup>7</sup>Artículo 69 del Decreto Legislativo N° 770, norma que fue derogada por la Ley N° 26702 de diciembre de 1996.

<sup>8</sup>Aprobada por Resolución CONASEV N° 722-97-EF-94.10, del 28 de noviembre de 1997. Ver Artículos 4 y 5

---

Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico<sup>9</sup>, en el ámbito bancario y de seguros. La primera de estas trató con suma prolijidad los conceptos de vinculación, grupo económico y control, estableciendo además, al respecto, específicas presunciones *Juris tantum*.

En primer lugar, el término vinculación se define como “la relación entre dos personas, naturales o jurídicas, que conlleva a un comportamiento concertado” y, en este contexto, se establecen presunciones salvo prueba en contrario respecto a la existencia de vinculación. Esta norma también define el grupo económico como “el conjunto de personas jurídicas, cualquiera que sea su actividad u objeto social, donde alguna de ellas ejerce el control de las demás, o donde el control de las personas jurídicas que lo conforman es ejercido por una misma persona natural o un mismo conjunto de personas naturales”. Finalmente, para estos efectos se considera control a “la capacidad de dirigir la administración de la persona jurídica”.

Por su parte, en el sector Transportes y Comunicaciones<sup>10</sup>, en el ámbito de la Ley de Telecomunicaciones, reglamentariamente se definió como conjunto económico al “grupo de empresas que tienen como socio principal a una misma persona natural o jurídica, la cual es titular directo o indirecto de por lo menos el 51% de las acciones, participaciones o de los derechos que otorguen el control efectivo sobre los integrantes del grupo empresarial, ya sea que estos estén constituidos como filiales o subsidiarias de la persona jurídica principal, cuando corresponda”.

Otra experiencia se da también a través del Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico<sup>11</sup>, norma de acuerdo a la cual se conceptuó a los grupos económicos como el “conjunto de personas o empresas, conformado al menos por dos personas jurídicas, cuando alguna de ellas ejerce el control sobre la o las demás, o cuando el control sobre las personas jurídicas corresponde a una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión, en los términos y alcances establecidos en la Resolución SBS N° 001-98”.

Años después, la Superintendencia de Banca y Seguros expidió las Resoluciones SBS N° 436-2000 y 445-2000, nuevas normas que delimitan las operaciones con subsidiarias y otras empresas del grupo económico, y además establecen los parámetros para la vinculación y los grupos económicos, respectivamente. La segunda de estas normas especializadas estableció las definiciones de vinculación por riesgo único y grupo económico, entre otros, las mismas que se plasmaron para lo establecido en la Ley 26702, es decir, para prever y limitar las operaciones de financiamiento entre las entidades bancarias y financieras reguladas y las empresas con las que tienen intereses económicos comunes.

En este orden de ideas se define a la vinculación por riesgo único como la relación entre dos o más personas naturales y/o jurídicas donde la situación financiera o económica de una persona repercute en la otra u otras personas, de tal manera, que cuando una de estas tuviese problemas financieros o económicos, la otra u otras personas se podrían encontrar con dificultades para atender sus obligaciones. Existe vinculación por riesgo único entre las personas jurídicas que pertenecen a un mismo grupo económico y, entre estas y las personas naturales que ejercen el control de dicho grupo económico. Asimismo, se presume que existe vinculación por riesgo único entre los cónyuges, y entre las personas naturales y/o jurídicas que tienen relación de propiedad y/o de gestión, salvo prueba en contrario.

<sup>9</sup>Resolución SBS N° 001-98, del 02 de enero de 1998. Norma derogada por la Resolución SBS N° 445-2000.

<sup>10</sup>Decreto Supremo N° 06-94-TCC, Artículo 22. Esta definición fue repetida en el Artículo 25 del posterior Decreto Supremo N° 027-2004-MTC, T.U.O. del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones.

<sup>11</sup> Decreto Supremo N° 017-98-ITINCI, del 16 de octubre de 1998. Ver Artículo 2.



---

En cuanto a las relaciones de propiedad, la misma norma señala que esta existe “cuando las acciones o participaciones con derecho a voto que tiene en propiedad directa e indirecta una persona representan el 4% o más de las acciones o participaciones con derecho a voto de una persona jurídica. Asimismo, se considera que la relación de propiedad involucra a las personas a través de las cuales se tiene la referida propiedad indirecta”. En este dispositivo legal se desarrollan y detallan supuestos que suponen la propiedad indirecta de una persona jurídica y la existencia de relaciones de gestión.

En otra parte de este dispositivo, se define como grupo económico al “conjunto de personas jurídicas, nacionales o extranjeras, conformado al menos por dos personas jurídicas, cuando alguna de ellas ejerce control sobre la o las demás, o cuando el control sobre las personas jurídicas corresponde a una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión”. Esta norma clasifica a los grupos económicos en conglomerados financieros, conglomerados mixtos y conglomerados no financieros. Seguidamente, se denomina control a “la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica. El control puede ser directo o indirecto. El control es directo cuando una persona ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios de una persona jurídica a través de la propiedad directa o indirecta, contratos de usufructo, prenda, fideicomiso, sindicación u otro medio. Asimismo, el control será indirecto cuando una persona tiene facultad para designar, remover o vetar a la mayoría de los miembros del directorio u órgano equivalente, para ejercer la mayoría de los votos en las sesiones del directorio u órgano equivalente, o para gobernar las políticas operativas y/o financieras; aun cuando no ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios”.

Se presume, salvo prueba en contrario, que un grupo económico ejerce el control de una persona jurídica cuando la mayoría de los miembros del directorio u órgano equivalente de esta persona jurídica se encuentran vinculados por riesgo único al grupo económico. La Superintendencia por razones prudenciales podrá establecer presunciones adicionales.

La incorporación de una persona jurídica en un grupo se determina en función a la fecha de adquisición de sus acciones o participaciones con derecho a voto con las que se alcanza el control directo o a la fecha de vigencia de los acuerdos, contratos, reglamentos o existencia de otros medios con los cuales se obtiene el control indirecto.

Como se podrá apreciar, en el Perú existen importantes aportes legislativos y reglamentarios relacionados con el tema que nos ocupa, sin embargo también es menester destacar que existen diversos y diferentes criterios de determinación en cuanto a la existencia y características de los grupos de empresas, de acuerdo con la realidad y requerimientos de cada sector de la economía nacional.

En la actualidad no existe adicional normatividad relevante sobre los grupos de empresas, esto, a pesar de que en el mismo año 2000 el Sector Justicia<sup>12</sup> propició la conformación de una comisión de expertos para la elaboración de un Anteproyecto de Ley de Grupos de Empresas, iniciativa que finalmente no arribó a la promulgación de norma alguna.

---

<sup>12</sup>Ver Resoluciones Ministeriales N° 001-2000-JUS y 015-2001-JUS. La comisión de expertos, después de analizar el fenómeno de la concentración económica y los aspectos legales más importantes de los grupos de empresas, la legislación extranjera, así como los efectos y consecuencias de una ley que normará en forma íntegra y única los grupos de empresas, concluyó en la necesidad de regular el contrato de grupo de empresa en la Ley General de Sociedades.

---

## 2.2. Elementos caracterizadores de los grupos de empresas a la luz de la normatividad sectorial vigente

En función de las definiciones y características desarrolladas en la legislación vigente que regula y define fundamentalmente los conceptos sinónimos de grupo económico y grupo de empresa, es posible en este estado ensayar una primera clasificación de los elementos constitutivos de estos grupos, a saber:

I) Pluralidad de empresas (personas naturales o jurídicas legalmente independientes).

Para la existencia de un grupo es necesaria la concurrencia de dos empresas constituidas legalmente y/o con personería jurídica, como mínimo.

II) Vinculación, directa o indirecta, entre las empresas, sus propietarios o sus funcionarios.

Esta clase de relación entre empresas ocasiona que la situación interna de una de ellas influya de manera determinante en las otras.

Según la Conasev, salvo prueba en contrario, se presumirá la existencia de vinculación, en los siguientes casos:

Entre personas jurídicas:

- a) Cuando una misma garantía respalda las obligaciones de ambas, o cuando más del 50% de las de una de ellas son garantizadas por la otra, y esta otra no es empresa del sistema financiero.
- b) Cuando más del 50% de las obligaciones de una persona jurídica son acreencias de la otra, y esta otra no es empresa del sistema financiero.
- c) Cuando una persona jurídica tiene, directa o indirectamente, una participación en el capital social de otra que le permite tener presencia en su directorio.

Entre personas naturales:

- a) Que son parientes.
- b) Cuando una de las partes es director, gerente o asesor de una persona jurídica en la cual la otra tiene, directa o indirectamente, una participación en el capital social que le permite tener presencia en su directorio.
- c) Cuando ambas pertenecen al conjunto de personas que ejercen el control de un grupo económico.

Entre personas naturales y jurídicas:

- a) Cuando la persona natural tiene una participación, directa o indirecta, en el capital social de la persona jurídica que le permite tener presencia en su directorio.
- b) Cuando la persona natural es director, gerente o asesor de la persona jurídica, o ha ejercido alguno de tales cargos en alguna oportunidad durante el último año.
- c) Cuando la persona natural es director, gerente o asesor de alguna de las personas jurídicas del grupo económico al que pertenece la persona jurídica.
- d) Cuando la persona natural pertenece al conjunto de personas que ejercen el control del grupo económico al que pertenece la persona jurídica.

III) Control de una de las empresas o control común (gerencia o

---

administración), que denota el ejercicio de la capacidad directriz o un comportamiento concertado.

Cuando el control es ejercido por una de las empresas, existirán empresas matriz, filial y subsidiaria.

La Conasev, salvo prueba en contrario, presume la existencia de control en los siguientes casos:

- a) Cuando a través de la propiedad directa o indirecta de acciones, contratos de usufructo, prenda, fideicomiso o similares, o acuerdos con otros accionistas, se puede ejercer más de la mitad de los derechos de voto en la junta general de accionistas de una persona jurídica, salvo que en la misma persona jurídica un tercero se encuentre en la situación prevista en el inciso siguiente.
  - b) Cuando sin contar con más de la mitad de los derechos de voto en la junta general de accionistas de una persona jurídica, se puede designar o remover a la mayoría de los miembros del directorio.
- IV) Las relaciones continuas y estables de negocios. La relación no es ocasional. En caso contrario se estaría ante otro tipo, como el consorcio o la asociación en participación.

### **3. Tatamiento jurisprudencial de los grupos de empresas en sede laboral**

Teniéndose en consideración la falta de regulación específica sobre las características y efectos legales de los grupos de empresas dentro del marco de ejecución de relaciones de trabajo, lamentablemente aun no existe en nuestro país un criterio jurisprudencial uniforme respecto a las consecuencias jurídicas de la prestación de servicios remunerados y subordinados dentro de las llamados grupos de empresas.

Como se ha señalado anteriormente, la prestación de servicios sucesivos, simultáneos o indistintos a diferentes personas jurídicas que conforman grupos empresariales genera consecuencias aún no predecibles en sede judicial, lo que atenta contra la seguridad jurídica.

Lo que usualmente se discute en esta clase de conflictos es la determinación de los elementos constitutivos de los grupos de empresas, la acumulación de los años de servicios, los consecuentes beneficios sociales y la solidaridad de las empresas que conforman estos grupos frente al trabajador.

Existe una primera posición, según la cual se deberán declarar infundadas estas peticiones, en base fundamentalmente a lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley General de Sociedades, que regula a las sociedades de capitales y los artículos 78 y 1083 del Código Civil, los cuales pasamos a transcribir para efectos de facilitar la comprensión del punto.

Artículo 51 L.G.S.- Capital y responsabilidad de los socios

En la sociedad anónima el capital está representado por acciones nominativas y se integra por aportes de los accionistas, quienes no responden personalmente de las deudas sociales. No se admite el aporte de servicios en la sociedad anónima.

Artículo 78 C.C.- Diferencia entre persona jurídica y sus miembros

La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de estos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.

---

Artículo 1183 C.C.- Carácter expreso de solidaridad.

La solidaridad no se presume. Solo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa.

Sobre la base de las normas detalladas, se han expedido ejecutorias<sup>13</sup> que rechazan pretensiones laborales que solicitan la solidaridad de responsabilidad dentro de grupos de empresas, argumentando que no existe identidad entre los accionistas y sus empresas y tampoco existe base legal o contractual específica que sustente la solidaridad entre empresas que detentan diferente personería jurídica. En este orden de ideas, se establece que la solidaridad no se presume ya que solo la ley y el título de la obligación la establecen en forma expresa.

Frente a esta posición existe otra, según la cual es posible pronunciarse por la responsabilidad solidaria entre firmas confortantes de grupos de empresas, en función a la obligación jurisdiccional de administrar justicia aun en caso de vacío de la ley<sup>14</sup>, y de los principios laborales de primacía de la realidad<sup>15</sup> y de despersonalización del empleador, todo ello, en la medida que se acredite en proceso que las empresas demandadas se encuentran vinculadas entre sí como conjunto económico y que el trabajo efectivo del accionante se realizó dentro y en beneficio de la organización, lo que traerá como inmediata consecuencia que se reconozca en ellas, la calidad de único empleador frente al trabajador demandante.

El hecho de que se declare que dos o más personas jurídicas forman un grupo económico, empresarial y patrimonial, no implicará que se desconozca la personería jurídica distinta de cada una de ellas, dado que no se puede colisionar con las normas de naturaleza civil, con otra *ratio legis*; sin embargo, este hecho no puede impedir que se aplique el Derecho del Trabajo<sup>16</sup>, el mismo que responde a principios generales distintos, como los desarrollados en el párrafo precedente.

En 1944 se emitió una muy reconocida ejecutoria suprema<sup>17</sup>, que ampara la acumulación de los servicios prestados en la principal y su subsidiaria, los que se reputan prestados a una sola entidad por existir vinculación económica entre ellas.

En 1982, el Tribunal de Trabajo de Lima<sup>18</sup> amparó una demanda estableciendo que el trabajador prestó servicios a empresas o negocios conexos y bajo la gerencia de una misma persona, por lo que dispone la solidaridad de estas empresas.

En 1985, el Tribunal de Trabajo de Lima<sup>19</sup> resolvió la suma de los tiempos de servicios prestados en dos empresas, teniéndose en consideración que la primera empresa era subsidiaria o filial de la segunda y forman parte de un grupo de empresas que se encuentran bajo control (directo o indirecto) de la empresa que posee la propiedad del mayor número de acciones.

En 1993, el Tribunal de Trabajo de Lima<sup>20</sup> amparó una demanda,

---

<sup>13</sup> Casación N° 1720-2005-Arequipa (El Peruano, 30 de noviembre de 2007).- No se puede alegar responsabilidad solidaria cuando mediante dispositivo legal se ha determinado la autonomía presupuestaria. La responsabilidad solidaria no se presume sino que debe ser emanada por mandato legal o por título de obligación expresa. Casación N° 1757-2003-Lima.- El artículo 1183 del C.C. señala expresamente que la solidaridad no se presume.

<sup>14</sup> Conforme lo dispone el Artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil.

<sup>15</sup> Este Principio del Derecho del Trabajo cuenta con soporte legal en el Artículo I del Título Preliminar de la Ley Procesal del Trabajo y diferentes normas vigentes.

<sup>16</sup> Criterio extraído del fallo emitido por juez Dr. Abril Pérez San Martín, citado por Plá Rodríguez, cuando desarrolla en su obra las diversas aristas del Principio de Primacía de la Realidad.

<sup>17</sup> Resolución del 03 de marzo de 1944. Proceso de pago de beneficios sociales seguido por Alejandro Orihuela contra la Cerro de Pasco Corporation y la Sociedad Minera Backus y Jhonston del Perú.

<sup>18</sup> Resolución del 08 de julio de 1982. Proceso de pago de beneficios sociales seguido por Jacqueline Sheniel Alva contra las empresas Distribuidora Sánchez, Acuario y Tauro.

<sup>19</sup> Resolución del 16 de octubre de 1985. Proceso seguido por Rufino Dávila contra A y F Wiese y Wiese Representaciones.

<sup>20</sup> Resolución del 27 de abril de 1993. Exp. N° 1792-92-BS. Proceso de pago de beneficios sociales seguido por Arturo Carhuayo contra el Grupo Cesca.

fundamentando que está acreditada la relación del demandante con cada una de las empresas demandadas y que la solicitud de solidaridad se encuentra amparada en la existencia de un grupo económico controlado por una gerencia general colegiada.

En 1997, se emitió una Ejecutoria Suprema<sup>21</sup> según la cual se ampara una pretensión declarando que se ha acreditado que el demandante prestó servicios para los tres demandados, por lo que resulta de aplicación el principio de primacía de la realidad, correspondiendo el pago de los beneficios sociales al actor en forma solidaria.

En los últimos años, a nivel Corte Suprema se han emitido pronunciamientos que reconocen el llamado “levantamiento del velo de la personería jurídica”, estableciendo de esta manera la responsabilidad solidaria entre empresas jurídicamente independientes, alegando para estos efectos fundamentalmente la existencia de vinculación económica<sup>22</sup> de las empresas demandadas y el carácter persecutorio prioritario de los derechos laborales demandados<sup>23</sup>. En estos últimos casos, la composición de la sala especializada de la Corte Suprema ha ocasionado que en sus sentencias no se haya hecho mención expresa al principio de primacía de la realidad para fundamentar sus decisiones o pronunciamientos jurisdiccionales, lo que nos parece una importante omisión, teniéndose presente la necesidad en estos casos de fundamentar de manera clara y precisa la base legal que ampara la no aplicación de las disposiciones contenidas en el artículo 1183 del Código Civil vigente y demás regulación que fundamenta la independiente personería de las personas jurídicas.

#### **4. El anteproyecto de la ley general del trabajo**

##### **4.1 Escenario en el que se elaboró este instrumento**

Como es de público conocimiento, por iniciativa del congresista Luis Negreiros Criado, el Poder Legislativo formuló, en el año 2001, un proyecto de ley para la creación de una comisión especial encargada de elaborar un anteproyecto de Ley General de Trabajo que regule las relaciones individuales y colectivas del régimen laboral privado, el mismo que fue oportunamente observado por el Poder Ejecutivo, por razones que en esta oportunidad no es el caso tratar.

Ante la no reconsideración de la observación efectuada por la Presidencia de la República, la Comisión de Trabajo del Congreso, de acuerdo con sus atribuciones, designó a una comisión de expertos<sup>24</sup> para que elaboren un anteproyecto de Ley General del Trabajo.

El texto que es objeto de análisis<sup>25</sup> es el instrumento que nace como consecuencia de la elaboración primigenia por parte de la comisión de expertos nombrados por la Comisión de Trabajo del Poder Legislativo y los aportes realizados en el seno del Consejo Nacional del Trabajo, órgano consultivo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, documento que contiene 435 artículos.

<sup>21</sup> Casación N° 691-96.- Demanda seguida por Astolfo Tello Bardales contra Luis Castro Vásquez, Cisne S.A. y Trozas S.A., sobre pago de beneficios sociales y otros.

<sup>22</sup> Los criterios desarrollados para determinar la vinculación entre empresas son varios, sin embargo, se puede señalar que para pronunciarse en este sentido se ha recurrido a los criterios de organización vertical, control organizacional, la relación matriz filial subsidiaria, entre otras.

<sup>23</sup> Casación N° 932-2002-Lima (El Peruano, 04 de enero de 2006).- Existe responsabilidad solidaria luego de verificarse la vinculación económica entre las demandadas. También fundamenta la decisión el carácter prioritario de los derechos que se reclaman, en aplicación del Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 856.

Casación N° 474-2003-Lima (El Peruano, 03 de noviembre de 2004).- Existe responsabilidad solidaria cuando el trabajador prestó servicios para dos empresas vinculadas económicamente.

<sup>24</sup> La comisión de expertos estuvo conformada por los profesores universitarios Carlos Blancas Bustamante, Javier Neves Mujica, Mario Pasco Cosmópolis, Alfredo Villavicencio Rios, y Víctor Ferro Delgado. Su Secretario Técnico fue Adolfo Ciudad Reynaud.

<sup>25</sup> Texto obtenido en la página web del Poder Legislativo: [www.congreso.gob.pe](http://www.congreso.gob.pe).

---

## **4.2. Propuesta de regulación.**

El anteproyecto de la Ley General del Trabajo trata en cuatro artículos temas relativos a los grupos de empresas, en donde se definen sus elementos constitutivos, sus presunciones, y sus efectos jurídico-patrimoniales, los mismos que tienen el siguiente texto:

### Artículo 6.- Grupo de empresas

Se establece la existencia de un grupo de empresas cuando varias de estas, jurídicamente independientes, constituyen o actúan como una unidad económica y productiva de carácter permanente y están sujetas a una dirección única de contenido general.

Cuando un trabajador ha prestado servicios en cualquiera de las empresas que conforman un grupo, estas son solidariamente responsables por el pago de sus remuneraciones y beneficios sociales.

### Artículo 7.- Presunción de grupo de empresas

Se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un grupo de empresas cuando:

1. Desarrollan en conjunto actividades que evidencian su integración económica o productiva;
2. Existe relación de dominio accionario de unas personas jurídicas sobre otras, o cuando los accionistas con poder decisorio son comunes;
3. Los órganos de dirección de las empresas están conformados, en proporción significativa, por las mismas personas; o,
4. Utilizan una idéntica denominación, marca o emblema.

### Artículo 8.- La transferencia de trabajadores

La transferencia de trabajadores entre empresas que forman un grupo no afecta las remuneraciones ni la antigüedad del trabajador.

### Artículo 263.- Afectación de bienes

Los bienes que integran el activo del empleador o que están en posesión o uso de este y son de propiedad de sus socios o accionistas o pertenecen al mismo grupo de empresas, están afectos al pago preferente de sus deudas laborales; asimismo, lo están los que se encuentren aplicados al desarrollo de sus actividades, cuya posesión o uso sea superior a seis (6) meses, salvo que se acredite, con documento de fecha legalmente certificada, que pertenecen a un tercero no vinculado.

La redacción de estos artículos fue aprobada por mayoría en el seno del Consejo Nacional de Trabajo, en marzo de 2005, ninguno de ellos ha tenido consenso, por tanto, no han sido aprobados por la Comisión de Trabajo del Congreso de la República.

## **4.3. Características del esquema normativo propuesto**

Conforme al desarrollo señalado en el punto precedente, con el anteproyecto

---

se evidencia una propuesta de cambio y se adopta una clara posición respecto a este tipo de organización económico-empresarial, en lo que se refiere a su identificación y a la determinación de sus consecuencias jurídicas en el ámbito laboral, lo que, desde ya, constituye un gran avance.

Estando a los términos del artículo sexto del anteproyecto, la definición desarrollada de los grupos de empresas contiene los siguientes elementos constitutivos:

- I. Pluralidad de empresas independientes.
- II. Constitución o actuación como unidad económica y productiva.
- III. Carácter permanente.
- IV. Dirección única de contenido general.

La consideración e inclusión de la “pluralidad de empresas”<sup>26</sup> y el “carácter permanente de los negocios o actividades” como signos constitutivos es correcta y coherente con los elementos caracterizadores de los grupos de empresas desarrollados hace ya varios años por la doctrina<sup>27</sup> y en los reglamentos sectoriales vigentes emitidos tanto por la Superintendencia de Banca y Seguros como por la Conasev; sin embargo, consideramos discutible la manera como se han planteado y consignado los demás, en la medida que se ha obviado un elemento fundamental como es la necesaria “vinculación entre empresas”, directa o indirecta, y la no consignación expresa del cuarto elemento necesario cual es el “control por una de las empresas o control común”, directo o indirecto.

En lo que se refiere a este último punto, en el anteproyecto solo se ha hecho referencia a los efectos o consecuencias del aludido control, cuando se menciona como signos constitutivos la llamada constitución o actuación como unidad económica-productiva y la dirección única de contenido general, sin embargo se obvia el concepto fundamental, lo que a nuestro criterio, constituye un error en la sistematización del tema.

En suma, la posición que se sostiene es que la definición desarrollada en el primer párrafo del referido artículo sexto, requiere de una revisión en la medida que su texto actual no contiene los cuatro elementos de los grupos de empresas, que son la pluralidad de empresas, la vinculación patrimonial y económica, el control por una de las empresas o control común, y el carácter permanente de los negocios o actividades.

Por otro lado, en lo que respecta al artículo sétimo del anteproyecto, se evalúa y reconoce como muy necesaria e imprescindible el establecimiento de presunciones en estos casos, teniéndose en consideración que el fenómeno que se pretende regular contiene elementos particulares y complejas aristas que requieren de todas las herramientas que confiere la ley para la determinación de los hechos. En este sentido, del análisis de las presunciones que se esbozan en el anteproyecto, se debe señalar que el inciso 1, referido al desarrollo conjunto de actividades que evidencian su integración económica o productiva, no constituye una presunción sino la expresión del elemento control por una de las empresas o control común en un grupo empresarial, por lo que evaluamos debería ser revisado. Para que las presunciones realmente surtan efecto es necesario que estas se circunscriban a hechos concretos, como sí ha ocurrido en el desarrollo de los siguientes tres incisos del mencionado articulado, con los cuales coincidimos plenamente.

---

<sup>26</sup> Se entiende que pueden ser personas naturales o jurídicas.

<sup>27</sup> Según Alonso Olea, la responsabilidad es pues la solución normal de las situaciones de pluralidad empresarial. Esto se da cuando las varias empresas han sido efectiva y directamente receptoras de los servicios del trabajador, lo que ocurre cuando se presten de forma indistinta o común, simultánea o sucesiva en favor de los varios empresarios que así formen un grupo de funcionamiento integrado o unitario.

---

Por último, en lo relativo a los efectos laborales que se derivan de la existencia de grupos de empresas, contenidos en el anteproyecto, se debe resaltar que nos encontramos ante un texto de avanzada cuando se estipula la responsabilidad solidaria respecto al pago de los beneficios sociales y remuneraciones a favor de los trabajadores que laboren en cualquiera de las empresas integrantes del grupo económico. Nótese que la solidaridad no solo involucrará a las empresas del grupo en donde el trabajador efectivamente prestó servicio sino que esta comprenderá a la totalidad de empresas del grupo.

Los siguientes dos efectos, entiéndase el no perjuicio al trabajador, en cuanto a su nivel remunerativo y tiempo de servicios, por su transferencia a otras empresas del grupo y el pago preferente a favor del trabajador con los bienes del grupo, constituyen también un notable avance que se inspira en la reiterada jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, que reconoce estas consecuencias, fundamentalmente cuando se verifica un ánimo de fraude en la organización empresarial con el objeto de minimizar los derechos de sus trabajadores.

## **5. Conclusiones**

No hay normatividad vigente que regule la existencia y efectos de los grupos de empresas en el ámbito laboral; sin embargo, existe un importante desarrollo normativo de estos grupos en otros sectores de la economía, específicamente en los ámbitos bancario y de seguros y en el mercado de valores. Las motivaciones para la regulación de los grupos de empresas pueden diferir de acuerdo con las características y objetivos propios de la actividad económica que se regula, pero del análisis de la reglamentación existente emanada de la Superintendencia de Banca y Seguros y Conasev, bien se pueden obtener definiciones y otros conceptos de suma utilidad para el Derecho del Trabajo.

Los elementos conceptuales de los grupos de empresas son: La pluralidad de empresas (personas naturales o jurídicas legalmente independientes); las relaciones continuas y estables de negocios entre las empresas (en contraposición a la relación ocasional); la vinculación, directa o indirecta, entre las empresas, sus propietarios o sus funcionarios (la situación interna de una de las empresas influye en las otras); y el control (ejercicio de la capacidad directriz de la empresa matriz o comportamiento concertado). Los primeros dos elementos son permanentes y los dos últimos podrán darse conjunta o indistintamente.

En el Perú no se puede hablar de un criterio jurisprudencial uniforme respecto a las consecuencias jurídicas de la prestación de servicios remunerados y subordinados para las empresas componentes de un mismo grupo económico, que genere predictibilidad y seguridad jurídica.

En nuestro país, las ejecutorias que se pronuncian por la solidaridad entre dos o más empresas, se fundamentan mayoritariamente en la vinculación económica, sin embargo, no existe un criterio orgánico o estructurado que nos permita determinar cuáles son los extremos y límites de este término.



---

En la definición de grupo de empresas desarrollada por el anteproyecto que nos ocupa se verifican omisiones y redundancias, específicamente en lo que se refiere a los elementos de control y vinculación entre empresas, lo que atenta contra la correcta determinación de su marco conceptual y su eficiente regulación.

### **Referencias bibliográficas**

Alonso Olea, Manuel y otro (2001) Derecho del Trabajo, Madrid, Ed. Civitas, 19ª edición.

Ávalos Jara, Oxal Víctor (2007) Precedentes de Observancia Obligatoria en Materia Laboral de la Corte Suprema, Lima, Ed. Grijley.

Bernard, Yves y Colli, Jean Claude (1985) Diccionario Económico y Financiero, Madrid, Ed. Asociación para el Progreso de la Dirección, 4ª edición.

Cabanellas, Guillermo (1984) Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Buenos Aires, Ed. Heliasta.

Carhuatocto Sandoval, Henry (2004) El Principio de Primacía de la Realidad, Su aplicación en las relaciones laborales ocultas y sociedades interpuestas, Lima, Ed. Rao.

Espasa (2001) Diccionario Jurídico, Madrid, Ed. Espasa Calpe.

Gómez Valdez, Francisco (2000) El Contrato de Trabajo, Lima, Ed. San Marcos.

Gómez Valdez, Francisco (1996) Derecho del Trabajo, Relaciones Individuales de Trabajo, Lima, Ed. San Marcos.

Haro Carranza, Julio (2005) Derecho Individual del Trabajo, Lima, Ed. Rao, 2ª edición.

Martinez Vivot, Julio (1996) Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Buenos Aires, Ed. Astrea.

Ossorio, Manuel (1998) Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 25ª edición.

Paredes Infanzón, Jelio (2000) Jurisprudencia Laboral Peruana, Lima, Ed. Jurista.

Plá Rodríguez, Américo (1998) Los Principios del Derecho del Trabajo, Buenos Aires, Ed. Depalma, 3ª edición actualizada.

Rodríguez - Piñedo, Miguel y otros (Ed.) (1999) Legislación Laboral y de Seguridad Social. Madrid, Ed. Tecnos.

## ANÁLISIS HISTÓRICO Y COMPARATÍSTICO DE LA EMPRESA

Oyarce-Yuzzelli, Aarón\*

*Este artículo expone un visión panorámica del desarrollo histórico de la concepción jurídica de la empresa desde el Derecho Romano hasta el momento actual donde la empresa constituye una unidad de decisión económica en el mercado, con presencia innegable en la agenda de los gobiernos y en la escena de la nueva economía internacional.*

Sumario: 1. Introducción. 2. La empresa en Roma. 3. Evolución del concepto de empresa. 4. La empresa en los Estados Unidos. 5. Conclusiones.

### 1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto el expandir las nuevas doctrinas académicas sobre la creación de la empresa<sup>1</sup>; así como su evolución, desarrollando el estudio desde un punto de vista histórico comparativo.<sup>2</sup> Trataremos de ilustrar la teoría de Feliciano Serrao y Andrea Diporto sobre el origen de la empresa, doctrina que aparece en el año 1985, basada en el libro XV del Digesto de Justiniano,<sup>3</sup> la cual deja de lado todas las teorías anteriores.

\*Abogado por la Universidad San Martín de Porres, profesor de Derecho Internacional, Derecho Comparado y Derecho Romano en la Universidad de San Martín de Porres. Lima Perú. Investigador del ISGI-CNR Italia (2007-2008).

<sup>1</sup>Sobre el concepto de empresa ver: Jiménez-Sánchez, Guillermo, *Lecciones de Derecho Mercantil*, Label, Madrid 2001, p. 69; nos define el concepto económico de la empresa: la organización de factores productivos (capital y trabajo) para la producción e intermediación de bienes y servicios destinados al mercado. Sobre la definición moderna de la definición de corporación en los Estados Unidos véase: Kraakman, Reinier and Hansmann, *What is a Corporate Law*, in *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford University Press, New York 2004, p. 1. There are five basic characteristics, most of which will be easily recognizable to anyone familiar with business affairs. They are: a) legal personality; b) limited liability; c) transferable shares; d) delegated management under a board structure; e) investor ownership. De Eizaguirre, José María, *Derecho Mercantil*, 4ta Ed., Thomsom, Navarra 2005, pp. 72-84. Nos señala la formación progresiva de la noción de empresa como actividad específica, indicándonos la definición de empresa en el *Code de Commerce* de 1807 en su artículo 632. Sobre el concepto de empresa en el derecho italiano ver el art. 2082 del *Codice Civile Italiano* de 1942; el cual nos da la definición de *imprenditore* "chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi". Sanchez Calero, Fernando, *Principios de Derecho Mercantil*, 6ta Ed., MacGraw-Hill, España 2001; el autor no nos da un concepto de empresa, únicamente los conceptos de sociedades, realizando una división entre sociedades de personas y sociedades de capitales. Galgano, Francesco, *Derecho Comercial*, Vol. 1 *El Empresario*, Temis, Colombia 1999, pp. 11-50; nos da únicamente el concepto de empresario, relacionando principalmente el concepto de empresa con el concepto marxista; una noción comparatista muy importante para el derecho comparado. Schmidt, Karsten, *Derecho Comercial*, Astrea, Buenos Aires 1997, 65-77; nos señala que no existe un concepto jurídico general de la empresa. Oyarce-Yuzzelli, Aarón, *Manual de Derecho Empresarial*, UJGV, Lima 2005, pp. 37-47; el autor nos elenca los distintos conceptos de empresa desde el punto de vista jurídico, económico, etc. Cherchi, Amisericordia, *Istituzioni di Diritto Privato*, XVI Ed., Cedam, Padova 1983, pp. 335-337; nos da la definición del código civil italiano más los siguientes requisitos: a) el ejercicio de una actividad económica; b) el ejercicio profesional de tal actividad; c) la organización de los medios recurrentes; d) el ejercicio de la actividad a nombre propio; e) el fin de lucro. Bessone, Mario, *Lineamenti di Diritto Privato*, 5ta Ed. Giappichelli, Torino 2004, pp. 637-640. Trabucchi, Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile*, 34 Ed., Cedam, Padova 1994, pp. 300-304; nos dice que: "nell'impresa appare protagonista del mondo economico non si ha riguardo alla sola persona dell'imprenditore (il soggetto), o al complesso dei beni che formano l'azienda (mezzi e oggetti); nell'impresa si ha un *quid* che si considera unitariamente nella sua vita e nel suo movimento, come una combinazione di atti che richiede l'organizzazione di soggetti e di mezzi destinati alla produzione o allo scambio".

Las sociedades integran en nuestro ordenamiento un sistema jurídico compuesto por una pluralidad de tipos de sociedad. Cada una posee características propias, cada tipo de sociedad está destinado a cumplir una función distinta en el ámbito del sistema de la producción. Por el contrato de sociedad e entiende: Dos o más personas que aportan bienes o servicios, para la explotación en común de una actividad económica, con el objeto de repartirse sus utilidades. Entre los elementos en común: a) un contrato de sociedad; b) presencia de dos o más socios; c) aporte de capital o trabajo; d) explotación de una actividad económica; e) realización de un objeto social; f) finalidad de lucro.

<sup>2</sup>Sobre el concepto de derecho comparado ver: Zweigert, Konrad, KÖtz, Hein, *Introduzione al Diritto Comparato*, Giuffrè, Milano 1998, pp. 2-14; si tratta di un processo intellettuale, il quale ha il diritto come oggetto e la comparazione come strumento. Il diritto comparato concerne la comparazione di diversi sistemi giuridici nazionali. Ciò può avvenire, in generale, nel senso che lo spirito e lo stile di diversi sistemi giuridici, i modi di pensare e anche i metodi di procedere a loro usuali vengono tra loro comparati. Si parla a questo proposito di *macrocomparazione*, intendendo che l'oggetto dell'indagine comparatistica sono quei metodi con i quali si analizza normalmente la materia giuridica, i procedimenti mediante i quali si effettua la comparazione e la decisione, di controversie, od i metodi di lavoro dei giuristi che si occupano di diritto, mentre non appartengono a questo ambito i singoli problemi e le loro soluzioni. Sobre la función del derecho comparado véase: David, René, Jauffret-Spinosi, Camille, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 4ta Ed., Cedam, Padova 1994, p. 14; il diritto comparato ha una funzione di primo piano da assolvere nella scienza del diritto, esso tende, infatti, in primo luogo, ad illuminare il suo piano la funzione e il significato del diritto, mettendo a profitto a questo scopo l'esperienza di tutte le nazioni. Il suo secondo obiettivo è quello di facilitare, su un piano più pratico, l'organizzazione della società internazionale mostrando le possibilità di accordo e suggerendo formule per la regolamentazione delle relazioni internazionali. Esso permette in terzo luogo ai giuristi di diverse nazioni, per quel che riguarda il loro diritto interno, di concepire il miglioramento uscendo fuori dalle abitudini acquisite.

<sup>3</sup>El Digesto de Justiniano, es uno de los libros creados por el emperador Justiniano en el año 529 d.C. en una compilación llamada *Corpus Iuris Civilis*, que comprendía: a) el *Codex*, contenía a las constituciones imperiales que tuvo Roma a lo largo de su historia; b) las *Novelas*, contenía las nuevas constituciones publicadas luego de la publicación del *Codex*; c) el *Digesto* o *Pandectas*, el cual contenía la recopilación de los jurisconsultos más renombrados en Roma, posee 52 libros, con toda una bastedad de temas, desde el derecho civil, comercial, penal, público, etc.; d) las *Institutas* o instituciones, que eran los manuales explicativos del digesto. Esta normatividad mantiene vigencia hasta la actualidad, con las variaciones de las diversas familias y escuelas jurídicas del mundo; por ejemplo: la anglosajona que conserva rasgos romanistas como su principio básico *stare decisi*, la creación de ley por parte del *judge*, etc., la escuela exegética francesa que intentó apartarse de la legislación romana pero el *Code Civil* francés conserva todos los rasgos romanistas, aunque algunos con equivocaciones clamorosas como los referidos a los requisitos para que el *nasciturus* sea considerado persona: a) nacer; b) nacer vivo; c) ser viable; d) tener forma humana, esta era la excepción romana y el *Code Civil* de 1804 lo toma como principio. Por otra parte la escuela *pandectista* alemana estudiando el *digestum pandectarum* crean la BGB con características modernas.

Siendo esta teoría la del esclavo *mánager* la de mayor relevancia académica en la actualidad. Luego analizaremos la evolución del concepto de empresa y finalmente desarrollaremos el criterio de empresa actual en los Estados Unidos.

## 2. La empresa en Roma

Los problemas de la empresa en Roma<sup>4</sup> antigua aparecen en el periodo comprendido entre el siglo III a.C. al III d.C.<sup>5</sup> época caracterizada por el imperialismo y la gran expansión del *ager publicus*,<sup>6</sup> la transformación de la economía agrícola, la gran difusión de la esclavitud<sup>7</sup> que se convierte en la fuente hegemónica de la fuerza de trabajo. Característica nueva y determinante de todo el periodo y la expansión de los tráfico y grandes desarrollos del capital comercial, esta podría ser indicada como la edad comercial de Roma antigua, (imperialismo-mundo).<sup>8</sup> De la segunda mitad del tercer siglo a.C. y por los primeros dos siglos del principado, Roma está al centro de la logística de los negocios que se desarrollan en todo el Mediterráneo y aún más allá.

En este periodo los pretores<sup>9</sup> de la jurisdicción *inter privatos*, el urbano<sup>10</sup> y el peregrino<sup>11</sup>, el segundo surgido en esa etapa temporal, con sus edictos<sup>12</sup> constituían los órganos fundamentales para la creación de todas las formas jurídicas necesarias para la existencia de la economía-mundo. Justo en este periodo, y al inicio del segundo siglo a.C., Surge gracias a los pretores, que toman nota de todas las exigencias de la economía comercial, una serie de acciones dirigidas a dar organización y forma jurídica a los fenómenos ya

<sup>4</sup>El primero a escribir sobre el tema fue Feliciano Serrao y posteriormente su alumno Andrea Diporto, actualmente profesores en la Universidad de Roma "La Sapienza".

<sup>5</sup>Ver Serrao, *Diritto Privato Economia e Società nella Storia di Roma*, Jovene, Napoli 1993, p. 9 ss.

<sup>6</sup>Sobre el *ager publicus* véase: Talamanca, Mario, *Lineamenti di Diritto Romano*, Giuffrè, Milano 1979, pp. 263-266; donde el profesor Talamanca de la Università di Roma "La Sapienza"; nos señala: secondo le circostanze, la terra era distribuita in piena proprietà (*viridana*) a cittadini romani (*ager privatus, viritanus*), ovvero restava nella condizione di *agro pubblico*. Era quest'ultima durante la repubblica, la destinazione prevalente, tanto è che le fonti usano senz'altro come sinonimi le espressioni *ager ex hostibus captus*, cioè tolto come ai nemici, *ager occupatorius*, nel senso primitivo di occupato dal popolo vincitore, ed *ager publicus (populi romani)* cioè passato nel dominio del popolo romano ed amministrato quindi, dal senato, che ne decideva (e regolava) la forma di utilizzazione, in primo luogo deducendovi delle colonie, latine o di propri cittadini (v. 46, 48: ed. *ager colonicus*. In genere consentiva che le terre incolte o le meno produttive (ed erano le più) fossero occupate, senza alcun corrispettivo, da chi aveva interesse (e mezzi) per sfruttarle. Si parlava allora di *ager occupatorius*, in senso ben diverso da quello (generale) che abbiamo visto; in una prospettiva, cioè, che sottolineava stavolta la disponibilità (realizzata) di quelle terre ad essere occupate da privati, che ne diventavano, così, giuridicamente possessori. Ne acquistavano pieno godimento, trasmissibile tra vivi e *mortis causa* ai propri successori, ed erano tutelati contro i terzi, che comunque tentassero di interferire, con strumenti processuali speciali quali (da primi decenni del II secolo, almeno) gli interdetti possessori: soprattutto *l'uti possidetis*, che con la sua clausola *vim fieri veto* proibiva a chiunque di far loro violenza, di arreare cioè qualsiasi turbativa ai possessori (più tardi si aggiunsero: che non si fossero impadroniti a loro volta dei fondi stessi: *vi clam precario*: con violenza, in modo clandestino o da altri a titolo precario). La entrega del *ager publicus* a los plebeyos fue la primera forma de adquisición de propiedad de los plebeyos, los cuales debían de poseer las tierras por dos años para convertirse en propietarios. La primera forma de adquirir propiedad para los plebeyos fue a través del uso del *ager publicus*, mediante el *usucapione* el emperador señaló que todos los poseedores de tierras públicas serán propietarios si las trabajan por dos años. Concepto distinto al actual en cuanto a la usucapion, en la cual solamente se permite en las propiedades privadas y con el paso de diez o cinco años.

<sup>7</sup>Sobre la principal división del derecho respecto de las personas ver el Digesto 1,5,3 *De Iure Personarum: summa itaque divisio de iure personarum haec est, quod omnes aut liberi sunt aut servi. 1 Et Libertas quidem est, ex qua etiam liberi vocantur, naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi quod vi aut iure prohibetur. 2 Servitus autem est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur. 3. servi autem ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos venderé iubent, ac per hoc servare, nec occidere solent: qui etiam mancipia dicti sunt, quod ab hostibus manu capiuntur. 4. Servi autem aut nascuntur, aut fiunt. Nascuntur ex ancillis nostris; fiunt aut iure gentium, id est ex captivitate, aut iure civili, quum homo liber maior viginti annis ad pretium participantur sese venditari passus est.*

<sup>8</sup>Carandini, A., *il mondo della tarda antichità visto attraverso le merci*, in *Società romane e impero tardo antico*, Istituto Gramsci, Bari 1986, III, pp. 3-19.

<sup>9</sup>El pretor era el magistrado mayor, elegido por los comicios centuriados bajo la presidencia de otro magistrado mayor (por regla un cónsul, del cual tenía los mismos *auspicia máxima*), *conlega minor* de los cónsules, titular de *imperium* cualitativamente no diverso, pero con menor *potestas*, en edad histórica el pretor tenía competencias específicas sobre todo en el campo de la jurisdicción civil: sobre las características del pretor véase: Talamanca, Mario, *Lineamenti di Storia del Diritto Romano*, Giuffrè, Milano 1989, pp. 130-140.

<sup>10</sup>El pretor urbano era aquel juez que debía de resolver los casos de los *cives* romanos, utilizando el *ius civilis*, no pudiendo juzgar casos de peregrinos o entre *cives* y *hostis*.

<sup>11</sup>El pretor peregrino es aquel creado para resolver los conflictos inter peregrinos o en los casos entre peregrinos contra *cives* romanos. A estos pretores se les considera el antecedente del derecho internacional privado visto que debían resolver en casos donde el sujeto era extranjero o cuando las relaciones jurídicas eran extranjeras.

<sup>12</sup>Función característica de los jueces anglosajones, es interesante observar como el *common law* posee características similares al *civil law* en sus orígenes.

enraizados en la vida económica<sup>13</sup>.

Es imposible determinar una exacta cronología de los diversos sucesos. Ciertamente, antiquísimo era el *peculio* como fenómeno económico de hecho, que encontraba su estructura y funciones solo en la *potestas* del *pater*<sup>14</sup> o del *dominus*. La formación de grandes patrimonios y la expansión de las actividades económicas, por un lado, la enorme difusión de la esclavitud, por otra parte, hicieron que, para dar protección a terceros que habían concluido negocios con el *filius* o con el *servus*,<sup>15</sup> a quien el *pater* o *dominus* les había confiado en gestión una parte de su propio patrimonio, el *peculium*<sup>16</sup>, separado de la otra parte que permanece a su gestión directa, o sea en la *res domini* o *patris*, el pretor creó la *actio de peculio et de in rem verso* con la cual el tercero que contrató con el *filius* o con el *servus* podía convenir al *pater* o al *dominus* en el límite del *peculio* o de lo que había sido conseguido *ex causa peculiari* y había sido versado en el patrimonio (*res*) personal del *pater* o del *dominus*.<sup>17</sup>

A un punto, cuando las exigencias comerciales se desarrollan, y seguramente en el momento en el cual se debió afirmar aplicación de la institución de lo que podemos llamar *peculio empresarial*, o sea *peculio* separado de la *res domini*, destinado al ejercicio de una empresa comercial, el pretor emana el *edictum* sobre la *vocatio in tributum* y sobre la *actio tributoria*, que señala una reglamentación precisa sobre el uso empresarial del *peculio* en el campo comercial y están dirigidos a establecer una *par conditio* entre los créditos del *dominus* o *pater* y créditos con los terceros, siempre en los límites en los cuales el *servus* o *filius* ejercitaba una actividad comercial y el *dominus* o *pater*

<sup>13</sup>Véase la *Actio de Peculio et de rem verso*, *Actio* pretoria que reconoce legalmente a la empresa gestionada por un esclavo. Este reconocimiento es tanto de la responsabilidad limitada, la capacidad de realizar actividad comercial por parte del esclavo así como su capacidad procesal. Esta teoría ha sido reafirmada por las excavaciones arqueológicas que en el barrio de Testaccio en Roma, fueron encontrados los sarcófagos en los cuales se realizaba la importación y exportación de mercadería de y hacia Roma, teniendo gravado en ellos el nombre de los esclavos managers responsables del negocio. Sobre el derecho comercial en Roma ver: el Digesto libro décimo quinto que nos habla de: *De peculio, quando de peculio actio annalis est* (cuando es de un año la acción de *peculio*), *de in rem verso* (de la acción por lo que se convirtió en provecho de otro), *quod iussu* (de la acción de lo que se hizo por mandato).

<sup>14</sup>Sobre la estructura de la familia ver: Biondi, Biondo, *Instituzioni di Diritto Romano*, Giuffrè, Milano 1939, p. 551 ss; nos trata sobre la familia como la estructura básica de la sociedad así como lo señalaba Bonfante en su clásica obra, ver Bonfante, Pietro, *Corso di Diritto Romano*, Vol I, *Famiglia*, Atilio Sampaiolese, Roma 1926; donde señala que la familia es el eje central de la propiedad, con el *pater familias* como único *sui iuris*. El *status familiae* era la situación en que se encontraba un hombre libre y ciudadano con relación a una determinada familia. La distinta posición que en ella se podía ocupar influía sobre la personalidad o capacidad jurídica, en el sentido de acrecentarla o disminuirla, ya que era plena cuando el hombre era libre, ciudadano y *sui iuris*, y se encontraba reducida cuando era *alieni iuris*. Era *sui iuris* el sujeto autónomo respecto de cualquier potestad familiar, el ciudadano que no tuviese ascendientes legítimos masculinos vivos o que hubiera sido liberado de la potestad paterna mediante un acto llamado *emancipatio*. El hombre *sui iuris* era denominado *paterfamilias*, independientemente de que tuviera o no hijos, o que fuera o no mayor de edad (veinticinco años). Esta condición solo se daba en el varón no sometido a potestad familiar (*manus* o *potestas*), no en la mujer, aunque fuera *sui iuris*, porque de acuerdo con un principio romano (D. 50.16.95.5) la mujer es cabeza y fin de su propia familia: *mulier familiae suae et caput et finis est*. La persona sometida al poder familiar, cualquiera que fuera su edad o su sexo, era *alieni iuris*, comprendiéndose entre ellas al *filius familias*, descendiente legítimo o adoptivo de un *paterfamilias* viviente; a la mujer sujeta a la *manus* de su propio marido o del *pater* bajo cuya potestad este se encontrara, y la persona in *causa mancipi*, que era el hombre libre dado en *noxam* por los delitos que hubiere cometido o en garantía de las obligaciones del *paterfamilias* de quien dependía.

<sup>15</sup>Entre las críticas más duras contra esta teoría podemos mencionar que se encuentra la de la calidad del esclavo, primero si era persona: según el derecho romano los esclavos son personas como lo afirma el Digesto en: D. 1.5.3 *De Iure Personarum*: *Summa itaque divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines. Aut liberi sunt aut servi*. La principal división del derecho de las personas es esta: que todos los hombres son o libres o esclavos; esta división deshecha toda crítica anglosajona contra esta teoría. Segundo: si el esclavo era persona, este no puede realizar ninguna actividad porque es un *alieni iuris* y su condición de esclavo lo hace poseer una *capitis diminutio* máxima; ante esta crítica debemos de señalar que el único derecho que no perdía el esclavo era el *ius commercii*, además del *ius connubi* (solamente entre esclavos (*cotubernio*)). Los romanos aprovechaban de las capacidades de los pobladores de los pueblos conquistados, si estos eran negociantes, estos seguirían desarrollando la misma actividad bajo el dominio del *dominus*. Otra de las críticas del porqué preferir al esclavo en vez del *filius familias*, una de las principales razones era aprovechar la especialización en comercio de los esclavos.

<sup>16</sup>La derivación etimológica de *peculio* nos reporta a una sociedad de pastores, en una época pre cívica, su origen y su primera aplicación de ésta institución sería en la sociedad gentilicia, en las relaciones patrón cliente. Antes de la creación pretoria, el *peculio* constituye un fenómeno aparentemente social más que del derecho. Pero su origen nos lleva a la antigüedad. En cuanto al *peculio* de *filius*, la noticia más antigua nos envía a la tradición historiográfica (Livio 2.41.10) es relativa a los primeros decenios de la república y reguarda a Spurio Cassio. En cuanto al *peculio* del esclavo, una noticia directa la podemos apreciar en una norma de las XII Tablas sobre *statuliber*, ósea el esclavo que había sido declarado libre en el testamento a condición que se hubiese pagado al heredero una cierta suma (norma reconstruida sobre la base de Tit. Ulp. 2.4. El *peculio* luego adquiere características propias: *peculium nascitur, crescit, decrescit y moritur, peculium simile esse homini*.

<sup>17</sup>Gaio. 4, 72-74; D. 15, 1, 2 y 3; Inst. 4, 7, 4-7.

mientras este tenía conocimiento, o *sciens*<sup>18</sup>.

En estrecha conexión con el uso empresarial del peculio surgió la *actio quod iussu*, puesta siempre a canto al *actio peculio*, quizá dirigida, en sus orígenes a crear acreedores privilegiados frente a acreedores peculiares normales, creando una jerarquía de acreedores, hoy se diría acreedores fuertes, la responsabilidad limitada del *peculio* en responsabilidad ilimitada<sup>19</sup>. Al mismo tiempo vino creada la *actio istitoria*, con la cual prácticamente se organizaba la empresa comercial con responsabilidad ilimitada y se daba el crisma definitivo a una praxis comercial en la cual el esclavo, o el propio hijo podían realizar actividad comercial, con las consecuencias, pero mientras el *pater* o *dominus* adquiría, él no era responsable contra terceros (representación imperfecta). La intervención pretoria rendía al *dominus* o *pater* directamente e ilimitadamente responsable contra los terceros en virtud de los negocios concluidos por su *servus* o *filius institor*. En tal modo se ponía los *incommoda* a cargo de aquellos a quienes les tocaba los *incommoda* y nacía la representación *institoria* la cual es la representación orgánica perfecta<sup>20</sup>.

En el mismo periodo, se crea la *actio exercitoria*, que establecía los mismos aspectos señalados por la empresa marítima<sup>21</sup>. Así, en un determinado momento dentro del siglo II a. de C., existían estas acciones a través de las cuales se iba construyendo, y esta su gran importancia, toda la organización empresarial romana. No son acciones que resuelven solamente el problema de la representación, son acciones que van más allá, son acciones que diseñan, estructuralmente y funcionalmente, todo el sistema jurídico de la empresa, que después vendrá continuamente enriquecida y perfeccionada por la elaboración jurisprudencial<sup>22</sup>. Algunos autores erróneamente las llaman *adiecticiae qualitatis*, como instrumentos de representación, pero no se tiene presente la gran importancia que tuvieron para la economía y para la organización empresarial romana, al servicio de la cual, fueron creadas. Serrao señala que la representación surge y se desarrolla en la vida dinámica de las organizaciones empresariales. Cuatro características principales pueden mencionarse de la organización empresarial romana: a) el carácter potestativo de la familia romana. Este organismo fuerte muta con el pasar del tiempo, pero mantiene su carácter potestativo y se consolida en el siglo V y el IV, se hace apta para satisfacer las exigencias de los nuevos tiempos; la adaptación en pleno de la familia romana a la nueva economía comercial, aquella llamada economía mundo, b) los esclavos y su función administradora, c) el fenómeno económico, primero, y la figura jurídica del *peculio* luego, d) una situación de conciencia y voluntad, de diversa graduación, del *dominus* o *pater* que va de la simple *scientia* a la *voluntas*, a la *prepositio*.

<sup>18</sup>Gaio. 4, 72; Digesto. 14, 4, Inst. 4,7,3. Ver además Serrao, Feliciano, *Impresa*, p. 19.

<sup>19</sup>Gaio. 4, 72; Digesto. 15, 4; Inst. 4,7,1.

<sup>20</sup>Gaio. 4, 71; Digesto. 14, 3; Inst. 4,7,2.

<sup>21</sup>Gaio. 4, 71; Digesto. 14, 1; Inst. 4,7,2. y 2<sup>a</sup>.

<sup>22</sup>Ver: Diporto, Andrea, *Impresa Collettiva e Schiavo Manager in Roma Antica*, Giuffrè, Milano 1984. Este es el libro más importante en la actualidad sobre el origen antiguo de la empresa, sea colectiva, unipersonal, de responsabilidad limitada o ilimitada, como muy bien trata Diporto en el libro. Esta teoría contradice a todas las teorías anglosajonas y a todas las otras precedentes sobre el origen de la empresa; los americanos señalaban que la empresa se originó en USA con las caravanas, otros atribuyen a la *Ley Fargo*, los Ingleses señalan que inicia con la Revolución Industrial, algunos historiadores la relacionan a la actividad comercial egipcia, pero los opositores señalan que solamente eran actos de comercio. Entre otras podemos mencionar: forms of partnership that had unlimited liability *societas* and *commenda* respectively, were rooted in Roman Law. (Limited liability has an advantage over unlimited liability in that capital suppliers can only lose the amount of capital advanced). However the advent of the corporation generally is associated with the granting of a royal charter to the Russia Company in 1557, giving to it exclusively trading privileges with Russia. This charter allowed it to constitute on a joint-stock basis with a functional management. But the novel feature of the Russia Company was its joint-stock with legal personality, which through the company seal enabled it to sue and to be sued. Exclusive trading charters had been granted previously to "regulated companies" as early as the thirteenth century. The first of these was called the Merchants of the Staple, organized to govern the wool-export industry, and the last, organized in 1505, was the Merchant adventures. Significantly regulated companies governed the actions of individual merchants and had no real legal personality. The Russia Company was copied in Holland with the establishment of the Dutch East India Company. In addition, Genoa chartered a slave-trading corporation (1580) and France chartered its Africa (1561), Coral (1600) and Canadian (1602); sobre esta teoría véase: Hickson, Charles & Turner, John, *Corporation or Limited Liability Company*, School of Management and Economics Queen's University, Belfast 2005, pp. 2-6.

Con estos cuatro elementos fundamentales, combinándolos de un modo u otro, según estén presente todos los cuatro o solamente dos o tres, los pretores y la jurisprudencia crean y construyen toda la organización empresarial. Si tenemos presente estos cuatro elementos, tendremos presente todos los modos de combinar la organización empresarial, con estos elementos se crean los diversos tipos de empresa y se determina, de un modo u otro, es el principio fundamental de toda empresa comercial o industrial, es decir, la relevancia externa en relación con terceros, y los diversos niveles de relación con los terceros que tiene en frente el empresario. Sobre estos principios se tienen que construir los tipos de responsabilidad, limitada o ilimitada<sup>23</sup>.

## 2.1 Societas delinquere non potest

Podemos mencionar además sobre la personalidad la responsabilidad jurídico penal de las personas jurídicas; esta aparece desde época romana con el principio *societas delinquere non potest*<sup>24</sup>. Actualmente seguimos lo definido en la Constitución italiana en su art. 27, 1 coma<sup>25</sup> y el art. 197 del *Codice Penale*.<sup>26</sup> En los países como Alemania e Italia la más fuerte tradición dogmática induce a posiciones de retroguardia justificada por los temores de violación a la Constitución o de provocar una contradicción al interior del sistema penal (se sostiene que la personalidad de la responsabilidad penal de la cual el artículo 27 de la Constitución italiana radica “*prima ancora che su una colpevolezza, su un insieme di fattori fisio-psichici che la colpevolezza stessa presupone, identificabili solo in capo a persone fisiche*”<sup>27</sup>).

## 3. Evolución del concepto de empresa y del Derecho Comercial

A lo largo de la historia existió la diferenciación entre actos de comercio y actos de derecho civil<sup>28</sup>. El Derecho Comercial en Roma en su origen no se

<sup>23</sup>Sobre la sociedad en Roma ver también: Di Pietro, Alfredo y Lapieza Elli, Ángel Enrique, *Manual de Derecho Romano*, Depalma, Buenos Aires 1993, pp. 298-300; donde nos señala que la sociedad (*societas*) es un contrato en virtud del cual dos o más personas (*socii*) se obligan a hacer aportes en común de bienes o de trabajo para obtener una utilidad común que se repartirán. La sociedad se constituye por el libre consentimiento de sus miembros y lo hacen sobre una base de confianza recíproca (*afectus societatis*); por ello, bastaba que uno solo de los socios decidiera retirarse para que el contrato quedara concluido. La sociedad romana solo genera efectos entre los socios dado que carece de personería jurídica exterior. Había dos figuras de sociedad: la *societas omnium honorum*, que se caracterizaba por el hecho de que en ella los socios aportaban en común la totalidad de sus patrimonios, tanto los bienes que tenían en el momento de formar la sociedad como los que pudieran adquirirse luego, y la *societas alicuius negotii*, en la cual los aportes se realizaban para una sola operación o una serie determinada de negocios, como, por ejemplo, para comprar o vender esclavos. Las personas jurídicas reconocidas y tratadas por los romanistas modernos son únicamente las sin fines de lucro y dentro de ellas podemos mencionar: a) las corporaciones; b) las fundaciones; c) el *aerarium populi romani* y dentro de las personas jurídicas menores: d) las *collegia* (con fines de culto) y e) las *sodalitates*; f) *funeraticia*; véase: Arangio-Ruiz, Vincenzo, *Instituciones de Derecho Romano*, Depalma, Buenos Aires 1973, pp. 75-85. En cuanto a las sociedades privadas en Roma véase: D'Ors, Alvaro, *Derecho Romano Privado*, EUNSA, IX Ed., Pamplona 1997, pp. 484-487; donde nos expone la constitución de la sociedad privada, constituida por el hecho de acordar dos o más personas la puesta de algo en común para obtener también una ventaja en común (*coire societatem*). Las aportaciones de los socios pueden ser desiguales; se llega a admitir la aportación solo de trabajo, incluso sin participación en el riesgo, pero ninguno puede excluirse a un socio de participar en las ganancias. Nos menciona además sobre el *actio communi dividendo* para la eventual división de la copropiedad producida, una acción *ex fide bona* que es la *actio pro socio*, cuyo fin es liquidar la deuda.

<sup>24</sup>Véase: Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho Penal Parte General*, Grijley, Lima 2007, pp. 268-273; donde el autor señala: que la persona jurídica no realiza conductas humanas, sin embargo, el derecho Penal no puede ser extraño a las infracciones que se cometen a través de las personas jurídicas. No es posible equiparar la supuesta voluntad de dicho ente, con la voluntad humana y por ello, la misma esencia de la persona jurídica excluye la existencia de una responsabilidad penal.

<sup>25</sup>Constitución italiana art. 27, 1 coma: “La responsabilità penale è personale”.

<sup>26</sup>Código Penal Italiano art. 197 “Gli enti forniti di personalità giuridica, eccettuati lo Stato, le regioni, le provincie ed i comuni, qualora sia pronunciata condanna per reato contro chi ne abbia la rappresentanza o l'amministrazione, o sia con essi in rapporto di dipendenza, s i tratti di reato che costituisca violazione, della persona giuridica, sono obbligati al pagamento, in caso di insolubilità del condannato, di una somma pari all'ammontare della multa o dell'ammenda inflitta. Se tale obbligazione non può essere adempiuta, si applicano al condannato le disposizioni dell'art. 136.”

<sup>27</sup>Entre la normatividad en la Unión Europea sobre penalizar las conductas de las empresas véase: Tratado CEE art. 85 y 86. La Recomendación NR (88) 18 del Comité de Ministros del Consejo Europeo. Segundo Protocolo de actuación de la Convención de la Unión Europea para la tutela de los intereses financieros aprobada el 26 de julio de 1995, art. 3 (se contempla la responsabilidad, no se especifica naturaleza, de las personas jurídicas por los reatos de fraude, corrupción activa y reciclaje cometido para su beneficio). Sobre el versante de la tutela de los intereses financieros de la Comunidad Europea ver: el reglamento CE Euroatom n. 2988/95 del 18 de diciembre 1995, el art. 7 prevé la aplicación de sanciones administrativas punitivas directamente a las personas jurídicas. En el plano de la acción en contra de la criminalidad organizada ver: la Acción contra la criminalidad organizada adoptado por el Consejo el 28 de abril de 1997, la recomendación 18, que prevé la introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas cuando estén involucradas en actividades de criminalidad organizada. En la legislación italiana véase: Decreto Legislativo n. 231 del 8 de junio 2001 “Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300 publicada en la Gazzetta Ufficiale n. 140 del 19 de junio 2001; los principales sujetos destinatarios de esta norma son: a) entes privados de personalidad jurídica; b) sociedad de capitales; c) sociedad cooperativa; d) fundaciones; e) asociaciones reconocidas; f) entes privados y públicos económicos; g) entes privados que ejercitan un servicio público en virtud de una concesión, concesión, participación o analogo acto administrativo; h) entes privados de personalidad jurídica; i) sociedad de personas; GEIE; j) consorcios; k) asociaciones no reconocidas.

<sup>28</sup>La discusión doctrinaria sobre los actos de comercio, teoría objetiva y teoría subjetiva ha sido abordada por los juristas a nivel mundial. El Código de Comercio del Perú en su art. 1 “Son comerciantes, para los efectos de este Código: 1) los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente; 2) las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo al Código”; adoptando de esta manera la teoría objetiva. Ver también: Bercovitz Rodríguez Cano, Alberto, *Apuntes de Derecho Mercantil*, 6ta Ed., Thomson, Navarra 2005, pp. 33-40; en la Edad Media eran los comerciantes quienes realizaban determinados actos mercantiles, pero luego se varía a la teoría objetiva plasmada en las Ordenanzas de Colbert del año 1673, el Código de Comercio napoleónico de 1807, el español de 1829, el alemán de 1861 y el italiano de 1882. Véase Además: Galgano, Francesco, *Derecho Comercial*, Vol. I, Themis, Bogotá 1999, pp. 14-16. Oyarce-Yuzzeili, Aaron, *Manual de Derecho Empresarial*, UIGV, Lima 2005, pp. 54-55. JiméNez-SÁnchez, Guillermo, *Lecciones de Derecho Mercantil*, 6ta Ed., Tecnos, Madrid 2001, pp. 42-43. De Ezaguirre, José María, *Derecho Mercantil*, 4ta Ed., Thomson, Navarra 2005, pp. 53-60. En cuanto a actos civiles y actos de comercio, el derecho italiano ha realizado una acción a la vanguardia a nivel internacional en su código de 1942, ha unificado el código civil con la legislación comercial. Incluyendo en su normatividad temas comerciales, como sociedades, temas laborales, cooperativas etc.

<sup>29</sup>El *Codice Civile* Italiano soluciona este problema histórico entre la separación de los actos civiles y mercantiles. Siendo este código de 1942 importante en el derecho comercial a nivel mundial, debido a que este código unifica la legislación civil y la legislación de empresarial italiana. Este código posee seis libros: a) libro I de las personas y de la familia; b) libro II de las sucesiones; c) libro III de la propiedad; d) libro IV de las obligaciones; e) libro V del trabajo; f) libro VI de la tutela de los derechos.

El libro V del trabajo es el libro que regula el derecho laboral, las sociedades, las empresas cooperativas y de mutua aseguración, las asociaciones en participación, la hacienda, los derechos de propiedad industrial e intelectual, concurrencia, etc. Además podemos destacar el trato de contratos modernos como la franquicia, leasing, bancarios, de bolsa, crédito agrario etc. Sin duda este código es muy importante para el estudio de la evolución de las ideologías comerciales y la rivalidad entre el derecho civil y comercial. Sobre el Código Civil Italiano véase: *Quattro Codici*, Simone, Napoli 1999. En especial el Libro V; Título I de la disciplina de las actividades profesionales, Título II del trabajo en la empresa, Título III del trabajo autónomo, Título IV del trabajo subordinado en determinadas relaciones, Título V de las sociedades, Título VI de las empresas cooperativas y de mutua aseguración, Título VII de la asociación en participación, Título VIII de la hacienda, Título IX de los derechos de las obras del ingenio y de sus invenciones industriales, Título X de la disciplina de la concurrencia y de los consorcios, Título XI disposiciones penales en materia de sociedad y de consorcios.

distinguió del civil; ni los juristas diferenciaron el acto civil del acto de comercio. El pueblo romano, como señalamos, promovió el comercio e inclusive el pretor peregrino mediante el *ius honorum* legaliza la labor comercial de los esclavos instituidos para realizar labor comercial, adaptando la legislación romana a los usos y costumbres imperantes. Hasta que con el paso de los años Roma se convierte en un poderío político, militar y económico que llega a conquistar Europa, África, Asia, etc.

Por otro lado, el derecho romano adquirió, por obra del pretor, flexibilidad, que le permitió adaptarse a las necesidades de la contratación. Como *Ius Gentium*, rigió en las relaciones con todos los pueblos incluyendo a los de intensa actividad comercial. Sin embargo, ciertas reglas propias del tráfico comercial marítimo que rigieron en Roma no fueron producto de elaboración de los juristas romanos, sino de la adaptación de leyes de otros pueblos. Así ocurrió con la ley Rodas de "la echazón"<sup>29</sup> incorporada en el Digesto, en la que se establecía que los daños y gastos ocasionados deliberadamente para salvar la nave, efectuados en proyecto de todos los interesados en la expedición marítima, debían ser de responsabilidad común. Estas reglas, surgidas en los usos comerciales, pasaron a las legislaciones.

Las leyes Rodas<sup>30</sup> solo fueron incorporadas parcialmente al derecho romano en los aspectos ya indicados, pues su contenido era más amplio y comprendía importantes materias del derecho marítimo, como eran las referentes a robos y riñas ocurridas a bordo, arribada forzosa, fletamento, responsabilidad de los cargadores, préstamos marítimos asociaciones, contribución de averías de efectos y mercaderías y otros. De las Leyes Rodias tomaron los romanos, igualmente, las acciones *exersitoria* e *institutoria*. En virtud de ellas, el que ha contratado con el capitán de la nave puede demandar al propietario por los actos del capitán o de responsabilidad de este o de quien lo sustituye, por reputarse que existe una relación de mandato, o una autorización para la sustitución de persona<sup>31</sup>.

La utilidad del procedimiento se hizo sentir en Roma en toda sociedad el día en que la justicia social sustituye a la justicia privada. Durante un periodo, los ciudadanos romanos conservaron el derecho de hacerse justicia, a condición de hacerlo con formas, pero al mismo tiempo la autoridad social limitaba estrictamente los casos en que era lícita dicha justicia privada envuelta en formas solemnes. Ella se admitió hasta cierta época, siempre que se tratase de una legítima defensa.<sup>32</sup> La organización del procedimiento cambió en el derecho romano. Se han conocido tres sistemas de procedimiento civil. El primero data del antiguo derecho y se aplica exclusivamente desde mediados del siglo VII de Roma y del comienzo de la República, 509 a. de C., hasta la época de los Gracos, 150 a. de C. es un sistema oral y formalista llamado Acciones de La Ley.

El segundo periodo es el sistema llamado Formulario o por fórmulas escritas, que domina en la época clásica (del I al III siglo de la era cristiana). Estos dos

<sup>29</sup>Parte de las constancias que se tienen en las *leyes Rodas* respecto al comercio marítimo son figuras como "la echazón", es decir, aquel reparto equitativo o proporcional entre todos aquellos interesados en la suerte de un buque, respecto del valor de los objetos que se echan al mar para salvarlos.

<sup>30</sup>Las *leyes de Rodas*; en las ciudades de la antigua Grecia, el comercio se efectuaba en centros de mercadeo debidamente organizados y supervisados por las autoridades públicas. Los centros establecidos en las ciudades de Rodas y de Mileto eran los más importantes. La ciudad de Rodas sobresalió por haber adoptado normas comerciales de carácter progresivo, por la promulgación de leyes marítimas que se consideran como las bases actuales de las leyes de navegación internacional. Cada ciudad griega tenía un lugar de mercadeo, conocido por el nombre de ágora. Allí se realizaban las transacciones comerciales y la gente se reunía para celebrar transacciones comerciales y la gente se reunía para celebrar actos cívicos, políticos, judiciales y festivos. Habían dos clases de ágoras una para las ventas al detalle y otra para las ventas al por mayor. El control de las ágoras lo tenían los gobiernos de las ciudades, quienes a su vez delegaban esta responsabilidad a las juntas especiales de mercadeo que se organizaban por la ley para ese fin.

<sup>31</sup>Montoya Manfredi, *Ulises. Derecho Comercial*. 9ª Edición. Editorial Grijley. Lima-Perú. p. 52.

<sup>32</sup>Sobre el procedimiento en Roma véase: D'Ors, Alvaro, *Derecho Privado Romano*, Eunsa, Pamplona 1997, pp. 113-178. Véase también: Arangio-Ruiz, *Instituciones de Derecho Romano*, Depalma, Buenos Aires 1973, pp. 121-180. En cuanto a los romanistas peruanos ver: Herrera Paulsen, Darío y Godenzi Alegre, Jorge. *Derecho Romano*. ob. cit., p. 131.

sistemas se desarrollaron dentro de una organización judicial muy particular, que combina el principio de la justicia arbitral con la justicia estatal.

El tercer sistema llamado Extraordinario o *Cognitio* extraordinaria, se opone a los anteriores por su carácter general y por las reglas que precisan el desarrollo del proceso. Es un sistema íntegramente estatal, que deriva de la justicia administrativa, con funcionarios nombrados. Funciona durante el periodo del Bajo Imperio (Diocleciano-Constantino).

La organización del procedimiento cambió en el derecho romano. Se han conocido tres sistemas de procedimiento. El primero data del antiguo derecho y se aplica exclusivamente desde mediados del siglo VII de Roma y comienzos de la República, 509 a. de C., hasta la época de los Gracos, 150 a. de C.; este es un sistema oral y formalista llamado Acciones de la Ley. El segundo periodo es el sistema llamado Formulario o por fórmulas escritas, que domina en la época clásica (del siglo I al III de la era cristiana). Estos dos sistemas se desarrollan dentro de una organización judicial muy particular, que combina el principio de la justicia arbitral con la justicia estatal.

El tercer sistema llamado extraordinario o *cognitio* extraordinaria, se opone a los anteriores por su carácter general y por las reglas que precisan el desarrollo del proceso. Es un sistema íntegramente estatal, que deriva de la justicia administrativa, con funcionarios nombrados. Funciona durante el periodo del Bajo Imperio (Diocleciano-Constantino)<sup>33</sup>. Podemos concluir en este estadio de la investigación que la empresa romana ha influenciado con sus características a la empresa romana actual<sup>34</sup> como lo veremos en el capítulo posterior.

#### 4. La empresa en los Estados Unidos

En los Estados Unidos actualmente se estudia los aspectos legales del *business corporation*, con cinco características: a) la personalidad legal; b) la responsabilidad limitada; c) la transferencia de acciones; d) delegación de la administración bajo un consejo directivo; e) propiedad de los inversionistas<sup>35</sup>. Estas características son inducidas por las exigencias económicas de las modernas corporaciones. Sobre la base de este esquema, podemos afirmar que existen empresas con menos de estas características, pero debemos de señalar que las empresas de larga escala adoptan formas legales que poseen todos los elementos antes mencionados<sup>36</sup>.

<sup>33</sup>Herrera Paulsen, Darío y Godenzi Alegre, Jorge. ob. cit., p. 133.

<sup>34</sup>En cuanto a las categorías de sociedades en la doctrina romanista podemos señalar que las sociedades se dividen en: a) *societates de personas*: sociedad civil, sociedad en comandita, sociedad colectiva; b) *societates de capitales*: sociedades de capitales: sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima. La sociedad por encomandita por acciones esta fuera de la división. Entre las características de las sociedades de personas podemos mencionar: a) responsabilidad ilimitada; b) las deudas de la sociedad pueden ser ejecutadas en el patrimonio de la sociedad, pero también en el patrimonio de los socios; c) en la sociedad de personas el tercero contrata con la confianza en el socio, la sociedad es un artificio técnico pero el socio también es deudor; d) el poder de administrar es inherente a la calidad de socio, solo el socio es administrador, el mismo gestiona la sociedad; e) me vinculo con una sociedad porque conozco quien es la gerencia; no transferencia de la calidad de socio; f) intranferibilidad de la calidad de socio sin consentimiento de los socios.

Entre las principales características de las sociedades de capitales podemos citar: a) las cualidades personales de los socios se pierden, por lo menos en principio, toda importancia y los socios se toman en consideración- de aquí la denominación de sociedad de capitales - solo en razón del aporte del capital suscrito por ellos; b) *beneficio de la responsabilidad limitada*: ya que arriesgan en la empresa solo el dinero o los bienes que han aportado a la sociedad. De este beneficio gozan todos los socios de la sociedad anónima; todos los socios de la sociedad de responsabilidad limitada, los socios comanditarios de la sociedad en comandita por acciones, con exclusión de los socios gestores, que son, en cambio, solidaria e ilimitadamente responsables de todas las obligaciones sociales; c) *El poder de la administración está separado de la calidad de socio*: ya que el socio no es, en cuanto tal, administrador de la sociedad, y la calidad de socio le confiere, por este aspecto, solo el poder de concurrir, con su propio voto, al nombramiento de los administradores; d) *la calidad de socio es transferible libremente*: pues la sustitución de la persona del socio - por cesión voluntario o por sucesión mortis causa- no requiere ninguna modificación al contrato de sociedad y se lleva a cabo, exclusivamente, por voluntad del cedente y del cesionario, o, en el caso de muerte del socio, según el mecanismo de las sucesiones

<sup>35</sup>Kraakman, Reinier and Hansmann, op. cit., p. 1 ss.

<sup>36</sup>Dentro de las principales normas que rigen las *Corporations* en los Estados Unidos podemos señalar: a) Model Business Corporation Act; b) Prior Model Business Corporation Act Provision; c) Model Statutory Close Corporation Supplement. En cuanto a las *Partnerships*: a) Uniform Partnership Act, 1914; b) Uniform Partnership Act 1997; c) Uniform Limited Partnership Act, 1916; d) Revised Uniform Limited Partnership Act, 1976, with the 1985 Amendments. En cuanto a las Limited Liability Companies: a) Uniform Limited Liability Company Act. También podemos mencionar las normas relacionadas a la actividad empresarial del *Federal Securities Law*: a) Securities Act of 1933; b) Securities Exchange Act of 1933; c) Rules Under Securities Act of 1933; d) Sarbanes-Oxley Act of 2002. Sobre Corporate Governance: a) Corporate Governance Policies; b) Shareholders Proposal.



*Personalidad legal:* como entidad económica, una empresa fundamentalmente sirve como nexo para contratos: una parte contractual que coordina las actividades que provee *inputs* y productos a los consumidores así como servicios, el elemento principal de la personalidad legal es la separación del patrimonio, la habilidad de la empresa de poseer bienes que son de propiedad distinta<sup>37</sup>.

*Responsabilidad limitada:* la forma corporativa impone un *default term* en contratos entre una empresa y sus acreedores, donde los acreedores están limitados a realizar sus demandas contra los bienes que son de propiedad de la empresa, y no pueden realizar mayores demandas contra los patrimonios personales de los accionistas de la empresa o sus *mánagers*<sup>38</sup>.

*Transferencia de acciones:* la transferencia total de acciones en propiedad. La transferencia permite a la empresa el conducir sus negocios ininterrumpidamente así como varían las identidades de sus propietarios, evitando las complicaciones de las separaciones de sus miembros. La transferencia total de las acciones no significa necesariamente *freely tradable shares*. La transferencia libre significa la maximización de la liquidez de los accionistas y la habilidad de estos para diversificar sus inversiones<sup>39</sup>.

*Delegación de la administración con una estructura de directorio:* la administración delegada es un atributo de las compañías grandes con numerosos dueños diversos. La delegación permite la centralización de la administración, necesaria para coordinar la actividad productiva. Es igualmente importante la delegación la facultad decisoria en personas específicas. El criterio de autoridad se convierte en un concepto clave en la empresa<sup>40</sup>.

*Propiedad del inversionista:* existen dos elementos claves en la propiedad en la empresa: a) el derecho de controlar la empresa y b) el derecho a recibir las ganancias netas de la empresa. La *law of business corporation* está principalmente diseñada para facilitar la organización de las empresas con accionariado<sup>41</sup>.

#### 4.1. Clases de empresas en los Estados Unidos:

Entre las formas de empresas en los Estados Unidos podemos señalar: a) sole proprietorship<sup>42</sup>; b) partnership<sup>43</sup>; c) limited liability<sup>44</sup> y la d) business

<sup>37</sup>The core element of legal personality (as we use the term here) what the civil law refers to as *separate patrimony*. This is the ability of the firm to own assets that are distinct from the property of other persons, such as the firm's investors, and that the firm is free not only to use and sell, but, most importantly, pledge to creditors, elsewhere we have termed this asset-pledging effect of legal personality *affirmative asset partitioning* to emphasize that it involves shielding the assets of the entity, the corporation, from the creditors of the entity's managers and owners.

<sup>38</sup>The corporate form effectively imposes a default term in contracts between a firm and its creditors whereby the creditors are limited to making claims against the assets that are the property of the firm itself, and have no further claim against the personal assets of the firm's shareholders (or managers). This limitation of owner liability distinguishes the corporate form from some other important forms of organization that have legal personality.

<sup>39</sup>Fully transferable shares in ownership are yet another basic characteristic of the business corporation that distinguishes the corporation from the partnership and from various other standard-form legal entities as well. Transferability permits the firm to conduct business uninterrupted as the identity of its owners changes, thus according the complication of members withdrawal that are common among, for example, partnership, cooperatives, and mutuals. This in turn enhances the liquidity of shareholders' interest and makes it easier for shareholders to construct and maintain diversified investment portfolios.

<sup>40</sup>Delegated management is an attribute of nearly all large firms with numerous fractional owners. Delegation permits the centralization of management necessary to coordinate productive activity. Equally important, delegation of decision-making power to specific individuals notifies third parties as to who in the firm has the authority to make binding agreements. The authority issue, in particular, quickly becomes intractable in a firm in which numerous owners and managers are not distinct, as in a large general partnership that fails to allocate authority and to signal this allocation of authority clearly to third parties.

<sup>41</sup>There are two key elements in the ownership of a firm, as we use the term ownership here: the right to control the firm, and the right to receive the firm's net earnings. The law of Business Corporation is principally designed to facilitate the organization of investor owned firms- that is, firms in which both elements of ownership are tied to investment of capital in the firm. More specifically, in an investor owned firm, both the right to participate in control-which generally involves voting in the election of directors and voting to approve major transactions, and the right to receive the firm's residual earning, or profits, are typically proportional to the amount of capital contributed to the firm. Business corporation statutes universally provide for this allocation of control and earnings as the default rule.

<sup>42</sup>Sole proprietorship is the simplest form of business type. It is a business owned and controlled exclusively by one person. This person is responsible for the business, including all liability and any profit or loss. Features: inexpensive to form, easy to dissolve, generally have no tax aspects, virtually no formalities to be observed except basic bookkeeping, firm's facilities are treated as personal liabilities of the owner, on death of the proprietorship immediately ceases to exist. Profits and losses of the business are of the owner's personal income and the proprietorship form is disregarded for tax purposes. However, since legally the firm is nothing more than an individual using a trade name, there is no limit to the owner's liability for the firm's obligations.

<sup>43</sup>Partnership is an association of two or more persons (persons being people, corporations, other partnerships, LLC's, trusts or others) to carry on, as co owners, a business for profit. These individuals are responsible for the business, including all liability and any profit or loss. The persons intending to enter into a partnership make an agreement to share profits and losses. The partnership is required to file an informational return to the government to report what the profits and losses of the partnership were and how these were allocated to the partners. Since the liability of partners is joint and several, any particular partner can be made to pay the entire debts of the partnership, regardless of the allocation of profits and losses, or capital contributions made into the partnerships.

<sup>44</sup>Limited liability company is a hybrid of a corporation (with liability to limit personal liability) and a partnership (with an ability to assess profits and losses to individuals), this type of organization provides a flexible structure to achieve these ends. LLC's are extremely flexible, and can be used for a very wide range of business. Like partnership, LLC's can be as simple or complex as the members desire. Depending on state law, an LLC can have the same liability for members as a corporation, or have some members with limited liability and some without limited liability (like limited partnership), or even have no limited liability for any members (like general partnership). Unlike corporations, some States require that their LLC's designate a date in the future at which the LLC will automatically dissolve. Some States also require that if a member dies, goes bankrupt or meets some other calamity the remaining members of the company must either dissolve or vote to continue.

---

*corporation*<sup>45</sup>. Siendo la de mayor expansión a nivel americano y mundial la *corporation*.

Virtualmente en todas las economías existe un estatuto que señala la formación de las empresas con todas estas características. Además existirán estatutos flexibles que permiten la omisión de uno o más de estos elementos, como sucede en las empresas formadas bajo una forma especial el *close corporation statute* que, en adición, provee mecanismos para restringir la transferencia de acciones como lo realiza el Código alemán *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH), la francesa *Société à responsabilité limitée* (SARL), la *British private corporation*, la japonesa *close corporation*, y las *close corporation forms* que disponen algunas jurisdicciones de los Estados Unidos.

## 5. Conclusiones

Luego de realizado el análisis histórico y comparatístico podemos concluir señalando:

Que hasta la aparición de la teoría del *esclavo mánager*, se creía que no existía empresa comercial en Roma, solamente personas morales de derecho público y derecho privado sin fines de lucro, pero gracias a los estudios de Serrao y Diporto podemos apreciar el gran aporte del derecho romano al derecho comercial.

Que los elementos de la empresa comercial en Roma se repiten en el esquema de la corporación de los Estados Unidos, con modernizaciones tanto de sus elementos, como de sus funciones.

Es interesante ver la evolución de la responsabilidad a lo largo de la historia, de una responsabilidad personal, a una responsabilidad real a una obligacional. Gracias a la responsabilidad es que se crea la empresa comercial, la intención de evadirla acelera el proceso evolutivo de la empresa.

Esta teoría desplaza a las otras que hasta ahora son reconocidas por los académicos internacionales, siendo obligatoria su citación en todo trabajo científico-histórico-comparatístico.

Actualmente, en el derecho empresarial y contractual predominan los contratos internacionales de comercio, donde se trata de ubicar la ley aplicable y el juez competente<sup>46</sup>, donde los actores son las personas naturales así como también las personas jurídicas, por tanto resulta indispensable su estudio detallado.

---

<sup>45</sup> A business corporation is a legal entity established by individual(s) under the laws of a state to conduct particular types of business or transactions. From the functional point of view, there are two kinds of corporations: a) business corporation and b) nonprofit corporation.

<sup>46</sup> Los inversionistas buscan la ley más favorable en la cual poder constituirse y poder establecer su sede principal o sus sucursales, pero además analizan cuál será el juez competente en caso de la solución de conflictos, el tiempo que tardará y su especialidad. Sobre el concepto del Derecho Internacional Privado ver: Oyarce-Yuzzelli, Aarón, *Derecho Internacional Privado*, UIGV, Lima 2005, pp. 21-26. Donde el autor nos señala que el objeto del Derecho Internacional Privado es señalar el juez competente y la ley aplicable, siguiendo la teoría bipartita o anglosajona, distinta a la tripartita o latina que agrega la nacionalidad y el trato al extranjero. Ver también Rapalini, Liniana, *Temática de Derecho Internacional Privado*, Lex, La Plata 2002, pp. 14-15. Además Mosconi, F. *Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2da. Ed., Utet, Torino 2001, pp. 7-9. El cual nos habla sobre los risvolti pratici delle problematiche internazionalprivatistiche del forum shopping, que es el fenómeno de de la búsqueda del tribunal potencialmente más favorable, es decir el juez ante quién es conveniente iniciar el proceso. Keller de Orchansky, Berta, *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Plus Ultra, Buenos Aires 1990, p. 15; Quién nos señala además de la existencia del elemento extranjero que necesariamente debe existir en una relación jurídica de derecho internacional privado, sino se aplicará el derecho nacional regular.

---

## EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y EL DERECHO DE LA REGULACIÓN COMO INSTITUTOS JURÍDICOS INTEGRADOS A UNA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

David Velasco Pérez Velasco\*

*La presente investigación analiza, a partir de un enfoque jurídico y económico, la evolución de los conceptos de competencia y de regulación, desde su aparición hasta los tiempos actuales. Asimismo, contiene un repaso de los fundamentos principales de la economía social de mercado, que de acuerdo con nuestra vigente Constitución es el modelo económico que se aplica actualmente en el Perú. Finalmente, el autor señala el importante rol que estos institutos juegan en nuestra actual economía.*

*Palabras clave: Competencia, regulación, economía social de mercado.*

Sumario: Introducción. 2. Régimen constitucional económico vigente. 3. La economía social de mercado. 4. El Derecho de la Competencia. 5. El derecho de la Regulación. 6. Promoción de la competencia en los mercados regulados. 7. Conclusiones.

### **1. Introducción**

A partir de la década pasada, la política económica de nuestro país sufrió un cambio drástico. Se pasó de una economía cerrada y proteccionista, caracterizada por una decisiva intervención estatal en la toma de decisiones, e incluso en la actividad empresarial, a un modelo económico de mercado que limitó la actividad del ente estatal a la de un árbitro que ya no iba a ser, a la vez, regulador y competidor dentro del mercado, sino que abandonaba su papel de empresario, cambiándolo por el de promotor.

De conformidad con nuestra Carta Fundante, el modelo económico que adopta actualmente nuestro país es el de una economía social de mercado, este modelo económico que tuvo sus orígenes en la Alemania de la postguerra resulta una propuesta coherente para economías de países en vías de desarrollo, en donde las instituciones no están aún consolidadas.

En las próximas líneas revisaremos las características fundamentales que distinguen a la economía social de mercado y nos centraremos en analizar dos institutos jurídicos que se constituyen en pilares de este modelo económico. Nos referimos al Derecho de la Competencia y al Derecho de la Regulación, pues el modelo económico de mercado se caracteriza por aplicar una intervención aislada y selectiva del Estado en la Economía, con el fin de solucionar los llamados fallos de mercado, es decir, con el objetivo de corregir aquellos casos en los que los mercados no asignan eficientemente los recursos por sí solos.

### **2. Régimen constitucional económico vigente en el Perú**

El título III de nuestra vigente Constitución Política, denominado "Del Régimen Económico", señala que el modelo que se aplica en el Perú es el de una economía social de mercado, es así que en concordancia con dicha

---

\*DAVID VELASCO PÉREZ VELASCO es Abogado por la USMP, magister en Derecho, Economía y Políticas Públicas por la Universidad Complutense de Madrid, España, y candidato al grado de doctor en Derecho en la Sección de Post Grado de la Facultad de Derecho de la USMP. Fue becario del Programa Albán de la Unión Europea y actualmente es docente en la Facultad de Derecho de la USMP. Dmvelascopv@gmail.com.

---

declaración, nuestra Carta Fundante consagra la libre iniciativa privada y el pluralismo económico, garantizando las libertades de trabajo, de contratación, de comercio e industria y la igualdad de trato tanto a la inversión nacional como a la extranjera, así como la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

En concordancia con el actual texto constitucional, durante la década pasada se operó en nuestro país un cambio sustantivo en el régimen económico, a tal punto que el artículo 60 de nuestra Constitución señala que solo autorizado por ley expresa el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. En efecto, a partir de la década de los 90 el Estado Peruano abandonó la actividad empresarial, dejándola en manos de los particulares, siendo prueba de ello las privatizaciones de ineficientes empresas de propiedad pública. En la actualidad, el ente estatal comprende que su rol fundamental es el de la promoción y en ese contexto se obliga a brindar oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad, promoviendo las pequeñas empresas en todas sus modalidades. Asimismo, señala nuestra Carta Magna que ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios, pues el Estado facilita y vigila la libre competencia, combatiendo el abuso de posiciones dominantes o monopólicas y cualquier otra práctica que limite la libre competencia.

Pero se debe precisar que la declaración de adopción del régimen económico social de mercado no es una innovación de nuestra vigente Carta Fundamental, pues el artículo 115 de la abrogada Constitución de 1979 declaraba que nuestro país adoptaba dicho modelo<sup>1</sup>; sin embargo, más allá de los enunciados, el Título III de la Carta Política de 1979 establecía una serie de restricciones a la iniciativa privada y propugnaba la actividad empresarial del Estado; más aún, el artículo 111 de la derogada ley de leyes consagraba el rol planificador del Estado y disponía que dicha planificación, una vez concertada, era de cumplimiento obligatorio. Asimismo, los artículos 113 y 114 de nuestra anterior Constitución Política precisaban que el Estado ejercía su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo y que por causa de interés social o seguridad nacional la ley podía reservar para el Estado actividades productivas o de servicios, cabiendo el establecimiento de reservas de dichas actividades en favor de los peruanos. Finalmente, el artículo 117 del derogado texto constitucional declaraba que el comercio exterior era libre, pero dentro de las limitaciones que la ley determinara por razones de interés social y del desarrollo del país; todo lo cual, en la práctica, alejaba a aquel modelo económico de los reales postulados de la economía social de mercado.

### **3. La economía social de mercado**

La economía social de mercado constituye un modelo económico que se generó en la ex República Federal de Alemania, en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, específicamente se considera como su gestor al demócrata cristiano Ludwig Erhard, Ministro de Economía bajo la cancillería de Konrad Adenauer y bajo su propia administración entre 1963 y 1966 (Wikipedia). El punto de partida de este modelo es la aceptación de que el sistema económico más eficiente es el de una economía de libre mercado, pero advierte que dicho modelo presenta falencias no solucionadas, que son los

---

<sup>1</sup>El texto del artículo 115° de la abrogada Constitución de 1979 señalaba textualmente, lo siguiente: "La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social."

---

casos en que los mercados no asignan eficientemente los recursos por sí solos, a este fenómeno se denomina fallo de mercado (Mankiw 1998: 10).

Llamado también “capitalismo renano”, la característica principal de este modelo es la búsqueda consciente de una conciliación entre los principios del mercado libre con la mayor igualdad social posible entre todos los ciudadanos. Se apoya en un estado fuerte que se ocupa de imponer la seguridad jurídica y su control, pero que también muestra una notoria abstinencia del Estado en las actividades del mercado libre, pues no es determinante el *reglamento estatal* sobre cuánto hay que pagar por un producto o un servicio, sino la oferta y la demanda. Los derechos de propiedad garantizados y las reglas de competencia protegidas por el Estado a través de tribunales independientes aseguran que el grupo más importante de personas dentro de la economía social de mercado, o sea los consumidores, disfrute de sus ventajas. Las tres características principales que distinguen a este modelo económico, son los siguientes:

- Protección de la propiedad privada.
- Libre competencia, garantizada por el Estado.
- Igualdad ante la ley garantizada por el Estado (Poulet, 1998).

Como vemos, el tratamiento de los fallos de mercado es un punto trascendente que marca distancia entre la economía social de mercado y la economía de libre mercado o liberalismo, pues la primera admite la intervención estatal, como excepción a la regla, para la corrección de estas anomalías; mientras que los seguidores del liberalismo sostienen que los efectos de las intervenciones estatales en la economía suelen ser más perjudiciales que el fallo que se intenta corregir, por lo que proponen un aparato estatal reducido y que en lo económico se limite a garantizar la libertad de las transacciones mercantiles, a manera de un mero árbitro de las actividades económicas.

Ejemplos de fallos de mercado, son los siguientes:

- a) La existencia de monopolios, oligopolios y monopsonios.
- b) La existencia de barreras al intercambio o violación de los derechos de libre uso de los recursos.
- c) La existencia de los llamados bienes públicos o colectivos.
- d) Los monopolios y el poder de mercado.
- e) La forma como se desarrollan las transacciones, las mismas que deberían llevarse a cabo de forma instantánea y sin costes.
- f) La falta de información perfecta en los partícipes de los intercambios al momento de tomar decisiones.
- g) La existencia de externalidades o efectos externos.
- h) La ausencia del supuesto mismo de competencia perfecta.

En conclusión, podemos afirmar que para la economía social de mercado el modelo más eficiente es el de un libre mercado en el que puedan interactuar todos los agentes económicos sin restricciones, pero ante la potencial existencia de fallos, el Estado debe intervenir para cautelar que se mantengan los niveles mínimos de competencia, pues cuando los monopolios, los oligopolios o los monopsonios abusan de su posición dominante, se quiebran automáticamente los estándares competitivos y dicha distorsión genera una pérdida de bienestar para todos los demás agentes que interactúan en el mercado. Ello implica que la economía social de mercado solo admite una

---

intervención reducida y selectiva del estado en la economía cuando se presentan estas distorsiones o fallos, con el fin de regularlos y corregirlos.

Cabe agregar que la economía social de mercado no sólo admite un intervencionismo limitado y selectivo del estado en la economía, sino que además asume que el ente estatal tiene una obligación social con los grupos más desfavorecidos y vulnerables, por lo que considera que una función prioritaria del gobierno consiste en brindar las condiciones para que estos sectores se inserten progresivamente en el mercado.

Hasta este punto hemos expuesto únicamente los lineamientos básicos en los que se cimienta la economía social de mercado, pero se debe agregar que estas políticas descansan también sobre normas que han generado el desarrollo de disciplinas jurídicas que han cobrado un mayor protagonismo durante las últimas décadas en los países que han adoptado el modelo económico social de mercado. Estas ramas jurídicas son fundamentalmente el Derecho de la Competencia y el Derecho de la Regulación.

#### **4. El Derecho de la Competencia**

Podemos definir al Derecho de la Competencia como la rama del Derecho que estudia las normas que garantizan el libre desenvolvimiento de los agentes económicos en el mercado. De esta manera, la defensa de la competencia asegura, tanto a proveedores como a consumidores, la libertad de concurrir e interrelacionarse en un mercado competitivo, es decir, en un mercado libre de distorsiones, las cuales pueden provenir del propio Estado —barreras legales y burocráticas— o de los mismos agentes económicos, en su afán por obtener beneficios particulares. Pero se debe considerar que ni la competencia ni el mercado son un fin, sino tan solo un medio para alcanzar la eficiencia económica, que es el objetivo ulterior que maximiza el beneficio de los agentes económicos, en especial, el de los consumidores.

Los sistemas de defensa de la competencia se dividen en dos segmentos, el control de las estructuras y el control de las conductas. El control de las estructuras se ocupa de cautelar que las concentraciones empresariales y/o las tomas de control *de facto* de una empresa respecto de otra u otras no restrinjan los niveles mínimos de competencia en el mercado relevante; ergo, esta rama del Derecho de la Competencia procura que las modificaciones en las estructuras de mercado no generen posiciones monopólicas o de amplio dominio a favor de las concentradas que pudieran resultar perjudiciales a los demás agentes económicos, en especial a los consumidores. Mientras que el control de las conductas tiene por finalidad el combate a los abusos de posición de dominio y a las prácticas colusorias o de concertación entre competidores.

Conocido en el Derecho anglosajón como *Antitrust Law* o política antimonopolio, el Derecho de la Competencia remonta sus antecedentes a la realidad norteamericana de finales del siglo XIX, pues en los años posteriores a la Guerra Civil o de Secesión, el apogeo de la Revolución Industrial en los Estados Unidos de América generó una búsqueda incesante de sus empresas por ganar poder de mercado, para lo cual las cada vez más poderosas compañías estadounidenses de la época no solo apelaron al aprovechamiento del desarrollo tecnológico y de la eficiencia empresarial, sino que paralelamente apelaron a estrategias que tenían como objetivo eliminar a la totalidad de empresas competidoras o reducir al máximo el número de estas, con el fin ulterior de constituirse en monopolistas o en el peor de los casos, en oligopolistas.

---

Todo este panorama que resultaba inextricable para la sociedad norteamericana de finales del siglo XIX generó que en 1890 se promulgara la primera ley reguladora de la competencia, la *Sherman Act*, cuya autoría se adjudica al senador norteamericano John Sherman. La *Sherman Act* fue una norma que pretendió poner freno a los monopolios, respondiendo a los reclamos de agricultores que al tener cada vez menos empresas a las cuales proveer sus productos, eran víctimas del poder del monopsonio de las corporaciones compradoras, las cuales fijaban precios que, en muchos casos, no llegaban a cubrir los costos de producción; de la misma forma, los pequeños empresarios reclamaban que la concentración del mercado en uno o en unos pocos productores, llevaría irreversiblemente a las pequeñas empresas a la bancarrota, ya que la estructura de costos de las grandes empresas —gracias a la producción en serie— les permitía ofrecer precios con los que los pequeños productores no podían competir.

La Ley Sherman supuso una norma poco clara que declaró ilegal a "(...)todo contrato, intriga en forma de consorcio u otra, o conspiración, que pretenda limitar el comercio entre los diferentes estados o con otras naciones(...)", estableciendo que "(...)toda persona que monopolice o intente monopolizar o se combine o conspire con otra u otras una parte cualquiera del comercio entre los diferentes estados o con otras naciones, será culpable de felonía(...)"<sup>2</sup> De esta manera se pretendió frenar la creación de más monopolios, sin mayor distinguo de las causas o de los fines que los generaban.

A criterio de muchos juristas, el texto de la *Sherman Act* vulneró un principio básico que debe contener toda norma sancionadora, esto es el principio de legalidad, que consiste en la tipificación expresa y clara de la conducta prohibida, para que así los ciudadanos sepan qué comportamientos deben abstenerse de ejercitar, si es que quieren evitar que se les imponga la sanción prevista; esta falencia fue subsanada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América al interpretar extensivamente la referida ley, señalando en sus resoluciones de los primeros años del siglo pasado que las restricciones establecidas en la *Sherman Act* se referían únicamente a los actos "no razonables", creándose de esta manera la *Regla de la Razón*, pues de haberse aplicado la norma en su sentido estricto, es decir, calificando toda acumulación de poder de mercado bajo la *Regla Per Se*<sup>3</sup>, podría haberse considerado como infractora a cualquier empresa monopólica u oligopólica, simplemente por haber sido beneficiada con la preferencia de los consumidores en reconocimiento a su elevada calidad y/o a sus competitivos precios.

La confusión generada por la *Sherman Act* no se disipó con la aplicación judicial de la *Regla de la Razón*, pues lo único que logró la interpretación de la razonabilidad por parte de los tribunales fue cambiar la interrogante, pues tras la aplicación de la *Regla de la Razón*, la incógnita era saber qué acciones podían calificarse como razonables y cuáles como no razonables; es por este conjunto de motivos que el Congreso Norteamericano promulgó en 1914 dos nuevas normas sobre Competencia, la *Clayton Act* y la *Federal Trade Commission Act*, creando a través de esta última norma a la autoridad administrativa federal para temas de comercio y competencia, la *Federal Trade Commission -FTC*; aunque cabe precisar que el *Department of Justice-DOJ* también posee una división competente en la materia. En efecto, la FTC es el órgano técnico encargado de hacer cumplir las leyes *antitrust*, mientras

---

<sup>2</sup>Secciones 1º y 2º de la *Sherman Act*.

<sup>3</sup>La jurisprudencia norteamericana sobre Defensa de la Competencia ha establecido que la *Regla Per Se* condena la restricción comercial sin examinar su propósito o hacer un extenso análisis de su efecto en el mercado, ni el daño a la competencia.

---

que la DOJ lleva a las empresas infractoras a la Corte, buscando alcanzar veredictos y remedios. La DOJ y las empresas pueden negociar alguna solución antes de llegar a juicio, a fin de evitar resultados que se consideren negativos para ambas partes (Ramírez 2007).

En el ámbito comunitario europeo, el Derecho de la Competencia se remonta al Tratado CECA -Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, suscrito en París el 18 de abril de 1951 por Bélgica, Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo y Holanda, con el propósito de crear un mercado único del carbón y del acero, administrado por un ente supranacional conocido como la Alta Autoridad. El objetivo de fondo del tratado CECA era impedir cualquier conflicto armado entre los estados miembros y al mismo tiempo establecer una cimentación económica firme para la recuperación europea después de la Segunda Guerra Mundial (Bellamy y Child; 1992). El Tratado CECA en su artículo 66 sometió toda concentración en la que participe una empresa productora de carbón o de acero de alguno de los países miembros a la previa autorización de la Alta Autoridad, lo cual permite apreciar que la legislación europea introdujo desde 1951 la figura del control *ex ante* en la regulación de las concentraciones empresariales, no obstante que este tratado se circunscribió a dos mercados específicos: el del carbón y el del acero, e involucró tan solo a seis países del continente europeo. Asimismo, en materia de control de las conductas, el Tratado CECA señaló en su artículo 67 que toda acción de un Estado miembro que pudiere repercutir sensiblemente en las condiciones de competencia de las industrias del carbón o del acero debía ser comunicada a la Comisión por el gobierno interesado.

El 25 de marzo de 1957, los mismos seis signatarios del Tratado CECA suscribieron en Roma el Tratado de la Comunidad Económica Europea Tratado - CEE, el cual entró en vigencia el 1 de enero de 1958. En lo referente a la materia de competencia, el -Tratado CEE en el apartado 1) de su artículo 81 tipifica que, "Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común(...)"; específicamente, el literal b) del referido apartado señaló que una de las antedichas prácticas prohibidas consiste en "limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones." Por su parte, el artículo 82 estableció que, "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".

Como se puede apreciar, el Tratado CEE no regula de manera directa el tema del control de las estructuras, ello se habría debido al ánimo de dejar en libertad de acción a las empresas comunitarias para que a través de las fusiones puedan hacerse fuertes y competitivas, respecto de sus pares norteamericanas y japonesas (Herrero 2005: 438). En efecto, el derecho comunitario europeo no contó con una norma especial sobre esta materia hasta 1989, año en el que se aprobó el Reglamento N° 4064/1989. Aunque cabe precisar que a partir de 1969 la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia Europeo consideraron que si una concentración empresarial aumentaba el poder de mercado de una empresa ya dominante, dicho acto



debía ser considerado un abuso de posición de dominio y, por lo tanto, la concentración sería pasible de control *ex post* por parte de las autoridades comunitarias<sup>4</sup>. El Reglamento N°4064/1989 adoptó el *Criterio de la Dominancia*, el cual prohíbe aquellas concentraciones empresariales que conduzcan a la creación o refuerzo de una posición dominante en los mercados de referencia, marcando así distancia de la corriente norteamericana que aplica el *Criterio Sustantivo o Substantial Lessening of Competition*, que prohíbe aquellas concentraciones que conduzcan a una lesión significativa de la competencia. En el año 2004 la Unión Europea reemplazó el Reglamento N°4064/1989 por el vigente Reglamento N°139/2004, el cual ha innovado en los sistemas de control de las estructuras al introducir un *Sistema Mixto*, que faculta a las autoridades comunitarias a aplicar tanto el *Criterio de la Dominancia*, como el *Criterio Sustantivo o Substantial Lessening of Competition*.

A nivel andino, las Decisiones 230 y 285 del Acuerdo de Cartagena; así como la vigente Decisión 608 de la C.A.N. “Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina” han regulado la defensa de la competencia en la subregión andina, cabiendo señalar que estas normas únicamente se han ocupado del control de las conductas. La normatividad andina de competencia debe aplicarse cuando las conductas fueran practicadas en el territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros o cuando las conductas fueran practicadas en el territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y sus efectos reales se produzcan en dos o más Países Miembros; excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país, pues en este último caso resulta aplicable la legislación interna del País Miembro.

En el ámbito nacional, debemos citar al Decreto Legislativo 701 como la primera ley de defensa de la competencia, esta norma ha sido derogada por el Decreto Legislativo 1034 en junio del año 2008. Aunque cabe señalar que ambas normas nacionales se han referido únicamente a la regulación del control de las conductas, mas no al de las estructuras; motivo por el cual los más significativos casos de concentraciones empresariales no han encontrado en el Perú ningún obstáculo normativo para concretarse, aun cuando hubieren reducido drásticamente los niveles de competencia<sup>5</sup>.

De acuerdo con la novísima norma nacional de defensa de la competencia —Decreto Legislativo 1034— son materia de control el abuso de posición de dominio ejercido a través de conductas exclusorias, así como las prácticas colusorias<sup>6</sup>, sean estas horizontales o verticales<sup>7</sup>, lo cual implica que las conductas explotativas no están siendo consideradas como conductas

<sup>4</sup>En 1969, la norteamericana *Continental Can* adquirió el control de su licenciataria alemana *Schmalbach-Lubeca-Werke* y en 1970 la misma compañía estadounidense lanzó exitosamente una OPA sobre su licenciataria holandesa *Thomassen en Drijver-Verblifa*, por lo que la Comisión concluyó que la segunda adquisición constituía un abuso de posición de dominio, al eliminar, en la práctica, toda competencia actual o potencial, sobre el mercado de los embalajes metálicos en Alemania y Benelux. El Tribunal de Justicia Europeo anuló la decisión de la Comisión por insuficiencia de motivación, pero ratificó la postura del ente administrativo, declarando que resulta inaceptable que, “mientras que el artículo 81” prohíbe ciertas decisiones de simples asociaciones de empresas que alteran la competencia sin suprimirla, el artículo 82” admita que unas empresas, después de haber realizado una unidad orgánica, puedan alcanzar una potencia dominante tal que toda posibilidad sería de competencia sería sustancialmente descartada.” Por lo que el Tribunal concluyó que pueden constituir un abuso, “...el hecho de que una empresa en posición dominante reforzara esta posición hasta el punto de que el grado de dominación así alcanzado obstaculizara sustancialmente la competencia, es decir, no dejara subsistir sino empresas dependientes, en su comportamiento, de la empresa dominante.” (Waelbroeck y Frignani, 1998: 1108-1109) Para más información sobre el tema, ver Velasco (2007).

<sup>5</sup>En el Perú tan sólo el sector eléctrico cuenta con una norma que regula las concentraciones empresariales, que es la Ley 26876, reglamentada por el D.S. 087-2002-EF, la evaluación es *ex ante*. OSINERGMIN emite un informe y recomendación a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI, siendo este órgano de la agencia de competencia el que finalmente resuelve.

<sup>6</sup>Las *conductas exclusorias* son aquellas que practica un agente económico que ostenta una posición dominante, con el fin de excluir o de evitar la entrada al mercado a competidores reales o potenciales, respectivamente; mientras que las *prácticas colusorias* consisten en los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas, realizados por agentes económicos que producen el mismo bien o prestan el mismo servicio —*prácticas colusorias horizontales*, o por agentes económicos que operan en planos distintos de la misma cadena de producción —*prácticas colusorias verticales*.

<sup>7</sup>Para la Organización Industrial son *relaciones horizontales* las celebradas entre empresas pertenecientes a la misma industria, es decir, que venden el mismo producto o prestan el mismo servicio; mientras que las *relaciones verticales* son las celebradas entre empresas que realizan diferentes fases del mismo proceso de producción; por último, las relaciones de conglomerado o de consorcio son las celebradas por empresas cuyos rubros no están relacionados entre sí (SAMUELSON y NORDHAUS 1990: 723).

---

anticompetitivas y, por lo tanto, no representan una contravención a la norma sobre defensa de la competencia; por lo que podemos afirmar que el Decreto Legislativo 1034 zanja con acierto la discusión sobre la procedencia de control de las conductas explorativas como anticompetitivas, las cuales, por su naturaleza, no pueden ser incluidas en una norma de defensa de la competencia.

En efecto, mientras que el abuso de una posición de dominio ejercido a través de conductas exclusorias suele tener un efecto nocivo para la competencia, pues su finalidad es excluir del mercado relevante o evitar el acceso a este a competidores reales o potenciales, las conductas explotativas, según Hirschman, son las que desarrolla un proveedor en posición dominante para beneficiarse en exceso de los consumidores a quienes somete a precios excesivos, productos de escasa calidad, discriminación, o coacción de su libertad de elección obligándolos a comprar bienes accesorios al que realmente necesitan (Hirschman, 1977; en Rojas, 2005: 15). En consecuencia, podemos apreciar que a excepción de los denominados “precios abusivos”, las conductas explotativas se hallan contenidas en los sistemas de protección al consumidor, por lo que resultaría incongruente crear una duplicidad normativa para su regulación; pero el punto de discusión se ha centrado en determinar en los últimos años si los “precios abusivos o excesivos” pueden ser materia de control por la agencia de competencia, ello a raíz de la emisión de la Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI<sup>8</sup>, la cual en su parte considerativa afirmó que el cobro de precios excesivos, enfocado como una conducta explotativa, podría constituir un abuso de posición de dominio, de conformidad con el artículo 3 y el literal f) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701, vigente al momento de la emisión de la citada resolución<sup>9</sup>.

Al respecto debemos recordar que en un mercado competitivo siempre existirá una búsqueda del productor —o proveedor— y del consumidor para maximizar sus respectivos excedentes. El excedente del productor es la diferencia entre el precio del bien o servicio que vende y el costo de producirlo o proveerlo; por lo tanto, si el lucro es el fin que persigue el productor, es lógico suponer que este agente económico tratará de obtener su máximo excedente a través del precio que pagará el consumidor; pero en un mercado competitivo este último agente no se encuentra “desarmado”, pues sus decisiones de consumo serán las que finalmente determinarán los precios del productor precio-aceptante, toda vez que al existir opciones de oferta para escoger, el consumidor premiará al proveedor del bien o servicio que mejor calidad y precio le ofrezca, y así también castigará a aquellos que no considere eficientes; ergo, en un mercado competitivo no existen “precios abusivos”,

---

<sup>8</sup>El procedimiento tuvo como origen la denuncia interpuesta por la Central Unitaria de Trabajadores del Perú y el entonces congresista Javier Diez-Canseco Cisneros contra las AFP Horizonte, Integra, Unión Vida, Profuturo y la Asociación de AFP, sobre “precios abusivos”, específicamente, respecto de las comisiones que cobran las AFP a sus afiliados. Cabiendo señalar que en primera instancia administrativa, la entonces Comisión de Libre Competencia del INDECOPI declaró improcedente la denuncia, a través de la Resolución N° 054-2003-INDECOPI/CLC, la cual en su Considerando N° 222 señaló lo siguiente: “El que una agencia de competencia conozca y sancione los denominados “precios abusivos” presenta una serie de dificultades asociadas a: (i) justificar la intervención en términos de defensa de la competencia; (ii) sancionar un comportamiento empresarial maximizador de beneficios consecuente con la libertad de empresa; (iii) identificar el nivel de precios respecto del cual calificar al precio analizado como “abusivo”; (iv) identificar el nivel de ganancias que no resulta “abusivo”; (v) convertir a la agencia de competencia en un regulador de precios; (vi) establecer una sanción para una empresa eficiente; (vii) distorsionar la propia dinámica del mercado mediante la cual nuevos agentes se ven atraídos a ingresar al mercado; y, (viii) desviar los recursos escasos de la agencia de la competencia.”

<sup>9</sup>Decreto Legislativo N° 701.

**Artículo 3.- Actos y conductas prohibidas.-**

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.

**Artículo 5.- Abuso de posición de dominio en el mercado.-**

(...) Son casos de abuso de posición de dominio: (...)

f) Otros casos de efecto equivalente. (Modificado por el Artículo 11° D. Leg. N° 807).

---

pues el productor que los aplique será excluido del mercado, a menos que acepte reducir sus precios a los fijados por el equilibrio de la oferta y la demanda. Sin embargo; cabe precisar que la sola existencia de una pluralidad de proveedores no asegura la existencia de competencia, pues los competidores pueden arribar a acuerdos con el fin de limitar el poder de decisión con que cuenta el consumidor, pero bajo este supuesto, la conducta anticompetitiva no sería una de abuso de posición de dominio, sino una de práctica colusoria, es decir, de un acuerdo entre competidores para no competir.

Ahora preguntémosnos si en todo mercado monopolístico se presentan precios excesivos. La respuesta es que no, ya que la sola presencia de un único proveedor del respectivo bien o servicio no es un elemento suficiente para asegurar que nos encontramos frente a “precios abusivos”. Baumol, Panzar y Willig en su *Teoría de los Mercados Accesibles o Contestable Markets* (1982), precisaron que cuando un mercado monopolístico se encuentra libre de barreras de acceso y salida, el monopolista debe actuar de manera similar a como se comportaría en competencia, pues si este único productor cobrara precios excesivos, alentaría a cualquier tercero a ingresar a dicho mercado, ya que el alto excedente que obtendría el monopolista le permitiría al tercero cobrar menores precios y arrebatarse una importante cuota de mercado. Lo cual nos lleva a afirmar que la única posibilidad de que el proveedor aplique el precio que arbitrariamente desee, sin atender a las decisiones que tomen los otros agentes en el mercado, es el supuesto en el que un único proveedor tiene protegido su poder monopolístico gracias a barreras que impiden que terceros ingresen a competir a dicho mercado; cabiendo agregar que aún en este último caso la arbitrariedad del monopolista estaría limitada, pues al momento de determinar el precio, este único proveedor deberá considerar la existencia de bienes alternativos o sustitutivos, y fundamentalmente, la elasticidad de la demanda.

En cuanto al análisis normativo del tema, se debe señalar que el artículo 4 del Decreto Legislativo 757-Ley marco para el crecimiento de la inversión privada establece que 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. Esta disposición se basa en que, a diferencia de otros servicios o bienes, los servicios públicos generalmente no cuentan con alternativos o sustitutivos y nos proveen elementos indispensables, incluso para la subsistencia; asimismo, debemos recordar que bajo el régimen constitucional económico vigente en el Perú, la tarea del Estado no es la de regular precios, sino, por el contrario, la de promover la competencia. En consecuencia, queda demostrado que los órganos administrativos de defensa de la competencia no están facultados para determinar qué precios son “justos” y qué otros son “abusivos”, ni tampoco para sancionar a quienes considere que cobran por encima del supuesto “precio justo”, pues resulta imposible determinar con exactitud cuál ese precio, ya que siempre se impondrá la subjetividad de quienes desarrollen esta tarea<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup>La Resolución 002-2008-INDECOPI/CLC, en el expediente N° 016-2006/CLC caso Perurail- señala que la Resolución N° 052-2007-INDECOPI/CLC, apartándose del antecedente que contiene la Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI, delimitó el ámbito de las conductas prohibidas por el Decreto Legislativo 701°, pues las modalidades de abuso de posición de dominio comprendidas en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo N° 701°, deben producir necesariamente un efecto de exclusión de competidores o de impedir su ingreso al mercado para afectar el proceso competitivo y así, ser consideradas conductas sancionables por la ley de libre competencia. Asimismo, en concordancia con lo dispuesto por el régimen constitucional económico, el marco legal vigente y el objetivo de la política de competencia, la Comisión estableció que se encuentra impedida de sancionar prácticas “explotativas” y en particular, supuestos de precios “excesivos”. Además de la prohibición legal expresa en este último caso, mediante la represión de dichas conductas sólo se sanciona cuánto gana un agente económico dominante y no si se afecta el funcionamiento del proceso competitivo, el cual constituye el objeto de protección del Decreto Legislativo N° 701°.

---

Pero se debe también puntualizar que el aspecto criticable de mayor trascendencia que presenta el Decreto Legislativo 1034 es la no regulación del control de las estructuras; pues si bien podemos afirmar que, por regla general, las concentraciones empresariales resultan favorables para la economía, ya que generan mejoras en la tecnología, disminución de costos y aumento de la calidad de los productos o servicios —*eficiencia productiva*—, logrando alcanzar en muchos casos economías de escala, lo cual beneficia directamente a los consumidores; existen también concentraciones que no generan bienestar, sino que, por el contrario, originan un significativo incremento del poder de mercado de las empresas concentradas<sup>11</sup>, esta posición privilegiada seduce a las empresas a reducir sus niveles de producción por debajo del punto de equilibrio que "vacía" el mercado, para así incrementar los precios de sus productos o servicios<sup>12</sup>, lo cual ocasiona que sean menos los consumidores que puedan adquirir el bien y quienes aún lo puedan comprar, lo hagan en cantidades menores, respecto de la cantidad que podrían haber adquirido en un mercado competitivo; este perjuicio sufrido por los consumidores genera una pérdida del excedente del consumidor<sup>13</sup>, mientras que la empresa dominante aumentará su excedente de productor y más aún, destinará parte de sus rentas económicas a crear o mantener barreras de entrada para evitar el ingreso de nuevos competidores al mercado<sup>14</sup>; todo lo cual, en conjunto, genera una pérdida irreparable de eficiencia provocada por el poder de monopolio (Pindyck y Rubinfeld, 2001: 356357); por estas razones, en la actualidad, más de ochenta países en el mundo, sobre todo los que poseen las economías más desarrolladas, cuentan con legislaciones que regulan el control de las estructuras (Indecopi, 2005: 34).

Centrando nuestro análisis en el mercado peruano, se debe considerar que resulta ilógico afirmar que el control *ex ante* de las estructuras sí es aplicable a un único sector de la economía peruana, como es el mercado de la generación, transmisión y distribución de la energía eléctrica, y que, a la vez, este mismo sistema pueda resultar nocivo para el resto de mercados nacionales. Asimismo, el empresariado no debe ver con temor la promulgación de una ley sobre la referida materia, ya que esta no solo protegería al consumidor, sino también al empresario honesto, al asegurarle que los niveles de competencia no serán quebrantados por posiciones dominantes logradas de manera anticompetitiva, cabiendo recalcar que universalmente las leyes de competencia no combaten los monopolios per se, sino que se ocupan de impedir que estos se alcancen por caminos distintos al de la competencia, pues resultaría ilógico castigar a aquel monopolista u oligopolista que obtuvo tal posición al ser premiado con las preferencias de los consumidores por su eficiencia.

Debemos recordar que en el año 2005 la anterior administración del Indecopi emitió un proyecto de ley de defensa de la competencia que incluía la regulación de las concentraciones empresariales, pero finalmente dicho proyecto no llegó a ser promulgado; cabiendo mencionar que aquella propuesta normativa prescribía que para que un proyecto de fusión

---

<sup>11</sup>Para Samuelson y Nordhaus (1990: 1146) el Poder de Mercado es el grado de control que tiene una empresa o un pequeño número de ellas sobre las decisiones de precios y producción en una industria.

<sup>12</sup>Ya se ha precisado que la fijación de precios no depende tan solo del libre albedrío del monopolista, pues si bien este no tiene competidores, debe considerar otros factores, como la elasticidad de la demanda, la existencia de bienes sustitutos al que él produce, la posibilidad de entrada de otros competidores al mercado, etc.

<sup>13</sup>Para Pindyck y Rubinfeld (2001: 125) el excedente del consumidor es la diferencia entre la cantidad que un consumidor está dispuesto a pagar por un bien y la que paga realmente.

<sup>14</sup>Según LE ROY MILLER y MEINERS (1990: 423-427), las barreras de entrada al mercado, consisten en la propiedad de recursos que no tienen sustitutos cercanos, estos pueden generarse gracias a las economías de escala, las licencias, concesiones, certificados de conveniencia y patentes, entre otros.

---

requiriera de la aprobación de la hoy llamada Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, el volumen de ventas global en el Perú del conjunto de los partícipes en la operación de concentración debía superar en el último ejercicio contable las cien mil UIT, dato que nos permite apreciar que solo las concentraciones proyectadas por las grandes corporaciones hubiesen sido las obligadas a pasar por el control. En conclusión, es tiempo ya de que nuestro país cuente con una norma moderna sobre el control de las estructuras.

Finalmente, se debe añadir que incurren en una total falacia quienes afirman que los sistemas de control de las estructuras impiden el fortalecimiento de las empresas a través de las fusiones, pues los precitados sistemas de control no evitan la concreción de concentraciones empresariales, sino que tan solo las ordenan, para que armonicen con los niveles de competencia; es decir, que la calificación de las concentraciones atiende básicamente a sus efectos en el mercado, debiendo reafirmarse que la gran mayoría de concentraciones tiene efectos económicos positivos, por lo que son admitidas por las autoridades de competencia, y solo un reducido grupo de operaciones son observadas por las oficinas nacionales o comunitarias, imponiéndoles modificaciones a las condiciones de la concentración, o declarando que la operación es incompatible con el mercado regulado, constituyendo este último segmento el minoritario, dentro del conjunto de procedimientos referidos a concentraciones empresariales.

A manera de ejemplo, podemos señalar que en el ejercicio anual comprendido entre el 1 de octubre de 1996 y el 31 de septiembre de 1997, en los Estados Unidos de América se declararon 3702 proyectos de fusiones y adquisiciones a los efectos de su análisis en el contexto de los requisitos de notificación y declaración de la Ley de Mejoras de la Legislación *Antitrust Hart-Scott-Rodino - Ley HSR* de 1976, lo que representó un incremento del 20% con respecto al año fiscal anterior. Las transacciones consideradas fueron realizadas por una amplia gama de sectores, como los de defensa, hospitales, productos farmacéuticos, transporte, tecnología de la informática y energía. Del total de proyectos notificados, la *Federal Trade Commission* FTC puso en marcha 285 investigaciones de transacciones enmarcadas en la Ley HSR e investigó 45 transacciones con segundas solicitudes de información, también investigó 89 fusiones no vinculadas con la Ley HSR, finalmente, en el mismo año fiscal de 1997 la Comisión se pronunció sobre 38 solicitudes de análisis de propuestas de negocios escritas. Las investigaciones de la FTC dieron lugar a 18 órdenes por consentimiento, el abandono de siete transacciones y la autorización de la presentación de acciones tendientes a intimaciones preliminares encaminadas a bloquear tres proyectos de fusión, dos de los cuales fueron abandonados por las partes. Además la FTC formuló una denuncia administrativa y dictó una orden definitiva. Por su parte, el *Department of Justice* DOJ investigó 277 fusiones e impugnó 14; asimismo, 17 transacciones fueron reestructuradas o abandonadas antes de la presentación de una demanda como resultado del anuncio de una impugnación. La DOJ examinó en total 1850 fusiones de bancos. Además, inició 362 investigaciones civiles, referentes a fusiones y de otro género, y formuló 1629 demandas de investigaciones civiles, una modalidad de proceso coercitivo. La DOJ presentó seis demandas civiles no relacionadas con fusiones (SICE).

En cuanto a los proyectos de concentración a nivel comunitario europeo, se debe señalar que la inmensa mayoría de las operaciones notificadas a la

---

Comisión son autorizadas en primera fase, siendo un porcentaje muy limitado de ellas —5,97 % en 2001 y 2,53 % en 2002— el que se resuelve en segunda fase. El número de prohibiciones es muy escaso, incluso la cifra récord de 5 decisiones de prohibición en 2001 no correspondía más que a un 1,7 % de las operaciones notificadas ese año, habiendo sido algunas de ellas anuladas posteriormente por los tribunales comunitarios. Hay que tener en cuenta no obstante que un porcentaje mayor en el 2002 el porcentaje fue de 5,45 %- son autorizaciones condicionales, bien en primera o en segunda fase. Durante el periodo 1993-2002, solo un 41% fueron adquisiciones de participaciones mayoritarias mientras que un notable 45% han sido creaciones de empresas en participación o adquisiciones de control conjunto; el restante 14% se corresponde a OPAs y otros supuestos (Beneyto y Maillo, 2005).

### 5. El derecho de la regulación

La regulación, como disciplina, se origina en los primeros años del siglo pasado, con los planteamientos del economista franco-británico Arthur Cecil Pigou, fundador de la economía del bienestar, quien afirmaba que los costes marginales sociales hoy llamados externalidades negativas- deberían ser corregidos por el Estado a través de su poder coercitivo para imponer normas, tributos, subsidios o reglamentos<sup>15</sup>; la teoría de Pigou se vio reforzada en las décadas siguientes por los postulados de Keynes, con su defensa de una intervención decidida del Estado en la economía; pero el desarrollo más importante de la literatura económica sobre la regulación tuvo lugar durante la segunda mitad del siglo XX con los aportes de Samuelson, Demsetz, Stiglitz o Laffont; y de economistas pertenecientes a la Escuela de Chicago, como Peltzman, Becker, Coase o Posner; aunque sin duda la obra de mayor trascendencia acerca de las políticas regulatorias es la teoría de la captura de George J. Stigler, plasmada en su obra "The Theory of Economic Regulation" (1971) que le significó al citado académico de la Universidad de Chicago la obtención del Premio Nobel de Economía en 1982.

Desde el punto de vista económico, la regulación es la forma en la que el Estado contribuye a la estabilización de la economía, es decir, a la corrección de los fallos de mercado. Según Roger Noll, citado por Ramírez (2007), la regulación "se refiere a una forma de alterar el comportamiento de un mercado mediante la promulgación de reglas coactivas que gobiernan algún aspecto de la producción, los atributos cualitativos, la entrada y/o el precio a los que un bien es adquirido y vendido por otros; todos estos instrumentos pueden usarse para alterar los resultados en el conjunto de mercados señalados". (Ramírez, 2007). Por su parte, las políticas públicas conceptúan la regulación como el conjunto de acciones que realizan las agencias públicas, dirigidas al control del desarrollo de la actividad de los agentes en un determinado sector o mercado.

Es evidente que las políticas regulatorias más notorias y difundidas son las de los servicios públicos, pues estas se refieren a elementos indispensables para el quehacer cotidiano actual, como la telefonía básica y móvil, la energía eléctrica, e incluso el agua potable, pero debemos comprender que las intervenciones del Estado no se limitan a regir el área de los servicios básicos,

---

<sup>15</sup>En la actualidad, se denomina impuesto *pigouviano* a aquellos tributos que se imponen para regular una actividad económica, siendo su finalidad ulterior la corrección de los efectos externos que un agente produce en perjuicio de otros. Cabe agregar que los postulados de Pigou fueron rebatidos por Ronald Coase en "El Problema del Coste Social", brillante ensayo en el que Coase revela que el intervencionismo estatal planteado por Pigou no siempre es eficiente, pues en la mayoría de casos su aplicación no conduce a un Criterio de Pareto en materia social, es decir, que la intervención estatal no siempre será la solución más eficiente para el problema generado por la existencia de efectos externos.

sino que su presencia regulatoria puede apreciarse en otros campos tan disímiles como el transporte, el medio ambiente, el trabajo, la banca, el mercado de valores o la educación; aunque el presente segmento de la investigación se concentra fundamentalmente en la regulación de los servicios públicos.

Durante gran parte del siglo XX se consideró que los monopolios naturales debían estar en manos del Estado<sup>16</sup>, de ahí el nombre de *servicios públicos*, máxime que estos monopolios estaban referidos a la prestación de servicios básicos para la población, pero en la segunda mitad del siglo pasado diversas teorías revelaron las serias ineficiencias presentes en la administración pública, por lo que criticaron la actuación del *Estado Empresario* y propusieron que la actividad de las empresas públicas pase a manos privadas, es así que a mediados de los ochentas se inicia la ola privatizadora de los llamados *servicios públicos* en casi todas las latitudes del planeta y actualmente en Europa a estos servicios se les denomina *servicios de interés económico general*<sup>17</sup>.

Pero ya que en la actualidad la mayoría de los servicios públicos son prestados por el sector privado<sup>18</sup>, estas empresas privadas se han encontrado en una cómoda posición de dominio, pues gracias a concesiones otorgadas por el Estado, han ostentado un amplio poder de mercado<sup>19</sup> que las convierte en monopolistas de los mercados de servicios que cubren las necesidades esenciales de la población, lo cual genera efectos externos negativos para la sociedad, pues el consumidor no tiene ninguna forma de “castigar” al proveedor del servicio cuando este eleva en demasía sus tarifas o brinda un servicio de mala calidad, ya que su poder de decisión de consumo, que es el arma que posee todo consumidor en un mercado competitivo, se diluye cuando en un mercado concentrado el consumidor no tiene ninguna otra alternativa para elegir.

En consecuencia, el fallo de mercado generado por el poder monopólico puro<sup>20</sup> que en muchos casos ostentan las prestadoras de servicios públicos, ha sido el génesis del concepto de la regulación, el cual se basó originalmente en la idea del Estado benefactor<sup>21</sup>; es decir, en la idealización de un aparato estatal conformado por personas que persiguen como fin prioritario el llamado bien común. Es así que el concepto original de la regulación tuvo un carácter tuitivo, pues consideró que su razón de ser era proteger a la sociedad de los efectos externos que el poder de mercado de las prestadoras de servicios

<sup>16</sup>Para Pindyck y Rubinfeld (2001, 358) el Monopolio Natural se presenta cuando una empresa puede producir toda la producción del mercado con un coste menor al que existiría si hubieran varias empresas compitiendo. El monopolio natural se aprecia en mercados en los que las empresas tienen que realizar una altísima inversión inicial para ingresar y los costes fijos para mantenerse en el mercado son también bastante elevados, por lo que los incentivos para que otras empresas ingresen a competir son nulos y, más aún, su ingreso a dicho mercado sería ineficiente, puesto que los costes medios tienden a cero, según vaya aumentando la demanda, lo cual hace el negocio más rentable y ayuda al monopolista a bajar el precio.

<sup>17</sup>Para conocer en detalle la evolución de la Regulación, sus causas y las diferentes teorías económicas que sobre esta materia se han generado, se recomienda revisar el ensayo de Rivera (2005).

<sup>18</sup>Cabe precisar que en el Perú no todos los servicios públicos han pasado a manos de particulares, pues hay excepciones en las que el sector público presta servicios en calidad de monopolista, como en el sector del agua potable o de la administración de justicia en materia penal; mientras que existen también ejemplos en los que el Estado presta servicios que coexisten con los que brinda el sector privado, como son los casos de la salud o la educación.

<sup>19</sup>Para Samuelson y Nordhaus (1990: 1146) el Poder de Mercado es el grado de control que tiene una empresa o un pequeño número de ellas sobre las decisiones de precios y producción en una Industria.

<sup>20</sup>El Monopolio Puro se presenta cuando existe un único proveedor de un producto o servicio para el que no existen sustitutos o alternativos satisfactorios, por lo que el precio del monopolista es el precio de todo el mercado. Los monopolios puros se pueden crear también artificialmente a través de barreras de entrada representadas por las concesiones que otorga el Estado en un mercado determinado o por las concentraciones empresariales.

<sup>21</sup>Según Pigou, citado en Rivera (2005: 316) “en cualquier industria, donde haya razón para creer que el juego libre de los propios intereses hará que una cantidad de los recursos sean invertidos de manera distinta de lo que sería necesario para favorecer los intereses del bienestar nacional, hay, *prima facie*, una ocasión para una intervención pública.”

---

públicos podía causar y, en ese contexto, las primeras agencias reguladoras tuvieron como tareas básicas la determinación de tarifas, a través del sistema por tasa de retorno, llamado precios de Ramsey (Boehm, 2005: 251), el control de la calidad del servicio brindado por las reguladas y la selección de las empresas prestadoras, buscando el acceso del mayor número de ciudadanos a los servicios, para de esa manera corregir las falencias dadas por la ausencia de competencia<sup>22</sup>.

Pero paralelamente a la evolución de la regulación se fueron desarrollando también importantes teorías sobre las políticas públicas que develaron los intereses reales de los actores políticos. Es así que a mediados del siglo XX un conjunto de economistas como Black, Arrow, Olson o Tullock analizaron las relaciones que existen entre la economía y la política; aunque el representante más importante de esta nueva disciplina es sin duda James M. Buchanan con su teoría de la elección pública o *public choice*, la cual plantea la existencia de un mercado político en el que existe una oferta representada por los programas que ofrecen los partidos políticos y una demanda configurada por los electores o votantes, los cuales escogen estos programas a través de sus votos.

Según Buchanan, el centro firme de la elección pública se puede resumir en tres supuestos: *i)* el individualismo metodológico, *ii)* la elección racional y *iii)* la política como intercambio (Buchanan, 2005: 203). Pero podríamos resumir el planteamiento central del Premio Nobel de Economía de 1986, señalando que desde su óptica, el Estado representa la suma de voluntades individuales de todos los actores que participamos en el escenario político, pues todos interactuamos como votantes, políticos, burócratas o integrantes de grupos de interés, tomando decisiones individuales que influyen en el mercado político; pero a diferencia del mercado económico, en un sistema democrático nuestras decisiones individuales generan un único resultado colectivo que será compartido por todos los individuos.

Uno de los principales aportes de la teoría de Buchanan radica en que esta determinó el carácter individualista que inspira la toma de decisiones racionales de los actores en el mercado político, sepultando de esta manera la idea del llamado *Estado benefactor*; es así que *(i) los votantes* perseguimos la solución de nuestras necesidades particulares; mientras que los partidos políticos nos ofrecen servicios que cubrirían dichas necesidades a nivel individual y social, aunque obviamente el fin ulterior de *(ii) los políticos* es la obtención y posterior mantención del poder, para lo cual buscan satisfacer las demandas del grupo mayoritario de votantes, pues su poder está sujeto a elección pública; lo cual los diferencia de *(iii) los burócratas*, cuyo poder administrativo no está sujeto a sufragio, por lo que sus objetivos buscan maximizar el poder de sus dependencias públicas a través de mayores

---

<sup>22</sup>Rivera (2005: 319) citando la "Era de la regulación" de Ha-Joon Chang (1995) señala que la regulación entre 1945 y 1970 se caracterizó por un crecimiento acelerado y de alta prosperidad en los países desarrollados. Durante buena parte de este periodo el sistema regulatorio trabajó bastante bien en Estados Unidos y la propiedad pública sobre importantes industrias en Europa generó también resultados positivos. La situación empezó a cambiar desde fines de la década de 1960, cuando los países industrializados enfrentaron importantes crisis. El fortalecimiento de la capacidad de negociación de los trabajadores en un contexto de pleno empleo, el deterioro del desempeño económico global y los problemas fiscales llevaron al colapso de los arreglos corporativistas establecidos luego de la segunda guerra mundial. El cambio en el clima político se expresó en el fin del gobierno socialdemócrata sueco en 1976, luego de 50 años de gobierno ininterrumpido, el inicio de un proceso desregulador masivo en el gobierno de Carter en Estados Unidos y en la política de privatizaciones de la administración Thatcher en Gran Bretaña. En el caso de los países subdesarrollados, según el Banco Mundial, dos razones principales pusieron en cuestión este modelo: *i)* El crecimiento de una clase empresarial, la ampliación de los mercados y la reducción de los costos de transacción, resultados todos de la propia política pública, disminuyeron la necesidad de un involucramiento productivo directo e indirecto por parte del estado. Más aún, y en contraste con la antigua política estatal de inducir la entrada y, con ello, el dinamismo del mercado, el activismo regulatorio y de política empezó a ser asociado en muchos países con la protección de las empresas dominantes, frente a los desafíos de los nuevos entrantes y; *ii)* El rápido progreso tecnológico, la globalización de la economía y el aumento del valor de la información implicaron que la situación competitiva de las firmas y países empezara a estar determinada por su habilidad para responder con rapidez a las tendencias tecnológicas y de los mercados.



---

presupuestos y recursos, tanto humanos como logísticos; debiéndose mencionar adicionalmente a (iv) los grupos de interés o stakeholders, quienes tratan de influenciar en los demás grupos para alcanzar el beneficio propio. Ejemplos de grupos de interés son los gremios empresariales y sindicales, los medios de comunicación, los cárteles de la droga, etc.

Superada la idea del *Estado benefactor*, el estudio de la regulación tomó otra dirección, pues el análisis normativo en el que se inspiró la *teoría del bienestar* fue sustituido por un análisis positivo aplicado básicamente por economistas pertenecientes a la Escuela de Chicago, o por teorías que combinaron ambos enfoques, como el análisis que realizaron representantes de la Escuela de Toulouse<sup>23</sup>.

Demsetz, citado por Rivera (2005: 328), sostuvo en su artículo “*Why Regulate Utilities*” (1968) que el mecanismo de subastas convierte la regulación en innecesaria, pues al competidor que ofrezca el menor precio se le debe adjudicar la concesión para la prestación del servicio; por lo tanto, partiendo de la premisa de que no debe haber regulación cuando no hay precio monopólico, para Demsetz el único papel que deberían jugar el gobierno o los consumidores es el de elegir un eficiente mecanismo de selección de las ofertas ganadoras. Asimismo, este autor se pregunta, ¿cómo asegurar que la agencia reguladora determinará el precio con mayor eficiencia que el mercado? o ¿el mecanismo de fijación de precios crea un adecuado sistema de incentivos para la empresa? Es así que Demsetz concluye en que no podemos asegurar si la regulación trata el problema de la incertidumbre —como las citadas interrogantes no resueltas— en mejor o peor forma que el mercado, por lo que propone otorgar concesiones a largo plazo, dejando abierta la posibilidad de adaptarse a eventos no previsible que permitieran la renegociación de los contratos. Pero la propuesta de Demsetz, si bien ha sido acogida en muchos países para otorgar concesiones a través de subastas, no resulta contundente para afirmar que el sistema de subastas convierte en innecesaria la existencia de las agencias reguladoras, toda vez que este análisis se centra en la fijación del precio o tarifa, como si esa fuese la única razón de ser de la regulación.

Ya en la década de los setentas se publicó el aporte más importante a la literatura económica sobre la Regulación, contenido en “*The Theory of Economic Regulation*” (1971) de George Stigler, que representó en su momento un revolucionario análisis positivo de la regulación. En resumen, la teoría de Stigler sostiene que el Estado cuenta con un amplísimo poder de coerción, y que este órgano central, como ya lo había señalado la *Teoría de la Elección Pública* de Buchanan, no está integrado por individuos altruistas que buscan tan solo el bien común; sino que, por el contrario, los integrantes del aparato estatal —burócratas y políticos— buscan racionalmente alcanzar beneficios individuales, pero esta búsqueda de intereses particulares será aprovechada por las empresas reguladas para ganar —de manera lícita o ilícita— los favores de la agencia reguladora y de los poderes del Estado que diseñan las políticas regulatorias.

Agrega Stigler, citado por Rivera (2005: 323), que las empresas reguladas van a tratar de valerse del poder coercitivo del Estado para obtener rentas privadas a través de las siguientes decisiones públicas: i) subsidios directos

---

<sup>23</sup>El análisis positivo describe las razones y consecuencias de los fenómenos económicos, conforme a la realidad en que éstos ocurren; mientras que el análisis normativo apunta a lo que se desea alcanzar, por lo que quien aplica el análisis normativo utiliza juicios de valor que no son admitidos en el análisis positivo.

---

en dinero; *ii*) el control sobre la entrada de los nuevos rivales; *iii*) el control sobre los bienes sustitutivos y complementarios; y *iv*) la fijación de precios. Sobre esta base Stigler sostiene que los beneficios que consigue una industria son siempre menores que el perjuicio causado al resto de la sociedad, todo lo cual es posible solo por la naturaleza del proceso político en democracia.

La teoría de la captura de los reguladores —que fue advertida originalmente por Karl Marx en el siglo XIX— fue posteriormente analizada desde el mismo enfoque positivo de Stigler por otros académicos de la Escuela de Chicago, como Posner, Peltzman o Becker; quienes afinaron la descripción de las relaciones entre los grupos de poder y los órganos estatales vinculados con la regulación, proponiendo la desregulación de los mercados regulados, pues coincidieron en afirmar que la regulación incentiva a las industrias a realizar una ineficiente búsqueda de rentas, toda vez que las empresas reguladas destinan ubérrimos recursos que provienen de las tarifas cobradas a los usuarios, para alcanzar y mantener los beneficios que les brinda el poder coercitivo del Estado, lo cual eleva los costos de los servicios, mientras que el sector público destina porcentajes importantes de su presupuesto para el sostenimiento de un sistema regulatorio que, finalmente, no cumpliría sus objetivos.

El juez Posner (1975: 346) sostiene que existe una demanda de ciertas empresas para ser reguladas por el Estado, ya que la regulación de una tarifa mínima brinda mayor seguridad en los precios eficaces de un cártel que el acuerdo privado —colocando así al cartel fuera del alcance de las normas sobre libre competencia—; asimismo, el control regulador de la entrada de proveedores, atraídos por la esperanza de obtener beneficios monopólicos, garantiza a los regulados la exclusión de potenciales competidores de sus respectivos mercados.

Por su parte, Peltzman (1976) desarrolla un modelo legislativo o político de regulación en el que los legisladores deben tomar decisiones regulatorias que maximicen la esperanza de lograr una votación mayoritaria. Este autor extiende el modelo de la teoría de la captura de Stigler, dándole un rol a los políticos en la formación de grupos de interés y explicitando una función objetivo de los políticos. Dicha función-objetivo es la “función generadora de mayorías” que depende de los niveles de riqueza generados por los grupos de interés.

El modelo de Gary Becker se focaliza en la competencia entre los grupos de interés por ganar los favores del Estado. Lo importante para determinar el monto de la actividad regulatoria —medida en términos de la transferencia de riqueza— es la influencia relativa de un grupo respecto del otro. Donde existan fallas de mercado habrá ganancias de bienestar potenciales de la regulación. Afirma Becker que algunos grupos de interés tienen mucho para ganar con la regulación, mientras que otros grupos no tienen mucho que perder —como los grupos de interés que pertenecen a industrias no sujetas a fallas de mercado. Este modelo predice una gran presión relativa para la regulación en industrias donde existen fallas de mercado; lo que para Becker determina la actividad regulatoria es la influencia relativa de los grupos de interés y esta influencia está determinada no solo por los efectos sobre el bienestar de la regulación, sino también por la relativa eficiencia de los grupos de interés en la aplicación de la presión a los legisladores y los reguladores —diferencia en la tecnología de lobby— (Manes 2005).

---

Otro punto importante que cambió el enfoque tradicional de la regulación fue la ya comentada *teoría de los mercados amenazados o contestable markets* de Baumol, Panzar y Willig (1982), pues los postulados de los citados autores advirtieron que en un mercado amenazado o accesible —en el que no existen barreras de entrada o salida— los precios del monopolista se asemejarían mucho a los que este agente cobraría en un mercado competitivo. Pero la regulación genera barreras de acceso que pueden convertir un mercado accesible en inaccesible, lo cual beneficia a los regulados, pues estos se ven librados de competidores gracias al sistema y pierden incentivos para desarrollar un comportamiento similar al que mostrarían en un mercado competitivo; es decir, que la eficiencia asignativa no depende únicamente del número de ofertantes, sino también de la posibilidad real de ingreso de nuevas empresas al mercado.

Tras los aportes de la Escuela de Chicago al análisis de la regulación, en la década pasada cobró vigencia el modelo normativo de *regulación por incentivos* de Jean-Jacques Laffont y Jean Tirole, representantes de la Escuela de Toulouse, basado en la teoría del agente-principal<sup>24</sup>. Este modelo analiza la manera en la que un regulador —el principal— puede diseñar un sistema de compensaciones que incentiva a la empresa regulada —el agente— a actuar de acuerdo con los intereses del principal o regulador. La aplicación de la teoría agente-principal a la regulación proviene del descubrimiento de que el regulador dispone de información imperfecta respecto de las acciones emprendidas por el agente o respecto de las que debería emprender, lo cual genera un problema de selección adversa<sup>25</sup>.

La aproximación de Laffont y Tirole al tema de la captura regulatoria refina la visión de que existe un mercado para las decisiones regulatorias. Por un lado esta visión encuentra que las ineficiencias regulatorias asociadas con las presiones de distintos grupos de interés pueden combinarse más que cancelarse en equilibrio. Por otro lado, el poder de un grupo de interés depende no solo de sus deseos de pagar—esto es, la combinación entre lo que tiene en juego un grupo de interés en la decisión regulatoria y los costos de organizarse e influenciar en el gobierno—sino también en el tipo de influencia que quiere ejercer. Otro aporte interesante de esta teoría es que en contraste con la visión convencional de los grupos de interés, ellos encuentran que un grupo de interés puede ser dañado por su propio poder. Por último, también hallan que el Congreso debe recompensar a la agencia para que esta “coopere”, proveyendo la información correcta.

Lo que Laffont y Tirole llaman “nueva economía regulatoria” implica, efectivamente, un cambio radical respecto de sus antecedentes. Mientras que la teoría tradicional tenía como objetivo básico la identificación de mecanismos eficientes de tarificación de los servicios públicos, estuviesen ellos bajo propiedad estatal como en los países europeos o bajo propiedad privada, pero sujetos a la regulación pública, como en Estados Unidos, la regulación por incentivos es mucho más ambiciosa. Su objetivo es diseñar un sistema de incentivos que induzca a los tomadores de decisión privados a comportarse como si estuvieran bajo la disciplina del mercado. Los reguladores tradicionales consideraban que la regulación pública podía sustituir al mercado, pero el desafío que enfrentaban se limitaba a definir los

---

<sup>24</sup>Rivera (2005: 345) señala que el concepto de agente-principal fue formulado originalmente por Stephen Ross en su artículo “The Economic Theory of Agency: the Principal's Problem”, publicado en 1973. “La relación de agencia entre dos partes surge, según el autor mencionado, cuando una de ellas, designada como el agente, actúa para, o en nombre de, o como representante de la otra, designada como el principal, en un campo particular de problemas de decisión” (Ross 1993).

<sup>25</sup>El problema de la Selección Adversa se refiere se a los errores en las tomas de decisiones por un problema de asimetría en la información.

---

precios y cantidades óptimas. Para asegurarse que las empresas reguladas seguían sus instrucciones, la regulación tradicional estaba estructurada sobre la base de un sistema de comandos, montado sobre un estricto sistema de sanciones.

Partiendo de la premisa sobre la existencia de asimetrías de información, los regulados ajustaban su comportamiento, maximizando sus utilidades en perjuicio de los objetivos de los reguladores. En este contexto, la regulación por incentivos buscó enfrentar los problemas que llevaron al fracaso a la regulación tradicional, planteándose generar un sistema de incentivos que indujera, en todos los casos, a las empresas reguladas, ahora controladas por inversionistas privados, dotados probablemente de mayores rangos de libertad y de instrumentos más sofisticados para alcanzar sus intereses, a adecuarse a los objetivos de maximización del bienestar social —como ampliación del servicio a un mayor número de consumidores o la mejora de la calidad—. Para ello la teoría se propone modelar los comportamientos de las empresas reguladas de manera de identificar los incentivos que constreñirán a dichos agentes a comportarse de la manera esperada, un ejemplo de incentivos puede ser un beneficio tributario (Rivera, 2005: 354-358).

## **6. Promoción de la competencia en los mercados regulados**

Tras haber expuesto en la sección anterior las diferentes corrientes analíticas sobre la regulación, en las próximas líneas revisaremos la tendencia actual que se orienta a la promoción de la competencia en los mercados regulados, pues si estos mercados monopólicos u oligopólicos se convirtieran en competitivos, se podría proceder a desregularlos, para acabar así con los problemas y costos que conlleva la regulación, pero el camino de la conversión de los mercados regulados en competitivos se presenta complejo. En efecto, hay quienes sostienen que para alcanzar la competencia en un mercado regulado, simplemente basta con desregularlo, pero se debe precisar que la simple eliminación de la regulación no genera automáticamente la aparición de competencia en la mayoría de casos.

Se debe tomar en cuenta que la regulación tradicional implicó la existencia de una barrera de acceso al mercado, pues durante su aplicación la agencia reguladora o el ente gubernamental designado, determinaron qué empresas iban a operar en el mercado regulado a través del otorgamiento de concesiones. Pero, aunque se eliminara el sistema restringido de acceso al mercado regulado, el ingreso de nuevos operadores dependerá en gran medida de los costos de inversión inicial de los nuevos operadores y de la posibilidad real de llegar a competir con la empresa dominante, es decir, con la empresa que operó bajo un monopolio puro durante la vigencia de la concesión exclusiva que le otorgó el Estado gracias al tradicional modelo de regulación, ya que la dominante suele gozar de economías de escala, al contar con la infraestructura necesaria y poseer una cuota de mercado muy cercana al 100%, lo cual significa que las nuevas empresas que ingresen a prestar el servicio deberán intentar “arrebatarle” consumidores a la empresa dominante, lo que a su vez ocasionará que la dominante tenga grandes incentivos para tratar de impedir el ingreso de competidores al mercado que domina.

Frente a la coyuntura descrita, los poderes competentes del Estado deberán decidir si la agencia reguladora se mantendrá indiferente, dejando a su suerte los intentos de ingreso de nuevos competidores, o si asumirá una actitud promotora de la competencia que no suele ser del agrado de la empresa

---

dominante, pues bajo dicha alternativa, llamada *regulación asimétrica*, el organismo regulador actúa como un contrapeso que busca evitar el abuso de la posición de ventaja que ostenta la empresa dominante en el mercado regulado, sentando las bases para permitir el ingreso de nuevas empresas operadoras. Dentro de las políticas de *regulación asimétrica* podemos citar los casos en telefonía fija, en los que se impone a la empresa dominante la obligación de permitir el uso de su infraestructura de redes a sus competidoras, o los casos de los ferrocarriles, en los que se permite la utilización de las líneas férreas por más de un operador; pudiendo citarse también los conocidos casos de la fragmentación del proceso de producción de la energía eléctrica en la generación, transmisión y distribución, manteniéndose únicamente la transmisión como un monopolio natural.

En consecuencia, una nueva empresa que desee ingresar a un mercado regulado que se pretende convertir en competitivo, deberá tomar como referencia a la empresa dominante, analizando los costos de producción y el precio final que ofrece la empresa que domina el respectivo mercado, con el fin de determinar si estará en condiciones de mejorarlos o cuando menos igualarlos, pues de lo contrario no será aconsejable su ingreso al referido mercado, dado el alto riesgo de la inversión.

Existen posiciones encontradas que sostienen que para lograr niveles óptimos de competencia en un mercado regulado se debe optar entre la *regulación asimétrica*, la regulación *ex post*, o la desregulación. En efecto, al adoptarse una política de *regulación asimétrica* se decide asistir a los nuevos competidores en su ingreso al mercado regulado; mientras que si se opta por una regulación *ex post*, el organismo regulador se deberá mantener vigilante para intervenir solo si advierte que la dominante realiza acciones anticompetitivas aprovechando su posición de privilegio; por último, al optar por la desregulación se favorece a la empresa dominante, pues esta empresa tendría menores problemas para hacer uso de su poder de mercado frente a empresas que ingresarían a competir sin los beneficios que obtendrían bajo una *regulación asimétrica* o bajo la supervisión de la regulación *ex post*. Aunque se debe aclarar que la desregulación representa para la dominante la segunda mejor opción, pues para esta empresa la alternativa inmejorable es la regulación tradicional con un monopolio puro; pero en los tiempos actuales, en los que los estados mayoritariamente deciden introducir la competencia en los mercados regulados, la desregulación resulta ser la segunda opción más ventajosa para la empresa dominante.

En nuestro país apreciamos que la tónica imperante es la de la promoción de la competencia en los mercados regulados, pero bajo políticas aún no definidas. Así vemos que en el sector de las telecomunicaciones el Osiptel promueve la competencia y ha alcanzado logros tangibles en la telefonía móvil y de larga distancia, pero aún no consigue los mismos resultados en materia de telefonía fija, cabiendo agregar que el Decreto Legislativo 1034 señala que la aplicación de las normas sobre defensa de la competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, estará a cargo del Osiptel. En cuanto al mercado de la energía, se ha tratado de introducir la competencia en aquellos segmentos en los que la existencia de una pluralidad de competidores es posible, e incluso, como ya se ha mencionado, el sector eléctrico es el único en el Perú que cuenta con una norma regulatoria del control de sus concentraciones empresariales. Asimismo, vemos que Ositran incentiva la competencia en el mercado ferroviario, con el fin de que más de un operador participe en las rutas existentes para romper monopolios, como

---

el caso de Perurail en Cusco, lo cual debe ser el punto de partida para la introducción de la competencia en el uso de la infraestructura de transporte de uso público.

Sobre la nueva regulación procompetitiva queda aún mucho por analizar, pues se discute cuál es el grado óptimo de intervención de la agencia reguladora dentro de este nuevo enfoque sobre la regulación<sup>26</sup>, o cómo se deben manejar las relaciones entre los órganos reguladores y las agencias de competencia<sup>27</sup>. Pero la intención de este segmento del trabajo ha sido básicamente el de informar a grandes rasgos sobre la evolución de esta disciplina y su influencia en una economía social de mercado.

## 7. Conclusiones

El presente trabajo, como se ha podido apreciar, ha tenido una finalidad por un lado informativa, de carácter doctrinal, y, en segundo término, ha tenido un objetivo analítico sobre el desarrollo del Derecho de la Competencia y el Derecho de la regulación en nuestro país. A manera de conclusión, podemos señalar, lo siguiente:

- a) A partir de la década pasada en el Perú se ha variado el modelo económico aplicado, pasándose de una economía controlada a una social de mercado.
- b) El Derecho de la Competencia se divide en dos segmentos, el control de las conductas y el control de las estructuras. En el Perú únicamente está regulado el control de las conductas en todos los mercados, incluyendo este control el de las conductas exclusorias y el de las prácticas colusorias.
- c) En el Perú, el único sector en el que se encuentran reguladas las concentraciones empresariales, es el sector eléctrico, a través de la Ley 26876 y su reglamento, el Decreto Supremo N° 087-2002-EF.
- d) La regulación ha ingresado en los últimos años a una etapa de desregulación y fomento de la competencia. En nuestro país se aprecia que existe una clara intención de introducir la competencia en mercados que tradicionalmente actuaron en calidad de monopolios, pero esta tarea recién empieza.

---

<sup>26</sup>“Reglas que fuerzan a las operadoras a compartir todo recurso o elemento del negocio no crearán competencia, sino regulación penetrante, lo que implica que serán los reguladores y no los mercados los que definirán los términos relevantes, Declaraciones del Magistrado Stephen Breyer, citado por Kahn (2002)”. (Rivera 2005; 365)

<sup>27</sup>Durante la vigencia de los sistemas regulatorios tradicionales no han existido mayores problemas entre las agencias regulatorias y las agencias de competencia, pues al considerarse que los mercados regulados debían operar como monopolios puros, la línea que delimitaba las funciones de una y de otra agencia estaba claramente trazada, pero en los tiempos actuales se puede producir una duplicidad de funciones entre ambos organismos, por lo que los poderes competentes del Estado, deben señalar mediante normas cuáles son los ámbitos de competencia de una y otra agencia.

---

## Bibliografía

Bellamy, C. y Child, G. (1992): *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*. Madrid, Editorial Civitas S.A.

Beneyto Pérez, J. M. y Maillo González-Orús, J. (2005): *Introducción: Una visión general sobre las concentraciones empresariales y su control en España y en la Unión Europea*. (Tomado el 15 de Agosto de 2006). <http://216.239.59.104/search?q=cache:S4iYrldKof4J:www.ideo.ceu.es/access.php%3Ffile%3D/secure/docs/publicaciones/libros/Introducci%25Fn.pdf+beneyto+perez+maillo+gonzalez+orus+introduccion+2005&hl=es>

Boehm, Frederic (2005): *Corrupción y Captura en la Regulación de Servicios Públicos*. Bogotá, Revista de Economía Institucional. Universidad Externado de Colombia. Segundo Semestre año/vol. 7, N° 13. pp. 245-263.

buchanan, james m. (2003): "Elección pública: génesis y desarrollo de un programa de investigación". Traducción de "Public Choice: The Origins and Development of a Research Program", Fairfax, Virginia, Center for Study of Public Choice, George Mason University. La traducción se publicó en RAE Revista Asturiana de Economía RAE N° 33 2005. y correspondió a Mario Piñera.

Gallardo, J. y Dávila, S. (2003): *Concentraciones Horizontales en la Generación de Energía Eléctrica: El Caso Peruano*. Lima, OSINERG -Oficina de Estudios Económicos-. (Tomado el 18 de Julio de 2005)

<http://www.osinerg.gob.pe/osinerg/investigacion/documentos/DT03-OEE-OSINERGA.pdf>

García Pérez, M. (2002): *Dominancia vs. disminución sustancial de la competencia ¿Cuál es el criterio más apropiado?: Aspectos jurídicos*. Instituto de Estudios Europeos. Centro de Política de la Competencia, II Seminario de Expertos. (Tomado el 14 de Julio de 2005).

[http://www.ideo.ceu.es/access.php?file=/secure/docs/publicaciones/DocumentosTrabajo/MercedesGarcia\\_Competencia3.pdf](http://www.ideo.ceu.es/access.php?file=/secure/docs/publicaciones/DocumentosTrabajo/MercedesGarcia_Competencia3.pdf)

Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi (2005): *Control Previo de Fusiones y Adquisiciones en el Perú en el Marco del Proyecto de Ley de la Competencia*. Work Paper.

Hawk, B.E. & Huser, H.L. (1996): *European Community Merger Control: A practitioner's guide*. The Hague, Kluwer Law International.

Herrero Suárez, Carmen (2005): *Control de las Concentraciones de Empresas*. En VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio (coordinador). *Derecho Europeo de la Competencia (Antitrust e Intervenciones Públicas)*. Valladolid, Lex Nova. pp. 437-481.

Jiménez Laiglesia, J.M. (2004): *Propuesta de Reforma del Sistema de Control de concentraciones de Empresas*. Madrid. Fundación Alternativa, Documento de Trabajo 56/2004.

Korah, V.(1997): *EC Competition Law and Practice*. Oxford, 6th. Ed. Hart Publishing. (Tomado el 18 de Agosto de 2006)

<http://europa.eu.int/eurllex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997R1310:ES:HTML>

---

Le Roy Miller, R. y Meiners, R.E. (1990): Microeconomía. México, Mc Graw-Hill, 3ra. Ed.

Lexecon (2000): *Competition Memo* del 27 de Junio de 2000.

Manes, Mariel (2005): "Interacción Indirecta: Teorías positivas de la Regulación". Universidad Nacional de La Plata. (Tomado el 13 de Agosto de 2008).

[http://www.economia.econo.unlp.edu.ar/653/paginas\\_web/06\\_materiales/teorias%20positivas%20de%20la%20regulacion.pdf](http://www.economia.econo.unlp.edu.ar/653/paginas_web/06_materiales/teorias%20positivas%20de%20la%20regulacion.pdf)

Mankiw, Gregory (1998): Principios de Economía. Mc Grow-Hill. Madrid

Marcos, F. y Santaló, L. (2005): "Control del Gobierno sobre Concentraciones" en Expansión, publicado el 8 de Abril de 2005.

Miranda Londoño y Juan David Gutiérrez Rodríguez (2006): Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio *vs.* los beneficios de la competencia. Revista de Derecho de la Competencia. Bogotá (Colombia), vol. 2, n° 2: 269-400, enero-diciembre 2006. pp. 269-400.

Pindyck, R. y Rubinfeld, D. (2001): Microeconomía, Madrid. Prentice Hall, 5ta. ed.

Posner, R. A. (1998): Análisis Económico del Derecho. México D.F. Fondo de Cultura Económica.

Posner, R. A. (2001): Antitrust Law. Chicago. The University of Chicago Press, 2nd. Edition.

Poulet, Wolf (1998): Publicado originalmente en Perfiles Liberales, No. 68, Marzo 1998, México. Reproducido en Revista Fórum. (Tomado el 12 de Agosto de 2008).

[http://www.revistainterforum.com/espanol/articulos/062403soc\\_poulet\\_modelo.html](http://www.revistainterforum.com/espanol/articulos/062403soc_poulet_modelo.html)

Ramírez Hernández, Francisco (2007): *La política de competencia y el proceso de regulación en México*, Edición electrónica gratuita. Texto completo. (Tomado el 10 de Julio de 2008). [www.eumed.net/libros/2007b/281/](http://www.eumed.net/libros/2007b/281/)

Rivera Urrutia, Eugenio (2003): "Teorías de la Regulación en la perspectiva de las Políticas Públicas". En Revista Gestión y Política Pública. México D.F. Volumen XIII, Número 2, II Semestre de 2004. pp. 309-372.

Rojas Leo, Juan Francisco (2005): El abuso de la posición de dominio en el mercado en la legislación nacional. (Tomado el 12 de Junio de 2006).

<http://www.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/boletines/recompi/castellano/articulos/primavera2005/Juan%20Francisco%20Rojas.pdf>

Samuelson, P. y Nordhaus, W. (1990): Economía. Madrid, Mc Graw-Hill, 13° Edición.

Shenefield, J.H. & Stelzer, I.M. (1993): The Antitrust Law. Washington D.C. The American Enterprise Institute.

Sice: Informe sobre Desarrollos y Aplicación de Políticas de Competencia: Estados Unidos. (Tomado el 16 de Julio de 2006).

[Http://www.sice.oas.org/cp\\_comp/spanish/dae2/rdeUSA2.asp#APLICACION](http://www.sice.oas.org/cp_comp/spanish/dae2/rdeUSA2.asp#APLICACION)



---

Sice: Inventario de Leyes Nacionales referidas a Políticas sobre Competencia en el Hemisferio Occidental. (Tomado el 16 de julio de 2006). [http://www.sice.oas.org/cp\\_comp/spanish/dlr/dlr\\_9s.asp](http://www.sice.oas.org/cp_comp/spanish/dlr/dlr_9s.asp)

velasco pérez velasco, david (2007): "La necesidad de regular las concentraciones empresariales en el Perú, de cara a la apertura al mercado global". En Revista CEDE. Centro de Estudios de Derecho y Economía de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Edición N  2. pp. 69-99.

Viscusi, W.K., Vernon, J.M. & harrington, j.e. (1995): Economics of Regulation and Antitrust. Cambridge, The MIT Press. 2nd. Edition.

Wachnitz, V. (2001): Leyes Antimonopolio vs. Derechos Individuales. (Tomado el 12 de Agosto de 2006).

[Http://www.atlas.org.ar/economia/pdf/wachnitz\\_3.PDF](Http://www.atlas.org.ar/economia/pdf/wachnitz_3.PDF)

Waelbroeck, M. y Frignani, A. (1998): Derecho Europeo de la Competencia. Barcelona. Bosch. Tomo II

Wikipedia: "Economía social de mercado". (Tomado el 15 de Julio de 2008)

[Http://es.wikipedia.org/wiki/Econom%C3%ADa\\_social\\_de\\_mercado](Http://es.wikipedia.org/wiki/Econom%C3%ADa_social_de_mercado)

---

## LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA\*

Santiago Francisco Roca Tavella\*\*

Juan Francisco Rojas Leo\*\*

*La relación entre los derechos de propiedad intelectual y el derecho de la libre competencia es un tema que requiere ser puesto en discusión continuamente para encontrar el equilibrio económico y social dentro de las dinámicas de intercambio de productos intangibles. Estos bienes tienen la capacidad de generar un monopolio temporal por el ejercicio de derechos exclusivos que se les atribuye legalmente, derivando en una situación en la cual el derecho de competencia disminuye su acción en el mercado. El presente texto deja abierta la discusión sobre el tema, considerando las experiencias externas, para prevenir los efectos que trae consigo la posición de dominio que implica el derecho de propiedad intelectual, en pos de institucionalizar las condiciones de correspondencia entre competencia, monopolio y propiedad intelectual que mejor se adecúan a la realidad del Perú.*

Sumario: 1. Introducción. 2. La propiedad intelectual en el mercado. 3. Monopolio, regulación y derechos de propiedad intelectual. 4. Los derechos de propiedad intelectual y el abuso de poder económico. 5. Los Estados Unidos de América y la preocupación por un balance entre propiedad intelectual y competencia. 6. La agenda para un equilibrio entre propiedad intelectual y competencia. 7. Conclusiones.

### **I. Introducción**

La dinámica de intercambio de bienes que la sociedad moderna utiliza como mecanismo para satisfacer sus necesidades es inagotable en los problemas y dilemas que plantea. El nombre que suele identificar esa dinámica de intercambio es breve y conciso: mercado pero, su funcionamiento, sus conflictos, su regulación, su crecimiento y su mejora son una fuente inagotable para la reflexión y el debate.

Es curioso que pese al tiempo transcurrido, las disciplinas interesadas en el estudio del mercado y las distintas ideologías con él relacionadas no hayan logrado crear consensos mínimos sobre lo que la institución significa y cómo hay que entenderla, asimilarla y vivirla.

Uno de los aspectos relacionados con el mercado, en la medida que, precisamente, el mercado es el medio a través del cual ellos circulan, es el que corresponde a los bienes, entendidos desde una perspectiva de ciencia económica, como los satisfactores de necesidades sociales. Los productos, ya sea que se trate de bienes o servicios, tangibles o intangibles, son absolutamente imprescindibles en el mundo moderno para satisfacer las necesidades de las personas que viven en sociedad. En su variedad, en su

---

\*Los autores agradecen los valiosos comentarios y aportes del Sr. Carlos Ramón Noda Yamada.

\*\*Santiago Francisco Roca Tavella es economista por la Pontificia Universidad Católica del Perú, master y Ph.D en Economía por la Cornell University en Ithaca New York, Estados Unidos de América; es profesor principal de la Universidad ESAN. Juan Francisco Rojas Leo es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor de Derecho Administrativo y Derecho de la Competencia en dicha casa de estudios.

---

innovación permanente, se encuentra la evolución que marca la pauta de la modernidad y las aspiraciones de los seres humanos a una vida digna, prolongada y satisfactoria.

Es el concepto de los bienes intangibles el que ha dado espacio a la generación de los derechos de propiedad intelectual. Desde el momento que la sociedad ha reconocido la existencia de bienes intangibles, más allá de los problemas propios de su definición, alejada de la materialidad de los bienes tangibles, ha permitido el desarrollo de derechos de propiedad sobre los mismos.

En nuestro sistema jurídico, la propiedad implica el poder de excluir a cualquier pretensor del bien, usarlo en exclusiva, disfrutar de los atributos de los otros bienes que de él se deriven, transferir la propiedad y, finalmente, reivindicarlo donde quiera que se encuentre. La definición y el reconocimiento jurídico son absolutos y extensos, pues precisamente sobre el derecho de propiedad se asienta el sistema económico actual<sup>1</sup>.

Cuando la propiedad se asigna a un bien intangible en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual<sup>2</sup> (invenciones, signos distintivos y derechos de autor) se reconoce la participación del autor en la generación o “creación” del bien y se institucionalizan otras finalidades que los Estados suelen perseguir cuando otorgan estos derechos exclusivos y excluyentes a los creadores. Esta asignación de propiedad a favor del titular genera la imposibilidad legal de que otros sujetos sin consentimiento del titular puedan hacer uso de esa creación o conocimiento en el mercado por un periodo previamente definido en la ley, tiempo en el cual, el titular del derecho tiene condición de monopolio respecto de la creación protegida.

Es la creación de un monopolio temporal lo que determina que un número de bienes intangibles protegidos por los derechos de propiedad intelectual, queden fuera de las reglas de competencia. A mayor protección de la propiedad intelectual, sea por un número mayor de bienes en condición de titularidad exclusiva y excluyente, o por mayores plazos de protección de dicha titularidad, es decir, mayor tiempo de duración del monopolio, menor acción de las leyes de competencia en el mercado: donde existe un monopolio no existe espacio para la competencia.

El monopolio está obligado por las leyes nacionales a desarrollar un comportamiento de mercado acorde con el sistema y las finalidades que la sociedad y el sistema político persigue. La Constitución Política del Perú establece con claridad el combate de toda forma de abuso de posición de dominio y el monopolio tiene posición de dominio en el mercado<sup>3</sup>. Cuando se asignan derechos de exclusiva en materia de propiedad intelectual, el ejercicio de dichos derechos está sometido a las reglas de comportamiento que el Derecho de la Competencia aplica a los monopolios con posición de dominio y también a la posición de dominio, incluso cuando no se trate de un monopolio<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup>Del concepto de igualdad deduce Locke el derecho a la propiedad. Que todos los hombres son iguales significa, como acabamos de decir, que cada hombre es amo de sí mismo; un modo de expresar esto es diciendo que cada hombre se posee a sí mismo. Poseerse a sí mismo, según Locke, significa que el hombre posee su propio cuerpo; y esto, a su vez, significa que el hombre posee su propio trabajo, el trabajo que realiza con su propio cuerpo; lo cual significa que posee el resultado de su trabajo. Así, Locke llega al derecho de propiedad. Sin embargo, hay ciertas limitaciones. Por ejemplo, uno no tiene derecho a poseer más de lo que puede utilizar y debe tomar solo una cantidad tal que deje suficiente a las otras personas”. HARTNACK, Justus. Breve Historia de la Filosofía. 15ª ed. Madrid: Cátedra, 2005. P.148-149

<sup>2</sup>En general, se señala que, “Los derechos de propiedad intelectual son aquellos que se confieren a las personas sobre las creaciones de su mente. Suelen dar al creador derechos exclusivos sobre la utilización de su obra por un plazo determinado.” Ver, [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/intell\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/intell_s.htm)

<sup>3</sup>Constitución Política del Perú. Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolísticas. 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, 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.

<sup>4</sup>Decreto Legislativo N° 701. Artículo 3º.- **Actos y conductas prohibidas.- 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. [El subrayado es nuestro]

---

Las reglas del derecho de la competencia se han mantenido —no sin rechazo por parte de los agentes de propiedad intelectual— en el control del ejercicio de la posición de dominio en monopolio, derivada del reconocimiento legal de una titularidad exclusiva y excluyente en materia de propiedad intelectual. Este espacio es un espacio ganado con dificultad y respecto del cual, todavía es necesario identificar finalidades y mecanismos de acción.

El apasionante problema que plantea la relación entre los derechos de propiedad intelectual y el derecho de la competencia es el propósito de este artículo. No se persigue, de ninguna manera, agotar el tema o su debate, sino únicamente provocar la reflexión sobre la materia abriendo un espacio para el aporte novedoso y de integración.

## **2. La propiedad intelectual en el mercado**

El hombre es el único ser capaz de generar creación intelectual y es gracias a esa inagotable capacidad que ha sabido transformar el mundo y la sociedad. En algún momento de la historia de la humanidad se ha teorizado sobre las llamadas “creaciones” de los animales; no obstante, esas afirmaciones han sido descartadas en la medida en que se ha constatado fehacientemente que los animales únicamente son capaces de efectuar descubrimientos o modos de hacer mecánicos que más tienen que ver con el instinto, pero que no se acercan en nada al proceso de transformación de la realidad que es implícito al proceso creativo y que únicamente ha sido exhibido por el hombre en el proceso evolutivo.

La creación es transformación de la realidad desde un estado determinado de la ciencia, hasta un nivel de desarrollo superior, distinto, diferente, novedoso, de inagotables posibilidades. Esta acción solo es posible desde el intelecto humano.

El hombre crea. Lo hace para mejorar su medio ambiente y sus condiciones de vida. Lo hace para mejorar el estado de la ciencia y procurar salud y bienestar a sus congéneres. Lo hace para introducir en el mundo y la sociedad nuevas condiciones de vida y recrear el espíritu. La creación no tiene límites.

No cabe duda que el derecho de propiedad asiste al hombre creador sobre su creación. Sería desde todo punto de vista injusto e inaceptable que la creación de un individuo no le fuera a él reputada (el derecho de autor llama a esta atribución una manifestación de los derechos morales). Sin embargo, ¿ese derecho de “propiedad” es similar a aquel que se ha establecido sobre los bienes tangibles, es decir, sobre aquellos bienes que se pueden tocar?

El sentido de la palabra tangible recogida en el aserto anterior es aquel básico, el del contenido lingüístico. La utilización de este significado pone en evidencia la diferencia sustantiva que existe en reconocer derechos de propiedad al acto creador y a su creación por parte del hombre, es decir, a los derechos de propiedad intelectual, frente a los derechos reales sobre un bien mueble o inmueble<sup>5</sup>. La creación, fruto del intelecto humano no es un mueble o un inmueble pero, es un bien capaz de ser apreciado en dinero y producir

---

<sup>5</sup>Un aspecto que este artículo no toca es el referido a los bienes en perspectiva empresarial. Es decir, los bienes intangibles como activos de un patrimonio empresarial, activo intangible de característica especiales lo que merecería un nuevo estudio sobre la materia.

---

bienestar en la sociedad<sup>6</sup>. En muchos casos, el acto creador da frutos y se materializa en bienes muebles o inmuebles, como cuando, por ejemplo, una obra se reproduce en un disco.

La propiedad sobre la creación ha dado lugar al desarrollo del concepto del bien intangible pues precisamente en esta categoría es posible ubicar a la creación del intelecto humano.

En este escenario, los derechos de propiedad intelectual permiten distinguir dos categorías básicas: los derechos de propiedad industrial y los derechos de autor. La distinción entre unos y otros radica fundamentalmente en el hecho de que los primeros tienen una aplicación directa en la industria, es decir, en el proceso productivo, mientras que los segundos son básicamente aquellos orientados al crecimiento espiritual del hombre, sin perjuicio que pueda existir también una intensa industrialización en su aprovechamiento.

Los derechos de propiedad industrial se dividen a su vez en aquellos referidos a la innovación propiamente dicha, es decir, la invención de contenido industrial y, también en aquellos referidos a la generación de signos distintivos para identificar y diferenciar bienes en el mercado.

Por su parte, los derechos de autor incorporan una amplia gama de creaciones del intelecto humano que genéricamente se identifican como "obras" pero que alcanzan a la música, a la literatura, al cine, al arte en todas sus manifestaciones. Es decir, a todas las manifestaciones de elevación espiritual que pueden ser condensadas para su comunicación e intercambio en una sociedad organizada.

En la actualidad ya no se discute sobre el carácter intangible de los bienes objeto de los derechos de propiedad intelectual pero, ciertamente esta condición especial, hace que estos derechos tengan una singularidad en su participación en el universo de bienes que se transan en una economía determinada.

La creación intelectual produce bienes intangibles, incluso estos bienes intangibles son la fuente de creación de bienes tangibles y, todos ellos, se incorporan al mercado pues, en su condición de satisfactores de necesidades determinadas, comparten la condición de escasez, pueden ser valorados en dinero, y son objeto de intercambio y transacción comercial.

La propiedad intelectual se presenta así como una fuente inagotable de creación de bienes para el comercio. Se trata de bienes singulares pero bienes

---

<sup>6</sup>"Pero lo que más comúnmente forma el objeto de los derechos, son los seres impersonales, las cosas; de ordinario **cosas** es sinónimo de objeto de derechos. ¿Qué se entiende por **cosa**? Esta palabra tiene diversos significados: en sentido filosófico denota todo ente real o ficticio que pueda concebirse por la mente humana; en las ciencias físicas significa todo lo que tiene naturaleza corpórea, ya sea en el estado sólido, ya sea en el estado líquido, o ya sea en el estado gaseoso. La acepción filosófica de la palabra "cosa" de nada sirve ciertamente a la ciencia jurídica, porque, dada la índole del derecho, "cosa" no puede ser cualquier ente imaginable, sino únicamente lo que puede producir utilidad al hombre, esto es, un **bien**. Y por la misma razón no puede coincidir el significado jurídico de cosa con el significado físico, ya que no todas las cosas corpóreas constituyen un bien, existiendo bienes que no participan de tal índole. Pero con decir que la cosa debe ser un bien, no se ha dado todavía el concepto completo y exacto. La categoría de los bienes es muy amplia: hay bienes morales que no entran en el campo del derecho, por lo que no pueden llamarse cosas. De donde nace una segunda determinación del concepto de cosa, y que consiste en que es un **bien económico**. Finalmente, debe ser un bien de tal naturaleza, que pueda ejercitarse sobre él la actividad económica del hombre, mediante la adquisición y el cambio. Por eso **cosa** en el sentido jurídico, es **todo lo que puede ser objeto de derechos patrimoniales**; todo lo que es permutable, porque presenta una utilidad estimable en dinero por vía directa o indirecta.

Deriva de aquí que cosa, como objeto de derechos, no es solo lo que forma parte del mundo exterior y sensible, lo que ocupa un espacio, toda vez que no sólo esto puede producir una utilidad económica; de aquí que la distinción romana de cosas corporales e incorporales, tan combatida hoy, puede sernos provechosa. Cosas corporales o, mejor, materiales, son las que caen bajo los sentidos, ora sean cosas que tienen un cuerpo en el sentido físico, ora fuerzas naturales, como la electricidad, sobre cuya naturaleza tanto se discute, y aun el espacio aéreo, cualquiera que sea el concepto filosófico que de él se tenga; cosas **incorporales** o **materiales** son las que obran sobre los sentidos, pero que son objeto tan sólo de la percepción intelectual." COVIELLO, Nicolás. Doctrina General del Derecho Civil. 4ª. Ed. México: UTEHA, 1938. p.269-270.

---

al fin. Con la misma posibilidad de ser objeto de un acto de comercio y con la misma posibilidad de dar lugar a que sus fabricantes se beneficien con el resultado de su puesta en el comercio. La propiedad intelectual aparece así como un factor determinante en el crecimiento del mercado de bienes en una economía<sup>7</sup>.

La asignación de propiedad de finales del siglo XVIII dio paso a una etapa de la historia de la humanidad de vertiginoso desarrollo tecnológico y modernidad. Una parte significativa de ese desarrollo es el que tuvo lugar en materia de innovación tecnológica y conocimiento, gracias a la asignación de derechos de propiedad en el campo intelectual. La contribución de los derechos de propiedad intelectual al crecimiento del mercado es innegable si se revisa el proceso histórico, lo que valida la tesis de una intensa relación entre la propiedad intelectual y el mercado.

El reconocimiento de derechos de propiedad intelectual ha respondido a diversas finalidades. Aquella más conocida y común es la que tiene que ver con el hecho mismo de crear incentivos para que el proceso creativo no se detenga: al reconocer derechos de propiedad a los creadores, estos tendrán la posibilidad de generar ingresos con su creación, lo que es un incentivo para seguir creando en el futuro. Esta acción redundará finalmente en beneficio de toda la sociedad que tendrá a disposición más y mejores bienes que disfrutar<sup>8</sup>.

Una segunda finalidad que suele esgrimirse es aquella que señala que el acto creador es de una individualidad tal que su reconocimiento es consecuencia natural y propia del mérito que la creación conlleva. El sustento de esta finalidad descansa en el hecho mismo del reconocimiento que el acto creador genera. Se trata de un reconocimiento moral, no patrimonial, pero indispensable en función a la paternidad que subyace al acto creador.

Una tercera finalidad, quizá la que mejor se corresponde con el sistema capitalista de derechos de propiedad, es la que se sustenta en el ejercicio pleno del derecho de propiedad sobre la creación, en la medida que la propiedad privada es el incentivo más fuerte para la generación de riqueza.

Ahora bien, todo parece indicar que en un sistema económico como el que potencia la existencia de derechos de propiedad intelectual, el sistema se beneficia cuando, a través del reconocimiento legal de la propiedad intelectual, se incorporan a ese sistema de intercambio estos nuevos bienes. La constatación determina que existiendo nuevos bienes, mayor cantidad de estos, las opciones de elección, intercambio, y circulación del mercado crecen, con lo cual el sistema se robustece y la riqueza aumenta para toda la sociedad.

La realidad es otra: si bien los nuevos bienes son un aporte al universo de bienes disponibles para la transacción comercial, precisamente, la circulación de estos se encuentra restringida desde el ámbito de la titularidad del derecho

---

<sup>7</sup>El conocimiento es lo que en economía se conoce como un bien público, dado que no puede excluir de su uso a las personas que integran la sociedad y porque el uso de unos no reduce el uso por otros miembros. Los derechos de propiedad intelectual crean una condición de propiedad que permite con dificultad la exclusión en el uso de unos por otros. No obstante, mantiene la condición aquella en virtud de la cual el uso de uno no reduce el uso por otros (rivalidad). Sobre este tema, Mankiw señala lo siguiente: "Los bienes públicos no son ni excluibles ni rivales. Es decir, no es posible impedir que una persona utilice un bien público, y su uso por parte de una no reduce su uso por parte de otra. Por ejemplo, la defensa nacional es un bien público. Una vez que el país se defiende de los agresores extranjeros, es imposible impedir que una persona disfrute del beneficio de esta defensa. Por otra parte, cuando una persona disfruta del beneficio de la defensa nacional, no reduce el beneficio de ninguna otra. (...) Cuando un bien es excluible, pero no rival, es un ejemplo de *monopolio natural*." MANKIW, N. Gregory. Principios de Economía. 2ª. Ed. Madrid: McGraw-Hill interamericana de España, 2002. p. 142.

<sup>8</sup>En una evaluación crítica de las finalidades perseguidas por los Estados Unidos de América en su política de patentes, Stiglitz señala: "En un discurso pronunciado por George Washington en el Congreso de 1790, este señalaba que el objetivo de la legislación sobre patentes era servir de "estímulo efectivo a la introducción de inventos nuevos y útiles del extranjero y a la promoción de esfuerzos de habilidad e ingenio para producirlos en nuestro país". A los ciudadanos estadounidenses no se les concedió la protección de patentes hasta 1836. Y, tras el éxito conseguido, ¿estamos ahora cerrando el paso a los que venían detrás?". STIGLIZ, Joseph E. Los felices 90. La semilla de la destrucción. Buenos Aires: Taurus, 2003. p. 256-257.

---

de propiedad intelectual, mediante el monopolio legal que esta titularidad conlleva. En otras palabras, la aparición de un nuevo mercado, el de ideas o creaciones expresada en documentos soporta en la base de su existencia las restricciones que el monopolio legal impone a la circulación de estos nuevos bienes.

El monopolio legal que nace del reconocimiento del derecho de propiedad intelectual merece alguna reflexión: es propio de un derecho de propiedad la exclusión absoluta de otros pretendores del bien, en ese sentido podría afirmarse que el monopolio es consustancial al derecho de propiedad; sin embargo, la circulación del bien, su puesta a disposición de la sociedad, es una condición que explica el porqué del reconocimiento del derecho de propiedad y, es esta circulación la que se encuentra restringida por efecto del monopolio legal.

La explicación de la paradoja anterior se encuentra en la naturaleza del bien intangible que el derecho de propiedad intelectual acoge. En efecto, el bien intangible que la propiedad intelectual crea, únicamente tiene sentido en tanto la creación es puesta a disposición de la sociedad. Se trata de un bien con vocación y naturaleza de circulación, que ha sido reconocido en existencia y propiedad porque contiene una contribución al crecimiento del conocimiento colectivo de la sociedad, y que si bien se asigna en monopolio de propiedad no pueden sino entenderse en lógica de circulación, en lógica de puesta a disposición, en lógica de lucro comercial.

No ocurre lo mismo con los bienes tangibles respecto de los cuales el propietario conserva la posibilidad de inmovilizar el bien o incluso prescindir de la posibilidad de hacer que genere frutos. Esta acción, depende exclusivamente de la decisión del propietario y, en tanto no se afecte los fines sociales de la propiedad, es perfectamente lícita.

En los bienes intangibles que “aparecen” en el universo como consecuencia del reconocimiento de derechos de propiedad intelectual la decisión de inmovilización del conocimiento es inaceptable porque desnaturalizaría la razón del propio reconocimiento. Es por ello que, en materia de propiedad intelectual, el reconocimiento del derecho de propiedad lleva anexo el derecho a la explotación temporal en monopolio del aporte intelectual. La explotación en monopolio se convierte así en la expresión natural del derecho reconocido y es aquí donde se plantean las necesarias condiciones de balance con el correcto funcionamiento de un mercado en competencia.

Con lo señalado no se descarta la posibilidad de que el titular de una patente elija libremente dejar de explotar comercialmente la creación. En efecto, esto puede ocurrir, y no se condice con la razón en virtud de la cual se concedió el derecho. No obstante, incluso en ese caso, el registro público de la invención —necesaria en todos los sistemas para acreditar la titularidad y establecer un estado de situación del conocimiento— es un referente para que, cualquier interesado, a partir del conocimiento registrado, y cuando entre en la esfera del dominio público, es decir, de la libre apropiación, pueda dar un paso adelante e innovar en el conocimiento mediante la utilización de aquel que es objeto del registro. Así, contra la voluntad del titular, ciertamente dificultada por el tiempo de espera, finalmente, el conocimiento reingresa al gobierno público y genera innovación y crecimiento.

La búsqueda del balance es consecuencia de la necesidad de encontrar equilibrios en el ejercicio del derecho. Esto es necesario en cuanto al plazo

---

otorgado para la explotación exclusiva ya que este debe ser lo suficientemente largo como para garantizar el recupero de la inversión y permitir el incentivo suficiente para seguir creando. Asimismo, ese plazo debe ser lo suficientemente justo para que no se convierta en un obstáculo a la participación de nuevos agentes en el mercado.

Por otro lado, en el ejercicio mismo del derecho, el titular tiene un poder soberano, indiscutible e incontestable, para colocar el precio que considere conveniente para recompensar su acto creador —extendido en el plazo referido anteriormente—, lo que podría determinar que la renta obtenida resultara excesiva en un mercado que —dado su condición de monopolio legal— no es contestable. En este ámbito existe un gran espacio para explorar los mecanismos legales para reprimir el abuso del derecho, pues como es conocido, en un sociedad democrática, ni el ejercicio del derecho de propiedad puede ser ilimitado y, mucho menos, desde la perspectiva del Derecho de la Competencia es tolerable alguna forma de abuso de posición de dominio<sup>9</sup>.

Finalmente, el titular del derecho de propiedad intelectual tiene un papel que cumplir cuando licencia el uso de su derecho por terceros. En este papel, el titular del derecho de propiedad intelectual actúa como un regulador del mercado que puede hacer su voluntad con la explotación de su creación. Las opciones, en este caso, radican exclusivamente en su esfera de decisión personal y pasan por la posibilidad de consolidar un monopolio por interposición persona o generar condiciones de competencia para una pluralidad de sujetos, con igualdad de oportunidades. Es obvio que en este escenario, el papel que desempeñe el titular de derecho de propiedad intelectual podría generar situaciones de mercado anticompetitivas y afectar principios del Derecho de la Competencia que, en este caso, estarían vinculados por el acceso al mercado<sup>10</sup>.

La vinculación entre las acciones que pueden derivarse del reconocimiento de un derecho de propiedad intelectual y el derecho de la competencia, así como, los problemas que pueden derivarse de esta relación, se muestran con claridad en tres niveles: plazo de duración del derecho; modalidad de explotación del derecho, particularmente vinculadas con la renta excesiva; y condiciones de competencia que pueden ser colocadas por el titular del derecho a el o los terceros a quienes decida conceder dicha participación.

Así, las acciones que se dispongan desde el ejercicio legítimo de un derecho de propiedad intelectual reconocido por el sistema, pueden ser la causa de afectación de principios y normas del derecho de la competencia. El nivel de la afectación dependerá de las condiciones concretas del ejercicio del derecho y la intervención del derecho de la competencia será necesaria para encontrar los equilibrios que el sistema jurídico reclama a todo ejercicio legítimo de un derecho, incluso si el derecho es uno de propiedad intelectual.

---

<sup>9</sup>No obstante, la exaltación de la libertad individual y de la igualdad jurídica de las persona, el Código Civil francés limitó la autonomía privada, el establecer en el artículo 6, que no se pueden derogar por convenciones particulares las leyes que interesen al orden público y a la moral. Los MAZEAUD, irónicamente han escrito que si bien los fanáticos de la escuela liberal sostienen que la libertad de contratar no debe tener barreras, "ningún sistema jurídico ha consagrado jamás esa posición utópica". SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. La autonomía privada y la buena fe: fundamentos de la fuerza obligatoria del contrato. En MOSSET ITURRASPE, Jorge y Carlos Alberto SOTO COAGUILA. El Contrato en una economía de mercado. Trujillo: Normas Legales, 2004. p.53.

<sup>10</sup>Para una apreciación detalla de los distintos supuestos anticompetitivos que pueden presentarse como consecuencia de las decisiones que adopte el titular de la creación, y que se expresan sobre la base de las condiciones en las que licencia su derecho para ser explotado por terceros puede revisarse: CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia. Buenos Aires: Heliasta, 2005.



### 3 Monopolio: competencia, regulación y derechos de propiedad intelectual

Es necesario efectuar algún breve desarrollo sobre la relación, alcance y condiciones de la competencia como fuerza reguladora del mercado y el monopolio como la negación absoluta de la competencia. Dicho de otra manera, es necesario explorar esta condición de correspondencia pues competencia y monopolio son la expresión de una situación de cóncavo y convexo que, con sus propios matices y niveles de intensidad, dinamiza el funcionamiento del mercado libre<sup>11</sup>.

Asimismo, es preciso explorar los límites del Derecho de la Competencia con el Derecho de la Regulación a partir del monopolio y, finalmente, relacionar estas materias con el reconocimiento de derechos de propiedad intelectual.

La competencia presupone la existencia de una estructura de mercado en la que se encuentran presentes diversos actores, tanto del lado de la oferta de bienes como del lado de la demanda. A mayor cantidad de participantes en el mercado, las condiciones de competencia entre uno y otro se hacen más intensas, dinámicas y virtuosas.

Con esta situación todos ganan: gana el consumidor que tiene la posibilidad de acceder a mayor variedad de productos al mejor precio o precio más bajo, ganan los oferentes, pues la situación de competencia, los obliga a modernizarse y ser eficiente bajo riesgo de tener que salir del mercado: y gana la sociedad pues los recursos escasos se encuentran adecuadamente empleados, se produce la cantidad de bienes necesarios y se cobra por ellos el precio mejor. Adicionalmente, todo el proceso se desarrolla en un escenario de libertad que se concide perfectamente con el régimen político<sup>12</sup>.

Cuando el número de participantes en el mercado se reduce, la competencia pierde su lozanía y enfrenta serios peligros. Mientras existan menos competidores en el mercado es más fácil que se presenten situaciones de arreglos anticompetitivos, básicamente, al reducirse los costos de transacción, es probable que se establezcan acuerdos para evitar competir del lado de los oferentes (oligopolio) o acuerdos para condicionar condiciones de compra del lado de los adquirentes (oligopsonio)<sup>13</sup>. Esta acción que distorsiona la competencia, posible únicamente cuando el diálogo, el contacto, el proyecto común o la connivencia se presentan en un mercado, no es ineluctablemente la que se manifestará, pero es obvio que, dadas las condiciones, sea más probable que se presente<sup>14</sup>.

<sup>11</sup>Esta es la contraposición entre los modelos extremos del monopolio y la competencia perfecta, entre los cuales se encuentran las realidades del oligopolio y la competencia funcional. Para mayor detalle, ver, GOYDER, D.G. *EC Competition Law*, 4ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2003. p.9-10

<sup>12</sup>Para un mayor desarrollo sobre este tema, ver, TÁVARA, José. Mercados, monopolios y democracia. En PALESTRA. Portal de Asuntos Públicos de la PUCP. [Http://palestra.pucp.edu.pe](http://palestra.pucp.edu.pe)

<sup>13</sup>Sobre la distinción entre "oligopolio" y "competencia funcional", ver, GOYDER, D.G. *Op.cit.*, P.10-11

<sup>14</sup>La doctrina comunitaria europea reconoce las especiales dificultades planteadas por la existencia de oligopolios. Así, por ejemplo, GOYDER señala lo siguiente:

"However, it is far more difficult to find appropriate and effective means of restoring and maintaining competition in an oligopolistic market. Because the number of undertakings in the market is relatively small, it is easier for them to adjust their commercial and pricing policies so as to achieve the effects of a horizontal agreement covering products, prices, conditions of business, and even, to some extent, the pace of technological advance, without actually having to enter into either agreements or concerted practices, even within the broad definition of Article 81. Their mutual interdependence enables an equilibrium to be established between them, at a higher price level than would be possible under conditions of even workable, let alone unrestricted, competition. Each competitor is aware that to cut prices will precipitate a response from the other oligopolists which would render such an initiative futile. The difficulty for competition policy is not only that the oligopolists can achieve these higher prices and profits without agreements or concerted practices, but that the market may at first sight appear to be competitive, in that prices are closely matched, although the process which underpins their proximity (and the level at which they stand) is not one of true competition."

"Sin embargo, es mucho más difícil encontrar medidas apropiadas y efectivas para restaurar y mantener la competencia en un mercado oligopolístico. Debido a que el número de agentes económicos en el mercado es relativamente pequeño, es más sencillo para ellos ajustar sus políticas comerciales y de precios, de tal modo que logren los efectos de un acuerdo horizontal que cubra los productos, precios, condiciones de negocio, e incluso, hasta cierto punto, el ritmo del avance tecnológico, sin necesidad de celebrar realmente ningún acuerdo ni de realizar ninguna práctica concertada, incluso dentro de los amplios términos en que dichas conductas son definidas por el artículo 81. Su mutua interdependencia les permite establecer un equilibrio entre ellos, a un precio más alto del que hubiera sido posible bajo condiciones de competencia razonables, por no hablar de competencia irrestricta. Cada competidor es consciente de que reducir sus precios producirá una respuesta de los demás oligopolistas, lo cual tomaría dicha iniciativa en inútil. La dificultad para la política de competencia no radica sólo en que los oligopolistas pueden lograr esos precios y ganancias altos sin acuerdos o prácticas concertadas, sino, principalmente, en que el mercado puede parecer, a primera vista, competitivo, en el sentido en que los precios se aproximan bastante, a pesar que el proceso que lleva a dicha proximidad (y el nivel en el cual se fijan) no corresponde a la verdadera competencia." (Traducción nuestra) GOYDER, D.G. *Op.cit.*, P.14

La competencia entra en crisis cuando el participante en el mercado es único, tanto del lado de la oferta (monopolio) como del lado de la adquisición (monopsonio). En este escenario, la competencia desaparece, ya no es posible, pues ha desaparecido su condición básica: para competir es necesario un rival<sup>15</sup>.

El actor único puede ser un vencedor del proceso competitivo en cuyo caso su comportamiento y las condiciones de ejercicio de la situación de competidor triunfante, en el caso de la oferta, quedan sujetos a las reglas de comportamiento que para el efecto impone el Derecho de la Competencia y que, básicamente, tienen que ver con la prohibición de abusar del derecho que tal situación concede mediante la realización de conductas destinadas a excluir a potenciales competidores (exclutorias) o explotar a los consumidores afectando sus derechos constitucionalmente reconocidos (explotativas)<sup>16</sup>.

El actor único también puede ser el resultado de condiciones de estructura de un mercado determinado. En otras palabras, puede ocurrir y en efecto ocurre que, en determinados mercados, solo sea posible tener un actor y que esto sea lo económicamente eficiente. La razón que puede justificar una situación de este tipo tiene que ver, normalmente, con los costos vinculados a la infraestructura necesaria para el desarrollo de la actividad y se le conoce como monopolio natural. Igual situación puede presentarse cuando la competencia está prohibida a favor de un único actor, básicamente por decisión del constituyente o el legislador. Esta última modalidad es la que se conoce como monopolio legal.

En ambos casos —monopolio legal o monopolio natural— el Derecho de la Competencia se repliega y deja el espacio al Derecho de la Regulación. Mediante la regulación, el Estado se convierte en el “simulador” de condiciones de mercado que no son posibles en esta estructura de actor único. En realidad, podría decirse que la labor del Estado se concentra en determinar el precio del bien que el actor podrá cobrar, la viabilidad económica de la actividad, la recuperación de la inversión, la utilidad y, garantizar la prestación y extensión del acceso al bien ofertado por la mayor cantidad de ciudadanos. La intervención del Derecho de la Regulación requiere de una autoridad vinculada a la actividad que, de manera profesional y acorde con la legislación de la materia, desarrolle las acciones que al Estado correspondan en este rol.

La simplificación que antecede tiene el propósito de describir las bases conceptuales del problema del monopolio, la competencia y la regulación. Así, presentada pareciera que se trata de situaciones diferentes y de ámbitos del derecho que no tienen mayor relación. Sin embargo, la realidad es otra: el verdadero problema es el que el monopolio plantea para el sistema de mercado

<sup>15</sup> Acerca del monopolio, GARCÍA TOMA, al comentar el tratamiento que brinda la Constitución Económica a la libre competencia, señala lo siguiente:

“El *monopolio* se describe como el vicio económico por el cual una empresa se constituye en el único ofertante de un bien o servicio; es el que fija el precio de los mismos y la cantidad que se desea vender.” GARCÍA TOMA, Víctor. Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993. Lima: Universidad de Lima, 1998. t.2. p.124

<sup>16</sup> Esta clasificación es recurrente en la doctrina comunitaria europea, por ejemplo, GOYDER señala lo siguiente:

“Abuses are often classified as either exclusionary or exploitative, though the Commission regards the distinction as not of great importance. An exclusionary abuse is one of those of the kind referred to in the quotation above from Hoffman-La Roche, where its effects are primarily on the structure of the market, for example by weakening competitors through raising their costs, refusing to deal with them or denying access to essential facilities. By contrast exploitative abuses are aimed directly at consumers, for example by imposing excessive prices or unreasonable terms and conditions; of course a successful use of exclusionary abuses may well lead on to subsequent use of exploitative ones, or they may be used simultaneously and in combination.”

“Las conductas abusivas son normalmente clasificadas ya sea como exclutorias o como explotativas, sin embargo, la Comisión estima que la distinción no es de gran importancia. Un abuso exclutorio es uno de la clase a la que se refiere la cita del caso Hoffman-La Roche, donde sus efectos se dan principalmente en la estructura del mercado, por ejemplo, debilitando a los competidores a través del alza de sus costos, negándose a tratar con ellos o negándoles el acceso a facilidades esenciales. Por el contrario, los abusos explotativos se encuentran dirigidos directamente a los consumidores, por ejemplo, mediante la imposición de precios excesivos o términos y condiciones no razonables; por supuesto que un uso exitoso del abuso exclutorio puede muy bien llevar al subsiguiente uso del abuso explotativo, o podrían ser utilizados simultáneamente y en combinación.” (Traducción libre) GOYDER, D.G. *Op.cit.*, P.283.

---

y cómo su existencia distorsiona las bases de este sistema. Adicionalmente, el Derecho de la Competencia y el Derecho de la Regulación no se encuentran divorciados o ajenos pues, en el fondo, ambos enfrentan un mismo problema: ausencia de condiciones de competencia. Entendido así el escenario de participación, es fácil poder concluir que se trata de materia directamente relacionada y en necesidad de diálogo permanente.

Aun cuando lo señalado ya es suficiente para constatar la relación entre competencia y regulación, resulta importante destacar el caso del monopolio derivado de una estructura de mercado previamente competitiva, donde el actor único es el resultado de su propia eficiencia y condición para vencer a los rivales.

En ese supuesto, la teoría económica señala que, manteniendo las condiciones de acceso al mercado previamente existentes, pues se trata de un mercado competitivo, las fuerzas del mercado restituirán la competencia. En efecto, se sostiene que la acción natural del monopolista, elevando los precios, lanzará al mercado señales que atraerán irremediablemente a nuevos entrantes y la competencia será recompuesta. El predicado es teórico pues, en la mayoría de los casos, el triunfo de la eficiencia va construyendo condiciones reales de inversión, tecnología, preferencias y costumbres de mercado, que podrían convertir a este mercado en un mercado no contestable. A esto hay que agregar el factor tiempo, pues ¿cuánto tiempo será necesario para recomponer la competencia?; y, en ese tiempo, ¿cuánto abuso de poder económico tienen que soportar los consumidores?

La competencia y la regulación se encuentran en el monopolio. Esta constatación es innegable en la medida en que, solo cuando se presenta una situación de monopolio surge la pregunta irresistible: ¿la condición de monopolio puede variar a una situación de competencia? La respuesta pasa necesariamente por identificar si el monopolio es uno derivado de una estructura competitiva y la competencia puede restituirse espontáneamente y en qué tiempo; o, si por el contrario, es un monopolio natural o legal donde no es posible la competencia y la intervención que corresponde es exclusivamente de simulación de condiciones lo más próximas al mercado. En el primer caso, el del monopolio derivado de una estructura competitiva el Derecho de la Competencia tiene que actuar para limitar el abuso de la situación<sup>17</sup>, más aún, si la realidad del propio mercado demuestra que la competencia no se restituye espontáneamente y los consumidores sufren el abuso.

Es necesario entender la afirmación anterior en su verdadera dimensión: se trata de un punto muerto, ante una situación que no se corrige sola, en la que no es posible la participación del Derecho de la Regulación, pero que urge una solución, pues existe un derecho de los consumidores afectados y sufriendo una situación de conducta abusiva.

En la generalidad de los casos, la afectación del derecho de los consumidores se expresa en el denominado precio abusivo. El carácter residual de una intervención como esta, se grafica muy bien en una entrevista que le fuera efectuada al doctor Antonio Creus, profesor de la Universidad Carlos III de Madrid, por la Revista *Themis* que se reproduce a continuación:

---

<sup>17</sup>Recuérdese que el marco normativo peruano no prohíbe ni sanciona obtener la posición de dominio, sino únicamente el ejercicio abusivo de una condición de mercado obtenida válidamente. Ello es así también en los demás ordenamientos en materia de defensa de la competencia, incluyendo al comunitario europeo. Por ejemplo, señala SACRISTÁN REPRESA: "Lo que prohíbe el artículo 82 del TCE, así como el artículo 6 de la LDC, en la parte coincidente y sustancial, es una conducta realizada por empresas paradigmáticamente una empresa en posición de dominio y no el hecho de la posición de dominio [...]" SACRISTÁN REPRESA, Marcos. Abuso de Posición Dominante. En VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio (coordinador). Derecho Europeo de la Competencia (Antitrust e Intervenciones Públicas). Valladolid: Lex Nova, 2005. P.324

---

**Themis:** en el Perú se sancionan los llamados “precios abusivos”, sin embargo, algunos creen que la lógica del mercado nos diría que si una empresa pone precios abusivos, en realidad, esto haría ingresar nuevos competidores, porque no se podrían mantener dichos precios, con lo cual, ya no existiría el propio monopolio, lo que nos lleva a pensar en la conveniencia de que el Estado intervenga en este caso en lugar de dejarlo simplemente a la regulación del mercado. ¿Cuál es su opinión al respecto?

**Creus:** Esta pregunta no es fácil. El precio abusivo como tal no me plantea a mí ningún problema en la medida en que haya un mercado relativamente abierto que suponga que, ante la imposición de tales precios, vayan a entrar otros operadores del mercado. Por lo tanto, lo que hay que examinar es no tanto si el precio es abusivo sino si hay barreras de entrada en el mercado, o barreras de salida, es decir, barreras en definitiva, para entrar u operar en el mercado. Si estas barreras existen tenemos un problema. Entonces, evidentemente hay que ver cuáles son los precios y si son abusivos o no. Los precios abusivos como tales pueden cuestionarse pero yo creo que dentro de unos marcos muy especiales.

Los precios abusivos también pueden ser significativos si es que estamos hablando de una infraestructura básica o esencial, lo que se llama una *essential facility*. Si estamos frente a una *essential facility* y hay precios abusivos puede haber un problema económico y otro de competencia. Si no, si de lo que estamos hablando es de que alguien se aprovecha y simplemente pone precios muy altos y por esto se le condena, primero habría que definir si está en una posición de dominio y si este precio abusivo representa un abuso y afecta el mercado. Pero si no a lo que nos arriesgamos es a cambiar el Derecho de Competencia por un Derecho de control de precios y, evidentemente, el Derecho de Competencia no es un Derecho de control de precios sino que es un Derecho, más bien, de control del juego de estructuras de mercado. Lo contrario sería pensar, precisamente, en contra de lo que propone la competencia, que es la intervención pública, continuada sobre los precios. No es esto lo deseado, sin embargo es cierto que en muchos países se ha utilizado el Derecho de la Competencia para controlar los precios de forma que no suban mucho y se mantengan hasta cierto punto estables”<sup>18</sup>.

Como puede apreciarse, el experto reconoce directamente la legalidad y conveniencia de sancionar precios abusivos pero, únicamente —esto además es destacado enfáticamente— cuando se trata de una situación en la que existe posición de dominio en el mercado, barreras de acceso infranqueables o utilización de una infraestructura esencial que no sea posible duplicar razonablemente.

La sanción de un precio abusivo es a todas luces una intervención residual y que demanda mucha prudencia. Nótese cómo el criterio de razonabilidad está

---

<sup>18</sup>El Derecho de Competencia tiene que formar parte de la Constitución Económica de un Estado. Entrevista a William E. Kovacic y Antonio Creus. p.250-251. En Themis. Lima. Nº 51.

---

presente en la decisión de intervenir y cómo, frente a un escenario como este, resulta imposible exigir de la intervención objetividad matemática. Sin embargo, y pese a todas sus dificultades, la institución existe y tiene que existir para evitar el abuso insalvable que podría poner en riesgo el estado de derecho que garantiza la dignidad del consumidor e impone un uso adecuado de los derechos de propiedad y de la condición de poder económico.

Un segundo aspecto que debe resaltarse de la información doctrinaria es el de la relación del Derecho de la Competencia con el Derecho de la Regulación. Cuando un actor que tiene posición de dominio no puede ser enfrentado por nuevos competidores, es posible que exista un problema de regulación de la actividad que, de no ser salvable, hará necesaria la participación del Estado a través de un organismo regulador. Cuando la competencia sea potencialmente posible, pero no se manifieste por condiciones de mercado en el cual no existe posibilidad para la presencia de un regulador, corresponderá a la autoridad de competencia intervenir en la sanción de la conducta abusiva.

Finalmente, como ocurre con cualquier institución del Derecho de la Competencia o, de cualquier institución del Derecho, siempre es posible una mala utilización de la institución que la desnaturalice y la prive de su carácter necesario para convertirla en una forma de manipulación. Esto no es lo que aquí se estudia y obviamente, el riesgo de la utilización incorrecta no puede ser argumento para dejar de lado la institución. Con ese razonamiento ninguna institución del Derecho o de la Economía —que no son disciplinas exactas— tendría cabida<sup>19</sup>.

Ahora bien, ¿cuál es la condición de estructura de mercado que se deriva del reconocimiento de un derecho de propiedad intelectual y cuál es el Derecho llamado a intervenir?

El reconocimiento de derechos de propiedad intelectual para su explotación económica, tal como ya ha sido enunciado, crea monopolios temporales que se extienden por todo el tiempo en que dura la condición exclusiva de explotación económica. El monopolio se deriva de una acción legal en virtud de la cual, el Estado reconoce un derecho y concede la explotación del mismo a su titular, dentro de un marco legal previamente definido. Se trata entonces de un monopolio legal que, como tal, requeriría la intervención del Derecho de la Regulación para la fijación de las condiciones de explotación económica.

La realidad permite constatar que en la mayoría de países del mundo el Derecho de la Regulación se encuentra ausente de la actividad de explotación de derechos de propiedad intelectual. Esto no puede significar que el ejercicio de dichos derechos no tiene límites o no se encuentra sometido a las condiciones del estado de derecho en que ha sido posible su reconocimiento. Entonces, ¿quién debe actuar? La respuesta ha sido también obvia en la mayoría de países del mundo: El Derecho de la Competencia.

La intervención del Derecho de la Competencia en este caso es singular pues, dado el monopolio legal, no hay proceso competitivo que pueda ser restituido, restando únicamente la acción de control del abuso, cualquiera que sea la expresión del mismo. La intervención del Derecho de la Competencia se

---

<sup>19</sup>En esta misma línea argumentativa, cabe recordar, además, lo siguiente:

“El Derecho en general, y el Derecho de defensa de la competencia en particular, no está exclusivamente guiado por consideraciones y fines económicos. [...]”

Generalmente, el Derecho no contiene referencias normativas al análisis económico, o declarando que el Derecho de defensa de la competencia o las conductas sometidas a este deben alcanzar un determinado efecto económico. Tales referencias normativas son formuladas por estudiosos del Derecho, de común bajo el velo del lenguaje científico o de criterios supuestamente objetivos sobre eficiencia, conveniencia y racionalidad económicas. El análisis económico es un instrumento para dar contenido a los conceptos jurídicos del Derecho de la competencia, pero no es ni ese Derecho ni su juez.” CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Op.cit.*, p.273-274

---

asimila a aquellos casos en los que la condición de único actor fuera resultado de una estructura competitiva de mercado que, pese a su condición de competitiva, no reacciona a la competencia por la existencia de nuevas barrera o condiciones singulares que desalientan la aparición de nuevos competidores.

El abuso de la posición de poder económico que debe ser conocido por el Derecho de la Competencia se deriva de un derecho de propiedad intelectual que es posible gracias a la intervención estatal. De ahí que, el titular del derecho de propiedad intelectual tenga la obligación de compartir el conocimiento, pues lo que se encuentra en juego —no hay que perderlo de vista— es la participación de la humanidad en el conocimiento progresivo y común que un hombre concreto incrementa gracias a su ingenio y habilidad. Además, la obligación de compartir el conocimiento —en condiciones justas— con todos los demás seres humanos, es una consecuencia de la propia naturaleza del derecho reconocido. Se trata, además, de un obligación con la humanidad para el progreso conjunto de las sociedades.

#### **4. Los derechos de propiedad intelectual y el abuso del poder económico**

Existen algunas experiencias, nacionales y extranjeras, de lo que ha sido la utilización del Derecho de la Competencia para morigerar los excesos del ejercicio abusivo de los derechos de propiedad intelectual. Estas no han consolidado respuestas unívocas, pero sientan importantes pautas para entender la profundidad y conflictividad que esta relación plantea.

Llama la atención que los antecedentes de los que se tiene noticia se relacionen mayormente con derechos de autor y el mecanismo de gestión colectiva que se ha diseñado para facilitar el cobro de los derechos a todos aquellos que se benefician con el repertorio del autor<sup>20</sup>.

A continuación, algunas referencias, las más notables, en lo que respecta a la intervención de las autoridades de competencia en el ámbito del ejercicio de los derechos de propiedad intelectual<sup>21</sup>.

##### **4.1 El caso Magill Tv Guide Ltd**

La empresa Magill Tv Guide Ltd (Magill) constató que en Irlanda e Irlanda del Norte, las tres empresas transmisoras de televisión, Radio Telefis Eireann (RTE), British Broadcasting Corporation (BBC) e Independent Televisión (IT) difundían su programación a través de la prensa escrita, bajo reconocimiento de derechos de autor y mediante condiciones contractuales impuestas a los medios que impedían la difusión conjunta de las respectivas programaciones y que hacían que la información únicamente se obtuviera con dos días de anticipación a la difusión de la programación.

Magill consideró un negocio interesante publicar mediante un boletín semanal la programación conjunta de las tres televisoras e incluir en el producto alguna orientación para el lector. Sin embargo, los derechos de autor alegados por las tres empresas impidieron que pudiera hacer la publicación en los términos que pretendía en su proyecto empresarial.

---

<sup>20</sup>Para una discusión sobre el caso particular de la relación entre el Derecho de la Competencia y los Derechos de Propiedad Industrial, ver: CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia. Buenos Aires: Heliasta, 2005. p.251-339

<sup>21</sup>Para mayor detalle sobre Magill e IMS Health, ver: QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. ¿Evadiendo la exclusividad de la Propiedad Intelectual a través de las normas de libre competencia? p.249-276. En Anuario Andino de Derechos Intelectuales. Lima. Año II. N° 2 (2005)

---

En 1986, la empresa afectada acudió a la Comisión Europea donde obtuvo un pronunciamiento favorable. En 1991, ante las apelaciones planteadas por RTE e Independent Television Publications Ltd —empresa que publicaba la programación de IT— el Tribunal de Primera Instancia confirmó el pronunciamiento de la Comisión Europea. En 1995, el Tribunal Europeo de Justicia desestimó los recursos que se presentaron y confirmó el pronunciamiento a favor de Magill.

Frente a un conjunto de pronunciamientos, donde cada instancia incorpora algún razonamiento singular, es posible efectuar múltiples interpretaciones. La que ahora nos interesa destacar consiste básicamente en que, a través de este caso, las autoridades de defensa de la competencia europeas establecieron que la negativa a proporcionar la programación de televisión para una publicación conjunta, constituía una infracción a lo dispuesto en el artículo 82 del Tratado de Roma (antes artículo 86), pues quien tiene una posición de dominio no puede negarse injustificadamente a contratar con fines lícitos y entorpeciendo el funcionamiento de mercados vinculados o derivados. La negativa, además, no puede ser amparada cuando se trata de una facilidad esencial<sup>22</sup> y, para estas autoridades europeas, la programación de televisión era una facilidad esencial para participar en el mercado de la difusión de programas de televisión. Asimismo, si bien no fue objeto del procedimiento, establecieron que el costo que se podía colocar al acceso a la información sobre la programación debía ser razonable.

En el fallo del Tribunal Europeo de Justicia se considera, además, que la negativa no es en sí misma, o per se, una infracción a las reglas de competencia, pero que sí puede convertirse en tal cuando en circunstancias excepcionales diera lugar a una conducta abusiva. Una vez más, el alto grado de discrecionalidad se encuentra presente como consecuencia de que no se trata de una ciencia exacta y que la figura del abuso del derecho es una figura límite, que se inicia precisamente con el ejercicio de un derecho legítimo.

Es importante anotar cómo los fallos de este procedimiento no tienen una carga ideológica y plantean situaciones que son de absoluta normalidad y necesidad en el cumplimiento de la acción de control que le toca al Derecho de la Competencia. Así, se declara la acción del Derecho de la Competencia en aquellos casos en que se presente una situación de abuso del derecho en el ejercicio del monopolio legal que concede la propiedad intelectual. Igualmente, descartando tesis superadas<sup>23</sup>, se da el carácter de facilidad esencial a un bien que no es una infraestructura, sino un derecho. Finalmente, se destaca la condición de razonable que tiene que tener una intervención en esta materia, considerando que la acción de control se efectúa sobre una situación límite. Habría resultado inaceptable para el Tribunal que, en un tema como este, se exigieran razonamientos de objetividad matemática.

Estos fallos dieron lugar a mucha polémica en cuanto a los límites del ejercicio de los derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, la polémica no estuvo orientada en ningún caso a definir si existía detrás del pronunciamiento una

---

<sup>22</sup>Sobre la doctrina de las facilidades esenciales, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas señaló lo siguiente en el Caso Bronner:

"[para afirmar ] la existencia de un abuso en el sentido del artículo 86 del Tratado en una situación como la que es objeto de la primera cuestión prejudicial, sería preciso además no sólo que la denegación del servicio que constituye el reparto a domicilio pudiera eliminar toda competencia en el mercado de los diarios por parte de quien solicita el servicio y no pudiera justificarse objetivamente, sino, además, que el servicio, en sí mismo, fuera indispensable para el ejercicio de la actividad de éste, en el sentido de que no hubiera ninguna alternativa real o potencial al citado sistema de reparto a domicilio."

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Sexta) de 26 de noviembre de 1998. Asunto C-7/97.

<sup>23</sup>Decisiones emblemáticas en ese sentido, son las siguientes: Resolución N° 0869-2002/TDC-INDECOPI del 11 de diciembre de 2002 (Cab Cable v. Electrocentro) y Resolución N° 0870-2002/TDC-INDECOPI del 11 de diciembre de 2002 (Aerocontinente v. Banco de Crédito del Perú).

---

concepción intervencionista del Derecho de la Competencia o una falta de compromiso con los derechos de propiedad intelectual.

#### **4.2 El caso Intercontinental Marketing Services Health GMBH & Co. OHG**

La empresa Intercontinental Marketing Services Health GMBH & Co. OHG (Health) es una proveedora de información relacionada con la venta de productos farmacéuticos en las farmacias de Alemania. Con la información elaborada por la empresa, los laboratorios farmacéuticos pueden desarrollar sus estrategias de venta de productos, precios y márketing.

En un momento determinado del desarrollo de su producto y luego de efectuar coordinaciones con sus clientes, Health logró elaborar una distribución de la información por segmentos que alentó la estandarización del mercado, dando lugar, incluso, a que sus clientes adecuaran sus sistemas informáticos a la forma en que fue segmentada la información suministrada por Health. Es evidente la dependencia de los laboratorios de esta información en la medida que era medular para desarrollar sus estrategias comerciales en un mercado de tantas dificultades como el farmacéutico.

En 1998 aparece en el mercado de la venta de información la empresa Pharma Intranet Information AG (Pharma)<sup>24</sup>, la misma que intenta ofertar su producto a los laboratorios pero recibe el rechazo de estos en tanto no presentara dicha información bajo la estructura de segmentos que estaban acostumbrados a adquirir de Health. Ante esta circunstancia, Pharma reformula la presentación de su información y, si bien no utiliza de manera idéntica la misma cantidad de segmentos del producto de Health, sí lo hace de una parte considerable de estos.

Health lleva el caso a la discusión de los tribunales regionales de Alemania, donde obtiene fallos que obligan a Pharma a dejar de suministrar la información en la forma originalmente creada por Health. Ante esta limitación, Pharma<sup>25</sup> acude a la Comisión Europea y al Tribunal de Primera Instancia. Las incidencias procesales dieron lugar a que el caso, vía una cuestión prejudicial, llegara a conocimiento del Tribunal Europeo de Justicia y que este emitiera fallo sobre el fondo del asunto.

El Tribunal Europeo de Justicia falló a favor de Health porque consideró que no era razonable exigir al creador de una obra protegida compartir la obra con un competidor directo, pese a que la misma pudiera ser considerada una facilidad esencial. En un escenario como este, no podía configurarse una situación de abuso de posición de dominio en la medida que se estaba impidiendo la participación de un competidor directo en el ejercicio legítimo de la explotación de una creación intelectual reconocida.

En el fallo se hace una marcada diferencia en el para qué de la utilización de la obra protegida y se deja sentado que —para que exista abuso de posición de dominio— es necesario que la negativa impida la aparición de nuevos productos, es decir, afecte la generación de mercados derivados. En cambio, si de lo que se trata es comercializar únicamente productos ya existentes, la negativa se justifica en el ejercicio legítimo de un derecho de propiedad intelectual.

---

<sup>24</sup>La constitución de esta empresa es iniciativa de un antiguo gerente de Health.

<sup>25</sup>En realidad, la acción es tramitada por National Data Corporation Health GMBH & Co. empresa que adquirió a Pharma. Sin embargo, para efectos de claridad seguiremos refiriendo la posición como de Pharma.



---

En este caso, no se discute ya el carácter de facilidad esencial de la creación intelectual sino que se incursiona en una elaboración vinculada con los mercados directos e indirectos, donde todo parece indicar que pesa mucho en el fallo la consideración de lealtad comercial, en cuanto el creador del bien no debiera verse afectado por un rival que pretende participar de la ventaja de la creación, sin haber participado también de los costos de su creación.

#### **4.3 El caso Antena 3 de Televisión S.A. y Gestevisión Telecinco S.A.<sup>26</sup>**

En mayo de 2004, Antena 3 de Televisión S.A. (Antena 3) presentó una denuncia contra la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y la Asociación Fonográfica y Videográfica Española (AFYVE) por prácticas contrarias a la libre competencia consistentes en el abuso por parte de las denunciadas de su posición de dominio al fijar unilateralmente tarifas no basadas en el uso real de los fonogramas y discriminatorias, en comparación con las tarifas que por los mismos bienes cobraba a Radio Televisión Española (RTVE).

El mismo mes de mayo, Gestevisión Telecinco S.A. (TV5) también presentó denuncia contra AGEDI por exigirle en la utilización de su repertorio remuneraciones no equitativas (abusivas) y discriminatorias respecto de otros operadores similares.

El 29 de marzo de 2005 el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), órgano instructor de la denuncia, emitió su informe final recomendando al Tribunal, entre otros aspectos, que AGEDI había cometido abuso de su posición de dominio en dos aspectos: primero, el establecimiento de tarifas generales abusivas; y, segundo, el trato discriminatorio a las denunciadas Antena 3 y TV5, al no ofrecerles las mismas condiciones para el pago de derechos devengados que había negociado con RTVE, la televisora estatal.

El 13 de julio de 2006, el Tribunal de Defensa de la Competencia emitió su fallo desestimando la imputación referida a precios excesivos y confirmando aquella referida al trato discriminatorio en perjuicio de Antena 3 y de TV5, y en beneficio de RTVE.

En el desarrollo de su razonamiento en cuanto a los precios excesivos, el Tribunal Español ratifica los criterios contenidos en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en los casos *United Brand*, *British Leyland*, y *Michelin*, mediante los cuales se estableció que la empresa con posición dominante tiene un deber especial de responsabilidad con el mantenimiento de condiciones competitivas en el mercado, la misma que la obliga a justificar objetivamente todas sus actuaciones, incluso aquella de fijación de precio en función a la proporcionalidad del valor económico del producto puesto en el mercado. Asimismo, se señala que el precio abusivo puede ser sancionado siempre y cuando, utilizando criterios de comparación con los precios anteriores en competencia, o cuando ello no sea posible, con mercados de similares características, sea posible apreciar una diferencia notablemente desproporcionada entre unos y otros.

Así, pese al desarrollo conceptual de la viabilidad de la sanción de los precios abusivos, el Tribunal Español analiza el caso concreto y la comparación de precios efectuada entre aquellos cobrados por la AGEDI y las sociedades de gestión de derechos de autor en los estados europeos, concluyendo que la

---

<sup>26</sup>Resolución (EXP 593/05, Televisión) del 13 de julio de 2006. EN <http://www.tdcompetencia.es>

desproporción no es notoria, ni llamativamente diferente, por lo que se pronuncia por la inexistencia de infracción en este extremo<sup>27</sup>.

En cuanto se refiere al trato discriminatorio de las denunciadas en beneficio de la televisión estatal, el Tribunal Español identificó que el monto pagado por esta última en términos absolutos era alrededor de 3,5 veces inferior al monto que le fue requerido a Antena 3 y TV5, mientras que en términos relativos el monto era 6 veces inferior en proporción a los ingresos por publicidad de la empresa estatal.

En la identificación de la conducta, el Tribunal Español descartó las alegaciones de la denunciada en el sentido de que tenía un tratamiento preferente a la empresa estatal, precisamente por su carácter público. Para el Tribunal se trataba de empresas que competían todas en un mismo mercado y que, más bien, permitir la discriminación practicada por AGEDI habría significado la ruptura de las condiciones de objetividad.

<sup>27</sup> “Corresponde ya abordar la cuestión fundamental planteada de si las tarifas generales, establecidas de una posición de dominio evidente, fueron abusivas, excesivas y arbitrarias, en el sentido que al término abusivo le dan los artículos 6 LDC y 82 TDC, para pasar a analizar, a continuación, si se produjo la mencionada discriminación, prohibida por los mismos artículos.

El Servicio señala en la Calificación Jurídica de su Informe- Propuesta que, a pesar de no haber quedado acreditada la conducta de imposición, corresponde a las Autoridades de Competencia entender sobre la inequidad de las tarifas generales “per se” porque, de ser inequitativas, su fijación unilateral podría desvirtuar el proceso negociador, dada su tendencia a prevalecer, incluso en los Tribunales.

Esta pretensión la apoya el Servicio en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de enero de 2004, citada en el Fundamento de Derecho 2, y en la Resolución del Tribunal de 14 de diciembre de 1998, también ahí citada, en la que el Tribunal entró a valorar la supuesta inequidad de las tarifas a pesar de que figuraban en un convenio firmado entre la entidad de gestión y los usuarios de su repertorio, y de que no existía prueba de que la primera hubiera impuesto sus condiciones a los segundos.

Esta calificación del Servicio no es compartida por la imputada. En efecto, AGEDI argumentó en la Vista, como ya lo hiciera ante el Servicio, que según entiende la doctrina del Tribunal, sobre la existencia de un abuso de posición de dominio, es necesario analizar previamente la concurrencia como premisa de una conducta de imposición y no sólo por el tenor literal del tipo infractor del artículo 6 LDC, sino también como elemento de un procedimiento administrativo sancionador que enjuicia conductas de agentes en el mercado, pues la finalidad de la LDC es la de garantizar la existencia de una competencia suficiente en el mercado que, en este caso, regula la LPI con su especial diseño de formación de los precios de la gestión colectiva de los derechos de la propiedad intelectual.

Pues bien, el Tribunal disiente de AGEDI y comparte el razonamiento del Servicio que sigue su consolidada doctrina sobre la aplicación del artículo 6 LDC y las muy diferentes actuaciones que pueden calificarse como abuso de posición dominante, que el apartado 2 del mismo no contiene una relación exhaustiva de las que “podrá consistir” y, en fin, que incumbe al dominante una especial responsabilidad de mantener condiciones no distorsionadas de competencia, particularmente, a los que ostentan monopolios legales.

Como ha alegado AGEDI en la Vista, es cierto que el Tribunal ha sancionado en ocasiones las conductas de imposición unilateral sin negociación o, incluso, que ha considerado como una relación simétrica incompatible la que existe entre los conceptos de imposición de condiciones discriminatorias y negociación (Vid Resolución del Tribunal de 25 de enero de 2002, expte. 511/2001, SGAE/Vale Music, F.D. 4). Pero es más cierto que inmediatamente antes y después de hacer el Tribunal la alegada simétrica relación se refirió al abuso que significa que una entidad de gestión imponga condiciones no razonables ni equitativas ni objetivamente justificadas o exija el cobro de cantidades notablemente superiores por la utilización de un mismo repertorio, sin justificar debidamente tal desigual trato. Tan fragmentada e incompleta cita de la relación que el estableció el Tribunal la saca AGEDI de contexto y le da, cuando se analiza con atención, el sentido opuesto (vid folios 856 y 857 del expediente del Tribunal).

Sobre la posibilidad de que las tarifas generales “per se” sean inequitativas o discriminatorias, procede recordar también que el Tribunal Supremo ha reiterado en numerosas ocasiones sus criterios al respecto, como al señalar los siguiente: “Sólo puede aducirse el principio de igualdad violado, cuando dándose los requisitos previos de una igualdad de situaciones entre sujetos afectados por la norma, se produce un tratamiento diferenciado de los mismos en razón a una conducta arbitraria o injustificada” (STS de 8 de julio de 1994).

Muy recientemente, el Tribunal Supremo ha destacado la importancia que tiene en el abuso el carácter objetivamente antijurídico de la conducta, al señalar: “A nuestro juicio lo decisivo para sancionar una conducta empresarial a título de explotación abusiva de la posición de dominio no es sólo el propósito subjetivo de la empresa sino el carácter objetivamente antijurídico de su actuación.” (STS de 20 de junio de 2006, en recurso de casación n° 9174/2003, F.D. 8°).

En fin, resulta preceptivo sobre esta cuestión referirse a las dos clásicas Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea explicando que basta analizar la relación existente entre el servicio prestado y el precio aplicado para deducir si hay abuso por ser el precio o la tasa inequitativos:

- Sentencia del TJCE, de 14 de febrero de 1978, Asunto United Brands: “Un abuso de posición de dominio dominante en el sentido del artículo 86.a) puede consistir en la práctica de un precios excesivo sin relación razonable con el valor económico de la prestación proporcionada”.
- Sentencia del TJCE, de 11 de noviembre de 1986, Asunto British Leyland: “hay explotación abusiva de una posición dominante cuando una empresa que se beneficia de una situación de monopolio legal exige por sus servicios unas tasas desproporcionadas con relación al valor económico de la prestación proporcionada”.

Puede pues, concluir el Tribunal con el TJCE en su sentencia Michelin que “incumbe a la empresa con posición dominante una especial responsabilidad en el mantenimiento en el mercado de una condiciones no distorsionadas de la competencia, lo que implica que la conducta de la empresa dominante, para ser legítima debe tener justificación objetiva”.

Con esta importante doctrina, el Tribunal ha abordado la posible existencia de abuso de posición dominante a través del análisis de diversos tests. Así en su Resolución de 14 de diciembre de 1998, en el Fundamento de Derecho 4 señaló lo siguiente: “El mayor problema que se encuentra cualquier intérprete para considerar si se ha infringido los artículos 6.2.a) LDC y 86.a) TUE por imposición de un precio no equitativo consiste en determinar cuál es el precio justo. Existen varios tests al respecto, tales como considerar que el precio justo es el que existiría en situación de competencia, el que existe en otros países del entorno o el que corresponde a otros servicios similares o bien los incrementos moderados en comparación con los precios anteriormente existentes”.

Sin embargo, el Tribunal tenía que abandonar de forma inmediata este primer test de situación de competencia, como lo hiciera en aquel caso, porque se trata de un mercado en el que nunca ha existido tal situación, pero quedaban el de la comparación internacional y el de servicios similares.”

---

posición de dominio puede manifestarse, excepcionalmente, en la conducta explotativa de los consumidores que significa el establecimiento de un precio abusivo. La norma peruana de libre competencia tiene como antecedente y referente la legislación de la Comunidad Europea y contempla el mismo supuesto<sup>31</sup>.

Hay que reparar en el proceso de interpretación, que la norma referida (Decreto Legislativo N° 757), es anterior a la Constitución Política del Perú de 1993 que, al efecto, contiene declaraciones en cuanto al sistema económico y el abuso de la posición de dominio<sup>32</sup>.

En ese sentido, la Sala de Defensa de la Competencia ha desarrollado de manera extensa las consideraciones a partir de las cuales las conductas explotativas pueden ser consideradas una infracción a las normas de libre competencia, en sintonía con el texto constitucional de 1993<sup>33</sup>. En consecuencia, si alguno de estos casos fuera planteado ante la Sala, el pronunciamiento tendría que asemejarse más a los pronunciamientos europeos en el sentido de identificar si realmente existe un exceso en el precio que no puede ser justificado.

Otro aspecto que llama la atención es el que tiene que ver con la declaración de que el monto cobrado por el uso del repertorio debía ser proporcional al repertorio empleado, es decir, se estableció la prohibición de vender el íntegro del repertorio, cuando la utilización alcanzara únicamente a alguna parte de este.

Finalmente, la sanción de la conducta discriminatoria es ratificada y sancionada por la Comisión, en la medida que se entiende como una expresión de abuso de poder económico el colocar los precios en función subjetiva de quien demande el bien.

En este extremo la sintonía con los pronunciamientos europeos es absoluta.

#### **4.4.2 El caso Apdayc en vía del mecanismo arbitral de solución de controversias**

La vigente legislación nacional en materia de derechos de autor contempla una figura muy singular para enfrentar los supuestos de fijación excesiva de precios por parte de las sociedades de gestión colectiva. Esta institución merece alguna descripción para los efectos de tenerla en consideración en una agenda futura.

El artículo 163 del Decreto Legislativo 822, Ley sobre el Derecho de Autor, establece lo siguiente:

“Si un gremio o un grupo representativo de usuarios, considera que la tarifa establecida por una entidad de gestión colectiva es aplicada abusivamente, podrá recurrir al arbitraje del Indecopi, a través de una comisión arbitral constituida por un representante de la Comisión de Libre Competencia, un representante de la Comisión de Protección al Consumidor y un representante de la Oficina de Derechos de Autor, quien la presidirá y convocará (...)”

---

<sup>31</sup>Decreto Legislativo N° 701. Ley por la que Disponen la eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia.

<sup>32</sup>Es notorio que el pronunciamiento de la Secretaría Técnica haya demorado más de un año en su elaboración y que la Comisión de Libre Competencia haya resuelto el caso el mismo día en que el informe fue expedido.

<sup>33</sup>Norma publicada en el Diario Oficial El Peruano el 13 de noviembre de 1991.

Lo interesante es destacar que la Comisión acude a la norma de inversión privada y no a la norma de libre competencia que tiene encomendado aplicar que, como ya se ha visto para el caso europeo, considera que el abuso de la posición de dominio puede manifestarse, excepcionalmente, en la conducta explotativa de los consumidores que significa el establecimiento de un precio abusivo. La norma peruana de libre competencia tiene como antecedente y referente la legislación de la Comunidad Europea y contempla el mismo supuesto<sup>31</sup>.

Hay que reparar en el proceso de interpretación, que la norma referida (Decreto Legislativo N° 757), es anterior a la Constitución Política del Perú de 1993 que, al efecto, contiene declaraciones en cuanto al sistema económico y el abuso de la posición de dominio<sup>32</sup>.

En ese sentido, la Sala de Defensa de la Competencia ha desarrollado de manera extensa las consideraciones a partir de las cuales las conductas explotativas pueden ser consideradas una infracción a las normas de libre competencia, en sintonía con el texto constitucional de 1993<sup>33</sup>. En

<sup>31</sup> **Artículo 6.- Abuso de posición de dominio en el mercado.-** 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; (modificado por el art. 11 del Decreto Legislativo N° 807).
- 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;
- 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;
- d) Derogado por el artículo 12 del Decreto Legislativo N° 807
- e) Derogado por el artículo 12 del Decreto Legislativo N° 807
- f) Otros casos de efecto equivalente. (Modificado por el artículo 11 del Decreto Legislativo N° 807)

<sup>32</sup> **Constitución Política del Perú. Artículo 61°.** El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. (...)

<sup>33</sup> Al respecto, la Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI del 4 de junio de 2004, señala lo siguiente:

"En la resolución apelada, la Comisión introdujo la discusión respecto de si la norma nacional de defensa de la competencia se circunscribe a sancionar únicamente las conductas abusivas de la posición de dominio que tengan naturaleza exclusoria, dejando de lado aquellas conductas de naturaleza explotativa. Esta Sala considera equivocada dicha apreciación de la primera instancia, toda vez que la norma nacional, siguiendo sus orígenes y fuentes, así como las propias manifestaciones positivas del texto, alcanza tanto a las conductas abusivas de naturaleza exclusoria como explotativa.

[...]

En síntesis, el razonamiento de la primera instancia no ha considerado las diferencias existentes entre la técnica de tipificación norteamericana - limitada a las conductas de monopolización, a la que adhiere, por ejemplo, la ley mexicana - y la técnica de tipificación europea - que utiliza el concepto más amplio de "abuso de posición de dominio en el mercado" - que, tal como se observa en la legislación comparada analizada, incluye siempre y de manera ineludible la afectación a los consumidores.

De otro lado, la primera instancia tampoco ha tomado en cuenta en su razonamiento, el texto mismo del artículo 61 de la Constitución Política del Perú y del propio artículo 5 del Decreto Legislativo N° 701, limitándose a un análisis parcial del texto constitucional y del título de la norma de desarrollo.

Es de notar que la interpretación desarrollada por la Comisión, al pretender excluir del abuso de posición de dominio las prácticas de naturaleza explotativa, significaría que los excesos del poder económico que afectan directamente a los consumidores no serían sancionables sobre la base del Decreto Legislativo N° 701. Esta interpretación no se condice con el texto de la Constitución Política del Perú que establece un régimen de protección plena a los derechos de los consumidores y que consagra el sistema económico como un medio para la realización de la persona humana y no como un fin en sí mismo. Los intérpretes de la legislación deben cuidar que la misma no pierda su verdadera finalidad.

La Sala de Defensa de la Competencia en su condición de última instancia en la aplicación de las normas de competencia se encuentra en la obligación de efectuar el análisis íntegro del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 701, a la luz del artículo 61 de la Constitución. Ha sido práctica reiterada de esta Sala introducir en sus pronunciamientos la interpretación en "clave constitucional" que persigue dar coherencia a los textos legales con el texto constitucional.

Una primera lectura del párrafo introductorio del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 701 permite observar que el término "otros" incluido en la definición del abuso de posición de dominio en el mercado del párrafo no es equivalente a otras "empresas" - lo cual restringiría el ámbito de aplicación del abuso de posición de dominio en el mercado únicamente a las conductas de exclusión o a las "prácticas monopólicas relativas" de la ley mexicana. El problema evidente que presenta considerar que el término "otros" es equivalente a otras "empresas" es la falta de concordancia gramatical que surge a primera vista: "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 [empresas], que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio."

El sentido del término "otros" en el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 701 debe buscarse, en primer lugar, en su significado. De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, la primera acepción de la palabra "otro" es la siguiente: "I. adj. Dicho de una persona o de una cosa: Distinta de aquella de que se habla." Es claro que la idea que transmite la palabra "otro" es la de distinción por contraposición. Al respecto, una "empresa que se encuentra en posición de dominio" se contraponen a personas distintas a ella que se encuentran en el mercado. Esas personas "distintas a ella que se encuentran en el mercado" son las empresas que no se encuentran en posición de dominio y también los consumidores, es decir, los "otros" agentes económicos.

La interpretación presentada en el párrafo anterior es consistente con el deber constitucional de facilitar y vigilar la libre competencia, a fin de procurar el mayor bienestar de los consumidores, contenido expresamente en esos términos en el artículo 61 de la Constitución Política del Perú." Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI, p.10; 16-17

---

consecuencia, si alguno de estos casos fuera planteado ante la Sala, el pronunciamiento tendría que asemejarse más a los pronunciamientos europeos en el sentido de identificar si realmente existe un exceso en el precio que no puede ser justificado.

Otro aspecto que llama la atención es el que tiene que ver con la declaración de que el monto cobrado por el uso del repertorio debía ser proporcional al repertorio empleado, es decir, se estableció la prohibición de vender el íntegro del repertorio, cuando la utilización alcanzara únicamente a alguna parte de este.

Finalmente, la sanción de la conducta discriminatoria es ratificada y sancionada por la Comisión, en la medida que se entiende como una expresión de abuso de poder económico el colocar los precios en función subjetiva de quien demande el bien.

En este extremo la sintonía con los pronunciamientos europeos es absoluta.

#### **4.4.2 El caso Apdayc en vía del mecanismo arbitral de solución de controversias**

La vigente legislación nacional en materia de derechos de autor contempla una figura muy singular para enfrentar los supuestos de fijación excesiva de precios por parte de las sociedades de gestión colectiva. Esta institución merece alguna descripción para los efectos de tenerla en consideración en una agenda futura.

El artículo 163 del Decreto Legislativo 822, Ley sobre el Derecho de Autor, establece lo siguiente:

“Si un gremio o un grupo representativo de usuarios, considera que la tarifa establecida por una entidad de gestión colectiva es aplicada abusivamente, podrá recurrir al arbitraje del Indecopi, a través de una comisión arbitral constituida por un representante de la Comisión de Libre Competencia, un representante de la Comisión de Protección al Consumidor y un representante de la Oficina de Derechos de Autor, quien la presidirá y convocará (...)”

La norma plantea un primer problema de interpretación: nótese que se menciona que la “tarifa (...) es aplicada abusivamente, (...)”. A partir de aquí el Indecopi ha tratado de interpretar que este mecanismo es de utilización únicamente cuando la aplicación de la tarifa es abusiva, lo que, en concreto, significa el trato discriminatorio en el cobro de la tarifa o el establecimiento de la obligación de adquirir repertorios íntegros, independientemente, de que vayan a ser necesarios o usados.

La posición de la institución en esta interpretación resulta discutible. No se entiende por qué la interpretación reductiva, que no guarda sintonía con la razón de ser de un mecanismo de control de los excesos del monopolio en la fijación de una tarifa por uso de repertorio de derechos de autor. Una interpretación coherente con el sistema, y en el marco de la norma constitucional, llevaría a entender que simplemente se trata de la forma arbitral administrativa de solucionar algún exceso en el ejercicio del poder económico que entrega el monopolio de la propiedad intelectual.

---

En esa línea abona el hecho del arbitraje administrativo obligatorio. No es un pacto privado para la constitución de un tribunal arbitral, sino el establecimiento de un límite legal en el cobro de las tarifas, que pasa por la constitución de una comisión administrativa a la cual el titular del derecho no puede sustraerse. Es una figura de arbitraje compulsivo, administrado por la propia entidad que otorga el derecho de exclusiva.

Un segundo tema que la norma plantea es el referido a la condición para acudir al mecanismo de solución de controversias. En efecto, la parte introductoria del artículo parece establecer una condición de procedencia que vacía de contenido la institución. La norma señala que “si un gremio o grupo representativo de usuarios” acude al mecanismo entonces este se activa.

Como es obvio, si quien acude no tiene la condición de gremio o grupo representativo —una interpretación reductiva y literal— llevaría a descartar cualquier intento de particulares por utilizar este instrumento como un medio para acceder al cobro justo en el ejercicio de un derecho de exclusiva.

Precisamente, los antecedentes de la utilización del mecanismo en el Indecopi dan cuenta de una persistente negativa a exigir literal y reductivamente la condición de acceso en la representatividad de los solicitantes. Esto puede observarse en los casos siguientes:

El 9 de febrero de 2005, Hot & Music S.A.C.; Bancor Gustavo López Portocarrero, Rosa Nelly Molina Areche y Abraham Escobedo Álvarez solicitaron la instauración del mecanismo contra la Asociación Peruana de Autores y Compositores (Apdayc), al considerar que esta cometía abuso en la aplicación de las tarifas por el uso de su repertorio. El 18 de marzo de 2005, la Oficina de Derecho de Autor declaró improcedente la solicitud al considerar que cuatro establecimientos, entre discotecas y restaurantes, no constituían un grupo representativo de usuarios.

El 19 de julio de 2005, la Sala de Propiedad Intelectual resolvió la apelación planteada por los solicitante al considerar que no se trataba de un grupo representativo de usuarios. Para concluir en ese sentido, la Sala de Propiedad Intelectual consideró que el legislador había puesto esta exigencia de acceso porque “la fijación de una tarifa por la realización de determinado acto de explotación difícilmente logrará satisfacer las expectativas de todas las partes interesadas, sobre todo de los usuarios obligados al pago de la misma. En ese sentido, la ley a considerado prudente exigir que la comisión arbitral se forme ante la solicitud de un grupo considerable de usuarios, ello con la finalidad de no entorpecer las labores que realizan las sociedades de gestión”.

En lo que se refiere al caso concreto, la Sala de Propiedad Intelectual consideró que cuatro usuarios no eran representativos de la cantidad innumerable de usuarios que existían solo en Lima. Adicionalmente, señaló que grupo representativo “es aquel conformado por un número importante de usuarios, a quienes se les aplica la tarifa o por los principales o más grandes usuarios, en cuanto a recaudación se refiere”.

El caso deja abierta la posibilidad de replantear la figura y las interpretaciones que en torno a ella se han ido presentando. Si la institución no es útil para lograr canalizar la solución de un conflicto no tiene sentido su existencia. Igualmente, si se plantea que únicamente sirve para atender conflictos de “grupos representativos”, según el criterio desarrollado por la Sala de Propiedad Intelectual, es evidente que se consolida una discriminación en

---

perjuicio del usuario común y corriente, que normalmente es aquel que tiene menos mecanismos e incentivos para poder cuestionar la injusticia del ejercicio abusivo del poder económico que otorga el monopolio de la propiedad intelectual.

## **5. Los Estados Unidos de América y la preocupación por un balance entre propiedad intelectual y competencia**

La manera como impacta la propiedad intelectual y los sistemas organizados para su protección en el mercado, no ha sido ajena a una preocupación por parte de las autoridades de competencia norteamericanas. En un reciente estudio sobre el tema, la Comisión Federal de Competencia ha planteado una serie de situaciones de conflicto que pueden presentarse entre ambas materias y ha reclamado la necesidad de encontrar mecanismos que puedan equilibrar la acción de ambas en beneficio de la sociedad.

El estudio tiene su fuente en una autoridad de competencia<sup>34</sup>, y como es obvio, esto puede poner en evidencia un sesgo de preeminencia de la competencia frente a los derechos de propiedad intelectual, sin embargo, el aporte del mismo es ilustrativo a los propósitos de este artículo.

El principal problema detectado en el estudio es el que se ubica en el riesgo que significa patentar una creación que no tenga la condición de tal, es decir, que no constituya un verdadero aporte a la innovación científica<sup>35</sup>. Esta situación, crea monopolios innecesarios y más bien alienta la conducta denominada del “patentamiento de obstrucción”, es decir, solicitar a las autoridades el reconocimiento de una patente que no es tal, con el propósito de evitar que el competidor pueda seguir creciendo con innovación.

Esta conducta genera en el competidor, particularmente aquel que desarrolla actividades sobre la base del conocimiento acumulativo una gran dificultad, pues cada vez que se enfrenta al proceso de innovación sobre la patente ya otorgada a sus competidores o terceros interesados, debe enfrentar un proceso intenso y costoso de negociación<sup>36</sup>. Para enfrentar el “patentamiento de obstrucción” los competidores se ven tentados de recurrir al “patentamiento defensivo”, lo que determina una carrera absurda y perjudicial para obtener la patente que impide la competencia.

Frente al mal uso del sistema y frente a las situaciones de dificultad en flujo competitivo, la autoridad de competencia norteamericana plantea una serie de recomendaciones a tener en cuenta, tanto por el legislador como por los actores involucrados. Estas recomendaciones consisten básicamente en lo siguiente:

1. Reforma legislativa que contemple la posibilidad de la revisión administrativa de las patentes otorgadas.

---

<sup>34</sup>To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy. A Report by the Federal Trade Commission. Octubre 2003. p. 1-18.

<sup>35</sup>El propio sistema norteamericano muestra su debilidad y enfrenta serios problemas derivados de lo que significa otorgar derechos de exclusiva o monopolios legales a “inventos” que no tiene la calidad de tales y que, económicamente, producen distorsiones en el mercado y afectan el proceso competitivo. No son extrañas las voces que señalan como una debilidad el patentamiento laxo, pues incrementa excesivamente los costos judiciales por las controversias que generan, crea rentas artificiales sobre “inventos” que hubieran aparecido de todas maneras sin los incentivos del monopolio legal, y fomenta una carrera por el patentamiento defensivo que más bien inhibe la verdadera creación innovativa. INDECOPI. Perú: Los intereses nacionales en la Propiedad Intelectual y los Tratados de Libre Comercio. Lima: Indecopi, 2005. p. 18.

<sup>36</sup>Una caso que evidencia los perjuicios y altos costos para la competencia desde el ámbito de la propiedad industrial es el ocurrido entre 1895 y 1911 en los Estados Unidos de América, con la patente otorgada a George Selden, la misma que consistía en la explotación exclusiva de siguiente “invento”: colocar un motor de gasolina en un chasis para hacer un automóvil. Gracias a esta patente el titular pudo oponerse a todos los intentos de colocación de un motor en un chasis que era en realidad algo obvio y la fuente para el desarrollo de la industria automotriz. Esta situación se mantuvo en el tiempo hasta que Henry Ford y otros fabricantes cuestionaron judicialmente la patente y lograron que la misma fuera acotada en 1991, permitiendo así el gran despegue de la industria automotriz norteamericana. MERGES & DUFFY. Patent Law and Policy: Cases and Materials. P. 644-646. En To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy. A Report by the Federal Trade Commission. Octubre 2003. P.3.

- 
2. Reforma legislativa que estandarice los criterios de otorgamiento y nulidad de una patente (procedimientos, capacidades de las autoridades involucradas, condiciones de prueba, entre otros).
  3. Colocación de la labor de otorgamiento de patentes en una agenda de desarrollo tecnológico del país.
  4. Reforma legislativa que obligue a las autoridades de propiedad intelectual a valorar los efectos del otorgamiento de un derecho de exclusiva respecto de la competencia.
  5. Mecanismos de difusión intensa de las patentes otorgadas y de las solicitudes presentadas.

Como puede verse, la preocupación de la autoridad norteamericana por el tema es central y plantea una situación que demanda atención pues las materias (propiedad intelectual y competencia) deben dialogar en contenidos y en acción de sus respectivas autoridades.

## **6. La agenda para un equilibrio entre propiedad intelectual y competencia**

La información que ha sido presentada y analizada plantea la necesidad de adoptar algunas medidas o criterios a los efectos de encontrar un equilibrio adecuado entre lo que significa la condición de poder que otorga el reconocimiento de un derecho de propiedad intelectual, su explotación económica y la conservación de algunos principios de mercado que interesan al mundo del Derecho de la Competencia.

El ejercicio de ningún derecho puede ser irrestricto, pues ello significaría afectar otros derechos, también reconocidos por el sistema jurídico-político que sostiene una economía social de mercado. El ejercicio de derechos de propiedad intelectual tiene necesariamente que condicionarse en función a principios y valores que también forman parte de la estructura de una sociedad construida en un estado de derecho.

Una vía ordinaria que expresa esta necesidad de limitación es la que corresponde al Derecho de la Competencia y que, como se ha podido describir, tiene que ver básicamente con el abuso de la posición de dominio que el monopolio legal otorga al titular de un derecho de propiedad intelectual.

El titular que goza de ese derecho tiene una responsabilidad social que atender por las decisiones que adopta y ninguno de sus movimientos o decisiones puede estar ajeno al efecto que produce, ya sea en mercados derivados o en el propio mercado de la explotación del derecho protegido. De lo que se trata, es de crear conciencia en quienes se benefician de esta condición de protección legal, en el sentido de la obligación que tienen con la estabilidad del sistema social que les permite el gozo del derecho legalmente protegido.

Definida la responsabilidad social, que es la ordinaria, incluso el titular de un derecho debe estar en condiciones de postergar las ventajas de su situación legal ante la puesta en conflicto de, por ejemplo, situaciones de salud pública que constituyen casos excepcionales de decaimiento temporal de la protección.

En el mundo de la globalización comercial, existen importantes referencias y acuerdos internacionales que han abordado el tema de las llamadas "licencias



obligatorias” que son aquellas que el titular de un derecho de propiedad intelectual protegido se ve en la obligación de ceder al Estado, cuando está en riesgo la salud pública de la población. El tratamiento de estas condiciones es fruto de las negociaciones llevadas adelante en la ronda de Doha y forman parte de los ADPIC<sup>37</sup>.

La forma más usual de intervención que la problemática plantea es el precio abusivo en el acceso a la creación protegida. La dinámica del precio abusivo no está exenta de polémica y siendo una institución límite, la polémica en su implementación y aplicación resulta relevante. El tema se complica más, cuando la propia determinación de la existencia de un precio abusivo es técnicamente una operación con alto contenido discrecional.

No obstante, el instrumento de intervención no puede ser descartado por la dificultad de su empleo o por la polémica que pueda generar, por el contrario, debieran explorarse criterios pragmáticos para acotar su utilización cuando sea necesario y no exista otra forma de revertir o controlar los excesos que pueden derivarse del monopolio legal.

Finalmente, un tema que puede ser planteado es aquel que sustenta una mayor producción de innovación tecnológica desde el Derecho de la Competencia que desde el ámbito de la protección de la propiedad intelectual. En efecto, algunas experiencias empíricas llevan a reflexionar respecto de si se genera más desarrollo tecnológico por la vía del fomento de la competencia en los mercados o si ello ocurre de manera más intensa por la vía de la concesión de los derechos de exclusiva en el ámbito de la propiedad intelectual.

<sup>37</sup>Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC, por sus siglas en idioma inglés). Entró en vigor del 1 de enero de 1995. De acuerdo a la información disponible en la página web de la OMC, los ADPIC tienen las siguientes características:

“Las esferas de la propiedad intelectual que abarca son: derecho de autor y derechos conexos (los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión); marcas incluye marcas de servicios; indicaciones geográficas incluye indicaciones de origen; dibujos y modelos industriales; patentes incluye la preservación de los vegetales; esquemas de trazado; y información no divulgada incluye secretos comerciales y datos de pruebas.

En lo que se refiere a los países en desarrollo, el período general de transición era de cinco años, es decir, hasta el 1° de enero de 2000. Además, el Acuerdo permite a los países en proceso de transformación de una economía de planificación central en una economía de mercado que aplacen la aplicación hasta el año 2000, si cumplen determinadas condiciones.

Se aplican normas especiales de transición si un país en desarrollo no otorgaba protección mediante patentes de productos a un determinado sector de tecnología -especialmente, las invenciones de productos farmacéuticos o productos químicos agrícolas- en la fecha general de aplicación del Acuerdo para ese Miembro, es decir, en el año 2000.

Los tres principales elementos del Acuerdo son los siguientes:

- **Normas.** Con respecto a cada uno de los principales sectores de la propiedad intelectual que abarca el Acuerdo sobre los ADPIC, éste establece las normas mínimas de protección que ha de prever cada Miembro. Se define cada uno de los principales elementos de la protección: la materia que ha de protegerse, los derechos que han de conferirse y las excepciones permisibles a esos derechos, y la duración mínima de la protección. El Acuerdo establece esas normas exigiendo, en primer lugar, que se cumplan las obligaciones sustantivas estipuladas en los principales convenios de la OMPI: el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (el Convenio de París) y el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (el Convenio de Berna) en sus versiones más recientes. Con excepción de las disposiciones del Convenio de Berna sobre los derechos morales, todas las principales disposiciones sustantivas de esos Convenios se incorporan por referencia al Acuerdo sobre los ADPIC y se convierten así en obligaciones para los países Miembros de dicho Acuerdo. Las disposiciones pertinentes figuran en el párrafo 1 del artículo 2 y en el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC, que se refieren, respectivamente, al Convenio de París y al Convenio de Berna. En segundo lugar, el Acuerdo sobre los ADPIC añade un número sustancial de obligaciones en aspectos que los convenios antes existentes no tratan o tratan de modo que se consideró insuficiente. Así pues, a veces se llama al Acuerdo sobre los ADPIC el Acuerdo de Berna y de París ampliado.
- **Observancia.** El segundo principal conjunto de disposiciones se refiere a los procedimientos y recursos internos encaminados a la observancia de los derechos de propiedad intelectual. En el Acuerdo se establecen algunos principios generales aplicables a todos los procedimientos de observancia de los DPI. Además, contiene disposiciones sobre procedimientos y recursos civiles y administrativos, medidas provisionales, prescripciones especiales relacionadas con las medidas en frontera, y procedimientos penales, en las que se especifican con cierto detalle los procedimientos y recursos que deben existir para que los titulares de DPI puedan efectivamente hacer valer sus derechos.
- **Solución de diferencias.** En virtud del Acuerdo, las diferencias entre Miembros de la OMC con respecto al cumplimiento de las obligaciones en la esfera de los ADPIC quedan sujetas al procedimiento de solución de diferencias de la OMC.

Por otra parte, en el Acuerdo se recogen determinados principios fundamentales -por ejemplo, los de trato nacional y trato de la nación más favorecida- y algunas normas generales encaminadas a evitar que las dificultades de procedimiento para adquirir o mantener los DPI anulen las ventajas sustantivas resultantes del Acuerdo. Las obligaciones dimanantes del Acuerdo se aplican igualmente a todos los países Miembros, pero los países en desarrollo disponen de un plazo más largo para su aplicación. Existen también disposiciones transitorias especiales para los casos en que los países en desarrollo no presten actualmente protección por medio de patentes de productos al sector de los productos farmacéuticos.

El Acuerdo sobre los ADPIC es un acuerdo de normas mínimas, que permite a los Miembros prestar una protección más amplia a la propiedad intelectual si así lo desean. Se les deja libertad para determinar el método apropiado de aplicación de las disposiciones del Acuerdo en el marco de sus sistemas y usos jurídicos.” [Http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/intel2\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/intel2_s.htm)

---

No es posible presentar data estadística al respecto, pero la perspectiva de imaginar mercados altamente competitivos, donde la satisfacción de las preferencias de los consumidores es el motor del cambio y la innovación, nos llevan a intuir que la vía del fomento de la competencia es mucho mejor instrumento para desarrollar la innovación tecnológica y generar desarrollo en el país. Este es un tema para un estudio profundo, mayor y de futuro.

## **7. Conclusiones**

En la confianza de provocar la reflexión sobre estos temas en el Perú, nos atrevemos a formular las siguientes conclusiones:

1. La propiedad intelectual genera monopolios legales que no están sujetos a regulación, por lo que el Derecho de la Competencia es el único instrumento que un Estado de Derecho tiene para regular cualquier exceso en ejercicio abusivo de la posición de dominio que la propiedad intelectual concede.
2. La explotación de los derechos de propiedad intelectual está obligada a respetar las reglas y principios que el Derecho de la Competencia impone a quienes gozan de una posición de dominio.
3. La figura del precio abusivo, conducta explotativa en perjuicio de los consumidores, es la llamada a intervenir cuando se produzca algún exceso en la explotación de los derechos de propiedad intelectual.
4. Los antecedentes en el Perú no son significativos y la situación plantea la necesidad de una profunda revisión de los sistemas legales que otorgan derechos de propiedad intelectual en clave de Derecho de la Competencia, a los efectos de identificar posibles puntos de acción conjunta.
5. Los antecedentes internacionales permiten apreciar una cierta resistencia a enfrentar los excesos por el precio abusivo y más bien centrarse en las prácticas discriminatorias, pues la diferenciación en las condiciones de cobro, resulta más notoria a los efectos de establecer algún correctivo institucional.

## ALCANCES Y POSIBILIDADES PARA LA INCORPORACIÓN DE LOS SOCIOS INDUSTRIALES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

Vicente Rodolfo Walde Jáuregui \*

*En la legislación societaria nacional desde muy antiguo se viene prohibiendo la participación del socio industrial en la sociedad anónima. En el presente artículo analizamos una serie de variables que jurídicamente a nuestro criterio pueden permitir válidamente la incorporación de tales socios en las S.A. observando que la preterición existente debe abrogarse para hacer legítima esta incorporación que contribuiría eficazmente a las perspectivas de éxito en el negocio empresarial.*

**Palabras claves:** a.) Sociedad mercantil: Concepto. b.) Socios capitalistas. c.) Socios Industriales. d.) Sociedad anónima. e.) Legislación comparada y doctrina vigente f.) Incorporación societaria para los socios industriales en entes mercantiles capitalistas. Prestaciones accesorias.

Sumario: 1. Alcances históricos de la sociedad comercial. 2. Propuesta y técnica jurídica aplicable. 3. Respecto de las prestaciones accesorias permitidas por la Ley.

### 1. Alcances históricos de la sociedad comercial

Antes de ingresar al desarrollo del tema que motiva el presente trabajo consideramos pertinente establecer lo que ha acontecido en el desarrollo del derecho de sociedades en nuestro país. Remitiéndonos a las normas de antigua data que han regulado a las sociedades mercantiles en nuestro sistema corporativo de hacer negocios, tenemos que referir al efecto la Ley de Sociedades mercantiles de 1966, la Ley N°16123. Tuvimos el altísimo honor de ser discípulos en la Universidad de San Marcos de una de las mentes más lucidas en el desarrollo del derecho mercantil de nuestro país, me estoy refiriendo al ilustre jurista Ulises Montoya Manfredi, cuyos hijos Ulises Montoya Alberti han continuado el esplendoroso camino de inteligencia y decencia que les legara su ilustre progenitor. Con el distinguido Patricio compartí la cátedra en las aulas de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres y con los doctores Montoya Alberti, fui su alumno en la sección doctoral de la Universidad de San Marcos.

Recordamos con gran satisfacción cómo don Ulises Montoya nos ilustraba con sus grandes conocimientos del derecho comercial en las aulas de la ciudad universitaria y nos decía que él consideraba siguiendo la buena doctrina del derecho mercantil que el antecedente más antiguo de la sociedad comercial en el derecho ecuménico eran las caravanas de comerciantes, los cuales se unían para realizar negocios con la finalidad de compartir los riesgos y repartirse las ganancias que se generaban como producto de su actividad comercial; esto no ha variado a la fecha los códigos de comercios más importantes en el mundo siguen considerando que la sociedad comercial con las motivaciones ya referidas son contratos muchas veces plurilaterales nos referimos al código de comercio francés, alemán, español, entre otros. Para el análisis de la propuesta que desarrollaremos en el presente artículo

\*Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (febrero 1974). Es Magíster en Derecho por la USMP. Egresado de la sección Doctoral de la UMSM. Profesor asociado de la cátedra de Derecho Comercial y en el post y pregrado de la USMP. Ha sido Presidente de la Sala Civil Transitoria y de la Sala Constitucional Transitoria de la Corte Suprema. Ha sido presidente de la Comisión de Levantamiento de la Inmunidad Parlamentaria de la Corte Suprema, y presidente del Centro de Investigaciones Judiciales de la Corte Suprema.

---

consideramos pertinente hacer una cita de algunos conceptos de la doctrina ecuménica sobre la sociedad comercial y al respecto podemos citar los criterios que señalamos a continuación:

El profesor español Rodrigo Uría<sup>1</sup> nos dice sobre la sociedad mercantil lo siguiente: “Concepto de la sociedad mercantil. Puede definirse como asociación voluntaria de personas que crean un fondo patrimonial común para colaborar en la explotación de una empresa con ánimo de obtener un beneficio individual participando en el reparto de las ganancias que se obtengan. Las personas integrantes de la sociedad contribuyen a la constitución del fondo patrimonial necesario para la consecución del fin social aportando o poniendo en común, bienes, industria o alguna de estas cosas. La aportación de industria implica una aportación de mera actividad personal con valor patrimonial (trabajos, servicios). El profesor Andrés León Montalbán<sup>2</sup> nos explica: “En términos generales la reunión de dos o más personas en vista de la realización de un fin común recibe jurídicamente el nombre de asociación. Este fin puede ser económico, político, artístico, literario, etc. Cuando el fin que se persigue es de carácter económico la asociación recibe el nombre de sociedad. Es asociación la reunión de dos o más personas para realizar un fin no económico y es sociedad la reunión de dos o más personas para realizar un fin económico. La asociación para llenar fines comerciales apareció desde épocas remotas. Así en Siria y Palestina existieron tales asociaciones aunque con carácter accidental. En Mileto se organizaron asociaciones permanentes de navieros con el objeto de facilitar el desenvolvimiento del comercio marítimo griego. Pero es en la Edad Media en las Repúblicas Italianas del Mediterráneo cuando la asociación mercantil aparece con todos sus rasgos fundamentales con el pacto de comenda y con las asociaciones para el préstamo con participación en las utilidades.

En nuestros días todas las grandes empresas de producción fabril y manufacturera, de transportes, de crédito, etc., que son algo así como motores propulsores de la cultura, no se explicarían sin la reunión de capitales dentro de una entidad social. La sociedad comercial es la que está constituida por dos o más personas que ponen en común bienes industria o una de ambas cosas para obtener lucro. En la doctrina se admite la clasificación de sociedades de personas y sociedades de capitales. Esta clasificación no es estrictamente exacta. En toda sociedad coexisten estos dos elementos capitales y personas de manera que lo único que puede aceptarse es que en algunos tipos de sociedad predomine el elemento capital y en otros el elemento personal”.

El profesor español, Francisco Vicent Chuliat<sup>3</sup>, nos ilustra señalando: “La sociedad es y puede ser a la vez un contrato una forma legal típica de agrupación voluntaria de personas y una técnica de organización de empresa. Como contrato es aquel por el cual dos personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria (es decir trabajo o servicios) con ánimo de partir entre sí las ganancias, o por el que se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas para obtener lucro. Es un contrato de colaboración bilateral o plurilateral que crea una organización, el fondo común o empresa y por el fin o causa contractual de obtener una ganancia o lucro repartible entre los socios. El concepto del ánimo de lucro así entendido es fundamental para comprender el régimen jurídico de la sociedad en sentido estricto o sociedad lucrativa a diferencia de otras entidades o

---

<sup>1</sup>Rodrigo Uría, catedrático en la Universidad de Madrid, en su obra *Derecho Mercantil* Undécima Edición, 1953 Pág. 116.

<sup>2</sup>Andrés León Montalbán en su obra “*Derecho Comercial Peruano -1964*” (Pág. 165)

<sup>3</sup>Francisco Vicent Chuliat, en su obra *Introducción Al Derecho Mercantil* - Editorial Tirant Lo Blanch Valencia 2003-Pag. 246(3).

---

sociedades en sentido amplio. No basta con que aspiren a hacer un ahorro o economía, porque toda empresa es una organización de capital y trabajo para la maximización de resultados y la obtención de un incremento patrimonial y limitado.

Las leyes mercantiles en nuestro país la que ya tenemos citada N° 16123 y el Decreto Legislativo 311 denominado Ley General de Sociedades que comenzó a regir a partir del 14 de noviembre de 1984, fecha en la que también entró en vigencia el actual Código Civil peruano y norma mercantil que estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 1997 porque a partir del 1 de enero de 1998 ha comenzado a regir la Ley General vigente hasta la fecha Ley N°26887. Las primeras normas mercantiles que citamos con excepción de la Ley mercantil vigente, tenían normas muy precisas que inequívocamente establecían que la sociedad comercial era fundamentalmente un contrato especial de comercio y es por ello que en el Código de Comercio Peruano de 1853 y el último Código de Comercio en nuestro país de 1902 se regulaba a la sociedad comercial en el libro II el cual establece las normas sobre los Contratos Especiales De Comercio. El doctor Ulises Montoya Manfredi<sup>4</sup> nos señala :

1.Nociones generales: En el contrato de sociedad se pone de manifiesto el espíritu de asociación, cuyas más remotas expresiones en la actividad comercial se encuentran en las agrupaciones de comerciantes que formaban caravanas para transportar sus mercaderías arrastrando juntos los peligros e inseguridades que acechaban los caminos, en lejanos periodos históricos.

Existe en el espíritu del hombre que busca la asociación con otras personas un sentir manifiesto u oculto de percibirse con ciertas limitaciones para emprender por su propia cuenta determinados negocios. Este es el elemento que lo motiva asociarse con otros sujetos en la búsqueda de un beneficio económico que corresponda al esfuerzo común y no particular.

Con esta determinación del ser social se organiza la vida económica y surgen las empresas comerciales o industriales en las que se requiere de la concentración de recursos económicos como resultado del concierto de voluntades es decir que la persona busca la colaboración de otros sujetos que estén como el interesados en idénticos objetivos y que también corran los mismos riesgos que deben ser afrontados en el impulso empresarial de los negocios.

El concurso de las personas así propuesto tiene fines diversos que pueden ser la obtención de una utilidad o lucro mediante el desarrollo de ciertas actividades. El doctor Montoya Manfredi citando al profesor Joaquín Garrigues<sup>5</sup>, nos dice que el tema de nuestro tiempo en el derecho mercantil es la asociación que resulta necesaria cuando el esfuerzo individual y aislado es insuficiente para la lucha con la competencia. El espíritu de la asociación llevado al campo de las sociedades mercantiles ha dado nacimiento a la constitución de entes colectivos que intermedian en el tráfico comercial como un comerciante a nivel de la persona física. La organización económica actual es una respuesta a las necesidades de satisfacer las exigencias de la colectividad de consumidores de bienes o servicios. Se hace necesario en consecuencias organizar entidades que generen bienes de consumo o que presten servicios que se destinan a grandes masas de consumidores. Vivimos en consecuencia en una economía de masas o como lo señala Marshall una economía molecular y no de átomos, afirma Roepke que en el mundo actual

---

<sup>4</sup> Ulises Montoya Manfredi en su obra Comentarios a la Ley de Sociedades Mercantiles Editada por la imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, pág. 7-11, 79-81.

<sup>5</sup> Dr. Joaquín Garrigues, Tratado De Derecho Mercantil, Empresa, Comerciante, Sociedades T. 1, Pág. 37.

---

todo adquiere enormes proporciones, revive en un mundo de gigantismo en el cual la obra colosal es respetada reverencialmente. En consecuencia de estos fenómenos el espíritu de asociación en el ámbito del derecho mercantil ha encontrado una expresión singular en las sociedades especialmente en el campo de las sociedades anónimas que reúnen grandes cantidades de capital las que se originan como consecuencia del mercado o el amplio campo que corresponde a la masa de consumidores. Esto es tan importante que en el mundo actual se ha ido acrecentando lo cual permite que se sostenga que existe un derecho de sociedades autónomo independiente del propio derecho mercantil.

En el Perú las normas sobre sociedades civiles desaparecieron en el Código Civil de 1984 pero en el código civil de 1936 en su art. 1686 se preceptuaba que “la sociedad era un contrato por el cual dos o más personas convenían en poner en común algún bien o industria con el fin de dividirse las utilidades. De la misma manera definía este contrato el Código de Comercio peruano de 1902 al normarlo en el art. 124 con la única diferencia de que no desarrolla el concepto de utilidades sino de lucro, sin embargo se afirma que tanto las utilidades como el lucro significan criterios idénticos aun cuando esta tesis tiene algunos reparos en la actualidad.

Refiriéndonos a la Ley de Sociedades Mercantiles peruana de 1966 se debe destacar que en el artículo primero contiene el mismo concepto que mencionamos en el párrafo que antecede y que agrega otros elementos que caracterizan a la sociedad. En primer lugar se refiere al ejercicio de actividades económicas con lo que puede diferenciarse la sociedad mercantil de otras sociedades que no lo sean.

Es pertinente señalar el doble aspecto que reviste la sociedad mercantil en el campo del derecho comercial por que en una parte es el contrato que se celebran entre dos o más personas con las finalidades y medios ya referidos y de otro lado se convierte en una persona jurídica distinta a los socios que la constituyen .

Estos criterios se pueden abstraer válidamente de la norma contenida en el art. Primero de la Ley de Sociedades Mercantiles N° 16123 que estuvo vigente desde 1966 hasta el mes de noviembre de 1984 y también tenemos al respecto lo que disponían los artículos 16, 17, 24, 124 y 127 del Código de Comercio de 1902. La persona jurídica que surge como consecuencia del contrato tiene el mismo nombre que esta le corresponde una vida propia y desde que surge a la vida jurídica es una persona distinta de las personas físicas o jurídicas que en su condición de socias le has dado nacimiento el patrimonio que se constituye con los aportes de los socios es uno que está separado de estos le corresponde a la persona jurídica que nace al constituirse la sociedad .

Las personas jurídicas que nacen del contrato de sociedad se convierten en entes mercantiles que tiene la capacidad de actuar en el alcance de sus objetivos y en la defensa de sus derechos así como en relación con los terceros y con los mismos socios parte del contenido que afirmamos se recoge en el Código de Comercio peruano aún vigente en el artículo primero.

La tesis contractual viene siendo discutida en el mundo moderno en el que se desarrolla la sociedad comercial sin embargo en la doctrina aún subsisten las divergencias y las opiniones que se pronuncian sobre la naturaleza contractual de la sociedad comercial señalándose que es un tema ha considerar si lo mas importante es analizar la personalidad jurídica de la

---

sociedad o el contrato que la sustenten su nacimiento. Las personas que controvierten la naturaleza contractual de la sociedad comercial afirman que dada la singularidad del pacto contractual en el que las prestaciones de las partes son cualitativamente iguales y en el que la coincidencia de intereses no deben contraponerse ambos aspectos de la entidad mercantil deben confluír hacia una misma dirección y por ello es que no solo debe hablarse del contrato de sociedad sino de un acto complejo<sup>6</sup>. No obstante lo expresado, la actual Ley General de Sociedades vigente desde el 1 de enero de 1998 no ha insistido en la naturaleza contractual de la sociedad comercial, pero insinúa este concepto en el art. 1 y en el art. 54; lo que resulta evidente a nuestro criterio es que no se puede soslayar la naturaleza contractual de la sociedad comercial y es la mejor forma de entenderla y estudiarla advirtiendo que en su contenido por esta naturaleza coexisten los elementos genéricos que están en todos los contratos y los elementos propios que corresponden a su naturaleza especial, es decir en este último caso; los aportes, el beneficio y la *afectio societatis*. Refiriéndonos específicamente al socio industrial podemos mencionar:

1. Prohibiciones especiales al socio industrial: En cuanto a los socios industriales, o sea, aquellos que se han comprometido a prestar trabajos intelectuales o manuales al servicio de la sociedad, no podrán ocuparse en negocios extraños a esta, salvo que se les hubiera autorizado expresamente. En caso de efectuarlos sin autorización, los socios capitalistas pueden excluirlos de la sociedad con pérdida de los beneficios que les corresponden en ella, o aprovecharse de los que hubiese obtenido contraviniendo esta disposición. Es de hacer notar que en el caso que acaba de ser examinado, la sanción reviste mayor gravedad, los socios aportantes de capital no solo pueden excluir de la sociedad al socio industrial, sino que harán suyos los beneficios que le correspondan en la sociedad, o se aprovecharán de los que el socio contraventor hubiera obtenido infringiendo la prohibición. La fórmula es igual a la del art. 146 del Código del Comercio y está plenamente justificada. El socio industrial solo aporta al formarse la sociedad su ofrecimiento de prestar servicios en beneficio común, en tanto que los demás socios aportan bienes materiales. Con referencia a estos socios, la sociedad tiene el medio de compelerlos a que cumplan la prestación. En cambio, tratándose de la ofrecida prestación de servicios si el socio que asumió la obligación de prestarlos no lo hace, no puede compelérsele al cumplimiento directo de la obligación. No falta quienes sostienen que la sanción es muy rigurosa, pues el socio industrial suele ser un especialista, técnico práctico, cuyos conocimientos pueden salirse del marco de las actividades de la compañía colectiva en la cual presta sus servicios, sin que sea para ella causa de perjuicio alguno.

2. Derecho especial del socio industrial: La norma del art. 42 está basada en consideraciones de equidad. Si el socio industrial está obligado a prestar su actividad personal al servicio de la compañía, sin que pueda dedicarse a negocios extraños a ella, es preciso considerar sus necesidades de subsistencia hasta que se produzca el reparto de utilidades. Las cantidades así percibidas son imputables a los beneficios que se obtengan, lo que también resulta justificado en atención a que, precisamente por su aporte de trabajo tiene la condición de socio y el derecho de participar en las utilidades.

En cambio, como los socios capitalistas han hecho aportes de capital, que es lo que les da derecho a obtener los beneficios, si ejercen la administración, es decir, si prestan servicios a la compañía, deben percibir la remuneración con cargo a gastos generales.

---

<sup>6</sup> Escarra Jean, -Traité Théorique et Pratique de Droit Commerciales Paris, 1950, T. 1<sup>o</sup>, pág. 3.

<sup>7</sup> Gay de Montellá. Tratado de Sociedades Anónimas- Barcelona 1962, pág. 172.

---

Es en esta institución mercantil que encontramos desarrollado el concepto prohibitivo de la concurrencia de los socios industriales en la sociedad anónima, criterio que no compartimos y es por ello que nos permitimos desarrollar nuestras propuestas de interpretación e innovación, que a continuación detallamos.

## **2. Propuesta y técnica jurídica aplicable**

Partiendo de la premisa de que la sociedad anónima es una sociedad eminentemente de capitales, la consecuencia que genera este supuesto que es recogido en la ley, es el de establecer que desde muy antiguo en el Derecho Societario Nacional por esta consideración especial no se permite la participación de los socios industriales en esta clase de sociedades. La consecuencia legal anotada existe en nuestro ordenamiento mercantil desde muy antiguo.

El carácter patrimonialista exclusivo no es una creación del derecho nacional como podría inferirse, sino que más bien responde a una regulación normativa constante en el derecho comparado, porque estimamos que el análisis respecto a la prohibición de la concurrencia de los socios industriales ha sido muy superficial y desde un punto de vista estricto nos parece que no responde a una situación adecuadamente razonada para arribar a la propuesta de exclusión con la que no coincidimos; por ello es que queremos profundizar en la reflexión de este tema para permitirnos proponer una regulación normativa diferente que resulte ser inclusiva.

Cabe en consecuencia preguntarnos si esta prohibición es coherente y si guarda relación con el nexo de causalidad insoslayable que debe hacerse entre la propuesta limitativa y su regulación legal.

Conceptualizamos que a la luz del desarrollo de la economía y del ritmo que imprimen en nuestro tiempo las iniciativas corporativas con las que se realizan los negocios, podemos encontrar opciones viables que nos permiten proponer una modificación en las normas que concluyentemente prohíben el concurso de los socios industriales en las sociedades anónimas.

Lo primero que consideramos debe ser materia de análisis, es la presencia de esta clase de socios en las otras formas societarias que sí permiten su concurso, como son: la sociedad colectiva, las sociedades en comandita simple y por acciones, en los cuales los socios capitalistas o industriales pueden tener responsabilidades solidarias e ilimitadas en el desarrollo del negocio societario. En esta proyección de las alternativas enunciadas, si no se le excluye de su responsabilidad en las pérdidas a esta clase de socios, ello se ha de proyectar al acervo patrimonial no aportado porque el socio industrial es aquel que no aporta capitales y las razones para no hacerlo pueden ser diversas, una de ellas podría estar en la probabilidad de que no desea arriesgar su capital y que en consecuencia se ha decidido por la conveniencia de solo concurrir al negocio societario con el aporte de sus conocimientos técnicos, profesionales o en síntesis con su trabajo para contribuir al negocio que pretende realizar la sociedad mercantil que se constituye como una propuesta ineludible para que su contribución en las tareas más importantes del negocio esté impregnada de un deseo manifiesto de tener éxito en las tareas que él desarrolle en beneficio de la sociedad.

En el nivel de su concurso societario encontramos que se desarrollan en la doctrina y en la jurisprudencia, los derechos privilegiados que se le reconocen como son entre otros:



- 
- a) Percibir una retribución periódica que ha de señalarse en el estatuto social, si no se le hubiere fijado podrá acudir al juez de Primera Instancia para que se establezca dicha asignación; en algunos casos se llegó a establecer en nuestra legislación que en estas circunstancias los socios industriales tenían por derecho una participación equivalente al 50% de las utilidades.
- b) Tiene a su favor la prerrogativa especial de no asumir responsabilidades en las pérdidas del negocio, esto ocurrirá por cierto si es que los demás socios que tienen esta prerrogativa deciden exonerarlo de dicha responsabilidad. Claro está que si se regulase un tipo de responsabilidad para esta clase de socios esta podrá ser igual a la que corresponde a los socios de mayor o de menor aporte dependiendo, esta circunstancia, de lo que los demás socios establezcan al respecto y de la aquiescencia de los socios que se vean influidos por esta determinación.
- c) Sus obligaciones son generalmente obligaciones de hacer no otra cosa que el trabajo que se ha comprometido a realizar y si no cumpliera con este compromiso la sociedad con legítimo derecho puede resolver el contrato celebrado con estos socios apartándolos de la sociedad.

-Los socios industriales nos llevan al supuesto de considerar que en esta condición son los que más conocen el negocio al que se dedicará la sociedad, por ello la ventaja de contar con su participación puede propiciar en el ánimo de los otros socios que solo aportan capitales, que los beneficios que se le otorguen sean atractivos para que su presencia contribuya con mayor eficiencia en el negocio social en la búsqueda de optimizar las ganancias que serán el colofón de la eficacia que es la búsqueda incincente en las tareas con las que se ha de servir a la sociedad que ha admitido como un aporte válido, el trabajo que deben realizar los denominados socios industriales que pueden constituir en sí mismo el germen de gran vitalidad para que los negocios que implemente el colectivo societario se enrumben desde su inicio a una perspectiva de éxito a la que debe propender toda actividad negocial.

-Si analizamos la vasta gama de escrituras de constitución de las sociedades anónimas y otras de nuestro sistema económico mercantil, podemos advertir sin lugar a dudas que el valor nominal de las acciones oscila entre S/1.00 (un nuevo sol) a S/20.00 (veinte nuevos soles) por cada una. Para adquirir la condición de socios solo es requisito ser titular de una sola acción. Observando la cuantía de referencia que señalamos no es acaso congruente formular la siguiente reflexión ¿Por no realizar un aporte de S/20.00 (veinte soles) se debe preferir la presencia del socio industrial en las sociedades anónimas? Nuestra respuesta a la interrogante formulada es mostrar nuestra absoluta disconformidad frente a la limitación legal, no obstante, que esta prohibición tiene larga data en nuestro sistema mercantil societario. Si convenimos en que es posible la incorporación de los socios industriales en las sociedades anónimas, nos ha de preocupar el proponer la manera en que se desarrollaría esta participación. Como ya ha quedado establecido, esta clase de socio tiene derecho a percibir una retribución periódica por la labor que realiza en beneficio de la entidad mercantil, esta puede darse en forma quincenal, o mensual, lo cual nos permitirá destacar que en los primeros días del ejercicio de su actividad si este socio no tuviera

---

realmente capital, podría contar por este solo hecho, con un capital necesario para adquirir la condición de socio, convirtiéndose en consecuencia en un socio capitalista que con su trabajo en una situación excepcional contribuya a los mejores logros de la actividad económica a la que se dedica la sociedad.

Consideramos que es bueno que el socio industrial arriesgue parte de su capital en el negocio que realiza la sociedad y estimamos que no solo es bueno sino además recomendable porque este socio tendrá un doble compromiso que podríamos esquematizar en uno de naturaleza patrimonial y laboral que no contradice de acuerdo a nuestra manera de proponer la tesis que desarrollamos en forma, ni modo alguno el sedimento neumenal de la gestión empresarial; por el contrario lo haría mucho más óptimo en diversos casos. Frente a la premisa que proponemos pueden presentarse las circunstancias siguientes: a) La que un socio tenga una doble condición, la de capitalista e industrial, las que se relacionan con el capital por la cuantía resultarían ser irrelevantes en algunos casos y las que legitimen su concurso sin aporte de bienes se constituirían en las más importantes. La primera consecuencia la esbozamos con el solo propósito de llamar a la reflexión para que podamos colegir que pueden existir formas y maneras para justificar el concurso de los socios industriales en las sociedades anónimas y la segunda es una propuesta ulterior que de admitirse como válido el concurso de los socios industriales legitimaría su participación como una variable posible y atendible en la presencia del elemento personal como lo sugerimos debiera existir en las sociedades anónimas.

Al formular las reflexiones de los párrafos precedentes en relación con la prohibición legal que da motivo al presente estudio, nos surge otra interrogante que formulamos en este sentido: ¿es amparable en todo los casos la preterición del socio industrial en la sociedad anónima en la realidad; es esto cierto, es decir que el socio capitalista no contribuya con su trabajo en el desarrollo del negocio social?, la respuesta es obvia si los socios capitalistas no aportan con su trabajo en la gestión empresarial la sociedad no funcionaría adecuadamente por el contrario lo que acontece es que el socio sea capitalista o industrial trabaja en beneficio del logro de los objetivos que se han propuesto alcanzar, si esto es así, entonces como fundamentar adecuadamente una prohibición excluyente. Se puede argumentar que el trabajo del socio se da más en el ámbito de la gestión o representación empresarial, pero también se puede dar en el ámbito gerencial y en ambos casos es un trabajo realizado lo que abona más a la tesis que advertimos, que nos permite percibir la contradicción en la que se incurre al preterir al socio industrial lo que haría viable en un plano de competencia empresarial la incorporación que estamos invocando en el presente trabajo.

Consideramos, asimismo, que en un país que quiere enmarcarse en el ritmo del desarrollo sostenido de su estructura económica, se debe avivar el celo para que la legislación de referencia sea permeable a nuevas formas de operatividad y de concurso de los sujetos que intermedian en los negocios. No requiere un gran esfuerzo el llegar a percibir las bondades que se generarían si se intenta modificar el sistema tradicional y prohibitivo por uno que haga inclusiva, viable y más congruente las innovaciones que surgen en el contexto del

---

desarrollo de los negocios; comportamiento que debe implementarse. Es evidente que también estaríamos auspiciando logros de mayor augurio en el perfeccionamiento de la forma societaria tradicional que le corresponde a la sociedad anónima. Quizá nos atreveríamos a darle un mayor impulso a estos criterios para sugerir que pueda crearse una nueva forma de sociedad anónima que se estructuraría en una forma especial que ya la hemos hecho conocer en otros trabajos que comentamos y que podría ser denominada la sociedad anónima laboral, la que podría convertirse en el ente propiciatorio de la nueva empresa mercantil nacional, que ubique al trabajador que hace gestión de negocio empresarial para que diversifique su actividad con la nueva forma de hacer negocios en la propuesta de crear nuevos puestos de trabajos a fin de que las iniciativas individuales con las personas en las que el Estado ha hecho una gran inversión en su formación educativa escolar o universitaria, permita desarrollar sus talentos y creatividad sobre todo a aquellos a los que la economía actualmente no les brinda las oportunidades que su preparación y preocupación por su futuro se merece. Advertimos que en la actualidad el país está ingresando a una etapa de desarrollo que se va a robustecer con la implementación de los diversos tratados de libre comercio con los países más desarrollados del orbe (EE.UU., China, Francia, Inglaterra y España, entre otros).

### **3. Respetto de las prestaciones accesorias permitidas por ley**

Como lo establece la doctrina las prestaciones accesorias son obligaciones asumidas por todos o algunos de los socios en la escritura fundacional que tienen el carácter de reconocer que existe otra prestación principal respecto de las cuales la ley no señala limitación por lo que pueden consistir en cualquier obligación de dar, hacer o no hacer alguna cosa entre las cuales podría estar la de ejecutar trabajos de fabricación o encargos especiales, explotar patentes, utilizar determinados establecimientos mercantiles<sup>8</sup>, siendo esto así se puede percibir que con este gravamen accesorio que se puede relacionar con el capital de alguna manera se estaría legitimando en concurso de un socio industrial en las sociedades anónimas; pero al respecto nosotros le damos un alcance mucho más amplio que legitime esta participación aún sin la existencia de este acervo de prestación accesorias.


Si hemos de colegir en la incorporación del socio industrial en la sociedad anónima, aun manteniendo su condición especial de concurso de trabajo personal la consecuencia de una norma de esta naturaleza, si puede ser compatible con la no prohibición de la exención de la responsabilidad en las pérdidas que pudiera generar el negocio societario porque ello se podría considerar como un atisbo de desigualdad, que antes de generar beneficios podría acarrear perjuicios en el marco de lo que le correspondería afrontar a los socios exclusivamente capitalistas. Lo que sí debe mantenerse es que en su condición especial en la entrega del trabajo, la retribución periódica<sup>9</sup>, no puede expresarse en el balance, en el rubro de gastos generales, sino en el anticipo de utilidades que deberán ser deducidas en el balance que evidentemente las establezca, porque lo que se busca no es una propuesta exonerativa antelada, sino el concurso más eficiente y eficaz de los socios industriales

---

<sup>8</sup> Ángel Velasco Alonso Ley de Sociedades De Responsabilidad Limitada, pág. 118

<sup>9</sup> Vicente Walde Jáuregui Lecciones de Derecho Civil y Comercial, Editorial Cultural Cuzco S.A., Lima Perú- Pág.33

---



En el mundo en el que vivimos se nos muestran notorias aproximaciones u orientaciones hacia los principios de igualdad que a los de discriminación y estaríamos más acordes con el mundo actual en un nivel de participación que comparta las consecuencias de una responsabilidad inmanente con la inclusión que aquellas que derivan de la exclusión en el nivel de la responsabilidad ya que si se pertenece a un mismo colectivo societario en el acervo patrimonial común y esencial las consecuencias del beneficio o participación en las utilidades seguirá respetando la misma regla esencial que hoy en día está regulada sintetizándose en la regla básica de que todos los socios deben participar en la distribución de las utilidades y de la misma manera deberán participar en su responsabilidad en las pérdidas<sup>10</sup>, por tanto nadie podrá ser excluido en estos dos aspectos, porque el contrato social que regula estos derechos y obligaciones trascendentes en los negocios corporativamente establecidos así lo exigen. Su trasgresión traería consigo la ineficacia del contrato en ese extremo. Podemos agregar además que en la responsabilidad compartida sin excepciones, se estaría legitimando la vigencia del atributo moral y ético y del sedimento anímico que se recoge en el elemento propio de la sociedad como contrato que es la *Afectio Societatis*, tan venida a menos en el mundo moderno del desarrollo empresarial.

---

<sup>10</sup> Vicente Walde Jáuregui, Revista *Vox Juris*, Lima-Perú, 1998.

---

## Bibliografía

- 1.- Escarra Jean. Cours De Droit Commercial. París 1952.
- 2.- Garrigues Joaquín. Instituciones de Derecho Mercantil. Temis, Bogotá Colombia 1987.
- 3.- Gay De Montella. Tratado de Sociedades Anónimas. Barcelona, 1962.
- 4.- León Montalván, Andrés. Derecho Comercial peruano, Lima 1965.
- 5.- Montoya Manfredi, Ulises. Comentarios a La Ley de Sociedades Mercantiles. Imprenta UNMSM. Lima, Perú-1967.
- 6.- Rodrigo, Uría. Derecho Mercantil. 11ª Edición,- Madrid, 1976.
- 7.- Francisco Vicent Chulia. Introducción al Derecho Mercantil. 16ª edición Valencia, 2003.
- 8.- Ángel Velasco Alonso. Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Editoriales Derecho Reunidas; España, 1981.
- 9.- Walde Jáuregui, Vicente Rodolfo. Análisis crítico del proyecto de la Nueva Ley General de Sociedades. Editorial, Cusco. Lima, 1997.
- 10.- Walde Jáuregui, Vicente Rodolfo. El contrato de sociedad anónima. Revista *Vox Juris*. Lima 1998.

COMENTARIOS DE...  
EL MUNDO...

estudios y análisis jurídico del...  
negocios inmobiliarios como...  
transfronterizas. La...  
activas reales"

del prof. Julio Durand...

# SECCIÓN COMENTARIOS

---

## SECCIÓN COMENTARIOS DE PUBLICACIONES DE INTERÉS EN EL MUNDO GLOBALIZADO

**Comentarios y análisis jurídico del trabajo del Dr. Otmar Stöcker sobre: los gravámenes inmobiliarios como garantía para el financiamiento de propiedades transfronterizas. La eurohipoteca, un instrumento de crédito con perspectivas reales<sup>(1)</sup>**

**Comentarios a cargo del prof. Julio Durand Carrión<sup>(2)</sup>**

El trabajo del Dr. Otmar Stöcker, que nos permitimos comentar en esta oportunidad, constituye un singular aporte al Derecho Corporativo en la hora actual<sup>3</sup>, en la medida que nos presenta un acucioso análisis que denota una nueva cosmovisión en el mundo bancario y en el financiamiento de las operaciones crediticias, que dejan de lado las figuras clásicas de las garantías, para promover una renovación de las inversiones y de los gravámenes inmobiliarios frente a las nuevas tendencias del mercado, la circulación de las mercancías, la movilización de capitales, el influjo de las inversiones, entre otros fenómenos de la globalización.

Un singular aporte del trabajo que estamos comentando es el planteamiento de la “eurohipoteca”, como un instrumento de crédito de avanzada, de modernidad y sobre todo de una perspectiva real en la transfronterización de las relaciones comerciales, la integración y la ampliación de los mercados; por lo que nos atrevemos a pronosticar que esta nueva figura crediticia dará que hablar en la escena económica de un mundo como el de hoy, lleno de presiones crecientes y extendidas.

El maestro Mario Alzamora Valdez<sup>4</sup>, cuando se refería al concepto del Derecho, expresaba que este era en esencia la vida misma, “vida humana, regida por normas que encarnan valores”. En efecto, el Derecho es el regulador de la conducta del hombre, pero el hombre tiene también una dimensión económica y dentro de este contexto la aparición del crédito como una categoría conceptual de capital importancia en el quehacer del Derecho, pone en evidencia la indisoluble relación entre la ciencia económica y la ciencia jurídica; y este trabajo del Dr. Stöcker se inscribe dentro de esta línea de pensamiento jurídico, porque el crédito hipotecario, es una expresión de la creación de una figura legal relacionada con una necesidad básica del ser humano, la vivienda y la consecución de los medios económicos para lograrla, el crédito.

Por otro lado, este trabajo también nos demuestra que las figuras clásicas derivadas de las bases romanistas, en relación a los derechos y a las garantías reales, necesitan de una revisión y de una adecuación a los requerimientos de la economía y del mercado actual que imponen nuevas reglas y nuevas estructuras de pensamiento que es preciso incorporar para hacer más

---

<sup>1</sup> La crisis financiera provocada por la exagerada concesión de préstamos hipotecarios de los bancos norteamericanos y la consecuente caída de las principales bolsas en el mundo, es un signo de la presión económica que afecta a los mercados y que no puede ser negada ni discutida por la ciencia del Derecho.

<sup>2</sup> Julio Durand Carrión. Abogado por la Universidad San Martín de Porres Doctor en Derecho por la PUCP. Consultor, ex Vicepresidente de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI. Profesor de la Escuela de Graduados de la PUCP; de la Facultad de Derecho y Escuela de Postgrado USMP; y de la Facultad de Derecho y del Doctorado en Administración de Empresas de la UNMSM.

<sup>3</sup> Los gravámenes inmobiliarios como garantía para el financiamiento de propiedades transfronterizas. La Eurohipoteca, Otmar Stöcker, Director Gerente, *Association of German Pfandbrief Banks (vdp) Berlin*. El artículo en comentario es la versión actualizada y modificada de la traducción al inglés de un artículo publicado en *Wertpapier-Mitteilungen (WM)* 2006, páginas 1941-1949: *Die Grundpfandrechtliche Sicherung grenzüberschreitender Immobilienfinanzierungen. Die Eurohypothek - ein Sicherungsinstrument mit Realisierungschancen*, que fue base de la conferencia presentada durante el “Curso de Verano 07, Universidad Rey Juan Carlos, La Reforma del Mercado Hipotecario, 12 de julio, Aranjuez”. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* No. 703, Madrid, año LXXXIII Septiembre - Octubre 2007.

<sup>4</sup> Mario Alzamora Valdez. *Introducción al Derecho*, Lima, editorial Sesator, 1981

---

funcional la norma jurídica y con ello más eficiente el tratamiento legal a temas tan comunes a la vida del hombre como es el caso de la vivienda y el crédito. Esto es muy importante porque la formación de conceptos legales debe ajustarse a ciertas reglas, y la regla fundamental es la simetría normativa entre la realidad y la ley, en este caso entre el mercado inmobiliario y la legislación de la materia.

Carnelutti, expresaba que hay “necesidad de extender las zonas de experiencia o lo que es lo mismo, la materia jurídica, más allá de la proposición jurídica, del precepto, de la regla”. Asimismo establecía “que no interesa tanto como se establece y formule el Derecho, sino cómo se realiza”; es decir, como opera una norma en la realidad para la cual ha sido creada, eso es lo importante, por ello la propuesta del Dr. Stöcker en cuanto a la eurohipoteca, sin lugar a dudas se enmarca dentro de esta perspectiva, más aún en la actual ampliación de mercados como producto de los nuevos regímenes jurídicos multilaterales de integración que ponen en tela de juicio los paradigmas clásicos de la vigencia territorial de la ley en materia económica y financiera.

El trabajo está dividido en dos secciones, una referida al desarrollo de las inversiones inmobiliarias y las complejas políticas de financiamiento bancario que dan lugar a las operaciones bancarias transfronterizas; y la otra a los problemas legales y a los nuevos retos que plantea la figura de la eurohipoteca como instrumento de crédito.

Revisemos la estructura del trabajo:

### **I. Desarrollo de operaciones hipotecarias transfronterizas**

1. Sus comienzos: Estructuras simples de bajo volumen.
2. Incremento de los montos de prestamos y profesionalismo.
3. Financiamiento de cartera y sindicación inicial.
4. Sindicaciones secundarias.
5. Financiamiento de cartera y sindicación secundaria.
6. Financiamiento de cartera que abarca varios países.

En esta parte del trabajo, se presenta una visión panorámica del statu quo de los bancos hasta antes de la apertura como consecuencia de los nuevos retos impuestos por la Unión Europea a través de la llamada Directiva Bancaria de la CE, Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea de fecha 14 de junio de 2006, relativa al acceso y seguimiento de actividades de las entidades de crédito (Diario Oficial de la Unión Europea L 177/1 de fecha 30 de junio de 2006).

Las operaciones bancarias relacionadas con el mercado inmobiliario estaban en un primer momento limitadas al territorio nacional de los países europeos, debido a restricciones legales por un lado y por el otro debido a la falta de experiencia en manejo de mercados de propiedades a nivel internacional, lo que no había permitido a los bancos contar con la expertise necesaria para el dar el salto a la concesión de préstamos para operaciones transfronterizas.



---

Expresa el autor que en Alemania, por ejemplo, la actividad estaba limitada a operaciones en el territorio nacional, por lo que los bancos no mostraban interés por las operaciones de carácter hipotecario transfronterizas.

En efecto, es preciso señalar que los bancos tenían dudas de ampliar sus operaciones, ya que el monto de las inversiones en esta materia no era significativo, además de tener estructuras legales hipotecarias restringidas y contradictorias en algunos casos que no permitían abrir el mercado. Esto determinó, según el autor, que la estructura de las operaciones de financiamiento inmobiliario a nivel europeo fuera de formato relativamente simple, por lo que se generó un sostenido proceso de capacitación e información sobre la materia en los bancos.

Un tema que se deduce del trabajo del Dr. Stöcker es la determinación de la problemática de las disposiciones legales hipotecarias en los países europeos, lo que generaba incertidumbre en las operaciones bancarias.

A partir de 1990 es importante destacar el trabajo de interpretación de las disposiciones bancarias para promover un entendimiento de los procedimientos creados por los bancos extranjeros con las limitaciones de la legislación europea, especialmente en Alemania, que decidió ampliar la cobertura de las operaciones de sus bancos para dar paso a financiamiento directo de carácter transfronterizo, lo que sin duda generó una mayor experiencia que determinó a su vez un mayor grado de profesionalismo y especialización en el mercado financiero hipotecario, que fue abriéndose a todos los estados de la Unión Europea.

Es muy importante comentar que para el Derecho Corporativo el crecimiento del mercado bancario transfronterizo es un paso muy singular en el crecimiento de la técnica contractual y los mecanismos técnico legales de crédito y de garantías inmobiliarias promovido por la comunidad jurídica especializada en asesoramiento bancario en Europa, lo que da lugar a la estandarización legal en materia hipotecaria.

Un aspecto que no puede pasar inadvertido en el proceso de desarrollo de las operaciones transfronterizas, está dado por las distintas estructuras legales de algunos países europeos que generaron complejos problemas legales en materia de cartera, de diversificación de riesgo, de garantías, de costos de inversión, entre otros; lo que llevó a la creación de gravámenes inmobiliarios de distinta naturaleza y a la sindicación o consorcio de financiamiento, basadas en la figura jurídica inglesa del "trust" o del fideicomiso, lo que generó a su vez un nuevo reto para el Derecho Corporativo como disciplina jurídica moderna, porque se hizo necesaria una mayor demanda de estrategias y de conocimientos legales en temas especializados para subsanar las deficiencias que venían aparejadas al *boom* de las operaciones crediticias inmobiliarias. Es así como aparece por ejemplo la nueva categoría conceptual del gravamen inmobiliario colectivo para nivelar las eventuales fluctuaciones de valor de las propiedades, previsto en la Ley Hipotecaria Suiza.

El autor nos demuestra como los largos procesos en la toma de decisiones en el otorgamiento de créditos y los distintos problemas de armonización sindical han originado que los inversionistas en materia inmobiliaria promuevan revisiones legales que permitan a un solo banco prestar el dinero y pasarlo luego en tramos a los otros bancos a través de una figura de sindicación secundaria, teniendo estos parte del gravamen inmobiliario.

---

Asimismo, ante las complejas figuras legales de sindicación que creaba una incertidumbre respecto a si la condición de los bancos beneficiarios contaban con protección contra insolvencias y ante la ausencia de cobertura para la hipoteca, conjuntamente con otras cuestiones relacionadas con costos en materia de operaciones de financiamiento inmobiliario de envergadura importante, determinó que la Asamblea Legislativa Alemana, en el 2005 creara el Registro de Financiamiento a través de la Ley de Reorganización de la Administración Financiera Federal y Creación del Registro de Re-Financiamiento” del 27 de setiembre de 2005.

En este trabajo el Dr. Stöcker da cuenta que las autoridades alemanas y europeas del sector bancario y financiero después de estudiar e investigar el comportamiento y la posición legal de los mercados inmobiliarios más importantes de Europa con sus afiliados, se ha determinado que solo es posible la sindicación secundaria eficiente en pocos países, tales como Dinamarca, Alemania, Inglaterra y Gales, Escocia, Suecia y Suiza.

La sindicación secundaria es una figura muy importante, no obstante su aplicación no es integral, y consideramos que no es posible en otros países debido a la categoría de los gravámenes hipotecarios inflexibles que no permiten transferir tramos de la hipoteca, aunque se pueden tentar salidas inteligentes y eficientes como las del Derecho Francés a través de las copias ejecutorias a la orden que pueden ser utilizadas por separado para transferir tramos de la hipoteca.

Podemos comentar que lo más importante del registro de financiamiento establecido por la legislación alemana es que no solo se inscriba el financiamiento como tal, sino también toda la información accesoria y principal que conlleva la operación misma del crédito inmobiliario, es decir los gravámenes, el nivel de riesgo del préstamo y demás garantías accesorias. Al respecto una propuesta interesante expuesta por el autor en su trabajo, es que la sindicación paneuropea pueda ser establecida y estructurada a través de la banca alemana, lo que es sin duda una conclusión muy importante porque es el sector bancario alemán el que ha tenido quizá el mayor desarrollo en esta materia en Europa y el que más transformaciones legales ha operado en su sistema para llegar a un punto de equilibrio con la banca extranjera en la búsqueda de mayor eficiencia para su mercado interno, lo que a su vez ha significado una evolución en el mercado bancario y financiero de la Unión Europea.

En cuanto al financiamiento de cartera y sindicación secundaria se da cuenta en el trabajo, que en estos casos la situación legal es compleja, lo que la convierte en una operación cara que necesita de la transferencia parcial de la hipoteca colectiva y luego la cesión parcial de varios elementos y cualquier modificación en la hipoteca colectiva motiva a su vez una inscripción en cada uno de los registros de las unidades inmobiliarias afectadas con la consecuente documentación formal del caso, lo que evidencia lo oneroso de estas operaciones. En una operación realizada en Polonia, actuando un banco alemán como coordinador financiero principal para adquirir 30 locales comerciales por 900 millones de euros, resultaron aproximadamente 80000 hojas de papel. Esto nos da una idea de la complejidad de la operación crediticia.

Según el trabajo, no existen estadísticas europeas que den cuenta de la dimensión de los préstamos hipotecarios transfronterizos, no obstante en Alemania, en el año 2006, el financiamiento para operaciones comerciales inmobiliarias fue de 67%, celebradas con Inglaterra, Francia, Estados

---

Unidos, Italia y España, generándose hipotecas comerciales transfronterizas por un valor de 92000 millones de euros. Estas cifras muestran sin lugar a dudas el crecimiento del mercado inmobiliario y sobre todo el desarrollo de las operaciones de carácter transfronterizo que en un primer momento era dudoso, de tal manera que hoy es una realidad.

Cabe preguntarse si esta línea de desarrollo del mercado inmobiliario se mantendrá o si se incrementará en el futuro, a pesar de los temores causados por la crisis financiera de los bancos norteamericanos originada precisamente en el mercado inmobiliario. Aunque creemos que puede haber una retracción eventual en este mercado, ello no significaría una desaparición de una figura jurídica como la hipoteca transfronteriza, dado su nueva naturaleza jurídica, y su esencia renovadora y atrayente para los inversionistas que desean diversificar el riesgo y asegurar su rentabilidad en el mercado.

El crecimiento del mercado único promovido por la Unión Europea ha traído consigo una expansión y un desarrollo considerable de la inversión transfronteriza en el mercado inmobiliario, por lo que se reclama hoy la celebración de operaciones en cartera que cubran más de un país. En este contexto podemos señalar que existen varios formatos legales aplicables a los gravámenes derivados de estas operaciones, como por ejemplo el gravamen inmobiliario colectivo existente en varios países europeos como Bosnia Herzegovina, Alemania, Estonia, Croacia, Austria, Polonia, Rumania, Eslovenia, Ucrania y Hungría, y que puede ser utilizado cuando las unidades inmobiliarias que serán gravadas se encuentran ubicadas en distintos países, aunque el riesgo sea mayor y el costo del crédito sea más caro.

Antes de terminar el comentario de esta primera parte del trabajo del Dr. Stöcker, debemos destacar que estamos de acuerdo con él en su evaluación del futuro del mercado de propiedades en la Unión Europea y fundamentalmente respecto a la propuesta de establecer la figura jurídica del "Gravamen Inmobiliario Uniforme o Único" para todos los estados miembros de la Unión Europea, que podría crearse bajo la forma de gravamen inmobiliario colectivo. Esto implica indudablemente romper paradigmas clásicos del Derecho para dar paso a formas más ingeniosas y más renovadoras en el mundo financiero, a través de una fórmula costo-eficiente para todas las partes intervinientes en una operación hipotecaria.

### **Los Gravámenes Inmobiliarios como garantía para el financiamiento de propiedades transfronterizas, la eurohipoteca (Dr. Otmar Stöcker)**

#### **I. Desarrollo de Operaciones hipotecarias transfronterizas**

Las inversiones inmobiliarias en zonas fronterizas no son un fenómeno nuevo. Sin embargo, su financiamiento por parte de bancos extranjeros, como el financiamiento de una propiedad situada en el Estado B por parte un banco ubicado en el Estado A, era solo fomentado por la venta de un único mercado, junto con la eliminación de barreras según ley bajo la supervisión de los bancos.

El desarrollo de métodos complejos de financiamiento internacional de gran volumen significó que, conforme a varios sistemas legales, los gravámenes inmobiliarios no fueran de la mano con los requerimientos modernos<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> La Segunda Directiva de Coordinación de la Ley de Banca de 1989, la cual tuvo que adaptarse a las leyes nacionales el 1 de enero de 1993, establece el principio de que toda entidad de crédito autorizada en un Estado de la CE podrá realizar actividades en otro Estado de la CE sin estar obligada a obtener autorización en dicho otro Estado. Este principio de reconocimiento mutuo de autorizaciones bancarias otorgadas por autoridades nacionales, conocida como principio del país de establecimiento, es un principio establecido en las leyes de la CE y se encuentra previsto en el Artículo 23 y siguientes de la llamada Directiva Bancaria de la CE (Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea de fecha 14 de junio de 2006, relativa al acceso y seguimiento de actividades de las entidades de crédito, Diario Oficial de la Unión Europea L 177/1 de fecha 30 de junio de 2006)

## 1. Sus comienzos: estructuras simples de bajo volumen

Durante mucho tiempo las operaciones hipotecarias transfronterizas no fueron de mucho interés para los bancos alemanes. Fuera de algunos casos, mayormente en las regiones cercanas a la frontera con Alemania, esta actividad se limitaba al territorio nacional. Esto se presentaba particularmente en el caso de bancos hipotecarios alemanes, a los cuales no se les permitía garantizar préstamos hasta mediados de 1988 sobre propiedades ubicadas en otros Estados de la UE (Unión Europea) a través de gravámenes inmobiliarios.

Los bancos no contaban con el “know-how” necesario en temas del mercado de propiedades, ni los términos y condiciones legales porque, hasta ese entonces, habían limitado sus actividades a operaciones hipotecarias a nivel nacional. Por lo tanto, el VDH/vdp<sup>6</sup> inició un programa intensivo de información y capacitación. El VDH/vdp viene analizando desde 1989 términos y condiciones legales a manera de seminarios nacionales; así como, viene conduciendo una revisión intensiva sistemática de la ley de inscripción de hipotecas y terrenos en cada uno de los Estados de la UE de manera individual, ambas actividades a través de equipos de trabajo de operaciones extranjeras y con el propio personal de VDH/vdp.

La mayoría de bancos hipotecarios tenían dudas sobre la realización de operaciones con hipotecas en el exterior, no menos por causa de que durante el periodo de reunificación, todos los recursos disponibles fueron invertidos en el desarrollo del nuevo Lander Alemán. El hecho de que esto haya implicado aventurarse por territorios desconocidos, también significó que, en ese tiempo, solo se hayan atrevido a dar pequeños pasos en pocos mercados extranjeros, con volúmenes bajos de crédito que rara vez ascendían a 500 000 euros (luego de la conversión).

A comienzos de los 90, la estructura de las operaciones de financiamiento inmobiliario en Europa tenía en general un formato relativamente simple. En consecuencia, la estructura de los préstamos extranjeros también era simple. Sin embargo, pronto los distintos términos y condiciones legales, especialmente en relación a la inscripción de terrenos y gravámenes inmobiliarios, empezaron a seguir procedimientos para la obtención de créditos, y especialmente al desembolso de préstamos, que diferían del procedimiento seguido en Alemania.

Si el título de propiedad se transfiere *inter partes* ni bien se concluye la escritura de transferencia, sin generarse la hipoteca sino hasta su inscripción en el registro de propiedades<sup>7</sup>, el problema radicaría en que el vendedor no querr perder o gravar su título de propiedad antes de recibir el precio de venta, el comprador aún no tiene capacidad de disponer (hipotecar) la propiedad y el banco no desembolsará el préstamo al comprador antes de asegurarse de que recibir una hipoteca por la propiedad. Cuando se toma en consideración adicionalmente que no en todos lados, fuera de Alemania, existe un instrumento legal como el de la garantía (Vormerkung) y que, en muchos países, no existe un sistema compatible de inscripción de propiedades o un sistema notarial como el alemán, el problema inicial que enfrentaba la banca entonces se vuelve más claro.

<sup>6</sup> El antiguo Verband deutscher Hypothekenbanken (VDH) cambió su denominación en julio de 2005 por Verband deutscher Pfandbriefbanken (vdp) debido a que la promulgación de la Ley Pfandbrief (PfandBG) implicó que la entidad bancaria hipotecaria que, hasta entonces, se regía por la Ley de Bancos Hipotecarios (HBG) fuera eliminada como una entidad especial regida por ley. Para mostrar el desarrollo histórico de los bancos Pfandbrief, el vdp ha documentado el “origen” de sus entidades miembros por medio de un “rbol genealógico” en su Página Web “www.pfandbrief.de Uber uns Unsere Mitgliedsinstitute”.

<sup>7</sup> En España, por ejemplo, véase Stocker, Die Eurohypothek, Berlín 1992, p. 164 y siguientes, y demás referencias. La misma situación legal existe en Polonia.

---

También estaba el problema fundamental de que la mayoría de sistemas legales de Europa Occidental solo dieron disposiciones para hipotecas accesorias y, por lo tanto, los bancos hipotecarios alemanes se vieron imposibilitados de aplicar las estructuras y procedimientos contractuales usados en su país sobre la base de *Grundschild* (cargas sobre la propiedad).

Esto no significaba que todas las operaciones se realizaran basándose en incertidumbres legales, pero era necesario entender los procedimientos creados y las soluciones a los problemas desarrolladas por los bancos extranjeros para contrarrestar las debilidades de las leyes, ambas, tanto las debilidades ya establecidas como las imaginables a primera vista<sup>8</sup>. Sin embargo, todo esto significó que al principio, los métodos internos de los bancos tuvieran que estar especialmente adaptados a las necesidades de cada operación de manera individual, con las consecuencias correspondientes sobre los costos de las operaciones.

A partir de 1991, se autorizó a los bancos hipotecarios alemanes a incluir préstamos hipotecarios extranjeros en el consorcio garante para la hipoteca *Pfanbriefe*<sup>9</sup>. Los resultados de las investigaciones no solo circularon dentro de la asociación, sino también fueron puestos a disposición de la autoridad supervisora de bancos a través de una serie de consultas<sup>10</sup>.

## 2. Incremento de los montos de préstamos y profesionalismo

Ni bien los bancos hipotecarios asumieron operaciones extranjeras, tuvieron que decidir su futura estrategia. Por temas de costos, los bancos hipotecarios alemanes, dejaron rápidamente como un área de negocios posible<sup>11</sup> las operaciones de financiamiento directo transfronterizo de propiedades para uso residencial con clientes privados. El profesionalismo, especialización y costos, en conjunto, hicieron que los bancos hipotecarios establezcan montos mínimos por debajo de los cuales no podían aceptar solicitudes. Al principio, dicho límite era de aproximadamente 1 millón de marcos, pero con la proliferación de bancos pronto este ascendió a 3 e incluso 5 millones de marcos<sup>12</sup>.

Era imposible una expansión simultánea de actividades que cubra todos los Estados de la CE por razones meramente de falta de personal. La constante diseminación de tanto exigencias legales como comerciales así como la cuestión de rentas, hizo que, al inicio, los bancos se concentraran en unos pocos países y financiaran algunos tipos de propiedades menos comerciales, especialmente oficinas y locales comerciales particulares. A fin de mantener un constante control del desarrollo de mercado, la tendencia actual es establecer oficinas de representación en las zonas más importantes<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> Por lo tanto, una de las secciones más importantes de los informes por país del VDH/vdp siempre fue la presentación general de procedimientos de financiamiento de hipotecas, que resume los numerosos términos y condiciones del marco de trabajo y modos prácticos de procedimientos hasta el desembolso mencionado.

<sup>9</sup> Los motivos de esta Ley están impresos en VDH, 100 Jahre HBG, Frankfurt a.M. 1999, p. 590 y siguientes

<sup>10</sup> En julio de 2007, se iniciaron una serie de talleres a fin de brindar a las autoridades supervisoras bancarias información actualizada del derecho hipotecario en Europa y EE.UU.

<sup>11</sup> En el presente, la demanda de financiamiento está relacionada principalmente a casas de verano o de campo. Se trataba usualmente de pequeños préstamos, que ni siquiera cubrían los costos bancarios ya que los solicitantes querían condiciones de préstamo alemanas, pero no querían afrontar ningún otro costo. El gasto de un empleado bancario de tener que viajar al extranjero para constatar si la propiedad realmente existía y si se encontraba ubicada en el terreno que sería puesto como garantía, junto con el procedimiento de transacción que requería un notario e inscripción de la propiedad, convertía los préstamos en pérdidas para los bancos.

<sup>12</sup> Se realizaron varios intentos de establecer una red de oficinas necesaria para atraer clientes del extranjero en el sector de ventas comerciales unitarias mediante la cooperación con bancos extranjeros; sin embargo, por lo general esta vía no tenía éxito, sólo en casos excepcionales, en los que había fuertes vínculos de financiamiento entre los bancos.

<sup>13</sup> Algunas veces trajo consigo el problema de que las leyes de la CE no regían para las oficinas representantes y muchas autoridades supervisoras bancarias trataron de categorizarlas como oficinas sucursales, con las correspondientes obligaciones de inscripción costosas. La solución era mostrar a la oficina representante, en el curso de la inscripción conforme al Artículo 24(a)(3) de la inversión actual del KWG (Ley de Banca Alemana) como medida de acompañamiento de la operación transfronteriza directa.

La estrategia original de prestar asistencia a clientes alemanes en sus inversiones en el extranjero y de concentrarse en el mercado local en un mercado inmobiliario bastante fragmentado fue prontamente complementada (o incluso reemplazada) con el ingreso del financiamiento paneuropeo para inversionistas internacionales altamente profesionales, un área que se ha desarrollado en forma constante y ha obtenido un siempre creciente sector del mercado. Las sumas invertidas alcanzaron nuevas dimensiones, dadas las circunstancias de ese entonces. Esto para los bancos individuales se tornó imposible de manejar. A mediados de los 90 era aún excepcional que el capital de un préstamo transfronterizo asignado a un banco hipotecario individual llegue a la suma de 100 millones de marcos alemanes. La participación de abogados altamente profesionales, la mayoría de ellos provenientes de grandes estudios jurídicos internacionales, se volvió rápidamente algo común, trayendo consigo sus propias ideas sobre contenido contractual y mecanismos de garantías. Esto generó mayor profesionalismo, en general, y también, en cierta forma, la estandarización del rubro hipotecario internacional.

### 3. Financiamiento de cartera y sindicación inicial

El incremento de los costos de inversión hizo cada vez más necesario que se recurriera a préstamos sindicados, también conocidos como sindicación o consorcio de financiamiento. Garantizar dichos préstamos mediante hipotecas generó gran demanda de conocimientos legales por parte de todos los interesados. Conforme a la *Hypothekbankgesetz* (Ley de Bancos Hipotecarios, "HBG"), los bancos hipotecarios alemanes fueron incluso obligados a estructurar garantías de forma tal que ellos mismos tuvieran derecho directo sobre estas. La garantía indirecta, dada al líder del sindicato, era en principio inaceptable. Fue solo a través de las operaciones del Reino Unido que se consiguió rápidamente una solución basada en el concepto inglés del *trust* (fideicomiso)<sup>14</sup>. En otros sistemas legales fue necesario utilizar mecanismos complejos tales como los acuerdos con acreedores conjuntos, hipotecas bajo la clasificación *pari passu* y la división de gravámenes inmobiliarios.

VDH/vdp se dio cuenta rápidamente de que la idea original de elaborar, en una sola tanda, un cuestionario uniforme para todos los países, no era suficiente. Por consiguiente, se dispuso que otras áreas especializadas sean incluidas como "temas especializados" en la lista de preguntas de los llamados informes de países<sup>15</sup> para así poder cubrir los temas más importantes que tendrían que manejar los especialistas en operaciones hipotecarias extranjeras<sup>16</sup>. Uno de los puntos principales fue el respaldo hipotecario necesario para préstamos sindicados iniciales; el problema legal principal en este tema es la creación de gravámenes inmobiliarios bajo clasificación *pari passu*.

Tanto las estructuras como los problemas legales se hicieron incluso más complejos cuando no solo se trataba de una propiedad a ser financiada, sino de una cartera completa. Un buen ejemplo que grafica esto es el

<sup>14</sup> Ver BELLINGER/KERL, *Hypothekbankgesetz, Kommentar*, 4ª Edición, Munich 1995, §1, inciso 37; ver con respecto a todo el tema PICHERER, *Sicherungsinstrumente bei Konsortialkrediten von Hypothekbanken*, Frankfurt a.M. 2002 (vdp Serie, Tomo 14).

<sup>15</sup> Estos informes nacionales contienen suficiente información esencial básica sobre la ley que regula la supervisión de bancos, inscripción de propiedades y empresas, hipotecas, préstamos, arrendamientos, ejecución e insolvencia. Algunas de las conclusiones de estos informes han sido publicadas en SCHUB, "Allgemeine rechtliche Voraussetzungen des Hypothekarkredits in den Ländern der Europäischen Gemeinschaft und den benachbarten EFTA-Staaten", en RÜCHARDT (editor), *Handbuch des Hypothekarkredits*, 3ª edición, Frankfurt a.M. 1993, página 685-755.

<sup>16</sup> Estos temas especiales están relacionados con el procedimiento de desembolso de préstamos, acuerdos sobre intereses y garantías mediante gravamen inmobiliario, garantías inmobiliarias en quiebra, estructura contractual para pagos de amortización e indemnización por pago o devolución anticipados, estructura de garantías para préstamos sindicados, procedimiento de desembolso y la fecha probable más pronta de inclusión en la cobertura, transferencia total o parcial de reclamos garantizados por hipotecas, el costo de la creación de una hipoteca, y transferencia/prenda de arrendamientos. Estos 9 temas especiales, en los que se ha trabajado desde mediados de los 90 han sido complementados hace unos pocos años por otros dos temas: una guía para la realización o liquidación de garantías y una guía de sindicación secundaria.

financiamiento para la adquisición de casi 90 oficinas y locales comerciales individuales ubicados en Suiza, otorgado en el año 2001 por un consorcio de 4 bancos hipotecarios alemanes. El volumen total de dicho financiamiento ascendió a 800 millones de francos suizos aproximadamente. Las propiedades se encontraban repartidas por varios cantones suizos.

La razón de ser de una operación en cartera es que, dado el efecto de diversificación de riesgos, el riesgo en cartera es menor que la sumatoria de riesgos individuales. Queda bastante claro que, en el caso de tener que garantizar un financiamiento en cartera mediante gravámenes inmobiliarios, la mejor garantía es través de un gravamen inmobiliario colectivo ya que esto nivela las fluctuaciones de valores de las propiedades individuales con efecto *in rem*<sup>17</sup>.

El concepto de un gravamen inmobiliario colectivo es el conocido en la Ley Hipotecaria Suiza<sup>18</sup>. Sin embargo, la Ley Suiza de Notariado y Legalizaciones no permite que el notario de un cantón legalice asuntos relativos a otro cantón. Por consiguiente, resulta poco práctico tener un gravamen inmobiliario colectivo sobre propiedades ubicadas en diferentes cantones. Por consiguiente, gravámenes inmobiliarios bajo la clasificación *pari passu* fue inscrita en los registros de propiedad de cada propiedad a nombre de cada banco sindicado<sup>19</sup>. A la larga, esto significó que fuera necesario crear aproximadamente 350 gravámenes inmobiliarios individuales y obtener la cooperación de los notarios de todos los cantones, con las consecuencias correspondientes en términos de costos. La naturaleza de la cartera de todo el préstamo se obtuvo utilizando los mecanismos contractuales<sup>20</sup>.

También se tuvieron que enfrentar posteriormente dificultades técnicas antes desconocidas durante los extensos procesos de toma de decisiones crediticias que debían ser paralelamente culminados por todos los bancos hipotecarios involucrados y finalmente armonizados antes de que el contrato de préstamo pudiese ser firmado.

#### 4. Sindicaciones secundarias

Los largos procesos en toma de decisiones de otorgamiento de créditos y los diversos problemas de armonización entre sindicatos han originado que los inversionistas inmobiliarios insistan, cada vez más en los últimos años, que de ser posible, solo un banco sea el que otorgue el préstamo —el cual deberá luego pasarla en tramos o bloques a los otros bancos mediante una sindicación secundaria—. Solo aquellos bancos con una gran base de capital social pueden concebirlo debido, al menos no del todo, a las disposiciones que regulan el préstamo de gran envergadura previstas en la *Kreditwesengesetz* (Ley Bancaria Alemana “KWG”)<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> §§ 1132, 1192 BGB. Para mayor información ver BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, 17ª edición, Munich 1999, § 43, página 497 y siguientes.

<sup>18</sup> § 798 ZGB. Ver con respecto a la ley suiza sobre gravámenes inmobiliarios colectivos MÜHL/PETEREIT, *Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern*, Parte V: Suiza, Berlín 1983, página 259 y siguientes.

<sup>19</sup> Los pagarés hipotecarios (Schuldbriefe) o transferencias hipotecarias (Grundpfandverschreibungen) fueron utilizados, dependiendo del cantón. Para las diferencias entre estas dos clases de gravámenes inmobiliarios suizos, ver STÖCKER, *Die Eurohypothek*, Berlín 1992, página 230 y siguientes y otras referencias. Con respecto al debate actual sobre la reforma del Schuldbrief Suizo ver STAEHELIN, *Der Schuldbrief in der aktuellen Revision des ZGB*, *Basler Juristische Mitteilungen*, Emisión N° 1, Febrero 2006, páginas 1-21.

<sup>20</sup> Con estructuras de cartera de esta clase, se crean gravámenes inmobiliarios individuales para cada propiedad individual y se acuerda que el banco tendrá la libertad de proceder como con cualquier gravamen inmobiliario, aunque sea sólo una vez en términos generales con respecto al riesgo del préstamo. Las estructuras con entidades instrumentales SPV son utilizadas, en general, en operaciones internacionales de crédito comercial: con estas, una sociedad controladora (usualmente una sociedad de responsabilidad limitada) es creada por el inversionista/prestatario para cada propiedad, controlando dicha sociedad la propiedad. Estas sociedades controladoras acuerdan inter se aceptar la responsabilidad de los compromisos asumidos por los demás. Se crea un gravamen inmobiliario para cada propiedad. El gravamen inmobiliario sobre una propiedad es una garantía frente al riesgo del préstamo. Los demás gravámenes inmobiliarios son garantías frente a reclamos de responsabilidad contra la entidad SPV.

<sup>21</sup> Para el caso de las disposiciones de la KWG con respecto a créditos garantizados con bienes inmuebles para préstamos con cantidades mayores, ver STÖCKER, *Realkredit und Pfandbriefsicherheit*, Berlín 2004, página 15 y siguientes. (VDH/vdp Serie, Tomo 18).

En términos generales, sin embargo, aquellos bancos que asumen parte del préstamo del banco que financia la operación también querrán una parte del gravamen inmobiliario<sup>22</sup>, por ejemplo, para minimizar el riesgo o aplicar disposiciones especiales relativas a las normas sobre garantías mediante gravámenes inmobiliarios, en particular, con respecto a la ponderación de suficiencia patrimonial<sup>23</sup>. En el caso de que el financiamiento actúe como consorcio o sindicato garante de la hipoteca Pfandbriefe, en particular, es necesario que el propio banco Pfandbrief tenga capacidad de reclamar el derecho de realización o liquidación<sup>24</sup>, y según varios sistemas legales esto no es posible sin tener a la par derecho al propio gravamen inmobiliario.

Existen varias formas de lograrlo conforme al derecho alemán. Debido a la falta de accesividad legal de una *Grundschild* (carga territorial), parte del riesgo del préstamo puede transferirse. La transferencia parcial de una *Briefgrundschild* (carga territorial certificada) también es posible, incluso sin que se tenga que crear un certificado parcial<sup>25</sup>.

La posición legal es más compleja en el caso de *Buchgrundschilden* (cargas territoriales no certificadas), que han sido los instrumentos más usados comúnmente en la práctica por muchos años, ya que resulta costoso transferirlos en forma parcial debido a las inscripciones que se requieren realizar en el registro de propiedad<sup>26</sup>. Sin embargo, a la larga, este no es un obstáculo para el financiamiento de propiedades comerciales de envergadura en las que el inversionista de propiedades paga los costos.

Sin embargo, las cargas territoriales no certificadas a menudo no eran transferidas, sino solo conservadas fiduciarias para los demás bancos involucrados<sup>27</sup>. La incertidumbre con respecto a si la condición del banco beneficiario contaba con protección contra insolvencias y la de la ausencia resultante de cobertura para la hipoteca Pfandbriefe, junto con otras cuestiones decisivas de costos en caso de operaciones de envergadura, originó que la asamblea legislativa alemana, en el año 2005, creara el marco legal para el llamado "Registro de Financiamiento"<sup>28</sup>.

En otros países europeos el problema es que existen, a menudo, solo gravámenes inmobiliarios accesorios, cuya transferencia parcial es una operación muy costosa. Dichas exigencias formales costosas no pueden evitarse con la transferencia parcial del riesgo del préstamo —con la hipoteca, por otro lado, manteniéndose como fiduciaria— ya que no es posible en el caso de una garantía estrictamente accesoria que el derecho del acreedor del gravamen inmobiliario y el derecho de reclamo garantizado pueda ser separado sin afectar en forma adversa el gravamen inmobiliario en sí.

<sup>22</sup> Si debieran renunciar a esto podrían ampliar claramente el crédito de refinanciamiento, posiblemente en la forma de una subparticipación. A la larga, esto sólo es un préstamo a otro banco sin ningún derecho in rem al gravamen inmobiliario y no constituye una transferencia parcial del préstamo garantizado.

<sup>23</sup> Ver para mayor información STÖCKER, Realkredit und Pfandbriefsicherheit, página 8 y siguientes. (VDH/vdp Serie, Tomo 18).

<sup>24</sup> Conforme al § 1(2) PfandBG, la solicitud a un banco de transferencia o transferencia parcial de una hipoteca que es conservada fiduciaria ahora será suficiente siempre que sea posible exige la segregación de la hipoteca en caso de insolvencia de la institución crediticia. Esto también es aplicable a hipotecas extranjeras; ver al respecto STÖCKER, Das Refinanzierungsregister zur Deckungsfähigkeit der insolvenzfesten Treuhand-Grundschild, ZfGKw 2005, página 997 y siguientes. (1000).

<sup>25</sup> Ver PICHNER, Sicherungsinstrumente bei Konsortialfinanzierungen von Hypothekenbanken, Frankfurt a.M. 2002, página 256 y siguientes. (VDH/vdp Serie, Tomo 14).

<sup>26</sup> §§ 1192 Extracto 1, 1154 Extracto 3, 873 Extracto 1 BGB.

<sup>27</sup> Ver para mayor información PICHNER, Sicherungsinstrumente bei Konsortialfinanzierungen von Hypothekenbanken, Frankfurt a.M. 2002, página 44 y siguientes. (VDH/vdp serie, Tomo 14).

<sup>28</sup> Gesetz zur Neuorganisation der Bundesfinanzverwaltung und zur Schaffung eines Refinanzierungsregisters "Ley de Reorganización de la Administración Financiera Federal y Creación de un Registro de Re-financiamiento", BGBI. de 27.9.2005, Parte I, páginas 2809-2819. Las disposiciones con respecto al registro de re-financiamiento entraron en vigor el 28.9.2005. Estas fueron incluidas en la Ley de Bancas, § 22a-22o KWG. El contenido de esta Ley se expone en detalle en TOLLMANN, Die Sicherstellung der Insolvenzfähigkeit bei der Asset Backed Securitization nach dem neuen Refinanzierungsregister gemäß §§ 22a ff KWG, WM 2005, página 2017 y siguientes.; FLECKNER, Das Refinanzierungsregister Tatbestandliche Grenzen und Vorschläge zur Verbesserung, WM 15/2006, p. 697 y siguientes. Para información sobre los antecedentes políticos de la legislación ver STÖCKER, "Das Refinanzierungsregister zur Deckungsfähigkeit der insolvenzfesten Treuhand-Grundschild", en Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 18/2005, páginas 997-1001.



Los grupos de trabajo en operaciones extranjeras del vdp, por muchos años, han estado investigando la posición legal de los principales mercados inmobiliarios europeos con sus afiliados; se llegó a la conclusión de que solo es posible una sindicación secundaria eficiente en unos pocos países, principalmente en Dinamarca, Alemania, Inglaterra y Gales, Escocia, Suecia y Suiza, debido a los problemas que enfrentan muchos lugares con respecto a tipos de gravámenes inmobiliarios inflexibles<sup>29</sup>. Por consiguiente, resulta vital que sea posible inscribir en el registro de financiamiento no solo los gravámenes inmobiliarios sino también el riesgo del préstamo, incluyendo las hipotecas accesorias. Esto permitirá que la sindicación paneuropea sea estructurada a través de bancos alemanes.

### 5. Financiamiento de cartera y sindicación secundaria

Cuando se combina el financiamiento de la cartera con una posterior sindicación, la situación legal se vuelve aún más compleja. Esto queda claro con un ejemplo de financiamiento de gran envergadura que se realizó en Polonia en el año 2004 teniendo a un banco hipotecario alemán como coordinador financiero principal. Desde el inicio, la idea era hacer participar a otros dos bancos, de ser posible antes del cierre, y ambos bancos querían pasar luego parte de su riesgo a otros bancos.

El financiamiento era para cubrir la adquisición de casi 30 locales comerciales individuales ubicados por todo Polonia con un volumen de financiamiento que inicialmente ascendió a 600 millones de euros aproximadamente, pero a la larga llegó a más de 900 millones de euros.

Luego de varios años de un trabajo preparatorio técnico y cabildeo minuciosos, a mediados del año 2001, la Fundación Hipotecaria de Polonia<sup>30</sup> logró hacer que la asamblea legislativa polaca introduzca una hipoteca colectiva contractual inicial en la Legislación Hipotecaria de Polonia<sup>31</sup>; luego fue posible utilizar dicho instrumento legal para transferir también el efecto de la cartera a la garantía *in rem* del préstamo.

A través de las Conferencias de Jueces de Registro Inmobiliario<sup>32</sup> la Fundación Hipotecaria ha logrado también alcanzar un alto grado (no existente en el pasado) de transparencia y uniformidad en cuanto a las exigencias formales de las solicitudes de registro de propiedades, en general, en todo Polonia, especialmente porque las presentaciones y registros de los debates han sido publicados por la Fundación Hipotecaria.

A pesar de esta apertura legal, la sindicación secundaria, en la actualidad, es muy cara y un proceso complejo que requiere la transferencia parcial de la hipoteca colectiva y luego la cesión parcial de varios elementos. Cualquier cambio en la hipoteca colectiva implica que este debe ser inscrito en cada uno de los registros de las propiedades afectadas, debiendo generarse toda la documentación de toda la operación<sup>33</sup>. Procesos costosos como este solo pueden realizarse en números limitado, sin importar que tan sólidas puedan ser las razones para realizar la operación.

<sup>29</sup> Si es posible la segmentación del derecho de riesgo hipotecario desde el principio y si la denominación también es conocida, es posible también una práctica eficiente en Francia mediante la emisión individual de "copies exécutoires à ordre" (copias ejecutorias a la orden) por separado que luego pueden ser utilizadas para transferir tramos de la hipoteca, en cuanto a los trámites exigidos en este contexto y para las excepciones en el caso de bancos, ver STÖCKER, Die Eurohypothek, Berlin 1992, página 113 y siguientes.

<sup>30</sup> La Fundación de Crédito Hipotecario de Polonia (Fundacja na Rzecz Kredytu Hipotecznego) fue fundada en el año de 1991 por el ex-Ministro de Finanzas Balcerowicz, y en el año de 1996 fue convertida a un nuevo sistema de financiamiento a través de entidades de crédito, de forma tal que en la actualidad tienen procedimientos de estructura y operaciones de una asociación bancaria especializada. Para mayor información sobre su estructura, alcance de actividades, institutos e instituciones que financian a la fundación y sus responsabilidades específicas ver [www.fukrehip.pl](http://www.fukrehip.pl) en idiomas polaco, inglés y alemán.

<sup>31</sup> Ver DREWICZ-TULODZIECKA/SOERGEL/STÖCKER, Mehr Rechtssicherheit für die Hypothek in Polen, WM 2002, página 891 y siguientes. (página 894 y siguientes). Sin embargo, no se creó esta hipoteca colectiva hasta terminar de imponerse sobre la última de todas las propiedades gravadas.

<sup>32</sup> La Fundación Hipotecaria de Polonia realiza anualmente estas Conferencias de Inscripción de Propiedades conjuntamente con el Ministerio de Justicia de Polonia, con el apoyo de los vocales de la Corte Suprema y los registradores de todos los distritos de registro de propiedades de Polonia además de los abogados bancarios y asesores.

<sup>33</sup> En el caso del financiamiento mencionado ¡resultó aproximadamente 80,000 hojas de papel!

## 6. Financiamiento en cartera con varios países

La materialización del mercado único de la Unión Europea dio como resultado no solo un crecimiento en el suministro transfronterizo de bienes sino también la expansión de la inversión transfronteriza en el financiamiento de propiedades. Sin embargo, no existen estadísticas nacionales o europeas disponibles sobre préstamos hipotecarios transfronterizos.

El VDH/vdP ha venido recopilando estadísticas entre sus miembros desde hace muchos años y, a partir de estas, se ha observado un crecimiento constante en las operaciones hipotecarias extranjeras. Luego de un periodo cuidadoso de prueba, las entidades que financian propiedades en Alemania empezaron a ingresar en este campo mayormente a mediados de los 90 con mayor énfasis hacia fines de esa misma década.

En el 2006, el porcentaje de financiamiento de propiedades comerciales nuevas, otorgado por miembros del vdp en el extranjero, fue de 67%<sup>34</sup>. Esto se realizó principalmente en Gran Bretaña, Francia, Estados Unidos, Italia y España. Esto originó que el volumen de hipotecas comerciales transfronterizas otorgadas por bancos miembros del vdp ascendiera a €92 mil millones para fines del 2006, lo cual corresponde a 44% del total de préstamos<sup>35</sup>. Esto demuestra que el financiamiento de propiedades transfronterizas tiene gran importancia en la actualidad.

Durante los últimos años, los inversionistas internacionales han insistido cada vez más en la celebración de operaciones en cartera que cubran más de un país. Esto hace posible garantizar que el riesgo de propiedades individuales cuyo valor disminuya sea equilibrado con otras propiedades cuyo valor esté en aumento. Esto les permite incluir dichas propiedades en sus proyectos generales y financiar aquellas propiedades que, sin el efecto en cartera, no podrían realizarse, o tendrían que realizarse en términos desfavorables. Desde el punto de vista de los bancos financieros, este efecto de equilibrio del riesgo no puede obtenerse *in rem* mediante el uso de gravámenes inmobiliarios ya que no es posible tener un gravamen inmobiliario colectivo transfronterizo.

El instrumento legal para un gravamen inmobiliario colectivo disponible en varios sistemas legales<sup>36</sup>, no puede ser utilizado cuando las propiedades que serán gravadas se encuentran ubicadas en distintos países. En caso de que se requiera un gravamen inmobiliario colectivo, la garantía del préstamo se hace más compleja, el riesgo para los bancos es mayor y; por lo tanto, el préstamo se vuelve más caro de lo que debe ser.

La introducción de un gravamen inmobiliario uniforme o único para todos los Estados Miembros de la Unión Europea sería de ayuda si fuera creado bajo la forma de un gravamen inmobiliario colectivo sobre propiedades ubicadas en distintos estados miembros de la Unión Europea.

<sup>34</sup> Vdp, Jahresbericht (Informe anual) para el 2006, pág.28 sobre el financiamiento de propiedades comerciales. En resumen, en el 2006, préstamos de casi €24 mil millones (33%) fueron concedidos a bienes inmuebles nacionales mientras que casi €48 mil millones (67%) fueron otorgados a préstamos hipotecarios transfronterizos.

<sup>35</sup> Vdp, Jahresbericht 2006, pág. 30 y siguientes, con detalles sobre las aprobaciones y riesgos de préstamos en países individualmente. Los países más importantes son: Gran Bretaña, Francia, los Países Bajos, España y los Estados Unidos.

<sup>36</sup> De acuerdo con el más reciente estudio de vdp sobre gravámenes inmobiliarios en Europa Central, se dan gravámenes inmobiliarios colectivos en transacciones en, por ejemplo, Bosnia-Herzegovina, Estonia, Alemania, Croacia, Austria, Polonia, Rumania, Eslovenia, Ucrania y Hungría. Sin embargo, ningún gravamen inmobiliario colectivo se da bajo las leyes españolas o checas.

---

## II. Problemas legales relacionados a la eurohipoteca

1. Ley aplicable.
2. Relación entre gravámenes inmobiliarios y riesgos garantizados.
3. Eurohipoteca.
4. Eurotrust (eurofideicomiso).
5. Aplicaciones de la eurohipoteca y eurotrust.
6. Mesa redonda sobre la “Flexibilidad de Gravámenes Inmobiliarios en Europa Central”.

En esta segunda parte del trabajo, el Dr. Otmar Stöcker expone la problemática derivada de la implementación de la eurohipoteca. En primer lugar se habla de la ley aplicable, un tema muy singular que pone en juego la importancia del Derecho Internacional Privado y las normas de conexión para su aplicación a las relaciones jurídicas contractuales donde existe un elemento de carácter extranjero y analizar cual es el régimen jurídico de la ley aplicable y el juez competente, dos categorías conceptuales clásicas que deben ser tomadas necesariamente en cuenta para poder resolver los conflictos e incertidumbres jurídicas en la implementación y desarrollo legal de la eurohipoteca.

Según el autor es importante determinar cual es el régimen legal aplicable tanto al contrato de crédito como al gravamen inmobiliario ya que pueden pertenecer a sistemas legales diferentes. En el caso del gravamen se aplica la ley del país donde se ubica la propiedad gravada, y las partes son libres de escoger la ley aplicable al contrato de préstamo, existiendo restricciones en cuanto al derecho del consumidor.

El tema del derecho al consumidor es muy importante, ya que uno de sus derechos es precisamente el de la protección de los intereses económicos que está íntimamente relacionado con los créditos de consumo y en este caso créditos hipotecarios. En efecto, el consumidor en las operaciones bancarias tiene derecho a un trato equitativo y justo en toda transacción económica o comercial al amparo del cual el consumidor interviene eventualmente en:

- La fijación de precios y tarifas;
- Fijación de márgenes de ganancias;
- Idoneidad de cláusulas contractuales;
- Regulación de los contratos de adhesión;
- Derecho al prepago y la correspondiente reducción de intereses a la fecha de pago; etc.

Cabe recordar en materia de créditos hipotecarios, que en nuestro medio el Indecopi, por Resolución 387-2004 TDC/INDECOPI, sancionó con una multa de 2 UIT al Banco de Crédito del Perú por utilizar un mecanismo que penalizaba a sus clientes de créditos hipotecarios por pagar deudas por adelantado, ordenándole como medida correctiva la devolución de lo indebidamente cobrado por desconocer el derecho al prepago que tiene todo consumidor en sus operaciones de crédito con la correspondiente reducción de los intereses inicialmente programados, lo que no puede ser vulnerado con mecanismos alternos que so pretexto de cobrar portes, gastos administrativos

---

o comisiones tiendan a enmascarar un cobro indebido que atenta contra los derechos de los consumidores y afectando la confianza del sistema financiero.

Creemos que esta disposición del sistema de la eurohipoteca<sup>37</sup>, de respetar el derecho del consumidor en la determinación de la ley aplicable al crédito de consumo hipotecario, es muy importante y consistente con las directivas europeas en materia de defensa del consumidor porque la solidez del sistema financiero no debe mirarse solamente desde el lado de las empresas, es decir desde su liquidez, sus colocaciones, su rentabilidad, su manejo adecuado de los riesgos, etc., sino que también es preciso mirar dicha solidez desde el lado de la transparencia, la seguridad y la confianza dada a los consumidores, que son precisamente quienes le dan vida al mercado a través de sus actos de consumo. En este sentido, es importante que los bancos se fijen un poco más en la forma en que ofertan sus servicios, caso contrario se genera desconfianza extendida en el sistema.

La Ley 28587, pone al Perú como un abanderado en la defensa de los consumidores en el mercado bancario y financiero (aunque hay obviamente mucho por hacer), dado que su normatividad está de acuerdo con las tendencias actuales de las legislaciones de avanzada que prevén una protección eficiente y adecuada para el principal protagonista del mercado, el consumidor. En efecto, la Ley 28587 responde a las recomendaciones que incluso desde el año 2002 hiciera la Comunidad Andina sobre la armonización de las normas básicas que regulan a los prestadores de servicios financieros y de los esquemas comunitarios de protección al consumidor de este tipo sede servicios conforme los estándares internacionales y a la realidad social, económica, política y jurídica de cada país de la región<sup>38</sup>.

En cuanto a la relación entre el gravamen inmobiliario y el riesgo garantizado están relacionados con su flexibilidad y existen en la Unión Europea distintos niveles de accesoriedad por lo que no se pueden usar para créditos de flexibilidad uniforme.

Los países que tienen accesoriedad contractual y un alto grado de flexibilidad son Dinamarca, Alemania, Inglaterra y Gales, Estonia, Finlandia, Irlanda, Escocia, Suecia, Suiza y Hungría; Países Bajos, Austria, Polonia y España.

Los países con accesoriedad legal y bajo grado de flexibilidad son Francia, Latvia, Lituania, Portugal, Eslovaquia y República Checa; Italia.

Los préstamos hipotecarios tienen un peso importante en la economía europea, tan es así que el autor estima en cuatro mil millones de euros la suma incorporada en este mercado, no obstante este mercado es mayoritariamente nacional, por lo tanto no se puede deducir que exista de por medio un mercado hipotecario mas amplio de naturaleza panaeuropea. Esta limitación constituye un reto para los operadores financieros cuyo objetivo en el mediano plazo es ampliar la cobertura de las transacciones financieras de crédito transfronterizo y es en este contexto donde la figura de la eurohipoteca surge como un instrumento de garantía para créditos hipotecarios y que se pueda aplicar de manera uniforme y eficiente a todos los estados de la Unión Europea.

---

<sup>37</sup>Directiva 84/450, que define la publicidad engañosa y afirma el derecho del consumidor y de las organizaciones de consumidores a presentar recursos ante autoridades administrativas y judiciales, Directiva 87/102, que exige que los contratos de crédito se celebren por escrito detallándose claramente el costo del crédito o el porcentaje anual del interés que se estipula, Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores

<sup>38</sup>Cabe señalar que países cercanos a nuestra realidad como México cuya Procuraduría Federal de Defensa del Consumidor (PROFECO) desarrolla una ardua labor en la defensa de los consumidores, ha promovido desde 1999 una Ley de protección y Defensa del Usuario de Servicios Financieros que establece inclusive dentro de su frondosidad normativa, la creación de una Comisión Nacional para la protección y Defensa de los Usuarios de servicios Financieros (CONDUSEF)

---

Los gravámenes inmobiliarios de carácter nacional se pueden utilizar como medios flexibles de financiamiento de operaciones inmobiliarias transfronterizas, lo que obviamente revolucionaría aún más el mercado crediticio.

Un dato importante que se expone en el trabajo del Dr. Stöcker es el hecho de que el mercado europeo de transacciones inmobiliarias ha tenido un considerable crecimiento, pero aún no se trata de un mercado integrado totalmente, ya que existen profundos desniveles económicos entre los países que conforman la Unión Europea, tan es así que con el ingreso de 10 nuevos estados, el capital y las fuerzas del mercado no están distribuidas de manera equitativa entre todos, lo que impone nuevos retos y desafíos para lograr un equilibrio que promueva el desarrollo parejo de toda la comunidad. Así, los nuevos estados miembros se han visto obligados a efectuar un sostenido proceso de reformas legislativas en su estructura legal para facilitar el tránsito de capitales y atraer las inversiones, pero quizá lo más destacable es el hecho de haber renovado y modernizado su infraestructura jurídica de garantías reales inmobiliarias para adecuarlas a las nuevas condiciones legales que impone la contratación financiera en materia transfronteriza, con incidencia en el mercado inmobiliario.

La Unión Europea es sin duda el modelo de integración más completo dentro de los distintos sistemas de integración y de acuerdos multilaterales en el hemisferio, no obstante el ingreso de países de relativo desarrollo económico ha determinado una renovación legislativa para lograr un desarrollo armónico y sostenido de las 25 economías que la conforman y dentro de este esquema, uno de los retos más importantes para equilibrar su economía interna y consolidar su crecimiento en la escena del mercado internacional, es sin duda la creación de instrumentos modernos de financiamiento transfronterizos en materia de propiedades, tratando de armonizar las distintas estructuras legales del Derecho Inmobiliario de sus estados miembros, tarea que no es fácil, pero que ya ha dado pasos muy importantes en la búsqueda de este objetivo.

El trabajo del Dr. Stöcker da cuenta, que en 1996 ya la Unión Europea había planteado la introducción al mercado del gravamen inmobiliario flexible, similar al modelo alemán, pero no dio los resultados esperados en el Derecho inmobiliario. Asimismo en 1997 la Unión Internacional del Notariado Latino, propone la figura de la "eurohipoteca" uniforme para toda Europa, siguiendo el modelo suizo. Este tema ha sido arduamente debatido en foros académicos, pero existen una serie de disposiciones legales nacionales que difieren en materia hipotecaria y que sujetan las operaciones de crédito a formatos diferentes con alta incidencia en los costos financieros y de transacción en materia inmobiliaria. En 1998 la autoridad alemana convoca a especialistas para preparar pautas para un Derecho de Garantía Inmobiliaria No Accesorio para Europa Central que incluía algunas propuestas en torno al debate de este tema.

Es muy importante señalar el trabajo del Grupo de Discusión sobre Créditos Hipotecarios del año 2004, establecido por la Comisión Europea y que incluye entre sus recomendaciones la creación de la "eurohipoteca", así como una serie de disposiciones destinadas a eliminar las barreras de entrada que evitan el crecimiento del crédito hipotecario transfronterizo dentro de la Unión Europea, incluyendo a su vez recomendaciones precisas para la integración de los mercados internos de crédito hipotecario. A partir de este trabajo la idea de la "eurohipoteca" siempre ha estado presente en los

---

distintos certámenes de discusión del mercado inmobiliario, tan es así que en distintos talleres a nivel universitario en Florencia y Berlín se elaboraron las “Directrices básicas para la eurohipoteca”, publicadas en mayo de 2005, trabajo que fue llevado a Bruselas y que ha servido de base para la adopción de la “eurohipoteca” por la Comisión Europea en el famoso “Libro Verde sobre Créditos Hipotecarios en la Unión Europea”, publicado el 19 de julio de 2005.

No existen trabajos adicionales donde se debata tan arduamente la Eurohipoteca, pero el tema está presente hoy en la agenda económica financiera de los Estados y expresa el Dr. Stöcker que esto no puede ser interpretado de manera negativa sino que por el contrario significa que hay mucho tiempo por delante para seguir estudiando y analizando sin presión política los efectos de esta singular figura jurídica que ha contribuido ya a la modernización del Derecho de Garantías Reales Inmobiliarias y al propio Derecho Inmobiliario que ha dado un salto cualitativo en su contenido y en su regulación.

La revolución provocada por la eurohipoteca no es solo en los ámbitos económico financieros y en los círculos bancarios de créditos inmobiliarios, sino también en el ámbito académico, jóvenes estudiantes y abogados están avocados a sendas investigaciones científicas sobre la materia y en especial en materia de revisión de las garantías reales inmobiliarias y en las conferencias de Maastrich en junio de 2007 y en Aranjuez en julio de 2007, especialistas han abordado el estudio del llamado marco común de referencia del Derecho Contractual europeo, donde la figura de la Eurohipoteca tiene reservado un lugar especial en el debate académico, jurídico y económico.

Existe una necesidad de implementar la eurohipoteca para dinamizar el crecimiento del mercado inmobiliario en la Unión Europea, aunque es obvio que es necesario también armonizar las legislaciones porque las inversiones inmobiliarias por su propia naturaleza son de largo plazo y necesitan de un marco jurídico coherente que garantice la inversión. Lo más importante en nuestro concepto es que la revolucionaria figura de la eurohipoteca esté acompañada de una marco legal suficiente, preciso y coherente para garantizar efectos jurídicos positivos para el mercado europeo y el mercado internacional, porque a raíz de la globalización, los mercados hoy están cada vez mas integrados y el éxito o fracaso de las inversiones sobre todo en materia inmobiliaria, tienen repercusiones en toda la economía internacional.

Coincidimos con el Dr. Stöcker al señalar que lo importante es que la eurohipoteca no deberá ser un nuevo producto de crédito sino un gravamen inmobiliario uniforme en toda Europa, donde en las operaciones transfronterizas se proteja a su vez no solo el derecho del cliente sino también el del propietario de una propiedad gravada por una eurohipoteca. Conjuntamente con esta figura ha nacido también el *eurotrust* o fideicomiso muy común en el ámbito legal inglés y que sin duda facilitará el financiamiento transfronterizo de créditos hipotecarios.

El financiamiento transfronterizo de créditos hipotecarios por medio de la titulización es importante en la medida que es una transferencia hipotecaria protegida contra insolvencias que solo puede hacerse efectiva en la medida que exista una separación legal entre el riesgo del préstamo asegurado y el gravamen inmobiliario y sin la protección de un fideicomiso protegido contra insolvencias. En nuestro medio tenemos el Título de Crédito Hipotecario Negociable que se concibe dentro del Sistema Financiero Nacional como una

---

herramienta que permite a estas empresas conceder créditos con la hipoteca que este título representa, y se otorgue medidas de seguridad y confianza a quienes adquieran estos valores en el mercado; además no solo tiene una función crediticia sino también financiera, buscando facilitar la concesión de los créditos a favor del deudor hipotecario, cuya deuda se incorpora en un título y a su vez representa una garantía hipotecaria.

Asimismo, en la titulización, las empresas del sistema financiero tenedoras de títulos hipotecarios solo participaran por el exceso resultante a su favor, el bien gravado con la hipoteca será separado de la masa concursal, y las empresas del sistema financiero serán beneficiadas con el monto equivalente al valor de realización del bien.

En cuanto a los bonos estructurados cubiertos con garantía hipotecaria también pueden ser introducidos a nivel europeo, y según el autor en la medida que tienen una gran incidencia en el mercado europeo especialmente en el mercado inglés y los países bajos donde suelen utilizarse para cubrir el vacío entre los países donde no existen disposiciones especiales sobre insolvencia.

Finalmente, a la luz de la teoría propia de la ciencia jurídica y de la evaluación de la experiencia crediticia, se determina que es muy importante una reforma del Derecho Inmobiliario a nivel de los Estados y a nivel de Europa para dar paso a la figura de la eurohipoteca y la *eurotrust*. Ese es el desafío de la Unión Europea para el futuro, en la búsqueda del equilibrio, el desarrollo y crecimiento sostenido del mercado inmobiliario a nivel europeo.

Tal como ha sido expuesta la realidad del crecimiento del mercado inmobiliario europeo, es preciso que revisemos las cifras del mercado peruano que consideramos está viviendo un resurgimiento de la actividad de la construcción, impulsado en gran parte por planes de financiamiento para vivienda públicos, que amerita la calificación de "boom inmobiliario". La actividad constructora en Perú se convirtió en uno de los sectores más dinámicos de la economía. En enero de 2008 creció un 21% y acumuló ya 34 meses de crecimiento continuo a una tasa promedio mensual de 14,4%, muy por encima de la expansión promedio del PBI global en el mismo periodo (8,0%). Además, según información del INEI (Inst. Nac. de Estadística e Informática) el consumo interno de cemento indicador directo del sector aumentó casi 23% en febrero, lo que se traduciría en un crecimiento constructor de alrededor de 20% para el primer bimestre del 2008.

Por otro lado las proyecciones del BCRP (Banco Central de Reserva de Perú) realizadas en enero, estimaban que el sector construcción crecería 13% en el 2008. Sin embargo, a la luz de los resultados de los primeros meses del año se superaría largamente este cálculo, toda vez que la construcción se ha erigido en el principal dinamizador de la economía peruana<sup>39</sup>, en cuyo crecimiento influyen y se destacan las obras relacionadas con la edificación de viviendas y centros comerciales, favorecidos por las condiciones de acceso al financiamiento a través de créditos hipotecarios promovidos por el Estado y otras fuentes del sistema financiero.

Solo en los últimos 18 meses se construyeron, ampliaron o mejoraron 50000 viviendas en el país, que fueron colocadas en el sector de la clase media, dado que la mayor demanda de viviendas responde al mayor número de familias

---

<sup>39</sup>El Banco Central de Reserva del Perú (BCRP) indicó que en el primer trimestre de este año el sector Construcción participó con el 10.3 por ciento del Producto Bruto Interno (PBI) y tuvo un dinamismo de 19.8 por ciento. En el segundo trimestre, la situación fue mucho mejor. el crecimiento del sector fue de 20.9 por ciento, el más alto desde 1995 y, de acuerdo con las proyecciones, mantendrá tasas superiores al 10 por ciento para los próximos dos años.

---

que tienen capacidad de adquirir créditos hipotecarios. La edificación destinada a la clase media y media alta de la población se orienta principalmente a edificios de departamentos en edificios multifamiliares. Podemos señalar que lo que opera como dinamizador del crecimiento de la construcción es el número de proyectos habitacionales destinados principalmente a la clase media baja y baja que se está incrementando de manera muy importante. Un ejemplo de ello es que en el 2007 se cuadruplicó el número de los concursos públicos convocados por el Fondo Mivivienda (empresa estatal para financiación de viviendas) para la construcción de viviendas. Así, el mayor mercado se da en los departamentos que se construyen teniendo en mente el programa *Mivivienda*, para los sectores B y C. La rentabilidad de quien construye allí está en el volumen y oscila en torno del 15%.

Se ha dinamizado el mercado de colocaciones hipotecarias y una parte importante de estas colocaciones las realizan las cajas municipales y entidades financieras pequeñas. Los créditos otorgados en el marco del programa *Mivivienda* representan el 25 por ciento del total del monto crediticio hipotecario otorgado por la banca, mientras que como número de créditos otorgados representa el 40 por ciento y debido a la continuidad en los programas habitacionales del Gobierno y las grandes inversiones realizadas por las empresas constructoras en lo referente a inmuebles destinados a vivienda ante la fuerte demanda por parte de la población, se proyecta que el financiamiento hipotecario brindado por los bancos continúe expandiéndose, lo que significa a su vez un reto y un desafío para la estructura legal del derecho inmobiliario que debe estar preparado para dar seguridad jurídica a las transacciones derivadas del crédito inmobiliario.

En este contexto por ejemplo, el fondo *Mi vivienda* se las ingenia para crecer aún más atrayendo el dinero de los expatriados, con un programa de compra de inmuebles con remesas del exterior, idea que ha sido calificada como excelente por parte de los peruanos residentes en el extranjero<sup>40</sup>.

En el crecimiento del mercado inmobiliario se presenta una trilogía importante: 1. constructores, 2. bancos que respaldan el financiamiento, y 3. una demanda creciente dado que la población con la simplificación de trámites que se ha hecho está aplicando masivamente a los créditos. Crece el interés de instituciones financieras internacionales en participar en los créditos hipotecarios del país, así como de inversionistas por los grandes proyectos habitacionales, he aquí entonces la posibilidad de que en el Perú se abra a su vez un mercado de figuras legales que puedan eventualmente proponer una renovación de las garantías clásicas del mercado inmobiliario. En efecto, se habla ya de una hipoteca futura, por ejemplo, o de hipotecas principales y subsidiarias y aunque obviamente el mercado peruano es muy pequeño en relación con el de la Unión Europea, se puede plantear desde el punto de vista legal algunos desafíos legales por renovar y dinamizar el mercado financiero hipotecario a través de nuevas garantías inmobiliarias que no pasen necesariamente por la hipoteca como figura principal, sino en otras posibilidades de renovación crediticia y garantista en el mercado.

A pesar del crecimiento del mercado peruano en materia inmobiliaria es preciso también tener cuidado, no olvidemos lo que recientemente ha ocurrido en los Estados Unidos, la crisis o caída de la llamada “burbuja hipotecaria” que alimentó durante varios años un significativo crecimiento

---

<sup>40</sup> Entre los años 2001 y 2006 las remesas de peruanos que trabajan en el exterior se incrementaron en 234.7 por ciento llegando a 3,113 millones de dólares en el 2006, y se estima que en la última década unos 2.8 millones de peruanos (más de diez por ciento de la población) han migrado a otros países.



---

económico estadounidense, donde el mercado inmobiliario se extendió enormemente y los bancos se lanzaron a vender carteras hipotecarias a agentes financieros no bancarios. Dichos agentes, apoyados en estas garantías provenientes de la capacidad de pago de las hipotecas, colocaron créditos a través de derivados financieros —sin ningún tipo de supervisión o regulación— en los llamados clientes “sub prime” (personas sin niveles suficientes de solvencia ni liquidez)<sup>41</sup>.

Por ello creemos que es necesario realizar una evaluación integral y técnica en la toma de decisiones del negocio inmobiliario, aunque se trate de un mercado competitivo y en crecimiento y en este sentido creemos que se presenta un panorama similar al descrito por el Dr. Otmar Stöcker en su trabajo cuando nos hablaba del sostenido proceso de capacitación e información iniciado por las autoridades bancarias alemanas y europeas en relación con el crecimiento del mercado y los crecientes debates académicos universitarios en torno al evidente surgimiento de la eurohipoteca.

En el Perú por ejemplo, las empresas están incluyendo en sus directorios gerentes de negocios inmobiliarios. El gobierno ha promulgado una ley que regula y norma la labor del agente inmobiliario, las universidades ofrecen diplomados y maestrías que especializan a los profesionales que laboran en dicho sector<sup>42</sup>. Estas son solo algunas muestras del buen momento y de la buena salud que por el momento goza el sector inmobiliario en nuestro país y que esperamos continúe por buen tiempo para beneficio de todos, porque según la ley de la ciclicidad, este auge por el que atraviesa la actividad inmobiliaria tendrá que disminuir en algún momento; aunque sin lugar a dudas todavía existe mucho por hacer y habrá que aprender de las experiencias positivas que se vienen dando, y en este contexto el rol de la universidad es muy importante porque es el centro de estudio, de desarrollo, de innovación y de renovación de las líneas de pensamiento que requiere la actividad económica y en especial nuestra Facultad de Derecho al haber creado la especialidad de Derecho Corporativo se ha puesto a la vanguardia para responder con creces ante los nuevos retos y desafíos que impone el crecimiento del mercado legal y el mundo globalizado donde la información no solo es una múltiple acumulación de datos, sino un proceso permanente de enseñanza, desarrollo e investigación jurídica.

Expresa el Dr. Stöcker que la eurohipoteca y *el eurotrust* necesitan de un estudio para su implementación integral en la Unión Europea y hace un llamamiento a los juristas y profesionales europeos a participar en esta labor. Consecuentes con esta propuesta del autor y después de haber revisado este interesante trabajo sobre la materia, nos permitimos emitir nuestra opinión, y al respecto creemos que el reto de la eurohipoteca es que constituya un gravamen inmobiliario flexible que cumpla con los requisitos de una estructura financiera moderna, estructurada como un instrumento de garantía crediticia neutral y que sea a su vez un instrumento financiero que funcione lo suficientemente como para servir a todos los propósitos financieros tradicionales y a las futuras exigencias crediticias; y sobre todo que sea capaz de integrarse de manera suficiente, eficiente y coherente a todos los sistemas legales europeos; he aquí la magia de la eurohipoteca para

---

<sup>41</sup>Para las familias de menor poder adquisitivo existen productos del Fondo Mivivienda como Mi vivienda que otorga créditos para viviendas de entre 35,000 y 55,000 dólares. también está ofreciendo créditos del programa Mi Hogar para viviendas de entre 10,000 y 30,000 dólares, estas últimas son las que observan un gran impulso en el mercado inmobiliario. Por último el programa Techo Propio creado para viviendas que están alrededor de 10,000 o 12,000 dólares o su equivalente en soles.

Los clientes del programa Mi Hogar pueden acceder a un subsidio de 3,000 dólares y pagar una cuota de 170 a 200 dólares y en el caso de Techo Propio también hay un subsidio de 4,000 dólares y las cuotas mensuales que pagan las familias son de alrededor de 70 dólares

<sup>42</sup>La Pontificia Universidad Católica del Perú, desde hace ya buen tiempo ofrece una especialización en materia de mercado inmobiliario

---

situarse como una de las creaciones económico-financieras de gran trascendencia jurídica, económica y financiera en el desarrollo del mercado europeo y de la economía internacional.

Por otro lado, frente a la realidad del mercado europeo, bien vale la pena dar una mirada al mercado peruano de la construcción y de los créditos inmobiliarios para saber en qué condición estamos y si en el futuro podremos hablar por ejemplo de una hipoteca andina al interior de la Comunidad Andina de Naciones o de una hipoteca Mercosur, por ejemplo, en la medida que nuestros mercados se integren y el tráfico comercial inmobiliario florezca en la región, toda vez que todos los países sudamericanos estamos inmersos en procesos de integración en los que se han trazado objetivos comunes, que implican un acercamiento de las economías y de las legislaciones en la búsqueda del desarrollo y la conquista de los mercados internacionales y en el caso concreto de la eurohipoteca, puede tratarse de un paradigma a ser imitado para promover una movilización de capitales e inversiones en materia inmobiliaria en nuestra región, cuya eventual estabilidad económica nos da una ventaja competitiva que es necesario evaluar.

De igual modo, consideramos que ante el crecimiento del mercado inmobiliario en el Perú, también se hace necesaria una revisión de las estructuras normativas sobre los créditos de consumo, las normas contractuales de carácter civil, las políticas de defensa del consumidor financiero, los reglamentos notariales de escrituración, las leyes de registro de propiedad inmueble, el otorgamiento de garantías, los procedimientos judiciales de cobranza y recuperación de créditos, entre otras disposiciones legales que urgen ser revisadas para actualizarlas y adecuarlas a las nuevas exigencias de la economía moderna y para que el mercado ampliado y de competencia que queremos no quede aplazado por rigorismos legales que no se condicen con el crecimiento y el desarrollo inmobiliario.

En este contexto, nuestra Facultad de Derecho es pionera en poner en el tapete de la discusión jurídica y del debate académico, un tema que estamos seguros dará que hablar en el futuro: la revisión de los formatos legales de la garantías inmobiliarias en el mercado, tema que no solo movilizará a la comunidad jurídica nacional e internacional, sino también a otras especialidades conexas al negocio inmobiliario como ingenieros, administradores, proyectistas, y obviamente operadores de financiamiento bancario en materia hipotecaria, entre otros.

Finalmente, la revista *Vox Juris* se constituye en la plataforma jurídica desde la cual se lanzan temas de relevancia y de trascendencia nacional e internacional en la escena del Derecho y la Economía moderna para promover nuevas líneas del pensamiento jurídico que acompañen de manera suficiente precisa y coherente, el desarrollo político social y económico de nuestro país. En este sentido, las personas que estén interesadas en profundizar el estudio y análisis de la eurohipoteca pueden consultar el trabajo del Dr. Otmar Stöcker, que ha sido objeto de comentario, cuya referencia bibliográfica aparece en el índice de la revista.

## **II. Problemas legales relacionados con la eurohipoteca (Dr. Otmar Stöcker)**

A continuación se detallan las acciones legales realizadas para facilitar las operaciones hipotecarias transfronterizas, algunas de las cuales ya se empezaron hace varios años. Antes que nada debemos empezar mencionando algunos de los principales problemas legales.

## 1. Ley aplicable

Se debe establecer una distinción clara entre el contrato de préstamo y el gravamen inmobiliario dentro las operaciones hipotecarias con connotaciones extranjeras, ya que estos pueden estar regidos por sistemas legales diferentes. En el caso del gravamen inmobiliario, la ley del país en el que se ubica la propiedad gravada, es la ley a ser aplicada (principio *lex rei sitae*). En principio, sin embargo, las partes son libres de escoger la ley aplicable al contrato de préstamo; las restricciones son impuestas en este punto, principalmente, en el crédito del consumidor. La ley privada internacional de los sistemas legales europeos reconoce que la ley aplicable en un gravamen inmobiliario y la ley aplicable al riesgo garantizado pueden ser diferentes. Esto se aplica a todos los tipos de gravámenes inmobiliarios independientemente de si son o no instrumentos accesorios.

## 2. Relación entre el gravamen inmobiliario y el riesgo garantizado

La practicidad de un gravamen inmobiliario está en gran medida determinada por su flexibilidad. Mientras más firmes sean los lazos entre el riesgo garantizado y el gravamen inmobiliario, menos flexible será la estructura del plan de préstamo. En el caso de cambios exclusivamente de los gravámenes inmobiliarios sobre el riesgo garantizado, se restringirán significativamente el cambio de acreedor y; por lo tanto, de transferibilidad, y solo serán posibles (de darse) a un alto costo y con una posible pérdida de prioridad<sup>43</sup>.

Los gravámenes inmobiliarios en Europa presentan grados muy distintos de accesoriedad y por lo tanto no pueden ser utilizados para garantizar un crédito con flexibilidad uniforme. De acuerdo con las investigaciones realizadas por vdp, se distinguen cuatro niveles de flexibilidad en los gravámenes inmobiliarios; tomaremos como comparación las formas más flexibles de gravamen inmobiliario conocidas según los sistemas legales respectivos:

- a) Accesoriedad contractual con un alto grado de flexibilidad: Dinamarca, Alemania, Inglaterra y Gales, Estonia, Finlandia, Irlanda, Escocia, Suecia, Suiza y Hungría;
- b) Accesoriedad legal con un grado relativamente alto de flexibilidad siempre que el banco y el cliente lo acuerden: Países Bajos, Austria, Polonia y España;
- c) Accesoriedad legal y bajo grado de flexibilidad: Francia<sup>44</sup>, Latvia, Lituania, Portugal, Eslovaquia y la República Checa;
- d) Accesoriedad legal con un grado muy bajo de flexibilidad: Italia.

## 3. Eurohipoteca

Los préstamos hipotecarios son muy importantes en Europa y tienen un volumen de más de 4 mil millones de euros. Aún no es posible hablar de un mercado Paneuropeo único de préstamos hipotecarios; sin embargo, el mercado hipotecario está mayormente orientado al consumo nacional. Una de las propuestas para facilitar las operaciones de crédito transfronterizas es la creación de un instrumento de garantía para préstamos inmobiliarios que

<sup>43</sup> Véase STÖCKER, Die Eurohypothek, Berlín 1992, pág. 191 y siguientes.

<sup>44</sup> Como resultado de una reforma reciente en el derecho hipotecario la "hipoteca recargable" parecería ser más flexible que las formas anteriores de hipotecas. Sin embargo, las investigaciones realizadas por vdp sobre las solicitudes factibles aún no han sido finalizadas; por lo tanto, la flexibilidad de esta nueva forma de hipoteca en Francia todavía no ha sido evaluada.

---

se pueda aplicar de modo uniforme a todos los Estados de la Unión Europea, además de la existencia de gravámenes inmobiliarios nacionales, y que puedan ser utilizados como un medio flexible y eficiente de financiamiento de operaciones inmobiliarias.

Las operaciones inmobiliarias y transacciones de financiamiento han experimentado un crecimiento dinámico en algunos Estados de la Unión Europea en los últimos años, aunque no en todos ha tenido la misma magnitud. La expansión de la Unión Europea ha atraído a diez nuevos Estados miembros. El capital no está distribuido equitativamente en toda Europa. En especial los nuevos Estados miembros de la Unión Europea necesitan un gran ingreso de capital para alcanzar el mismo nivel de los Estados miembros más antiguos. Por lo tanto, los nuevos Estados miembros han modernizado sus leyes de propiedad inmobiliaria y, en este contexto, también sus leyes hipotecarias durante los últimos años con el fin de alcanzar mejores condiciones para el capital nacional y extranjero, y, en este proceso, también han modernizado la infraestructura de sus garantías reales inmobiliarias<sup>45</sup>.

Ahora, el desafío de la Unión Europea es crear instrumentos modernos para el financiamiento transfronterizo de propiedades, basándose en las distintas tradiciones legales. Esto no es realmente un tema nuevo, tampoco lo es para el derecho inmobiliario.

### ***Directrices para la eurohipoteca***

A principios del año 1966, el llamado Informe Segré presentó su propuesta a la antigua Comisión de la Comunidad Económica Europea que sostenía que con el fin de integrar los mercados de capital europeo, se debía introducir un gravamen inmobiliario flexible, similar al Grunschuld Alemán, en todos los Estados Miembros<sup>46</sup>. Se iniciaron investigaciones al respecto, pero luego fueron interrumpidas ya que se pensaba que se obtendría mayor progreso bajo el concepto del reconocimiento mutuo de procedimientos de financiamiento. Sin embargo, esto no dio resultados para el derecho inmobiliario.

En 1987, la Unión Internacional del Notariado Latino sugirió la creación de una “eurohipoteca” uniforme para toda Europa, siguiendo el ejemplo de la *Schuldbrief* suiza; entonces se dispondría de dicha eurohipoteca además de los gravámenes inmobiliarios existentes<sup>47</sup>. Este tema ha sido motivo de debate

---

<sup>45</sup> En algunos lugares de Europa Central, actualmente existen normas que rigen mejor los gravámenes inmobiliarios que en países occidentales, por ejemplo, los registros de propiedades computarizados se encuentran bien desarrollados en Lituania y Hungría y la eliminación de los derechos de preferencia no regulados en Polonia.

<sup>46</sup> En el otoño de 1966, un grupo de expertos nombrados por la Comisión de la Comunidad Económica Europea y liderada por el Profesor Claudio Segré, posteriormente Jefe de Investigación en la Dirección General para Asuntos Económicos y Financieros de la Comisión de la Comunidad Económica Europea, presentó un informe extenso sobre “El desarrollo de un Mercado Capital Europeo”. El objetivo de los expertos era realizar una investigación global de los problemas originados por la liberalización de los movimientos del capital y las consecuencias de la integración de los mercados de capitales. Las diferencias estructurales más importantes en los mercados individuales de capitales fueron descritas y se indicaron los flujos de capital dentro de la Comunidad Económica Europea. El “Informe Segré” llegó a la siguiente conclusión (pág. 177): “Debe considerarse una prioridad la aproximación o armonización de las leyes sobre Gravámenes Inmobiliarios dentro de los Estados Miembros individuales. La carga inmobiliaria descrita en el capítulo anterior podría desempeñar un papel importante en el financiamiento de construcciones de casas cuando sea más adaptable y barata que la *hypothec*. Sería también apropiado permitir que los registros de hipotecas y cargas inmobiliarias sean realizados en una moneda distinta a la moneda nacional”. Otra conclusión a la que también llegó (pág. 165): “La introducción de una hipoteca común a todos los Estados Miembros ayudaría a integrar los mercados de capital. En este punto, se podría sugerir el Grunschuld alemán como un medio adaptable de seguridad proporcionada”. Sobre estas propuestas en el Informe Segré, véase KIRCHER, Grundpfandrecht in Europa, 2004, pág. 418 y siguientes, y pág. 442 y siguientes; STÖCKER, Die Eurohypothek, Berlín, 1992, pág. 216 y siguientes. KIESGEN, Ein Binnenmarkt für den Hypothekarkredit, Colonia, 2004, pág. 38.

<sup>47</sup> Re. Propuesta por la Unión Internacional del Notariado Latino, véase principalmente WEHRENS, ÖnotZ 1988, páginas 181-191; WEHRENS, WM 1992, páginas 557-563; WEHRENS, “Real Security Regarding Immovable Objects – Reflection on a Euro-Mortgage” (Garantía Real respecto a Bienes Inmuebles – Reflexión sobre una Eurohipoteca), en “Hacia un Código Civil Europeo”, La Haya/Londres/Boston 1998, páginas 551-564; KIRCHER (pie de páginas 35) páginas 481-506; STÖCKER, Die Eurohypothek, Berlín 1992, páginas 228 y siguientes (este libro fue traducido parcialmente al castellano por Manuel Casero Mejías y publicado: “La Eurohipoteca”, en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, Febrero 1994, páginas 91-183), WACHTER, Die Eurohypothek – Grenzüberschreitende Kreditsicherung an Grundstücken im Europäischen Binnenmarkt, WM 1999, página 49 y siguientes.

---

derecho real realizado por la Universidad Europea en Florencia, junto a otros expertos a asistir a los dos talleres en Berlín, los cuales duraron varios días. De noviembre de 2004 a abril de 2005, dichos expertos colaboraron en la redacción de las “Directrices básicas para una Eurohipoteca”, las cuales fueron publicadas por la Fundación Polonesa de Crédito Hipotecario en mayo de 2005<sup>54</sup>. Por una parte, el reto aquí era elaborar un gravamen inmobiliario flexible que cumpliera con los requisitos de una estructura financiera moderna mientras, por otra parte, crear un instrumento que funcione y sea capaz de integrarse a todos los sistemas legales europeos. Pese a que no era posible terminar la elaboración de manera detallada, dicho trabajo dio sugerencias concretas con respecto a las estructuras legales y la identificación de interfaces con los sistemas legales nacionales.

El resultado de este trabajo constituye ahora la base de una reflexión adicional que se lleva a cabo en Bruselas en relación con el desarrollo de leyes hipotecarias en Europa. Hasta la fecha, el más grande éxito de estas iniciativas ha sido que la idea de una eurohipoteca haya sido adoptada por la Comisión de la Unión Europea en su “Libro Verde sobre Créditos Hipotecarios en la UE”, el cual fue publicado el 19 de julio de 2005<sup>55</sup>. En dicho Libro, la Comisión de la Unión Europea resalta los proyectos de eurohipoteca y anuncia que las propuestas redactadas serán revisadas. El análisis económico de las sugerencias propuestas por el Grupo de Discusión sobre Créditos Hipotecarios, nombrado por la Comisión de la Unión Europea, pone la idea de una eurohipoteca en un lugar privilegiado<sup>56</sup>. La eurohipoteca también fue objeto de declaraciones de expertos ante la Comisión de la Unión Europea sobre el Libro Verde en Bruselas el 7 de diciembre de 2005. Mientras que los talleres organizados por el vdp han lidiado con el contenido de una Eurohipoteca, el debate en Bruselas se ha concentrado en la cuestión de si esta era realmente necesaria y si un instrumento parecido podría ser introducido en el llamado “26° Régimen”.

Hoy en día, no hay otros trabajos sobre la eurohipoteca en Bruselas. Existen rumores de que el Libro Blanco sobre créditos hipotecarios no tratará el tema de la eurohipoteca. Este aspecto no es negativo porque habrá mucho tiempo para realizar un análisis profundo de la ley hipotecaria en Europa sin una dura presión políticamente motivada. A nivel nacional, el debate sobre la eurohipoteca ya ha contribuido con la modernización del derecho de garantías reales hipotecarias.

Esta es la manera correcta de incluir a la eurohipoteca y temas de accesividad en más conferencias, como se realizó en junio de 2007 en Maastricht y en julio de 2007 en Aranjuez. Cada vez más especialistas que abordan el llamado “Marco común de referencia sobre el Derecho Contractual europeo” se están interesando en la idea de la eurohipoteca. Esto conllevará a un mayor trabajo científico sobre el derecho de garantías reales inmobiliarias en Europa. Varios jóvenes abogados en toda Europa ya han estudiado la flexibilidad de su ley hipotecaria nacional y empleado las “Directrices Básicas para una eurohipoteca” como un punto de referencia para sus investigaciones. Dichos estudios deberían ser iniciados y tener un mayor respaldo. La necesidad práctica de mayor información detallada es obvia.

---

<sup>54</sup> DREWICZ-TULODZIECKA/MORTGAGE CREDIT FOUNDATION, Basic Guidelines for a Eurohypothec, Outcome of the Eurohypothec workshop November 2004/April 2005, Varsovia, 2005 (FUNDACIÓN DE CRÉDITO HIPOTECARIO, Directrices básicas para una Eurohypothec, Resultado del taller de Eurohypothec de noviembre de 2004/abril 2005).

<sup>55</sup> Comisión Europea, Green Paper Mortgage Credit in the EU, Brussels, 17.6.2005, (47) y (48) (Libro Verde - Crédito Hipotecario en la UE, Bruselas, 17 de junio de 2005 (47) y (48))

<sup>56</sup> London Economics, The Costs and Benefits of Integration of EU Mortgage Markets, Report for European Comisión, DG Internal Market and Services, August 2005, p. 69 (London Economics, Los costos y beneficios de la Integración de los mercados hipotecarios de la UE, Informe para la Comisión Europea, DG-Mercados y Servicios Internos, Agosto 2005, pág. 69)

## ***Necesidad de una eurohipoteca***

Los talleres de Berlín han aclarado que no es necesaria una eurohipoteca cuando un solo banco otorga a un cliente un préstamo que está garantizado por un gravamen inmobiliario dado que nada de esto cambia durante el periodo total del préstamo. Sin embargo, esta simple estructura se está convirtiendo cada vez más en la excepción. Las inversiones inmobiliarias, por su naturaleza, son y seguirán siendo inversiones a largo plazo, porque el capital empleado en su financiamiento puede ser devuelto solamente en periodos largos de tiempo. Los cambios en los ciclos económicos, que también se reflejan en las estructuras de financiamiento, se están volviendo cada vez más frecuentes tanto en los sectores comerciales y privados; esto se da particularmente en el caso de los países de Europa Central y del Este, con su rápido desarrollo económico y social.

Los préstamos inmobiliarios garantizados son actualmente modificados, amortizados, sometidos a sindicación inicial como posterior, transferidos, certificados, garantizados por cargas sobre más de una propiedad, divididos y vendidos en parte. El refinanciamiento de medidas, optimización del patrimonio neto, control de riesgos y la diversificación, hacen que la transferencia de carteras de préstamos hipotecarios<sup>57</sup> sea ahora cada vez más necesaria.

Ni bien el riesgo del préstamo garantizado es afectado por un cambio en el financiamiento, la pregunta que inmediatamente surge es qué consecuencias legales traerá esto sobre el gravamen inmobiliario. Si el cambio consiste en el hecho de que el riesgo garantizado va a ser remplazado por un nuevo riesgo, esto simplemente significa que, en caso de una hipoteca estrictamente accesorio, la hipoteca expirará y se tendrá que crear otra como garantía para el nuevo riesgo. Esto genera costos y cargos, una pérdida de prioridad y toma mucho tiempo<sup>58</sup>.

Muchos sistemas legales nacionales ofrecen soluciones para algunos problemas legales, pero generalmente solo para estructuras específicas<sup>59</sup>. Esta es una tendencia general para debilitar la accesoriedad estrictamente<sup>60</sup>, aunque esto se realice de manera no uniforme para un grupo determinado de casos, todos con diferentes estructuras. Todas estas soluciones son muy difíciles a nivel nacional, pero prácticamente irresolubles en situaciones transfronterizas<sup>61</sup>.

Por consiguiente, una eurohipoteca no deberá ser diseñada según las líneas de estructuras financieras individuales específicas sino que deberá ser estructurada como un instrumento de garantía crediticia neutral, lo suficientemente flexible como para servir a todos los propósitos financieros tradicionales y también satisfacer las futuras exigencias de la estructura crediticia.

<sup>57</sup> El Grupo de Fundación establecido por la Comisión Europea a inicios de 2006 identificó el asunto de los obstáculos legales en la transferencia de carteras hipotecarias como uno de los problemas más importantes y urgentes en la creación de un mercado único europeo de crédito hipotecario.

<sup>58</sup> En la necesidad de una Eurohypotheek desde el punto de vista económico, vea Stöcker, *Die Eurohypotheek Struktur einer ökonomischen Analyse*, Immobilien & Finanzierung 2005, pág. 766 y siguientes.

<sup>59</sup> En Francia, se han introducido disposiciones especiales en la transferencia de hipotecas, pero éstas sólo se aplican a casos especiales regulados ahí; vea Stöcker, *Die Eurohypotheek* pág. 108 y siguientes. Dichas disposiciones especiales han sido adoptadas en varios países europeos durante los últimos años para facilitar la titulación del crédito hipotecario, ejemplo (también como el caso de Francia) en España y Bélgica, es decir, donde la transferencia de hipotecas para propósitos

<sup>60</sup> Esto es evidente, por ejemplo, en el uso ahora casi abrumador de hipotecas de gran envergadura en Austria, la "hypothèque pour toutes sommes" (la hipoteca para todos los montos) en Bélgica y la introducción en el 2006 de la "hypothèque rechargeable" (hipoteca recargable) en Francia.

<sup>61</sup> La ley francesa sobre "obligations foncières" (obligaciones hipotecarias) estipula que las hipotecas pueden ser transferidas, sin cumplir con las disposiciones generales del derecho civil, desde el banco matriz (emisor u ordenante) a la subsidiaria del banco altamente especializada en hipotecas, que luego emite los bonos cubiertos o con garantía hipotecaria franceses pagados. No obstante, esto solamente se puede aplicar a las hipotecas francesas porque la legislación francesa no puede invalidar la legislación hipoteca extranjera ni la inscripción de propiedades que afecten el derecho real.

## **Protección al propietario**

El principio más importante es que una eurohipoteca no deberá ser un nuevo producto de crédito sino simplemente un gravamen inmobiliario uniforme en toda Europa. Por ello, ninguno de los grandes desacuerdos políticos con respecto al nivel de protección del cliente tanto en las operaciones crediticias nacionales como transfronterizas deberán ser aplicadas a la eurohipoteca.

Desde luego, se debe indicar, en un contexto de protección al cliente, que el propietario de una propiedad gravada por una Eurohipoteca no debe ser colocado en una peor posición que la de una hipoteca nacional. Esto es casi factible, como se puede observar en las propuestas presentadas por el grupo de expertos de Berlín.

Si la eurohipoteca fuera creada, por ejemplo, en la estructura de una carga inmobiliaria alemana (*Sicherungsgrundschuld*), el riesgo teórico que enfrentaría un propietario al ser obligado a pagar dos veces en el caso de que una deuda de crédito, y dicha carga inmobiliaria fuera asignada a diferentes acreedores sin un acuerdo, no depende de la carga inmobiliaria en sí, sino en el efecto del principio legal alemán de buena fe en relación con las inscripciones en el registro de propiedades. Por lo tanto, sería necesario establecer que las demandas y objeciones según el contrato de garantía, la deuda y la carga inmobiliaria, podrían ser mantenidas contra cualquier persona que adquiera el gravamen inmobiliario. No obstante, el propietario deberá aprovechar la oportunidad en los procesos, simplemente como en el caso de una hipoteca accesoria (*Hypothek*)<sup>62</sup>.

Para expresar esta idea de apropiación de una manera más sencilla por medio de un contrato de garantía, la frase que ahora se emplea en relación con la eurohipoteca no es “no accesoriadad” sino “accesoriadad contractual”.

Por lo tanto, la flexibilidad en un gravamen inmobiliario se logra al convertir la accesoriadad de ley<sup>63</sup> en accesoriadad contractual<sup>64</sup> por medio de un contrato de garantía prescrito en las leyes. El simple cambio de terminología, de “no accesoriadad” a “accesoriadad contractual”, ha contribuido con una interpretación más clara de la estructura básica de una eurohipoteca y del instrumento legal central de un contrato de garantía, también ha desviado un mayor número de oposiciones con respecto a los fundamentos teóricos, especialmente en las familias del derecho romano.

### **4. Eurotrust**

El Grupo de Discusión de la UE también ha apoyado la idea de una ley de *trusts* (fideicomisos) conjuntamente con la de la eurohipoteca<sup>65</sup>.

Debido a la separación técnica y legal de la deuda de préstamo del gravamen inmobiliario, una eurohipoteca podría facilitar la estructura de las garantías a nivel europeo sobre la base del principio de que solamente la deuda del préstamo es vendida o transferida, pero el gravamen inmobiliario se mantiene en fideicomiso, lo cual también podría llamarse relación fiduciaria. No obstante, es muy importante garantizar que dicha relación fiduciaria sea contra insolvencias, ejemplo: que el beneficiario de la relación fiduciaria mantenga su estado legal completo, incluso si el fiduciario cae en insolvencia<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> Ver en detalle KÖNDGEN/STÖCKER, “Die Eurohypothek Akzessorietät als Gretch-enfrage?” ZBB 2/2005 pág. 112 y siguientes.

<sup>63</sup> Los términos empleados en los debates europeos son “accessoriété légale” y “statutory accessoriness” (accesoriadad legal)

<sup>64</sup> Esto es llamado “accessoriété conventionnelle obligatoire” y “compulsory contractual accessoriness”

<sup>65</sup> CE, Informe del Grupo de Discusión, pág. 31 (118)

<sup>66</sup> Ver arriba en I.4 con respecto al registro de financiamiento alemán.

## 5. Aplicaciones de la eurohipoteca y Eurotrust

- a) Con estos dos instrumentos legales, la *formación de consorcios financieros o sindicaciones en toda Europa* será mucho más fácil de lo que es hoy en día. Luego sería posible no solo recurrir a un gravamen inmobiliario uniforme o único para todos los sistemas legales, sino también hacer uso del mecanismo del “trust” o fideicomiso muy común en los entornos legales anglosajones, o de la herramienta “Treu-hand” desarrollada por el derecho alemán, al establecer que la eurohipoteca fue creada solo para el beneficio de un “fiduciario”. Para que este fiduciario pueda brindar una condición de protección contra insolvencias a los miembros del sindicato financiero en caso de que el fiduciario caiga en insolvencia, tendría que tener su domicilio social en el país que reconozca su condición de fideicomiso protegido contra insolvencias<sup>67</sup>. También sería apropiado la creación de una norma común europea a este respecto, el denominado “Eurotrust”<sup>68</sup>.
- b) Lo mismo también se aplica al financiamiento transfronterizo de créditos hipotecarios por medio de “securitisation” o *titulización*. Con la titulización, la característica predominante es la transferencia hipotecaria protegida contra insolvencias a un SPV (Entidad instrumental de titulización de activos o EFE). Dicha operación, llamada “venta real” en el lenguaje internacional, no es lo mismo que una cesión y transferencia según la ley de derechos reales. Una “venta real” debe ser realizada por medio de la operación de separación especial de activos protegida contra insolvencias en caso de insolvencia del promotor de la titulización; generalmente este no solo será el prestamista original, sino también el controlador de los préstamos hipotecarios. Con una Eurohipoteca bajo la forma establecida en las directrices básicas, el riesgo del préstamo podría sin lugar a dudas ser transferido a la entidad instrumental SPV o EFE mientras que la eurohipoteca (que es un derecho legal separado del riesgo del préstamo) podría ser guardado en fideicomiso por el promotor para evitar los altos costos y retrasos causados por modificaciones al registro de propiedades, y esto podría ser así en toda Europa. Sin embargo, no habría posibilidades de éxito en esta figura sin la existencia de una separación legal entre el riesgo del préstamo asegurado y el gravamen inmobiliario y sin la condición de un fideicomiso protegido contra insolvencias.
- c) Los “*bonos cubiertos o con garantía hipotecaria estructurados*” que aparecieron recientemente también podrían ser introducidos parcialmente a nivel de toda Europa, ya que es de vital importancia que los gravámenes inmobiliarios sean transferidos a una entidad instrumental SPV o EFE. Los “bonos cubiertos o con garantía hipotecaria” son ahora una terminología internacional habitual para productos como el “Pfandbrief” alemán o las “cédulas hipotecarias/territoriales” españolas. Son de gran importancia en el mercado; a fines de 2006, el volumen de todos los bonos cubiertos o con garantía hipotecaria en Europa aumentó a

<sup>67</sup> Este es el caso, por ejemplo, de los círculos legales ingleses y también según la ley alemana como resultado del registro de financiamiento.

<sup>68</sup> Ver al respecto Nasarre-Aznar/Stöcker, Eurohypotheek y Eurotrust Future Instruments of a Pan-European Mortgage Market, in de VRies Robbè/Alí (ed.), Innovations in Securitisation, Yearbook 2006, Alphen aan den Rijn 2006, p. 111 y siguientes.



aproximadamente 1.9 trillones de euros<sup>69</sup>. El objetivo de los bonos cubiertos o con garantía hipotecaria estructurados en el Reino Unido<sup>70</sup> y los Países Bajos es usar estructuras normales de titulización para cubrir el vacío entre los países donde no existen disposiciones especiales sobre legislación de insolvencias. Esto significa que los préstamos hipotecarios son “transferidos” a una entidad instrumental SPV o EFE<sup>71</sup>. Dicha EFE o SPV garantiza los bonos emitidos por una entidad de crédito<sup>72</sup>, que por su parte es exigida para que las disposiciones especiales de las leyes de la UE sobre bonos cubiertos o con garantía hipotecaria puedan ser aplicables<sup>73</sup>. La transferencia de préstamos hipotecarios de una entidad de crédito a una EFE o SPV genera muchos problemas<sup>74</sup> en el contexto del derecho inmobiliario. Esto podría ser resuelto parcialmente por una eurohipoteca, tal como se describe anteriormente, con respecto especialmente a las carteras de activos cubiertos o garantizados que se hallan en toda Europa.

- d) Si la transferencia de un préstamo hipotecario fuera más fácil o si pudiera ser reemplazado por soluciones en fideicomiso, esto también sería posible para un gran número de préstamos hipotecarios. Con una eurohipoteca y un *eurotrust*, la expansión de carteras diversificadas pan-europeas de préstamos hipotecarios sería más fácil, con posibles beneficios positivos respecto a la expansión de riesgos por las entidades de crédito y el uso más eficiente de estructuras de financiamiento. Todo esto se aplica igualmente al tradicional *Pfandbriefe*, a los bonos cubiertos o con garantía hipotecaria estructurados y a los valores con garantía hipotecaria.

## **6. Mesa Redonda sobre “La Flexibilidad de los Gravámenes Inmobiliarios en Europa Central”**

Un análisis de la teoría jurídica fundamental y de una evaluación sistemática de la experiencia en la práctica crediticia es muy importante para la reforma del derecho hipotecario. Esto se aplica tanto a nivel nacional como europeo.

A fin de realizar un mayor trabajo en una base más amplia, el VDP ha establecido una Mesa Redonda sobre “La Flexibilidad de los Gravámenes Inmobiliarios en Europa Central”. Se han sostenido tres debates en dos días con destacados expertos de Austria, Bosnia-Herzegovina, Croacia, Estonia, Alemania, Hungría, Polonia y Eslovenia, con respecto a los principios teóricos y los aspectos prácticos de sus gravámenes inmobiliarios nacionales, concluyendo con detallados informes nacionales. Estos países fueron seleccionados de acuerdo a si hubo actualmente gravámenes inmobiliarios no

<sup>69</sup> Ver European Covered Bond Council (ECBC); European Covered Bond Fact Book, Bruselas, Agosto 2007, p. 15. Aquí se explican la mayoría de los bonos cubiertos o con garantía hipotecaria estructurados en Europa. Para mayor información visitar la página web de la ECBC “[hypo.org](http://hypo.org)” que cuenta con informes nacionales adicionales, información legislativa y una perspectiva general.

<sup>70</sup> Según la versión del Reino Unido de los bonos cubiertos o con garantía hipotecaria estructurados ver Engelhard en: ECBC, European Covered Bond Fact Book, Bruselas, Agosto 2006, p. 125.

<sup>71</sup> Con el MBS, la entidad instrumental SPV emite instrumentos de bonos, con bonos cubiertos o con garantía hipotecaria estructurados que el SPV garantiza los instrumentos de bonos emitidos por una entidad crediticia.

<sup>72</sup> Los instrumentos también se han emitido recientemente en los EE.UU., algunos de los cuales son denominados “bonos cubiertos o con garantía hipotecaria contractuales”. Estos no son emitidos por una entidad crediticia, sin embargo, en el caso de la Washington Mutual por un trust o fideicomiso con sus oficinas principales en Delaware. La estructura se establece detalladamente en el prospecto básico de 4.9.2006, p6 y siguientes.

<sup>73</sup> La disposición especial más importante es la relacionada a la ponderación del riesgo en el caso de los bonos cubiertos o con garantía hipotecaria; cf. a este respecto Engelhard, Covered Bonds and the EU Capital Requirements Directive, en ECBC, European Covered Bond Fact Book, Bruselas, Agosto 2006, p. 179 y siguientes.

<sup>74</sup> Con estas “transferencias” es necesario considerar si estas son transferencias legales reales o sólo cargas o garantías sobre los activos con garantía o si existe alguna estructura específica según la ley alemana (especialmente una cesión equitativa sobre una carga equitativa). También es necesario analizar si las operaciones cubren los activos en su totalidad o sólo en parte. También es necesario preguntarse cuáles son las consecuencias que la cesión o la transferencia de garantías pueden tener frente a otros riesgos para los cuales la garantía cedida o transferida también estaba destinada originalmente en garantía.

---

accesorios o gravámenes inmobiliarios que presentan una accesoriidad extremadamente suelta o si los gravámenes inmobiliarios flexibles de ese tipo pretendían ser introducidos en sus sistemas legales nacionales. Los resultados de dicha Mesa Redonda han sido publicados recientemente<sup>75</sup>. El vdp pretende ampliar este diálogo a otros países<sup>76</sup>.

Los resultados a la fecha han mostrado que en muchos países se utilizan las hipotecas con montos máximos; algunas de estas son extremadamente flexibles pero siempre y cuando no haya un cambio de propietario o acreedor. No se encuentra casi terminada ninguna revisión profunda del derecho comparado sobre gravámenes inmobiliarios en Europa. Hay una gran necesidad de examinar el enlace teórico entre el contrato de préstamo y la creación de gravámenes inmobiliarios, mediante preguntas relativas a la carga de pruebas y adquisición de buena fe<sup>77</sup> y sobre la utilización de pagarés abstractos<sup>78</sup>.

## Resumen

### Eurohipoteca

Las operaciones inmobiliarias complejas y el financiamiento (por ejemplo, el financiamiento y estructuración de carteras) exigen gravámenes inmobiliarios modernos y flexibles. Este es, desde luego, el caso a nivel nacional, pero es aun más el caso en operaciones transfronterizas. La expansión de las carteras diversificadas pan-europeas de crédito hipotecario, y de su cesión a otros bancos o mecanismos de refinanciamiento, es un desafío importantísimo que desafortunadamente a menudo no se supera, por lo menos no sin incurrir en gastos desmesurados.

La eurohipoteca y el *eurotrust* podrían constituir un medio viable para lograr esto. Ya están sobre la mesa las primeras propuestas concretas. Se hace un llamamiento a los juristas y profesionales europeos a participar en esta labor. Aunque el desarrollo de dichos instrumentos legales a nivel europeo podría tardar un tiempo, desde luego que el trabajo sirve de algo. El trabajo realizado sobre los principios del Derecho Hipotecario en Europa puede por lo menos constituir un aporte claro a las mejoras que se hagan a nivel nacional, lo cual está demostrado en algunos ejemplos alentadores de Europa Central y Europa del Este.

---

<sup>75</sup> Stöcker, Otmar (Red.): "Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa", Band Ergebnisse der Workshops vom Juni 2005/Dezember 2005/Juni 2006 en Berlin (Flexibility of Real Estate Collateral in Europa, Volume 1), Berlin 2006, vdp series volume 23.

<sup>76</sup> Durante la próxima ronda de diálogos se recibirán informes sobre Noruega, Rusia, Rumania, Serbia, Turquía y Ucrania. Después de eso, los círculos legales ingleses y del norte podrían ser incluidos y posiblemente, después, se eleve la importancia de las familias de tradición romana.

<sup>77</sup> En muchos países, es habitual con hipotecas accesorias para que el banco tenga confirmación del desembolso del préstamo en el contrato que crea la hipoteca, para que el desembolso no se realice hasta ese entonces. Esto significa, en principio, que el mismo efecto se logra con la creación de una carga inmobiliaria no accesorio antes del desembolso del préstamo, lo cual es totalmente legítimo y necesario desde el punto de vista del banco. Aquellos que enfatizan el efecto de protección al consumidor de la accesoriidad estricta de sus hipotecas no mencionan sin embargo esta práctica extendida.

<sup>78</sup> En Suecia un gravamen inmobiliario no se crea para asegurar el préstamo; un "skuldebrev" se crea al lado del préstamo como un compromiso separado. También es interesante señalar que en muchos estados federales de los Estados Unidos es habitual crear un gravamen inmobiliario para un pagaré, el cual también constituye un compromiso independiente existente parcialmente al préstamo. Según la práctica crediticia alemana también, el uso se realizaba algunas veces mediante la combinación de un pagaré abstracto asegurado por medio una hipoteca aunque esta práctica se discontinuó porque la carga inmobiliaria asegurada era más fácil de manejar; ver también con respecto a dicha "hipoteca abstracta" Baur/Stürner, Sachenrecht, edición 17, Munich 1999, § 36, párrafo 76, §37 párrafos 18 y § 40, párrafo 45 y siguientes.