

IUS_{ET} PRAXIS

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO N.ºS 48-49, 2017-2018

Publicidad e internet: algunas perlas ocultas
en la realidad peruana

Uber, el cisne negro de los taxis

Discriminación a consumidores con discapacidad
visual acompañados por perros guía

El intercambio de información entre competidores
y su tratamiento en el Perú

IUS^{ET} PRAXIS

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO *N.ºs 48-49, 2017-2018*



UNIVERSIDAD
DE LIMA

FONDO EDITORIAL

Ius et Praxis

Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima
Núms. 48-49, 2017-2018

Director general:

José Luis Germán Ramírez-Gastón Ballón

Editor:

Raúl Edmundo Pardo Mendoza

Comité editorial

Ronald Cárdenas Krenz (Universidad de Lima, Perú)

Elizabeth Maquilón Acevedo (Universidad de Lima, Perú)

Joaquín Missiego del Solar (Universidad de Lima, Perú)

Milagros Terry Gamarra de Schneider (Universidad de Lima, Perú)

Enrique Varsi Rospligiosi (Universidad de Lima, Perú)

© Universidad de Lima

Fondo Editorial

Av. Javier Prado Este 4600

Urb. Fundo Monterrico Chico, Lima 33

Apartado postal 852, Lima 100, Perú

Teléfono: 437-6767, anexo 30131

fondoeditorial@ulima.edu.pe

www.ulima.edu.pe

Edición, diseño y carátula: Fondo Editorial de la Universidad de Lima

Impreso en el Perú

Los trabajos firmados son de responsabilidad de los autores. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta revista, por cualquier medio, sin permiso expreso del Fondo Editorial.

ISSN 1027-8168

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 99-0956

Índice

Presentación	7
Derecho y mercado	9
Publicidad e internet: algunas perlas ocultas en la realidad peruana <i>Andrea Nanette Gonzalez León</i>	11
¿Buen gobierno corporativo en curso? <i>Renzo Alfredo Canalle Paz</i>	25
Promoción de mecanismos de prevención y solución de conflictos para la eficacia en la protección de los consumidores <i>Carolina Aquise Niño de Guzmán</i>	49
Discriminación a consumidores con discapacidad visual acompañados por perros guía <i>Edwin Gabriel Aldana Ramos</i>	67
El derecho al pago anticipado de los consumidores y los créditos hipotecarios otorgados con subsidio del Estado <i>Magda Eveling Roa Quispe, José Luis Herrera Pachari</i>	89

Mercado y conductas anticompetitivas <i>Rosa Liliana Dávila Broncano</i>	117
Uber, el cisne negro de los taxis <i>Pablo Sánchez Nássif, Luis Ricardo Morello Bustios, Bardo Untiveros Ríveros</i>	139
El intercambio de información entre competidores y su tratamiento en el Perú <i>Rodrigo López Villanueva</i>	151
Miscelánea	169
Acerca de la naturaleza jurídica del cadáver <i>Ronald Cárdenas Krenz</i>	171
La aplicación de la teoría objetiva del valor en el ordenamiento civil y sus consecuencias en la vida de los peruanos <i>Sergio Sifuentes Sánchez</i>	193
Tesis	213
Las armas en el Perú: una propuesta para el análisis sobre su regulación y control <i>Stephany Paola Recoba Vega</i>	215
La eficacia de la obligación de sumisión a las autoridades nacionales competentes en el marco de la OIT: análisis del caso peruano en el período 2012-2016 <i>María Teresa Novoa Cárdenas</i>	225
Autores	243
Pautas para la publicación de artículos	249

Presentación

La revista *Ius et Praxis* fue fundada en 1982, es decir, en el segundo año de actividades de nuestra Facultad. A lo largo de sus 37 años de vida institucional, la revista de la Facultad de Derecho ha experimentado cambios dirigidos a consolidar su presencia como revista jurídica líder en el medio.

Ciertamente, *Ius et Praxis* ha construido una plataforma que se ha convertido en el canal de expresión de la producción académica de sus profesores, egresados, alumnos e ilustres juristas nacionales y extranjeros especialmente invitados, para realizar significativos aportes de investigación en las diversas secciones del derecho.

La presente edición reúne una selección de artículos basados en temas que revisten especial interés dentro de la inmensa variedad de especialidades del derecho. En esta oportunidad, incluye una valiosa compilación de novedosos trabajos de investigación basados en temas de derecho y mercado, cuyos autores nos ofrecen un enfoque actualizado de las relaciones de consumo y el equilibrio que el Estado debe garantizar entre la promoción de las iniciativas empresariales y la protección de los derechos de los agentes del mercado.

Este contrapunto es analizado incisivamente por los ponentes mediante observaciones interesantes y propuestas innovadoras, que nos invitan a reflexionar sobre ellas.

Qué duda cabe de que el constante esfuerzo por investigar constituye un desafío, sobre todo cuando advertimos que la solución a los problemas que nos plantea el derecho resulta inacabable, teniendo muchas veces que recurrir a evaluar otros factores que se encuentran fuera de su ámbito.

En este sentido, estamos seguros de que los artículos que forman parte de la presente edición constituyen un gesto simbólico de diálogo que le servirá al lector para el esclarecimiento de sus ideas generando un espacio de reflexión para el robustecimiento de su conocimiento sobre el derecho.

Finalmente, en mi condición de decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y director de esta revista, deseo expresar mi más profundo agradecimiento a los autores que han participado en esta edición; pero de manera especial a los alumnos colaboradores de la misma, quienes con su esfuerzo y dedicación han contribuido a poner de relieve la investigación como una herramienta necesaria para difundir el conocimiento jurídico y su desarrollo.

Germán Ramírez-Gastón B.

Director

Derecho y mercado

Publicidad e internet: algunas perlas ocultas en la realidad peruana

Andrea Nanette Gonzalez León

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Lima, Perú

Recibido: 19/5/2018 / Aprobado: 24/1/2019

doi: 10.26439/iusetpraxis2018.n48-49.4497

RESUMEN. El presente artículo pretende acercarnos a la realidad de la publicidad peruana ejercida por los denominados *celebrities* o *influencers*. En un principio, tal actividad estaría disfrazada como una recomendación u opinión personal; sin embargo, al ser analizada según los criterios de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, se puede concluir que tendría un fin concurrencial en el mercado y, por ende, sería pasible de ser sancionada.

PALABRAS CLAVE: publicidad / referente / redes sociales / competencia desleal

Advertising and the Internet: some hidden pearls in the reality of life in Peru

ABSTRACT. This article aims at approaching the reality of advertising in Peru by the so-called celebrities or influencers. At first, such activity would be disguised as a recommendation or personal opinion; however, when analyzed under the criteria of the Law of Repression of Unfair Competition, it can be concluded that advertising in Peru has a concurrent purpose in the market and, therefore, is liable to be sanctioned.

KEYWORDS: advertising / referent / social networks / unfair competition

INTRODUCCIÓN

La globalización y la facilidad para acceder a internet han presupuesto, en el contexto mediático, múltiples cambios relevantes en la vida de las personas, así como en la forma de incentivar mayores transacciones a favor de los proveedores. En la actualidad, con solo un clic es posible comunicarse con alguien de cualquier parte del mundo, realizar una compra de China a Perú, entre otras acciones similares, sin tener que conocer o hablar con la “persona” que se encuentra al otro lado de la red. Por ello, tanto las empresas que llevan determinado tiempo en el mercado como los nuevos emprendedores no han dejado pasar la oportunidad para ofrecer sus productos o servicios a través de la red, lo que resulta muchas veces económicamente más eficiente.

En medio de estos cambios, la actividad publicitaria no podía perder protagonismo. Ahora ya no solo se hace publicidad mediante radio, televisión y prensa escrita, sino también a través de las redes sociales, los buscadores y otro tipo de páginas que se lanzan día a día en la red. Lo único que ha cambiado es el soporte, lo que se llama *era digital*. Por ello, en estos últimos años, la mayoría de los anunciantes han ido trabajando diversas estrategias para posicionar su marca en el mercado no solo nacional, sino también mundial, adaptándose a las diversas necesidades y gustos de los consumidores, quienes suelen pasar muchas horas del día conectados a las redes sociales.

Ante esta nueva era, la publicidad como tal cumple un papel importante, en tanto que rompe barreras que antes no podía traspasar, como el tamaño y alcance de una determinada marca, entre otros factores.

Como medio publicitario, el valor más destacable de internet es que ha permitido el acceso a todo tipo de anunciantes sin importar el tamaño o naturaleza del mismo; es decir, una pequeña o mediana empresa, cuyo ámbito de actuación esté muy localizado geográficamente, puede competir con una gran empresa nacional o, incluso, con una multinacional en igualdad de condiciones, planificando sus campañas *online* con las mismas herramientas y consiguiendo resultados muy similares en cuanto a efectividad. Es lo que se llama la democratización de la publicidad. (Muela, 2008, p. 185)

En este artículo, se pretende dar un nuevo enfoque a la calidad de anunciante con que cuentan los *celebrities* o *influencers*, quienes brindan “recomendaciones” u “opiniones” sobre diversos productos o marcas a

través de sus blogs, páginas o redes sociales —en especial, Facebook, Twitter e Instagram—, que resultan ser más que sospechosas. Al respecto, resulta importante mencionar que la publicidad interactiva revierte mayor rentabilidad económica y comunicativa en comparación con otros medios tradicionales.

BREVE ANÁLISIS DEL DECRETO LEGISLATIVO 1044

En el Perú, la regulación sobre competencia desleal se encuentra actualmente establecida en el Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal¹. Sobre el particular, cabe precisar que dicha norma derogó el Decreto Ley 26122 (antigua Ley sobre Represión de la Competencia Desleal) y el Decreto Legislativo 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, las cuales, como su mismo nombre lo indica, trataban los temas de publicidad y defensa del consumidor, por lo que resultó necesario realizar la integración de ambos decretos.

En este punto, conviene señalar que en la Ley de Represión de la Competencia Desleal no solo se ha unificado la normativa referida a publicidad y defensa del consumidor, sino que también se ha plasmado la tendencia jurisprudencial desplegada por el Instituto Nacional de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) por más de diez años. Por lo tanto, esta norma podría ser considerada como una manifestación expresa del desarrollo de la casuística peruana.

Sobre el particular, en la parte considerativa de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, se procuró dar un alcance, entre otros, sobre los refuerzos que se realizaron de acuerdo con las necesidades observadas en la casuística y con las que surgieron en el mercado. Así, se destacó el principio de la primacía de la realidad, además de establecerse conceptos claros y criterios de análisis que puedan generar mayor predictibilidad en la aplicación de la norma a fin de establecer y esclarecer las conductas que podrán ser consideradas como desleales.

Al respecto, el artículo 5 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal señala:

1 Publicada el 26 de junio del 2008 y vigente desde el 27 de julio del mismo año.

Artículo 5.- Primacía de la realidad

La autoridad administrativa determinará la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. La forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos. (Decreto Legislativo 1044, 2008)

El principio de la primacía de la realidad permite a la Administración determinar la verdadera naturaleza de las conductas, a fin de verificar si un competidor incurre en un acto de competencia desleal. Para esto, se podrán observar las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. En virtud de ello, se podría decir que este principio es una puerta de acceso para que se puedan determinar nuevas conductas que no se encuentren tipificadas en el listado de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, pero que podrían ser consideradas como actos desleales, en atención a las nuevas tendencias e innovaciones que surgen en el mercado.

Concepto de competencia desleal

Como es bien sabido, el mundo se encuentra ante una economía social de mercado, que se puede entender como un modelo mixto: económico y social. Con él se pretende, a través de la libre iniciativa y la competencia, el avance y mejora económica, permitiendo incluso la intervención del Estado en ciertas materias.

Así las cosas, y procurando el bienestar social del mercado, diversos agentes económicos (empresa, consumidor, Estado) pugnan para lograr la mayor realización de transacciones sobre bienes y servicios ofrecidos, lo que genera una real competencia constante e intensa. Sobre el particular, se puede señalar que la transacción comercial lograda por una determinada empresa será una menos que pueda conseguir su competidor. No obstante, si bien esa transacción perjudicó a la segunda empresa mencionada, lo cierto es que dicha conducta en sí misma no puede ser considerada como desleal, siempre que se haya dado en atención a las buenas prácticas, ofertas superiores, mayor y mejor información (clara, veraz, oportuna, entre otros), mayor calidad en los productos o servicios, entre otros, es decir, en atención a la eficiencia. Sin embargo, cuando la empresa A logra realizar una transacción mediante prácticas que van en contra de la

buena fe empresarial, estas serán consideradas como desleales y, por ende, sancionadas por la Administración.

En esa línea, en el ámbito general del derecho de la competencia se distinguen dos espacios de regulación. Por un lado, la represión de conductas anticompetitivas, destinadas a limitar o restringir la libre competencia por parte de los agentes económicos; y, por otro lado, la represión de la competencia desleal, que se explicará más adelante (Baylos, 1993, p. 284).

Entonces, se puede concluir que un acto se considera “desleal” cuando un competidor (empresa A) busca para sí mismo un beneficio económico por medios ajenos a su propia eficiencia, de manera que perjudica a su competencia (empresa B o un determinado sector económico) y vulnera la buena fe empresarial.

Sobre la cláusula general

A partir de lo anterior, es pertinente ofrecer un pequeño alcance sobre la tan famosa cláusula general, que se encuentra regulada en el artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal:

Artículo 6.- Primacía de la realidad

6.1.- Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera que sea la forma que adopten y cualquiera que sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten.

6.2.- Un acto de competencia desleal es aquel que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado. (Decreto Legislativo 1044, 2008)

En la definición de un acto de competencia desleal, resulta complicado determinar de manera objetiva el significado de la “buena fe empresarial”; no obstante, discrepamos de algunos autores que mantienen que esta podría ser considerada como un concepto incompleto. Contrariamente, se podría sostener que el artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal fue redactado intencionalmente de esa manera, esto es, con un motivo totalmente válido. Este sería abarcar en una definición amplia todas aquellas conductas que no se encuentren enumeradas, en forma expresa, en el contenido de la referida norma, en

tanto que ello no resulta posible, pues implicaría ejemplificar todos los supuestos de deslealtad en las prácticas comerciales.

Al respecto, Baylos (1978) señala:

Un acto es desleal, a los efectos de la ley, solamente con que incurra en la noción contenida en la cláusula general, sin que sea preciso que, además, figure tipificado en alguno de los supuestos que se enumeran, que poseen solo un valor ilustrativo y ejemplificador. (p. 317)

Por lo expuesto, se puede concluir preliminarmente que, en el caso concreto del modelo de economía social de mercado, se podría entender como buena fe empresarial aquello que caracteriza a la competencia dentro de los márgenes de la eficiencia de las prestaciones que se ofrecen en el mercado. Esto termina beneficiando a los consumidores (al ofrecer mejor calidad en productos y servicios, precios competitivos, entre otros) y también a los proveedores, pues promueve que estos procuren brindar mejores bienes y servicios en el mercado a través de diversas mejoras, como lo es la innovación. Así, los actos contrarios al concepto anterior podrían ser comprendidos como actos que van en contra de la buena fe comercial y, por ende, están inmersos en lo regulado por el artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

PUBLICIDAD A TRAVÉS DE LAS REDES SOCIALES

A menudo, diversas personas son consideradas como “referentes” en temas tales como moda, deportes, tecnología, etcétera. Las podemos leer a diario a través de distintas redes sociales, en las que dan consejos de alimentación, vestimenta, accesorios y más. Estos “referentes”, por lo general, nos hablan de sus preferencias, características, nuevas atracciones sobre un producto o servicio determinado, entre otros, colocando el nombre de la marca e incluso la dirección del proveedor. Respecto de esto, surge la siguiente interrogante: ¿la recomendación u opinión de este “referente” puede ser calificada como publicidad?

Ante esta ola de comentarios, recomendaciones u opiniones sobre un producto o servicio emitido por una persona considerada como “referente” en el mundo entero, se genera una serie de problemas que es pertinente describir con algunos ejemplos. Así, en el año 2012, Wayne Rooney, en ese entonces jugador del Manchester United, publicó en su cuenta personal del Twitter lo siguiente:



Fuente: Rooney (2012)

Este caso provocó una controversia porque Nike había lanzado una campaña publicitaria en el Reino Unido bajo la denominación *MakeItCount*, para lo cual pactó con el futbolista antes mencionado y con otros más la publicación de un mensaje en Twitter utilizando el *hashtag* #makeitcount, además de un enlace que remitía a la página web de esta empresa. Cabe señalar que estos jugadores son considerados como “referentes” de temas relacionados con deportes; empero, estos tuits no denotaban tener un carácter comercial o publicitario.

Al respecto, el 20 de junio del 2012, la Advertising Standards Authority (ASA)², el organismo británico de control publicitario, emitió una resolución en la que declaró fundado el reclamo presentado en contra de los diversos tuits publicados por Wayne Rooney y otros jugadores del medio internacional, al juzgarlos como publicidad encubierta. Asimismo, ordenó a la empresa Nike el retiro de la publicidad objeto del reclamo y la identificación de sus campañas publicitarias como tales.

Al igual que en el caso de Nike, diversas *celebrities* han cobrado una fortuna por emitir un “comentario espontáneo” a través de sus cuentas en redes sociales. Por ejemplo:

Para el año 2012, Kim Kardashian cobraba 10 000 dólares (unos 7600 euros) por cada tuit recomendando un producto; el rapero Snoop Dogg, alrededor de 8000 dólares (6100 euros) por un tipo de publicidad disfrazada de mensaje espontáneo y personal; hasta los 50 000 dólares que llegaron a pagar a Charlie Sheen por los tuits patrocinados para Internship.com. La compañía logró más de 95 333 clics en la primera hora y 74 040 solicitudes de empleo. (Cuesta, 2016, párr. 3)

2 La Advertising Standards Authority (ASA) es el regulador de la publicidad independiente del Reino Unido.

Por otro lado, la ASA comenzó a rastrear las redes en el 2012 tras una sospechosa “campana encubierta” de la marca de chocolates Snickers, en la que repentinamente *celebrities* como el boxeador Amir Khan, la cantante de Factor X, Cher Lloyd, el comentarista de críquet Ian Botham, el entonces jugador del Manchester United, Rio Ferdinand, y la actriz Katie Price, tuitearon exactamente la misma frase debajo de una foto con la chocolatina: “No eres tú mismo cuando estás hambriento”. Finalmente, consideró estimar el reclamo.

En atención a ello, el hecho de que una persona reconocida pueda generar mucho valor a una empresa por emitir un comentario respecto de una determinada marca de producto o servicio resulta ser una forma de difundir publicidad. Correspondería preguntarnos: ¿hasta qué punto es lícita esta práctica tan “normal” en diversos medios y mercados?

En algunos países, como España y Estados Unidos, por citar algunos ejemplos, estas prácticas se encuentran reguladas, sea por la jurisprudencia o por las propias normas nacionales. Así, España exige a los anunciantes que, cuando emitan alguna publicidad que parte de un comentario, recomendación u opinión, debe quedar claro para los consumidores que esta tiene naturaleza publicitaria, por ejemplo, a través de un *hashtag* o un video promocional que indique claramente que la frase expresada por el “referente” es producto de una campaña publicitaria. En Estados Unidos, se demanda la inclusión de indicaciones expresas sobre la verdadera naturaleza publicitaria de un contenido, a través de *hashtags* del tipo #ad, #publi, #spon o similares. Esta obligación es muy fuerte para los blogueros y ya es una práctica común en esta industria.

PUBLICIDAD EN INTERNET: EL CASO PERUANO

En el Perú, no se encuentra regulado el tipo de prácticas publicitarias que se han mencionado en el punto anterior. Sin embargo, en el mercado nacional hay diversos indicios de que en nuestro país también se cuenta con esta publicidad encubierta a través de los denominados “referentes”. No obstante, estos no son pasibles de formar parte de un procedimiento sancionador (como imputados) porque, de acuerdo con el criterio adoptado por la autoridad administrativa, si no se acredita que existe una competencia directa, no habría un fin concurrencial y, por tanto, no se encontraría bajo los supuestos para determinar

responsabilidad administrativa, según los supuestos establecidos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Al respecto, el capítulo II de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, referido a los criterios para la determinación de responsabilidad, dispone en su artículo 21 lo siguiente:

Artículo 21.- Interpretación de la publicidad

21.1.- La publicidad es evaluada por la autoridad teniendo en cuenta que es un instrumento para promover en el destinatario de su mensaje, de forma directa o indirecta, la contratación o el consumo de bienes o servicios. (Decreto Legislativo 1044, 2008)

De acuerdo con lo señalado por la norma, es posible indicar que el mensaje puede ser difundido de manera directa o indirecta. Siendo así, se puede decir preliminarmente que el mensaje emitido por una persona en el que se advierta su opinión o recomendación respecto a un determinado bien o servicio, en función de sus atributos, beneficios, características, entre otros, sí podría ser considerado como publicidad. Ahora bien, en el caso peruano, también se debe tomar en cuenta la calidad de anunciante del administrado, que será producto de una investigación o denuncia, según sea el caso. Sobre el particular, Indecopi ha establecido un criterio que ha sido validado durante varios años:

Al respecto, cabe mencionar que la concurrencia en el mercado, concepto establecido en el artículo 2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, es un requisito indispensable para la aplicación de dicho cuerpo normativo. Por ello, si una determinada persona natural no concurre en el mercado, no le serán aplicables las disposiciones establecidas en la Ley de Represión de la Competencia Desleal. [...]

De acuerdo con el referido enunciado normativo, solo aquellos agentes que directamente realizan actividad económica en el mercado, sea como ofertantes o demandantes de bienes o servicios, pueden ser pasibles de responsabilidad administrativa en el marco de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. (Resolución 032-2017/CCD, 2017)

Bajo este criterio, un bloguero o un jugador de fútbol reconocido en el mercado peruano podría opinar o recomendar una determinada marca, o “promocionar” una campaña publicitaria; sin embargo, en tanto se pueda advertir que no realiza una actividad económica en el mercado de manera directa, no podrá encontrarse bajo las normas de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Sobre el particular, el inciso c) del artículo 59 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal señala expresamente que un anunciante será toda persona natural o jurídica que desarrolla actos cuyos efectos o finalidad directa o indirecta sea concurrir en el mercado y que, por medio de la difusión de publicidad, se propone: (i) ilustrar al público, entre otros, acerca de la naturaleza, características, propiedades o atributos de los bienes o servicios cuya producción, intermediación o prestación constituye el objeto de su actividad; o (ii) motivar transacción para satisfacer sus intereses empresariales.

Cabe destacar que tanto el diseño como el tono con el que aparece el mensaje objeto de publicación podrían dar a entender que es eminentemente personal, espontáneo y voluntario del titular de la cuenta, cuando ello no sería así. Entonces, se concluiría que, contrariamente al criterio establecido por Indecopi, en el caso de que alguien considerado como “referente” hiciera una publicación en sus redes sociales o en un blog —bajo los parámetros antes expuestos—, este sí debería ser considerado como un anunciante. Si bien no se puede generalizar, lo cierto es que existen estudios donde se ha podido comprobar que muchos de ellos (blogueros y demás personas reconocidas en determinadas industrias) mantienen un contrato con las agencias de publicidad o con la misma marca.

En este punto, resulta pertinente recordar el ya citado artículo 5 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, donde se indica claramente que la autoridad administrativa podrá determinar la verdadera naturaleza de las conductas. En ese sentido, para los casos de afirmaciones emitidas por *celebrities* o *influencers*, se advierte que, si bien estos agentes pueden no ser competidores directos de un determinado proveedor, lo cierto es que, al recibir una contraprestación económica por decir una “recomendación” u “opinión” resaltando las cualidades o ventajas de un determinado bien o servicio través de diversos medios de comunicación, sí se podría afirmar que existe un fin concurrencial en el mercado.

Por otro lado, el mismo artículo 5 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal señala que, para determinar la verdadera naturaleza de las conductas, se podrán observar las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. Así pues, no es difícil notar que un “referente” —como un jugador reconocido de fútbol, un bloguero, un chef famoso, entre otros— puede que no compita directamente en el mercado, pero a través de su opinión

podría generar en sus seguidores una preferencia por una determinada marca, producto o servicio.

Ahora bien, es evidente que, durante la investigación preliminar o en la tramitación de un procedimiento sancionador, los proveedores muy difícilmente ponen a disposición los contratos de prestación de servicios suscritos con las personas a las que hemos denominado “referentes” o los pagos realizados a su favor. Sin la presencia de estos documentos, se podría evitar que se sancione al “referente” y continuar difundiendo diversas publicidades disfrazadas de opiniones o recomendaciones personales. Sin perjuicio de lo señalado en el punto anterior, se considera que Indecopi debe y puede buscar mayores elementos que le permitan concluir si el “referente” realmente califica como anunciante, pese a no contar con los documentos que lo certifiquen —considerando cómo funciona el mercado en la realidad—, junto con otros indicios o medios probatorios.

Por ejemplo, la bloguera Sue Anne Dunlevie tiene un blog denominado *Successful Blogging*³, donde habla, aconseja y brinda asesoría para tener un “blog exitoso”. En su historia, ella misma refiere cómo el hecho de contar con un blog puede brindar grandes ingresos económicos a través de la publicidad. Por lo visto, en este y otros muchos casos, administrar un blog tiene un fin lucrativo y la mayoría de las veces estos ingresos provienen de la publicidad. Así, podría quedar acreditado, una vez más, que estas personas sí son anunciantes.

Por ello, y en atención al principio de primacía de la realidad, se puede afirmar que si uno de estos “referentes” percibe una contraprestación económica —o se cuenta con los suficientes indicios de ello— a fin de emitir su “opinión” o “recomendación”, esta persona sí podría ser considerada como anunciante y, por ende, pasible de ser sancionada en caso de que cometa actos de competencia desleal. Asimismo, estos “referentes” deberían consignar en sus publicaciones palabras o características tales que permitan al receptor del mensaje determinar claramente que se encuentra ante una publicidad y no ante una “opinión” o “recomendación” que surgió de manera espontánea. Por ejemplo, como ya se hace en otros países, colocar #sponsor, #publi, entre otros.

3 El blog se encuentra en el siguiente enlace: <http://www.successfulblogging.com/about/>

Por otro lado, cabe señalar que sí es posible estar ante actos de competencia desleal, en la medida en que se podría generar una desventaja al competidor de manera contraria a la buena fe empresarial. Esto se debería a que tales mensajes logran llegar a miles de personas que, de una u otra forma, toman conocimiento de la afirmación formulada por el “referente” y, de modo inmediato o no, generan una decisión de compra.

Finalmente, lo que se pretende en este artículo es brindar una herramienta de utilidad frente a la realidad actual de las prácticas publicitarias en las redes sociales y otros medios a través de internet, lo que ha brindado gran versatilidad y mayor alcance a los diversos agentes del mercado. Este hecho, en términos generales, no resulta mal, debido a que —como ya se ha señalado— la globalización ha permitido que nuevos y pequeños emprendedores puedan ingresar al mercado, así como que los ofertantes de productos o servicios se esfuercen por brindar mejores y mayores beneficios a fin de lograr más transacciones. Sin embargo, ello no exime la responsabilidad de estos frente a las obligaciones y principios establecidos por la norma publicitaria peruana.

CONCLUSIONES

Hoy por hoy, la publicidad es aún más interactiva de lo que era hace unos diez años atrás. El anunciante ha buscado —y ha encontrado— la forma de hacer llegar su marca a través de diversas plataformas, y los receptores de estos mensajes publicitarios cada vez pueden acceder más fácilmente a esa información.

Tanto las empresas dueñas de las marcas como las agencias publicitarias han demostrado un espíritu inversor, que ha buscado formas de aproximarse a los agentes del mercado de una manera más rápida y efectiva. Una de las formas que se practican en el mundo es la contratación de diversos *celebrities* o *influencers* para que brinden “recomendaciones” u “opiniones”, a cambio de una contraprestación económica, sobre diversos productos, marcas o campañas publicitarias a través de sus blogs y páginas en diversas redes sociales, tales como Facebook, Twitter e Instagram.

En el Perú, este tipo de prácticas publicitarias no se encuentra regulado, y no se pretende ello. Sin embargo, se considera pertinente que se modifique o amolde el criterio que viene aplicando la autoridad administrativa para determinar, en primer lugar, la calidad de anunciante de

los *celebrities* o *influencers*; y, en segundo lugar, para sancionarlos ante la comisión de un acto de competencia desleal, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Por último, lo que se persigue es que, ante las nuevas tendencias para hacer llegar mensajes comerciales a los usuarios de la red, las cuales son cada vez más novedosas y agresivas —por decirlo de algún modo—, se implanten mecanismos que permitan el éxito y la eficiencia en las buenas prácticas comerciales. De esta manera, se continúa con los grandes pasos que ha dado Indecopi en materia publicitaria, siempre en pos del bienestar y resguardo de la economía peruana.

REFERENCIAS

- Baylos, H. (1978). *Tratado de derecho industrial, propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica*. Madrid: Civitas.
- Baylos, H. (1993). *Tratado de derecho industrial, propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal* (2.^a ed.). Madrid: Civitas.
- Cuesta, L. (13 de abril del 2016). Publicidad encubierta: la verdad de los tuits patrocinados en tu *timeline*. Recuperado de <http://www.imf-formacion.com/blog/marketing/?s=Publicidad+encubierta%3A+la+verdad+de+los+tuits+patrocinados+en+tu+timeline>
- Decreto Legislativo 032-2017/CCD, Ley de Represión de la Competencia Desleal. (26 de junio del 2008). Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2011/com2011defconorgregserpub.nsf/pubsfoto/DE4B618D9F9243F305257A3300544E79/\\$FILE/01044\[1\].PDF](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2011/com2011defconorgregserpub.nsf/pubsfoto/DE4B618D9F9243F305257A3300544E79/$FILE/01044[1].PDF)
- Muela, C. (2008). La publicidad en internet: situación actual y tendencias en la comunicación con el consumidor. *Zer. Revista de Estudios de Comunicación*, 13(24), 183-201. Recuperado de <http://www.ehu.eus/ojs/index.php/Zer/article/view/3616>
- Resolución 0332-2017/CD-INDECOPI. (2017). Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: Sala Especializada en Defensa de la Competencia. Recuperado del sitio de internet del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual: <https://www.indecopi.gob.pe/inicio>

Rooney, W. [@WayneRooney]. (1 de enero del 2012). My resolution - to start the year as a champion, and finish it as a champion... [tuit]. Recuperado de <https://twitter.com/WayneRooney/status/153471328018640896?s=19>

¿Buen gobierno corporativo en curso?

Renzo Alfredo Canalle Paz

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Lima, Perú

Recibido: 20/7/2018 / Aprobado: 1/2/2019

doi: 10.26439/iusetpraxis2018.n48-49.4498

RESUMEN. En el presente artículo, se analiza la posibilidad, desde la norma concursal, de que la Junta de Acreedores pueda implementar el plan de lineamientos de buen gobierno corporativo, como mecanismo adicional a los establecidos en la Ley General del Sistema Concursal, para dotar de mayor valor a la concursada no solo en beneficio de los acreedores, sino también de terceros, en aras de conseguir la recuperación del crédito.

PALABRAS CLAVE: empresa / reestructuración patrimonial / Junta de Acreedores / plan de reestructuración / buen gobierno corporativo / lineamientos / valor

Good corporate governance in progress?

ABSTRACT. This article analyzes the possibility, from the bankruptcy law, that the creditors' committee could implement good corporate governance guidelines as an additional mechanism to those already established in the General Bankruptcy Law. Said guidelines aim at providing higher value to the insolvent, not only to benefit the creditors but also third parties in furtherance of credit recovery.

KEYWORDS: company / asset restructuring / creditors' committee / restructuring plan / good corporate governance / guidelines / value

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este artículo es hacer un aporte al derecho concursal, puntualmente, en los casos de empresas en reestructuración patrimonial, mediante una aproximación a los principios de BGC (en adelante, BGC). Así se intentará conciliar la materia del derecho, cuyo objeto es tratar la situación de crisis de una sociedad frente a sus acreedores, y la que se aplica a empresas que, por lo general, cotizan en el mercado y cuyos lineamientos proporcionan mayor valor a la sociedad.

Las empresas en reestructuración patrimonial son aquellas que, habiendo sido declaradas en concurso ante la autoridad administrativa (Indecopi), han ingresado a un procedimiento que les permitirá, sobre la base de un plan de reestructuración aprobado por la Junta, mantenerse en el mercado y continuar con las actividades productivas para pagar a los acreedores. Por su parte, los lineamientos de BGC suelen ser adoptados por las Juntas de Accionistas de sociedades que no han pasado por una crisis financiera, en el marco de un procedimiento concursal. Se trata de empresas que, teniendo una situación financiera eficiente, procuran alcanzar mayor valor en el mercado, pues al adoptar tales lineamientos se brinda al inversionista un marco de confianza y transparencia que redundará en beneficio de los accionistas.

Sin embargo, el solo hecho de que la concursada pase por un procedimiento de reestructuración patrimonial nos da una idea muy clara del propósito de la Junta de Acreedores. Al aprobar un plan de reestructuración, según la Ley General del Sistema Concursal (en lo sucesivo, la Ley), se activan los mecanismos necesarios para lograr una reestructuración exitosa, tales como cambiar el régimen laboral, ampliar el giro del negocio, incorporar capital de trabajo de nuevos inversionistas, vender activos prescindibles, entre otros. De esa manera, la adopción de los lineamientos de BGC sería, para la Junta de Acreedores, un mecanismo adicional a los establecidos en la Ley que permita dotar de mayor valor a la concursada, en beneficio de los acreedores que están expectantes por recuperar sus acreencias. En virtud de ello, este artículo se abocará a desarrollar respuestas a las siguientes preguntas:

- ¿La Junta de Acreedores está facultada a adoptar los lineamientos de BGC, como políticas dentro del plan de reestructuración patrimonial?
- ¿Los principios de BGC pueden dotar de mayor valor al patrimonio sometido a reestructuración patrimonial, en aras de conseguir

más eficientemente el objetivo de la normativa concursal, que es la recuperación del crédito?

- ¿Es posible plantear lineamientos de BGC propios de la realidad concursal de sociedades en reestructuración patrimonial?

LA REESTRUCTURACIÓN PATRIMONIAL DE EMPRESAS EN SITUACIÓN DE CONCURSO

A continuación, se hará una referencia general a aspectos relevantes de la realidad concursal de una sociedad sometida a reestructuración patrimonial, tales como la Junta de Acreedores, el régimen de reestructuración y el plan de reestructuración.

La Junta de Acreedores

El sistema concursal peruano, a través de la Ley General del Sistema Concursal, se sustenta, a diferencia del antiguo sistema judicial de quiebra, en una corriente privatista que proporciona a los principales afectados por la crisis de una empresa, sometida a un procedimiento concursal tramitado ante Indecopi, la posibilidad de adoptar los mecanismos que les permitan recuperar sus acreencias. Así pues, son los acreedores los que tienen la carga de impulsar el concurso. En efecto, el artículo VII de la Ley General del Sistema Concursal precisa que los concursos se inician siempre de parte y que su impulso corresponde a los privados, siendo subsidiaria la intervención del Estado. Por otro lado, es pertinente indicar que el objetivo de la normativa concursal es la recuperación del crédito. Este aspecto ha sido recogido expresamente en el artículo I de la misma Ley, por lo que, en aplicación del principio de impulso privado antes mencionado, se busca que sean los propios acreedores los que decidan, en tal marco normativo concursal, cómo cobrar sus créditos.

En conjunción con el objeto de la norma concursal, esta ha establecido una finalidad muy clara, regulada en el artículo II del Título Preliminar, por la cual tal objetivo debe obtenerse mediante acuerdos que los acreedores deberán adoptar en Junta, en reemplazo de la Junta de Accionistas, cuyas funciones se suspenderán. De esta manera, la Junta de Acreedores es el mecanismo de negociación por excelencia en el marco concursal, toda vez que, en un solo ambiente, con bajos costos de transacción y con base en la autonomía privada, los acreedores tienen la posibilidad de

lograr acuerdos relevantes sobre el destino de la empresa deudora, que los puedan llevar a maximizar el cobro de sus acreencias.

En la Resolución 055-97-TDC del 26 de febrero de 1997, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual señala que la Junta de Acreedores es el órgano deliberativo de la masa de acreedores. Se trata del mecanismo por el cual estos intervienen en el concurso, manifestando su voluntad a través de la adopción de acuerdos y supervisando la marcha de los procedimientos de reestructuración. A su vez, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Indecopi afirma que el poder atribuido a la Junta de Acreedores resulta determinante para el desarrollo del proceso concursal, considerando que reemplaza a la Junta de Accionistas como órgano máximo de decisión en una empresa en crisis y asume el gobierno total de la misma. Por ello, está facultada no solo a decidir el destino de su patrimonio y su régimen de administración, sino también a controlar y supervisar cada etapa en la marcha del negocio (Resolución 0707-2006/TDC-INDECOPI, 2006).

La reestructuración patrimonial

La Ley General del Sistema Concursal define la reestructuración patrimonial como el destino acordado por la Junta de Acreedores, con una mayoría calificada, por el cual la empresa ingresa a un procedimiento que le permita continuar con sus actividades y giro del negocio, y, por lo tanto, mantenerse en el mercado.

Ezcurra Rivero (2005) nos ilustra sobre las facultades de la Junta de optar por una reestructuración patrimonial. Indica que la Ley concede a los acreedores la posibilidad de evaluar y aprobar por mayoría la propuesta de reestructuración de pasivos que plantee el deudor, con el objetivo de brindarles la oportunidad de evaluar si el plan de pagos presentado maximizará el valor del negocio y, con ello, la recuperación de sus créditos (p. 255). Este es un destino muy relevante, pues para la recuperación de los créditos (objetivo de la Ley), con base en el impulso privado, los acreedores han debido hacer una evaluación financiera y de mercado de la empresa sometida a concurso, y haber estimado que, si la misma se mantiene en el giro, su valor —no necesariamente en términos contables, sino en términos financieros— es mayor que la suma de sus activos menos sus pasivos. Por tanto, una reestructuración patrimonial implica que los acreedores consideran que la empresa es capaz de generar flujos de caja futuros que le permitan, además de pagar los créditos

concursoales, cumplir con sus obligaciones con otros proveedores y mantenerse en el mercado.

La reestructuración patrimonial, a diferencia de la liquidación concursal, no solo por sus efectos concursales, sino también por sus efectos financieros, económicos y de presencia en el mercado, conlleva un intrínseco y responsable estudio de los acreedores, quienes, a partir de su autonomía privada, depositan su confianza en la sociedad concursada. Luego, al acordar la reestructuración, la Junta de Acreedores debe a su vez aprobar un plan de reestructuración patrimonial, que es el instrumento contractual y concursal que determina cómo se recuperarán las acreencias y la empresa proseguirá con sus actividades. En esta línea, la segunda instancia de la Resolución 0608-2005/TDC-INDECOPI concluye que si la Junta optara por la reestructuración del deudor, también tiene que aprobar un plan de reestructuración que establezca las condiciones en que cada acreedor podrá hacer efectiva la recuperación de sus créditos.

El plan de reestructuración

El artículo 66 de la Ley General del Sistema Concursal define el plan de reestructuración de la siguiente manera:

Artículo 66.- Contenido del plan de reestructuración

66.1 El plan de reestructuración es el negocio jurídico por el cual la Junta define los mecanismos para llevar a cabo la reestructuración económico-financiera del deudor, con la finalidad de extinguir las obligaciones comprendidas en el procedimiento y superar la crisis patrimonial que originó el inicio del mismo, en función de las particularidades y características propias del deudor en reestructuración. (Ley General del Sistema Concursal, 2002)

Como puede apreciarse, dicho instrumento es considerado como un negocio jurídico celebrado entre los acreedores, por lo que podemos deducir que tiene una evidente naturaleza contractual.

En efecto, no existe intervención alguna del Estado, representado por Indecopi, en la elaboración y aprobación del plan de reestructuración. En consecuencia, no es un acto administrativo, sino jurídico de índole contractual multilateral, por lo que obliga al deudor y a todos los acreedores. Indecopi se limita a verificar que se cumplan los requisitos de validez que la norma concursal exige, mas no la viabilidad ni pertinencia

de los mecanismos que los acreedores acuerden poner en marcha. Su participación se restringe a verificar el cumplimiento de los requisitos de *quorum* y mayorías legales; sin embargo, ello no implica que participe en la formación de la voluntad de los acreedores al aprobar un instrumento concursal, razón por la cual este último es un negocio jurídico y no uno administrativo.

Por otro lado, la norma circunscribe el propósito del plan a extinguir las obligaciones comprendidas en el procedimiento y superar la crisis patrimonial. No obstante, consideramos que este instrumento no se limita a dicha finalidad. La propia norma en su artículo 66.2 señala que en el plan se podrá detallar (i) la información financiera de la empresa, (ii) las acciones que la administración pretende adoptar, (iii) las propuestas de financiamiento de la inversión requerida para la continuación del giro de la empresa, (iv) la política laboral, (v) el régimen de intereses, (vi) el flujo efectivo proyectado en el tiempo, entre otros.

Así las cosas, conforme a la norma concursal, el plan puede contener la información contable, las acciones que se propone ejecutar la administración, las propuestas para el financiamiento de la inversión requerida para la continuación de la actividad del deudor, la política laboral que se va a adoptar, el régimen de intereses, así como un estado de flujos de caja proyectado en el tiempo previsto para el pago de la totalidad de las obligaciones comprendidas en el procedimiento. Lo antes referido nos conduce a afirmar que, si bien el plan tiene un propósito definido en la norma, es decir, la extinción de las obligaciones en concordancia con el objetivo del sistema concursal, en dicho contrato la Junta puede adoptar cualquier otra medida o acción que coadyuve a la obtención del citado objeto. Por tanto, el plan no solo será un mero cronograma de pagos.

De este modo, los acreedores tienen la posibilidad de establecer mecanismos para cumplir con el objetivo del plan, que es reestructurar financieramente al deudor para que, manteniéndose en el mercado con su giro, se puedan pagar los créditos reconocidos. En ese sentido, nos podemos aproximar a la idea preliminar de que la Junta tiene plena facultad para adoptar en el plan cualquier medida o acción —que evidentemente no linde con lo ilegal ni transgreda la normativa concursal— para contribuir a la consecución del objeto del contrato. Por ejemplo, podría cambiar el giro del deudor, vender la marca comercial y cambiarla por otra, reorganizar estructuralmente la empresa, aprobar

reformas societarias, acordar una fusión societaria o adquirir por esa vía otra empresa, entre otras posibilidades que el ordenamiento jurídico contemple y que les sirva para lograr el objetivo de maximizar el cobro de sus créditos.

En consecuencia, a fin de establecer una base en el análisis que se efectuará en este artículo, entre las opciones que pueden ser acordadas por la Junta en el plan estaría aquella que permita a la empresa aplicar los lineamientos de BGC, con el objeto de que, además de prever acciones para el pago de las obligaciones establecidas en la norma concursal a favor de los acreedores, se implementen mecanismos adicionales para garantizar la transparencia y la eficiencia en la empresa, en aras de dotarla de mayor valor en el mercado y atraer las inversiones.

De esa manera, se cuenta con los elementos para concluir que no existe impedimento legal, al menos desde el punto de vista concursal, para que la Junta de Acreedores pueda adoptar los lineamientos de BGC, que se incluirán como políticas dentro del plan de reestructuración. Estos lineamientos dotan de mayor valor al patrimonio sometido a reestructuración patrimonial para conseguir más eficientemente el objetivo de la normativa concursal, que es la recuperación del crédito.

LOS PRINCIPIOS DE BGC APLICABLES A UNA REESTRUCTURACIÓN PATRIMONIAL

A continuación, se analiza la normativa que recoge los lineamientos de BGC, así como la doctrina sobre tal materia, con la finalidad de determinar si con ellos es posible dotar a la empresa en reestructuración patrimonial de mayor valor y conseguir el objetivo de la norma concursal, que es la recuperación del crédito. Los lineamientos de BGC tienen como objetivo desarrollar mecanismos por los cuales las sociedades son dirigidas, en aras de brindar transparencia y control a la actividad empresarial.

Para empezar, podemos esbozar la definición de gobierno corporativo (GC). Benavides (2015) indica que el concepto de GC está íntimamente ligado al de la firma, y que esta última es la unidad conceptual sobre la cual actúa el GC. Este debe propender a la eficiencia de la firma en lo que respecta a las relaciones entre sus administradores, propietarios y, más recientemente, a la sociedad en general (p. 1). De lo anterior, se puede colegir que el concepto de gobierno corporativo comprende el conjunto

de estrategias que permiten lograr un mejor ámbito jurídico, económico y social de la empresa, pues procura abarcar las relaciones entre los partícipes de su realidad, tales como los accionistas, los directores, gerentes, proveedores, acreedores, trabajadores y la sociedad.

Esta idea llevaría a afirmar que la aplicación de estrategias por parte de la Junta de Acreedores a la realidad concursal puede conducir a un mejor ámbito jurídico, económico y social de la empresa en reestructuración patrimonial. Esto se debe a que el propósito es generar lineamientos que, a la par con las disposiciones de la Ley General del Sistema Concursal, generen mayores y eficientes relaciones con sus acreedores, Indecopi, la administración o entidad administradora elegida (que incluye a directores y gerentes), los clientes y trabajadores de la concursada y, por cierto, sus potenciales inversionistas.

Por otro lado, Benavides (2015), analizando los alcances del gobierno corporativo, precisa que el gobierno de la corporación se define por agregar valor y moldear los diferentes mecanismos internos diseñados para ejercer el control y monitoreo sobre los encargados de manejar la firma (p. 1). En ese sentido, el gobierno corporativo busca establecer los medios que no solo permitan a la empresa lograr sus metas, sino también poner en funcionamiento mecanismos para el respectivo seguimiento, supervisión y medición. A partir de esa premisa, el BGC procura poner en marcha incentivos dentro de la estructura societaria de la empresa a fin de lograr eficiencia en los ámbitos antes mencionados, así como en la consecución de los objetivos sociales en beneficio de los inversionistas. El concepto de agregar valor mediante la eficiencia que dota el GC es el fundamento de la propuesta de este artículo, pues sus lineamientos servirían para dar mayor valor a la concursada, con lo cual nos acercaremos más al objetivo de la norma concursal, que es la recuperación del crédito.

Para Barona Zuluaga (2015), la importancia de las buenas prácticas de GC es que el buen gobierno se asocia, en gran medida, a la protección de los proveedores de fondos a las empresas y se considera como uno de los elementos importantes del desarrollo financiero. Añade el autor que los mercados financieros más desarrollados permiten a las empresas tener un acceso más amplio a los recursos financieros a un costo menor, lo cual redundaría en mayores tasas de crecimiento y generación del empleo (p. 1). Este análisis nos lleva a entender el real valor del GC, pues se constituye como un factor fundamental para brindar a la

empresa mayor competitividad en el mercado, lo que se traducirá en generar confianza en los inversionistas. De esa manera, si la confianza de los inversionistas es positiva, esto ayudará a mejorar la economía de mercado en el país, de lo cual se deduce que el uso eficiente de recursos generará la reducción de los costos de acceso de capital.

Aplicada esta idea al ámbito concursal, se puede encontrar un motivo más para comprender el real aporte financiero que las buenas prácticas de GC pueden traer a una empresa en reestructuración patrimonial. En efecto, si nos enfocamos en los inversionistas interesados en una empresa que se está reestructurando bajo el sistema concursal, podemos afirmar que una verificación de la adopción y ejecución sería de los lineamientos de BGC por parte de la Junta de Acreedores, ineludiblemente, le dará mayores incentivos para invertir en la concursada. Esto será muy valioso para los acreedores, pues la inversión traerá mayor valor a la sociedad y, por tanto, contribuirá a la recuperación de sus créditos, alineándonos con el objetivo de la norma concursal. De lo anterior, se puede deducir una aproximación más concreta a la definición, alcances y relevancia del BGC, en su aplicación a la realidad de una sociedad concursada en reestructuración patrimonial. Ante ello, se concluye que es perfectamente viable y útil para los acreedores y sana para posibles inversionistas la incorporación de los lineamientos o principios de BGC en el ámbito concursal.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), en el documento *Principios de gobierno corporativo de la OCDE* (2004), ha desarrollado lineamientos para ayudar a los Gobiernos de los países miembros o no de la OCDE en la tarea de evaluar y perfeccionar los marcos legales, institucionales y reglamentarios aplicables al gobierno corporativo en sus respectivos países, así como ofrecer orientación y sugerencias a las bolsas de valores, los inversores, las sociedades y demás partes que intervienen en el proceso de desarrollo de un modelo de BGC. Asimismo, en dicho documento, hace una declaración estrechamente relacionada con la finalidad de la norma concursal establecida en el artículo II del Título Preliminar de la Ley General del Sistema Concursal, el cual busca que, con base en la negociación de los acreedores y el deudor, los acuerdos de reestructuración se adopten bajo reducidos costos de transacción. En efecto, la OCDE indica que la existencia de un sistema eficaz de gobierno corporativo dentro de una sociedad determinada y dentro del conjunto de la economía contribuye

a generar el grado de confianza necesario, procurando que el coste de capital se reduzca y se incite a las empresas a utilizar sus recursos de forma más eficiente a fin de potenciar su crecimiento.

Del mismo modo, la OCDE señala que el sistema de gobierno corporativo aborda las relaciones que se presentan en la realidad de la empresa, tales como los directores y gerentes, los accionistas, los acreedores y los empleados. En cuanto a los acreedores, refiere que en el marco de un proceso concursal revertirá en muchísima preponderancia. A su vez, indica que los acreedores desempeñan un papel destacado en diversos sistemas de gobierno, y pueden servir como agentes supervisores de los resultados de la sociedad. Ello, en el concurso, se presenta y configura plenamente, con la evidente distinción de una empresa no concursada, respecto a la cual los acreedores no tienen el poder de determinar el destino de la sociedad ni la composición de sus órganos de administración y de dirección.

Se han identificado los siguientes principios de gobierno corporativo de la OCDE, que se analizarán a la luz de la normativa concursal:

- a. Garantizar la base de un marco eficaz para el gobierno corporativo
- b. Los derechos de los accionistas y funciones clave en el ámbito de la propiedad
- c. Tratamiento equitativo de los accionistas
- d. El papel de las partes interesadas en el gobierno corporativo

El primer principio indica lo siguiente: “El marco para el gobierno corporativo deberá promover la transparencia y eficacia de los mercados, ser coherente con el régimen legal y articular de forma clara el reparto de responsabilidades entre las distintas autoridades supervisoras, reguladoras y ejecutoras” (OCDE, 2004, p. 17).

Si bien este principio es una recomendación a los Gobiernos para establecer marcos favorables al gobierno corporativo, podemos decir, desde el punto de vista concursal, para el caso concreto de una empresa en reestructuración patrimonial, que la Ley General del Sistema Concursal deja a los acreedores en libertad de incluir en el plan de reestructuración cualquier disposición o lineamiento que no vulnere la normativa. Así pues, consideramos que el marco particular para la implementación de lineamientos de gobierno corporativo debería estar

establecido en el plan de reestructuración patrimonial. Este, como se ha desarrollado en el primer capítulo, es el instrumento que regirá la sociedad en reestructuración durante el tiempo que el procedimiento concursal esté en trámite. En este sentido, el plan tiene que determinar las condiciones para la transparencia de la información sobre las acciones de la administración, a fin de que los acreedores estén lo suficientemente informados del curso de la reestructuración.

El segundo principio se desarrolla de la siguiente manera: “El marco para el gobierno corporativo deberá amparar y facilitar el ejercicio de los derechos de los accionistas” (OCDE, 2004, p. 18).

Ciertamente, en la vida de una empresa en reestructuración patrimonial, los accionistas tienen una participación restringida en el ámbito procesal, en la medida en que la Junta de Accionistas está suspendida de sus funciones y es reemplazada por la Junta de Acreedores. En ese sentido, al ser los acreedores quienes tienen el poder de decidir el destino de la firma concursada, en la práctica son los verdaderos propietarios hasta que se extinga la Junta por el pago total de las acreencias. El marco legal de la norma concursal contiene varias disposiciones que regulan los derechos de los acreedores al voto en Juntas, a la fiscalización de la administración y al cobro de sus créditos.

Así, la Ley General del Sistema Concursal establece disposiciones tales como (i) el artículo 52, que consagra el derecho de información de los acreedores en Junta; (ii) el artículo 50.4, que regula el derecho a voz y voto en las Juntas, la elección de la administración, su régimen y las autoridades de la Junta; (iii) el artículo 69, relativo a la facultad del acreedor reconocido de cobrar sus acreencias preferentemente; (iv) el artículo 118, que desarrolla el derecho de impugnación de acuerdos a través del cual los acreedores minoritarios pueden denunciar abuso de derecho o vulneración de la Ley; (v) el artículo 122.3, que obliga a la entidad administradora a proporcionar información trimestral de cómo se viene ejecutando el plan de reestructuración; (vi) el artículo 67, que faculta a los acreedores a denunciar el incumplimiento del plan de reestructuración; y (vii) el artículo 114, que faculta a los acreedores a vender sus créditos.

A pesar de lo anterior, se considera que en el plan de reestructuración pueden establecerse, en paralelo con las disposiciones legales antes citadas, lineamientos y mecanismos sencillos y a bajo costo, que permitan coadyuvar a que las facultades de los acreedores sean más eficientes y

transparentemente ejercidas, y a que cuenten con la información necesaria para la toma de decisiones dentro del concurso.

¿Qué derechos de los acreedores podrían consagrarse en un plan de reestructuración? Barona Zuluaga (2015), al analizar el segundo principio de la OCDE, refiere que los derechos básicos de los accionistas son los siguientes: (i) estipular los métodos de registro de la propiedad, (ii) traspasar o transferir acciones, (iii) recabar información relevante sobre la sociedad de manera periódica, (iv) participar y votar en las juntas generales de accionistas, (v) designar a los miembros del Consejo y (vi) participar en los beneficios de la sociedad (p. 2). Trasladando estos derechos al ámbito concursal, se puede afirmar que en el plan de reestructuración podrían establecerse mejores mecanismos de protección a los acreedores que los que la propia norma concursal estipula, y los derechos indicados por Barona Zuluaga (2015) perfectamente pueden servir para tal objetivo. Para poner un ejemplo, en el plan podrían implementarse mecanismos sencillos y menos costosos para que los acreedores se informen de la marcha de la reestructuración, usando medios electrónicos o páginas web.

Finalmente, es importante anotar que, en la vida del procedimiento de reestructuración patrimonial, los acreedores pueden acudir a la Comisión de Procedimientos Concursales de Indecopi que esté a cargo del expediente y denunciar cualquier irregularidad o fraude que pudiera ser pasible de sanción en el marco de la Ley General del Sistema Concursal. Este es un factor clave, pues la entidad estatal siempre puede servir no solo de puente para que la administración de la empresa concursada brinde la información, sino también como ente fiscalizador y sancionador de conductas que vulneren los derechos de los acreedores.

El tercer principio se desarrolla de la siguiente manera: “El marco para el gobierno corporativo deberá garantizar un trato equitativo a todos los accionistas, incluidos los minoritarios y los extranjeros. Todos los accionistas deben tener la oportunidad de realizar un recurso efectivo en caso de violación de sus derechos” (OCDE, 2004, p. 20).

Como se mencionó líneas arriba, la norma concursal contiene disposiciones expresas relativas a los derechos de los acreedores a voz, voto, información y fiscalización en el procedimiento de reestructuración patrimonial. Sin embargo, de manera explícita no encontramos una disposición —que estimamos que debiera haberse incluido en el Título Preliminar de la Ley— que consagre el tercer principio de la OCDE a

favor del trato igualitario y equitativo de los acreedores. Si bien en la realidad concursal se puede tener como acreedores desde trabajadores (origen laboral), pasando por bancos y proveedores (origen comercial), hasta entidades estatales, tributarias y previsionales (origen tributario y previsional), la aplicación del citado principio nos llevaría a colegir que cualquiera de ellos, independientemente de la cuantía de sus créditos reconocidos —por ejemplo, un trabajador—, pueda, por el solo hecho de haber sido reconocido como acreedor, ejercer sus derechos y ser tratado por la administración de la empresa de la misma manera que uno mayoritario o entidad que maneja la Junta.

Barona Zuluaga (2015) examina el principio del trato equitativo de la OCDE y da mayores luces de sus alcances. Señala que este puede violarse en (i) el proceso de votación de las asambleas de los accionistas, (ii) el uso de información privilegiada por parte de los administradores y (iii) los conflictos de intereses en transacciones que puedan realizar los directivos (p. 3). Si bien la norma concursal reglamenta la participación de los acreedores en la Junta, garantizando sus derechos al voto, carece de disposiciones relativas al uso de la información privilegiada y a los conflictos de intereses referidos por el citado autor.

En tal sentido, como se indicó anteriormente al destacar el hecho de que la Ley General del Sistema Concursal no contiene una proclamación del principio del trato equitativo de la OCDE, sería muy saludable, al margen de que la norma concursal pudiera ser mejorada, que en un plan de reestructuración patrimonial no solo se proclame el trato equitativo e igualitario, sino que se implanten mecanismos que lo garanticen, particularmente en torno al uso de la información privilegiada y a los conflictos de intereses.

El cuarto principio OCDE se desarrolla de la siguiente manera:

El marco para el gobierno corporativo deberá reconocer los derechos de las partes interesadas establecidos por ley o a través de acuerdos mutuos, y fomentar la cooperación activa entre sociedades y las partes interesadas con vistas a la creación de riqueza y empleo, y a facilitar la sostenibilidad de empresas sanas desde el punto de vista financiero. (OCDE, 2004, p. 21)

Al respecto, Barona Zuluaga (2015) explica que con este principio la empresa tiene sus propios intereses y que, al velar por los de los grupos de interés social, se promueven y fomentan los propios intereses de la empresa. Añade que, como grupos de interés social, se considera

explícitamente a los inversionistas, los empleados, los acreedores y los proveedores (p. 4).

Sobre el particular, en el marco de un procedimiento de reestructuración patrimonial, se puede afirmar que las partes más interesadas en la superación de la sociedad de la situación de concurso, por excelencia, son los acreedores reconocidos por la autoridad concursal, pues la propia Ley General del Sistema Concursal está orientada en su objetivo a la satisfacción del interés perseguido mediante la recuperación del crédito. Al hablar de los acreedores, como ya se ha expuesto, se incluye todo el espectro de deudas que mantiene la empresa y cuyos titulares pueden ser acreedores laborales miembros de sindicatos de trabajadores, entidades administradoras de fondos de pensiones, bancos, entidades tributarias, proveedores y ministerios del Estado. Por tanto, son estos acreedores las partes más relevantes que cuentan con la legitimidad activa y el poder de decisión en el procedimiento concursal.

No obstante, a la luz de lo planteado por Barona Zuluaga (2015), se puede esbozar la existencia de otras partes interesadas en el procedimiento de reestructuración, que tienen legítimas expectativas en su resultado y éxito. Una de ellas son los propios accionistas, quienes, según se ha visto, si bien carecen de derechos políticos y económicos en el concurso, creemos que sí tienen legitimidad para pedir información a la administración designada por los acreedores en Junta. La Ley no menciona esa facultad; es más, la norma, en su artículo 114, solo dice que la legitimidad de formular escritos corresponde a los acreedores reconocidos, aun cuando, en la práctica, en el marco de ciertos procedimientos, algunos accionistas de concursadas en reestructuración han plasmado sus pretensiones.

A pesar de ello, se prevé que los accionistas puedan formular denuncias de cualquier irregularidad que pueda afectar al patrimonio concursado y, con ello, a la sociedad que en algún momento retornará a sus manos. Estas facultades a favor de los accionistas pueden estar expresamente establecidas en el plan de reestructuración como principios de gobierno corporativo de la sociedad concursada, a fin de alinearse con el cuarto principio de la OCDE.

Por otro lado, los inversionistas, desde la perspectiva del autor, también son un grupo relevante de interés, pues pudieran ver a la empresa en reestructuración como una real oportunidad de negocios y, ante ello, decidan intervenir comprando las acreencias reconocidas por

Indecopi. De esa manera, pueden ingresar a manejar la Junta de Acreedores y tomar decisiones en la administración de la firma.

La norma concursal tampoco contiene disposición alguna al respecto. Empero, en su defecto, el plan de reestructuración puede admitir lineamientos básicos que permitan a estos inversionistas recabar información de toda índole de la empresa, e incluso facilitar la realización de un *due diligence*. Tales inversionistas pueden ejercer el derecho de comprar las acreencias mediante el procedimiento regulado en el artículo 114 de la Ley, que concierne al cambio de titularidad de créditos, en beneficio de los acreedores con la recuperación más rápida de sus acreencias. Así, adquieren participación relevante en la toma de decisiones en la Junta.

Otro grupo de interés son los trabajadores de la sociedad en marcha. Si bien muchos de ellos pudieran haber sido reconocidos como acreedores por devengos laborales impagos, al mantenerse la empresa en funcionamiento, necesitará contar con una fuerza laboral que le permita continuar en el mercado. Por lo tanto, los empleados de la empresa en reestructuración patrimonial deben ser considerados como un grupo de interés en el concurso.

Finalmente, los proveedores de la concursada en reestructuración también son un grupo de interés de la firma, porque ellos la dotarán de la materia prima, servicios e insumos, según su objeto social y rubro, para continuar con la actividad productiva.

Por lo antes expuesto, en aplicación del cuarto principio de la OCDE, se concluye que resulta de elevada trascendencia que el plan de reestructuración considere, en defecto de la norma concursal, lineamientos de gobierno corporativo a favor de los accionistas, los inversionistas, los empleados y los proveedores como partes interesadas, y hacer como propios dichos intereses en beneficio de los acreedores y la sociedad. De esa forma, desde el ámbito concursal, se abarcaría el abanico completo de grupos de interés sobre una empresa en reestructuración patrimonial.

LOS LINEAMIENTOS CONCURSALES DE BGC

El mecanismo de inclusión de principios de BGC al concurso

La normativa concursal, si bien está diseñada para afrontar crisis empresariales, contiene disposiciones específicas cuyo enfoque se orienta al tratamiento de realidades de sociedades, lo que facilita la

aplicación de los lineamientos de BGC. Asimismo, como ya se ha planteado, a la luz de los principios de la OCDE, es importante que el plan de reestructuración prevea, en defecto de la norma concursal, lineamientos de gobierno corporativo a favor de todos los grupos de interés. En este punto, es relevante hacer referencia al tema relativo al mecanismo de incorporación de lineamientos al procedimiento de reestructuración patrimonial, conforme a la normativa concursal.

Se ha hecho referencia a que el plan de reestructuración es el mecanismo por excelencia por el cual los acreedores acuerdan las medidas de cualquier índole que se van a adoptar en la concursada cuyo destino ha sido la reestructuración patrimonial. Siempre, con la premisa de que dicho negocio jurídico es un contrato oponible a todos los acreedores y a la sociedad en concurso, en el cual se viabilizará la reestructuración de la concursada. Entre tales medidas, a fin de dar transparencia y predictibilidad al actuar de la sociedad en reestructuración y, por ende, mayor valor en el mercado ante los inversionistas y acreedores, se estima pertinente la aprobación de los lineamientos de gobierno corporativo por la Junta de Acreedores. En ese sentido, nuestra posición es que los lineamientos de BGC deben ser aprobados por la Junta e incluidos en el plan de reestructuración con el objeto de poder dotar al procedimiento concursal de predictibilidad y seguridad jurídica, pues mediante dicho instrumento concursal se materializa un contrato que es oponible a todos los acreedores, al haber sido aprobado por mayoría calificada exigida por la normativa concursal.

Independientemente de las conclusiones anteriores, que van en el sentido de que la adopción de lineamientos de BGC en la sociedad en reestructuración patrimonial será beneficiosa para los acreedores, al alinearse con el objetivo de la norma concursal, la posición indicada en el párrafo precedente podría ser cuestionada bajo la premisa de que la Ley General del Sistema Concursal no prevé de manera expresa que los lineamientos de BGC deban ser aprobados en Junta de Acreedores por mayoría calificada, que es la requerida para aprobar o modificar el plan de reestructuración. De acuerdo con este argumento, los lineamientos de BGC podrían ser aprobados por la Junta con mayorías simples sin que estén incluidos en un plan de reestructuración, sino en un documento paralelo.

Es cierto que la norma concursal, cuando menciona la necesidad de mayorías calificadas para la aprobación de acuerdos por parte de la Junta de Acreedores, solo hace referencia a la aprobación del destino de

la empresa y del instrumento concursal. Sin embargo, nuestra posición de que los lineamientos de gobierno corporativo deben estar implementados y contenidos en el plan de reestructuración se sustenta, asimismo, en lo establecido en la propia Ley General del Sistema Concursal, cuyo artículo 66.1 estipula que dicho instrumento es el negocio jurídico por el cual la Junta de Acreedores define los mecanismos para llevar a cabo la reestructuración económico-financiera del deudor, con la finalidad de extinguir las obligaciones comprendidas en el procedimiento y superar la crisis patrimonial que la originó, en función de las particularidades y características propias del concursado. Esta sola referencia a la definición legal del plan de reestructuración lleva a afirmar que la aplicación de los lineamientos de BGC está dentro de los mecanismos para llevar a cabo una mejor reestructuración de la deudora.

Por otro lado, el artículo 66.2 de la norma concursal indica, entre otros aspectos, que el plan de reestructuración podrá detallar las acciones que se propone ejecutar la administración. Resulta muy evidente que los lineamientos de BGC están dentro de las acciones que la administración de la sociedad va a realizar para lograr una eficiente reestructuración de la empresa en cuestión.

En virtud de lo desarrollado, sin que este sea un tema cerrado y posiblemente discutido, en nuestra opinión, es en el plan de reestructuración donde deben incluirse los lineamientos de BGC de la sociedad en concurso.

Los beneficios de la aplicación de los lineamientos de gobierno corporativo en empresas en crisis

En este artículo, se ha mostrado que la implementación en la empresa concursada de los lineamientos de BGC dotaría de mayor valor a la sociedad en proceso de reestructuración patrimonial. A fin de complementar este análisis, abordaremos, a continuación, la opinión de entendidos en materia de GC, cuyos trabajos se orientan a examinar los beneficios de toda índole de aplicar tales lineamientos en empresas en crisis.

Díaz Ortega (2015), en el marco del curso de gobierno corporativo dictado en la Universidad ESAN, a cuyos materiales se ha tenido acceso, refiere que la lógica del análisis de esta materia radica en el enfoque de identificación de riesgos que limiten la creación de valor a través de las prácticas de GC. Así, menciona que la aplicación de lineamientos de gobierno corporativo en los ámbitos de (i) derecho de los accionistas,

(ii) tratamiento equitativo a los accionistas, (iii) función de los grupos de interés, (iv) comunicación y transparencia informativa, y (v) responsabilidades del directorio y la gerencia, conduce a que las compañías sean mejor administradas y se alcancen objetivos relevantes que otorgarán competitividad a la empresa, tales como (a) una sociedad con menos riesgo, (b) un mejor costo de financiamiento y mayor acceso al capital, (c) la garantía de sostenibilidad de la empresa, (d) más oportunidades de negocio y (e) la consecución de mejores resultados operativos.

Como complemento a este análisis, Díaz Ortega (2015) se enfoca en los efectos de la aplicación de GC según los frentes de la sociedad, sea el interno o el externo. En el primero, concluye que los frutos del BGC son mayor eficacia, más incentivos al cumplimiento de metas, estímulo al desempeño y al liderazgo, optimización de la administración de riesgos y el clima interno, y estabilización de resultados. En el frente externo, refiere que se logra una mayor atracción para los negocios, pues se incrementa el acceso al mercado de capitales y se amplía el mercado de productos. A su vez, se mejora la reputación, la transparencia y la responsabilidad social.

De acuerdo con Díaz Ortega (2015), se pueden sacar evidentes y valiosas conclusiones de cómo podría beneficiar la aplicación de los lineamientos de BGC a una empresa en reestructuración patrimonial, pues la posibilidad de que la concursada tenga una mejor administración, menor riesgo, mejoras operativas y acceso al capital hará que los grupos de interés concursales —esto es, la Junta de Acreedores, los trabajadores, los proveedores y los inversionistas— vean a la deudora con mayor valor y, en consecuencia, con mayor probabilidad de lograr el pago de las acreencias, que es el objetivo de la Ley General del Sistema Concursal. Ello, sumado a que la empresa sea pasible de recibir inversiones y más capital de trabajo, otorgará a la reestructuración patrimonial de mejores oportunidades de éxito.

Es pertinente señalar, con Díaz Ortega (2015), un aspecto que tiene relación directa con la realidad de una empresa en reestructuración patrimonial. El BGC sirve tanto en épocas de prosperidad como en tiempos de recesión económica. Así, cuando la economía y el mercado crecen, sus resultados positivos tangibles son evidentes; sin embargo, sus lineamientos ayudan también a las empresas a capear con mayor equilibrio las graves consecuencias de una crisis económica, lo que ha sido comprobado con los resultados de las conocidas crisis financieras

globales. Este hecho redundará aún más en la idea de que los lineamientos de BGC coadyuvarían al objetivo de la norma concursal, pues sus efectos y beneficios también serán de utilidad para dar mayor valor a la empresa concursada. Esta, como lo hemos expuesto en el primer capítulo, precisamente, ingresa al sistema concursal por una situación de crisis financiera que la condujo a dejar de pagar a sus acreedores.

La Corporación Andina de Fomento (2010) precisa conclusiones afines a las de Díaz Ortega (2015). En efecto, esta entidad señala:

Cuando una empresa denota un alto estándar de GC, es percibida como una empresa más confiable, y como tal accede a mejores condiciones en los mercados en los que se desenvuelve. Asimismo, concluye que una mejor conducción del GC por sí mismo implica que la empresa sea más sólida y competitiva. Ineludiblemente, estos son efectos positivos para una empresa sometida a un procedimiento de reestructuración patrimonial. (pp. 6-9)

Morales Acosta (2007), cuando analizó el panorama del GC en el Perú, afirmó:

La aplicación de principios de BGC es un elemento clave para aumentar la eficacia económica y potenciar el crecimiento de la empresa, así como para fomentar la confianza de los inversionistas, dado que abarca toda una serie de relaciones entre el cuerpo directivo de una empresa, sus accionistas y otras partes interesadas. (p. 380)

En suma, las referencias a la utilidad, beneficios y efectos positivos de la aplicación de los lineamientos de BGC para una sociedad nos llevan a afirmar, una vez más, que su empleo en la realidad de una concursada en reestructuración patrimonial generará valor a la sociedad, en beneficio de la Junta de Acreedores y los demás grupos de interés, en perfecta armonía con el objetivo de la Ley General del Sistema Concursal.

Las bases para elaborar lineamientos concursales de BGC

Tomando como premisa que los lineamientos concursales de BGC deben ser adoptados por las Juntas de Acreedores, que han de evaluar libremente la posibilidad de aprobarlos y, con ello, dotar de mayor transparencia y valor a la empresa en el mercado, creemos necesario considerar las siguientes bases:

1. Lineamiento relativo a la transparencia y acceso a la información.
Resulta de gran importancia para un eficiente procedimiento de

reestructuración patrimonial, pues dotará a los acreedores y demás grupos de interés de mecanismos que permitan conocer de manera clara de qué manera se viene cumpliendo el plan de reestructuración patrimonial.

2. Lineamiento concerniente al ejercicio del derecho de voto de los acreedores en Junta. Otorga mecanismos adicionales a los establecidos en la Ley General del Sistema Concursal para viabilizar el mejor ejercicio de este derecho, lo que ineludiblemente redundará en beneficio de la reestructuración patrimonial.
3. Lineamiento referido al trato igualitario de los acreedores. Garantizar que estos, independientemente de su origen y participación porcentual en la Junta, puedan ser tratados de manera similar al resto de acreedores en sus pretensiones de acceder a información del concurso.
4. Lineamiento orientado a que se establezcan mecanismos que permitan a los inversionistas, trabajadores y proveedores acceder a información y participar en el proceso de una empresa que aún se mantiene funcionando en el mercado y generando riqueza.
5. Lineamiento orientado a que se cumplan las mejores condiciones para el desarrollo de la Junta de Acreedores, a fin de que los acreedores tengan mayor facilidad para asistir a la reunión y evaluar los temas de agenda, y, en consecuencia, ejercer mejor su derecho al voto.
6. Lineamiento que determine y regule aspectos que la administración de la sociedad en reestructuración, liderada por el directorio, pueda implementar para generar transparencia, independencia y eficiencia en el uso y destino de la situación económica de los recursos y flujos de la sociedad.

CONCLUSIONES

La Junta de Acreedores puede adoptar lineamientos de BGC, que serán incluidos como políticas dentro del plan de reestructuración. Estos dotarán al patrimonio sometido a reestructuración patrimonial de mayor valor, en aras de conseguir más eficientemente el objetivo de la normativa concursal, que es la recuperación del crédito.

La reestructuración patrimonial es uno de los mecanismos adoptados por la Junta de Acreedores, bajo la premisa de que los acreedores consideran que la empresa es capaz de generar flujos de caja futuros que le permitan, además de pagar los créditos concursales, mantenerse en el mercado.

En tal sentido, es posible elaborar lineamientos concursales de BGC que serán aplicados a una realidad concursal de empresas en reestructuración patrimonial. No existe impedimento legal, al menos desde el punto de vista concursal, para que la Junta de Acreedores pueda adoptar estos principios. El mecanismo idóneo para la inclusión de los lineamientos de BGC a la reestructuración patrimonial es que la Junta los incorpore en el plan de reestructuración patrimonial, pues dicho instrumento concursal es el que regirá el procedimiento y resulta oponible a todas las partes.

La aplicación de los lineamientos de BGC en las sociedades, sobre todo en aquellas que estén pasando por crisis empresariales, las dota de mayor valor, pues su valor se incrementa al alcanzar mayor transparencia, competitividad, menor riesgo y abaratamiento del acceso al capital. Tal premisa se alinea con el objetivo de la Ley General del Sistema Concursal.

Los lineamientos concursales de BGC deben versar, primordialmente, sobre (i) la transparencia y acceso a la información del proceso de reestructuración, (ii) el ejercicio del derecho de voto de los acreedores en Junta, (iii) el trato igualitario de los acreedores, (iv) los grupos de interés en la reestructuración patrimonial y (v) el directorio y las medidas de administración de la sociedad.

REFERENCIAS

- Baird, D. G. (2002). Axiomas concursales aceptados. *Themis*, 45, 7-24.
- Barona Zuluaga, B. (2015). Principios de la OECD. Genealogía, descripción y explicación. En M. Puga de la Rocha (Ed.), *Gobierno corporativo. Separata sobre artículos de interés* (pp. 1-12).
- Benavides, J. (2015). Historia del gobierno corporativo en el mundo. Definición y objetivos del gobierno corporativo. En M. Puga de la Rocha (Ed.), *Gobierno corporativo. Separata sobre artículos de interés* (pp. 1-10).

- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). (2006). *Guía legislativa sobre el régimen de insolvencia*. Nueva York, NJ: ONU.
- Corporación Andina de Fomento. (2010). *Gobierno corporativo. Lo que todo empresario debe saber*. Recuperado de <https://www.caf.com/media/1390757/gobierno-corporativo-lo-que-todo-empresario-debe-saber.pdf>
- Del Águila, P. (2003). Apuntes sobre el dilema del prisionero. ¿Puede la teoría de juegos explicarnos acerca del sentido del derecho concursal? *Advocatus*, 8, 438-450.
- Del Águila, P. (2005). Plan de reestructuración: aprobación, ejecución e incumplimiento. *Derecho y Sociedad*, 25, 307-320.
- Díaz Ortega, E. (2013). *Actualización de los principios de BGC para las sociedades peruanas*. Lima: Superintendencia de Mercado de Valores.
- Díaz Ortega, E. (2015). *Beneficios del buen gobierno corporativo* [presentación de diapositivas]. Lima: Universidad ESAN.
- Espina, A. (1999). *Crisis de empresas y sistema concursal*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- Ezcurra Rivero, H. (2005). Sociedades insolventes. ¿Hasta dónde llegan las facultades del Estado para supervisar las decisiones de la Junta? En *Estudios de derecho societario. Libro homenaje a Enrique Elías Laroza* (pp. 251-296). Trujillo: Normas Legales.
- Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial (Fonafe). (2006). *Código marco de BGC de empresas del Estado*. Lima: El Peruano.
- Giménez, I. (2003). El gobierno corporativo, el control de las empresas y la defensa de los derechos de los accionistas minoritarios. *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, 9, 123-148.
- González, M. (2014). *Código de BGC para las sociedades peruanas: contenido y alcance*. Lima: Asociación de Empresas Promotoras del Mercado de Capitales (Procapitales).
- Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal. (8 de agosto del 2002). Lima, Perú. Recuperado del sitio de internet del Congreso de la República: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B7D2BCF5E597A9C005257E2700545259/\\$FILE/2_LEY_27809_08_08_2002.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B7D2BCF5E597A9C005257E2700545259/$FILE/2_LEY_27809_08_08_2002.pdf)

- Morales Acosta, A. (2007). Entrevista: Panorama del gobierno corporativo en el Perú. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, 64, 379-387.
- OCDE. (2004). *Principios de gobierno corporativo de la OCDE*. Recuperado de <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf>
- Payet Puccio, J. A. (2003). Empresa, gobierno corporativo y derecho de las sociedades: reflexiones sobre la protección de las minorías. *Themis*, 46, 77-103.
- Resolución 0707-2006/TDC-INDECOPI. (2006). Recuperado del sitio de internet de Indecopi: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/177659/ResolucionN0707-2006-TDC.pdf/1b75b6bb-50c4-4881-9108-0d94a4900c74>
- Tonón, A. (1992). *El derecho concursal*. Buenos Aires: Ediciones de Palma.

Promoción de mecanismos de prevención y solución de conflictos para la eficacia en la protección de los consumidores

Carolina Aquise Niño de Guzmán

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Lima, Perú

Recibido: 28/8/2018 / Aprobado: 31/1/2019

doi: 10.26439/iusetpraxis2018.n48-49.4499

RESUMEN. El presente artículo busca analizar los objetivos de la actual política nacional de protección al consumidor y su importancia como instrumentos para hacer viable la función del Estado en la protección de los derechos de los consumidores, en el régimen constitucional vigente. Sobre esta base, se examina la función de Indecopi en la ejecución de dichos objetivos, mediante la promoción de mecanismos de prevención y solución de conflictos entre proveedores y consumidores.

PALABRAS CLAVE: simplificación / solución de conflictos / conciliación / arbitraje
/ Libro de Reclamaciones / programa de cumplimiento normativo

Promotion of mechanisms for conflict prevention and resolution to attain an effective consumer protection

ABSTRACT. The present article pursues to analyze the objectives of the current national consumer protection policy and its importance as an instrument that facilitate the government's duty to protect the consumers' rights according to the constitutional regime in force. In such context, this paper discusses the role of the National Institute for the Defense of Competition and Intellectual Property (Indecopi) regarding the accomplishment of said objectives through the promotion of mechanisms for conflict prevention and resolution between suppliers and consumers.

KEYWORDS: simplification / conflict resolution / conciliation / arbitration / Complaint Book
/ regulatory compliance program

INTRODUCCIÓN¹

El 30 de diciembre del 2016 se publicó el Decreto Legislativo 1308, que modificó diversas disposiciones del Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código), Ley 29571, con la finalidad de simplificar y otorgar celeridad a los procedimientos administrativos de protección al consumidor, de manera que permitan un pronunciamiento oportuno de la autoridad administrativa y una solución eficaz a las controversias de consumo.

En consonancia con el objetivo de promover diversas medidas destinadas a brindar una solución más eficaz a los conflictos entre consumidores y proveedores, el Consejo Nacional de Protección del Consumidor² impulsó la elaboración de la Política Nacional de Protección al Consumidor (en adelante, la Política Nacional), la cual fue aprobada por la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) mediante Decreto Supremo 006-2017-PCM. Asimismo, el Decreto Supremo 24-2017-PCM estableció el Plan Nacional de Protección de los Consumidores 2017-2020, como instrumento para la implementación de la Política Nacional y con el fin de lograr una mayor y más eficaz protección de los consumidores o usuarios en el país, con una visión a largo plazo.

Considerando la implementación de las modificaciones e instrumentos antes descritos, el presente trabajo busca identificar cuáles son los objetivos estratégicos dentro de la Política Nacional y la importancia de la función de Indecopi en la ejecución de esta visión. Para ello, se examinan las últimas modificaciones de simplificación administrativa aplicables a los procedimientos de protección al consumidor que están bajo su competencia.

1 La autora señala que toda opinión vertida en el presente artículo le es atribuible únicamente a título personal y que de ningún modo involucra parecer alguno de la institución en la que participa como profesional. Asimismo, agradece los comentarios del señor Alberto Cunya Merino por haber enriquecido el presente artículo.

2 El Consejo Nacional de Protección del Consumidor fue creado por el artículo 133 del Código como órgano de coordinación presidido por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Está conformado por representantes de diversos sectores del Poder Ejecutivo, de los gobiernos regionales y locales, de los organismos reguladores y de la sociedad civil, entre otros.

EL DEBER DEL ESTADO FRENTE A LOS CONSUMIDORES

Sin duda alguna, al revisar el esquema constitucional peruano, podemos observar que ha optado por una economía social de mercado que implica, por un lado, la promoción de la iniciativa privada en un marco de libre competencia y, por otro lado, un Estado garante del bienestar social —es decir, empleos productivos, trabajo digno, reparto justo del ingreso—, que, en ese sentido, está interesado en defender y proteger a los consumidores (Donayre Montesinos, 2015, pp. 54-55). Así, cabe recordar que el artículo 65 de la Constitución establece que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Con respecto a este supuesto normativo, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente en la sentencia del Expediente 01865-2010-PA/TC:

12. El artículo 65 de la Constitución prescribe la defensa de los consumidores y usuarios a través de un derrotero jurídico binario, a saber: (a) establece un principio rector para la actuación del Estado; y (b) consagra un derecho personal y subjetivo.

13. En el primer ámbito, el artículo 65 de la Constitución expone una pauta basilar o postulado destinado a orientar y fundamentar la actuación del Estado respecto a cualquier actividad económica. Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia tienen como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios.

14. En el segundo ámbito, el artículo 65 de la Constitución reconoce la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, reconoce y apoya el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos del consumidor o del usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor. (Sentencia 01865-2010, 2011)

Lo anterior supone que el Estado debe destinar su actuación considerando la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios. En esta línea, el vigente Código y sus normas modificatorias establecen las reglas de protección mínima para la defensa de los consumidores y, asimismo, definen las políticas públicas que servirán como expresión del propósito y acción del Estado en materia de protección al consumidor.

OBJETIVOS DE LA POLÍTICA NACIONAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Mediante el Decreto Supremo 006-2017-PCM, la PCM aprobó la Política Nacional que tomaba en cuenta la evaluación de diversos factores del entorno social actual en donde se generan las relaciones de consumo. Como resultado de este análisis, este instrumento instauró un objetivo general y cuatro (4) objetivos específicos que orientan la actuación del Estado en materia de protección al consumidor.

El objetivo general de la Política Nacional establece lo siguiente:

Objetivo general: el objetivo de la Política Nacional de Protección y Defensa del Consumidor es contribuir a un mayor y más eficaz nivel de protección de los derechos de los consumidores con equidad y con mayor incidencia en los sectores de consumidores más vulnerables, debiendo para ello consolidar e integrar de modo progresivo el Sistema Nacional Integrado de Protección del Consumidor. (Decreto Supremo 006-2017-PCM, 2017)

Como se puede ver, en el objetivo general, el Estado considera prioritario lograr una mayor y más eficaz protección de los derechos de los consumidores. Esta visión parte, acertadamente, del reconocimiento de un entorno social más dinámico y con consumidores más empoderados, quienes utilizan las redes sociales y otras tecnologías para difundir al instante cualquier problema en sus relaciones de consumo y exigen no solo una solución a sus conflictos, sino también que esta se produzca de forma más eficaz.

Además, la Política Nacional reconoce la existencia de dos factores relevantes del entorno social actual: (a) la tendencia creciente de la población adulta mayor y (b) una alta tasa de población aún analfabeta o con poca instrucción. Ambos corresponden a un mayor segmento de consumidores en situación de vulnerabilidad frente a las relaciones de consumo, por lo que la Política Nacional también se instaura con el objetivo de incidir en la protección de los consumidores más vulnerables.

Por otra parte, los cuatro (4) objetivos específicos que guían la actuación de las entidades con competencia en materia de protección al consumidor son estos:

Objetivos específicos:

- a) Fortalecer la educación de los agentes del mercado (consumidores y proveedores) con relación a los derechos de los consumidores y

su obligatorio cumplimiento, implementando las actividades dirigidas a la orientación de los consumidores en el ejercicio de sus derechos y la difusión de los mismos.

- b) Garantizar la seguridad de los consumidores en el marco de las relaciones de consumo.
- c) Implementar mecanismos de prevención y solución de conflictos de consumo entre proveedores y consumidores.
- d) Fortalecer el Sistema Nacional Integrado de Protección al Consumidor. (Decreto Supremo 006-2017-PCM, 2017)

A partir de estos objetivos específicos, la Política Nacional se ha estructurado y organizado sobre la base de cuatro (4) ejes estratégicos: (i) educación, orientación y difusión; (ii) protección de la salud y seguridad de los consumidores; (iii) mecanismos de prevención y solución de conflictos entre proveedores y consumidores; y (iv) fortalecimiento del Sistema Nacional Integrado de Protección al Consumidor. Entre los ejes estratégicos de la Política Nacional, cabe destacar que uno de ellos menciona el papel del Estado como promotor de mecanismos eficaces de prevención y solución de conflictos entre proveedores y consumidores, lo cual se encuentra en sintonía con el objetivo general de brindar una protección más eficaz a los consumidores y, a su vez, coincide con lo previsto en el artículo IV del Código:

Artículo IV.- Políticas públicas

El Estado garantiza mecanismos eficaces y expeditivos para la solución de conflictos entre proveedores y consumidores. Para tal efecto, promueve que los proveedores atiendan y solucionen directa y rápidamente los reclamos de los consumidores, el uso de mecanismos alternativos de solución como la mediación, la conciliación y el arbitraje de consumo voluntario, y sistemas de autorregulación; asimismo, garantiza el acceso a procedimientos administrativos y judiciales ágiles, expeditos y eficaces para la resolución de conflictos y la reparación de daños. Igualmente, facilita el acceso a las acciones por intereses colectivos y difusos. (Código de Protección y Defensa del Consumidor, 2010)

En esta breve descripción de los alcances de la nueva Política de Protección al Consumidor, se observa que, en términos generales, el Estado debe garantizar mecanismos eficaces y expeditivos para la solución de conflictos entre proveedores y consumidores. En atención a ello, se analizará, a continuación, la manera en que el Estado, a través de Indecopi, ha venido promoviendo mecanismos de prevención y

solución de conflictos, así como su aplicación en los procedimientos de protección al consumidor a su cargo.

FUNCIÓN DE INDECOPI EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Indecopi fue creado en noviembre de 1992 y desarrolla sus funciones de acuerdo con lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1033, que aprueba la Ley de Organización y Funciones de Indecopi, así como por el Decreto Legislativo 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización.

Entre las múltiples tareas asignadas a Indecopi en su papel de agencia de competencia, el artículo 2 de la Ley de Organización y Funciones establece expresamente que dicha entidad tiene como función proteger los derechos de los consumidores a través de sus órganos funcionales. Para ello, vigila que la información en los mercados sea la correcta, asegura la idoneidad de los bienes y servicios en función de la información brindada, y evita la discriminación en las relaciones de consumo.

En estas funciones radica la importancia de Indecopi en la defensa del consumidor, lo cual no solo requiere de la capacidad técnica de sus miembros, sino también de un desempeño proactivo, oportuno y eficaz. Por ejemplo, en la literatura jurídica, Kresalja y Ochoa (2012) indican al respecto:

Hay territorios, como el de la protección al consumidor que está a su cuidado, donde no basta ser un árbitro, sino que, en una sociedad con tan poca igualdad como la nuestra, es preciso tener un rol proactivo y, en ocasiones, protector para poder edificar un Estado social y democrático de derecho. (p. 271)

Partiendo de dicha premisa, se entienden mejor los motivos por los que Indecopi ha promovido en los últimos meses el diseño de políticas públicas orientadas a brindar una adecuada protección a los derechos de los consumidores, así como la implementación de diversos incentivos que permitan que estos logren una solución más rápida y satisfactoria a sus problemas de consumo.

La nueva visión de Indecopi se relaciona con la promoción de soluciones efectivas y rápidas para los consumidores, lo cual se encuentra en armonía con la dinámica actual del mercado, mediante el diseño de una estrategia en tres niveles: (i) promoción de programas de *compliance* o cumplimiento normativo en materia de protección al consumidor,

(ii) promoción de mecanismos de autocomposición y (iii) generación de incentivos para la conclusión anticipada de los procedimientos administrativos de protección al consumidor motivados por denuncia de parte (Gagliuffi, 2017).

De lo anterior, se colige que Indecopi cuenta con una perspectiva de lo que se busca promover en materia de protección al consumidor y a quiénes aspira a beneficiar con dicha actuación. Con este fin, va más allá de la tramitación de procedimientos e imposición de sanciones, y se enfoca en incentivar la existencia de mecanismos que permitan al consumidor obtener una solución efectiva y rápida a sus conflictos de consumo, los cuales se analizarán más adelante. Sin perjuicio de lo anterior, debe considerarse que establecer mecanismos de solución más céleres a favor de los consumidores es una medida que requiere necesariamente la participación de los proveedores, dado que son estos, generalmente, el primer filtro frente a los consumidores, y su actuación a favor de dar una solución hará posible una mayor satisfacción de las necesidades de los destinatarios finales de sus servicios.

Finalmente, es importante que la ejecución de dichas medidas se realice de la mano de una fiscalización continua del mercado en aquellos sectores donde, debido a la baja probabilidad de detección de las conductas infractoras, los proveedores no tengan incentivos suficientes para adecuarse a la normativa, a fin de propiciar mecanismos de solución directa con el consumidor o corregir inmediatamente sus conductas. En esos casos, será vital que Indecopi continúe con la ejecución de un plan de supervisión que sirva como mecanismo disuasivo de la comisión de infracciones a las normas de protección al consumidor por parte de los proveedores; claro, sin perder de vista el objetivo general de la Política Pública que busca incidir en la protección de los consumidores (en especial, del segmento más vulnerable del país).

MECANISMOS DE SIMPLIFICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Desde hace muchos años, Indecopi enfrenta una tendencia creciente del número de procedimientos en materia de protección al consumidor, motivados por denuncias de parte. Esto genera una disconformidad en los consumidores respecto a la calidad del servicio, pues perciben una demora excesiva en la obtención de una solución por parte del

proveedor o un pronunciamiento final sobre su problema de consumo. A fin de revertir esta situación, con la promulgación y entrada en vigencia del Código se instauró el mecanismo denominado *procedimiento sumarísimo de protección al consumidor*, cuyo objetivo es ser mucho más expeditivo en atención a la “menor cuantía” de los bienes o servicios en controversia, pues resolvería las denuncias de los consumidores en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles.

Sin embargo, posteriormente, a través de la Directiva 007-2013/DIR-COD-INDECOPI, se introdujo una modificación normativa que distorsionó de manera estructural el objeto del referido procedimiento al establecer que la presentación de un desistimiento o acuerdo conciliatorio no surtía los efectos de conclusión del procedimiento una vez iniciado este —lo cual significó una acentuación de su carácter sancionador— y únicamente podría considerarse como una circunstancia atenuante de la sanción por imponer, de ser el caso.

Aunque no se tienen estadísticas al respecto, un análisis directo de este cambio muestra fácilmente que implicó una suerte de retroceso en la política pública de promoción de mecanismos alternativos de solución de conflictos. Esto se debía a que el inicio del procedimiento conllevaba necesariamente el pronunciamiento de fondo de la autoridad, lo que restaba incentivos a los proveedores para que lleguen a acuerdos conciliatorios, en la medida en que estos aún se encontraban expuestos al riesgo de multas, pese a haber tomado medidas inmediatas para satisfacer las expectativas de los consumidores.

En ese sentido, si bien con la promulgación y entrada en vigencia del Código se instituyó el procedimiento sumarísimo a fin de resolver rápidamente gran parte de los conflictos entre consumidores y proveedores, la directiva en mención distorsionó tal objetivo y generó un efecto contraproducente. Así, Indecopi terminó destinando sus recursos a mantener la tramitación de casos individuales que no tenían un impacto trascendente en el bienestar de los consumidores, en general, dado que el consumidor afectado en el caso concreto ya había visto satisfechos sus intereses, según la evidencia de un acta de conciliación o un desistimiento presentado por el propio consumidor.

No obstante, con la publicación del Decreto Legislativo 1308 en el mes de diciembre del 2016, se introdujeron diversas modificaciones al Código orientadas a simplificar los procedimientos de protección al consumidor con el fin de brindar una solución más rápida y eficaz a los

consumidores. A la vez, esto evitaría mantener a la institución continuando casos en que las afectaciones particulares ya habían sido corregidas o reparadas de algún modo por el proveedor y aceptadas como tal por el consumidor denunciante. Entre los cambios efectuados destacan aquellos que incorporan nuevas formas de conclusión del procedimiento motivado por denuncia de parte, así como una causal de improcedencia de la denuncia en aquellos supuestos donde el proveedor haya subsanado o corregido la conducta con anterioridad a la notificación de cargos.

Para el primer caso, ahora el artículo 107-A del Código establece que, en cualquier estado o instancia del procedimiento de oficio promovido por denuncia de parte, el órgano resolutorio puede declarar su conclusión anticipada en los siguientes supuestos:

- a) Cuando el denunciante formule desistimiento del procedimiento o de la pretensión antes de la notificación de la resolución que agota su vía administrativa.
- b) Cuando las partes lleguen a un acuerdo mediante conciliación, mediación, transacción o cualquier otro acuerdo que, de forma indubitable, deje constancia de que se ha solucionado la controversia materia de denuncia antes de la notificación de la resolución que pone fin a la misma. (Código de Protección y Defensa del Consumidor, 2010)

Dicho esto, actualmente sí es posible que la autoridad administrativa concluya los procedimientos administrativos motivados por denuncia de parte cuando exista un desistimiento o un acuerdo entre el consumidor y el proveedor, lo que permite que Indecopi pueda destinar sus recursos a la ejecución de fiscalizaciones, acciones de difusión para consumidores y proveedores, así como a otras actuaciones que generen un impacto positivo en el bienestar de los consumidores, en general.

De igual modo, la inclusión de una nueva causal de improcedencia de la denuncia que presente un consumidor cuando el proveedor haya subsanado o corregido su conducta antes de la notificación de cargos —claro está, cuando existen hechos pasibles de subsanación— es un incentivo para que los proveedores corrijan su conducta rápidamente y sin esperar el inicio de un procedimiento por parte de Indecopi. Esto causa que los consumidores se vean satisfechos en sus expectativas de consumo, y son ellos los beneficiarios de este tipo de incentivos.

Evidentemente, este tipo de medidas constituye un primer paso para la generación de mayores mecanismos que permitan garantizar el respeto de los derechos de los consumidores, sin afectar las acciones de fiscalización y monitoreo continuo de Indecopi mediante sus órganos funcionales. En consecuencia, constituye una mejora sustancial en beneficio de los agentes involucrados en la relación de consumo, al generar incentivos en el proveedor para una corrección de su conducta a fin de evitar los costos de tiempo y recursos inherentes a la continuación del procedimiento, además de ofrecer una alternativa de solución más rápida al consumidor.

MECANISMOS JURÍDICOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La existencia de mecanismos alternativos de solución de conflictos resulta de suma importancia en el entorno social actual porque promueve el consenso entre las partes de la relación de consumo, de acuerdo con su libre elección, lo que propicia un empleo adecuado de recursos y tiempo tanto para el Estado como para las propias partes involucradas en el conflicto. Por tal motivo, ello no podía quedar ajeno al ámbito de la protección al consumidor y fue introducido a partir del Código a título de política pública, posteriormente reforzada dentro de uno de los ejes de la Política Nacional de Protección al Consumidor, desarrollada previamente.

Conciliación

En términos generales, la conciliación es un mecanismo de solución de conflictos a través del cual dos o más personas se encargan por sí mismas de la solución de sus diferencias, generalmente, con la ayuda de un tercero neutral, denominado *conciliador*. Su trascendencia como mecanismo alternativo de solución de conflictos, en todos sus niveles, ha llegado a tal punto que el artículo 1 de la Ley 26872, que regula la conciliación (1997), ha declarado de interés nacional su institucionalización y desarrollo: “Declárese de interés nacional la institucionalización y desarrollo de la Conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos”. De este modo, con la vigencia del Decreto Legislativo 1308, que modifica el Código, Indecopi emitió nuevas directivas —la 006-2017/DIR-COD-INDECOPI y la 005-2017/DIR-COD-INDECOPI—, correspondientes a los procedimientos de protección al consumidor y al

procedimiento sumarísimo sobre la misma materia, respectivamente, y otorgó nuevamente la importancia que le corresponde a la conciliación como un mecanismo útil para brindar una solución a un conflicto. Ahora esta es aceptada en cualquier instancia del procedimiento, además de que, al igual que en la anterior directiva, se contempla como agravante la inasistencia del proveedor a las audiencias convocadas por el Servicio de Atención al Ciudadano o los órganos resolutivos, lo que es un mayor incentivo para que el proveedor tome medidas prontas para dar solución a un problema de consumo.

Con esta modificación, se espera que Indecopi tome un nuevo impulso a fin de reducir la estadística de denuncias y conduzca sus esfuerzos a aquellos casos que revistan mayor gravedad y, especialmente, generen un mayor impacto en beneficio de los consumidores en general, dado que estos resultan ser la piedra angular de una economía social de mercado.

Libro de Reclamaciones

Algunos meses antes de la entrada en vigencia del Código, a través del Decreto Supremo 077-2010-PCM, se implementó un mecanismo por entonces novedoso³ para la efectiva solución de los conflictos en materia de protección al consumidor: el Libro de Reclamaciones. La premisa, bastante clara, partía del hecho de que proveedores y consumidores se enfrascaban en largos procedimientos para arreglar sus diferencias, debido a la ausencia de una vía formal dinámica para canalizar tanto el descontento del consumidor como la acción de respuesta del proveedor. Para estos efectos, el Libro de Reclamaciones se presenta como el primer intento de solución de la controversia, ya que propicia el contacto directo entre consumidor y proveedor en los establecimientos abiertos al público.

A partir de la aprobación del Código, y con el pasar de los años luego de su reglamentación, fueron introduciéndose modificaciones y mejoras

3 El Libro de Reclamaciones constituyó una importación de los avances realizados en Latinoamérica (por ejemplo, Argentina, Brasil, Guatemala) y Europa (España y Portugal). Para mayor detalle sobre estas experiencias, véase la ponencia “Experiencias comparadas en materia de Libro de Reclamaciones” de Daniel Navarro Reto y Milagros Pozo Ascuña en el XX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, realizado en Lima entre el 10 y el 15 de noviembre del 2015.

al funcionamiento de este medio, a fin de darle mucha mayor eficacia para prevenir la formulación de controversias ante Indecopi en forma de procedimientos sancionadores y realizar un sondeo del mercado para orientar las intervenciones de la entidad. Con este enfoque, a partir de junio del 2017, entró en vigencia una mejora sustancial a esta herramienta de solución directa de conflictos. Mediante el Decreto Supremo 058-2017-PCM, se modificó el Reglamento del Libro de Reclamaciones para favorecer los acuerdos conciliatorios entre las partes, en los que el Libro actúa como principal evidencia (aunque también se admiten correos electrónicos u otros medios alternativos, dependiendo de cada caso); de igual manera, se establecieron efectos perjudiciales para el proveedor, si este incumpliera.

Estos cambios, por ejemplo, admiten que ahora exista la posibilidad de que el proveedor llegue a un acuerdo directo con el consumidor cuando este consigne un reclamo en el Libro de Reclamaciones; en dicho supuesto, el proveedor deberá dejar constancia expresa de lo ofrecido y el consumidor podrá prestar su conformidad de forma indubitable. De este modo, el referido acto tendrá la naturaleza de un acuerdo conciliatorio entre las partes, y si el proveedor no cumple con lo ofrecido, podrá ser sancionado por incumplimiento de acuerdo conciliatorio y recibir una penalización económica que va desde 1 hasta 200 UIT.

Tales modificaciones obedecen a la necesidad de que el Libro de Reclamaciones amplíe sus ventajas y no se reduzca solamente a un medio para dejar constancia de la disconformidad en el servicio (como hasta ahora venía funcionando), sino que también sea expresión de la coordinación de esfuerzos de las partes para lograr consensos en supuestos de controversia, aunque el impacto del cumplimiento de este objetivo se verá en los siguientes meses y años. Lo que sí resulta claro es que este mecanismo permitirá de manera transversal que los proveedores (incluso los micro y pequeños negocios) tengan la opción de llegar a una solución más rápida al conflicto con el consumidor, sin incurrir en los costos adicionales de tiempo y dinero que podría involucrar su participación en un procedimiento administrativo. Además, para ellos será un medio para identificar directamente cuáles son los aspectos de su negocio que deben corregir a fin de mejorar sus servicios o los productos que ofrecen al público, por lo que resulta una herramienta que contribuye a generar la confianza de los consumidores.

Arbitraje de consumo

En el arbitraje, a diferencia de los medios antes mencionados, el conflicto no es solucionado por las partes, sino por un órgano colegiado (el tribunal arbitral), cuyos miembros (árbitros) pueden ser designados directamente por las partes o, en su defecto, por una institución arbitral o la Cámara de Comercio, conforme con lo dispuesto en los artículos 22 y 23 del Decreto Legislativo 1071, que norma el arbitraje en el Perú.

Esta vía de resolución de conflictos fue introducida en el sistema de protección al consumidor por el artículo 137 del Código, en el cual se dispone la creación del Sistema de Arbitraje de Consumo (SISAC). En este punto surge el primer reto, ya que debía llevarse un mecanismo que implicaba altos costos para las partes a un ámbito en el que el Estado impulsa el desarrollo del procedimiento. En esa línea, cabe resaltar que la gratuidad de este tipo de mecanismos es un elemento clave para el funcionamiento óptimo de esta medida.

En efecto, si bien este mecanismo, por su flexibilidad y simplicidad, ha sido diseñado para resolver controversias relacionadas con bienes o servicios de alto valor económico, por lo que ha sido utilizado con mayor intensidad en conflictos entre empresas y Estados tanto en el ámbito nacional como internacional, su naturaleza gratuita en materia de protección al consumidor es un atractivo para las partes involucradas. Por ejemplo, desde la implementación de la Junta de Arbitraje de Consumo, se han recibido 43 solicitudes de arbitraje provenientes de los siguientes sectores: financiero y seguros (25 %), comercio *retail* y venta al por menor (23 %), equipos de telecomunicaciones y *software* (12 %), construcción e inmobiliaria (9 %), servicio de transporte (7 %), servicios profesionales (7 %), prestación de servicios personales de peluquería y funerarias (5 %) (Indecopi, 11 de agosto del 2017).

Finalmente, si bien el arbitraje de consumo (dado su carácter sencillo, gratuito, rápido y de cosa juzgada) se está convirtiendo poco a poco en un mecanismo válido y útil para que los proveedores y consumidores obtengan una solución rápida a sus conflictos, es necesario generar mayores canales de difusión sobre las características y beneficios de este modelo para incrementar su demanda actual.

PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES DE CONSUMO

En los últimos años, se ha dado relevancia a los programas de *compliance* como un mecanismo eficaz para asegurar el adecuado funcionamiento de una empresa en el mercado. En particular, el término *compliance* o *cumplimiento* significa, en líneas generales, actuar conforme a la ley, las normas y prácticas buenas. En ese sentido, se ha señalado que “*compliance can be defined as the duty to comply, to be in accordance and enforce the laws, guidelines, internal and external rules, aiming to mitigate the risks associated with the reputation and the legal and regulatory risk*” (Athay, 2016, pp. 17-18). En atención a lo anterior, puede decirse:

[Por] regulación de *compliance* se entiende aquella que exige a ciertas personas físicas o jurídicas la creación de un programa que incluya normas y procedimientos internos destinados a prevenir, identificar y corregir actos que violen ciertas regulaciones o ciertos principios voluntariamente adoptados (“programa de *compliance*”). (Serrano *et al.*, 2015, p. 17)

En virtud de ello, los programas de *compliance* deberían estar diseñados sobre la base de siete (7) pilares: (i) una cultura del cumplimiento, (ii) el preestablecimiento de objetivos empresariales, (iii) evaluación de riesgos, (iv) adopción de medidas necesarias para la contención de riesgos, (v) delimitación de los ámbitos de competencia, (vi) sistemas internos de comunicación y (vii) sistemas de supervisión y sanción (Coca, 2013, pp. 47-72).

En este punto, cabe destacar que este tipo de programas adquieren, en el ámbito del derecho administrativo, gran relevancia si se tiene en cuenta que la vulneración de la normativa correspondiente puede traer importantes consecuencias jurídicas y económicas para los infractores. Por ejemplo, en el derecho de la competencia, los programas de cumplimiento serios deben ser contemplados como circunstancia atenuante con relación al importe de la multa, dado que de esta forma se crean incentivos para la inversión de medios y dinero en la implementación de programas en el seno de las empresas, de manera que todos los miembros de la organización conozcan los riesgos corporativos y personales de vulnerar esta normativa (Pérez, 2014).

En esa línea, la legislación peruana actual considera fundamental promover programas de cumplimiento normativo en materia de

protección al consumidor por parte de los proveedores. Tanto es así que el artículo 112 del Código reconoce dicha iniciativa del proveedor y la establece como una circunstancia atenuante en la graduación de la sanción. No obstante, se debe tener en cuenta que este mecanismo no es visto como un incentivo real para todo tipo de proveedores, pues, por las condiciones que requiere su implementación efectiva, parece claro que solo algunas empresas valorarán los beneficios de su ejecución frente al riesgo que genere su incumplimiento.

De este modo, la promoción de una política de cumplimiento normativo constituye una herramienta eficaz para reducir el riesgo de infracciones y el número de conflictos de consumo, pero solo respecto de un sector del mercado que cuenta con una estructura formal y con procesos internos que permitan prevenir, identificar y corregir cualquier incumplimiento de las normas o de sus políticas internas de gestión. Por tal motivo, el fomento de estos mecanismos debe estar acompañado de una labor de monitoreo continuo del mercado que incentive a los agentes económicos a implementar este tipo de programas.

COMENTARIOS FINALES

La Política Nacional de Protección al Consumidor es un instrumento importante que permite la articulación de los objetivos en materia de protección al consumidor en el ámbito multisectorial. Además, implementa una política pública nacional para la promoción de mecanismos de prevención y solución de conflictos entre consumidores y proveedores, lo cual contribuye a lograr una solución más eficaz a los conflictos de consumo.

Evidentemente, el diseño de esta política pública parte de una adecuada formulación del problema público en materia de protección al consumidor, al identificar la necesidad del consumidor que requiere una solución rápida y eficaz a su conflicto de consumo. Por tanto, se espera que su implementación tenga un impacto positivo en la sociedad.

Respecto al papel de Indecopi, es claro que la simplificación de las normas aplicables a sus procedimientos administrativos de protección al consumidor permitirá viabilizar el cumplimiento de la política pública en cuestión, pues considera a todos los actores involucrados en una relación de consumo y, por tanto, implica un beneficio directo e indirecto tanto a los consumidores como a los proveedores.

Sin perjuicio de lo anterior, es fundamental que Indecopi mantenga una gestión continua, proactiva y oportuna en sus acciones de fiscalización en los diversos sectores, y que se oriente a prevenir, identificar y corregir las afectaciones que se presenten en diversos segmentos, en especial, entre los consumidores más vulnerables, de acuerdo con el objetivo instaurado en la actual Política Nacional de Protección al Consumidor.

REFERENCIAS

- Athay, A. (2016). Perspectives for the promotion of a competition environment in Brazil. Contribución presentada en *Intergovernmental Group of Experts on Consumer Protection Law and Policy, First Session, 17 al 18 de octubre*. Ginebra. Recuperado de http://unctad.org/meetings/en/Contribution/ciclp2016c13_Brazil_CADE_en.pdf
- Coca, I. (2013). ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? En J.-M. Silva Sánchez (Dir.) y R. Montaner Fernández (Coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas* (pp. 43-72). Barcelona: Atelier Libros Jurídicos.
- Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones de Indecopi. (25 de junio del 2008). Recuperado del sitio de internet del Sistema Peruano de Información Jurídica: <http://spij.minjus.gob.pe/libre/main.asp>
- Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje. (28 de junio del 2008). Recuperado del sitio de internet del Sistema Peruano de Información Jurídica: <http://spij.minjus.gob.pe/libre/main.asp>
- Decreto Legislativo 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización de Indecopi. (18 de abril de 1996). Recuperado del sitio de internet del Sistema Peruano de Información Jurídica: <http://spij.minjus.gob.pe/libre/main.asp>
- Decreto Supremo 006-2017-PCM, Decreto Supremo que aprueba la Política Nacional de Protección y Defensa del Consumidor. (27 de enero del 2017). Recuperado del sitio de internet del Sistema Peruano de Información Jurídica: <http://spij.minjus.gob.pe/libre/main.asp>
- Decreto Supremo 077-2010-PCM, Reglamento del Libro de Reclamaciones. (19 de febrero del 2011). Recuperado del sitio de internet del Sis-

tema Peruano de Información Jurídica: <http://spij.minjus.gob.pe/libre/main.asp>.

- Donayre Montesinos, C. (2015). La protección del consumidor desde una perspectiva constitucional. Fundamentos, garantías y mecanismos de protección. *Praeceptum*, 3, 54-55.
- Gagliuffi, I. (2 de febrero del 2017). Más soluciones, menos litigios. *El Comercio*. Recuperado de <https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/soluciones-litigios-ivo-gagliuffi-162432>
- Indecopi. (11 de agosto del 2017). Sistema de Arbitraje de Consumo. A un año de su puesta en servicio, nuevo sistema de solución de conflictos recibió 43 solicitudes de arbitraje. Recuperado de https://www.indecopi.gob.pe/noticias/-/asset_publisher/E4hIS8IHZWs9/content/sistema-de-arbitraje-de-consumo-a-un-ano-de-su-puesta-en-servicio-nuevo-sistema-de-solucion-de-conflictos-recibio-43-solicitudes-de-arbitraje?inheritRedirect=false
- Indecopi. (2017). *Política Nacional de Protección y Defensa del Consumidor. Plan nacional de protección de los consumidores 2017-2020*. Lima: Autor.
- Kresalja, B., y Ochoa, C. (2012). *El régimen económico de la Constitución de 1993*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor. (2 de septiembre del 2010). Recuperado del sitio de internet del Sistema Peruano de Información Jurídica: <http://spij.minjus.gob.pe/libre/main.asp>
- Ley 26872, Ley de Conciliación. (13 de noviembre de 1997). Recuperado del sitio de internet del Sistema Peruano de Información Jurídica: <http://spij.minjus.gob.pe/libre/main.asp>
- Pérez, P. (2014). La importancia de los programas de cumplimiento — *compliance programmes*— en las políticas sancionadoras de las autoridades de competencia. *ICE: Revista de Economía*, 876, 75-90.
- Sentencia 01865-2010 (Lima). (20 de julio del 2011). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <http://tc.gob.pe>
- Serrano, P., et al. (2015). *Práctica de compliance en Latinoamérica. Estado actual de la legislación anticorrupción y otras*. Bogotá: Autores Editores.

Discriminación a consumidores con discapacidad visual acompañados por perros guía

Edwin Gabriel Aldana Ramos

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Lima, Perú

Recibido: 5/6/2018 / Aprobado: 29/1/2019

doi: 10.26439/iusetpraxis2018.n48-49.4500

RESUMEN. El presente artículo relata una serie de casos protagonizados por personas invidentes en establecimientos públicos. Estos últimos habrían sido demandados por discriminación por prohibir a los discapacitados el ingreso con perros guía. A lo largo del artículo, se expone la jurisprudencia y las normas referentes a la discriminación, así como casos similares que permiten abordar temas como la libertad, la independencia y la autonomía de las personas discapacitadas cuando son acompañadas por estos canes.

PALABRAS CLAVE: discapacidad / perros guía / discriminación / establecimientos públicos / autonomía / independencia / libertad / normas

Discrimination against consumers with visually impaired patients accompanied by guide dogs

ABSTRACT. This article tells us a series of events experienced by blind people in public establishments which were sued for discrimination because they prohibited said people from entering with guide dogs. Throughout the article, jurisprudence and regulations regarding discrimination, as well as similar events that enabled addressing issues such as the freedom, independence and autonomy disabled people have when accompanied by these dogs, were discussed.

KEYWORDS: disability / guide dogs / discrimination / public establishments / autonomy / independence / freedom / regulations

Para esta limeña invidente, el significado que tiene su perro se resume en dos palabras: sus ojos. [...] Ella es muy importante para mí, es mi independencia. Tener un perro guía es maravilloso. La seguridad que te da la presencia de un perro así a tu lado es todo, no te sientes sola. Para tantas discapacidades y problemas emocionales ellos son una bendición. Lamentablemente en nuestra sociedad esto es algo que aún no se tiene muy en cuenta. [Testimonio de Jane Cósar]. (Carrión, 2017)

Para la mayoría de nosotros, es sencillo realizar actividades tan cotidianas como levantarse cada mañana a asearse, prepararse el desayuno, salir a hacer algún deporte, vestirse para ir a trabajar o estudiar, trasladarse a cualquier lugar, sea en transporte público o en movilidad particular. Nosotros, que tenemos el privilegio de quizás abrir las cortinas cada mañana y ver la luz del día, o por la noche encender la luz para desarrollar estas y otras actividades diarias, no nos percatamos de la importancia de la facilidad de poder hacer estas cosas cotidianas. Simples para nosotros, pero no tanto para otras personas. Esto de ningún modo significa que no puedan desarrollarlas de manera independiente, libre y autónoma, como es el caso de las personas invidentes¹.

TRES CASOS

Imaginemos el primer caso expuesto ante la Comisión de Protección al Consumidor:

Una persona invidente acudió a un restaurante con su perro guía y se ubicaron en una de las mesas del local, casi en la entrada, pero resulta que el personal del establecimiento le solicitó que se retire, pues el can estaba incomodando al resto de comensales, además de que las normas sanitarias impiden el ingreso de animales al establecimiento y las normas de defensa civil prohíben la obstaculización del ingreso o salida de este tipo de locales. A pesar de que la comensal informó que es una persona invidente y que necesitaba de su perro, que es guía, que estaba debidamente entrenado y que era necesario para su asistencia y desplazamiento, el personal del restaurante le indicó que no la iba a atender y que tenía que retirarse, amenazándola incluso con arrojarle agua hirviendo. (Resolución 331-2013/CC2, 2013)

1 Los comentarios vertidos por el autor en el presente artículo son efectuados a título personal y no involucran en modo alguno a los órganos funcionales de Indecopi o a la entidad misma.

Conforme a lo anterior, en el siguiente caso del Tribunal Constitucional:

Un grupo de personas con discapacidad visual acudieron a un supermercado, que días antes había publicado un comunicado en el que informaban que se restringiría el ingreso de todo tipo de animales a sus establecimientos comerciales, por razones de sanidad. Pese a que necesitaban estar acompañadas por sus perros guía, el establecimiento les prohibió en reiteradas oportunidades el ingreso al local. El supermercado señaló que con base en el Reglamento Sanitario de Funcionamiento de Autoservicios de Alimentos y Bebidas informó al público en general que iba a restringir el ingreso de todo tipo de animales a sus locales, por razones de sanidad, y que su personal estaba a disposición de las personas con discapacidad que requieran asistencia, por lo que había implementado un sistema que permitía el cuidado de los perros guía mientras el cliente hiciera sus compras. (Expediente 02437-2013-PA/TC, 2014)

Por último, en el tercer caso de la Comisión de Protección al Consumidor:

Una persona invidente acudió a un restaurante con su perro guía, pero esta vez estaba acompañada, además, por unos familiares. Personal del local le indicó que su perro debía permanecer fuera del local, que, al estar en compañía de personas mayores, la podían asistir mientras estuviera ahí y que su perro podía ser cuidado por personal de seguridad del establecimiento. Adicionalmente, el proveedor señaló que, de acuerdo con una ordenanza municipal, estaba prohibido el ingreso de canes a restaurantes por razones de salud pública y que la consumidora no mostró que su perro guía estuviera registrado en el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (Conadis). Finalmente, el proveedor señaló que la Ley 29830, Ley que promueve y regula el uso de perros guía por personas con discapacidad visual, no se pone en el supuesto de que la persona con discapacidad se encuentre acompañada de otras personas que puedan asistirle, lo cual constituiría un vacío legal. (Resolución 978-2017/CC2, 2017)

¿Qué tienen en común estos casos, que son reales? Los afectados son personas con discapacidad visual que son asistidas por perros guía. En los tres, aparece por lo menos una vez la misma persona afectada con su perro guía, lo cual, además, evidencia una realidad: existen pocos perros guía en el Perú.

En el artículo del diario *Perú21* titulado “¿Por qué hay tan pocos perros guía en el Perú?” (2016), se menciona que “a mayo del 2016 solo

existirían cuatro perros guía acreditados y registrados en nuestro país” (párr. 14). En concordancia con lo anterior, el informe nacional del Instituto Nacional de Estadística e Informática (2018), manifiesta que “es una cifra ínfima considerando que en el Perú 3 millones 51 mil 612 personas padecen de alguna discapacidad; de esa cifra 1 millón 473 mil 583 tienen dificultad para ver” (p. 179).

Los hechos referidos en los tres casos anteriores se produjeron en establecimientos abiertos al público que ofrecían productos o servicios para el consumo (dos restaurantes y un supermercado), lo que está comprendido en la definición de proveedor contemplada por el Código de Protección y Defensa del Consumidor². Los proveedores, por su parte, alegaron, como argumentos para la limitación del acceso o permanencia de la persona con discapacidad visual asistida con su perro guía, medidas sanitarias e incomodidad del resto de consumidores. Asimismo, en dos de los casos, los proveedores plantearon “alternativas” o “soluciones” para que el consumidor con discapacidad visual pueda hacer uso de sus servicios (sea de restaurante o de venta de productos), mientras el perro guía era cuidado por personal del proveedor en las afueras del establecimiento.

En efecto, el supermercado señaló que tenía implementado un sistema por el que asignaban personal de asistencia a las personas con discapacidad visual mientras realizaban sus compras. En uno de los restaurantes, ya que la consumidora con discapacidad venía acompañada también con otras personas mayores (su familia), le indicaron que ellas podían asistirle en el interior del establecimiento.

En los tres casos, se denunciaron actos de discriminación, con una demanda de amparo llevada en primera instancia ante el Sexto Juzgado

2 Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor
Artículo IV.- Definiciones

Para los efectos del presente Código, se entiende por: [...]

2. Proveedores.- Las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores. En forma enunciativa y no limitativa se considera proveedores a:

1. Distribuidores o comerciantes.- Las personas naturales o jurídicas que venden o proveen de otra forma, al por mayor o al por menor, productos o servicios destinados finalmente a los consumidores, aun cuando ello no se desarrolle en establecimientos abiertos al público.

Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima y dos denuncias ante la Comisión de Protección al Consumidor de Indecopi. La demanda llegó hasta el Tribunal Constitucional, mientras que, en la vía administrativa, las decisiones emitidas por la primera instancia quedaron consentidas. El Tribunal Constitucional, finalmente, declaró fundada la demanda de amparo. En cambio, el órgano resolutivo de Indecopi declaró infundadas ambas denuncias en el extremo referido a los actos de discriminación, y fundadas, en un caso, la infracción al deber de idoneidad³ y, en el otro, la infracción a la obligación de garantizar la atención preferente a las personas con discapacidad⁴.

¿IDONEIDAD O ATENCIÓN PREFERENTE?

Antes de entrar al análisis sobre el enfoque de discriminación en estos casos, cabe preguntarnos en las denuncias resueltas por Indecopi si estamos ante una infracción al deber de idoneidad o ante la obligación de garantizar la atención preferente a las personas con discapacidad.

De acuerdo con la Comisión de Protección al Consumidor 2, el caso se enfocó desde la perspectiva del deber de idoneidad. A saber, el hecho fue que “el proveedor denunciado les habría negado (a los denunciantes) el acceso al establecimiento, así como la prestación del servicio de alimentación a los denunciantes por ser personas con discapacidad y estar con la compañía de sus perros guía” (Resolución 331-2013/CC2, 2013). El sustento para abordar el caso como una infracción al deber de idoneidad fue que los proveedores ofrecen una garantía respecto de la idoneidad de los servicios que ofrecen, en función de la información transmitida expresa o tácitamente.

El razonamiento del órgano resolutivo se fundamentó en el hecho de que existían dos normas por considerar: la Ordenanza Municipal 984 de la Municipalidad Metropolitana de Lima —Nuevo Régimen

3 Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

4 Artículo 41.- Trato preferente de gestantes, niñas, niños, adultos mayores y personas con discapacidad

41.1 El proveedor está en la obligación de garantizar la atención preferente de gestantes, niñas, niños, adultos mayores y personas con discapacidad, en todos los sistemas de atención con que cuente, debiendo facilitar al consumidor todos los mecanismos necesarios para denunciar el incumplimiento de esta norma bajo responsabilidad.

Municipal de Aplicación de Sanciones Administrativas Derivadas de la Función Fiscalizadora⁵— y la Ley 29830, Ley que promueve y regula el uso de perros guía por personas con discapacidad visual. Si bien —como se indica en la resolución— al momento de ocurridos los hechos la ley no se encontraba reglamentada, ambas normas otorgaban el derecho de las personas con discapacidad visual a acceder a establecimientos comerciales, como el restaurante, en compañía de sus perros guía. La ordenanza municipal, por su parte, restringía el acceso a establecimientos comerciales de animales y canes considerados peligrosos, con excepción de perros guía, como era el caso de los denunciantes.

Al no respetarse esto, la Comisión consideró que se infringieron ambas disposiciones y, en consecuencia, se afectó el derecho de los consumidores con discapacidad visual a ingresar a este tipo de lugares debidamente asistidos por sus perros guía. Lo que se entiende de la resolución es que un consumidor esperaría que, al existir disposiciones legales como las descritas, el proveedor garantice su cabal cumplimiento para que el servicio se brinde conforme a sus expectativas. No cumplir normas sectoriales, como las citadas, constituye una infracción al deber de idoneidad.

Pero imaginemos que no se hubieran dado ni la ordenanza ni la ley, ¿el caso podría ser declarado infundado desde la óptica del deber de idoneidad? Considero que no, ya que el Código de Protección y Defensa del Consumidor indica que también hay una garantía implícita⁶, que permitiría tomar en cuenta que una persona con este tipo de

5 Anexo I: Establece la tipificación y la escala de multas aplicables dentro de la jurisdicción de la Municipalidad Metropolitana de Lima
Línea de acción 02: Salud y salubridad [...] Ingresar con canes considerados peligrosos a locales de espectáculos públicos, deportivos, culturales o cualquier otro en donde haya asistencia masiva de personas, *con excepción de los canes guía de personas con discapacidad* y aquellos que estén al servicio de la Policía Nacional, Fuerzas Armadas o el Serenazgo. [Las cursivas son mías].

6 Artículo 20.- Garantías
Para determinar la idoneidad de un producto o servicio, debe compararse el mismo con las garantías que el proveedor está brindando y a las que está obligado. Las garantías son las características, condiciones o términos con los que cuenta el producto o servicio. [...]

c. Una garantía es implícita cuando, ante el silencio del proveedor o del contrato, se entiende que el producto o servicio cumplen con los fines y usos previsibles para los que han sido adquiridos por el consumidor considerando, entre otros aspectos, los usos y costumbres del mercado.

limitaciones (discapacidad visual) necesita la asistencia de lo que él considere indispensable para el uso adecuado del servicio, en este caso, el perro guía, siempre que no genere algún riesgo al resto de consumidores, como podría suceder con un perro que no sea guía, sino una mascota y que, además, sea peligroso (en principio, en este supuesto, se podría restringir, de manera justificada, el ingreso de algún consumidor con su mascota).

El enfoque fue desde la obligación del proveedor de garantizar la atención preferente de las personas con discapacidad, en tanto que en la Resolución 978-2017/CC2 (2017) se concluye que “no habría implementado las medidas para garantizar su ingreso (de la consumidora) acompañada de su perro guía —lazarillo—, mientras se encontraba en el establecimiento, pese a ser una persona con discapacidad visual”. En este caso, se deduce que el órgano resolutivo descartó la imputación por presuntas infracciones al deber de idoneidad, porque los hechos estaban estrictamente referidos a que el personal del establecimiento no brindó un trato preferente a la denunciante al restringir y condicionar la atención hasta que el perro guía no fuera retirado del restaurante, aunque más parece la imposición de una condición para brindar el servicio.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor (2010) reconoce lo siguiente:

La existencia de un grupo de personas en condición de vulnerabilidad, que requiere una mayor tutela por parte del Estado, mediante normas, políticas y programas que garanticen la reducción del estado de vulnerabilidad y permitan a dichas personas ejercer adecuadamente sus derechos. (p. 139)

A partir de ello, el artículo 41.1 de dicho dispositivo establece:

El proveedor está en la obligación de garantizar la atención preferente de personas con discapacidad en todos los sistemas de atención con que cuente, debiendo facilitar al consumidor todos los mecanismos necesarios para denunciar el incumplimiento de esta norma bajo responsabilidad.

De primera mano, pareciera que esta norma no cuadra con el hecho que se analiza, pues haría referencia más a una atención ventajosa de una persona frente a otra, en este caso, de una persona con discapacidad visual frente a otra que no tiene dicha discapacidad. Veamos.

Si una persona con discapacidad visual se presenta en un establecimiento comercial, como un restaurante, la norma podría interpretarse en el sentido de que el proveedor deberá, por ejemplo, permitirle primero el acceso al local y su ubicación en alguna mesa antes que a otra persona que no tenga dicha limitación, si imaginamos que para acceder al local se ha formado una fila de espera. Lo mismo podría suceder para la toma de su orden, preparar y servirle el plato que solicite, y efectuar el pago correspondiente.

¿La misma interpretación podría hacerse si una persona con discapacidad visual se presenta en el local con un perro guía y desea acceder? Podríamos entender que la atención preferente, como se ha señalado, constituye la atención ventajosa de una persona frente a otra, en este caso, de la persona invidente que está con su perro guía frente al resto de personas. En este caso, se debe acceder, dada su condición, a que ingrese al establecimiento con su perro guía, cosa que no sucedería con una persona que no tenga dicha limitación, así acuda con un animal de este tipo, ya que, para que se presente el supuesto, ambas condiciones deben concurrir: persona invidente con su perro que debe ser guía.

Me convence más abordar el análisis de los hechos desde el punto de vista del cumplimiento del deber de idoneidad, puesto que existen disposiciones legales especiales que regulan esta materia. Así tenemos la Ley 29973, Ley General de Personas con Discapacidad; la Ley 29830, Ley que promueve y regula el uso de perros guía por personas con discapacidad visual, modificada por la Ley 30433; las ordenanzas municipales que prevén casos como el descrito (el uso de perros guía) y, sobre todo, dispositivos supranacionales como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

No tener en cuenta estos dispositivos atenta contra las expectativas del consumidor, que es recibir un servicio que sea acorde con dicho marco normativo. Considero que la atención preferente, si bien puede ser interpretada de modo tal que comprenda hechos como el descrito, encuadra más en otro tipo de situaciones, pues entiendo que se refiere a la atención ventajosa que debe tener una persona vulnerable, a la cual se tiene que preferir, frente a otra que no tiene alguna limitación.

Dicho esto, ¿cómo se abordaron los presuntos actos de discriminación en sede administrativa? Veamos.

¿DISCRIMINACIÓN?

En la Resolución 331-2013/CC2 (2013), la Comisión consideró lo siguiente:

22. Sobre el particular, merituados los medios probatorios y de los hechos expuestos en los párrafos precedentes, se evidencia que:

Los denunciantes *no fueron impedidos de ingresar al establecimiento comercial, en la medida que accedieron al mismo y se sentaron en la primera mesa, en compañía de sus canes.*

Habiendo ingresado al restaurante, *personal de la denunciada les solicitó en reiteradas ocasiones que se retiraran, en tanto los canes obstaculizaban el ingreso de los comensales, hecho que es posible verificar del video presentado por los denunciantes en calidad de medio probatorio.*

Ha quedado evidenciado que *la solicitud hecha a los denunciantes a efectos de que se retiren del establecimiento comercial no fue por su condición de invidentes, sino por haber ingresado en compañía de sus canes. [...]*

24. En ese orden de ideas, este Colegiado considera que no se cuenta con indicios que permitan presumir que los denunciantes fueron discriminados, *en la medida que lograron ingresar al establecimiento, y si bien luego les fue negada la atención solicitándoles que se retiraran, ello no constituye necesariamente un acto de discriminación, más aún considerando que ha quedado evidenciado que la razón por la cual se les pidió que se retiraran no fue por su condición de invidentes, sino por la permanencia de los canes dentro del restaurante. [Las cursivas son mías].*

En la Resolución 978-2017/CC2 (2017), cuatro años después, la Comisión, con distinta conformación, declaró:

33. En esa línea de ideas y en atención a los alegatos y medios probatorios aportados por las partes, se evidencia que la señora Cósar *no fue impedida de ingresar al establecimiento denunciado, en la medida que accedió al mismo junto a su perro guía y en compañía de su familia. No obstante, habiendo ingresado al restaurante, personal de... le solicitó que el can debía esperar fuera del local.*

34. Así, ha quedado evidenciado que la solicitud hecha por el personal del proveedor denunciado a efectos de *contar con la autorización para retirar al can del establecimiento comercial no fue por la condición de invidente de la señora Cósar, sino en tanto consideraban que, al estar acompañada de sus familiares, estos podían asistirle mientras permaneciera dentro del restaurante.*

35. Lo indicado en el párrafo anterior *no es un argumento que este Colegiado considere que se encuentra correcto*, sino que únicamente está evaluando si el accionar del personal de... constituye un acto de discriminación en contra de la señora Cósar.
36. En ese orden de ideas, este Colegiado considera que no se cuenta con indicios que permitan presumir siquiera a nivel indiciario que la denunciante fue víctima de trato discriminatorio por parte del personal de [...], en la medida que logró ingresar al establecimiento denunciado, y si bien luego se le pidió autorización para retirar al can que la acompañaba, no se restringió el ingreso tanto de ella como de su familia que la acompañaba. [Las cursivas son mías].

En ambos casos, el órgano colegiado consideró que no se produjo el acto de discriminación. Esta determinación se basó en que no se impidió el ingreso de la persona con discapacidad visual al local; asimismo, en el primer caso, el proveedor le indicó que debía retirarse, pues su can obstaculizaba el paso, mientras que, en el segundo, al estar acompañada de familiares que la podían asistir, el proveedor le solicitó autorización para que el can permanezca fuera del establecimiento. De esta manera, se concluyó que las solicitudes no fueron hechas por la condición de invidentes de las personas afectadas.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor establece en el literal d) del artículo 1 que reconoce el derecho de los consumidores a ser tratados justa y equitativamente en toda transacción comercial y a no ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. Conforme a la jurisprudencia en esta materia, los proveedores tienen la obligación de dispensar un trato equitativo a los consumidores, brindando sus servicios o productos sin exclusiones o selección de clientela, más allá de las condiciones que objetivamente resulten necesarias para el cabal cumplimiento de sus prestaciones.

En esa línea, el artículo 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor (2010) instituye expresamente:

La prohibición de discriminar a los consumidores por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole; encontrándose prohibida la exclusión de personas sin que medien causas de seguridad del establecimiento, tranquilidad de sus clientes u otros motivos similares. Asimismo, se precisa que el trato diferenciado debe obedecer a causas objetivas y razonables. (p. 17)

Teniendo en cuenta este contexto normativo, considero que la discriminación no solo se da por el acceso o no a un establecimiento comercial, que es el caso más común desarrollado en el ámbito administrativo, como el acceso a discotecas o la contratación de seguros o productos bancarios, entre otros. Los actos de discriminación pueden darse aun estando ya en el interior de un establecimiento, y el trato discriminatorio podría ocurrir a partir de ese momento, esto es, aunque la relación de consumo ya se haya configurado, pero lo usual es que la relación de consumo no se genere justamente por la negativa del proveedor a brindarle un bien o servicio al consumidor discriminado.

Por ejemplo, imaginemos una discoteca en la que el proveedor discriminatorio establezca que se cobre un precio determinado para el ingreso, pero que a personas con determinadas características se les cobre cinco veces más ese monto para impedir o disuadir de alguna manera su decisión de ingreso. Supongamos que el consumidor al que se le cobra así pague y que, desde ese momento, aun habiendo ingresado, esté siendo víctima de hostigamiento al venderle más caras las bebidas y los alimentos, en comparación con otros consumidores, para que se retire. A pesar de haber ingresado al recinto, estaría siendo objeto de conductas discriminatorias. El problema es probatorio, pero que existe discriminación, existe, a mi entender.

De acuerdo con las resoluciones de Indecopi antes señaladas, en un caso, se solicita al consumidor retirarse con su perro, pues el can obstaculizaba el tránsito y, en el otro, se pidió que el perro se quedara en la entrada y que la consumidora sea asistida por sus familiares. En ambas situaciones, en la mente del proveedor, el problema era el perro guía, sea por razones de sanidad o por la seguridad e incomodidad de otros usuarios, pero el efecto iba más allá de este fin y resultó contraproducente.

ALGUNOS CASOS SIMILARES EN LA JURISPRUDENCIA COMPARADA

¿Usted cree que este tipo de situaciones se producen solo en nuestro país? Veamos tres casos de Costa Rica en los años 2004, 2005 y 2011.

Caso 1

A través de Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, a las 10:15 horas del 17 de agosto del 2004, el recurrente interpone recurso de amparo contra MOREIRA ARAYA ASDRÚBAL, en su

condición de propietario del restaurante LA PRINCESA MARINA, y manifiesta que desde su nacimiento padece de glaucoma congénito, motivo por el cual *es ciego completamente y ocupa la ayuda de un perro lazarillo debidamente entrenado* [las cursivas son mías]. Afirma que el quince de agosto pasado, a las quince horas veinte minutos, *se presentó con su compañera al restaurante La Princesa Marina ubicado en Curridabat para celebrar el Día de la Madre. Quien les atendió les indicó que debía consultar si podían entrar con el perro guía y posteriormente les dijo que uno de los dueños del restaurante, el aquí recurrido, le indicó que no podían entrar al restaurante con el perro guía* [las cursivas son mías] y que no le importaba que la Ley de Igualdad de Oportunidades estableciera la obligación de permitirle la entrada al restaurante con el perro guía. Considera que se le ha discriminado por su condición de no vidente. Solicita el recurrente que se declare con lugar el recurso, con las consecuencias legales que ello implique. (2004)

Caso 2

Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las catorce horas veinticinco minutos del diez de agosto del dos mil cuatro. El recurrente interpone recurso de amparo contra la Cooperativa de Transportes de Servicios Públicos y Servicios Múltiples Irazú R. L. y el señor Gerardo Mora Rodríguez, y manifiesta que desde su nacimiento padece una enfermedad llamada glaucoma congénito y por esa razón es totalmente ciego. Que debido a esto ocupa la indispensable ayuda de un perro lazarillo o guía. Que cuenta con un animal entrenado en el estado de Michigan en la escuela Leader Dog. Que a las 22:30 horas del día jueves 15 de julio del año en curso, mediante Resolución N.º 205-07768 *se solicitó una unidad de taxi a la cooperativa recurrida, debido a que se encontraba en el distrito de Hatillo en compañía de su esposa Zulia Oquendo Vejarano y la hija de esta última, Ariadna Cortez Oquendo, que al igual que el amparado es no vidente* [las cursivas son mías].

Según, la operadora de turno en la cooperativa le informó que el carro que llegaría por ellos era el Z36 PLACA TSJ 700. *Que, sin embargo, cuando el taxi se presentó y su conductor, de nombre Gerardo Alvarado Solano, se dio cuenta de que el recurrente necesitaba viajar con un perro lazarillo, simplemente arrancó y se fue* [las cursivas son mías]. Que el recurrente abordó un taxi de otra cooperativa y, cuando llegó a su casa, se comunicó nuevamente con la operadora de Cooperativa Irazú para comentarle lo sucedido. Que ella le ofreció sus disculpas y procedió a comunicarse por radio con el chofer de la placa supra citada.

Sin embargo, cuando la operadora le habló de lo sucedido al conductor, indicándole claramente que el cliente iba a interponer un recurso de amparo, el individuo manifestó que a él no le importaba este hecho, que

en lo que a él concernía no había ningún problema con que lo denunciaran, y que, *aunque había visto claramente que el perro era de un ciego, no lo iba a llevar, pues no le importaba* [las cursivas son mías]. Que el recurrente pudo escuchar la conversación del chofer y la operadora a través de la línea telefónica. (2005)

Caso 3

Por escrito recibido mediante el sistema de fax de la Sala a las 12:37 horas del 22 de junio del 2011, la recurrente interpone recurso de amparo contra el Colegio Humboldt, y manifiesta que es una persona no vidente, por lo que utiliza como ayuda técnica para su desplazamiento una perra guía, de nombre Allie, cuyo número es 10827, raza labradora, color negro, entrenada y graduada en la escuela Leader Dogs for the Blind, Michigan-Rochester, Estados Unidos. En la Resolución 2011-011418 *indica que pertenece al Sistema Nacional de Educación Musical (SINEM) como instructora del programa para niños con discapacidad llamado MAT (Música con Accesibilidad para Todos), y el 20 de junio del 2011, en horas de la tarde tenían su primer recital del año, actividad programada en el colegio recurrido. No obstante, al momento de ingresar a la institución recurrida, unos oficiales de seguridad le imposibilitaron su acceso al mismo, bajo el argumento de no dejarla de pasar con su perra guía, pese a que les explicó que era una persona con discapacidad visual. Sin embargo, le indicaron que por disposición del propio Colegio Humboldt no era posible el ingreso a las instalaciones* [las cursivas son mías]. Por las razones expuestas, estima lesionados sus derechos fundamentales. (2011)

Un restaurante, un servicio de taxi y un colegio. Tres tipos de servicios a los que personas con discapacidad visual intentaron ingresar y fueron impedidos por estar con sus perros guía, acompañados o no de otras personas, invidentes o no. El primer caso es muy parecido a los que fueron materia de resolución por parte de la Comisión de Protección al Consumidor.

En el caso del restaurante, el proveedor invocó también, ¡oh, casualidad!, normas de salud y señaló que informó al consumidor que podía ingresar al local, pero sin el perro, ya que por ser Día de la Madre el local estaba copado, tanto así que el consumidor tuvo que esperar para obtener mesa. Además, estaba acompañado de otra persona que no era invidente, quien sustituía en gran medida su necesidad de apoyo.

En el caso del servicio de taxi, el taxista negó lo manifestado por el afectado y señaló que, al dirigirse a recoger al pasajero, subió en

realidad a otra persona que no tenía perro, creyendo que esta era la persona que había pedido el taxi. Ignoraba, según él, quién era el taxista que se presentó en el lugar y que se negó a brindar el servicio.

En el caso del colegio, si bien no se encuadraría en la protección al consumidor, pues la afectada no estaría comprendida en una relación de consumo, reconocieron que habían actuado de manera incorrecta e inoportuna. Le brindaron las disculpas del caso, pero precisaron que el personal de seguridad tuvo dudas sobre cómo proceder en cuanto al ingreso del perro guía al auditorio, ya que había un recital, y que si bien había restricciones para el acceso de animales domésticos, ello no aplicaba para los perros guía. En esa situación, alega el colegio, se encontraban ante un conflicto entre dos intereses: la protección de la salud de los alumnos y el derecho de acceso irrestricto de una persona invidente con su perro guía. Como ocurrió en los casos peruanos, se ofreció a la afectada cuidar de su perro guía en la entrada del establecimiento y el apoyo para su traslado al auditorio del colegio.

El análisis que hace la Sala Constitucional es interesante, pues parte del derecho de exclusión en propiedad privada que tiene todo legítimo poseedor de un inmueble de propiedad privada. En el Perú, el artículo 70 de la Constitución Política del Perú (1993) dispone que “el derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley [...]” (p. 16). Teniendo el derecho a la propiedad consagración constitucional, señala la Sala Constitucional, quien ejerce la titularidad, posesión o usufructo de un inmueble de propiedad privada puede determinar a quiénes autoriza o no el ingreso. Lo contrario ocurre cuando se trata de un inmueble de propiedad privada destinado en todo o en parte para uso del público, como, por ejemplo, al ofrecer espectáculos públicos a cambio de un precio e incluso de manera gratuita. En este sentido, la Resolución 2011-011418 expresa:

Limitándose con ello al poseedor legítimo del inmueble la posibilidad de restringir el acceso del público a la parte destinada precisamente para ese fin [las cursivas son mías], puesto que si aquel está facultado en ciertos casos para condicionar o restringir el ingreso de algunas personas, lo cierto es que nunca será constitucionalmente válida la exclusión si con ello se infringe o amenaza los derechos fundamentales de esas personas, sea causando discriminación, un trato indigno o denigrante, o coartándole con ello alguna libertad pública [las cursivas son mías] reconocida constitucionalmente o en convenios internacionales aprobados por nuestro país, puesto que con ello estaría ejerciendo abusivamente su derecho. (2011)

Verificado el empleo de mi propiedad privada para brindar servicios al público, la restricción de acceso del público se levanta, y la exclusión de alguna persona podría configurar un acto de discriminación. A partir de esta premisa, la Sala Constitucional analiza el derecho de las personas con discapacidad visual. Es muy interesante que reconozca que se trata de una protección especial que otorga el ordenamiento jurídico a este grupo de personas y que no es simplemente un trato especial en atención a las particulares condiciones de esa población, sino un derecho de esta y una obligación para el resto de las personas respetar esos derechos y cumplir con las obligaciones que de ellos se derivan. Reafirmo, entonces, el hecho de que se puede reevaluar la aplicación del artículo 41.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor sobre la obligación de garantizar el trato preferente a personas con discapacidad, en el caso resuelto en Indecopi, pues la afectación va más allá del cumplimiento de esta obligación y puede constituir un posible acto de discriminación.

Sobre la base del principio de igualdad de las personas y los derechos de las personas con discapacidad reconocidos en convenios internacionales, la Sala Constitucional entiende como discriminación toda distinción, exclusión o restricción fundada en una discapacidad, con el propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de las personas con discapacidad de sus derechos humanos y libertades fundamentales. En la otra cara de la moneda, se encuentra la obligación del Estado de adoptar medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración en la prestación de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades como empleo, transporte, comunicaciones, vivienda, recreación, educación, deporte, etcétera.

Si se limita la posibilidad de que la persona con discapacidad visual tenga a su perro guía a su lado, se perjudica la posibilidad de que se integre en igualdad de oportunidades, más aún si se sabe que se trata de un perro debidamente entrenado y acreditado, bajo condiciones adecuadas de higiene. Limitar el acceso de las personas con discapacidad a lugares públicos contraviene la obligación de cumplir con las disposiciones constitucionales, legales e internacionales de garantizar el acceso de estas personas en igualdad de condiciones. Así, constituirá un acto de discriminación la negativa a la persona de participar en las actividades que desarrollan, en este caso, los proveedores, colocándolas, por el contrario, en un *estado de desigualdad y discriminación frente a otras personas que pueden tener movilidad sin ayuda de nada ni de nadie*.

En los tres casos costarricenses, la Sala Constitucional consideró que se produjeron actos de discriminación.

EL CASO DE DISCRIMINACIÓN EN EL SUPERMERCADO

Regresemos al caso del supermercado en Lima. Se trata de una demanda de amparo que, finalmente, el Tribunal Constitucional conoció por el recurso de agravio constitucional contra la resolución emitida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda. Esta resolución señaló que la medida de restricción de ingreso de los demandantes con sus perros guía al local estaba justificada por razones sanitarias.

Además, en el Expediente 02437-2013-PA emitido por el Tribunal Constitucional, la demandada indicó que se había implementado un protocolo de atención en tiendas de clientes con discapacidad, políticas de trato adecuado y en condiciones de igualdad, ofreciéndoles la asistencia de un colaborador y el cuidado de los perros guía mientras realicen sus compras, y agregó:

Las medidas adoptadas por la demandada son razonables, toda vez que para elegir el producto de consumo humano y apreciar su calidad, los precios y las marcas no se necesita la presencia de los perros guía, sino el concurso de una persona. (2014).

Con esta premisa, el Tribunal Constitucional señaló que, en el caso de las personas con discapacidad, existe la obligación constitucional del Estado de garantizarles el respeto a su dignidad y un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad, comprendiendo “el deber estatal de establecer ajustes razonables orientados a promover las condiciones necesarias que permitan eliminar las exclusiones de las que históricamente han sido víctimas” (p. 5).

Es clave entender lo que señala el Tribunal Constitucional en el sentido de que no se trata de adoptar estas medidas por la discapacidad en sí misma, sino que la exclusión de las personas con discapacidad en los procesos de nuestra sociedad se origina por las condiciones y características del ambiente o entorno social en el que se han visto forzadas a interactuar. Si nos percatamos, continúa el Tribunal, todas las actividades en las que participamos han sido planificadas para desarrollarse en ambientes físicos que se ajustan a los requerimientos y necesidades de las personas que no tienen dicha discapacidad. Esto es, ha

respondido a la imagen de un ser humano sin deficiencias físicas, sensoriales o mentales, lo que provoca marginación y posterior exclusión de este sector de la población con discapacidad, al impedir que acceda al goce y ejercicio pleno de sus derechos y libertades.

El derecho internacional de los derechos humanos provee de principios que fundamentan la implementación de las medidas que permiten a las personas con discapacidad gozar y ejercer sus derechos fundamentales y de cualquier otra clase. Asimismo, en el párrafo 15 del Expediente 02437-2013 emitido por el Tribunal Constitucional (2014), se contempla lo siguiente:

15. En conjunto, dichos principios exigen que cualquier medida que se tome en esta materia se oriente a *remover los obstáculos* que impiden que las personas con discapacidad gocen de sus derechos de manera plena y puedan ejercerlos, en especial, *aquellos que imposibilitan el acceso a ciertos entornos físicos, sin afectarse en ningún caso su autonomía, libertad e independencia* [las cursivas son mías]. Ha de tratarse, pues, de medidas que fomenten el desarrollo autónomo de las personas con discapacidad en espacios físicos adecuados. (p. 7)

La mayor independencia, libertad y autonomía posible. Eso es lo que se busca garantizar desde el accionar del Estado mediante normas, políticas y exigencias a la sociedad, y desde la actividad que desarrollan, en el caso que comentamos, los proveedores a través del respeto y cumplimiento de estas disposiciones.

Para ello, contamos con normas que exigen la adecuación de la infraestructura de los establecimientos a donde acude el público (por ejemplo, rampas de acceso, servicios higiénicos acondicionados); normas que contemplan el derecho de uso de perros guía para las personas con discapacidad visual; así como normas que abordan la promoción, protección y realización en igualdad de condiciones de los derechos de las personas con discapacidad, las cuales exigen a los proveedores el cumplimiento de ciertas obligaciones para dicho fin. Como describimos en los casos costarricenses, hay dos caras de la misma moneda: de un lado, la obligación del Estado, que se complementa necesariamente con la actividad de los públicos y privados —los proveedores, en esta ocasión— para darle contenido.

En el caso del supermercado, el Tribunal Constitucional consideró que prohibir el acceso de las personas con discapacidad visual con sus perros guía a sus instalaciones constituye una “discriminación por indiferenciación”, por impedirles el goce y ejercicio del derecho reconocido por

la Ley 29830, Ley que promueve y regula el uso de perros guía por personas con discapacidad visual, al no permitirles ni acceder ni permanecer en el local de manera ilimitada, constante y sin trabas. Por el contrario, en el Expediente 02437-2013-PA (2014), expresa que “tratando de manera igual lo que no lo es, el supermercado omitió brindar un tratamiento diferenciado que se justifica por las necesidades especiales de las personas con discapacidad visual” (p. 12). En suma, denegar el goce de este derecho —de tener la asistencia del perro guía— debe considerarse, de acuerdo con el Tribunal, como una intervención (afectación) al derecho a la igualdad.

No solo afecta este derecho, sino también el derecho al libre desarrollo y bienestar, como indica el expediente del Tribunal Constitucional (2014):

Dificulta que las personas con discapacidad visual gocen de sus derechos y los ejerzan de acuerdo con los ajustes razonables establecidos por la legislación con el propósito de que puedan desarrollarse autónomamente en los establecimientos abiertos al público. Impide que las personas con discapacidad visual gocen de una plena movilidad personal y que interactúen con la mayor independencia posible. (p. 13)

Independencia, libertad y autonomía, no dejemos de recordarlo, ya que, en este caso, el Tribunal consideró que las mascotas no tienen injerencia en cómo se desenvuelven sus dueños, mientras que los invidentes encaran su deficiencia visual con la ayuda de los perros guía. Así, en el párrafo 36 de dicha sentencia, se determina “que se convierten en una garantía para su movilidad personal y contribuyen de esa forma a que la persona discapacitada logre una mayor independencia y autonomía” (p. 14).

Señalar que para elegir un producto de las góndolas no se necesita la asistencia del perro guía muestra el poco grado de comprensión de estas situaciones, pues si me puedo valer de mi perro guía para sentarme en una mesa de un restaurante, ingresar a un recital, desplazarme en un supermercado, ir a los servicios, caminar a mi ritmo o ir a la salida del local en el momento que yo decida, ¿por qué me debería ver impedido de tener esa libertad, independencia y autonomía, que de por sí ya están limitadas por la discapacidad? De lo que se trata es de contribuir al goce máximo posible de este derecho.

Si la preocupación va por el lado de la higiene en el caso de los perros guía, bien hace el Tribunal en indicar que se llegaría hasta el extremo de

restringir el acceso a todas las personas que tienen mascotas, debido a que podrían llevar el pelaje de sus perros u otras mascotas en sus prendas y contaminar los alimentos. Además, los perros guía no constituyen un peligro para el resto de las personas porque están adiestrados, de tal manera que se portan de manera respetuosa y no agresiva, sea con otros seres humanos o con algún animal con que interactúen.

De este modo, el Tribunal Constitucional, en el Expediente 02437-2013-PA (2014), luego de realizar el test de proporcionalidad para determinar si se encuentra justificada o no la medida adoptada por el supermercado que incide sobre el derecho de igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad visual, concluyó que la medida resultaba excesiva y desproporcionada. Por tanto, declaró fundada la demanda de amparo y ordenó al supermercado que “permita que los demandantes con discapacidad visual ingresen en sus instalaciones acompañados de sus perros guía, garantizando su permanencia en tales locales de manera ilimitada, constante y sin trabas” (p. 21).

¿DISCRIMINACIÓN EN LOS CASOS ADMINISTRATIVOS?

Razones como las establecidas por el Tribunal Constitucional, me llevan a concluir que en los casos que se presentaron ante la autoridad administrativa de protección al consumidor se produjeron actos de discriminación. Considero que, aun cuando el consumidor haya podido acceder a un establecimiento abierto al público, es posible analizar la exclusión del lugar como un caso de discriminación.

Según se advierte en estos casos y en los que ocurrieron en el extranjero, se hubiera permitido al consumidor invidente hacer uso de los servicios ofrecidos, siempre y cuando dejara a su perro guía afuera del local, porque en la mente de quien trató con el consumidor, el perro guía podría incomodar a otras personas y transgredir las normas de sanidad. Sin embargo, lo que no tiene en cuenta es que el perro guía le da esa mayor independencia, libertad y autonomía para integrarse y desenvolverse.

Imaginemos que se presentan al establecimiento dos personas con discapacidad visual, una con y otra sin un perro guía. De acuerdo con la argumentación de los proveedores en los casos citados, quien podría ingresar, permanecer y hacer uso de los servicios del establecimiento es la persona sin el perro guía, pero el otro no. Entonces, ¿no estamos discriminando en ese caso? Y eso que nos encontramos ante dos personas que tienen la misma discapacidad.

El tema se torna más grave aún, como realmente sucedió, porque se limita, se sabotea, se restringe el disfrute de los servicios ofrecidos por el proveedor a quienes hacen uso de sus perros guía frente a quienes sí podemos desenvolvernos con absoluta libertad, independencia y autonomía. ¿Se trata de una razón objetiva y justificada? De ninguna manera, pues no salimos de nuestra burbuja de un mundo pensado en personas sin discapacidad.

REFLEXIONES FINALES

Hemos dado un vistazo a casos desarrollados en la sede administrativa en el 2013 y 2017, así como uno resuelto en el Tribunal Constitucional en el 2014. También nos hemos referido a la experiencia comparada con tres casos en Costa Rica, resueltos en los años 2004, 2005 y 2011. Puedo apreciar que la lógica de los proveedores de bienes y servicios para el acceso y permanencia de personas con discapacidad visual asistidas por perros guía, lamentablemente, es similar. A pesar de los años transcurridos, continúa perjudicando el libre desenvolvimiento e integración de este grupo de personas.

Los casos administrativos pueden ser abordados como un problema de idoneidad, más que como un tema de atención preferente, pues el proveedor debería estar preparado para brindar el servicio sin restricciones a las personas con discapacidad visual; no se trata solo de poner una rampa o instalar servicios higiénicos para estos casos. Pero también considero que puede ser considerado como un caso de discriminación, pues el hecho de que haya podido ingresar al local no implica que no pueda ser rechazado a causa del perro guía, pues se le impone como condición que el can no entre para brindarle el servicio. Es como si le dijeran a una persona que no puede caminar y que quiere ingresar a un cine o a un restaurante que deje su silla de ruedas en la entrada, pues podría incomodar al resto de personas o ser un obstáculo para la entrada o salida del lugar.

En estos momentos, recuerdo el caso de una persona que tenía problemas para acceder con su silla de ruedas a una unidad de transporte, porque no estaba acondicionada para ello y tampoco tenía un número adecuado de unidades para brindar el servicio a esta consumidora. Nos convertimos en una de las principales trabas para que las personas con discapacidad visual puedan desarrollar sus actividades cotidianas, privándoles del uso de sus perros guía, que pueden darles

mayor independencia, libertad y autonomía (reitero constantemente estas tres condiciones, pues deberíamos tenerlas muy presentes cuando estemos ante situaciones similares).

De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística e Informática (2018), solo nos estamos refiriendo, en este caso, a las personas invidentes, pues “existen otras limitaciones para moverse o caminar (462 mil 60 personas), para oír (232 mil 176 personas), para entender o aprender (127 mil 947 personas), para relacionarse con los demás (98 mil 836 personas), o para hablar o comunicarse (93 mil 88 personas)” (p. 186). La aplicación de las normas por parte de los operadores jurídicos, en general, va evolucionando, pero este tema muy relevante y sensible, que requiere que realmente nos pongamos en la posición de quien resulta afectado, aún tiene mucho camino por recorrer, tanto en las políticas de Estado como en la aplicación efectiva de las normas por parte de la ciudadanía, en su papel de proveedor y consumidor.

Dicen que nadie sabe lo que tiene hasta que lo pierde, eso es muy cierto en muchos casos, pero, en mi experiencia personal, siempre supe lo que tuve de parte de mi mascota, que no era perro guía, pero sí tenía su compañero invidente. Sí, no es falta de seriedad, pero permítame, estimado lector, unas brevísimas líneas finales para recordar a quien nos dio a su mamá humana y a mí muchas alegrías, sin pedir absolutamente nada a cambio. Se trata de un caso maravilloso de expresión de amor en su más alta pureza, sin necesitar palabra alguna para explicarse. Siempre supe el amor que me tenía, y si bien desde que se fue nada, pero nada, es igual, sigue presente con tal fuerza como el primer día que llegó a nuestras vidas. Como dice la cita inicial de este artículo: para quienes tienen este privilegio, un can se vuelve parte de ti, llegando a ser incluso, literalmente, tus ojos. Espero poder llegar a ser, por lo menos, la mitad de lo que Bombón me hacía sentir que yo era para ella. Estas líneas fueron escritas añorándola y agradeciéndole mucho.

REFERENCIAS

Carrión, A. (21 de julio del 2017). Conoce las muchas facetas de los canes en nuestras vidas [Especial: Día del Perro]. *El Comercio*. Recuperado de <https://elcomercio.pe/wuf/conoce-muchas-facetas-perro-vidas-443935>

- Constitución Política del Perú. (1993). Recuperado del sitio de internet del Congreso de la República del Perú: <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>
- Expediente 02437-2013-PA/TC. (16 de abril del 2014). Tribunal Constitucional. Recuperado del sitio de internet del Tribunal Constitucional: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/02437-2013-AA.pdf>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). (2018). *Perú: Perfil sociodemográfico. Informe nacional. Censos Nacionales 2017: XII de Población, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas*. Recuperado de https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1539/libro.pdf
- Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor. (2 de septiembre del 2010). Recuperado del sitio de internet de Indecopi: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20195/177451/CodigoDProteccionyDefensaDelConsumidor%5B1%5D.pdf/934ea9ef-fcc9-48b8-9679-3e8e2493354e>
- ¿Por qué hay tan pocos perros guía en el Perú? (23 de mayo del 2016). *Perú21*. Recuperado de <https://peru21.pe/lima/hay-perros-guia-peru-218807>
- Resolución 2004-12802. (12 de noviembre del 2004). Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.
- Resolución 205-07768, Expediente 04-007842-007-CO. (17 de junio del 2005). Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.
- Resolución 2011-011418, Expediente 11-007603-0007-CO. (26 de agosto del 2011). Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.
- Resolución 331-2013/CC2, Expediente 184-2012/CC2. (18 de abril del 2013). Comisión de Protección al Consumidor 2.
- Resolución 978-2017/CC2. (16 de junio del 2017). Comisión de Protección al Consumidor 2. Recuperado del sitio de internet de Indecopi: <http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/proteccion-consumidor.seam>

El derecho al pago anticipado de los consumidores y los créditos hipotecarios otorgados con subsidio del Estado

Magda Eveling Roa Quispe / José Luis Herrera Pachari

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Lima, Perú

Recibido: 1/9/2017 / Aprobado: 17/2/2019

doi: 10.26439/iusetpraxis2018.n48-49.4501

RESUMEN. En este artículo, se analiza el derecho de todo consumidor a realizar pagos anticipados en las operaciones activas de crédito y su relación con las políticas impulsadas por el Estado para lograr el acceso a la vivienda de los sectores sociales con menores recursos económicos. El Estado, mediante el Fondo Mivivienda S. A., otorga subsidios para el financiamiento de la adquisición de bienes inmuebles a través de créditos hipotecarios brindados por las entidades del sistema financiero. En este caso, en los pronunciamientos emitidos por los órganos la realización de prepagos no constituye una vulneración al derecho de los consumidores.

PALABRAS CLAVE: derecho del consumidor / pago anticipado / crédito hipotecario Mivivienda / Bono del Buen Pagador / Premio al Buen Pagador / acceso a la vivienda / política pública

Consumer's right to advance payment and mortgage loans granted with government subsidy

Abstract: This article analyzes the right of every consumer to make advance loan payments and its relationship with the policies promoted by the government for low-income social groups to gain access to housing. Through Fondo Mivivienda S. A., the government grants people subsidies to obtain real estate using mortgage loans provided by financial institutions. In this case, according to Indecopi's decision-making bodies, losing the subsidies for making advance payments is not a violation of the consumer's right.

KEYWORDS: consumer's right / advance payment / Mivivienda mortgage loan / Good Payer's Bonus / Good Payer's Prize / access to housing / public policy

INTRODUCCIÓN

El pago anticipado en las operaciones de crédito estuvo en debate a lo largo de los últimos años. Inicialmente, se estableció la prohibición de su inclusión en los contratos de operaciones activas; luego se incluyó en los contratos, pero con la consecuencia inmediata del pago de una penalidad, para, finalmente, reconocerlo como un derecho del consumidor.

El reconocimiento del derecho al pago anticipado, en los últimos años, ha incorporado a su definición contenidos subyacentes, tales como (i) la prohibición de la restricción o impedimento material para el ejercicio, (ii) el establecimiento de horarios o fechas específicas para su realización sin justificación, así como (iii) la fijación de determinadas agencias o zonas geográficas para su ejercicio por parte de las entidades financieras. Ello ha contribuido a que las entidades financieras incluyan dentro de sus variables y factores de medición de riesgo crediticio la posibilidad de que los consumidores efectúen pagos anticipados. Asimismo, coadyuva a la transparencia¹ y la competencia entre las empresas en el mercado financiero.

Adicionalmente, el Estado impulsó acciones de política pública² a través de las cuales buscó fomentar el acceso de la población con menores recursos a una vivienda familiar. De esta manera, atiende a la brecha significativa entre la oferta (número de proyectos inmobiliarios destinados para vivienda) y la demanda (número de familias que pueden financiar la compra de una vivienda) en el sector inmobiliario. Para Bourdieu (2002): “El Estado contribuye vigorosamente a producir el estado del mercado de la vivienda a través de inversiones financieras y la doble construcción de la demanda y de la oferta, por medio de recursos, leyes, reglamentos y crédito a los constructores” (p. 32). En concordancia con lo citado, las políticas públicas que se impulsan desde el Estado no solamente ayudan a la generación de la demanda, sino a la

1 Entendemos como transparencia, siguiendo a Molina Ávila (2013, p. 540), a aquellas políticas y normas que tienen por finalidad lograr que los clientes de las entidades de crédito consigan comprender sin dudas ni ambigüedades el alcance de sus derechos y obligaciones. Alcanzar este objetivo de claridad informativa o transparencia resulta trascendental en este ámbito, en el que la especialidad y complejidad de los términos y condiciones de los contratos los hace frecuentemente de difícil comprensión para el cliente que carezca de conocimientos financieros.

2 Acciones del Estado que nacen para atender de manera efectiva problemas de interés público.

consolidación de la oferta, y con ello también a la dinamización y competitividad del mercado inmobiliario.

En efecto, por el lado de la demanda, se entendió que las familias con menores recursos no podían costear el precio de las viviendas que se ofrecían en el mercado, ni acceder al financiamiento de las entidades del sistema financiero o, de obtenerlo, sería a un costo muy elevado (tasa de interés y seguros) por el riesgo que representaban. Por ello, las acciones de política pública impulsadas por el Estado tenían que ir de la mano con la aplicación de subsidios al precio de las viviendas o al crédito hipotecario (como el Premio al Buen Pagador y el Bono del Buen Pagador).

Por el lado de la oferta, en el mercado inmobiliario se amplió el número de proyectos de viviendas disponibles y el número de empresas ofertantes. Se diversificó la cartera de proyectos por área urbana y las inmobiliarias buscaron diferenciarse entre sí. Todo lo anterior, a fin de captar el número creciente de consumidores que buscaban adquirir viviendas a través de un financiamiento con el subsidio del Estado. En el mercado financiero³, la posibilidad de que más personas puedan calificar a un crédito hipotecario implicaba una mayor dinamización del sector y la creación de un nuevo producto: el crédito hipotecario Mivivienda.

En suma, la incorporación de la política pública de facilitar la adquisición de una vivienda a través de un subsidio estatal para las familias con menos recursos y el reconocimiento del derecho al pago anticipado de todo consumidor son instituciones que se han consolidado a la par. Actualmente, han confluído y generado un debate sobre sus efectos y la prevalencia de una o de la otra en el ordenamiento jurídico.

¿Qué ha sucedido en la práctica? Algunos consumidores que han obtenido créditos hipotecarios Mivivienda y han cancelado las cuotas mensuales, luego de un determinado período, decidieron efectuar pagos anticipados totales o parciales de su préstamo. Como consecuencia de ello, las entidades del sistema financiero, atendiendo a lo establecido en los contratos suscritos y las normas vigentes, procedieron

3 De ese modo, las entidades financieras se convierten en una de las instituciones más importantes de la sociedad actual, pues en gran parte son los responsables del crecimiento económico, al actuar como mediadoras entre el ahorro y la inversión en una dinámica económica y financiera que indica el potencial de desarrollo de una sociedad (Mishkin, 2014, p. 269).

a descontar de esos depósitos el importe que corresponde al reembolso total o parcial, ya sea del Premio al Buen Pagador o del Bono del Buen Pagador para el Estado.

En ese sentido, el presente artículo analiza si la conducta de los proveedores constituye una restricción o vulneración al derecho del pago anticipado de los consumidores. Principalmente, atiende a los pronunciamientos emitidos por los órganos resolutivos de Indecopi. Además, expone los fundamentos que sustentan el derecho al pago anticipado, la estructura y el funcionamiento de los créditos hipotecarios canalizados a través del Fondo Mivivienda, así como la naturaleza de los subsidios otorgados por el Estado mediante el Premio al Buen Pagador o el Bono del Buen Pagador.

EL DERECHO A EFECTUAR PAGOS ANTICIPADOS DE LOS CONSUMIDORES EN TODA OPERACIÓN DE CRÉDITO

En el ámbito normativo⁴ y jurisprudencial, se ha reconocido el derecho de los consumidores a que en toda operación de crédito puedan realizar el pago anticipado o prepago de los saldos, en forma total o parcial, con la consiguiente reducción de los intereses compensatorios generados al día de pago y la liquidación de comisiones y gastos. Asimismo, se ha recogido legislativamente que, en el ejercicio del derecho al pago anticipado, no sea aplicable a los consumidores ningún tipo de penalidades bajo cualquier denominación o se efectúen cobros que revistan un origen o efecto similar.

4 Así, el artículo 65 de la Constitución Política del Perú (1993) señala que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto, garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentren a su disposición en el mercado. En atención a dicha disposición, se ha aprobado durante esta última década una serie de normas vinculadas a su desarrollo, siendo una de ellas el reconocimiento al derecho al pago anticipado.

En el ámbito normativo, el artículo 86 de la Ley 29571 (2010), Código de Protección y Defensa del Consumidor, reconoció que los consumidores tienen derecho, en toda operación de crédito a plazos bajo el sistema de cuotas o similares, a efectuar el pago anticipado o prepago de los saldos, en forma total o parcial, con la consiguiente reducción de los intereses compensatorios generados al día de pago y liquidación de comisiones y gastos derivados de las cláusulas contractuales pactadas entre las partes, sin que les sean aplicables penalidades de algún tipo o cobros de naturaleza o efecto similar.

En consecuencia, en los últimos años, la Sala ha sancionado el cobro indebido de penalidades y comisiones por pago anticipado, al considerarlas como formas de recuperación de los intereses que los proveedores dejarían de percibir:

Esta Sala [...] no puede convalidar la desnaturalización del derecho de los consumidores a realizar pagos anticipados en forma total o parcial reconocido por el literal g) del artículo 5 de la Ley de Protección al Consumidor, el cual no es de libre disposición y regula las relaciones entre los particulares. En tal sentido, el intento del Banco de revertir los efectos del derecho del señor García a efectuar un pago anticipado de su deuda mediante el cobro de una penalidad por cancelación anticipada constituye una vulneración del mencionado derecho. (Resolución 3784-2003/TDC-INDECOPI, 2004)

La defensa de la Caja Cusco frente a tal requerimiento ha consistido en señalar que informó a la Superintendencia de Banca y Seguros su tarifario de comisiones para las operaciones activas; sin embargo, dicha acción no tiene incidencia en el hecho de que no pudo sustentar que el cobro de la comisión respondía a los gastos administrativos derivados de la operación de cancelación anticipada y, por tal razón, se produjo una vulneración al derecho de los consumidores recogido en el artículo 5, literal g), de la Ley de Protección al Consumidor. (2004)

Es más, también se configura su contenido con el establecimiento de restricciones o limitaciones materiales vinculadas a los horarios, lugares y fechas para su ejercicio. Asimismo, en otros casos, la Sala ha sancionado el empleo de mecanismos de obstaculización al ejercicio de este derecho, tales como demoras en el procesamiento del pago anticipado con el objeto de cobrar los intereses devengados en dicho período, entre otras prácticas similares.

Cabe agregar que a lo largo del procedimiento la denunciada, si bien ha señalado que atendió más de dos mil solicitudes de cancelación anticipada, y para ello ha adjuntado una relación detallada de los clientes que así lo solicitaron, no ha aportado medio probatorio alguno que acredite que estas solicitudes fueran atendidas oportunamente y sin contratiempo, así como que los intereses se hayan liquidado en el momento en que se efectuaron los pagos anticipados correspondientes.

Finalmente, es preciso señalar que a diferencia del presente caso, en anteriores procedimientos de oficio, la Sala no ha encontrado responsabilidad en otros proveedores debido a que los mismos se iniciaron en virtud de uno o pocos reclamos; sin embargo, en su desarrollo no existió una labor investigadora suficiente que determine la responsabilidad de

los proveedores por conductas generalizadas tendientes a infringir las normas de protección al consumidor. Atendiendo a las consideraciones expuestas, corresponde confirmar la resolución apelada que halló responsable a la Caja Nuestra Gente por infracción del artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor. (Resolución 0043-2010/SC2-INDECOPI, 2010)

En el siguiente caso, resulta incuestionable que los montos cobrados por Financiero a sus clientes involucraron el cobro indebido de intereses devengados entre la fecha de solicitud del pago anticipado y la fecha efectiva del pago solicitado, independientemente del criterio que se utilice para determinar la fecha de referencia. Se ha demostrado que esta entidad cobró a sus clientes una liquidación superior a la que correspondía por el devengado de intereses a la fecha de solicitud del pago anticipado; por tanto, corresponde declarar fundada la denuncia en este extremo.

Conforme a lo expuesto, corresponde confirmar la Resolución 015-2008/INDECOPI-CAJ en el extremo que halló responsable a Financiero por obligar a sus clientes a cancelar los intereses devengados desde la fecha de su solicitud de pago anticipado hasta el pago efectivo de su deuda. (Resolución 1751-2010/SC2-INDECOPI, 2010)

Ahora bien, el derecho de pago anticipado tiene lugar en el marco de las operaciones de crédito (tarjetas de crédito, créditos hipotecarios, crédito de consumo, etcétera). Desde el punto de vista económico, el crédito se entiende como la utilización de fondos de otra persona a cambio de la promesa de devolverlos (normalmente con intereses) en fecha posterior. En realidad, la razón de ser del crédito son precisamente los intereses, es decir, la renta por el uso del dinero prestado, el beneficio económico del prestamista. Sin esta ventaja, el crédito, tal como lo conocemos actualmente, no existiría.

El crédito bancario —entendido como la operación por la cual la entidad financiera, como prestamista, se compromete a entregar al prestatario una suma de dinero u otro elemento representativo de él, recibiendo a cambio, después de un plazo, la devolución del capital, más intereses— reconoce dentro de la actividad múltiples manifestaciones jurídicas, siendo las más representativas el préstamo y la apertura de crédito. (Barbier, 2008, p. 343)

A través del crédito, el proveedor realiza el cobro de intereses⁵ como retribución por el uso de su capital hasta la cancelación de la obligación, así como el cobro de comisiones y gastos correspondientes a los servicios adicionalmente prestados y costos que genere el crédito durante dicho período.

Acorde con la Resolución SBS 3274-2017, Aprueban Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema Financiero y modifican el Manual de Contabilidad para las Empresas del Sistema Financiero y el Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito, señala:

Artículo 16.- Comisiones y gastos

Las comisiones y gastos se determinan libremente de conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la Ley General:

1. Las comisiones son cargos por servicios adicionales y/o complementarios a las operaciones contratadas por los usuarios, que hayan sido previamente acordados y efectivamente prestados por las empresas.
2. Los gastos son cargos en que incurren las empresas por servicios adicionales y/o complementarios a las operaciones contratadas por los usuarios, que hayan sido previamente acordados y efectivamente prestados por terceros.

5 El interés puede definirse como la contraprestación que corresponde por el uso del dinero en el tiempo. En ese sentido, constituye el precio fundamental de la economía, puesto que estructura el proceso de producción, al coordinar la valoración presente versus la valoración futura de los bienes y servicios.

Los intereses pueden clasificarse atendiendo a diferentes criterios. Entre estos, cabe destacar los dos siguientes: por un lado, si se toma en consideración quién define su tasa, pueden ser convencionales o legales; por otro lado, si se toma en cuenta el tipo de contraprestación que representan, pueden ser compensatorios o moratorios. Tales criterios permiten precisar, a su vez, las siguientes conjugaciones:

- (i) Interés convencional compensatorio: es aquel pactado por las partes y compensa el uso del dinero u otra clase de bien.
- (ii) Interés convencional moratorio: es fijado por las partes con el objeto de indemnizar la mora en el pago.
- (iii) Interés legal compensatorio: lo determina la ley y compensa el uso del dinero u otra clase de bien.
- (iv) Interés legal moratorio: también fijado por mandato de la ley con la intención de indemnizar la mora en el pago (ATC 02214-2014-PA/TC, 2014).

Para Fernández Cruz (1991), el interés representa la ganancia o lucro y no una mera retribución o pago compensatorio. De esa forma, sostiene que es posible concebirlo como una prestación accesorio, que represente siempre el rendimiento de esos bienes tomados como capital, independientemente de la finalidad que persigan: lucrativa, a través de la expectativa de ganancia por la aplicación de ese capital; o indemnizatoria, como satisfacción al acreedor de la privación indebida de la posibilidad de aplicación del capital (p. 179).

Artículo 17. Aplicación de comisiones y gastos

17.1 Las empresas no pueden establecer comisiones o gastos respecto de servicios esenciales y/o inherentes a los productos y/o servicios financieros que hayan sido contratados por el cliente. Se entiende por servicios esenciales y/o inherentes a todas aquellas gestiones o prestaciones que no pueden desvincularse del producto y/o servicio financiero contratado, siendo que su no realización imposibilitaría que las empresas puedan brindarlo u ofrecerlo.

[...]

En tal sentido, el monto total de los mencionados conceptos es programado por el proveedor al inicio del crédito y plasmado en el cronograma de pagos. De ese modo, se proyecta el pago a través del número de cuotas pactadas con el consumidor hasta la amortización total de su deuda.

Siendo así, resulta de especial importancia la capacidad económica⁶ del consumidor para la contratación de este tipo de servicios, pues ello incide directamente en la evaluación del riesgo de la operación y, por consiguiente, en la tasa de interés que aplica el proveedor⁷. Asimismo,

6 Resolución SBS 11356-2008, Reglamento para la Evaluación y Clasificación del Deudor y la Exigencia de Provisiones

Principios generales de la evaluación y clasificación crediticia del deudor

5.1 Criterios de evaluación

El otorgamiento del crédito está determinado por la capacidad de pago del solicitante [las cursivas son mías] que, a su vez, está definida fundamentalmente por su flujo de caja y sus antecedentes crediticios.

La evaluación del solicitante para el otorgamiento del crédito a deudores no minoristas debe considerar, además de los conceptos señalados en el párrafo anterior, su entorno económico, la capacidad de hacer frente a sus obligaciones ante variaciones. Para evaluar el otorgamiento de créditos a deudores minoristas, se analizará la capacidad de pago con base en los ingresos del solicitante, su patrimonio neto, el importe de sus diversas obligaciones y el monto de las cuotas asumidas para con la empresa, así como las clasificaciones crediticias asignadas por las otras empresas del sistema financiero. En el caso de los créditos a pequeñas empresas y a microempresas, las empresas podrán prescindir de algunos de los requisitos documentarios exigidos por esta Superintendencia, pudiéndose elaborar conjuntamente entre cliente y empresa indicadores mínimos, a satisfacción de este organismo de control, que permitan determinar la capacidad de pago para el cumplimiento de la obligación.

Los criterios de evaluación de los deudores que se señalan en el artículo 222 de la Ley General se aplicarán en el contexto de su pertenencia a un grupo económico, conglomerado financiero o mixto, o en base a otros supuestos de riesgo único señalados en el artículo 203 [...].

7 El interés será mayor con respecto al capital otorgado en razón directa con la duración de la transacción, el riesgo que importa la falta de cumplimiento o retrasos en el pago del mismo, el costo de oportunidad, la cantidad de dinero o bienes y, en algunos casos, las fluctuaciones del valor de estos últimos (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 1996, p. 273).

este factor es determinante para establecer el número de cuotas en que se cancelará la obligación, pues ello dependerá del monto que el consumidor esté dispuesto a asumir, en el período correspondiente para cada una de dichas cuotas.

Sin embargo, no siempre la capacidad económica del consumidor o su disposición a mantener el monto de los conceptos inicialmente pactados con el proveedor perdura en el tiempo. Estos aspectos pueden variar durante el período en que se encuentre vigente el crédito. En consecuencia, en una relación de crédito a plazos, un consumidor que cuente con una mayor liquidez en determinado momento, o que haya contratado la compra de su deuda a través de otro proveedor en términos más convenientes, por ejemplo, puede verse motivado a cancelar un monto mayor al de su cuota próxima a vencer antes del plazo pactado; o, de ser el caso, a cancelar el íntegro de los saldos pendientes de pago frente al proveedor antes de su vencimiento.

Por tanto, considerando que los intereses, comisiones y gastos acordados entre el proveedor y el consumidor son conceptos programados en función del tiempo por el cual se cede el uso del capital destinado al crédito, así como por los servicios propios o de terceros que se prestan durante dicho período, una cancelación efectuada con anterioridad al plazo podría tener como finalidad, por parte del consumidor, la reducción de tales conceptos en el saldo de la deuda que desea cancelar.

El pago anticipado o derecho de prepago implica una cancelación adelantada de los créditos obtenidos de forma total o parcial, con la consiguiente reducción de los intereses compensatorios aplicables. Para tales efectos, será necesario que la suma cancelada por el consumidor sea mayor a la que corresponda a la cuota programada, lo cual implicará que tal exceso sea imputado al saldo pendiente de pago de las próximas cuotas aún no devengadas y, por ende, conlleve a la reestructuración del cronograma de pagos previamente pactado, con la consiguiente reducción en el capital adeudado y en los intereses compensatorios subsecuentes, los cuales tendrán que ser recalculados en función de esta modificación en la obligación.

En orden con lo anterior, mediante los pagos anticipados, los consumidores cancelan adelantadamente los créditos obtenidos, por lo que, al reducirse el plazo de dicho financiamiento, es pertinente que también se aminore la contraprestación a cargo del consumidor, mediante una reliquidación de los intereses al día de pago.

Los pagos adelantados, a diferencia de los pagos anticipados, solo constituyen la cancelación de la cuota prevista con anterioridad a su fecha de vencimiento, lo cual no genera una obligación a cargo del proveedor de liquidar nuevamente la deuda y las cuotas programadas. Así pues, en el caso de los pagos adelantados, el consumidor efectúa la cancelación de una cuota días antes de la fecha de vencimiento de la obligación. (Resolución 2633-2010/SC2-INDECOPI, 2010)

En la actualidad, se encuentra vigente la Resolución SBS 3274-2017, Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema Financiero, que en los numerales 29.1 y 29.2 del artículo 29 señala lo siguiente:

Artículo 29.- Pago anticipado y adelanto de cuotas

29.1 Los usuarios tienen derecho a efectuar pagos por encima de la cuota exigible en el período, considerando para tal efecto lo siguiente:

1. No deben establecerse condiciones o limitaciones para el ejercicio del derecho.
2. No pueden aplicarse comisiones, gastos, penalidades de ningún tipo por el ejercicio del derecho o cobros de naturaleza o efecto similar.
3. Debe informarse, al momento de efectuar la operación, del monto que resulta aplicable por concepto de impuestos.
4. Los usuarios podrán efectuar los pagos en cualquiera de las oficinas de atención al público de la empresa en las que puedan realizarse operaciones de pagos y desembolsos, así como en otros canales adicionales puestos a disposición por la empresa a los usuarios.

29.2 Los pagos efectuados por encima de la cuota exigible en el período, en el caso de créditos bajo el sistema de cuotas, pueden catalogarse como:

1. Pago anticipado. Pago que trae como consecuencia la aplicación del monto al capital del crédito, con la consiguiente reducción de los intereses, las comisiones y los gastos derivados de las cláusulas contractuales al día del pago.
2. Adelanto de cuotas. Pago que trae como consecuencia la aplicación del monto pagado a las cuotas inmediatamente posteriores a la exigible en el período, sin que se produzca una reducción de los intereses, las comisiones y los gastos derivados de las cláusulas contractuales.

Asimismo, los numerales 29.3 y 29.4 del artículo 29 de la Resolución SBS 3274-2017 precisan lo siguiente:

- a) Pagos mayores a las dos (2) cuotas subsiguientes (incluyendo la exigible en el período)

29.3 Los pagos mayores a dos (2) cuotas (que incluye aquella exigible en el período) se consideran pagos anticipados [las cursivas son mías]. En estos casos, las empresas deben requerir a los clientes, al momento de realizar el pago, que señalen si debe procederse a la reducción del monto de las cuotas restantes, pero manteniendo el plazo original, o del número de cuotas con la consecuente reducción del plazo del crédito. La elección debe efectuarse a través de los mecanismos que para tal efecto se establezcan en los contratos y las empresas deben mantener una constancia que permita acreditar la elección realizada. Asimismo, en aquellos casos en los que no se cuente con tal elección, las empresas deben proceder a la reducción del número de cuotas, dentro de los quince (15) días de realizado el pago.

En caso de pago anticipado, las empresas deben entregar, a solicitud de los clientes, los cronogramas de pago modificados, considerando el pago realizado, en un plazo no mayor a siete (7) días de efectuada dicha solicitud. Las empresas deben informar al cliente sobre la posibilidad de solicitar los precitados cronogramas, dejando constancia de esta acción, conforme corresponda al canal de pago empleado. Los clientes pueden manifestar expresamente su voluntad para adelantar el pago de cuotas, procediendo las empresas a aplicar el monto pagado en exceso sobre la cuota del período a las cuotas inmediatas siguientes, conforme lo establece el artículo 29.4.

En cada oportunidad en la cual los clientes expresen su voluntad de efectuar un adelanto de cuotas, sin que se produzca la reducción de intereses, comisiones y gastos derivados de las cláusulas contractuales, y en forma previa a la ejecución del pago, las empresas deben requerir y mantener una constancia que acredite la elección de los clientes de realizar adelanto de cuotas en lugar de un pago anticipado, haciendo referencia en ambos casos de sus implicancias económicas.

- b) Pagos menores a las dos (2) cuotas subsiguientes (incluyendo la exigible en el período)

29.4 Los pagos menores o iguales al equivalente de dos (2) cuotas (que incluyen aquella exigible en el período) se consideran adelanto de

cuotas. En estos casos, las empresas proceden a aplicar el monto pagado en exceso sobre la cuota del período a las cuotas inmediatas siguientes no vencidas [las cursivas son mías].

Los clientes pueden requerir, antes o al momento de efectuarse el pago, que debe procederse a la aplicación del pago como anticipado, resultando aplicable lo indicado en el inciso 29.3.

De ese modo, a partir de las disposiciones mencionadas en el citado reglamento, resulta posible concluir lo siguiente:

- (i) Serán considerados como pagos anticipados aquellos pagos mayores a las dos (2) cuotas inmediatas siguientes del crédito (incluyendo la exigible en el período que se realiza el pago). Es decir que el monto deberá aplicarse al capital con la consiguiente reducción de intereses y demás gastos devengados a la fecha de pago.
- (ii) Una vez efectuado el pago anticipado, el consumidor deberá indicar si opta por reducir el monto de las cuotas manteniendo el plazo original o, en su defecto, reducir el plazo manteniendo el valor de la cuota. De no indicarlo, la entidad financiera deberá aplicar la reducción del número de cuotas.
- (iii) Serán considerados pagos adelantados aquellos pagos menores a las dos (2) cuotas inmediatas siguientes del crédito (incluyendo la exigible en el período que se realiza el pago, siempre y cuando sea exigible). Es decir que el monto deberá aplicarse a las cuotas inmediatamente posteriores a la exigible en el período, sin reducción de intereses y demás gastos devengados a la fecha de pago.
- (iv) Aun en el caso de pagos menores a dos (2) cuotas, el consumidor podría instruir a la entidad financiera, antes o al momento del pago, para que este sea considerado como un pago anticipado.

Así pues, entendemos que los diferentes contenidos del derecho al pago anticipado en toda operación de crédito están vinculados, principalmente, a la prohibición de las conductas que conllevan restricciones a la aplicación de sus beneficios, como son la reducción de los intereses, comisiones y gastos, así como la debida imputación en la fecha adecuada y las presunciones recogidas a nivel normativo. Pero, de

ningún modo, implica la condonación o perdón de la suma capital o importe desembolsado.

FUNCIONAMIENTO Y ESTRUCTURA DE LOS CRÉDITOS HIPOTECARIOS CANALIZADOS A TRAVÉS DEL FONDO MIVIVIENDA S. A. (FMV)

En atención a una política de acceso a la vivienda y el fomento del ahorro, así como para propiciar la inversión en el sector inmobiliario, en el año 1998, se publicó la Ley 26912, Ley de Promoción del Acceso de la Población a la Propiedad Privada de Vivienda y Fomento del Ahorro mediante Mecanismos de Financiamiento con Participación del Sector Privado, que creó el Fondo Hipotecario de Promoción de la Vivienda (Fondo Mivivienda). A partir del 1 de enero del 2006, en virtud de la Ley 28579, Ley de Conversión del Fondo Hipotecario de la Vivienda (Fondo Mivivienda) a Fondo Mivivienda S. A., la citada entidad se convirtió en Fondo Mivivienda S. A. (FMV).

La Ley 28579 estableció que el FMV tiene la condición de una empresa estatal de derecho privado, comprendida en el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial (Fonafe) y adscrita al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS), cuyo objeto es la promoción y financiamiento de la adquisición, mejoramiento y construcción de viviendas, especialmente las de interés social⁸. El FMV está facultado para implementar los productos y servicios necesarios para generar oferta y demanda inmobiliaria con fines de vivienda y otorgar

8 Ley 28579, Ley de Conversión del Fondo Hipotecario de la Vivienda (Fondo Mivivienda) a Fondo Mivivienda S. A.

Artículo 1.- Conversión y objeto

Dispónese la conversión del Fondo Hipotecario de Promoción de la Vivienda (Fondo Mivivienda) en una sociedad anónima denominada Fondo Mivivienda S. A. [...]

El Fondo Mivivienda S. A. tendrá por objeto dedicarse a la promoción y financiamiento de la adquisición, mejoramiento y construcción de viviendas, especialmente las de interés social, a la realización de actividades relacionadas con el fomento del flujo de capitales hacia el mercado de financiamiento para vivienda, a la participación en el mercado primario y secundario de créditos hipotecarios, así como a contribuir con el desarrollo del mercado de capitales.

Artículo 2.- Naturaleza jurídica

El Fondo Mivivienda S. A. tendrá la condición de una empresa estatal de derecho privado, de duración indefinida, que se rige por la presente Ley y su Estatuto, encontrándose comprendida bajo el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (Fonafe) y adscrita al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento.

financiamiento a las entidades que integran el sistema financiero para incentivar el desarrollo de proyectos habitacionales promovidos y ejecutados por el sector privado, así como el acceso de las personas al crédito hipotecario⁹.

En virtud de su objeto social, el FMV ha diseñado diversos productos con el propósito de facilitar el acceso al crédito hipotecario en condiciones beneficiosas, principalmente, para las personas con menores ingresos económicos. Así, ha desarrollado los programas Miconstrucción, Mismateriales, Techo Propio, el Nuevo Crédito Mivivienda¹⁰, entre otros. Entre ellos, el más importante es el crédito hipotecario para adquisición de vivienda, el cual ha tenido diversas denominaciones:

Tipo de producto	Vigencia	
Crédito Mivivienda Tradicional	Junio de 1998	Abril del 2006
Crédito Mivivienda Estandarizado	Julio del 2006	Septiembre del 2009
Nuevo Crédito Mivivienda	Junio del 2009	Actualidad

Fuente: Fondo Mivivienda (2017)

A fin de reducir los riesgos asociados al diseño y promoción del crédito Mivivienda, el FMV celebró con la Corporación Financiera de Desarrollo S. A. (Cofide) un contrato de fideicomiso, mediante el cual le otorgó el dominio fiduciario sobre el patrimonio fideicometido y la consecuente responsabilidad de ejecutar y transferir los recursos del

9 Ley 28579, Ley de Conversión del Fondo Hipotecario de la Vivienda (Fondo Mivivienda) a Fondo Mivivienda S. A.

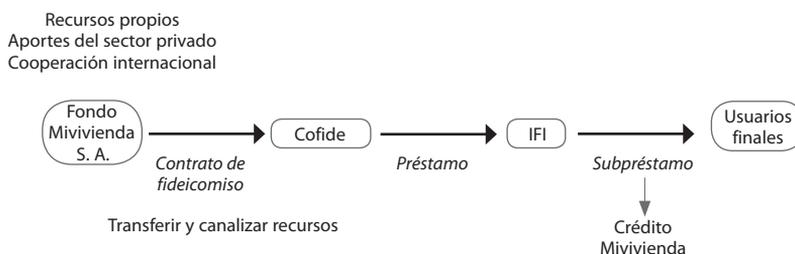
Artículo 3.- Actividades y funciones

El Fondo Mivivienda S. A. estará facultado a realizar todas las operaciones y ofrecer productos y servicios dentro del marco establecido en su objeto social. Entre sus actividades y funciones principales se encuentran las siguientes:

- a) Promover el acceso de la población a la vivienda implementando los productos y servicios necesarios para generar oferta y demanda inmobiliaria con fines de vivienda.
- b) Otorgar financiamiento a las entidades que integran el sistema financiero con el objeto de incentivar el desarrollo de proyectos habitacionales promovidos y ejecutados por el sector privado, así como el acceso de las personas al crédito hipotecario.

10 Este producto se encuentra vigente desde junio del 2009 y ha sustituido al producto Crédito Mivivienda Estandarizado, vigente entre julio del 2006 y septiembre del 2009, así como a Crédito Mivivienda Tradicional, vigente entre junio del 1998 y abril del 2006.

FMV a las instituciones financieras intermediarias (IFI) que colocan los créditos Mivivienda. De esta manera, Cofide es la encargada de transferir a las IFI los recursos del FMV mediante la aprobación de préstamos, que, a su vez, serán canalizados a los usuarios finales —que cumplan con los requisitos correspondientes— a través del otorgamiento de subpréstamos, con la finalidad de destinarlos a la adquisición y construcción de viviendas para casa habitación¹¹. El siguiente gráfico permitirá entender a cabalidad el *iter* contractual descrito:



Fuente: Fondo Mivivienda (2017)

Así, por un lado, tenemos una relación entre Cofide y las IFI, que se rige por los términos y condiciones (tasas de interés, comisiones, plazo, moneda de desembolso y pago, plazo de gracia, aplicación de bonos o premios, entre otros) establecidos exclusivamente por el FMV¹²; y, por otro lado, una relación entre las IFI y los usuarios finales, donde el FMV deja a criterio de las IFI la determinación de las tasas de interés y otras condiciones financieras relacionadas con el subpréstamo.

FUNCIONAMIENTO Y APLICACIÓN DEL PREMIO AL BUEN PAGADOR (PBP) EN LOS CRÉDITOS HIPOTECARIOS MIVIVIENDA

El Premio al Buen Pagador se creó mediante Decreto de Urgencia 091-2000. Este beneficio nació como un subsidio del 20 % del subpréstamo, destinado a los consumidores que hayan cumplido con el pago puntual de sus obligaciones y de aplicación semestral en forma proporcional.

11 Véase el artículo 4 del Acta de Directorio 03-14D-2013, Reglamento del Crédito Nuevo Crédito Mivivienda.

12 Véase el artículo 7 del Acta de Directorio 03-14D-2013, Reglamento del Crédito Nuevo Crédito Mivivienda.

Es preciso señalar que tanto el préstamo como el subpréstamo se caracterizan por estar conformados por un tramo no concesional (TNC) y un tramo concesional (TC). El TNC tiene una periodicidad mensual y equivale a la diferencia entre el importe del subpréstamo y el TC, mientras que este último tiene una periodicidad semestral¹³. Lo expuesto se resume en el siguiente cuadro gráfico:

Préstamos y subpréstamos	
Tramo no concesional (TNC)	Tramo concesional (TC)
<ul style="list-style-type: none"> - Resultado de restar al monto desembolsado el valor del TC - Periodicidad mensual 	<ul style="list-style-type: none"> - Equivale como máximo a S/ 12 500,00 - Tramo en el que resulta aplicable el PBP - Periodicidad semestral

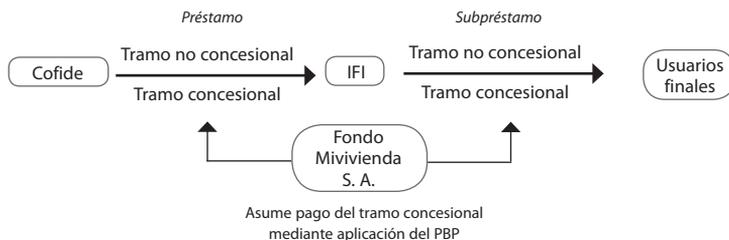
En otras palabras, el TC de los préstamos y subpréstamos está conformado por las cuotas semestrales que la IFI o el usuario podrá dejar de pagar en el supuesto de que califiquen para el Premio al Buen Pagador (PBP) y siempre que cumplan con los términos y condiciones previstos por el FMV para tal efecto.

Ahora bien, el Premio al Buen Pagador (PBP) consiste, en los términos del reglamento, en la página 109.

Importe al que accede el beneficiario que haya cumplido con cancelar puntualmente las cuotas correspondientes al tramo no concesional. Este premio servirá para cancelar semestralmente el importe del principal e intereses de la cuota a pagarse en dicho período, correspondiente al tramo concesional del subpréstamo. Este premio será de cargo del Fondo.

De ese modo, el Premio al Buen Pagador (PBP) será de cargo del FMV y sirve para cancelar de manera semestral el principal e intereses de la cuota que corresponde por ese período del TC del préstamo otorgado al consumidor. Así, la relación entre el crédito Mivivienda y el Premio al Buen Pagador puede graficarse de la siguiente manera:

¹³ Véase el artículo 7, inciso g), y el artículo 8, inciso g), del Acta de Directorio 03-14D-2013, Reglamento del Crédito Nuevo Crédito Mivivienda.

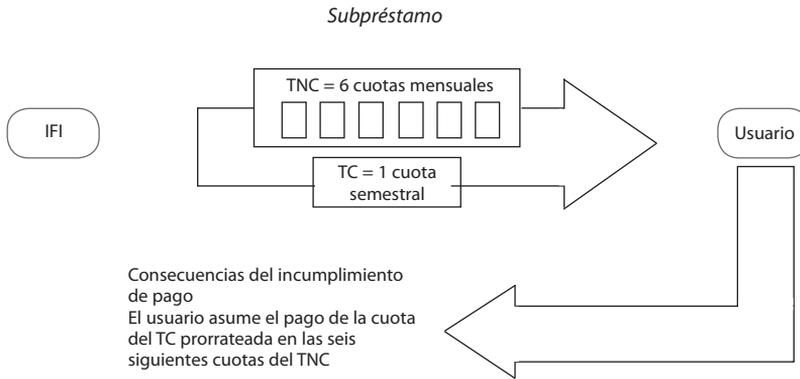


Fuente: Fondo Mivivienda (2017)

A modo de ejemplo, en el supuesto de un subpréstamo por el importe capital de S/ 100 000,00 a un plazo de diez (10) años, tendremos que el TNC equivale al importe capital de S/ 87 500,00 y el TC a S/ 12 500,00. En condiciones de pago puntual de las cuotas mensuales del TNC (120 cuotas de S/ 729,00, aproximadamente), las cuotas semestrales que le corresponderían cancelar al usuario (20 cuotas de S/ 625,00) serán asumidas por el FMV. Esto es, al término del crédito, el usuario beneficiado con el PBP solo cancelará el importe capital del TNC (en nuestro ejemplo, S/ 87 500,00) más los intereses acordados.

En este punto, es preciso señalar que el acceso al PBP se evalúa de forma independiente en cada semestre del TC, debido a que su aplicación es progresiva. Así, en caso de que el usuario cancele puntualmente las cuotas del TNC desde el primer mes, al término del semestre solo pagará la cuota mensual correspondiente al TNC, mientras que la cuota semestral del TC está a cargo de los recursos del FMV, en mérito a la puntualidad en sus pagos. Por el contrario, si durante la vigencia del crédito Mivivienda el usuario no cumple con el pago oportuno de una de las cuotas de algún semestre, deberá hacerse cargo tanto de su cuota mensual como de la cuota semestral del TC. En este caso, la cuota semestral será prorrateada en el siguiente semestre en seis (6) armadas mensuales que serán agregadas a las cuotas mensuales del TNC¹⁴. Esto significa que, en el escenario de incumplimiento, el usuario debe asumir el pago de ambos tramos del subpréstamo, conforme a lo siguiente:

14 Véase el artículo 8, inciso j), del Acta de Directorio 03-14D-2013, Reglamento del Crédito Nuevo Crédito Mivivienda.



Fuente: Fondo Mivivienda (2017)

Sin perjuicio de lo expuesto, si el usuario cumple con el pago oportuno de las seis cuotas antes citadas, podrá ser calificado nuevamente como “buen pagador” y podrá acceder al PBP en el siguiente semestre¹⁵.

Las relaciones originadas por el préstamo, así como por el subpréstamo, se rigen, principalmente, por las disposiciones del reglamento¹⁶ que se encuentre vigente al momento de su celebración.

NATURALEZA Y FUNCIONAMIENTO DEL BONO DEL BUEN PAGADOR (BBP) EN LOS CRÉDITOS HIPOTECARIOS MIVIVIENDA

Mediante la Ley 29033, Ley de Creación del Bono del Buen Pagador, se instauró el Bono del Buen Pagador (BBP), en el marco de las acciones de la política de acceso de la población a la vivienda, con el objetivo de incentivar y promover el cumplimiento oportuno de los pagos mensuales del

15 Acta de Directorio 03-14D-2013, Reglamento del Crédito Nuevo Crédito Mivivienda Artículo 8.- Términos y condiciones de los subpréstamos [...]

Para efectos de acceder nuevamente al Premio al Buen Pagador en el semestre siguiente, el beneficiario deberá cancelar las cuotas correspondientes a ambos tramos del préstamo, dentro de las condiciones establecidas para ser calificado como “buen pagador”. Corresponde a cada IFI, dentro de sus políticas internas, fijar los intereses, gastos u otros conceptos que se cobren, en caso de que el beneficiario no cancele puntualmente la cuota prorrateada del tramo concesional.

16 Véase el artículo 2, inciso j), del Acta de Directorio 03-14D-2013, Reglamento del Crédito Nuevo Crédito Mivivienda.

crédito Mivivienda¹⁷. El Bono del Buen Pagador (BBP) consiste en una ayuda económica directa no reembolsable que el Estado otorga a las personas que hayan cumplido con cancelar oportunamente las cuotas correspondientes del crédito Mivivienda, de acuerdo con las condiciones establecidas por el FMV a través de las IFI¹⁸. Al ser un subsidio estatal para la adquisición de créditos hipotecarios de interés social, el acceso al Bono del Buen Pagador (BBP) se encuentra sujeto al cumplimiento del marco normativo establecido por el FMV (condiciones, oportunidad y procedimiento de aplicación o inaplicación); sin perjuicio de que cada IFI será responsable de la información que proporciona al respecto, así como de la idoneidad empleada para dar cumplimiento al referido marco normativo.

En términos operativos, el Bono del Buen Pagador (BBP) consiste en la exoneración de pago de las cuotas semestrales (principal e intereses) correspondientes al TC, que serán asumidas por el FMV, siempre que el usuario cumpla con las condiciones establecidas para el pago correspondiente al TNC del subpréstamo. Esto es, el Bono del Buen Pagador (BBP) funciona operativamente de manera igual que el Premio al Buen Pagador (PBP). El funcionamiento operativo del Bono del Buen Pagador (BBP), en el supuesto de cumplimiento de pago de las cuotas del crédito Mivivienda, se explica a continuación:

17 Ley 29033, Ley de Creación del Bono del Buen Pagador, publicada el 7 de junio del 2007

Artículo 1.- Creación

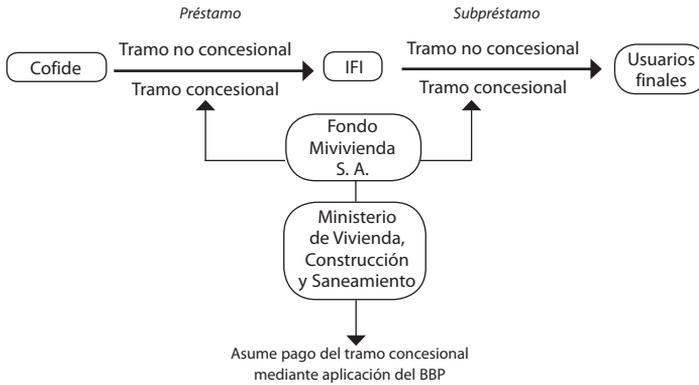
Créase el Bono del Buen Pagador (BBP) como una de las acciones de política de acceso de la población a la vivienda, con el objetivo de incentivar y promover el cumplimiento oportuno de los pagos mensuales del crédito Mivivienda otorgado en nuevos soles.

18 Ley 29033, Ley de Creación del Bono del Buen Pagador, publicada el 7 de junio del 2007

Artículo 1.- Creación

[...]

El BBP consiste en la ayuda económica directa no reembolsable por un monto máximo de diez mil nuevos soles (S/ 10 000) que se otorga a las personas que hayan cumplido con cancelar oportunamente las cuotas correspondientes del crédito Mivivienda, de acuerdo con las condiciones determinadas por el Fondo Mivivienda S.A., por medio de las empresas del sistema financiero.



Fuente: Fondo Mivivienda (2017)

En efecto, tal como se advierte en el diagrama anterior, el BBP es otorgado por el Estado y canalizado a través del MVCS. De la misma forma que el PBP, es imputado de manera semestral a favor del consumidor, de conformidad con el Reglamento del Bono del Buen Pagador que se encuentre vigente al momento de la contratación del crédito y de su aplicación.

APLICACIÓN DEL PREMIO AL BUEN PAGADOR Y EL BONO DEL BUEN PAGADOR EN LOS SUPUESTOS DE PAGO ANTICIPADO

Desde la creación del FMV, tanto este como el MVCS han emitido diversas normas vinculadas al funcionamiento del programa, así como los efectos del PBP y BBP ante la realización de pagos anticipados, las cuales se resumen en el gráfico de la página 109.

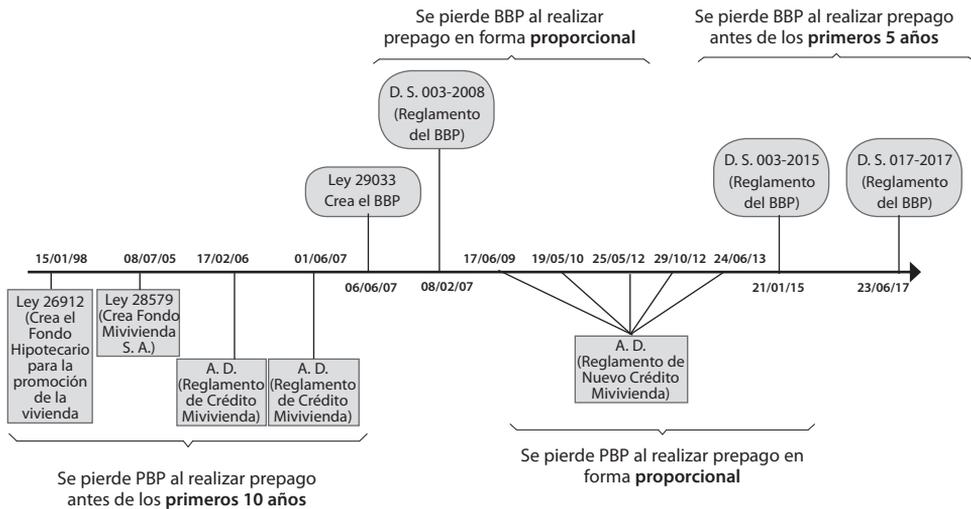
Así, el FMV, mediante actas de directorio, emitió diversos Reglamentos de Crédito Mivivienda (tradicional y estandarizado), a través de los cuales reconoció, en un primer momento, la posibilidad de efectuar prepagos sin perder del PBP, luego de transcurridos los primeros diez (10) años de desembolsado el crédito¹⁹. Sin embargo, a partir del 17 de junio

19 Acta de Directorio, Reglamento de Crédito del Fondo Mivivienda S. A., aprobada el 17 de febrero del 2006

[...]

Artículo 21.- Condiciones adicionales de los subpréstamos

[...]



Fuente: Fondo Mivivienda (2017)

del 2009, con la aprobación del primer Reglamento del Nuevo Crédito Mivivienda, precisó que, ante la realización de pagos anticipados, el consumidor perdía el PBP²⁰.

Por otro lado, con la dación de la ley que creó el BBP, el MVCS emitió diversos decretos supremos que, en un primer momento y en la misma línea que el FMV, establecieron que el consumidor perdía el BBP por la

- f. *Los beneficiarios que realicen prepagos parciales o totales con posterioridad al año diez (10) del subpréstamo accederán al Premio al Buen Pagador en la parte proporcional que corresponda por dicho prepagos [las cursivas son mías]. En este caso, el premio se determinará aplicando el 20 % sobre el importe del principal prepago. En el caso de prepagos totales, el importe a prepagar será el saldo del tramo no concesional, aplicándose como premio el saldo del tramo concesional [las cursivas son mías]. No será de aplicación el Premio al Buen Pagador a aquellos prepagos que se realicen antes del plazo indicado*

20 Acta de Directorio 01-17D-2009, Reglamento del Crédito Nuevo Crédito Mivivienda, aprobada el 17 de junio del 2009

[...]

Artículo 7.- Términos y condiciones de los subpréstamos

[...]

- k. *Los beneficiarios que realicen prepagos parciales o totales en cualquier momento durante la vida del subpréstamo perderán el Premio al Buen Pagador en la parte proporcional que tenía el tramo concesional al momento del desembolso [las cursivas son mías].*

realización de prepagos²¹. Esta situación cambió con la emisión del Decreto Supremo 003-2015-VIVIENDA del 21 de enero del 2015, a través del cual se estableció que dicho beneficio no se perdía en caso de que se realice un prepago luego de transcurridos los primeros cinco (5) años²².

En ese contexto, la pérdida del Premio (en cualquier momento del crédito hipotecario) o del Bono (antes de los primeros cinco años) no constituye una restricción que impida la realización de pagos anticipados y, por ende, el derecho de los consumidores. Por el contrario, debido al cambio de la situación financiera del consumidor, es el restablecimiento de las condiciones en las cuales se hubiera otorgado un crédito hipotecario sin ayuda o intervención del Estado.

Sin perjuicio de lo mencionado, la Comisión de Protección al Consumidor 1 también ha considerado supuestos en los cuales al consumidor no le correspondía perder los beneficios otorgados:

Resolución Final 2127-2017/CC1: La Comisión determinó que el proveedor denunciado excluyó al consumidor del beneficio del Bono del Buen Pagador de su CRÉDITO Hipotecario MiVivienda Más, a pesar de haber cumplido con los requisitos para su otorgamiento. Esto es, el pago anticipado fue realizado luego de cumplido los cinco (5) primeros años luego de desembolsado el crédito hipotecario.

La citada Resolución Final desarrolló los supuestos de aplicación diferenciada entre el Bono del Buen Pagador y el Premio al Buen Pagador, estableciéndose que cada uno obedecía a una naturaleza distinta y, por ende, tenían regímenes especiales de aplicación para cada crédito hipotecario Mivivienda.

21 Decreto supremo 003-2008-VIVIENDA, Reglamento de la Ley de Creación del Bono del Buen Pagador, publicado el 8 de febrero del 2008

[...]

Artículo 7.- Causales de reembolso del BBP

Los beneficiarios deberán reembolsar el BBP cuando:

[...]

7.2 *Prepaguen en forma parcial o total el crédito MIVIVIENDA en virtud del cual se le asignó el BBP, según lo establecido por el FMV* [las cursivas son mías].

22 Decreto Supremo 003-2015-VIVIENDA, Reglamento de la Ley de Creación del Bono del Buen Pagador, publicado el 21 de enero del 2015

[...]

Artículo 6.- Causales de reembolso del BBP

Los beneficiarios deben reembolsar el BBP cuando:

[...]

6.2 *Prepaguen en forma total el crédito MIVIVIENDA, en virtud del cual se le asignó el BBP, antes de los cinco (05) años de su desembolso por parte de la IFI, según lo establecido por el FMV* [las cursivas son mías].

Por ello, resultaba importante establecer (i) en qué momento se contrataba el producto financiero, así como (ii) la fecha en que se realizaba el pago anticipado total o parcial, para determinar la aplicación o no del beneficio, según sea el caso, y su correlación con el marco normativo aplicable.

Resolución Final 0582-2018/CC1: Los denunciantes cuestionaron al banco por no haber considerado el Premio al Buen Pagador (tramo concesional), al momento en que realizaron el pago anticipado de su Crédito Hipotecario Mivivienda, a través del desembolso del 25 % de sus aportes a su fondo de pensiones.

La Comisión estableció que la entidad financiera no efectuó adecuadamente la cancelación de su crédito hipotecario Mivivienda a nombre de los denunciantes, con la aplicación del 25 % de los aportes de sus fondos de pensiones de la AFP. La decisión determinó que, en primer lugar, los desembolsos realizados con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 30478 debían ser considerados como pagos anticipados; para ello, se debía tener en cuenta el procedimiento operativo de la SBS. En segundo lugar, en el caso de créditos hipotecarios Mivivienda que cuenten con el Premio al Buen Pagador, correspondía que el beneficio por el prepagado sea imputado íntegramente al tramo no concesional, quedando incólume el tramo concesional del préstamo.

Resolución Final 0473-2018/CC1: El denunciante cuestionó que la entidad financiera no cumplió con tramitar el desembolso del 25 % de la CIC de su fondo de pensiones de AFP para amortizarlo como pago anticipado a su crédito hipotecario Mivivienda, el cual fue obtenido para la adquisición de un departamento, el mismo que ha sido su primera vivienda; bajo el argumento de que tenía inscrito a su nombre otro bien inmueble de mayor antigüedad, el mismo que tendría las características de un depósito.

La Comisión consideró que el proveedor denunciado no cumplió con tramitar el desembolso del 25 % del fondo de pensiones del consumidor para que amortice su crédito hipotecario. Para ello, desarrolló los alcances de la definición de primera vivienda y primer inmueble, establecida en la Ley 30478 y en la legislación en general, que determina que debe entenderse aquella como la adquisición de un bien inmueble o ambiente destinado o que tenga la posibilidad de ser destinado para su uso como residencia de una familia.

De ese modo, el departamento y los depósitos, al momento de su adquisición, formaban parte de una misma unidad inmobiliaria, no pudiendo considerarse a los depósitos como una vivienda de manera independiente, conforme a las disposiciones legales, sino que su utilización sería complementaria a un departamento en un edificio multifamiliar.

Es más, el consumidor para obtener legalmente el desembolso del crédito hipotecario Mivivienda, no ha tenido que poseer una vivienda a título de propiedad. Esto es, la adquisición del departamento fue su primera vivienda; por ende, el financiamiento estaba dirigido para lograr dicha finalidad, más aún si la propia denunciada en el contrato de préstamo Mivivienda señaló que el cliente había superado la evaluación y calificación correspondiente. (Comisión de Protección al Consumidor 1, 2017)

Así, la jurisprudencia de los órganos resolutivos de Indecopi, a través de la Resolución Final 284-2015/CC1 y la Resolución 1123-2016/SPC-INDECOPI, ha señalado que el PBP, al tratarse de una ayuda económica, no puede ser considerado como una penalidad o restricción al derecho de pago anticipado de todo consumidor, pues el importe depositado por el deudor se imputará completamente al capital del tramo concesional como no concesional, integrantes ambos del monto total desembolsado en una condición normal. Finalmente, en términos prácticos, ante la realización de un pago anticipado, el consumidor deberá cancelar el valor real del importe desembolsado para la adquisición del bien inmueble, al igual que cualquier otro consumidor que hubiera obtenido un crédito hipotecario por su propia cuenta.

CONCLUSIONES

El contenido del derecho al pago anticipado en toda operación de crédito por parte de los consumidores está vinculado, principalmente, a la prohibición de conductas de las entidades financieras que conlleven restricciones, por cualquier motivo, para la aplicación de sus beneficios intrínsecos, como la reducción de los intereses, comisiones y gastos, la debida imputación en la fecha adecuada y la falta de aplicación de las presunciones recogidas en el ámbito normativo que lo diferencian del pago adelantado. Pero de ninguna manera implica la condonación o perdón de la suma capital o importe desembolsado; es más, se entiende que el pago anticipado debe dirigirse únicamente al capital.

El Premio al Buen Pagador y el Bono del Buen Pagador son beneficios distintos, cuya naturaleza está constituida como un subsidio otorgado por el Estado y con operatividad similar, que busca cubrir un determinado importe que dejará de pagar el consumidor, como consecuencia de haber cancelado oportunamente las cuotas del crédito hipotecario Mivivienda.

El Premio al Buen Pagador y el Bono del Buen Pagador no se otorgan de manera simultánea o conjunta. Su aplicación está vinculada al valor del bien inmueble adquirido por el consumidor a través del financiamiento del FMV; las condiciones contractuales asumidas y determinadas por la IFI, en cada caso concreto, definen cuál de ellos es aplicable para cada usuario. Al respecto, podemos rescatar las principales diferencias entre ambos beneficios:

Premio al Buen Pagador	Bono del Buen Pagador
Financiamiento de viviendas con valor entre 25 y 50 UIT. En la actualidad, desde 50 UIT hasta 70 UIT.	Financiamiento de viviendas con valor entre 14 y 25 UIT. En la actualidad, de manera gradual hasta 50 UIT.
Crédito Mivivienda Tradicional, Estandarizado y Nuevo Crédito Mivivienda.	Solo Nuevo Crédito Mivivienda.
Recursos propios del Fondo.	Recursos del MVCS.
El 20 % del monto desembolsado para Crédito Mivivienda Tradicional. S/ 10 000,00 para Crédito Mivivienda Estandarizado. S/ 12 500,00, desde abril del 2010, para Nuevo Crédito Mivivienda. En la actualidad, el monto es de S/ 5000,00.	La ley lo estableció en S/ 10 000,00. Los reglamentos modificaron su aplicación en forma gradual. Está vigente la siguiente: De S/ 56 700 a S/ 81 000 será 4,19753 UIT. De S/ 81 000 a S/ 121 500 será 3,45679 UIT. De S/ 121 500 a S/ 202 500 será 3,08642 UIT. De S/ 202 500 a S/ 300 000 será 0,74074 UIT.
Tanto el PBP como el BBP tienen la misma forma de operación.	

El marco normativo para el Premio al Buen Pagador establece que, ante la realización de un pago anticipado, dicho importe debe ser imputado a ambos tramos del subpréstamo (crédito hipotecario Mivivienda) de forma proporcional al porcentaje que cada tramo representa respecto del monto desembolsado. Esto es, la inaplicación del Premio al Buen Pagador será proporcional al monto que representa el TC respecto del

subpréstamo. Acorde con el artículo 8, inciso k), del Acta de Directorio 03-14D-2013, Reglamento del Crédito Nuevo Crédito Mivivienda, establece que se podrá efectuar el prepago parcial o total del subpréstamo. El importe del prepago del subpréstamo deberá ser utilizado por la IFI para efectuar el prepago del préstamo a favor de Cofide, en representación del Fondo, para lo cual tiene un plazo de hasta 20 días calendario contados a partir de la fecha en que se efectuó la precancelación.

Asimismo, la realización del prepago del subpréstamo exige que dicho importe sea utilizado por la IFI para efectuar el prepago del préstamo. De conformidad con el artículo 8 del Acta de Directorio 03-14D-2013, Reglamento del Crédito Nuevo Crédito Mivivienda, se establece que se podrá efectuar el prepago parcial o total del subpréstamo. El importe del prepago del subpréstamo deberá ser utilizado por la IFI para efectuar el prepago del préstamo a favor de Cofide en representación del FMV, para lo cual tiene un plazo de hasta 20 días calendario contados a partir de la fecha en que se efectuó la precancelación.

Este criterio ha sido desarrollado ampliamente por la jurisprudencia de Indecopi a través de la Resolución Final 284-2015/CC1 y la Resolución 1123-2016/SPC-INDECOPI. La IFI se encuentra obligada a cumplir con las condiciones fijadas por el FMV para el otorgamiento del crédito Mivivienda y el acceso tanto al Premio al Buen Pagador como al Bono del Buen Pagador, según corresponda, teniendo en cuenta a su vez la normativa emitida para cada caso. Es decir, corresponde al FMV emitir el marco legal que sustente la operatividad de este producto financiero.

Así, la pérdida del Premio o del Bono no es una restricción sin justificación que impida la realización de pagos anticipados. Se trata del restablecimiento de las condiciones en las cuales se hubiera otorgado un crédito hipotecario sin ayuda o intervención del Estado, debido al cambio de la situación financiera del consumidor. En términos prácticos, significa únicamente que el consumidor deberá pagar el valor real del importe desembolsado para la adquisición del bien inmueble, al igual que cualquier otro consumidor que hubiera obtenido un crédito hipotecario por su propia cuenta.

REFERENCIAS

- Barbier, E. A. (2008). *Contratación bancaria* (3.^a ed., vol. I). Buenos Aires: Astrea.
- Bourdieu, P. (2002). *Las estructuras sociales de la economía*. Buenos Aires: Manantial.
- Fernández Cruz, G. (1991). La naturaleza jurídica de los intereses: punto de conexión entre derecho y economía. *Derecho PUCP*, 45, 177-213.
- Mishkin, F. (2014). *Moneda, banca y mercados financieros* (10.^a ed.). México D. F.: Pearson Educación.
- Molina Ávila, M. (2013). Contratación bancaria. En P. Fernández Burgueño, M. Molina Ávila y A. Porto Cortés (Eds.), *Manual de derecho de consumo* (1.^a ed., pp. 511-545). Madrid: Lex Nova.
- Osterling Parodi, F., y Castillo Freyre, M. (1996). *Tratado de las obligaciones* (vol. V). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Proceso de Amparo 02214-2014-PA/TC. (2014). Tribunal Constitucional. Recuperado del sitio de internet del Tribunal Constitucional: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/02214-2014-AA%20Resolucion.pdf>
- Resolución 0043-2010/SC2-INDECOPI. (2010). Sala de Defensa del Consumidor.
- Resolución 1751-2010/SC2-INDECOPI. (2010). Sala de Defensa del Consumidor 2.
- Resolución 1850-2010/SC2-INDECOPI. (2010). Sala de Defensa de la Competencia 2.
- Resolución 3784-2003/TDC-INDECOPI. (2004). Tribunal de Defensa del Consumidor de Indecopi.

Mercado y conductas anticompetitivas

Rosa Liliana Dávila Broncano

Corte Superior de Justicia de Lima, Lima, Perú

Recibido: 29/7/2018 / Aprobado: 11/1/2019

doi: 10.26439/iusetpraxis2018.n48-49.4502

RESUMEN. El presente artículo desarrolla, preliminarmente, un resumen de los conceptos de mercado y competencia, con el fin de comprender y analizar la problemática de las conductas anticompetitivas que vulneran a todos los miembros de la sociedad (tanto demandantes como oferentes). Del mismo modo, se observan ejemplos de cómo este tipo de prácticas ha sido regulado por la legislación nacional e internacional.

PALABRAS CLAVE: mercado / competencia / posición de dominio / prácticas colusorias

Market and anticompetitive behavior

ABSTRACT. This article develops, preliminarily, a brief summary of the concepts of market and competition to understand and analyze the problem of anticompetitive behavior that harm all members of society (both demanders and suppliers). Likewise, examples of how said behavior has been regulated by national and international legislations are examined.

KEYWORD: market / competence / dominant practices

INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de mercado, muchos lo consideran un tema nuevo o de difícil análisis, relacionándolo básicamente con conocimientos en economía. Esto es cierto en gran parte; sin embargo, el mercado comparte sus orígenes con la humanidad y siempre ha formado parte de nuestro quehacer diario.

Las personas, en su vida, tienen muchas necesidades que cubrir y no pueden hacerlo solas, por lo que surge la necesidad de especializarse en las actividades que mejor realizan, por ejemplo, agricultores, ganaderos, mineros, médicos, ingenieros, profesores, etcétera. Posteriormente, los productos y servicios que generan ingresan al tránsito, a su intercambio, por un costo (comercio). Esto es el mercado: el espacio en el que se producen estos intercambios. Aparecen así las figuras de proveedor y consumidor, que son el eje, las funciones principales respecto a las cuales gira el mercado.

El continuo avance de la cultura, la industria y la tecnología procura el desarrollo de los pueblos, que trae consigo el crecimiento del mercado. Esto es, más productos que intercambiar y su permanente perfeccionamiento, más consumidores, más proveedores y, como consecuencia, el crecimiento de la actividad económica de los pueblos y la satisfacción cada vez mejor de sus necesidades.

Entonces los mercados vienen a constituir un buen mecanismo para organizar la actividad económica, a pesar de que los operadores del mismo buscan su propio provecho; sin embargo, las economías de mercado han demostrado ser capaces de organizar con notable éxito la actividad económica de una forma que promueve el bienestar económico general. (Mankiw, 2007, p. 8)

CONCEPTO DE MERCADO

Son muchas, pero a la vez muy similares, las definiciones de mercado. Nosotros nos quedaremos con una adaptada a nuestro entender, como el espacio en donde se producen los intercambios de bienes y servicios, con la participación de los proveedores u ofertantes y los consumidores, a quienes se les satisface sus demandas o necesidades a cambio de una contraprestación (el precio que se paga), que guarda relación con el valor de su producción y el grado de necesidad del mismo. El precio es

un mecanismo de gobierno, que regula a los que compran y a los que venden para que los dos perciban que ganan.

Para los economistas, un mercado es el conjunto de compradores (demandantes) y vendedores (oferentes) de un determinado bien o servicio. En los mercados se define cuánto de dicho bien se compra y se vende (el volumen de las transacciones) y a qué precio.

El acto de comprar tiene implícito un costo de oportunidad claro: renunciar a consumir los bienes que potencialmente podría haber comprado con los recursos que está destinando a adquirir el bien. De idéntica manera, los vendedores toman decisiones importantes que los llevan a ofrecer cierta cantidad del bien que se comercializa en este mercado a cierto precio. Invierten recursos en su producción en lugar de darle otro destino a estos. Por ejemplo, podrían dedicar dichos recursos al consumo en lugar de la inversión, o podrían asignarlos a la producción de otro bien. Así, toda decisión de producción tiene implícitos ciertos costos de oportunidad. Por lo tanto, cuando compradores y vendedores negocian en un mercado, han tomado previamente decisiones económicas muy relevantes [...]. Algunos mercados funcionan en un espacio y tiempo específicos [...] y negocian el valor al que están dispuestos a vender y comprar cierta cantidad del bien. Otros mercados tienen funcionamientos menos personalizados: compradores y vendedores nunca interactúan físicamente entre ellos, por ejemplo, las ventas y compras que se realizan vía internet. Lo que define la existencia de un mercado es la presencia de oferentes y demandantes potenciales de un determinado bien, independientemente de la organización específica que asuma dicho mercado. (Troncoso, 2012, p. 10)

MERCADO LIBRE

Se conoce como mercado libre a aquel sistema económico dentro del cual la oferta y la demanda establecen de manera exclusiva los precios, sin que participe ningún tipo de regulación o control. Es la mejor forma de que un país progrese; si no existe libertad, no se puede competir. El mercado se regula solo; la intervención del Estado debe ser residual.



Troncoso (2012) describe así los mercados libres:

Uno de los principales elementos que caracterizan a los mercados competitivos es la gran cantidad de compradores (demandantes) y vendedores (oferentes) que existe en el mercado, también conocida como atomicidad de los mercados, ya que “gran cantidad” se asocia, en consecuencia, a cierto tamaño relativamente pequeño de los agentes que conforman esos mercados. Esto le otorga cierto matiz de rivalidad entre demandantes, por un lado, y oferentes, por otro, que implica que ningún comprador ni vendedor pueda individualmente influir en la determinación de los precios, siendo su acción conjunta, la de todos y cada uno, lo que determinará el precio del mercado. Es por ello que decimos que en los mercados competitivos el precio lo fija “el mercado” o que tanto compradores como vendedores son precio aceptantes. La participación de un consumidor o una empresa en un mercado en el cual cada participante representa una porción insignificante del agregado es lo que conduce a que individualmente no se pueda tener influencia en el precio [...]. Como adelantamos, estas condiciones de los mercados competitivos llevan a que las cantidades y precios de los mercados se determinen por el libre juego de la oferta y la demanda, sin la influencia particular de ninguno de sus participantes: ni empresas ni consumidores, sino que surge por lo que algunos denominan la fuerza más pura de la competencia. (pp. 65-66)

COMPETENCIA

Ubicados en el mercado, con la participación de un sinnúmero de proveedores y aún más de consumidores, nos encontramos con la competencia, figura que condiciona el funcionamiento del mercado, genera trabajo, mejora la economía, beneficia a los consumidores y, por supuesto, también a los proveedores. Si no hay competencia, se perjudica al consumidor, en tanto no hay avances, suben los precios y baja la calidad de los productos, ya que no se impulsa el esfuerzo por brindar un buen producto o servicio. Para Espinoza (2014): “La competencia viene a ser un proceso natural que se da en el mercado y que puede ser definida como la rivalidad de empresas por obtener las preferencias de los consumidores e incrementar su participación en el mercado” (p. 2). Surge, entonces, una interrogante: ¿existe la competencia perfecta? Si bien es el anhelo o punto al cual se quisiera llegar, podemos decir que, en un mercado ideal, cada empresa (proveedor) debe esforzarse por que su producto o servicio se encuentre en las mejores condiciones para que atraiga la decisión de consumo.

En un mercado que funciona bajo condiciones de competencia, las condiciones de venta se determinan como resultado de la confluencia de la demanda de los consumidores o clientes por productos o servicios con la oferta de bienes por parte de los productores y comercializadores. Es decir, los agentes económicos interactúan en múltiples tratativas y negociaciones comerciales y, a través de ellas, se van definiendo las condiciones de venta de los bienes sin que productores, comercializadores o consumidores tengan la capacidad de determinarlas de modo unilateral o por su sola voluntad. (Quintana, 2013, p. 14)

Por tanto, en un mercado competitivo no hay perdedores, sino que resultan beneficiados tanto el Estado, las empresas y, especialmente, los consumidores. Los proveedores compiten (competitividad) por la eficiencia en su producción, aspirando a ser la mejor opción en el mercado, con lo cual incrementan sus ingresos, o bien mejoran su imagen cuando sus fines no son lucrativos. Por su parte, los consumidores obtienen mejores productos con menores precios, mejorando con ello su calidad de vida, al cubrir sus necesidades con mejores productos o servicios. Además, el Estado recauda mayores ingresos, que puede invertir mejor en el progreso y calidad de los servicios que presta a los ciudadanos.

La competencia es, en realidad, la sangre vital de cualquier sistema económico dinámico. Más aún, la competencia es el fundamento de la calidad de vida y está vinculada a los aspectos más trascendentes de la existencia humana desde el punto de vista educacional, civil, religioso, cultural y, además, económico. Esta es la herencia intelectual de los debates que han ocurrido en los últimos siglos con miras a explicar las consecuencias benéficas de la competencia, el mayor descubrimiento de este milenio. (Becker, 2002, p. 61)

La idea es que, en el mercado, las condiciones de la oferta no pueden ser establecidas por una sola empresa. En este sentido, la competencia perfecta demanda ciertos requisitos para impedir que esta situación se produzca. El primero es la necesidad de que existan en el mercado productos homogéneos o muy similares que puedan ser escogidos por los consumidores sin importar quién sea el proveedor, porque cualquiera de ellos cumple con sus expectativas. En segundo lugar, tenemos la presencia de vendedores y compradores en gran cantidad, de manera que todos compren y venden, con lo cual no se produce disparidad en las operaciones especialmente de los proveedores, y no se produce un desequilibrio en el precio que puede perjudicar a ambos operadores del mercado. Asimismo, se requiere que todos cuenten con información

simétrica del producto, que debe ser perfecta y total, para que el consumidor tome su decisión de compra con conocimiento de las características, beneficios e, inclusive, deficiencias del producto. Finalmente, está la libertad de ingreso y salida del mercado; se tiene que brindar facilidades tanto administrativas como de costos (sin barreras burocráticas) para que las empresas o los inversionistas nacionales e internacionales decidan invertir en la economía de un país, pero, del mismo modo, se puedan ir cuando así lo determinen (retiro de mercado).

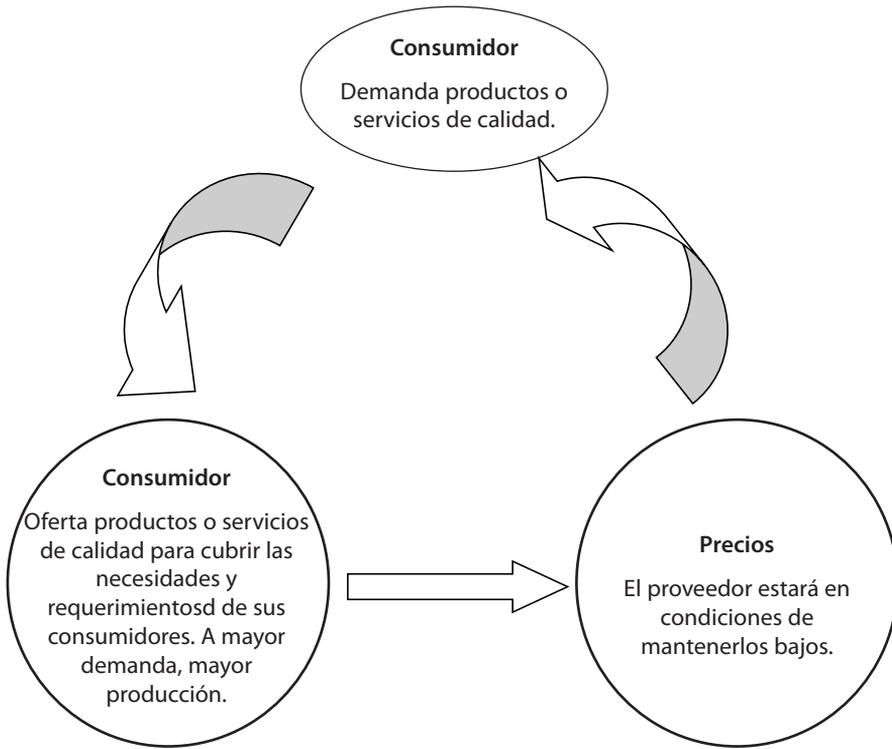
Como se dijo, esto es lo ideal. Pero encontrar una competencia perfecta está muy alejado de la realidad, es casi imposible. Lo que vemos, con seguridad, son las llamadas “fallas de mercado” o “poder de mercado”, esto es, la existencia de mercados que no compiten, como el monopolístico, llamado también *oligopólico*. Este tipo de mercados no genera equilibrio (eficiencia, precio y producción), en tanto hay un solo proveedor (productor o vendedor) que decide el precio de acuerdo con la demanda y, por ello, puede decidir también la cantidad que produce, al estar en la posibilidad de generar escasez para elevar los precios.

LIBRE COMPETENCIA

En el Perú, el Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, en su artículo 4, respecto de la libre competencia, señala:

[La libre competencia] implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las Leyes. Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos, conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República.

Esta norma es clave porque obliga a procurar un mercado eficiente, en donde los operadores, como se dijo antes, presenten en el mercado los mejores productos que satisfagan las necesidades de los consumidores. Solo ello repercutirá en que su oferta sea aceptada permanentemente, de manera que obtengan mayor consumo y puedan mantener sus precios al alcance de los destinatarios. Nos encontramos así ante un círculo eficiente: consumidores que demandan productos de calidad, proveedores que ofrecen productos de calidad considerando las necesidades y requerimientos de los consumidores, y precios que pueden mantenerse bajos por la mayor demanda, que genera más producción.



CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

Las conductas anticompetitivas son aquellas que destruyen la competencia perfecta en el mercado, las cuales, en vez de privilegiar la honradez, la transparencia, el cumplimiento u observancia de las normas y las buenas prácticas, dan paso a conductas embusteras, engañosas, traicioneras, desleales.

Este tema históricamente fue abordado en el Tratado de Roma de 1957, que fue el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Se acordó que la base de su progreso económico debía girar en el establecimiento de un mercado común mediante la realización de políticas de un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de sus actividades económicas; un alto grado de competitividad; la elevación del nivel y calidad de vida; la cohesión económica y social, así como la solidaridad entre sus Estados miembros, entre otras.

Para alcanzar sus fines, establecieron conductas que se debían respetar. Entre ellas, las que guardan relación con nuestro tema son las siguientes: se prohibieron restricciones cuantitativas a la entrada y salida de las mercancías, así como de cualesquiera otras medidas de efecto equivalente, en un mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, servicios y capitales; se estableció un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior; se dispuso la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común; se fortaleció la competitividad de la industria de la Comunidad; se contribuyó al fortalecimiento de la protección de los consumidores; se decidió el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia. Los principios rectores fueron el respeto a los precios estables, finanzas públicas y condiciones monetarias sólidas y balanza de pagos estable.

El Tratado de Roma de 1957 se ocupó de manera particular de los consumidores en su artículo 153, donde se comprometió a garantizarles un alto nivel de protección, además de su salud y seguridad de sus intereses económicos, y promover, además, su derecho a la información y a organizarse para salvaguardar sus intereses. Este tratado sufrió modificaciones en el tiempo (Tratado Constitutivo de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), que establecieron normas de competencia aplicables a las empresas. En su artículo 101, respecto a nuestro tema, señala que serían incompatibles con el mercado interior y quedarían prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar el comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior. En particular, se refiere a los que consistan en fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta, u otras condiciones de transacción; limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen una desventaja competitiva; subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Por la globalización, el mercado mundial ha sufrido una transformación que se debe, fundamentalmente, a la liberalización de las economías y al incesante avance de la tecnología en todos los aspectos: comunicación (telecomunicaciones, transporte), energía y acceso casi ilimitado a todo tipo de información. Estos cambios han traído consigo la reducción de costos, en especial, en las transacciones, pues ya no es necesario el traslado físico de los operadores del mercado; ahora, pueden celebrarse negociaciones a gran distancia y a una velocidad increíble (en tiempo real).

El Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y Estados Unidos, vigente desde el 1 de febrero del 2009, así como otros acuerdos comerciales, tuvieron un impacto positivo en nuestra sociedad, dado que el Estado peruano asumió el compromiso de tomar acciones que garantizaran que estos tratados beneficien a los consumidores y empresas nacionales. Por esta razón, el Congreso de la República delegó al Poder Ejecutivo la facultad de legislar, entre otras materias, la facilitación del comercio, la mejora del marco regulatorio, el fortalecimiento institucional, la simplificación administrativa, la modernización del Estado, la mejora de la administración de justicia en materia comercial y contencioso-administrativa, y la promoción de la inversión privada.

De esta manera, ingresó a nuestra legislación el Decreto Legislativo 1034, que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, para prohibirlas y sancionarlas, con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores. Es aplicable 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.

Las figuras que reconoce el Decreto Legislativo 1034 como anticompetitivas son estas:

- Abuso de la posición de dominio
- Prácticas colusorias horizontales
- Prácticas colusorias verticales

Abuso de posición de dominio

Para ingresar al tema, primero debemos definir qué es un mercado relevante, en tanto es allí donde se pueden realizar las prácticas anticompetitivas. Así, de acuerdo con lo establecido por el artículo 6 del

Decreto Legislativo 1034, el mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos (se determinan con la evaluación, entre otros aspectos, de las preferencias de los consumidores, características, usos, precios, posibilidades tecnológicas y tiempo requerido para la sustitución). Por mercado geográfico relevante se entiende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante (para determinarlas se evalúa, entre otros, los costos de transporte y las barreras al comercio existente).

Asimismo, corresponde fijar qué se entiende por posición de dominio, para luego establecer cuáles son las conductas en que se hace abuso de dicha posición. El artículo 7 de la norma en referencia señala que la posición de dominio en el mercado ocurre cuando un agente económico tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan contrarrestarla en ese momento o en un futuro inmediato. Esto se debe a factores como una participación significativa en el mercado relevante; las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios; el desarrollo tecnológico o servicios involucrados; el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro, así como a redes de distribución; la existencia de barreras a la entrada legal, económica o estratégica; la existencia de proveedores, clientes o competidores, y el poder de negociación de estos.

La misma norma se encarga de precisar que el solo hecho de tener una posición de dominio no implica un ilícito; ello sucede cuando se produce un exceso en el ejercicio del poder en el mercado. El abuso de dicha posición se encuentra cuando el operador realiza conductas que atentan contra el libre mercado y la libre competencia, perturbando el desarrollo de una “competencia perfecta”, porque tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta y la demanda en el mercado relevante. Con la intención, lógicamente, de incrementar sus ingresos o beneficios, lesiona a sus competidores para disminuirlos o sacarlos de la competencia, y con ello hasta del mercado.

En primer lugar, el abuso de posición de dominio se produce cuando un agente económico que tiene posición dominante en el mercado actúa de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a sus competidores, reales o potenciales, directos o indirectos, que no

hubieran sido posibles de no existir la posición de dominio. (Gagliuffi, 2013, p. 142)

Nuestra legislación considera como conductas reprochables de abuso de posición de dominio las de efecto exclusorio, cuya finalidad es impedir el ingreso, apartar, separar, aislar, eliminar o expulsar a los competidores. Entre ellas tenemos las siguientes:

- a. Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios.
- b. Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- c. Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos.
- d. Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación.
- e. Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados.
- f. Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia.
- g. Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos.
- h. En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a las de una mayor eficiencia económica.

Este último inciso es una lista abierta (*numerus apertus*), en tanto da acceso a nuevas conductas que puedan considerarse como abusivas. Esto resulta positivo porque la realidad enseña que con el tiempo surgen nuevas conductas transgresoras que necesitan ser combatidas.

A continuación, se transcribe un extracto de una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, respecto a prácticas exclusorias:

DENUNCIANTE: LLAMA GAS S. A.

DENUNCIADA: PETRÓLEOS DEL PERÚ - PETROPERÚ S. A.

MATERIA: LIBRE COMPETENCIA, ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO, DISCRIMINACIÓN

Se CONFIRMA la Resolución 010-2012/ST-CLC-INDECOPI del 18 de junio del 2012, expedida por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, que declaró improcedente la denuncia interpuesta por Llama Gas S. A. contra Petróleos del Perú - Petroperú S. A. por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación, supuesto de infracción previsto en el artículo 10.2, literal b), del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. La razón es que de la denuncia y de la información recabada en las indagaciones preliminares no se advierte la existencia de indicios razonables que permitan determinar que la empresa denunciada ostenta posición de dominio en el mercado de comercialización mayorista de gas licuado de petróleo en Talara, el Callao y Pisco. De igual modo, tampoco se verifican indicios razonables de un efecto exclusorio como consecuencia de la conducta denunciada, en la medida que Petróleos del Perú - Petroperú S. A. no constituye un competidor real o potencial, directo o indirecto de la denunciante. (Expediente 001-2012/CLC M-SDC-02/1A, 3 de abril del 2013)

Sobre el efecto exclusorio

39. Cabe precisar que, si bien no existen indicios de que Petroperú ostenta posición de dominio en el mercado relevante definido de manera preliminar, en la misma orientación de lo resuelto en primera instancia, corresponde verificar si la conducta imputada por Llama Gas podría tener un efecto exclusorio, requisito que también es concurrente para que pueda configurarse un abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación.

40. Posición de dominio solo podrá consistir en conductas de efecto exclusorio. Un abuso de posición de dominio exclusorio es aquel que afecta directamente la dinámica de la competencia, pues impide el acceso de competidores del dominante al mercado o dificulta su permanencia en él.

42. La identificación de las conductas de abuso de posición de dominio con un efecto de exclusión de competidores del dominante guarda directa relación con la finalidad del Decreto Legislativo 1034 contenida en su artículo 1, esto es, la prohibición de conductas que dañen el

proceso competitivo y, por ende, la eficiencia económica. Las prácticas exclusorias o prácticas de exclusión son aquellas mediante las cuales un monopolista u operador dominante ejerce su poder monopólico para disuadir la entrada de potenciales competidores al mercado o impedir que estos incrementen su producción. Al respecto, Hovenkamp anota: “El juez Wyzanski sabiamente definió el ‘ejercicio’ del poder de monopolio como una práctica ‘de exclusión’, es decir, una práctica que disuade a los potenciales rivales de entrar en el mercado del monopolista, o a los rivales actuales de aumentar su producción en respuesta al incremento de los precios del monopolio. Las ventas del producto del monopolista a un precio de monopolio no son una práctica de ‘exclusión’ [...]. ‘Las prácticas de exclusión’ son actos por el monopolista diseñados para disuadir a posibles competidores de entrar en el campo, o para evitar que los competidores incrementen su producción”.

43. Asimismo, el artículo 10.5 del Decreto Legislativo 103427 establece expresamente que no constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales. Con esta disposición, se incide en la exigencia del carácter exclusorio del abuso de posición de dominio, siendo que el establecimiento de precios por parte de una empresa dominante a un nivel que implique únicamente la maximización de sus beneficios es una conducta que solo representa el ejercicio de dicha posición, pero que no se encuentra en el ámbito de aplicación de la ley, dado que no afecta el proceso competitivo al no estar dirigida a competidores actuales o potenciales del dominante.

44. Dentro de las modalidades de abuso de posición de dominio, el literal b) del artículo 10.2 de la ley recoge la figura de la discriminación, al señalar que califica como un supuesto de abuso de dicha posición el que un agente dominante aplique, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

45. Al respecto, debe tenerse presente que para que se configure dicha infracción no solo se requiere que el sujeto infractor ostente posición dominante. Conforme se advierte de las disposiciones del Decreto Legislativo 1034 antes señaladas, para la configuración de una conducta anticompetitiva también es necesario que la conducta cuestionada genere o sea susceptible de generar un efecto exclusorio, es decir que excluya a competidores del mercado o que impida el ingreso a este último de potenciales rivales del presunto agente dominante. [...] Este es el caso de las denominadas prácticas explotativas, entre ellas, la imposición de los denominados “precios excesivos”.

46. La exigencia del efecto exclusorio en las prácticas de abuso de posición de dominio se encuentra intrínsecamente ligada con la existencia de una relación de competencia actual o potencial entre el dominante y el agente económico presuntamente afectado con la conducta anticompetitiva. En la medida que la finalidad de las prácticas de exclusión es que el dominante mantenga su posición en el mercado o que pueda trasladar dicha posición a otro mercado a través de la exclusión de competidores actuales o potenciales, el presupuesto de ello es que se presente —aunque sea de manera potencial— una relación de competencia.

47. La Resolución 010-2012/ST-CLC-INDECOPI consideró que no existían indicios razonables de que la presunta práctica denunciada haya permitido a Petroperú obtener beneficios o generar perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos. Ello debido a que Llama Gas no tiene una relación de competencia directa o indirecta con la denunciada, pues la recurrente se encarga principalmente del envasado del GLP y la venta minorista del producto, mientras que Petroperú se dedica al suministro y la venta mayorista del GLP.

Prácticas colusorias

Una conducta colusoria es todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia (Autoridad Vasca de la Competencia, 2013).

Las conductas colusorias se caracterizan legalmente no por la utilización de un medio en especial —puesto que se refiere genéricamente a “prácticas, conductas o recomendaciones”—, sino por sus efectos: “restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia”. Es indiferente [...] que el efecto sea actual o potencial, pero sí exige que recaiga sobre lo que denomina “mercado relevante”. (López Rodríguez, 2008)

Prácticas colusorias horizontales

Las prácticas colusorias horizontales son las que se producen entre agentes económicos competidores que realizan acuerdos, toman decisiones, hacen recomendaciones o conciertan prácticas entre sí con la finalidad de restringir, impedir o falsear la libre competencia. El artículo 11 del Decreto Legislativo 1034 así lo establece y reconoce como tales a las siguientes:

- a. La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

- b. La limitación o control concertado de la producción, ventas, desarrollo técnico o inversiones.
- c. El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas.
- d. La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y que afecte negativamente al consumidor.
- e. La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- f. Concertar, injustificadamente, la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos.
- g. La negativa, concertada e injustificada, de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación de bienes o servicios.
- h. Obstaculizar, de manera concertada e injustificada, la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación.
- i. Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva.
- j. Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas, o abstenerse de estas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.
- k. Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a las de una mayor eficiencia económica. (Decreto Legislativo 1034, 2008)

Para comprobar su existencia se requiere prueba directa.

Asimismo, constituyen prohibiciones absolutas las prácticas colusorias horizontales intermarca que no sean complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos y que tengan por objeto:

- a. Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio.

- b. Limitar la producción o las ventas, en particular, por medio de cuotas.
- c. El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas.
- d. Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates. (Decreto Legislativo 1034, 2008)

Las prácticas colusorias horizontales distintas de las señaladas precedentemente constituyen *prohibiciones relativas*.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas define las prácticas concertadas como “una forma de coordinación entre agentes económicos en la cual, sin que un acuerdo formal haya sido necesariamente concluido entre ellos, existe un nivel de cooperación práctica entre ellos que sustituye conscientemente los riesgos inherentes al proceso competitivo”. Por su parte, la Corte Suprema de los Estados Unidos establece:

La voluntad común puede inferirse a partir de evidencia que tienda a excluir la posibilidad de que las partes hayan actuado cada una de manera independiente. Esto es, debe existir prueba directa o indirecta que lleve razonablemente a probar que las partes estuvieron comprometidas de manera consciente con un esquema común diseñado para conseguir un objetivo ilícito.

La Comisión de Defensa de la Libre Competencia de Indecopi (en adelante, la Comisión), en el Expediente 017-2015/CLC, emitió la Resolución 010-2017/CLC-INDECOPI, el 22 de marzo del 2017, y declaró que Kimberly-Clark Perú S. R. L. y Productos Tissue del Perú S. A. incurrieron en una práctica colusoria horizontal, en la modalidad de acuerdo para la fijación concertada de precios y condiciones comerciales en la comercialización de papel higiénico y otros productos de papel *tissue* en el territorio nacional durante el período 2005-2014. Se decidió sancionar a la primera con una multa de 42 385,14 UIT y a la segunda con 25 726,28 UIT. Asimismo, se determinó que 14 personas naturales habían participado en el planeamiento, realización o ejecución de la práctica colusoria horizontal, a las cuales se les impusieron multas que en total ascendían a 279,84 UIT.

En la referida resolución, además, se dejó sentado que en la práctica colusoria horizontal existe un elemento esencial, esto es, una conducta coordinada con el objeto o efecto de eliminar, restringir o limitar la competencia. Igualmente, se expresó que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas distingue diversas formas de materializar estas conductas, entre las que se aprecian los acuerdos y las prácticas concertadas.

Esta resolución entiende por acuerdo que restringe la competencia a todo concierto de voluntades mediante el cual varios agentes económicos independientes se comprometen a realizar una conducta que tiene por objeto o efecto restringir la competencia. Pero, a su vez, se señala que el sentido de acuerdo tiene que ser muy amplio para que se pueda incluir cualquier conducta. Así, ante la falta de prueba directa, resulta necesario el uso de indicios y presunciones para demostrar la existencia de una voluntad común.

La Comisión define que las prácticas concertadas:

Consisten en aquellas conductas voluntariamente coordinadas que no pueden ser acreditadas por prueba directa de la celebración de un acuerdo entre agentes económicos con la finalidad de restringir o eliminar la competencia. Sin embargo, a partir de la actuación de dichos agentes en el mercado y de otras pruebas indirectas, se puede inferir como única explicación lógica la adopción de una estrategia concertada. Estas conductas se prueban mediante indicios y presunciones. (Resolución 051-2010/CLC, 2010)

En cuanto a la fijación concertada de precios (cárteles), la Comisión señala que no resulta necesario formular distinción entre hipótesis de fijación "directa" e "indirecta" de precios. La mención en el artículo 11.1 tiene por único objetivo que los administrados reconozcan que la fijación de precios resulta sancionable independientemente del mecanismo utilizado, en la medida en que una restricción en una variable competitiva esencial como el precio puede ser alcanzada por diversas vías, igualmente reprochables.

Prácticas colusorias verticales

Las prácticas colusorias verticales son los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución

o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.

Las conductas ilícitas verticales podrán consistir en los supuestos de conductas de efectos exclusorios y los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas llevadas a cabo por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, según corresponda.

Para la configuración de una práctica colusoria vertical, se requiere que al menos una de las partes involucradas tenga, de manera previa al ejercicio de la práctica, posición de dominio en el mercado relevante. Asimismo, las prácticas colusorias verticales constituyen *prohibiciones relativas*.

ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

El legislador en el Decreto Legislativo 1034 establece que el análisis de las conductas anticompetitivas debe hacerse bajo la regla *per se*, dándoles la denominación de *prohibición absoluta*. Así, en su artículo 8, refiere que, para verificar la existencia de la infracción administrativa, es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta. Estas prácticas resultan de mayor perjuicio a los consumidores, y como tal son graves, ya que por falta de competencia los precios les llegan muy elevados. Por ejemplo, la concertación o fijación de precios; los límites en las ventas precedidos generalmente de límites en la producción, reparto o división de mercados; y los acuerdos en las licitaciones. Estas conductas también son conocidas en el mundo como *hard core cartels* y, para eliminarlas del mercado, deben ser sancionadas drásticamente. En este caso, no resulta importante efectuar análisis alguno sobre el costo-beneficio de los efectos anticompetitivos y las probables eficiencias económicas, lo que sí es fundamental en las conductas examinadas bajo la regla de la razón.

Acudir a reglas que consideran una práctica *per se* ilegal (la *per se rule*), es decir que prohíben objetivamente el desarrollo de ciertas conductas independientemente de que en el caso concreto puedan o no generar un monopolio. La idea es evitar incurrir en costos administrativos para determinar la razonabilidad, cuando de ordinario la práctica no contribuye en nada al desarrollo de un mercado competitivo, y más bien, lo común es que dicha práctica esté restringiendo la competencia. (Bullard, 1994, p. 249)

De la misma manera, en el artículo 9, como regla de la razón, ha establecido que, en los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá 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 deben evaluar las características de cada mercado y las razones que los llevaron a aplicar la práctica restrictiva, hasta establecer si la restricción solo regula o promueve la competencia o, caso contrario, si promueve la supresión o eliminación de la misma. El esfuerzo para demostrar la irrazonabilidad de estas prácticas es mayor respecto a la regla *per se*, pues se tiene que probar que efectivamente produce un efecto dañino a la competencia en un mercado relevante. Se llega inclusive a pretender demostrar que la práctica restrictiva puede beneficiar al consumidor.

Se analiza entonces si es razonable o no que la práctica tenga un efecto anticompetitivo dadas las circunstancias. Se va entonces a un análisis caso por caso. Sin embargo, en muchas circunstancias, el análisis de la razonabilidad de una práctica es algo sumamente complejo y costoso. (Bullard, 1994, p. 248)

CONCLUSIÓN

En materia de mercado y su protección, el estudio y campo de aplicación es muy amplio. Nos queda claro que nuestro país ingresó con más fuerza en este empeño desde el Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y Estados Unidos, vigente desde el 1 de febrero del 2009, por el cual el Estado peruano asumió el compromiso de tomar acciones que garantizaran que este y otros acuerdos beneficien a los consumidores y empresas nacionales. El Decreto Legislativo 1034 aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas para prohibirlas y sancionarlas, con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores. Es aplicable 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.

No es fácil la tarea. Indecopi se encuentra en el esfuerzo de iniciar, de oficio o por denuncia, procedimientos sancionadores para eliminar del mercado las prácticas colusorias que limitan la competencia en perjuicio de los consumidores. Los órganos jurisdiccionales de este organismo del

Estado que, desde el año 2015, revisan las resoluciones administrativas se encuentran subespecializados en temas de mercado, dentro de la especialidad contencioso-administrativa. La especialización en estos temas redundaría en la resolución en menos tiempo (celeridad) de estos conflictos y de manera más certera y técnica, además de derecho por supuesto. Sin embargo, respecto a conductas anticompetitivas, son muy pocos los procesos judiciales iniciados. Nos encontramos a la espera de que mejore la detección de estas infracciones al mercado.

REFERENCIAS

- Autoridad Vasca de la Competencia. (2013). Conductas colusorias. Recuperado de http://www.competencia.euskadi.eus/z02-cont-ciud/es/contenidos/informacion/conductas_que_falsean/es_colusori/conductas_colusorias.html
- Becker, G. S. (2002). La naturaleza de la competencia. *Themis*, 44, 55-61.
- Bullard, A. (1994). La legislación antimonopólica y el mito del muro de Berlín. *Themis*, 30, 243-260.
- Decreto Legislativo 1034. (25 de junio del 2008). Recuperado del sitio de internet de Indecopi: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/196578/dl1034.pdf/66c0472e-46de-4eb3-b872-7369c5279583>
- Espinoza, J. (2014). *Introducción al derecho de la libre competencia*. Lima: Escuela Nacional Indecopi, 2.
- Gagliuffi, I. (2011). La evaluación de las conductas anticompetitivas bajo la regla *per se* o la regla de la razón. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 7(13), 139-162.
- López Rodríguez, C. E. (2008). ¿En qué consisten las conductas colusorias en el ámbito de la Ley de Promoción y Defensa de la Competencia 18.159 del 2007? Recuperado de <http://www.derechocomercial.edu.uy/RespComte63.htm>
- Mankiw, G. (2007). Los diez principios de la economía. En *Principios de economía* (pp. 3-19). Madrid: Thomson.
- Quintana, E. (2013). *Libre competencia*. Lima: Indecopi.
- Resolución 0611-2013/SDC-INDECOPI. (2013). Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

- Resolución 051-2010/CLC-INDECOPI. (2010). Comisión de Defensa de la Libre Competencia. Recuperado del sitio de internet de Indecopi: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/Res051-2010.pdf>
- Troncoso, C. (2012). *Introducción a la economía. Introducción a la microeconomía*. Montevideo: Facultad de Ciencias Económicas y de Administración, Universidad de la República.

Uber, el cisne negro de los taxis

**Pablo Sánchez Nássif / Luis Ricardo Morello Bustios
/ Bardo Untiveros Riveros**

Estudio Ghersi Abogados, Lima, Perú

Recibido: 5/8/2018 / Aprobado: 9/1/2019

doi: 10.26439/iusetpraxis2018.n48-49.4503

RESUMEN. Uber, Easy Taxi, Taxi Beat y los demás servicios de taxi a través de plataformas de interconexión entre taxistas (o conductores privados, como estas los llaman) y pasajeros han demostrado ser beneficiosas no solo para los usuarios, sino también, como una verdadera mano invisible, para los terceros ajenos a cada transacción: gracias a estos aplicativos hay menos tráfico, menos taxistas deambulando por las calles. Sin embargo, en la práctica, estas plataformas incurrir en actos de competencia desleal por violación de normas, pues la ordenanza municipal que regula el servicio de taxi en Lima Metropolitana no permite innovaciones en el servicio. ¿La solución es eliminar los servicios de plataforma? No. La solución, en realidad, es modificar las reglas.

PALABRAS CLAVE: taxi / beneficio / usuario / competencia desleal / norma
/ ordenanza municipal

Uber, the black swan of taxis

ABSTRACT. Uber, Easy Taxi, Taxi Beat and the other taxi services offered via platforms for interconnection between taxi drivers (or private drivers according to these apps) and passengers have shown to be beneficial not only for their users but also as a true invisible hand for third parties unrelated to each transaction. Thanks to these applications, there is less traffic jam and fewer taxi drivers wandering the streets. However, in practice, these platforms get involved in unfair competition for breach of regulations, because the city ordinance regulating the taxi service in Lima Metropolitan Area does not allow innovations in the service. Is the solution to eliminate platform services? No. The solution is actually to modify the rules.

KEYWORDS: taxi / benefit / user / unfair competition / standard / municipal ordinance

De la observación de un sinnúmero de cisnes blancos no se podrá inferir que todos los cisnes son blancos; sin embargo, ver un solo cisne negro será suficiente para refutar semejante conclusión.

David Hume

SOBRE LA INFINITA BÚSQUEDA DE REGLAS

Día tras día se conocen sucesos que quedan completamente fuera de lo previsto, pero las personas no pueden imaginar que no los hubieran previsto. Gran parte de lo que ocurre se habría considerado una auténtica locura en el pasado. Pero luego no parece tan disparatado una vez que pasa. Esta verosimilitud retrospectiva produce una disminución de la rareza y el carácter concebible del suceso (Taleb, 2008).

Por ejemplo: ¿por qué se necesita autorización previa para colocar un anuncio en una fachada? Dado que en ocasiones pasadas un anuncio cayó de una fachada y dañó a los transeúntes, el Estado (conformado por seres humanos, con emociones), basándose en esos hechos pasados, no puede evitar considerar que el daño se produjo por negligencia del que colocó el anuncio. Resultado: normas que regulan la colocación de anuncios.

Así, pasamos de una sociedad sin regulación a una cada vez más regulada. En la medida en que la iniciativa privada descubre alternativas a las reglas, el legislador corre y crea una nueva. Al parecer, todos, incluyendo el Estado, no soportamos la idea de que exista algo fuera de lo previsto (y si ocurre, moldeamos nuestras ideas de tal manera que abarquen a este hecho nuevo). Necesitamos que las cosas tengan sentido y, con esta lógica, nada tiene más sentido que una regla.

En el caso del servicio de taxi brindado a través de las plataformas de interconexión, exactamente ocurre esta situación:

1. Idea previa: tenemos una norma que regula el servicio de taxi.
2. Hecho nuevo: sistema de interconexión en línea entre taxistas y pasajeros.
3. Consecuencia: todo funciona a la perfección, hasta que se inician los problemas (robos, cobros indebidos, acoso, etcétera).

4. Idea nueva: ampliar la regulación, de tal manera que se cubra y limite al nuevo sistema de interconexión.

No importa que el hecho nuevo sea totalmente ajeno a las causas que dieron origen a la idea previa (¿acaso la regulación evitará los robos o el acoso?). Lo cierto es que nos hemos acostumbrado a que ante toda innovación se deban buscar las reglas. Así, pasamos de una regla básica a una regla cada vez más amplia (lo que explica el porqué del exceso normativo en nuestro país). Una vez que todo funciona bajo las reglas, cobra sentido. Solo así nos sentimos satisfechos.

En filosofía, los servicios de taxi a través de plataformas de interconexión entre taxistas y pasajeros serían un cisne negro digno de Hume: una idea disruptiva en el mercado de taxis que nadie conoce y que, por tanto, plantea la duda de si en realidad es un servicio de taxi o no. No porque todos los taxis que conozcamos sean amarillos, significa que todos los taxis, necesariamente, deban ser amarillos. Puede haber taxis de otro color que sencillamente no conocemos. Así ocurre con estos aplicativos: quizá estemos ante un nuevo tipo de servicio de taxi.

SEGÚN NUESTRO SISTEMA NORMATIVO, UBER Y SERVICIOS SIMILARES INCURREN EN ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL

Desde hace ya unos años, el servicio de taxi brindado por empresas a través de plataformas de interconexión, como Uber, ha ganado terreno en nuestro mercado. El antiguo sistema de taxis, que aún opera, supone, entre otras cosas:

- La existencia de conductores que dan vueltas por la ciudad a la espera de que algún pasajero los tome.
- La necesidad de los pasajeros de trasladarse a alguna avenida a esperar la llegada de algún taxi.
- La negociación de una tarifa.

Esa forma de operar del mercado de taxis está siendo superada por el nuevo sistema que proponen las empresas que brindan servicio de taxi a través de plataformas de interconexión, que requiere menos recursos y genera muchos beneficios:

- Los conductores no necesitan dar vueltas por la ciudad para contactar pasajeros, por lo que ahorran combustible y evitan generar más tráfico en la ciudad.

- Los pasajeros ya no deben caminar por las calles en búsqueda de los conductores, y esperar a que alguno aparezca. Ahora los taxistas acuden, en pocos minutos, al punto exacto donde es requerido el servicio.
- La tarifa se encuentra previamente negociada. El taxista que accede al sistema, al igual que el usuario, ha aceptado la imposición de la tarifa por parte de la empresa en función del tiempo y del kilometraje recorrido en cada traslado.

Los taxistas hoy pueden valerse de la tecnología para realizar más carreras de una forma más eficiente. Por lo tanto, los pasajeros obtienen los servicios en mejores condiciones y más baratos.

No obstante, a pesar de todos los beneficios que estas aplicaciones suponen, en muchos países se ha sancionado o denunciado a Uber por diversos actos: competencia desleal¹, incumplimiento de normas sobre transporte², abusos laborales³ e incluso engaño⁴. Es curioso: los individuos ven a Uber como una oportunidad, pero los Estados (que a fin de cuentas son los representantes de los individuos) lo tratan como una amenaza.

En realidad, hay muchísimas maneras de sancionar a Uber. Todo depende de cuán restrictivas sean las normas y de qué tan creativo haya sido el legislador de turno. Particularmente, en nuestra Ley de Represión de Competencia Desleal (Decreto Legislativo 1044, 2008), se consideran ilícitos los *actos de violación de normas*.

Artículo 14.- Actos de violación de normas

14.1. Consisten en la realización de actos que tengan como efecto real o potencial valerse en el mercado de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas.

1 En abril del 2017, el Tribunal Civil de Italia ordenó el bloqueo de la aplicación de Uber, debido a competencia desleal (“Uber es prohibido en Italia por competencia desleal”, 2017).

2 En diciembre del 2016, la Superintendencia de Puertos y Transporte de Colombia sancionó millonariamente a Uber por “prestar servicios de transporte ilegalmente”. También en Taiwán se sancionó a Uber: en febrero del 2017, el Ministerio de Transporte de Taiwán ordenó a Uber que cese sus operaciones hasta que respete las normas sobre el transporte.

3 En Inglaterra, una corte declaró que los conductores no eran “autoempleados”, sino trabajadores de Uber, y que había que reconocerles derechos laborales.

4 A inicios del 2017, Uber tuvo que negociar con la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos un pago de 20 millones de dólares para evitar una multa por un monto mucho mayor.

A fin de determinar la existencia de una ventaja significativa, se evaluará la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas.

La lógica de la norma es la siguiente: una empresa que no cumple con las normas regulatorias ahorra los costos derivados del cumplimiento. En consecuencia, obtiene una ventaja competitiva frente a los demás competidores, quienes sí cumplen con la norma y, por tanto, asumen dichos costos. Tal aprovechamiento resulta “injusto” y, en consecuencia, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) debe sancionarlo.

Esto ocurre con las aplicaciones de taxis. De acuerdo con la Ordenanza Municipal 1684 (2013), que regula la prestación del servicio de taxi en Lima Metropolitana, este se define de la siguiente manera:

Es el servicio de *transporte público especial de personas* de ámbito provincial prestado en vehículos de la categoría vehicular M1, conforme con la clasificación establecida en el RNV, *que tiene por objeto la movilización de personas desde un punto de origen hasta uno de destino señalado por quien lo contrata*, de forma individual y por la capacidad total del vehículo. El servicio de taxi se caracteriza por su no sujeción a rutas, itinerarios y horarios.

Teniendo en cuenta esta definición, Uber y los demás aplicativos ¿brindan o no un servicio de taxi? Si lo hacen, estarían sujetos a las regulaciones que contiene dicha ordenanza municipal: características de los vehículos, obligaciones, registros, sanciones, etcétera.

Uber ha sostenido, en los procedimientos por infracción a las normas de protección al consumidor seguidos ante Indecopi, que no brindan un servicio de transporte, sino que se limitan a contactar y organizar a usuarios conductores con usuarios pasajeros. Así, Uber solo sería un tercero ajeno al servicio de transporte, tal como aduce en el numeral 2 de sus “Términos y condiciones”:

Los Servicios constituyen una plataforma de tecnología que permite a los usuarios de aplicaciones móviles de Uber o páginas web proporcionadas como parte de los Servicios (cada una, una “Aplicación”) *organizar y planear el transporte y/o servicios de logística con terceros proveedores independientes* [las cursivas son nuestras] de dichos servicios, incluidos terceros transportistas independientes y terceros proveedores logísticos independientes, conforme a un acuerdo con Uber o algunos afiliados de Uber. (Uber B. V., 2017)

Como veremos a continuación, la defensa de Uber se ha limitado siempre a sostener que en sus términos y condiciones señalan claramente que no brindan un servicio de transporte. Sin embargo, en la práctica, ¿es así?

¿Qué servicio brinda Uber?

Uber sostiene que ellos no prestan ningún servicio de transporte, ya que este sería brindado directamente por el chofer de la unidad al usuario, y no por ellos. Sin embargo, se puede decir que Uber sí proporciona el servicio de taxi, ya que es con esta empresa con la que el usuario contrata el servicio de transporte, es Uber quien designa al taxista que recogerá al pasajero, y es Uber quien fija las condiciones del contrato de transporte, e impone y cobra la tarifa. Todas estas actividades son propias de una empresa que ofrece un servicio de transporte.

El servicio de taxi tiene por objeto el traslado del pasajero a cambio del pago de una tarifa. Como ya se mencionó, es con Uber con quien se contrata el servicio de transporte, y es con Uber con quien se pactan y se acuerdan todos los aspectos relevantes del contrato. Esto se acredita respondiendo a las preguntas que aparecen a continuación.

¿A quién solicita el usuario el servicio de transporte?

Lo solicita a Uber, a través de la aplicación creada por ellos y puesta a disposición por ellos en el mercado.

El usuario también informa a Uber cuál es el lugar de recojo y cuál es el lugar de destino. Contrariamente a lo que sostiene la empresa, el usuario no solicita al conductor el servicio, tampoco le informa cuál es el lugar donde debe recogerlo ni el destino al que debe llevarlo. Esa información es trasladada por el usuario únicamente a Uber.

¿Quién determina la tarifa que se pagará por el servicio?

Uber lo hace. Una vez fijado el punto de inicio y el punto de destino, Uber señala la tarifa que se cobrará por el servicio.

No existe negociación alguna entre usuario y chofer. Una vez solicitado el servicio e informada la tarifa, no existe libertad alguna entre el conductor y el pasajero para negociar la tarifa que se cobrará por el servicio prestado. Uber la impone y la informa al pasajero antes que este

tenga algún contacto con el chofer; de hecho, el pasajero ni siquiera conoce la identidad del mismo.

¿Quién determina el chofer y la unidad que recogerá al usuario?

Nuevamente, Uber lo hace.

En un primer momento, afilia únicamente a los supuestos taxistas que cumplen con los requisitos por ellos impuestos. Luego el usuario no tiene posibilidad alguna de escoger con cuál unidad o taxista, entre los que Uber ha permitido afiliarse, quiere “contratar”. Es Uber quien de manera unilateral designa la unidad y el chofer que brindará el servicio de transporte al pasajero.

Es más, el usuario nunca llega a conocer la identidad del taxista que lo transporta. Uber únicamente informa al consumidor el nombre de pila del taxista y viceversa, pues el taxista tampoco conoce la identidad del pasajero.

¿Quién cobra por el servicio brindado?

Uber es quien realiza el cobro, no el chofer.

El usuario no le paga al taxista por el servicio brindado, sino que la tarifa es cobrada directamente por Uber a través de una tarjeta de crédito. Si bien en algunos casos los pagos se hacen en efectivo, en esos supuestos los choferes deben reintegrar a la empresa el pago de la comisión que a ellos les corresponde.

En estas condiciones, ¿es válido afirmar, como Uber lo hace, que solo es una plataforma que pone en contacto a usuarios con choferes? Evidentemente, no. No interesa cómo es que Uber llame al servicio que brinda; si lo llama “plataforma de intermediación” o “servicio de conductor privado”, es irrelevante. De aplicar la ordenanza que regula el servicio de taxi en Lima, Uber calza a la perfección con su supuesto de hecho; *ergo*, Uber brinda un claro servicio de taxi.

A la misma conclusión llegamos si aplicamos el *principio de primacía de la realidad*, acorde con el artículo 5 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal (Decreto Legislativo 1044, 2008) que señala:

La autoridad administrativa determinará la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad.

La forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.

Independientemente del nombre que Uber le ponga al servicio que brinda, si los llama taxistas o usuarios conductores, o si informó previamente que ellos no brindan un servicio de transporte, de la realidad se desprende que la verdadera naturaleza de la actuación de Uber es prestar un servicio de taxi.

¿En qué se diferenciaría el servicio de “conductor privado” o “plataforma tecnológica” de Uber con la prestación de un servicio de taxi de una empresa formalmente constituida? Al parecer, en nada. Ambas empresas brindan exactamente el mismo servicio (transportan pasajeros de un lugar a otro según es indicado por el cliente), ambas lo hacen mediante un taxista y un auto asignados por la compañía, y a cambio del pago de una tarifa determinada por dicha empresa.

Solo existe una diferencia, en nuestra opinión, radical: Uber no cumple con la ley que sí obedecen todos los demás taxistas que operan de conformidad con lo establecido en la Ordenanza Municipal 1684 (2013). Mientras todos los demás sí lo hacen, Uber no cumple ni siquiera con tener una licencia.

Una cuestión análoga se puede plantear respecto al ámbito laboral: ¿son o no “trabajadores” los conductores de Uber? En varias partes del mundo, ya se han expuesto este tipo de demandas (“Uber gana caso sobre situación laboral de conductores en Francia”, 2017). De considerarse trabajadores, Uber no estaría pagando derechos laborales, en clara ventaja sobre todas las demás empresas que sí tienen contratos laborales “formales” con sus conductores.

Situación parecida ocurre con los impuestos. En cada transacción, Uber realiza los cobros a través de la tarjeta de crédito en Países Bajos (no en el Perú), mediante la persona jurídica Uber B. V. Una vez recibido el dinero —y luego de haber restado lo que corresponde a los conductores y gastos operativos—, esta empresa debería pagar impuestos sobre el monto restante (en Países Bajos, al menos). ¿Lo hace? La respuesta corta podría ser que no. Según respetables opiniones extranjeras, lo que hace Uber B. V. es transferir ese monto a Uber International CV (también constituida en Países Bajos), en calidad de “regalías por propiedad intelectual”, aprovechando que, en Países Bajos, las leyes

exoneran de impuestos a este tipo de regalías (“El otro lado de Uber: de la estrategia para pagar menos impuestos a los problemas con los conductores”, 2016).

Si Uber no paga impuestos en el Perú por los beneficios que obtiene de rentas que son evidentemente de fuente peruana, ¿qué puede hacer el Estado peruano (en el aspecto tributario) para evitarlo? Pues lo “lógico” sería buscar alguna interpretación en la normativa que haga que Uber deba pagar impuestos en el país. ¿Y en el ámbito laboral? Si se cumple con todos los requisitos de la relación laboral, hay que demandar a Uber que pague todos los beneficios laborales correspondientes. ¿Y en lo administrativo? Exigirle permisos, registros y licencias que Uber está lejos de cumplir.

Finalmente, si nada de esto es hecho por las empresas tradicionales de taxi, mucho menos por los taxistas independientes, entonces, a la luz de la normativa actual, es claro que Uber tiene ventaja sobre ellos, compite deslealmente.

MÁS MERCADO, MENOS NORMAS

¿Uber y los demás taxis por aplicación compiten deslealmente en el mercado? La respuesta es obvia: a la luz de la normativa actual, por supuesto que sí. ¿Debemos, entonces, eliminar a Uber y los demás aplicativos? Para nosotros, la respuesta también es obvia: por supuesto que no. La mayoría de los lectores seguramente coincidirán con nosotros, dado que, más allá de algunos problemas con pasajeros que se han presentado, el servicio de taxi por aplicaciones es útil y beneficioso (de lo contrario, nadie lo usaría).

¿Por qué los creadores de estas aplicaciones decidieron crearlas? Porque encontraron un “vacío” aprovechable en el mercado. El problema, empero, fue legal: como ocurre siempre con todas las ideas novedosas, ninguna ley las regula, pues no existían al momento de la creación de dicha ley. Mientras el mercado, por su naturaleza, es siempre dinámico (siempre cambia), la legislación, por su parte, es siempre estática (ninguna ley cambia espontáneamente).

La regulación no siempre es la mejor manera de proteger los intereses de la sociedad: por regularlo todo, terminamos frustrando cualquier innovación. Movidos por una ingenua, pero perniciosa obsesión de regular y llenar de requisitos todo lo que conocemos para

protegernos de lo que desconocemos, no nos damos cuenta de que nos perjudicamos incluso a nosotros mismos. Así ocurre con los aplicativos de taxis, empresas que, de exigirles la normativa actual de libre competencia, laboral y fiscal, no podrían continuar operando.

Por eso, consideramos que si queremos, como sociedad, favorecer la innovación, lo que debemos hacer es eliminar las normas excesivamente restrictivas (y así impulsar a que los empresarios se sigan concentrando en lo que realmente importa: mejorar sus servicios) o, en su defecto, reformar las ya existentes. Abstraerlas lo suficiente para que todas las nuevas ideas, incluyendo tanto las que ahora existan como las futuras que no podemos prever, puedan participar y competir legalmente dentro del mercado. No necesitamos una nueva ley que regule las aplicaciones de transporte⁵. No. Eso implicaría seguir cayendo en la nociva trampa lógica de la legislación. Lo que necesitamos, en todo caso, es reformar la ordenanza municipal vigente por una norma lo suficientemente general y abstracta que permita a todos los operadores que brindan el servicio de taxi, tanto a los independientes como a las empresas y aplicativos, competir libremente. De lo contrario, estas aplicaciones, o seguirán viéndose forzadas a escudarse en términos y condiciones retóricos con el único fin de negar la naturaleza del servicio que prestan y tratar de evadir su responsabilidad frente a los usuarios, o, peor aún, se prohibirán indefinidamente en el país, pues bajo la normativa actual todas incurren en competencia desleal.

REFERENCIAS

Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal. (26 de junio del 2008). Recuperado del sitio de internet de Indecopi: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/leyrepresioncompetennciadesleal.pdf>

El otro lado de Uber: de la estrategia para pagar menos impuestos a los problemas con los conductores. (14 de abril del 2016). *La Nación*. Recuperado de <http://www.lanacion.com.ar/1889293-el-otro-lado-de-uber-la-estrategia-para-pagar-menos-impuestos-y-los-problemas-de-seguridad>

5 El 8 de junio del 2017 se publicó el proyecto de ley que crea y regula el servicio privado de transporte a través de plataformas tecnológicas.

- Ordenanza Municipal 1684, Ordenanza que regula la prestación del Servicio de Taxi en Lima Metropolitana. (14 de abril del 2013). Recuperado del sitio de internet del Servicio de Administración Tributaria de Lima: <https://www.sat.gob.pe/Websitev8/Modulos/documentos/normas/papeletas/Ordenanza1684.pdf>
- Taleb, N. (2008). *El cisne negro. El impacto de lo altamente improbable* (1.ª ed.). Barcelona: Paidós.
- Uber B. V. (29 de julio del 2015). Pero al fin de cuentas, ¿qué es Uber y cómo se usa? [mensaje en un blog]. Recuperado de <https://www.uber.com/es-CL/blog/que-es-uber/>
- Uber gana caso sobre situación laboral de conductores en Francia. (16 de marzo del 2017). *Gestión*. Recuperado de <https://gestion.pe/economia/empresas/uber-gana-caso-situacion-laboral-conductores-francia-130806>
- Uber es prohibido en Italia por competencia desleal. (9 de abril del 2017). *El Comercio*. Recuperado de <https://elcomercio.pe/tecnologia/actualidad/uber-prohibido-italia-competencia-desleal-421272>
- Uber B. V. (13 de diciembre del 2017). Términos y condiciones. Recuperado de <https://www.uber.com/es-PE/legal/terms/pe/>

El intercambio de información entre competidores y su tratamiento en el Perú

Rodrigo López Villanueva

Miranda & Amado Abogados, Lima, Perú

Recibido: 14/7/2018 / Aprobado: 12/2/2019

doi: 10.26439/iusetpraxis2018.n48-49.4504

RESUMEN. El intercambio de información ha sido evaluado por la jurisprudencia y la doctrina comparada mayoritaria a través de la regla de la razón y, en algunos casos, como una conducta independiente. En el 2011, la Unión Europea regula específicamente la materia dictando la aplicación de la regla de la razón para su análisis e indicando que solo podrá ser evaluado en el contexto de una colusión horizontal. No obstante, en el Perú, el intercambio de información ha sido analizado a través de la regla *per se*, cuando esta se daba en el marco de una investigación de un *hard core cartel*, fungiendo más bien como un insumo probatorio (prueba indirecta) de la hipótesis colusoria, postura que resulta más acorde con nuestra legislación.

PALABRAS CLAVE: intercambio de información / prácticas concertadas / colusión / prueba indirecta / facilitador de colusión

The exchange of information between competitors and its management in Peru

ABSTRACT. The exchange of information has been evaluated by jurisprudence and comparative widespread doctrine through the rule of reason and, in some cases, as an independent behavior. In 2011, the European Union established specific regulations for such issue and ordered the analysis of the rule of reason in the context of a horizontal collusion case. However, in Peru, the exchange of information has been analyzed through the *per se* rule when it presented in the research framework of a hard-core cartel, which rather served as an evidence of a collusive hypothesis: a more accurate interpretation according to Peruvian legislation.

KEYWORDS: exchange of information / concerted practices / collusion / indirect evidence / collusion facilitator

INTRODUCCIÓN

En la doctrina y jurisprudencia comparada, el intercambio de información entre competidores ha generado un intenso debate respecto a si debe ser una conducta sancionada por la libre competencia y si está sujeta a la regla de la razón (prohibición relativa) o a la regla *per se* (prohibición absoluta), fungiendo como un indicio de una colusión horizontal. En este artículo, no abordaremos en detalle el desarrollo de cada una de estas discusiones, sino que buscaremos aportar una aplicación práctica de dicho debate doctrinario. Así, presentaremos la opinión mayoritaria y luego estudiaremos el tratamiento de esta conducta a la luz del Decreto Legislativo 1034 y la jurisprudencia de Indecopi.

Para ello, en un primer momento, se tratarán los conceptos básicos del derecho de la libre competencia y la lógica económica que nutre sus criterios. Después, sobre esta base, se presentará la propuesta de este artículo. Conscientes de la profundidad que demanda este tema y de la limitación de páginas que tenemos, se expondrán los conceptos de una manera ágil, pero que, a la vez, nos permita llegar con fundamentos sólidos a nuestra tesis.

¿LA TRANSPARENCIA EN EL MERCADO ES MALA?

El propósito de la libre competencia

La libre competencia premia a los proveedores más eficientes y competitivos. Al igual que el principio de exclusión —dos agentes no pueden pisar el mismo podio del primer lugar—, las reglas de la competencia exigen una “muerte súbita”. La consecuencia de ese proceso es que los consumidores pueden gozar de un abanico de alternativas de consumo, a menores precios y con ofertas innovadoras.

La asimetría informativa como falla de mercado

Clásicamente se entiende a la asimetría informativa como una falla de mercado, principalmente, por dos razones: (i) porque los proveedores de bienes y servicios ostentan mayor información (dominio de la información útil para la toma de decisión de consumo) que los consumidores y (ii) porque, adicionalmente a dicha característica, el mercado no logra generar por sí mismo toda la información necesaria para compensar dicha asimetría. (Bertín y Calvo, 2006, p. 6)

No obstante, en mercados maduros y altamente competitivos, el incentivo natural de los competidores es trasladar, de la mejor manera (efectividad para incentivar la decisión de consumo), la información que los consumidores consideramos más valiosa¹. Por lo tanto, es en razón de esta necesidad de los consumidores —de revelar sus preferencias— y la respuesta de los proveedores —de revelar *grosso modo* sus costos (precio de venta)— que, según Harford (2006), “los mercados producen información de calidad y la externalizan a bajo costo” (cap. 3).

Esta calidad de información resulta de un valor importante, en tanto reduce la asimetría informativa. En otras palabras, permite a los consumidores tomar mejores decisiones y, en contrapartida, se recompensa al competidor más eficiente. Ganan los consumidores y ganan los proveedores.

La buena transparencia de información

En este punto se debe diferenciar la transparencia deseada de la dañina. La versión buena es aquella que surge como respuesta del proveedor en su interés legítimo de trasladar al mercado diversa información relevante para la decisión de consumo. Por ejemplo:

- La calidad (“¡La red de mayor cobertura nacional!”)
- El contenido neto (“¡3100 L, la gaseosa más grande del país!”)
- Los riesgos (“Material inflamable”)
- Las condiciones y restricciones (“Para HD requiere 3 Mbps”)
- El precio (“¡El sabor de siempre a un mejor precio!”)

Esta información no solo es útil para el consumidor, sino también para los competidores (es beneficiosa para el mercado en general). Así, una vez que se vuelve pública (por ejemplo, a través de la publicidad), los competidores pueden monitorear la oferta comercial de su rival y evaluar si es que esta tiene aceptación entre los clientes, en cuyo caso, la imitarán o mejorarán.

1 Cabe aclarar que “traslado de información” no significa “más información”, sino la “información necesaria”. Cuán necesaria y qué información es la más relevante dependerá de las necesidades del consumidor en cada mercado específico. Así, en un caso, nos interesará saber los ingredientes y contraindicaciones de un medicamento, mientras que, en una película, posiblemente la información que nos traslade un tráiler (plano de emociones y fecha de estreno) nos resulte más relevante que el precio de la entrada.

Sin embargo, tomemos en cuenta que los competidores solo tienen capacidad de reacción *cuando su rival ha vuelto pública dicha información* al trasladarla al mercado. Esta incertidumbre (desconocer lo que el rival pueda hacer) es la que dinamiza la competencia; genera tensión entre los competidores y premia a quienes innovan y reaccionan pronta y acertadamente a los cambios.

La incertidumbre como dinamizador de la competencia

Antes de definir la versión mala de la transparencia de información, se debe describir cómo interactúan los competidores entre sí dentro de un mercado. Una de las reglas principales de la competencia (por así decirlo, una base de su *fair play*) es la incertidumbre respecto de la acción futura del competidor. Como en una partida de ajedrez, el movimiento que haga un jugador dependerá del movimiento previo de su oponente. De esta manera, al igual que en el ejemplo, las decisiones de los competidores (elección estratégica) son interdependientes, esto es, se toman en razón de la expectativa de lo que van a hacer los demás o de las acciones que ya han tomado (Rodríguez, 2015).

La transparencia mala

Ahora imagine que, en una partida de póquer, los jugadores mostrasen sus cartas a la mesa desde el inicio. ¿Los participantes apostarían igual en esta situación que en una con las cartas de su mano ocultas? Claramente, no. Esto se debe a que los jugadores han obtenido información valiosa (valor de las cartas de sus pares) en condiciones en las que normalmente no podrían saberlo. El valor de la partida (competencia) se basaba en la incertidumbre.

De manera semejante, hay agentes que trasladan información valiosa (como el precio futuro de sus productos, sus volúmenes de venta o márgenes de descuento) a los competidores o al mercado en general con el objeto de trabar el propósito de la libre competencia: un proceso competitivo eficiente que, eventualmente, se traduce en una reducción de precios o una mayor calidad. Por ejemplo, imagine que un grupo de empresas intercambien información sobre sus políticas de precios que se harán vigentes en un mes. Con certeza, estos agentes no tendrán incentivos para bajar sus precios o hacer ofertas de precios más agresivas al haber conocido de manera anticipada la estrategia comercial de sus competidores.

Por otro lado, imagine un mercado en el que se haya suscitado una “guerra de precios” durante un buen tiempo y que luego el agente con mayor participación declare en prensa que va a subir sus precios a S/ 20 el siguiente lunes. Lo más probable es que sus competidores se adecúen al nuevo precio a la primera hora del día indicado, y haya otro grupo que se adhiera luego de comprobar que todos los demás han subido su precio.

Como se podrá suponer, la conducta del mercado cambió debido a la declaración unilateral de un competidor sobre su precio futuro. Este cambio de comportamiento en sus competidores se debe a que obtuvieron información valiosa que el mercado no trasladaría en condiciones normales. En otras palabras, la conducta normal de un proveedor será proteger y mantener en secreto sus precios futuros, en tanto forman parte de su estrategia comercial.

Otros ejemplos de información que forma parte de la estrategia comercial de una empresa y cuya revelación unilateral podría afectar la dinámica de la competencia serían la estructura de costos, la metodología para el cálculo de los precios de venta, la capacidad instalada y la capacidad instalada ociosa, etcétera.

De esta manera, la transparencia mala es aquella que, como consecuencia de la revelación unilateral de un competidor de información comercialmente sensible, puede afectar la dinámica competitiva del mercado. Cabe subrayar el término *unilateral*, puesto que si esta revelación de información comercialmente sensible fuese impuesta a todos, por ejemplo, por una regulación, pese a restar competitividad al mercado, dicha afectación no sería por la violación al derecho de la libre competencia.

En otras palabras, se entenderá como una transparencia buena aquel supuesto en el que existe una transparencia de información espontánea o natural en el mercado, ya sea porque es consecuencia directa de la dinámica competitiva (por ejemplo, se revela información de precios a través de la publicidad), o porque es exigido a todos los competidores a través de regulación (por ejemplo, se declara de manera previa precios o promociones en plataformas públicas de información, como el Sistema de Consultas de Tarifas, SIRT, en las telecomunicaciones; o Facilito, para los combustibles). Por otro lado, será una transparencia mala aquella revelación artificial de información comercialmente sensible que, en un contexto normal, no sería revelada por un competidor.

EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN: ¿CONDUCTA ANTICOMPETITIVA ATÍPICA O PRUEBA INDIRECTA DE UNA CONDUCTA TÍPICA?

Criterios de aplicación en la Unión Europea

En la jurisprudencia y doctrina europea, la postura mayoritaria ha optado por catalogar el intercambio de información como una conducta que debe ser analizada bajo la regla de la razón (prohibición relativa). Entre otros, (i) porque las conductas sujetas a la regla *per se* (prohibición absoluta) son de tipo *numerus clausus*, de manera que excluyen al intercambio de información; y (ii) porque esta conducta puede también tener efectos procompetitivos en determinadas circunstancias (como, por ejemplo, el intercambio de información sobre disponibilidad de capital para desarrollar una investigación científica en conjunto) o, incluso, no ejercer mayor incidencia en el plano competitivo (como, por ejemplo, la difusión de las principales modificaciones del marco regulatorio del sector).

Entre los criterios más frecuentes de las agencias de competencia europeas para analizar la legalidad de esta conducta están (i) las características de la estructura del mercado (nivel de concentración, existencia de barreras de entrada significativas, homogeneidad de productos en el mercado relevante, etcétera) y, principalmente, (ii) el tipo de información intercambiada (información comercialmente sensible) (OCDE, 2010, pp. 11-12).

Sobre el particular, se señala que la estructura del mercado es un factor relevante para determinar la legalidad del intercambio de información, en tanto esta puede facilitar el éxito y sostenibilidad de una colusión. Por esta razón, las agencias de competencia europeas evalúan los elementos que normalmente se tienen en cuenta al momento de examinar un caso de colusión en el que no existen pruebas directas. Esto es, un mercado con pocos competidores (pues a menos competidores, será más fácil para los colusores coordinar y supervisar el cumplimiento del acuerdo), con una alta concentración (por ejemplo, en el que un agente tenga el 50 % del mercado y otros cinco competidores, el resto), con productos homogéneos, etcétera.

El tipo de información es el criterio más relevante para las autoridades de competencia en su análisis de licitud. Esto se basa en que solo el intercambio o revelación de información comercialmente sensible tiene la capacidad de eliminar la incertidumbre natural entre los competidores.

De esta manera, a fin de determinar si la revelación de información es ilegal, se deben tener en cuenta los siguientes elementos:

- *El contenido de la información.* Se considera ilegal el intercambio de información comercialmente sensible, es decir, información que normalmente una empresa desearía mantener en reserva (en procura de su propio interés) respecto de sus competidores. Información de esta naturaleza serían los precios futuros, la estructura de costos, el nivel de ventas, las políticas de descuentos, información detallada de proveedores o clientes, etcétera. No obstante, el intercambio de este tipo de información será válido si existe una justificación legítima, como un acuerdo de colaboración con un competidor.

Por ejemplo, es ilegal que dos competidores compartan información sobre su estructura de costos sin que exista una justificación de por medio. Por el contrario, si dicho intercambio responde a un proyecto de I+D con dicho competidor y el espectro de la estructura de costos se encuentra acotado a lo estrictamente necesario para dicho proyecto, entonces, el intercambio se encontrará justificado.

- *La antigüedad de la información intercambiada.* Para entender mejor este supuesto, cabe preguntarse: ¿en términos competitivos, es lo mismo intercambiar información sobre la estructura de costos que tuvo una empresa el día de ayer que la que tuvo hace diez años? Por supuesto que no. Esto se debe a que el valor estratégico de la información sensible se mantiene siempre que esta sea actual y vigente. Por el contrario, si la información es antigua, su intercambio no tendría la posibilidad de afectar la competencia (no se reduce la incertidumbre entre competidores).
- *El carácter desagregado de la información.* Otro criterio importante es el nivel de detalle que aporta la información intercambiada. Cuanto más detallada o desagregada sea la información, será mayor el contenido de información estratégica que se estará revelando a un rival.

Por ello, por ejemplo, si una asociación de empresas decide emprender un proyecto conjunto para el cual se necesita información estadística del mercado, los agremiados deberán ponderar cuán detallada necesita ser la información que va a ser aportada. Si

para conseguir sus fines basta con dar información de ingresos promedio anuales, no será necesario, entonces, revelar información de ingresos mensuales. Otra forma de disminuir los riesgos es aplicar criterios de agregación sobre la información, de tal modo que permitan anonimizarla. Esto es, hacer que no sea posible descifrar a qué empresa le pertenece dicha información (esta aplicación es relevante en mercados concentrados o de pocos competidores).

- *El carácter reservado de la información.* Este elemento está altamente ligado a la aptitud que tiene la información intercambiada de reducir la incertidumbre entre los competidores. Mediante este criterio, se analiza si la información se encuentra ya disponible en el mercado a través de fuentes públicas, en cuyo caso, su intercambio no representará riesgo alguno para la competencia.

Un ejemplo de información sensible y pública ocurre cuando el Estado, mediante regulación, obliga a los competidores a publicar sus precios o condiciones comerciales en portales web o aplicativos móviles, con el fin de que dicha información pueda estar disponible para los consumidores.

Este desarrollo jurisprudencial fue recogido en el 2011 por la normativa comunitaria denominada *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal*, que señaló expresamente (i) que la conducta debía ser analizada bajo la regla de la razón y (ii) que solo podía evaluarse si el intercambio de información establecía o formaba parte de un acuerdo, una práctica concertada o una decisión gremial.

A manera de ejemplo, cabe tener en cuenta la investigación iniciada en el 2013 por la agencia de competencia española, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), contra un cártel de fabricantes de automóviles. En este caso, la CNMC imputó la conducta como una infracción al artículo 1 de la Ley de Competencia española y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por haber establecido “acuerdos para el intercambio de información comercialmente sensible y estratégica” entre fabricantes y distribuidoras de marcas de automóviles. En su momento, la Sala de Competencia española confirmó la sanción impuesta por la CNMC, precisando lo siguiente sobre la naturaleza del acuerdo:

Nos remitimos a lo señalado en el apartado anterior en cuanto al *carácter estratégico, desagregado y actual de la información* puesta en común. A esta Sala de Competencia le parece incuestionable que un intercambio de esas características es dañino para la competencia en tanto que, *apto para suprimir la incertidumbre sobre el comportamiento en el mercado* de las marcas respecto a parámetros estratégicos, reduce la independencia de la conducta entre las marcas partícipes en el mismo y disminuye los incentivos para competir.

La regularidad y estabilidad de las reuniones, la organización y convocatoria de las mismas, en una primera fase por los partícipes, mediante empresas consultoras en una fase posterior, el rango de responsabilidad de los asistentes a las reuniones, el conocimiento acreditado por parte de la alta dirección de las empresas partícipes son todos elementos que, tomados en su conjunto, confirman la calificación de la conducta como infracción muy grave constitutiva de cártel.

Las tres tipologías de intercambios de información analizadas en este expediente se caracterizan *por constituir un sistema cerrado, es decir, basado en reglas de reciprocidad y que permiten el acceso a la información solo a las empresas que pactan su intercambio*. Además, *el sistema es transparente, en el sentido de que las empresas destinatarias de la información intercambiada podían asociar los datos a una u otra marca*, de modo directo en una primera etapa, y de modo indirecto a través del conocimiento de los dígitos designativos que correspondían a cada marca en una segunda etapa [las cursivas son mías]. (Resolución de Exp. S/0482/13, 2015)

Como se puede observar, pese a que el propio análisis de la agencia de competencia en cuestión obedece más a un criterio de *plus factor* que al del análisis de una conducta autónoma, lo cierto es que, formalmente, el intercambio de información sensible entre competidores es una infracción por sí misma y se examina bajo la regla de la razón, en virtud de su objeto y efectos en el mercado. Como se expondrá a continuación, en el caso peruano, el enfoque de análisis de esta conducta ha sido distinto.

Regla aplicable en el Perú

En el Perú, si bien no hay un desarrollo normativo y, en consecuencia, no se puede hablar de una conducta típica propiamente dicha, sí ha existido un desarrollo jurisprudencial que daría luces sobre el entendimiento de esta conducta tanto por parte del órgano fiscalizador (Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia) como de los órganos resolutivos (Comisión de Defensa de la Libre Competencia y Sala Especializada en Defensa de la Competencia).

Así, en el caso “De oficio contra la Asociación Peruana de Avicultores y otras”, en el que se utilizó un gremio como una plataforma de intercambio de información sensible entre competidores, la Secretaría Técnica señaló lo siguiente en su Informe 001-97/CLC:

El intercambio de información que se utiliza para eliminar la competencia efectiva en mercados concentrados —tales como información respecto de volúmenes de ventas, precios, condiciones de ventas o comercialización, costos de producción, clientes, proyecciones de producción, entre otros— en perjuicio de los consumidores y de los otros competidores, *constituye una infracción al artículo 3 del Decreto Legislativo 701* [las cursivas son mías]. (Informe 001-97/CLC, 1997)

De lo expuesto se observa que la Secretaría Técnica entendió, desde ese entonces, que el intercambio de información era una infracción a la norma de la libre competencia. No obstante, indicó que esta conducta constituía una infracción al artículo 3 de la antigua Ley de Libre Competencia (artículo que fungía como una cláusula general sancionadora) y no al artículo 6 (que prohibía las colusiones horizontales):

Artículo 3.- Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.

Artículo 6.- Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. (Decreto Legislativo 701, 1991)

Se podía entender que la Secretaría Técnica estaba calificando esta conducta como autónoma o atípica. El supuesto equivalente actual sería el 11.1, literal k), de la actual Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, al no ser un supuesto de abuso de posición de dominio y al ejecutarse entre competidores de un mismo mercado:

Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales

11.1 Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia [...].

k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica. (Decreto Legislativo 1034, 2008)

No obstante, al resolverse el mismo caso, tanto la primera como la segunda instancia concibieron dicho comportamiento en el marco de un cártel, sancionándolo a través de los artículos que regulaban las modalidades de colusión horizontal. Este criterio se indicaría con mayor claridad, posteriormente, en la Resolución 085-2009/CLC-INDECOPI en el caso “De oficio contra Asetup y el Sr. Díaz”:

46. Para determinar la medida en que el intercambio o la publicidad de información por parte de una asociación empresarial puede afectar la competencia y, en tal sentido, ser considerada como una decisión o recomendación anticompetitiva [las cursivas son mías], se debe atender a ciertos aspectos como la actualidad de la información intercambiada o publicada, el tipo, la especificidad y la frecuencia de su divulgación. (Resolución 085-2009/CLC-INDECOPI, 2009)

De esta manera, la Comisión establece claramente que el intercambio de información debe ser entendido como una manifestación de una colusión horizontal, y no como una conducta autónoma. Entonces, es sancionable por el artículo 11 del Decreto Legislativo 1034; asimismo, se analiza a través de la regla *per se* en caso de que la colusión no sea complementaria o accesoria a otros acuerdos lícitos (como un *joint venture*) y tenga como objeto (i) fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio; (ii) limitar la producción o las ventas; (iii) repartirse clientes, proveedores o zonas geográficas; o (iv) establecer posturas o abstenciones en concursos públicos o privados, así como en subastas públicas o remates.

Más adelante, mediante Resolución 738-2017/SDC-INDECOPI, en el caso “De oficio contra Albis S. A. y otras”, la Sala presentaría un nuevo escenario en el que el intercambio de información puede ser ejecutado a fin de facilitar la configuración de un cártel, según el siguiente tenor:

37. Sin embargo, el intercambio de información también puede facilitar la realización de conductas anticompetitivas en la medida en que las empresas tengan conocimiento sobre las elecciones de sus demás competidores.

38. En este contexto, una de las modalidades de intercambio de información indirecta entre competidores es mediante *hub and spoke*, el cual permite describir una situación en la que distintos agentes económicos

competidores entre sí *comparten información comercial sensible a través de un agente económico que opera en un nivel inferior o superior de la cadena de comercialización de un producto o servicio determinado.*

39. La jurisprudencia comparada ha identificado que dicho mecanismo es cada vez más empleado por los participantes de cárteles, pues permite que las coordinaciones se realicen a través de un tercer agente que facilitará la planificación, ejecución y cumplimiento de los acuerdos. De esta manera, mediante este mecanismo se procurará eliminar cualquier evidencia de contacto o coordinación directa entre los agentes competidores. *En este tipo de casos, aunque sea de manera indirecta, el elemento común y determinante es, finalmente, identificar el actuar coordinado entre los agentes involucrados y la restricción a la competencia que se genera a nivel horizontal [las cursivas son mías].* (Resolución 738-2017/SDC-INDECOPI, 2017)

Como primer punto, se considera acertado el criterio aplicado por ambas instancias al entender el intercambio de información como un indicio de una colusión horizontal, y no como una conducta autónoma sujeta a la regla de la razón, como bien lo hace la Unión Europea a la fecha. Así, el intercambio de información forma parte de un elemento de convicción adicional o un indicio que complementa la hipótesis colusoria que, en todo caso, puede fungir como un medio probatorio adicional cuando la agencia de competencia no ha logrado obtener una prueba directa sobre un cártel (por ejemplo, un correo electrónico, un acta de la sesión de un gremio o una anotación en un cuaderno de notas).

En ese mismo sentido lo entienden Kovacic, Marshall, Marx y White (2011) cuando resaltan la importancia del valor probatorio del intercambio de información para evidenciar la existencia de una colusión horizontal:

El medio probatorio más importante en este contexto consistiría en evidencia que muestre que los denunciados comunicaron sus intenciones y confirmaron su compromiso de llevar a cabo determinadas acciones. *Quizás el elemento con mayor fuerza probatoria del mecanismo que hizo posible un consenso consistiría en evidencia que demuestre un patrón extensivo de comunicaciones entre las denunciadas inmediatamente anterior a un ajuste paralelo y complejo que no podría ser explicado como producto del esfuerzo independiente de cada uno de los denunciados en observar y seguir la conducta observada en los demás competidores [...]. La existencia de un mecanismo para monitorear el cumplimiento puede ser descubierto estableciendo un patrón de intercambios bilaterales de información de precios entre competidores o a través de intercambios de datos mediante gremios [las cursivas son mías].* (p. 408)

De esta manera, entendido el intercambio de información como una manifestación de una colusión, resulta equivocado interpretarlo como una conducta anticompetitiva autónoma, e incluso puede generarse una violación al principio de *non bis in idem*, recogido en el numeral 11 del artículo 246 del Decreto Supremo 006-2017-JUS, TUO de la Ley 27444.

Así, para todo escenario en el que un caso se encuentre apoyado solo en pruebas indirectas de intercambio de información entre competidores, lo correcto será que esa conducta sea evaluada como una “práctica concertada”, regulada en el artículo 11.1 del Decreto Legislativo 1034. Tal práctica se define como la coordinación entre competidores con la finalidad de restringir la competencias que, pese a no existir una prueba directa, puede evidenciarse a través de pruebas indirectas al no haber otra explicación razonable.

Como segundo punto, debe destacarse lo ilustrativa que resulta la casuística de Indecopi respecto a los escenarios en los que el intercambio de información sensible entre competidores puede facilitar una colusión horizontal, a saber:

- Cuando se instrumentaliza una agremiación como plataforma de intercambio de información sensible entre competidores.
- Cuando un competidor revela unilateralmente información sensible a sus competidores o al mercado en general (*signalling*), en cuyo caso, el cargo del representante que revela la información (por ejemplo, presidente de una agremiación o gerente comercial) o una cuota significativa de la empresa abonará a la credibilidad de dicha información con respecto a sus competidores.
- Cuando se utiliza a un agente que se encuentra aguas arriba o aguas abajo (*hub and spoke*) para intercambiar información sensible entre competidores.

Criterios adicionales para tener en cuenta

Indecopi ha asignado indicadores de riesgo distintos, según el tipo de información intercambiada entre competidores y la forma en que esta es transmitida. En la Resolución 276-97-TDC, la segunda instancia ratifica el precedente emitido por la Comisión, donde se señala:

Acuerdos de cooperación entre empresas que no restringen la competencia: [...] la colaboración entre empresas puede resultar

económicamente favorable y podrá considerarse que los acuerdos adoptados para tal fin no restringen necesariamente la competencia, en los siguientes casos:

i) Cuando tengan como único objeto conseguir en común informaciones que las empresas requieren *para determinar autónomamente e independientemente su futuro comportamiento en el mercado*. Sin embargo, si el comportamiento en el mercado de las empresas se coordina — directa o indirectamente — o la libertad de estas queda limitada, puede configurarse una restricción a la competencia. Por otro lado, *el intercambio y la difusión de información a través de organizaciones gremiales, referente a producción y ventas, no presenta objeción alguna si se trata de cifras agregadas donde no se identifica a las empresas y se encuentran a disposición de todas las empresas del sector y público en general* [las cursivas son mías]. (Resolución 276-97-TDC, 1997)

De lo expuesto se observa que una medida para reducir el riesgo de facilitar una colusión mediante el intercambio de información es presentar la información de manera agregada. Por ejemplo, si no es indispensable para el acuerdo asociativo entre competidores o proyecto gremial, en particular, intercambiar información diferenciada por día de las ventas de los agentes, se podrá exponer por semestre. Otra medida atenuante es comunicar la información sin identificar a qué competidor en particular le pertenece. Finalmente, no existe riesgo alguno si la información intercambiada se encuentra a disposición del público en general, es decir, es información pública.

Por otro lado, la Resolución 085-2009/CLC-INDECOPI plantea los siguientes criterios:

47. En particular, se ha señalado que la divulgación o intercambio de información podrá ser considerado como una conducta anticompetitiva *cuanto más actual o vigente sea la información en cuestión*. De igual forma, *si la información intercambiada o publicada se refiere a elementos sensibles como los precios, márgenes de ganancia, niveles de ventas u otros, que evidencian la política comercial de las empresas, habrá más riesgo de que esta conducta pueda calificar como anticompetitiva* [las cursivas son mías]. Al respecto, la Oficina de Competencia de Canadá (Competition Bureau) ha advertido que las recomendaciones o los lineamientos sobre tarifas pueden promover un efecto anticompetitivo al perseguir la adhesión de los competidores a un determinado nivel de precios. (Resolución 085-2009/CLC-INDECOPI)

De esta manera, la decisión citada establece expresamente un catálogo de qué información se considera como comercialmente sensible y, en consecuencia, representa un riesgo anticompetitivo al ser intercambiada entre competidores: precios, márgenes de ganancia, niveles de ventas, etcétera. Igualmente, deberán ser considerados como supuestos riesgosos aquellos casos en los que la exhibición de información comercialmente sensible no se encuentre vinculada a un mecanismo que obligue su cumplimiento (sea un acuerdo) o no se observe la formación de un mecanismo de seguimiento y sanción (casos denominados por la doctrina como *cheap talk*).

Así, la jurisprudencia comparada (véase, por ejemplo, “United States v. Airline Tariff Publishing Co.”) ha señalado que, incluso en aquellos casos en los que solo se observe la revelación unilateral de información de uno de los agentes, esta, al ser contrastada en el futuro por los competidores receptores de la información, consigue la credibilidad suficiente como para que los competidores puedan alinearse a la información revelada por el agente. Por ejemplo, si en un mercado concentrado, la empresa A le envía a la empresa B información de su precio futuro sin ningún mensaje adicional, esta última podría dudar sobre su veracidad, pues no corresponde a un contexto natural de competencia. No obstante, de ser constante dicha revelación de información y de confirmarse en la realidad los precios futuros que reveló A, lo más probable es que B eventualmente asemeje su precio en los mismos términos y fechas a los que le revele en adelante y anticipadamente A.

Finalmente, a modo de resumen y en atención a los pronunciamientos de Indecopi y la jurisprudencia comparada, se pueden tener en cuenta los siguientes criterios para evitar encontrarse ante una situación de riesgo, como consecuencia del intercambio de información entre competidores:

Riesgo elevado	Riesgo reducido
<ul style="list-style-type: none"> - Ofrecer, aceptar o intercambiar información con competidores directos o potenciales; información comercial sensible, tal como precios y descuentos, ofertas individuales, listado detallado de clientes o proveedores, costes, estrategias de inversión y de negocio, niveles de producción. - Información confidencial. - Información actual. - Intercambio de información en una estructura de mercado oligopolístico. - Contexto de intercambios frecuentes de información. - Recomendaciones anticompetitivas implícitas o explícitas que acompañen el intercambio. 	<ul style="list-style-type: none"> - Intercambio de información sobre aspectos de políticas públicas, avances educativos y científicos, aspectos normativos de interés general, tendencias demográficas, tendencias sectoriales ampliamente reconocidas, información disponible para el público e información de dominio público. - Información histórica y no reciente. - Datos globales o agregados del sector (y que no permitan la identificación de una empresa). - Intercambios infrecuentes. - Encargo a un tercero independiente (no competidor) para que obtenga la información requerida, la procese y difunda de manera anonimizada y agregada entre los competidores.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que el intercambio de información es solo una sección de toda la evidencia probatoria que una agencia de competencia podría obtener y presentar para desarrollar su hipótesis colusoria, con lo cual la lista antes expuesta no representa una fórmula para eliminar todo riesgo o contingencia legal en materia de libre competencia. En ese sentido, los agentes económicos deberán considerar otros elementos, como la revisión frecuente de sus políticas comerciales, el análisis previo de la información cursada en el marco de un proyecto conjunto con competidores o un gremio, la capacitación de su personal o la evaluación más detallada de sus actividades y manejo comercial a través de un programa de cumplimiento (*compliance program*).

REFERENCIAS

- Bertín, H., y Calvo, R. (2006). Fallas del mercado y estrategias de regulación: los Fondos de Pensiones en Argentina. *Revista de Temas Financieros de la SBS*, 3(1). Recuperado de http://www.sbs.gob.pe/Portals/0/jer/EDIPUB_VOLUMEN3/Bertin-Calvo.pdf
- Decreto Legislativo 1034. (25 de junio del 2008). Recuperado de <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/196578/dl1034.pdf/66c0472e-46de-4eb3-b872-7369c5279583>
- Decreto Legislativo 701. (6 de noviembre de 1991). Recuperado de <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/196578/dl701.pdf/e179e02c-be5e-4bc4-acf6-a3d2f721e7bb>
- Harford, T. (2006). *The undercover economist. Exposing why the rich are rich, the poor are poor —and why you can never buy a decent used car!* Nueva York, NY: Oxford University Press.
- Kovacic, W., Marshall, R. C., Marx, L. M., y White, H. L. (2011). Plus factors and agreement in antitrust law. *Michigan Law Review*, 110(3), 393-436.
- OCDE. (2010). *Information exchanges between competitors under competition law. Policy roundtables*. París: Autor.
- Rodríguez, A. (julio del 2015). *Curso: Herramientas legales y económicas para facilitar la solución de controversias en el mercado de las telecomunicaciones. Economía de la competencia*. Lima: Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones.

Miscelánea

Acerca de la naturaleza jurídica del cadáver

Ronald Cárdenas Krenz

Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 30/7/2018 / Aprobado: 14/1/2019

doi: 10.26439/iusetpraxis2018.n48-49.4505

RESUMEN. Se estudia la naturaleza jurídica del cadáver partiendo de que, con la muerte, el ser humano no se convierte en un mero objeto de derecho, toda vez que existen derechos que perviven más allá del fin de su existencia física. Se analiza, asimismo, la determinación del momento en que se produce la muerte (en el caso de las personas en estado vegetativo), así como las posibilidades e imposibilidades respecto al destino del cadáver (incluyendo diversas cuestiones vinculadas con los velorios, entierros y sepulturas). Finalmente, se hace una evaluación crítica de la consideración del cadáver como objeto del derecho de propiedad.

PALABRAS CLAVE: naturaleza del cadáver / derechos *post mortem* / tratamiento del fallecido / derecho a la sepultura

About the legal status of a corpse

ABSTRACT. This paper aims at studying the legal status of a corpse on the basis that, after death, human beings do not turn into a mere object of law because there are rights that endure beyond the end of a physical existence. Additionally, establishing the moment in which death occurs (in the case of people in vegetative state), as well as the possibilities and impossibilities of a corpse's destiny (including several issues such as wakes, burials and graves), is analyzed. Finally, a critical evaluation of the corpse considered as an object of proprietary law is conducted.

KEYWORDS: status of a corpse / *post mortem* rights / management of dead bodies / right of burial

INTRODUCCIÓN¹

Una lección que suele repetirse casi invariablemente en los cursos de derecho civil es que, con la muerte, la persona deja de ser sujeto de derecho y se convierte en objeto de derecho. Esto es así, según Lyon Puelma (2007), porque “la personalidad de los individuos humanos termina con la muerte de los mismos” (p. 50). Igualmente, Valencia Zea y Ortiz Monsalve (2004) ratifican que “con la muerte se extingue la personalidad del ser humano; por lo tanto, deja de ser sujeto de derechos” (p. 326). León Barandiarán (1980) concluye: “Cuando deja de existir el sujeto humano, desaparece toda posibilidad ontológica para que posea *status* jurídico alguno *post mortem*” (p. 91).

Sin embargo, vale la pena revisar la cuestión. Despojados de la vida, ¿podemos decir con propiedad que nos convertimos en simples objetos? En mayo del 2016, una noticia procedente de Estados Unidos concitó una gran inquietud: la empresa de biotecnología Bioquark acababa de obtener permiso para intentar “revivir” parte del cerebro de personas declaradas clínicamente muertas, para lo cual utilizaría pacientes de un hospital de la India, a través de un proyecto denominado muy expresivamente “Reanima”. Ciertamente, la vida de una persona termina con su muerte, pero la historia de su cuerpo parece que no se acaba allí necesariamente. La historia nos cuenta, por ejemplo, los distintos destinos que tuvieron los restos de diversos personajes históricos:

- Cicerón: le cortaron la cabeza junto con sus manos; estas partes fueron enviadas a Antonio en Roma, quien dispuso que las colgaran en los estrados donde hablaban los oradores (Critchley, 2009, p. 117).
- Descartes: su itinerante vida, que le llevó a tener treinta y ocho domicilios, fue seguida de un destino itinerante que prosiguió después de muerto, pues fue enterrado en Suecia y, posteriormente, trasladado a París en un largo recorrido de once meses por varias ciudades. Luego de ser instalado en la iglesia de Sainte-Geneviève, pasó por otros dos cementerios hasta terminar en el antiguo monasterio de Saint-Germain-des-Prés (Critchley, 2009, p. 193). En

1 La presente investigación ha sido elaborada con el apoyo del Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima (IDIC). Además, se contó con la valiosa colaboración de la alumna Sandra Rovegno Loayza, estudiante de la Facultad de Derecho de la misma casa de estudios.

el ínterin, el embajador de Francia se quedó con su dedo índice derecho como recuerdo, porque quería conservar el dedo que había escrito “Cogito, ergo sum” (Doval, 2013, p. 97).

- Tomás Moro: luego de ser decapitado, su cabeza fue colocada en la punta de una lanza en el puente de Londres.
- Rasputín: en el año 2004, un museo de San Petersburgo hizo una exhibición de su miembro viril.
- Napoleón: en Estados Unidos, se encuentra preservado el miembro viril de Napoleón Bonaparte, el cual fuera adquirido nada menos que en una subasta.
- William Wallace: los restos del famoso héroe escocés —que encarnara en el cine Mel Gibson en la película *Corazón valiente*—, una vez ejecutado, fueron repartidos en diversas ciudades: un brazo fue a dar a Newcastle, otro a Berwick, una pierna a Perth y otra a Aberdeen. En cuanto a su cabeza, fue exhibida en el puente de Londres.
- Jeremías Bentham: fiel a su convicción utilitarista y atendiendo a su voluntad, terminó disecado y puesto a la vista del público en una urna de cristal del University College de Londres (se cuenta que, años después, un día se cayó y su cráneo terminó como balón de fútbol, motivo por el que ahora luce mejor guardado en otro ambiente más privado de dicha universidad).
- Osama bin Laden: de acuerdo con la versión oficial estadounidense, sus restos, en mayo del 2011, fueron tirados al mar, aunque posteriormente diversos medios como *The New York Times* han puesto en duda esta versión.

Claro que existen también otros destinos más dignos de un cadáver, como su aprovechamiento para la realización de trasplantes de órganos, la investigación científica, fines didácticos (escuelas de medicina), sociopolíticos², como también culturales y hasta turísticos³.

A propósito de la consideración de los cadáveres, vale decir que ni ellos se han librado de la moda de los selfis. Se han reportado muchos

2 Se dice que el cuerpo de Lenin es la momia mejor conservada de la historia; además, su cerebro fue dividido en 20 000 secciones para ser estudiado por el Instituto Cerebral Soviético (Doval, 2013, p. 102).

3 Piénsese, por ejemplo, en el Museo de las Momias de Guanajuato en México.

casos en diferentes lugares del mundo, en los que médicos o enfermeras —con siniestro y perverso gusto— no han dudado en tomarse una foto al lado del difunto recientemente fallecido. Adicionalmente, si hablamos de tecnología, no puede obviarse mencionar la pretensión del uso del semen de un cadáver para engendrar un hijo póstumo, los pedidos de crioconservación de cerebros con fines de futuros trasplantes o para su “instalación” en computadoras, entre otras cuestiones polémicas.

Por todo ello, es importante revisar el tema de la naturaleza jurídica del cadáver, advirtiendo desde ya que, con la muerte, perdemos nuestra condición de seres humanos, pero seguimos hablando de restos *humanos*, no de cualquier cosa, pues nos referimos a alguien que fuera persona, cuya muerte trunca naturalmente su futuro, pero de ninguna manera puede borrar su pasado.

CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO AL CADÁVER

La definición del estatus jurídico del cadáver es fundamental para comprender el trato que merece. Más aún, si tenemos en cuenta algunas incongruencias del sistema jurídico que hacen que, en muchos países, tenga mayor sanción el robo del anillo de oro que lleva una mujer difunta que el tener relaciones sexuales con su cadáver.

El ser humano pierde su personalidad con el fallecimiento, no hay otra manera (Lete del Río, 1996, p. 53); “la muerte es la única causa de extinción de la personalidad civil” (Verdera, 2019, p. 20); no existe ya la antigua figura de la “muerte civil”. Pero, sin perjuicio de ello, se debe tener presente que el cuerpo del fallecido merece respeto, misericordia, consideración, tanto por lo que es como por lo que fue, y por lo que significa para los suyos. No podemos considerarlo como un simple material de desecho que ha perdido su lugar en una sociedad de consumo. Como se ha dicho en la doctrina, al pasar la persona de la condición de “sujeto de derecho” a la de “objeto de derecho”, ocurre esto:

Desaparece la persona en cuanto tal, con sus atributos y cualidades, cesando de ser centro de poder y de responsabilidad; se extinguen las relaciones y derechos personalísimos o vitalicios que le competían; y se abre la sucesión en los restantes, transformándose el patrimonio en herencia y el cuerpo de la persona en una cosa: el cadáver. (Lacruz Berdejo *et al.*, 2010, p. 20)

Empero, la cuestión del cambio de condición no es solo una digresión académica o una exquisitez jurídica, pues, por ejemplo, puede ser particularmente relevante para determinar la sanción aplicable a un delito, como en el caso del llamado “descuartizador de la maleta”, ocurrido en Lima en julio del 2012. Los hechos fueron los siguientes: una persona es encontrada muerta, cortada en pedazos, dentro de una maleta; identificado el supuesto asesino, su abogado basa su estrategia de defensa en que si bien el acusado reconocía que descuartizó a la víctima, ella ya estaba muerta por causas naturales —un supuesto infarto— en el momento en que fue cortada en pedazos, por lo que no se le podía acusar de atentar contra la vida de quien ya no estaba vivo. El caso terminó en agosto del 2014 con la sentencia dictada por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, que ratificó la condena de 30 años de cárcel contra Ricardo Vásquez Mori por el asesinato de Enrique Armestar Ansi, sanción que fuera establecida en diciembre del 2013 por la Primera Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima. Se ordenó, asimismo, pagar 250 000 soles por concepto de reparación civil. El Poder Judicial, por tanto, no acogió los argumentos de Vásquez, y determinó que Armestar todavía estaba con vida cuando empezó a ser descuartizado.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, quien descuartiza a una persona que ya está muerta, no comete asesinato. Tampoco podría cometer técnicamente ninguna violación quien realiza el acto sexual con un cadáver. Si bien autores como Verdera (2019) afirman que “tras la muerte, el cuerpo de la persona debe calificarse de cadáver, y este merece la consideración de cosa” (p. 221), discrepamos —vistos los casos mencionados— con que pueda decirse sin más que un cadáver *es* una *cosa*; en todo caso, parece más apropiado hablar de un objeto o un bien *sui generis*. Como dice Espinoza (2012):

El ser humano, durante su vida, es relación coexistencial con otros seres humanos, pero cuando esta relación se termina, culmina su finalidad como ente viviente (ser existencia y coexistencia a la vez), deja de ser sujeto de derecho para convertirse en un objeto de derecho *sui generis*, digno de ser protegido. (p. 975)

Tampoco puede verse el cadáver como una *res nullius*, pues no es una cosa de la que cabe apropiarse. Los muertos (como tampoco los vivos) no pertenecen a nadie. “Dicho objeto material se encuentra fuera del comercio, no tiene valor económico y no puede ser materia de derechos

personales o reales, de tal manera que es revestido de cierto halo de sacralidad que lo excluye de operaciones mercantiles” (Morelli, 2009, p. 128). Cabe anotar que tal sacralidad no implica necesariamente un concepto religioso, pues también puede reconocérsele un carácter jurídico, como señala Cantor (2010):

La santidad de los restos humanos no era solo un precepto religioso, sino también un elemento de la ley y la costumbre. [Estas] aceptaban que un cadáver había sido una persona, todavía tenía un gran parecido con esa persona, constituía un símbolo tangible de la imagen/identidad de por vida de esa persona y, por lo tanto, merecía ser tratado con la dignidad “humana” apropiada, aunque ya no era una persona. Yo lo llamo el derecho a la “dignidad humana *post mortem*”. (p. 43)

En resumidas cuentas, siguiendo a Vide (1998), puede decirse que se trata de “una cosa singular, cuasisagrada, trasunto de la dignidad de la persona que albergó y, en cuanto tal, fuera del tráfico ordinario” (p. 37). En todos los casos, es de recordar siempre que al cadáver, aunque ya no es un sujeto, se le debe respeto, piedad, misericordia, compasión, etcétera, pues no es cualquier objeto; es alguien que tuvo vida, alguien que fue un ser humano.

Vale decir que, en nuestra legislación, el artículo 22 del Decreto Supremo 014-88-SA (1988) estableció: “Por el hecho de la muerte, la persona, que en vida es sujeto de derecho, se convierte en un objeto especial digno de respeto y piedad [...]”. En esa línea de pensamiento, el reglamento de la ya derogada Ley 23415 (2004), modificado por la Ley 24703 (1987), establecía en su artículo 31: “La extracción de órganos de personas fallecidas se efectuará de modo de evitar mutilaciones o disecciones innecesarias. El cadáver debe ser recompuesto con el mayor esmero que la naturaleza exige”. Como dice Kierkegaard: “A un muerto hay que tratarlo como se trata a un dormido, a quien uno no se atreve a despertar, porque se abriga la esperanza de que algún día despierte por sí mismo” (Llevadot, 2011, p. 117).

SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL MOMENTO EN EL QUE SE PRODUCE LA MUERTE

Determinar desde qué momento se considera muerta a una persona es un asunto estrictamente médico o, más precisamente, científico. De allí que hagan bien los Códigos Civiles —como el del Perú o de Argentina— en evitar una definición, dejando librado el asunto al progreso científico

y tecnológico, lo que parece ser prudente. Como señala Lorenzetti (2014): “La definición o conceptualización de la muerte es algo que atañe más bien a la tanatología, la biología o la medicina y las leyes especiales” (p. 401). Establecer la “hora cero”, el momento preciso de la muerte, es un tema debatido y debatible que inevitablemente motiva problemas no solo legales y científicos, sino también éticos (Arias-Schreiber Pezet, 1991, p. 67).

Empero, la pregunta no es nueva y a lo largo de los tiempos ha despertado inquietudes tanto metafísicas como físicas, vinculadas, entre otras cosas, a diversos temores. Así, un estudio parisino sobre últimas voluntades, luego de revisar mil testamentos realizados entre 1760 y 1777, concluyó que trece de ellos incluían salvaguardas para prevenir un entierro precipitado; el temor parecería ser fundado si tenemos en cuenta que, en 1749, el médico francés Jean-Jacques Bruhier había afirmado haber encontrado 56 casos de este tipo (Jódar, 2015, párrs. 1 y 2). Cantor (2010) refiere cómo en el siglo XIX se daban casos de personas que enfrentaron autopsias por equivocación, personas que murieron por haber sido mal diagnosticadas y la creación de una serie de técnicas para prevenir los entierros prematuros, algunas no muy científicas que digamos, como echar agua hirviendo en la frente del fallecido, clavarle agujas en distintas partes del cuerpo, introducir un objeto afilado por la nariz del supuesto difunto, etcétera (pp. 13-14).

Modernamente, como señala Morales Godo (1997), “el desarrollo de las técnicas de reanimación y, fundamentalmente, los trasplantes de órganos provenientes de cadáveres han motivado la revisión del momento en que debe determinarse jurídicamente la muerte” (pp. 20 y 94). Se ha advertido que, en Estados Unidos, existen médicos que vendrían aplicando criterios demasiado flexibles para considerar muerta a una persona y aprovechar sus órganos para cubrir la demanda de estos (Cantor, 2010, p. 24).

No se trata de la pérdida de la conciencia ni de que dejen de funcionar todas las células de la persona para que pueda considerársele muerta, sino del cese del funcionamiento del organismo en conjunto, independientemente de que algunas funciones vitales todavía sigan parcialmente activas, lo cual se da fundamentalmente con el fin de aprovechar los órganos del fallecido para trasplantes.

Una persona está muerta cuando a nivel biológico deja de ser un organismo, es decir, *un conjunto integrado*. No es necesario que deje de vivir

cada célula individual del organismo, sino que cese el organismo como *un todo*, aunque permanezcan funciones vitales. Las razones que justifican este concepto son antes que todo de orden pragmático, porque no se puede confiar en el criterio de la desaparición de conciencia para certificar la muerte, en cuanto con ello se entraría en un terreno inconsistente, sobre el cual no se pueden construir certezas. En segunda instancia, como apoyo del concepto de muerte como cese del organismo en cuanto conjunto integrado, está la argumentación antropológica de la unidad fundamental del ser humano. En el hombre la dimensión física está indivisiblemente unida con la dimensión psíquica. El cuerpo atraviesa y sostiene toda actividad psíquica, así como el psiquismo impregna todo el cuerpo. (Aramini, 2007, pp. 307-308)

No obstante, vale señalar que el diagnóstico médico no siempre es preciso y existen algunos márgenes en los que puede haber duda, por lo que se debe ser muy cuidadoso con ello:

A una temperatura corporal de 20 °C, el organismo necesita solo el 15 % del oxígeno que suele requerir; la cifra puede descender si sumamos una ingesta excesiva de barbitúricos, fármacos que influyen poderosamente en el sistema nervioso central y pueden conducirlo a una anestesia total. En tal estado extremo, solo se registran diez o menos latidos por minuto y apenas dos o tres respiraciones; es difícil detectar el pulso o la respiración. (Jódar, 2015, párr. 5)

Una definición tradicional conceptualiza a la muerte como el cese permanente del funcionamiento del organismo, lo que constituiría la *muerte clínica*, mientras que la *muerte biológica* sería el cese de la actividad de todas las células de los tejidos del cuerpo, que se da en forma gradual hasta su descomposición.

En todo caso, hoy en día, la determinación de la muerte de la persona mayoritariamente se considera producida con la *muerte cerebral*. Esta noción fue desarrollada —señala Andorno (2012, p. 159)— a partir de un trabajo de Mollaret y Goulon, del año 1959, y difundida sobre todo a partir del informe de un comité *ad hoc* de la Harvard Medical School en 1968⁴, que dio a conocer los criterios Harvard para el diagnóstico de la

4 Limongi Franca (1995), por su parte, distingue: muerte encefálica (es la del cerebro como un todo, que sobreviene desde el momento de la cesación del dinamismo del tronco cerebral), muerte cerebral (es la de todo el cerebro, que ocurre desde el momento de la cesación del dinamismo del tronco, pero también del córtex), muerte clínica (se produce cuando cesan todas las actividades, no solo cerebrales, sino

muerte cerebral y estableció un protocolo para tal efecto. Anota Rodríguez Ramos (2002, pp. 353-354) que mientras la muerte orgánica puede retrasarse artificialmente, “la muerte cerebral se corresponde con un hecho cierto, natural, irreversible y no manipulable por el hombre. En buena lógica, la muerte cerebral queda fuera de toda suspicacia, puede datarse con precisión y es perfectamente acreditable” (Laureys, 2005, p. 907)⁵. Ello, por cierto, no significa que, a la par del desarrollo de la tecnología y la medicina, no podamos en el futuro tener mayores precisiones acerca del concepto. Sobre el tema, se pregunta y responde Laureys (2005):

¿Cuál es el futuro de la muerte? La mejora de las tecnologías para la reparación del cerebro y el soporte protésico para las funciones cerebrales (por ejemplo, células madre, neurogénesis, prótesis de computadora neuronal, suspensión criónica y reparación nanoneurológica) podría cambiar algún día nuestras ideas actuales de irreversibilidad y obligar a la medicina y a la sociedad a revisar una vez más su definición de la muerte. (p. 907)

Prácticamente, en forma unánime, en la mayoría de los Códigos o de los ordenamientos jurídicos de nuestra época, el criterio que define la muerte es exactamente el momento en que se ha producido una cesación irreversible de la actividad cerebral, capaz de limitar el resto de las funciones (Palmero, 2000, p. 36). Otra definición de la muerte cerebral (*brain death*) afirma que es una “pérdida irreversible de la capacidad del organismo para funcionar como un todo, que resulta de la pérdida permanente de su sistema crítico” (Laureys, 2005, p. 901). La determinación de la muerte basada en el cese de las funciones del tronco cerebral (que implica la pérdida de la conciencia y la capacidad cognitiva) es segura; “ella garantiza, cuando es confirmada, seriedad ética sobre las extracciones de órganos con fines de trasplante” (Aramini, 2007, pp. 316-317). “La muerte clínica se hace coincidir con la cesación de la función cerebral [...]. La muerte clínica es la cesación total e irreversible de cualquier actividad del sistema nervioso central” (Fernández Sessarego, 2007, p. 219). Para mayor precisión, siguiendo a Pérez Gallardo (2014), podemos decir:

también respiratorias y cardiovasculares, no obstante la persistencia de alguna vida residual en las llamadas funciones vegetativas), muerte definitiva (la que se da a partir del momento de la desintegración final de los residuos vegetativos) (p. 60-A).

- 5 En estos casos, el tronco encefálico cumple algunas de las funciones básicas que normalmente corresponden al cerebro.

Como se ha sostenido en una importante *Declaración de Neurólogos*, publicada por la Pontificia Academia Scientiarum de la Ciudad del Vaticano en el 2008, el concepto de muerte cerebral no intenta sugerir que existe más de una forma de muerte. Más bien, esta terminología específica hace referencia a una condición especial, que, dentro de una secuencia de sucesos, constituye la muerte de una persona. Así pues, la muerte cerebral es el cese irreversible de toda actividad cerebral vital. (p. 19)

Vale señalar que el Tribunal Constitucional chileno, en sentencia del 13 de agosto de 1995, sobre la constitucionalidad de los artículos 7, 10 y 11 del Proyecto de Ley 19.451, expresa en su 15: “[...] se llega a la conclusión de que la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas constituye la muerte, real, definitiva, unívoca e inequívoca del ser humano”, y agrega que “la muerte cerebral es el criterio jurídicamente más acertado para fijar el final de la personalidad”.

El caso de las personas en estado vegetativo

Es esencial destacar que, como reiteran López y Abellán (2009, p. 53), una persona en coma profundo o en estado vegetativo, aunque ha perdido en forma severa (no total ni completamente irreversible) sus funciones físicas y mentales, sin embargo, tiene trabajando el tronco encefálico, por lo que preserva “el funcionamiento de los centros circulatorios y respiratorios; ha perdido funciones importantes, pero su cuerpo humano sigue funcionando como un organismo integrado y, por tanto, no está muerta” (Laureys, 2005, p. 906). Como dice Gómez-Lobo (2015):

El término *vegetativo* puede llevar a que la gente piense en estos pacientes como vegetales y, por tanto, no humanos; a fin de evitar esta terrible confusión, se ha propuesto una nueva denominación: falta de respuesta después del coma (PCU), que está libre de asociaciones desorientadoras. (p. 226)

En el caso de los niños anencefálicos, aun cuando su cerebro no está desarrollado⁶, igual tienen la condición humana y merecen la misma consideración que cualquier otro ser vivo. Respecto a los bebés anencefálicos como donantes de órganos, nos remitimos a Sgreccia (2009, p. 833).

6 En estos casos, el tronco encefálico cumple algunas de las funciones básicas que normalmente corresponden al cerebro.

CUESTIONES CON RELACIÓN AL DESTINO DEL CADÁVER

En la guerra de Troya, Aquiles mata a Héctor luego de luchar contra él; amarra su cadáver a su carruaje y lo arrastra para humillarlo, con lo que afrenta, de paso, a todos los troyanos. Entrada la noche, Príamo, padre de Héctor y rey de Troya, se escabulle hasta el campamento de Aquiles para pedirle —dramáticamente, pues está nada menos que ante el asesino que acaba de matar a su hijo— que le permita llevarse el cadáver para rendirle los honores fúnebres que le correspondían. Aquiles acepta y hasta da una tregua por unos días para que Héctor pueda ser debidamente despedido. Ante ello, los griegos le reclamaron a Aquiles por no haber aprovechado la oportunidad para atacar a los troyanos, pero pudo más en el héroe griego el respeto a la costumbre y la consideración del hijo muerto. Se trata de una respetuosa concesión que hace el vencedor griego, un gesto digno en medio de la guerra. En la antigua Grecia, era una idea extendida que cuando alguien moría, tenía que ponerse al difunto una moneda en cada ojo, a efectos de que pueda tomarla el barquero —que, según la leyenda, habría de conducir al fallecido al más allá— para que lo lleve de buena gana a un buen destino.

Es claro que, a la hora de analizar el destino del cadáver, debe tenerse en cuenta la costumbre, la cultura y las creencias de un lugar. No obstante, una cuestión poco abordada es hasta qué punto puede una persona dejar ciertas disposiciones vinculadas con su cadáver y qué tanto deben ellas ser obligatoriamente atendidas. Pasemos a tratar la cuestión, de suyo interesante. En Estados Unidos, la dama texana Sandra West, antes de fallecer en 1977, pidió que la enterraran junto con su Ferrari azul, lo que se cumplió fielmente en la ciudad de Texas, una vez que un juez desestimara el pedido de un familiar para que el auto no sea enterrado.

César Vallejo, el vate peruano, yace enterrado en París. En numerosas oportunidades se ha planteado la posibilidad de traerlo de vuelta al Perú, por su significado literario, por ser el poeta peruano más reconocido, etcétera, pero lo cierto es que, por más insigne que sea el autor de *Los heraldos negros*, debe respetarse su voluntad de ser enterrado (y seguir estando enterrado) en la capital francesa. El deseo del poeta fue manifestado libremente al amparo del principio de autonomía de la voluntad.

Otro caso histórico es el del prócer argentino Manuel Belgrano, quien descansa en el Convento de Santo Domingo de Buenos Aires, y no en el Monumento a la Bandera, del cual fue creador. Como dice Morelli (2009), si bien sería más útil trasladar sus restos al lugar del monumento

para que sean honrados, visitados y conocidos, es correcto respetar su voluntad, pues:

No respetar su última voluntad suena irrespetuoso frente a alguien que hizo tanto por el país. Tanto que se antepone esa voluntad al interés social presente en el traslado; cosa distinta probablemente sería que tuviera que demolerse el convento para una obra pública. (pp. 126-127)

Por otro lado, así como hay personas que desean adornar su tumba con figuras religiosas, hay también quienes quieren dar una última rienda suelta a su imaginación pidiendo, por ejemplo, que pongan en su tumba una escultura de su perro, de una computadora, etcétera. Muchas veces la iniciativa proviene de los propios deudos, quienes supuestamente interpretan el sentir del difunto.

Otros, más bien, desean que se consigne sobre sus lápidas algunas frases, como Frank Sinatra, quien pidió que dejaran grabado en su tumba: “Lo mejor está por venir” (afirmación que habría que validar según hacia dónde termine yéndose uno después de muerto). Mas, como en todo en la vida, siempre hay que ser cautos con lo que se dice. En México, un viudo, con aparentes buenas intenciones, pero sin calcular sus alcances interpretativos, hizo poner la siguiente frase en la lápida bajo la cual yacía su cónyuge: “Acá descansa mi querida esposa Brujilda”, y añadió a renglón seguido un pedido a Dios: “Recíbela con la misma alegría con la que yo te la mando”.

La imaginación se desborda a veces ya no en el nicho o la tumba de los difuntos, sino en el velatorio. Así, en Puerto Rico, en el año 2010, David Morales Colón, un aficionado a las motos de 22 años de edad, pidió que lo velaran sentado sobre su motocicleta, y la familia —muy solícita— cumplió el encargo (el individuo, a quien llamaban el Matatán, había muerto aparentemente en un ajuste cuentas, acribillado por sicarios). Al velorio asistieron cientos de curiosos para tomarse fotos y videos con el difunto. La misma funeraria, ubicada en el barrio de Hato Rey, en el año 2008, había atendido el deseo de Ángel Luis “Pedrito” Pantojas Medina, otro joven también con antecedentes penales que fue asesinado y que había pedido que lo velaran de pie (Ferreira, 2010).

Posteriormente, en mayo del 2015, atendiendo también a su voluntad, el taxista puertorriqueño Víctor Pérez Cardona fue velado al volante del vehículo con el que se había ganado la vida durante los últimos quince años. Anteriormente, una mujer había sido velada en su

mecedora, y un hombre con su ropa de boxeador parado sobre un cuadrilátero (“Taxista fallecido de cáncer fue velado al volante de su auto”, 2015, párrs. 2 y 5). Se cuenta, además, que en octubre del 2005, también en Puerto Rico, un hombre en Río Piedras —Jomar Aguayo Collazo, quien murió en una masacre ocurrida en un negocio de la misma localidad de Hato Rey— fue velado sentado en una mesa de dominó del bar de su madre, vestido con ropa deportiva, lentes de sol y, por supuesto, las fichas del juego de dominó.

Por su parte, el creador de las famosas papitas Pringles, Fredric J. Baur, fallecido el 4 de mayo del 2008 en Estados Unidos, pidió a sus hijos que cuando se muera lo incineren y que luego parte de sus restos sean puestos en un tubo del famoso *snack*. Sus deudos cumplieron escrupulosamente su voluntad y guardaron en ese envase parte de sus restos (“Pide creador de Pringles ser enterrado en un envase de papas”, 2008). En el caso del creador de Doritos, que falleció en septiembre del 2011, este solicitó que cuando enterraran sus restos, en vez de tirar pétalos de flores, que lanzaran Doritos sobre su ataúd.

¿Tiene validez jurídica este tipo de deseos? Pensamos que cualquier decisión con relación al velatorio y entierro de una persona debe resolverse teniendo en cuenta, fundamentalmente, la voluntad de la persona, pero considerando a su vez el contexto de las costumbres, la cultura del lugar, el orden público y la moral social. Asimismo, si se trata de velatorios privados o cementerios privados, deben respetarse también las normas de estos. Así, por ejemplo, una iglesia puede oponerse válidamente a que en su local, al amparo del principio de autonomía de la voluntad, se vele al difunto de tal o cual manera que sea inapropiada de acuerdo con sus principios.

Otro caso curioso es el de una batalla legal ganada hace no mucho en Nueva York, que permitió que las cenizas de una mujer sean enterradas junto a su perro en un cementerio para mascotas. Al respecto, vistas con detenimiento las cosas, no parecería haber mayor objeción a que uno quiera enterrarse junto con su perro, en un cementerio para mascotas, mas muy diferente sería el caso inverso de una persona que quiera enterrar a su perro en un cementerio para humanos.

Finalmente, en cuanto al destino del cadáver, la pauta general es que, así como “el respeto por la memoria de los difuntos exige dar cierto lugar a su voluntad en cuanto al destino que tendrá su cadáver” (Morelli, 2009, p. 127), también se trata de respetar su integridad y su honorabilidad.

Como señala Videla (1999): “A pesar de que muchos juristas consideran que es un hecho personalísimo disponer de la integridad personal, creo que también es un derecho humano personalísimo y familiar el respeto por la integridad del cuerpo fallecido de un ser amado” (p. 189).

¿PUEDEN LOS CADÁVERES SER OBJETO DEL DERECHO DE PROPIEDAD?

Una cuestión legal que se plantea es quién decide el destino del cadáver: ¿tienen los familiares la “propiedad” del mismo, como objeto que es? Al respecto, pueden encontrarse diversas posiciones:

Se trata de un derecho real de propiedad. Para Valencia Zea y Ortiz Monsalve (2004, p. 390), los herederos son propietarios del cadáver del causante, pero con un poder de disposición limitado; mencionan dentro de ello —citando a Enneccerus-Nipperdey— el hacerle un entierro adecuado, determinar el epitafio y excluir las intromisiones de los que no tienen derecho. Agregan que si ningún “heredero” reclama el cadáver, por una costumbre bastante universal, debe verse como una *res nullius* y, por eso, pueden aprovechar de él los institutos de investigación científica para estudios o experimentos. Valencia Zea y Ortiz Monsalve (2012) afirman que el cadáver puede considerarse como “cosa comercial, susceptible de apropiación, pero sometido a un régimen especial” (p. 14). Esta idea es repetida por Vásquez Ríos (1997, p. 208).

Más que estar ante un derecho real, jurídicamente estaríamos ante un derecho personal de los familiares, pues el cadáver no es ciertamente una cosa como un auto o una casa. Breccia, Bigliuzzi Geri, Natoli y Busnelli (1995, p. 206) niegan tajantemente la posibilidad de hablar de un derecho de propiedad sobre el cadáver, pues este no tiene naturaleza y contenido patrimonial, y expresan, más bien, “intereses de índole exquisitamente espiritual”.

Se trata de un derecho sui generis. Teniendo en cuenta el tipo de “objeto” del que hablamos, merece un tratamiento similar a lo que ocurre, por ejemplo, con los órganos humanos, tejidos como la sangre, o células como los espermatozoides, a los que se les da un tratamiento especial de acuerdo con su naturaleza.

En todo caso, parece prudente, como lo ha señalado la jurisprudencia argentina, que las disputas sobre la posesión de un cadáver se basen en los principios generales del derecho, más que en las normas sobre propiedad y posesión (Cámara en lo Civil, Sala F, 1969, citado por Morelli, 2009, p. 128).

¿PUEDE CONSIDERARSE TÉCNICAMENTE COMO UN ROBO LA SUSTRACCIÓN DE UN CADÁVER?

Consideramos que estos casos no constituyen un atentado contra la propiedad, pues el cadáver no es objeto de propiedad privada, no tiene contenido patrimonial y está fuera del comercio. En todo caso, se estaría ante atentados contra la piedad, el respeto o la sepultura que merece. Sobre este particular, existen diversos pronunciamientos de la doctrina que pueden ser de utilidad para aclarar las dudas sobre la materia:

El cuerpo humano es inalienable; en vida o después de su muerte no puede ser objeto de un derecho patrimonial [...], el reconocimiento de la facultad de disponer del cadáver no implica la atribución de un derecho de propiedad. Evidentemente, el derecho de propiedad supone la posibilidad de alienar la cosa. (Monge Talavera, 2003, p. 134)

Pueden ser objeto del derecho de propiedad todas las cosas, corporales o incorporales, siempre que sean susceptibles de apropiación, presten una utilidad económica a su titular y estén determinadas. *Ergo*, el cadáver no puede ser objeto de propiedad. (Serrano Alonso y Serrano Gómez, 2005, p. 96)

El cadáver, en cuanto bien jurídicamente tutelado, no es objeto de propiedad privada. El cadáver se encuentra sujeto a las normas sanitarias de orden público y tiene el destino que la ley le señala: ser objeto de piedad y respeto, de sepultura, apto para trasplantes, experimentación y enseñanza, según el caso. Está fuera del comercio de los hombres. (Fernández Sessarego, 2007, p. 65)

Asimismo, autores como Rubio Correa (1995) niegan la posibilidad de hablar de un derecho de propiedad sobre el cadáver (p. 47). Criterio particular es el *common law* inglés, que no trata al cadáver como propiedad, sino como una *res nullius*. En cuanto al sistema estadounidense, puede decirse lo siguiente:

En Estados Unidos [...] los tribunales civiles de equidad siguieron el modelo judicial británico y dictaminaron que un cadáver no era, desde una perspectiva legal, propiedad del difunto o de sus descendientes. Mientras que los tribunales estatales en los siglos XIX y XX a veces comentaban que el estado legal de un cadáver era equivalente a un derecho de propiedad, la mayoría todavía se negaba a considerar un cadáver como una propiedad. (Cantor, 2010, p. 48)

Por su parte, Orgaz (1961), luego de señalar que el cadáver no es una cosa por no ser susceptible de tener valor patrimonial o económico,

afirma que no caben sobre él derechos reales o personales, ya sea de los herederos, parientes o cualquier otra persona, por lo que no puede ser objeto de apropiación, robo o hurto, ni de un interdicto posesorio. Sin embargo, cuando por disposición de la persona o de las autoridades pertinentes puede ser entregado a un instituto con fines de estudio o enseñanza, en ese caso sí sería una cosa y puede ser objeto de actos jurídicos, siempre limitado por su destino, la moral y las buenas costumbres. Así, puede ser objeto de reivindicación o incluso de cesión o intercambio; entonces se habla de robo o hurto, si se cumplen los requisitos propios de estos delitos (pp. 135-136).

Como dice Cifuentes (1988): “Por naturaleza jurídica, los restos humanos son un bien material, pero no cosas susceptibles de valor. Luego, el cadáver está fuera del comercio” (p. 49). A su vez, Papaño, Kipeer, Dillon y Causse (2011) anotan que “el cadáver no es una cosa que pueda servir de soporte objetivo a un derecho real ni a una relación posesoria” (p. 10), aunque agregan seguidamente que, “sin embargo, atendiendo al uso médico o científico del cadáver o de partes de él, esta conclusión aparece algo atenuada [...]”.

Una interesante sentencia sobre la disposición del cadáver, vinculada a un dramático y triste caso, es la expedida por el 26.º Juzgado Especializado en lo Penal de la Corte Superior de Lima, ante la decisión de EsSalud que se negaba a entregar a unos padres el cadáver de su hija recientemente abortada por causas naturales. La institución argumentaba que el cadáver no alcanzaba el peso establecido por una directiva interna de la Dirección de Salud (500 gramos) y, por lo tanto, no le podían entregar a la madre el cuerpo de su hija para darle sepultura. Al no tener las características suficientes para que sea considerada una persona, fue calificada como un aborto, situación en la cual no se podía emitir un certificado de defunción fetal. El juez resolvió reconociendo el derecho de los padres a sepultar el cadáver de la niña, pero para ello estos tuvieron que litigar durante dos años (*Habeas Corpus* 3189-2013, 2013).

Para Mosquera (2013), más allá del argumento de la libertad de culto alegado por la demandante, se trata de una vida humana que se extinguió y que, por tanto, más allá de su peso o tamaño, merece un tratamiento especial, que la distingue del que se da a las cosas, debiéndosele el mismo respeto y consideración que al cadáver de las personas (p. 15). Esta autora da cuenta de un caso similar ocurrido en Colombia (Expediente 3.687.534), en el que la Corte Constitucional de dicho país

no solo reconoció el derecho de una madre de sepultar a sus dos fetos, sino que, además, dispuso que el municipio respectivo asuma el traslado de los cuerpos desde donde fue intervenida la madre hasta su lugar de residencia, por razones de solidaridad, ya que ella no disponía de los recursos necesarios (Mosquera, 2013, p. 15).

CONSIDERACIONES FINALES

Si bien la persona pierde con la muerte su condición de tal, no puede pensarse que se vuelve un simple objeto; su sola condición previa de persona exige determinadas consideraciones que merece su cadáver. Ello junto con el respeto que merecen las disposiciones de voluntad que pudiere haber expresado la persona en vida, teniendo en cuenta sus intereses y deseos. Debe reconocerse, como expresa Cantor (2010), una “autonomía prospectiva” que se proyecta después de la muerte.

En esencia, el interés de una persona en la autodeterminación se extiende a la organización previa de eventos que solo ocurrirán *post mortem*, un interés que yo llamo “autonomía prospectiva”. Este interés de autonomía se reconoce en la venerable tradición de hacer cumplir los deseos *premortem* de una persona (como se expresa en un testamento) en la disposición *post mortem* de la propiedad de esa persona. (p. 29)

Más allá de aspectos técnicos, el cadáver del ser humano, sin duda, ni es una *res nullius*, ni es cualquier cosa, y merece, atendiendo a su naturaleza, una consideración especial, pues implica, de alguna u otra manera, una prolongación última de la personalidad, como señala Velásquez (1995, p. 4). Podemos hablar, entonces, de una personalidad pretérita que trasciende al fallecimiento de la persona misma, nos referimos a una personalidad pretérita trascendente.

Ahora bien, la definición del momento de la muerte es un asunto científico. El criterio más comúnmente aceptado es el de la muerte cerebral. Una vez definido ello, queda, sin embargo, en manos de la ciencia la delicada tarea de determinar ese momento específico, no pudiendo el derecho ser ajeno a los avances en ese conocimiento.

Fallecida la persona, sus restos no pueden ser usados para cualquier propósito, incluso aunque el propio difunto lo haya autorizado en vida. Por eso, sería inválido si una persona pide que su cuerpo, cuando muera, sea enterrado en un parque público, sea dado en alimento a los leones de un zoológico, se use de adorno en una discoteca, o se quemé

en una hoguera en la playa. Entra aquí a tallar el deber del respeto al orden público y las buenas costumbres. Cosa distinta es el caso de aquel ciudadano en Inglaterra que pidió que su cráneo, una vez muerto, sea utilizado en una representación de *Hamlet* de Shakespeare, voluntad que fue cumplida años después. El respeto a las disposiciones *post mortem* del difunto responde a la misma lógica que se aplica a las restricciones dejadas por el autor fallecido mientras la obra de su autoría no sea de dominio público.

En cuanto al estatus del cadáver, puede concluirse que este merece consideración, respeto, piedad, independientemente de que ya no sea persona. La burla o escarnio de un cadáver, hechos históricos como la exhibición de los cuerpos muertos de los hermanos Gutiérrez colgados en la Catedral de Lima en 1872, o noticias como el cortarles las piernas a un difunto para que quepa en un ataúd, constituyen agravios a la dignidad, ya que la muerte no convierte al cuerpo humano en un objeto. “Aunque el alma se haya separado del cuerpo, la dignidad de la persona se extiende más allá de la muerte y exige el debido respeto a lo que en vida constituyó una unidad con el alma” (González Pérez, 2011, p. 177).

Por ello, no puede verse al cadáver como un bien que forme parte de los derechos reales. Tiene una naturaleza *sui generis*, por lo que no cabe hablar de “propiedad” de los restos. No puede ejercerse sobre él un derecho de usar, de disfrutar y, solo en forma muy restringida, puede hablarse de un derecho a disponer.

Solo una visión “cosificada” y deshumanizadora del cadáver puede hacer que, para el derecho penal, sea más grave robarle un reloj a una difunta que tener acceso carnal a ella. En tal virtud, para una mejor regulación de la materia, resulta pertinente tener en cuenta lo establecido en el Código Penal Federal de México (cuyo artículo 281 dispone que se impondrá de uno a cinco años de prisión al que viole un túmulo, un sepulcro, una sepultura o féretro; y para el que profane un cadáver o restos humanos con actos de vilipendio, mutilación, brutalidad o necrofilia, si este último consiste en la realización del coito, la pena de prisión será de cuatro a ocho años) o en el Código Penal italiano (cuyo artículo 410 establece que cualquier persona que cometa actos de denigración sobre un cadáver o sus cenizas será sancionada con prisión de uno a tres años; si el infractor desfigura o mutila el cadáver, o comete sobre este acto de brutalidad u obscenidad, será castigado con prisión de tres a seis años).

Cabe mencionar que, en el año 2012, se presentó en el Congreso de la República del Perú el Proyecto de Ley 1569/2012-CR, que proponía incorporar el artículo 318, literal B, en el capítulo I del Título XIV del Decreto Legislativo 635 (Código Penal), en los siguientes términos:

Artículo 318-B: Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 4 ni mayor de 8 años:

1. Al que profane un cadáver o restos humanos con actos de vilipendio, mutilación, brutalidad.
2. Al que ejerza sobre el cadáver actos de necrofilia consisten [*sic*] en la realización del coito.
3. Al que mutila o descuartiza un cadáver, o restos humanos con la finalidad de ocultar el delito y/o inutilizarlos como prueba.

La iniciativa parece interesante y debería ser objeto de revisión. Sin embargo, debe advertirse penosamente que, en la exposición de motivos del proyecto —presentado por el congresista Tomás Zamudio Briceño—, se citaron párrafos enteros de un autor mexicano: Héctor Villarreal (véase la referencia respectiva en la bibliografía del presente estudio), sin la más mínima mención de la fuente o entrecomillado. En todo caso, más allá de las normas jurídicas, nuestra capacidad para reconocer y respetar los derechos de quien no está ya para defenderse pone a prueba nuestra entereza, nuestra altura, nuestra integridad como personas; en suma, nuestra propia humanidad.

REFERENCIAS

- Andorno, R. (2012). *Bioética y dignidad de la persona* (2.^a ed.). Madrid: Tecnos.
- Aramini, M. (2007). *Introducción a la bioética*. Bogotá: San Pablo.
- Arias-Schreiber Pezet, M. (1991). *Luces y sombras del Código Civil* (tomo I). Lima: Librería Studium.
- Breccia, U., Bigliuzzi Geri, L., Natoli, U., y Busnelli, F. D. (1995). *Derecho civil. Normas, sujetos y relación jurídica* (tomo I, volumen I). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cantor, N. L. (2010). *After we die: The life and times of the human cadaver*. Washington D. C.: Georgetown University Press.
- Cifuentes, S. (1988). *Elementos de derecho civil. Parte general*. Buenos Aires: Astrea.

- Critchley, S. (2009). *El libro de los filósofos muertos*. México D. F.: Santillana Ediciones Generales, Taurus.
- Doval, G. (2013). *El libro de los hechos insólitos*. Madrid: Alianza Editorial.
- Espinoza, J. (2012). *Derecho de las personas. Tomo I: Concebido y personas naturales* (6.ª ed.). Lima: Grijley.
- Fernández Sessarego, C. (2007). *Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil* (10.ª ed.). Lima: Grijley.
- Ferreira, R. (28 de abril del 2010). En Puerto Rico velan a un muerto sentado en una motocicleta. *El Mundo*. Recuperado de <https://www.elmundo.es/america/2010/04/29/noticias/1272498158.html>
- Fonti, D. (2004). *Morir en la era de la técnica*. Córdoba: Ediciones de la Universidad Católica de Córdoba.
- Gómez-Lobo, A. (2015). Calidad de vida y nutrición asistida. En F. León Correa (Ed.), *Bioética desde los bienes humanos básicos. Homenaje a Alfonso Gómez-Lobo*. Santiago de Chile: Fundación Interamericana Ciencia y Vida; Universidad Central.
- González Pérez, J. (2011). *La dignidad de la persona*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters.
- Jódar, F. (2015). ¿Pero está muerto o qué? *Muy Interesante*. Recuperado de <http://www.muyinteresante.es/revista-muy/noticias-muy/articulo/pero-esta-muerto-o-que-231448620130>
- Lacruz Berdejo, J. L., Sancho Rebullida, F. de A., Luna Serrano, A., Delgado Echevarría, J., Rivero Hernández, F., y Rams Albesa, J. (2010). *Elementos de derecho civil. Parte general*. Madrid: Dykinson.
- Laureys, S. (2005). Death, unconsciousness and the brain. *Nature Reviews Neuroscience*, 6(11), 809-909.
- León Barandiarán, J. (1980). *Curso elemental de derecho civil peruano*. Lima: Gráfica Morsom.
- Lete del Río, J. M. (1996). *Derecho de la persona* (3.ª ed.). Madrid: Dykinson.
- Limongi Franca, R. (1995). El concepto de muerte ante el derecho al trasplante y el derecho hereditario. En VV. AA., *Código Civil peruano. Diez años. Balance y perspectivas*. Lima: Universidad de Lima.

- Llavadot, L. (2011). La muerte del otro: Kierkegaard, Lévinas, Derrida. *Convivium*, 24, 103-188.
- López, M., y Abellán, J. C. (2009). *Los códigos de la vida*. Madrid: Homologens.
- Lorenzetti, R. L. (Dir.) (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (tomo I). Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.
- Lyon Puelma, A. (2007). *Personas naturales* (3.^a edición ampliada). Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Monge Talavera, L. (2003). Comentario al artículo 8 del Código Civil. En VV. AA., *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Morales Godo, J. (1997). *Hacia una concepción jurídica unitaria de la muerte*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Morelli, M. G. (2009). Extracción de órganos de cadáveres con fines de trasplante. Voluntariedad y consentimiento presunto. *Vida y Ética*, 10(2). Recuperado de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/extracción-órganos-cadaveres-consentimiento-presunto.pdf>
- Mosquera, C. (2013). Derecho de la madre a sepultar a su feto. *Actualidad Jurídica*, 239. Recuperado de https://www.researchgate.net/profile/Enrique_Varsi-Rospigliosi/publication/322011504_Tratado_de_derecho_de_las_personas/links/5a3d51dfa6fdcce197ff7a25/Tratado-de-derecho-de-las-personas.pdf
- Orgaz, A. (1961). *Derecho civil argentino. Personas individuales* (2.^a edición revisada y ampliada). Córdoba: Ediciones Assandri.
- Palmero, J. C. (2000). La muerte y el derecho civil. En VV. AA., *Muerte digna*. Córdoba: El Copista.
- Papaño, R. J., Kiper, C. M., Dillon, G. A., y Causse, J. R. (2011). *Manual de derechos reales*. Buenos Aires: Astrea.
- Pérez Gallardo, L. (2014). La gestación tras el diagnóstico neurológico de muerte: ¿gestación *post mortem*? *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 44, 18-32.
- Pide creador de Pringles ser enterrado en un envase de papas. (4 de junio del 2008). *El Universal*. Recuperado de <http://archivo.eluniversal.com.mx/notas/512091.html>

- Rodríguez Ramos, A. M. (2002). Implicancias éticas y jurídicas de la gestión *post mortem*: el “cadáver incubadora”. En *Familia, tecnología y derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rubio Correa, M. (1995). *El ser humano como persona natural*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Biblioteca Para Leer el Código Civil, vol. XII.
- Serrano Alonso, E., y Serrano Gómez, E. (2005). *Manual de derechos reales*. Madrid: Edisofer.
- Sgreccia, E. (2009). *Manual de bioética. Tomo I: Fundamentos y ética biomédica*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- Taxista fallecido de cáncer fue velado al volante de su auto. (25 de mayo del 2015). *El Comercio*. Recuperado de <https://elcomercio.pe/mundo/actualidad/taxista-fallecido-cancer-velado-volante-auto-191347>
- Valencia Zea, A., y Ortiz Monsalve, Á. (2012). *Derecho civil. Tomo II: Derechos reales* (11.^a ed.). Bogotá: Nomos.
- Vásquez Ríos, A. (1997). *Derecho de las personas* (tomo I). Lima: Editorial San Marcos.
- Verdera Server, R. (2019). *Lecciones de derecho civil. Derecho civil 1*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vide, R. (1998). *Derecho de la persona*. Barcelona: J. M. Bosch.
- Videla, M. (1999). *Los derechos humanos en la bioética: nacer, vivir, enfermar y morir*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Villarreal, H. (2013). Fundamentos de los derechos *post mortem* de la persona y su situación en la Ciudad de México. Recuperado de https://www.academia.edu/1131514/Fundamento_de_los_derechos_post_mortem_de_la_persona_y_su_situaci%C3%B3n_en_la_Ciudad_de_M%C3%A9xico

La aplicación de la teoría objetiva del valor en el ordenamiento civil y sus consecuencias en la vida de los peruanos

Sergio Sifuentes Sánchez

Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 25/6/2018 / Aprobado: 15/1/2019

doi: 10.26439/iusetpraxis2018.n48-49.4506

RESUMEN. El artículo plantea la problemática de tener a la teoría objetiva del valor como una de las bases del ordenamiento civil, así como sus consecuencias en la vida de los peruanos. Es decir, ¿cuál es el resultado de aplicar esta teoría en los articulados del Código Civil? En virtud de ello, nos preguntamos si es eficiente y debe mantenerse vigente, o, por el contrario, si debe ser derogada a fin de aplicar conceptos opuestos a la teoría clásica del derecho civil, con el único propósito de tener un tráfico comercial idóneo dentro de un contexto de crecimiento económico que vive y requiere el país.

PALABRAS CLAVE: teoría objetiva del valor / teoría subjetiva del valor / derecho civil / sinalagma / prestaciones recíprocas / lesión

Application of the objective theory of value in civil law and its consequences in the lives of Peruvian people

ABSTRACT. This paper deals with the problem of considering the objective theory of value as one of the foundations of civil law and discusses its consequences in the lives of Peruvian people. In other words, what is the result of applying this theory to the articles of the Peruvian Civil Code? According to this, we ask ourselves if it is efficient and should remain in force or, conversely, if it should be repealed in order to apply concepts contrary to the classical theory of civil law with the only purpose of having a suitable commercial traffic in the context of the economic growth that our country lives and requires.

KEYWORDS: objective theory of value / subjective theory of value / civil law / synallagma / reciprocal benefits / injury

INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La función del derecho es, principalmente, reducir los costos de transacción y promover la información. En este sentido, concebir el derecho civil en función de la teoría objetiva o subjetiva del valor podrá determinar muchas veces el crecimiento y desarrollo al que todo país aspira.

La teoría objetiva del valor postula que las prestaciones recíprocas son equivalentes; es decir que, en una relación contractual, las partes valorizan de la misma forma lo que van a recibir. Por ejemplo, en un contrato de compraventa el precio es igual a la cosa y, de producirse alguna diferencia, el Estado interviene mediante mecanismos de tutela, reconocidos por el derecho, como la lesión, para evitar cualquier desequilibrio. Asimismo, en cuanto a las mejoras a una propiedad, nuestro Código Civil establece que si un arrendatario las realiza tiene el derecho al reembolso por parte del propietario al mayor valor, lo cual no es otra cosa que se le restituya lo que le costó. Esta situación evidentemente desincentiva a todo poseedor a efectuar alguna mejora porque no ganará nada, lo que conduce a que muchos poseedores vivan en terribles condiciones.

Por otro lado, la teoría subjetiva del valor postula que las prestaciones no son equivalentes, ya que no se debe considerar solo elementos monetarios, sino también otros, como los gustos, preferencias o valores morales. De esta manera, si creyéramos que las prestaciones son iguales, nadie contrataría, porque nadie valora algo que va a recibir igual que lo que va a dar, es decir, lo que recibo debe valer más de lo que doy. Por ello, en el presente trabajo, pretendemos encontrar respuestas frente a la aplicación de la teoría objetiva del valor en nuestro ordenamiento civil, y determinar si contribuye o no al desarrollo económico, ya que instituciones como la lesión, la excesiva onerosidad o las cláusulas *rebus sic stantibus* podrían calificarse como ineficientes, pues ¿con qué base el juez determinará que hubo un contrato lesivo?, ¿según el costo?

Sin embargo, también tenemos frente a ello una doctrina rígida que postula que la principal función del derecho es proteger al débil y velar por el respeto a la buena fe en los contratos. Por eso, podría decirse que lo que busca la lesión es evitar la mala fe del que se aprovecha de la situación, del que rescata al que lo necesita. En esta línea, al final del presente trabajo de investigación responderemos nuestras primeras hipótesis y podremos plantear una propuesta.

LA TEORÍA OBJETIVA DEL VALOR

Concepto

La teoría objetiva del valor consiste en acuñar a las cosas un precio, el cual lo determina el juez o la entidad administrativa que resuelva un procedimiento. Se sustenta en diferentes criterios, pero los más utilizados son el valor de mercado y el valor de producción. El primero se basa en un análisis de los precios que ofrecen las empresas del sector, así como también en el precio que los compradores están dispuestos a pagar, mientras que el valor de producción no es otra cosa que el costo del bien en cuestión, por lo que es uno de los métodos más entendibles al momento de fijar un precio.

Al utilizar estos criterios, se objetiviza el valor dejando de lado otros elementos como los gustos, las preferencias o las necesidades de cada persona al momento de contratar. En este trabajo, intentamos analizar básicamente la teoría objetiva del valor y la teoría subjetiva del valor frente a instituciones del derecho civil como la lesión y la excesiva onerosidad en la prestación, las cuales se motivan en parámetros de justicia, de equidad y de la protección al débil.

Por ello, resulta indispensable, para la doctrina mayoritaria, que el juez determine objetivamente¹, mediante la aplicación de diversas reglas, pautas o apreciaciones, el valor de las cosas al momento de resolver alguna controversia sobre cualquier contrato donde existan los elementos de “bien” y “precio”, a efectos de generar esa protección a aquella persona que, según la doctrina, haya podido ser “sorprendida” por el precio que pagó, al actuar como comprador, o si quizá haya recibido una suma dineraria muy por debajo de lo que comúnmente se paga, lo que es calificado por los civilistas como pago irrisorio o vil. Complementariamente a ello, podemos apreciar lo señalado por Gherzi Silva (2005): la teoría objetiva del valor entiende que, desde el punto de vista económico, el valor de un bien es intrínseco al mismo. Luego, siendo así, el valor de un bien es su costo y su costo, el valor (p. 154).

1 El criterio jurídico u objetivo del valor no está definido en la ley, por lo que se confía en el criterio judicial, según Ortega Piana (2008).

Análisis legal

Como ya lo mencionamos, nuestro objetivo es analizar principalmente las instituciones del derecho civil como la lesión y la excesiva onerosidad en la prestación, sobre la base de las teorías objetivistas y subjetivistas del valor. Sin embargo, también abordaremos algunas instituciones adicionales de nuestro ordenamiento jurídico a fin de complementar y reforzar nuestras conclusiones. Igualmente, examinaremos la figura de las mejoras en un contrato de arrendamiento y el delito de usura como precedente a la lesión.

Lesión

Artículo 1447.- Acción por lesión

La acción rescisoria por lesión solo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor que las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro.

Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos. (Código Civil peruano, 1984)

La doctrina civil es unánime al indicar que para esta institución tenemos dos enfoques: uno objetivo y otro subjetivo. El primero consiste en que la desproporción entre las prestaciones debe ser mayor que las dos quintas partes, es decir, la rescisión solo procederá en caso de que supere dicho monto. El segundo nos lleva a tener en cuenta el aprovechamiento de uno de los contratantes de la necesidad del otro, de manera que la acción rescisoria puede ejercerla tanto el comprador como el vendedor, no siendo exclusiva para el comprador, como lo señalan otras legislaciones.

Así pues, la cuestión radica en determinar la desproporción, puesto que el juez, a partir de criterios objetivos, tendrá que ejercer la función de evaluador y calificador. Por ello, deberá establecer el valor de las prestaciones a fin de resolver si la acción de rescisión es procedente.

La lesión es una de las instituciones más sólidas en el derecho civil. Los más grandes tratadistas la defienden y, por tanto, derogarla sería una propuesta totalmente equivocada para algunos, cuyo argumento consiste en que el derecho no premia la mala fe. Ortega Piana (2006)

explica que el derecho debe restablecer el equilibrio cuando existe una asimetría entre las partes: cuando una es débil o se encuentra en un estado de inferioridad, y la otra es fuerte y abusa de dicha situación al contratar; o cuando la prestación de una de las partes se torna tan onerosa que, aun siendo posible de ejecutar, es de un cumplimiento económicamente difícil o imposible. Esto no se trata de un simple problema de cifras, sino de conductas, de valores y de la clase de operaciones en las que queremos sustentar un crecimiento del mercado que beneficie a todos y no solo a algunos.

Por tanto, los actos de aprovechamiento deben ser repudiados por el ordenamiento jurídico. Desde ese punto de vista, la lesión opera en defensa de los débiles, quienes por diversas causas se encuentran en una situación apremiante, de vulnerabilidad, y, por ello, la normativa tiene que estar atenta a estos tipos de actuaciones. Así, se considera que se produce lesión “cuando una persona aprovecha la necesidad, ligereza o inexperiencia de otra para obtener una prestación que está en desproporción chocante con su contraprestación” (Moisset de Espanés, 1979).

Asimismo, observamos que, en la *Exposición de motivos y comentarios del Código Civil* (1988), se comenta que la lesión es una de las más importantes y controvertidas figuras de la contratación. De raíces muy antiguas (existen huellas rudimentarias en China e India y luego en Grecia), cobró cuerpo durante el Imperio romano. En el siglo III d. C., Diocleciano y Maximiliano le dieron forma al establecer que si una persona vendía un bien en menos de la mitad de su valor, estaba autorizada para solicitar la rescisión del contrato. Caída en desuso con la invasión de los bárbaros, fue rescatada por Justiniano y, más tarde, el derecho canónico le dio mayor impulso bajo la inspiración aristotélica del justo precio y de los conceptos expresados por Tomás de Aquino, quien sostuvo que en los contratos de cambio debe prevalecer la reciprocidad proporcional. Restringida en los siglos XV y XVI, debido a los extremos a los que fue llevada, vuelve a tomar arraigo durante el Renacimiento, pero limitada a la compraventa no aleatoria de inmuebles. La Revolución francesa, basada en el principio de la libertad absoluta, la abolió, pero no por largo tiempo, pues fue tema de encendidos debates durante la época en que se gestó el Código Civil francés de 1804. Cabe detenerse aquí, dado que este Código sirvió de modelo para las legislaciones civiles que le siguieron. La sustentaron Portalis y Tronchet, con la oposición de Berlier y Thomasius. Napoleón, durante

los debates que precedieron a la promulgación del Código Civil de 1804, puso término a las polémicas y se pronunció por la lesión, pero únicamente en favor del vendedor y en la compraventa o partición de bienes inmuebles. Su juicio aparece en estos términos:

Poco importa cómo un individuo dispone de unos diamantes o cuadros; pero la manera como lo hace respecto de su propiedad territorial no puede ser indiferente a la sociedad y a esta le pertenece marcar límites al derecho de disponer de ella. (p. 112)

Por otro lado, los críticos de la figura aducen que va en contra de la autonomía privada y, por ello, muchos de ellos consideran a estos mecanismos como fuentes de la llamada *crisis del contrato*. Cabe recordar que el contrato, de acuerdo con Ortega Piana (2008), no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para el intercambio económico, sea de bienes o de servicios; además, el ordenamiento jurídico, sobre la base de que existen intereses relevantes con relación a dicha funcionalidad, le reconoce carácter vinculante. Imaginemos por un momento una situación en la que los contratos carecerían de fuerza vinculante: el progreso estaría prácticamente estancado, no habría operaciones de crédito. Por tanto, el contrato es la mejor garantía de que los términos del intercambio no serán desconocidos unilateral ni injustificadamente (Ortega Piana, 2008, p. 109).

Por ello, se dice que, a partir de la Revolución francesa, la institución estuvo a punto de derogarse por los principios que ella promovía. Sin embargo, como podemos ver, Moisset de Espanés (1979) señala que las propias autoridades surgidas de la revolución dictaron en varias oportunidades leyes que establecían tarifas y precios máximos para proteger a las clases necesitadas. Continúa el autor indicando que, en el año 1791, estaba en vigor una ley que autorizaba a los alcaldes municipales a fijar precios máximos para el pan y la carne. La protección por parte del Estado con respecto al precio de las cosas ha estado vigente desde hace muchos años, aunque las críticas también han estado presentes. Por tanto, resulta indispensable analizar esta protección y los argumentos en contra, a efectos de comprender mejor las dos teorías estudiadas.

De acuerdo con Moisset de Espanés (1979), muchas de las críticas dirigidas a la lesión se han fundado en la imposibilidad de establecer el justo precio, que servirá de base matemática a las fórmulas objetivas. En cambio, no se puede cuestionar lo mismo a las modernas concepciones de la lesión, donde se habla solamente de “desproporción chocante” o

“desproporción evidente”, sin exigir la determinación exacta de un valor, que muchas veces resulta difícil de fijar con precisión.

Por su parte, Bullard (2001) aduce que la lesión desincentiva las operaciones de rescate, y para esto expodremos brevemente un ejemplo muy similar al señalado por el autor:

- Juan es golpeado fuertemente y luego le roban todas sus pertenencias en un lugar sumamente solitario.
- Al cabo de un tiempo, aparece Ricardo, quien lo ve en dicha situación y ofrece ayudarlo, pero con la condición de que, luego de ello, Juan le pague una considerable suma de dinero.
- Juan, evidentemente, acepta y es curado. Posteriormente, Ricardo le exige que cumpla con lo acordado, y Juan, finalmente, paga.
- Unos días más tarde, Juan le comunica que fue un precio muy elevado y que sobrepasa el costo; por ende, planteará la rescisión del contrato ante el juez.
- El juez resuelve a favor de Juan y ordena a Ricardo que devuelva el monto adicional que recibió, al considerar dicho contrato como lesivo.
- Después de un año, Sebastián, hermano de Juan, se encontró en la misma situación. Pasaba por ahí Ricardo, quien tuvo la intención de ayudarlo; sin embargo, recordó que el Código Civil peruano regula la lesión y que, por lo tanto, no tendrá una ganancia significativa el hecho de darle una mano, por lo que su incentivo de rescatarlo se desvaneció. Entonces, siguió de frente dejando a Sebastián en un terrible estado.

De esta manera, se impide que sujetos necesitados puedan acceder a los recursos que requieren con apremio, con necesidad urgente, y es una suerte de control de precios, puesto que será el juez quien en última instancia determine si las prestaciones de los contratantes han sido establecidas de forma justa (Bullard, 2001).

Continuando en el campo de las críticas a la figura de la lesión, consideramos relevante examinar la *Exposición de motivos y comentarios del Código Civil* (1988), elaborada por la comisión encargada de su estudio y revisión, donde cabe encontrar alguna crítica importante que se haya recogido durante los debates concernientes a la aprobación o desacuerdo

de la figura en mención. Arias-Schreiber Pezet, durante los correspondientes intercambios de propuestas, detalló: “En honor a la verdad, los miembros de la Comisión Revisora no eran partidarios de la lesión, como la propiciaba el doctor De la Puente y a la que di apoyo, pero condicionando a que se utilizara la fórmula matemática”². En otras palabras, no existía un clima muy propicio para su incorporación como figura extensiva a todos los contratos onerosos y conmutativos, y se esgrimieron numerosos argumentos, muy respetables, por cierto. Fue solo después de varias sesiones y luego de una constante insistencia que prevalecieron los puntos de vista de ambos doctores y la Comisión Revisora, finalmente, los aceptó. Dada la trascendencia del cambio introducido, consideramos útil señalar cuáles son los principales argumentos de los detractores de la lesión y su respuesta.

1. Se sostiene que es una figura innecesaria, dado que se confunde con el error, esto es, con un vicio del consentimiento. Esta fue la posición que asumió Manuel Augusto Olaechea cuando se discutió en la Comisión Revisora del Código Civil de 1936.

Pero las corrientes doctrinarias hoy en boga afirman que la lesión no constituye un vicio del consentimiento, ni se confunde, por consiguiente, con el error. Es, en suma, una institución autónoma. En efecto, no se requiere que exista equivocación en el contratante para que pueda invocarse esta causal rescisoria. Basta con que haya una desproporción injusta entre las prestaciones y el aprovechamiento del estado de necesidad del lesionado para que se justifique la acción. Tampoco hay en ella dolo, intimidación o violencia. No es lo mismo un contrato viciado que un contrato lesivo. Quien sabe que está contratando de un modo tal que existe desequilibrio entre las prestaciones no actúa por error y lo hace libremente, aunque generalmente bajo el apremio de una necesidad imperiosa. Pongamos un ejemplo: si A tiene una propiedad cuyo valor de mercado es de 100 000 000,00 y por razones de salud, de liquidez inmediata u otros motivos de urgencia la vende en 10 000 000,00, no está incurriendo en error, violencia o intimidación, pero puede invocar en

2 En la misma exposición de motivos, se indicó que el doctor Manuel de la Puente se encontraba a favor de la vigencia de la lesión, sin establecer una fórmula matemática en la que se determine la desproporción en la relación contractual, otorgando solo un criterio de “desproporción evidente”.

su defensa la lesión, lo que demuestra su autonomía. A lo expuesto agregamos que ordinariamente cabe determinar los valores, por complejos que sean sus elementos y, en todo caso, estaremos frente a un problema de probanza, esto es, a cuestiones de hecho que no tienen por qué justificar el desconocimiento de la lesión.

2. Se dice igualmente que el respeto por la palabra o la firma empeñada es condición indispensable para el orden y la paz social, y que cualquier medida que en alguna forma lo trastoque es una invitación a la anarquía y al caos. La seguridad jurídica es algo tan trascendente que toda institución que de algún modo la desestabilice debe ser descartada.

Esta invocación, una de las más severas, reposa en la concepción ya trasnochada de la autonomía absoluta de la voluntad. Esta ha evolucionado y, sin desconocerla, existen factores que le han restado su primitivo e inflexible rigor. Ya no son válidas las nociones propias del sistema liberal y carece de vigencia el concepto de que cada cual es dueño de su propia ruina. Frente a la igualdad ante la ley, se contraponen desigualdades evidentes, motivadas en factores económicos, sociales, culturales y de diverso orden. Está a la vista el contraste entre el contratante débil y el poderoso, y sus distintos poderes o facultades de negociación.

Hay, por consiguiente, razones de solidaridad social que rechazan colocar a un contratante en estado de miseria para beneficio de la contraparte. La Constitución Política de 1979 recoge estas ideas cuando, en el inciso 12 del artículo 2, afirma que toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos y añade que la ley regula el ejercicio de esta libertad para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso del derecho. En síntesis, la palabra o la firma son respetables en la medida que no se conviertan en instrumentos de injusticia. Por tanto, la ley debe contemplar aquellos mecanismos destinados a evitarlo, pero buscando la armonía con la estabilidad de las transacciones y, en consecuencia, tiene que señalar cuáles son las condiciones y límites de esos mecanismos. Esta es, por lo demás, la filosofía que impera en el Código Civil promulgado y se traduce nítidamente en las instituciones y figuras contractuales que contiene, de las cuales forma parte la lesión.

3. También se afirma que en todo contrato existe un cierto margen especulativo y es raro encontrar el justo equilibrio entre las prestaciones.

La afirmación es correcta, pero no invalida la lesión. Esta solo se presenta cuando el desequilibrio es injusto y lesivo a la razón. Es, en otras palabras, lo que los tratadistas clásicos identificaban con la expresión “precio vil”. Lo que se busca no consiste, pues, en igualdad, sino en proporcionalidad.

Conviene observar que no se encuentra la crítica que debió consistir en aplicar la teoría objetiva del valor, o sea, bajo qué criterio el juez determinará que existió una desproporción. Lamentablemente, y a pesar de que el doctor Max Arias-Schreiber Pezet consideró en su oportunidad que las críticas estuvieron bien sustentadas, creo que prescindieron de evaluar la forma en la que un tercero establecerá los valores. Evidentemente, el tema de trastocar la autonomía privada está relacionado con la materia de investigación; sin embargo, fue posible una mayor profundidad.

Por otro lado, vale destacar que en los países del *common law* no existe la lesión. Barandiarán dice que queda insumida en el caso genérico de la *undue influence*, que, como vicio del consentimiento, debe ser probado por quien lo invoca. Asimismo, conforme señala Bullard (2006), en el sistema anglosajón, el equivalente a la lesión es conocido como *economic duress* o “intimidación o violencia económica”, y parte del supuesto de que una situación económica determinada presiona la voluntad de una de las partes para hacerla aceptar términos que no admitiría fuera de esa situación (p. 294).

En ese sentido, vemos, pues, que la lesión es defendida por la doctrina civilista mayoritaria, pero también tiene ciertos detractores, lo que no significa que, por pertenecer al grupo minoritario, no cuenten con argumentos favorables o bien sustentados, sino todo lo contrario. Por ello, con esta investigación pretendemos encontrar a una respuesta idónea, acorde a las necesidades económicas del Estado peruano.

Excesiva onerosidad en la prestación

Artículo 1440.- En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la

resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas. (Código Civil peruano, 1984)

Como vemos, este artículo sostiene que si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, cualquiera de las partes que se haya perjudicado puede solicitar la reducción o aumento de su contraprestación. Al igual que en la lesión, para determinar lo excesivamente oneroso, el juez deberá evaluar y calificar el valor de las prestaciones, de acuerdo con criterios objetivos que le ayuden a resolver la controversia, sin perjuicio de que previamente también evalúe si los acontecimientos son extraordinarios e imprevisibles. Pero, a diferencia de la lesión, que es aplicable en contratos de ejecución inmediata, la excesiva onerosidad en la prestación es un remedio para contratos de ejecución continuada y, por ello, uno de sus presupuestos es la imprevisibilidad de alguna contingencia que no se tomó en cuenta al momento de contratar. Esto quiere decir que para esta figura no se analiza si hubo un aprovechamiento o un acto de mala fe, sino que se evalúan los sucesos posteriores a la celebración del contrato que hacen que las prestaciones se conviertan en más onerosas, lo que genera en una de las partes el deseo de que se regrese al equilibrio prestacional, conforme a valores de justicia.

Con este fin, muchas veces se pactan las cláusulas *rebus sic stantibus*, expresión latina propuesta en la Edad Media por los canonistas para denominar una de las teorías jurídicas más importantes que buscan la equidad. La interpretación más cercana es que las circunstancias se sigan manteniendo en el estado que guardaban al momento de celebrarse el contrato, de tal forma que, si varían las circunstancias que inicialmente prevalecían, se produciría una ventaja desproporcionada para una de las partes (Córdova, 2008, p. 100).

La *Exposición de motivos y comentarios del Código Civil* (1988) señala:

Se nota con claridad la filosofía del nuevo Código en materia contractual, cuando se coloca en una posición distinta a la tradicional. En efecto, si es exacto que como regla general el contrato nace para ser cumplido, existen situaciones en que, por excepción y para evitar que la justicia más rigurosa se convierta en la mayor de las injusticias, puede y debe ser revisado. Con ello se evita la ruina económica o el enriquecimiento desproporcionado, de una parte, y se conserva, en suma, aquello que se conoce como el equilibrio contractual. Se ha explicado en otra parte de estos comentarios que el nuevo Código busca la más armoniosa coordinación entre la

justicia y la seguridad. Por ello, la excesiva onerosidad de la prestación no se aplica de manera arbitraria ni ilimitada, sino que, por el contrario, está condicionada a determinados factores.

En efecto, se reafirma que el respeto por el cumplimiento de los contratos constituye un factor indispensable para el buen orden de la sociedad y que la seguridad de esta quedaría gravemente debilitada, con sus perniciosos efectos, si se pudiese pedir la revisión de cualquier contrato bajo el pretexto de que las prestaciones no son equivalentes y de que existe gran desigualdad entre las obligaciones recíprocas de los contratantes. Se pensó, en suma, que si bien es importante que prevalezca la equidad, también lo es que se satisfaga el deber de cumplir con la palabra o firma empeñadas. (p. 102)

Al igual que en la institución de la lesión, consideramos importante revisar las críticas en la *Exposición de motivos y comentarios del Código Civil* (1988), cuya Comisión revisora analizó detenidamente esta institución. No faltaron quienes la objetaron sosteniendo el respetable concepto de que puede debilitar el vínculo contractual y ser un veneno de juicios. Pero prevaleció la opinión de que ella se ajusta a la filosofía adoptada en forma integral por el Código y responde al principio constitucional expresado en el inciso 12 del artículo 2. Se planteó, en definitiva, que, en la alternativa de un conflicto entre la seguridad y la justicia, debe prevalecer esta última, y que la posible multiplicación de procesos judiciales constituye un riesgo calculado y sería, por otro lado, la mejor evidencia de que existen situaciones que merecen la intervención de los jueces, casualmente por su inequidad. En suma, la presencia de esta institución y de muchas otras demuestra la diferencia sustancial y filosófica entre los Códigos Civiles de 1936 y 1984. Nadie duda que sea importante que se mantenga la palabra y la firma comprometidas. Pero es igualmente cierto que el cumplimiento a rajatabla de la fórmula romanista *pacta sunt servanda* provoca situaciones de un rigor que puede llegar a ser insoportable, lo que convertiría inadvertidamente al contrato en un posible instrumento de explotación y ruina. Cabe agregar que la mayoría de los Códigos Civiles contemporáneos contemplan la excesiva onerosidad de la prestación. Ello sucede, para citar algunos, en el Código Civil italiano de 1942, el Código Civil portugués de 1966 y el Código Civil boliviano de 1975.

En ese sentido, podemos observar que con respecto a la institución de la excesiva onerosidad tampoco hubo una crítica que cuestionara la objetividad que se requiere al momento de calificar una desproporción en las prestaciones producida por la imprevisibilidad.

Derecho al valor o al retiro de las mejoras

Artículo 917.- El poseedor tiene derecho al valor actual de las mejoras necesarias y útiles que existan al tiempo de la restitución y a retirar las de recreo que puedan separarse sin daño, salvo que el dueño opte por pagar por su valor actual.

La regla del párrafo anterior no es aplicable a las mejoras hechas después de la citación judicial, sino cuando se trata de las necesarias. (Código Civil peruano, 1984)

Las mejoras, en nuestro ordenamiento civil, son una figura jurídica que para muchos requiere de una reforma. Establecer que el poseedor tiene derecho al valor actual de las mejoras significa que el juez tendrá que valorar el bien a través de criterios objetivos y determinar su valor. En otras palabras, el poseedor que desembolsó una suma dineraria a efectos de mejorar el predio donde habita no tendrá derecho a que se le devuelva el precio, sino más bien, todo lo contrario, se le devolverá un monto incluso menor, ya que es considerado solo el costo.

En este escenario, Ghersi Silva (2005) indica que, desde el punto de vista normativo, y atendiendo al objetivo de estimular un nivel óptimo de inversión en la conservación de los inmuebles, es posible sostener que el reembolso de las mejoras al costo no da incentivos suficientes para que tal inversión se produzca (p. 155). Asimismo, el destacado profesor, en el mismo artículo, propone establecer una regla de reembolso al precio, y no al costo, para generar de esa manera ciertos incentivos a los poseedores para construir (p. 160).

Por otro lado, señala que se debe regresar a la regla del Código Civil de 1852, es decir que no exista obligación de reembolso, que, en la normativa vigente, consiste prácticamente en una imposición al propietario, pues el arrendatario, sin su consentimiento, ha realizado mejoras y, por ello, deberá reembolsar. Ghersi Silva (2005) propone que la regla debe ser que las partes pacten lo referido a si existirá la obligación del reembolso y si este se pagará conforme al precio de mercado o al costo, para lo cual, como lo mencionamos anteriormente, el autor recomienda que la regla sea en función del precio, de manera que no se perjudique al arrendatario en su inversión.

Usura

Artículo 214.- El que, con el fin de obtener una ventaja patrimonial, para sí o para otro, en la concesión de un crédito o en su otorgamiento,

renovación, descuento o prórroga del plazo de pago, obliga o hace prometer pagar un interés superior al límite fijado por la ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y con veinte a treinta días-multa.

Si el agraviado es persona incapaz o se halla en estado de necesidad, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años. (Código Penal peruano, 1991)

En Israel, la usura era considerada un pecado que se sancionaba; sin embargo, la represión de esta práctica a lo largo de los tiempos ha tenido muy poca eficacia. En el ámbito nacional, se menciona que los problemas económicos de muchos peruanos los han llevado a recurrir a usureros, quienes han hecho de ese delito una forma de vida, al solicitar a sus víctimas garantías muy elevadas con relación al objeto del contrato, es decir, al monto del préstamo. Lo que se protege en el delito de usura es el funcionamiento del sistema crediticio, por lo que se persigue a quien lucra injusta y exageradamente. Por ello, el Estado interviene en defensa del más débil, siendo la usura un delito perseguible de oficio.

Análisis histórico

Los escasos textos que han llegado hasta nuestros días muestran que en todas las épocas se ha tenido el propósito de combatir el aprovechamiento ilegítimo de las necesidades o debilidades del otro. Pero la figura jurídica que estudiamos, según los estudiosos, recién adquiere fisionomía y vida autónoma en el derecho romano. Asimismo, su realización comprende criterios para las transacciones, sin los cuales los particulares tendrían una amplia gama de opciones al momento de contratar. El establecimiento de criterios, parámetros o reglas evita cualquier desproporción contractual, a fin de resguardar o proteger ciertos intereses que el derecho tutela, como la buena fe, la equidad y la justicia.

En la India, se dice que el palacio real tenía un valuador que comprobaba la calidad de los géneros que debían fabricarse, de manera que se uniformaba la calidad y se lograba que los precios se ajusten al valor de los objetos. Por su parte, la usura (estimada como daño al prójimo) fue combatida por los principios morales, que, como sabemos, son la base para toda figura jurídica.

En Babilonia, en el Código de Hammurabi, se encuentra clara la idea de la defensa de los débiles para que prevalezca la justicia. Por ello, se dictan medidas para castigar todo acto que atente contra dicho principio.

En Atenas, Grecia, el tráfico jurídico fue más activo, lo que originó la teoría de la nulidad de los actos por vicio del consentimiento, pero la lesión no alcanza en ningún momento a adquirir autonomía. Sin embargo, sus filósofos, como Platón y Aristóteles, enuncian normas éticas en las que condenan los engaños, la violencia y el indebido aprovechamiento de la situación de inferioridad en que se encuentra nuestro prójimo (Moisset de Espanés, 1979, p. 21). En el derecho romano, la Ley de las XII Tablas determina la limitación legal de la tasa de interés a fin de hacer frente a la usura, y sanciona con multas a aquel que cobre más de lo permitido.

Vale mencionar que el presente trabajo no pretende realizar un análisis histórico completo de lo que nos ocupa. Sin embargo, podemos advertir que en la mayoría de las sociedades, que se sustentan en cierto tiempo y espacio, ha prevalecido la defensa del débil frente al fuerte, económicamente hablando, o, de ser el caso, situacionalmente, considerando que las relaciones pueden darse en diversos campos, por ejemplo, en un contexto comercial o laboral. En ese sentido, también debemos tener en cuenta los fines del derecho que, para algunos juristas, consisten en promover ciertos valores como la justicia, la equidad, la buena fe, y por ello sanciona todo actuar que contravenga estos principios rectores. No obstante, Bullard (2001), en un interesante artículo, señala que no le corresponde al derecho crear buenos samaritanos (personas que actúan con probidad). Solo le corresponde establecer reglas que mejoren el bienestar de los individuos.

Campo de aplicación

La teoría objetiva del valor no solo es aplicable en función del Código Civil, es decir, a las relaciones privadas, entre particulares, sino que también vemos su utilidad en el campo comercial, administrativo e incluso laboral. No obstante, la podemos observar igualmente en otras materias, ya que todo acto con relevancia jurídica que tenga de por medio un monto de apreciación económica puede ser cuestionado a efectos de que se equipare al verdadero costo. Por ende, si bien es cierto que la aplicación en las tres primeras materias mencionadas puede ser la más frecuente, no sería descabellado concluir que la teoría objetiva del valor —por lo ya comentado— es aplicable a todo el ordenamiento jurídico, más aún si consideramos que lo que busca la referida teoría, es decir, su motivo, es defender intereses dignos de tutela para el derecho y, por tal, no se podría prescindir de alguna materia.

**LA TEORÍA SUBJETIVA DEL VALOR, EN EL MARCO DEL ANÁLISIS
ECONÓMICO DEL DERECHO, COMO FUENTE DE INTERPRETACIÓN
DE LA NORMATIVIDAD**

Concepto, propuesta y crítica

La teoría subjetiva del valor postula que este no puede ser determinado por un tercero, sino que, por el contrario, debe ser establecido por cada individuo. Así, para un estudiante de antropología, un libro relacionado con su carrera puede valer mucho, a diferencia de cómo lo apreciaría un deportista que solo tiene afición por sus actividades. Es decir, el valor se establece en función de gustos, preferencias e, incluso, por la situación económica de cada persona. Por ende, cualquier criterio que se base en la objetividad es errado o ineficiente.

En adición a ello podemos citar la conferencia del profesor Gherzi Silva dictada el 28 de enero del 2009 en el auditorio de Hayek de la Universidad Francisco Marroquín:

El contrato en términos legales no es otra cosa más que el fenómeno económico del intercambio. Los abogados creen, o creemos, que si el derecho civil tradicional piensa que el intercambio económico se produce en una situación de equilibrio, de equivalencia, lo cual es un error, porque el intercambio no se produce nunca entre cosas equivalentes, el intercambio se genera solo entre cosas no equivalentes. ¿Acaso yo intercambio dos cosas que valen lo mismo? Yo intercambio una cosa si para mí vale más lo que recibo de lo que doy; yo no intercambio por algo igual, yo intercambio cuando creo que gano, porque valoro más lo que recibo que lo que doy. Y eso es porque el valor es subjetivo. ¿Por qué la teoría jurídica tradicional incurre en el error de pensar que las prestaciones de un contrato son equivalentes? Porque es partidaria de la teoría objetiva del valor, la cual supone que las cosas tienen un valor intrínseco, que las cosas valen por lo que son en sí, por lo que tienen en sí. La teoría subjetiva del valor, en cambio, considera que las cosas no valen nada de suyo, que las cosas no tienen un valor intrínseco, que el valor es extrínseco. (Gherzi Silva, 2011)

Asimismo, comenta un elemento interesante: la teoría subjetiva del valor —que tuvo su origen en España, en la Universidad de Salamanca, con antecedentes en Maimónides y Averroes, que vivieron en la ciudad de Córdoba durante la Edad Media— tiene una importancia sobre la teoría económica, particularmente a partir de la denominada *revolución marginalista*.

La propuesta de la referida teoría es que las relaciones contractuales estén sujetas a prestaciones que no sean consideradas como equivalentes. Por ello, sus defensores concluyen que la concepción del sinalagma prestacional debe ser eliminada, y de igual manera, por ende, las instituciones de la lesión y la excesiva onerosidad, por ser las figuras más representativas de los valores objetivos. Los subjetivistas señalan que un sistema jurídico que adquiera como fundamento la teoría objetiva del valor desalienta las contrataciones, en el sentido de que no genera predictibilidad y, por tanto, muchas veces promueve la ineficiencia en las actividades económicas.

La crítica a esta teoría es que el derecho no funciona para la economía si no tiene la función de tutelar intereses dignos de protección, y por ello sanciona toda conducta que contravenga el buen actuar y que vaya contra la moral. En el campo de la lesión, por ejemplo, el fin del derecho es castigar el aprovechamiento. Asimismo, se señala que las referidas instituciones no desalientan el tráfico jurídico, sino que, por el contrario, otorgan seguridad al brindar a los particulares el conocimiento de que ante cualquier acto de mala fe el derecho estará presente para regresar las cosas a su estado anterior.

En ese sentido, también se argumenta que las instituciones de la lesión o la excesiva onerosidad son un freno o un límite a la contratación, ya que para los contratantes resultaría impredecible el hecho de que más adelante el contrato que pactaron pueda ser rescindido o resuelto por un juez. Sin embargo, los críticos de la teoría subjetiva del valor señalan que, más bien, dichas instituciones llevan consigo la seguridad que todo sistema jurídico debe conservar para, una vez más, garantizar y promover la contratación, y de esa manera tener un tráfico económico acorde a las necesidades actuales del país. Esto se debe a que los contratantes sabrán con anterioridad al pacto contractual que ante cualquier anomalía o patología que suceda estarán protegidos por el Estado, que podrá ejercer su función de velar por el buen funcionamiento de las contrataciones.

CONCLUSIONES

Al comenzar la presente investigación, nuestra propuesta, aunque no la manifestamos, constituía en derogar las instituciones de la lesión y la excesiva onerosidad en la prestación, así como hacer una modificación

en la normativa de las mejoras en el contexto de un contrato de arrendamiento, ya que estas figuras se sustentan en la teoría objetiva del valor, por lo que no generarían eficiencia en la economía ni, por ende, en el tráfico jurídico. Sin embargo, con el transcurrir de la investigación, recordamos algunos conceptos importantes al momento de interpretar las normas jurídicas. Uno de ellos consiste en la filosofía que todo sistema jurídico debe preservar, específicamente, la que defiende el ordenamiento peruano —como el de muchos en el mundo—, es decir, el de perseguir la justicia, la equidad y la buena fe en los contratos.

Como sabemos, el derecho no es otra cosa que el conjunto de normas, principios, valores y costumbres, cuya función es regular las actividades de las personas para contribuir a la paz social. En ese sentido, acudimos al derecho para resolver cualquier conflicto, que muchas veces nos puede llevar a preferir un derecho antes que otro, por considerar que uno vale más que el otro. No lo mencionamos en la presente investigación, pero a menudo elaborar un test de ponderación es primordial para resolver un conflicto. Sobre esta base, considerando que la seguridad contractual tiene sus cimientos en la autonomía privada y, sin embargo, la justicia es la columna de todo el derecho, podemos concluir que esta última debe prevalecer ante un conflicto de inequidad prestacional.

Notoriamente, el análisis no se centra ahí, justamente por el hecho de que nuestra investigación se basa en la teoría objetiva del valor. Es verdad que esta puede generar muchas críticas en el momento en que el juez determine los valores. Por ello, en el caso de la lesión, por ejemplo, consideramos que debe existir una desproporción evidente más que manifiesta y que cualquier persona, sin ser un perito o juez, pueda establecer que efectivamente existió un desequilibrio en las prestaciones. Creemos, además, que para llegar a tal conclusión se ha de establecer un procedimiento que muestre que, efectivamente, estamos frente a un caso de lesión o excesiva onerosidad en la prestación. En otras palabras, opinamos que establecer montos o sumas es errado, porque ello implicaría un análisis basado en la teoría objetiva del valor, de la cual debe prescindirse en nuestro ordenamiento. El único requisito sería la desproporción evidente, para el caso de la lesión, y un cambio sumamente importante en las prestaciones. En el caso de la excesiva onerosidad de la prestación, esta calificación podría otorgarla cualquier persona, sin que requiera ser profesional en la materia, solo bastaría con que respete un determinado procedimiento.

Entonces, la propuesta del presente trabajo es que el legislador intente por todos los medios erradicar toda normativa que tenga un sustento en la teoría objetiva del valor, dado que no es recomendable que un tercero determine lo que en un contrato se deba pagar, a fin de respetar las normas del mercado. Sin embargo, se tiene que buscar la justicia y el cumplimiento de la buena fe al momento de contratar. Por ello, al observar un comportamiento contractual que no se adecúe a dichos principios y que sea sumamente evidente, previo respeto a un procedimiento establecido, el derecho debe intervenir.

REFERENCIAS

- Benavides Torres, E. (1990). *La excesiva onerosidad en la prestación*. Lima: Cultural Cuzco.
- Bullard, A. (2001). La parábola del mal samaritano. Apuntes sobre la lesión en el derecho de contratos. *Themis*, 43, 223-234.
- Bullard, A. (2006). *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales* (2.^a ed.). Lima: Palestra.
- Castillo Freyre, M. (2004). *Analizando el análisis: autopsia del análisis económico del derecho por el derecho civil*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Código Civil de 1984. Exposición de motivos y comentarios del Código Civil* (tomo VI, 2.^a ed.). (1988). Lima.
- Córdova, J. (2008). La excesiva onerosidad de la prestación y la cláusula *rebus sic stantibus*. *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*, 99-104.
- De la Puente y Lavalle, M. (2003). *El contrato en general* (tomo III). Lima: Palestra.
- Gheri Silva, E. (2005). La regulación de mejoras desde el punto de vista económico. *Advocatus*, 11. Recuperado de <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/viewFile/2631/2540>
- Gheri Silva, E. (2011). El problema del sinalagma. Recuperado de <http://articulos.ghersi.com/2011/08/capitulo-7-el-problema-del-sinalagma/>
- Gutiérrez Camacho, W. (2003). *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas* (tomo VII). Lima: Gaceta Jurídica.

- Moisset de Espanés, L. (1979). *La lesión en los actos jurídicos*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.
- Noguera Ramos, I. (2008). *Delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios*. Lima: Librería y Ediciones Jurídicas.
- Ortega Piana, M. A. (2008). Algunos comentarios sobre la excesiva onerosidad de la prestación, con especial referencia a su aplicación en el ámbito de la contratación pública. *Advocatus*, 17, 171-190.
- Posner, R. A. (2013). *El análisis económico del derecho*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.

Tesis

Las armas en el Perú: una propuesta para el análisis sobre su regulación y control

Stephany Paola Recoba Vega

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Lima, Perú

Recibido: 29/8/2018 / Aprobado: 16/2/2019

doi: 10.26439/iusetpraxis2018.n48-49.4507

RESUMEN. Entre los años 2014 y 2015, una de cada tres o cuatro armas de fuego de uso civil incautadas a la delincuencia correspondía a armas registradas en Sucamec. Este tipo de armas ocasiona más del 50 % de las muertes en el Perú. En virtud de ello, si revisamos el marco legal e institucional relacionado con el control de la posesión de estas armas, se constata que su ineficacia se debe a que no forma parte del análisis de una política pública multisectorial.

PALABRAS CLAVE: control institucional de armas de fuego / posesión de armas de fuego de uso civil / violencia armada / armas incautadas / políticas públicas / control de armas

Firearms in Peru: a proposal for analyzing its regulation and control

ABSTRACT. Between the years 2014 and 2015, one out of every three or four civilian firearms seized from criminals was registered in the National Superintendency for the Control of Security Services, Firearms, Ammunition and Explosives for Civilian Use (Sucamec). This type of arms causes more than 50% of deaths in Peru. In accordance with the aforementioned, by reviewing the legal and institutional framework regarding the control of firearm possession, it is determined that the inefficiency of such control is due to the lack of a public multisector policy.

KEYWORDS: institutional firearm control / civilian firearm possession / armed violence / seized firearms / public policies / firearms control

INTRODUCCIÓN

El presente artículo es un resumen de las ideas principales de la tesis que sustenté en el 2018 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima para optar al título de abogada. En su elaboración, conté con la asesoría del doctor José Ávila Herrera, por lo que me valgo de estas líneas para expresarle mi agradecimiento.

En el contexto actual de inseguridad ciudadana, es importante insertar en el debate público la necesidad de atención respecto a la circulación de las armas de fuego de uso civil y su control a través de medidas que tengan como objeto prevenir y reducir la violencia armada, en aras del bien común. En este sentido, cabe analizar la normativa peruana relacionada con la posesión de armas de fuego de uso civil, a fin de determinar si el marco legal e institucional ha resultado eficaz en el control de su posesión, que debe ejercer el Estado. Más aún, cuando la expansión del mercado legal de armas para uso civil representa un reto para la capacidad de control estatal.

Existe un amplio debate en diversos países acerca de la posibilidad del uso civil de armas de fuego, el cual es visto por muchos como un derecho o un privilegio que yace en un sistema permisivo o restrictivo. Cualquier análisis serio debe tener presentes los estándares o criterios considerados para el ejercicio de la posesión de armas de fuego, así como conocer la relación entre estas y los índices de violencia armada en América Latina y el Caribe. Todo ello sin dejar de lado el estudio de los instrumentos internacionales vigentes y el análisis comparativo de jurisdicciones como Guatemala, Argentina, Estados Unidos y Reino Unido, países interesantes de analizar de acuerdo con sus índices de violencia armada, la cantidad de armas de fuego de uso civil que poseen, además de la situación jurídica de cada uno de ellos.

En ese sentido, la investigación realizada aborda el problema de la falta de control de la posesión de las armas de fuego de uso civil. Para ello, analiza los cambios en la normativa peruana y la entidad encargada del control de armas de fuego civiles en nuestro país.

¿EXISTE UN CONTROL INSTITUCIONAL EFICAZ DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL?

El 17 de febrero del 2017, Eduardo Romero asesinó con un arma de fuego a tres personas e hirió a diez más en el distrito de Independencia,

Lima. El arma de fuego contaba con una licencia vencida registrada en la Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad Privada, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil (Sucamec) (“Sucamec: 260 000 personas tienen licencias de armas vencidas”, 2017). Por su parte, el hospital San José del Callao declaró que no emitió un certificado de salud mental a favor Eduardo Romero, por lo que el documento que presentó sería presuntamente falso. Lo ocurrido con este certificado plantea la interrogante sobre si la institución que actualmente controla las armas civiles en el Perú se encuentra preparada para evaluar apropiadamente la originalidad de los documentos que constituyen requisitos para la emisión de licencias de armas. Por otro lado, el hecho de que existan 26 000 licencias vencidas cuestiona la capacidad de la Sucamec para efectuar un control sobre armas que deberían contar con un registro vigente para su posesión y uso (“Sucamec: 260 000 personas tienen licencias de armas vencidas”, 2017).

Según los estudios realizados por la referida entidad, la cifra de armas incautadas a la delincuencia en el año 2015 es de 3960 armas de fuego, un 6 % más respecto al año 2014; de estas, el 35 % contaba con la serie erradicada, como el arma incautada a Jhailor Torres, quien fue detenido por el atentado contra Gerald Oropeza. A ello se suma una cifra del Instituto Nacional Penitenciario: 1992 internos, para el año 2015, tenían licencia para portar armas en el Perú (Briceño, 2015). Como se puede apreciar, las armas usadas para distintos crímenes siguen teniendo un registro en una entidad cuyo objeto es implementar filtros normativos que procuren la no desviación de las armas a la ilegalidad y, con ello, coadyuvar a la reducción de la violencia.

ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL Y VIOLENCIA ARMADA

De acuerdo con el artículo 16 del Reglamento de la Ley 30299, Ley de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos, Productos Pirotécnicos y Materiales Relacionados de Uso Civil, aprobado mediante Decreto Supremo 010-2017-IN, de fecha 1 de abril del 2017, las armas de fuego para uso civil corresponden a las armas cortas o largas, como revólveres, pistolas, escopetas y carabinas, que no presentan la misma cadencia, calibre y potencia que las armas de uso militar o armas de guerra.

Los estudios sobre el uso de estas armas y su protagonismo en la proliferación de la violencia resultan aún escasos. Sin embargo, las

investigaciones encontradas han señalado que las armas de fuego de uso civil no están vinculadas únicamente al crimen organizado, pandillaje o delincuencia común, sino también a conflictos interpersonales y domésticos. Por tanto, impactan en distintos niveles de la sociedad (Bacouillard, Guerrero y Bustamante, 2014). Al respecto, según el informe *Carga global de la violencia armada 2015*, elaborado por la Secretaría de la Declaración de Ginebra, en el mundo, las armas de fuego se utilizan en el 44,1 % de todas las muertes violentas. Por otro lado, se estima que podrían haberse ahorrado aproximadamente dos billones de dólares de pérdidas económicas derivadas de los homicidios. Este monto equivale al 2,64 % del PIB mundial en el año 2010.

Como vemos, la violencia armada tiene un alto costo humano y económico, y puede afectar a un país más que a otro. Y si bien nuestro país no ha alcanzado aún los niveles de violencia de otras regiones, el porcentaje de uso de armas de fuego en los homicidios aún es alto¹ (Mujica, 2012).

Vale, entonces, partir de la concepción de que un millón de balas podría significar un millón de vidas. Y son esas armas las que se encuentran en manos de civiles. Una prueba de esto es que, en el año 2007, el estudio llevado a cabo por el Small Arms Survey calculó que el número de armas de fuego en manos de civiles en todo el mundo correspondía aproximadamente a 650 millones de armas sobre un total de 875 millones (Karp, 2011).

LA NUEVA LEY DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL

El artículo 19 de la Ley 30299, de fecha 22 de enero del 2015, establece un nuevo límite para los casos de defensa personal, que concede hasta tres armas si la circunstancia lo amerita. Sin embargo, no se precisa cuáles serían las circunstancias que permitirían esta cantidad de armas, lo cual configuraría un problema al evaluar la emisión de licencias de armas por parte de la Sucamec. En contraste con lo anterior, la misma ley señala que el número de armas de fuego destinadas para caza no

1 De acuerdo con el Comité Estadístico Interinstitucional de la Criminalidad (2016), en el período 2011-2015, el mayor porcentaje de muertes violentas asociadas a hechos delictivos dolosos fue ocasionado con arma de fuego. Desde el 2013, se ha evidenciado que el uso de armas de fuego ha disminuido (68,1 % en el 2013; 65,3 % en el 2014, y 56,6 % en el 2015); sin embargo, la utilización de armas de fuego de uso civil aún supera el 50 %.

están sujetas a límite alguno y precisa únicamente que este tipo de armas de fuego pueden ser cortas o largas. Asimismo, establece que la prohibición del uso de silenciadores no alcanza a las armas destinadas para caza.

Teniendo en cuenta estas disposiciones, resulta relevante notar que el informe de armas incautadas en nuestro país del 2013 al 2015, elaborado por la Sucamec (2016), demuestra que, de todas las armas que la Policía Nacional del Perú decomisó a nivel nacional a la delincuencia, 1 de cada 3 o 4 armas era de uso civil y correspondía a una licencia expedida por la Sucamec. Cabe indicar que muchas de estas armas se encontraban relacionadas con armas de caza. Por lo tanto, se deben analizar los filtros o requisitos dispuestos para la emisión de licencias en la modalidad de caza, en vista de que dichas armas, así como sus accesorios, tales como los silenciadores, podrían pasar a la ilegalidad.

Respecto a las armas de fuego prohibidas para el uso civil, el antiguo Decreto Supremo 022-98-PCM, que aprobó el Reglamento que Norma la Entrega de Armas de Guerra, afirmaba que se consideran armas de guerra a las armas 9 mm Parabellum, debido a su calibre y potencia. Empero, la Ley 30299, a pesar de señalar que las armas de fuego de uso civil son distintas de las de guerra, no menciona, en su cuarta disposición complementaria transitoria, a las armas 9 mm Parabellum dentro de la clasificación de armas de uso militar. Al respecto, el Decreto Supremo 010-2017-IN ha derogado toda la regulación relacionada con la prohibición de este tipo de armas, lo que remite a cuestionar si dicha modificación normativa depende de la seguridad ciudadana o de intereses de ciertos *stakeholders*.

No obstante todo ello, debemos rescatar que esta nueva ley establece filtros que permiten ejercer un mejor control sobre el acceso a la posesión y uso de armas de fuego de uso civil. Así, su artículo 7 establece condiciones para la obtención y renovación de licencias y autorizaciones que no habían sido requeridas en anteriores cuerpos normativos.

NECESIDAD DE CONTROL DESDE LA ÓPTICA DE UNA POLÍTICA PÚBLICA

Es evidente que la expansión del mercado legal de armas para uso civil es un reto para la capacidad de control estatal. Entre 1980 y el 2015, la emisión de licencias de posesión y uso de armas de fuego de uso civil se ha incrementado de 839 a 46 309 (Sucamec, 2016).

Si analizamos las modificaciones normativas hasta antes de la Ley 30299 y las medidas actuales para contrarrestar los defectos del desempeño de, a decir verdad, muchas instituciones, podremos constatar que estas no han respondido a políticas públicas estructuradas a largo plazo, sino a eventos relacionados con hechos delictivos. De esa forma, se generan respuestas a corto plazo. Como señala el investigador Jaris Mujica, no solo la regulación en años anteriores ha sido negativa, sino también la labor de sistematización de información sobre armas de fuego, licencias y portadores de armas. Ello no permitía conocer la situación en que se encontraba el control de armas de fuego, pero sí denotaba las deficiencias de la entidad que llevaba a cabo dicho control (Subirana, 2017).

Y es que uno de los principales desafíos que enfrentan los países latinoamericanos relacionados con su seguridad se vincula a la necesidad de fortalecer sus propias instituciones [...]. Con relación a ello, los instrumentos interinstitucionales revisados señalan la necesidad de los Estados de adoptar las medidas necesarias para impedir que las armas de fuego se desvíen a la ilegalidad. (Dammert, 2010)

En ese sentido, una entidad estatal como una superintendencia necesita no solo un marco legal idóneo para el desarrollo de sus funciones, sino también la capacidad para hacer efectivas sus atribuciones de control, fiscalización y sanción, a fin de disuadir el incumplimiento de la normativa vigente. De ese modo, las medidas y los cambios normativos e institucionales de una entidad cuyo objeto de control son las armas de fuego —más aún si su nacimiento como superintendencia tiene, como una de sus causas, un diagnóstico institucional en el que se identificó que las áreas encargadas de la evaluación, emisión y control de la posesión de armas de fuego fueron las más proclives a prácticas de corrupción²— deberían surgir como parte de un análisis propio de una política pública de seguridad ciudadana, que no solo contemple un control normativo, sino uno institucional. Así se podrán evaluar las razones de la escasa

2 En el año 2012, se inició un proceso de diagnóstico institucional en el sector Interior que identificó como problemas neurálgicos la eficiencia, la eficacia y la transparencia de servicios. Como resultado, se encontró que la Gerencia de Explosivos y Productos Piro-técnicos de Uso Civil; la Gerencia de Armas, Municiones y Artículos Conexos; la Gerencia de Control y Fiscalización, y la Gerencia de Servicios de Seguridad Privada eran las más proclives a prácticas de corrupción en un 63 %, 61 %, 58 % y 57 %, respectivamente (Bazán Seminario y Levaggi Tapia, 2014, p. 10).

capacidad que ha demostrado subsistir en el control de armas de fuego de uso civil, pese a los esfuerzos normativos que se implementan para reducir el desvío de estas armas a la ilegalidad.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Es necesario que nuestro país cuente con una política pública en materia del uso de armas, que tenga los siguientes objetivos:

- Adoptar un marco legal claro sobre los tipos de calibres autorizados y la cantidad de armas autorizadas, que se encuentre armonizado con la normativa internacional.
- Reformular los exámenes de salud mental para los usuarios de armas de fuego de uso civil.
- Regularizar las licencias de armas de uso civil a través de la identificación de existencias de armas a nivel nacional, programas de amnistías para el registro de armas de fuego en situación irregular y programas de entrega voluntaria de armas de fuego.
- Proveer sistemas registrales mediante el uso de tecnologías especializadas que permitan la actualización periódica de la base de datos correspondiente a armas de fuego y el intercambio de información interinstitucional.
- Mejorar la gestión de arsenales, lo que incluye implementar infraestructuras a nivel nacional que se adecúen a las recomendaciones internacionales y a la normativa vigente; así como la revisión periódica de esta infraestructura.
- Implementar un registro virtual donde los usuarios de armas a nivel nacional puedan actualizar sus datos periódicamente de acuerdo a ley; este registro puede tomarse de modelos existentes en otras instituciones de nuestro país, tales como el de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat).
- Efectuar campañas periódicas que tengan como finalidad disuadir a la población respecto al uso de armas de fuego; estas pueden realizarse a través de anuncios radiales y por redes sociales a fin de concientizar a los ciudadanos sobre los impactos negativos en factores económicos, culturales, sociales y ambientales, entre otros.

Además, es de considerar que, en nuestro país, las alternativas para reducir el índice de violencia armada pueden incluir sanciones administrativas, civiles o penales, además de medidas de policía administrativa o medidas correctivas, las cuales tienen como objeto controlar la conducta de los particulares a efectos de cumplir con la normativa vigente. A estas medidas debería sumarse la implementación de programas que involucren la participación ciudadana y el análisis de la influencia que se tiene sobre los grupos de interés relacionados con las armas de fuego.

Cabe recordar, como señala Cornejo Álvarez (1997), que, a pesar de que el principio de legalidad de una entidad se base en la regulación y sus cambios, estos no serán suficientes en cuanto no converjan con la estructura, el proceso y los objetivos de una organización. En este caso, tales elementos comprenden varias entidades relacionadas directa o indirectamente con el control de armas de fuego, como el Ministerio Público, el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Salud, entre otros. En ese sentido, el abordaje de este problema reclama el diseño de políticas públicas específicas que reconozcan la complejidad de las causas y alcances de la violencia armada, por lo que se trata de una cuestión que atraviesa a todos los poderes del Estado y que debe encararse prestando atención a sus distintas dimensiones. La posibilidad de retirar las armas de fuego de aquellas situaciones de violencia es una intervención que no resuelve este tipo de conflictos, pero puede operar en la minimización de los daños (Comisión Provincial por la Memoria, 2015).

REFERENCIAS

- Bacouillard, R., Guerrero, C. D., y Bustamante, J. (2014). Proliferación de armas y violencia armada en el sector de la seguridad privada en América Latina y el Caribe: desafíos y oportunidades para la acción. *Policía y Seguridad Pública*, 2(4), 31-79.
- Bazán Seminario, C., y Levaggi Tapia, J. (2014). *¿Civiles armados? Análisis de las propuestas de modificación de la normativa sobre armas de uso civil en el Perú* [documento de trabajo]. Lima: Instituto de Defensa Legal. Recuperado de https://www.academia.edu/11392509/_Civiles_armados_An%C3%A1lisis_de_las_propuestas_de_modificaci%C3%B3n_de_la_normativa_sobre_armas_de_uso_civil_en_el_Per%C3%BA

- Briceño A. (20 de junio del 2015). Casi dos mil presos tienen licencia para portar armas. *El Comercio*. Recuperado de <https://elcomercio.pe/lima/dos-mil-presos-licencia-portar-armas-373176>
- Comisión Provincial por la Memoria. (2015). *Prevención de la violencia armada en la provincia de Buenos Aires*. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/10/miscelaneas42233.pdf>
- Cornejo Álvarez, A. (1997). *Complejidad y caos. Guía para la administración del siglo XXI*. México D. F.: Juan Carlos Martínez Coll.
- Dammert, L. (2010). Violencias, crimen e inseguridad en América Latina. Desafíos para la democracia. En L. Dammert (Ed.), *Violencia e inseguridad ciudadana en las Américas*. Lima: El Virrey.
- Karp, A. (2011). Estimación de las armas de fuego en posesión de civiles. *Small Arms Survey Research Notes*, 9, 1-4.
- Ley 30299, Ley de Armas de Fuego, Municiones de Fuego, Municiones, Explosivos, Productos Pirotécnicos y Materiales Relacionados de Uso Civil. (22 de enero del 2015). Recuperado del sitio de internet de Sucamec: https://www.sucamec.gob.pe/web/images/2016/nueva_ley/LEY_ARMAS_EXPLOSIVOS_PIROTECNICOS_30299.pdf
- Mujica, J. (2012). *Armas pequeñas en el crimen urbano: delitos, acceso y mercados ilegales de armas de fuego en Lima*. Lima: Clacso/Cusepa.
- Subirana, K. (1 de marzo del 2017). El control de armas de fuego y su relación con la delincuencia. *Punto Edu*. Recuperado de <https://puntoedu.pucp.edu.pe/noticias/el-control-de-armas-de-fuego-y-su-relacion-con-la-delincuencia/>
- Sucamec: 260 000 personas tienen licencias de armas vencidas. (18 de febrero del 2017). *Gestión*. Recuperado de <https://gestion.pe/economia/sucamec-260-000-personas-licencias-armas-vencidas-129008>
- Sucamec. (2014). *Armas incautadas*. Reporte 2013. Lima: Autor.
- Sucamec. (2015). *Armas incautadas*. Reporte 2014. Lima: Autor.
- Sucamec. (2016). *Armas incautadas*. Reporte 2015. Lima: Autor.

La eficacia de la obligación de sumisión a las autoridades nacionales competentes en el marco de la OIT: análisis del caso peruano en el período 2012-2016

María Teresa Novoa Cárdenas

Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 26/8/2018 / Aprobado: 4/2/2019

doi: 10.26439/iusetpraxis2018.n48-49.4508

RESUMEN. Este artículo, que es la síntesis de mi tesis de grado, estudia la obligación de sumisión para lograr la aplicación de las normas internacionales del trabajo en los Estados miembros, sin que medie la figura de la ratificación. Asimismo, examina cómo observa el Perú esta obligación y, a partir de su cumplimiento en los años 2012-2016, determina su eficacia en el ámbito jurídico.

PALABRAS CLAVE: Organización Internacional del Trabajo / normas internacionales del trabajo / sistema de control / obligación de sumisión / procedimiento

Effectiveness of the obligation of submission to the competent national authorities within the framework of the ILO: an analysis of the Peruvian case in the period 2012-2016

Abstract. This article is a synthesis of the author's degree thesis and studies the obligation of submission aimed at applying the international labor standards in member States without considering the ratification concept. It also analyzes how Peru observes this obligation and, based on its compliance within the years 2012-2016, determines its effectiveness in the legal field.

KEYWORDS: International Labor Organization / international labor standards / control system / submission obligation / procedure

Si vis pacem, cole iustitiam.

(Inscripción impresa bajo la piedra de fundación del edificio principal de la OIT en Ginebra)

INTRODUCCIÓN¹

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) vela por la protección internacional del trabajo en el ámbito político, social y económico (Novak y García-Corrochano, 2000, pp. 109-110). Realiza un valioso aporte de derecho internacional mediante la creación de normas internacionales del trabajo: convenios, protocolos y recomendaciones, que, en su conjunto, conforman la producción de la fuente más importante y universal en materia laboral (Arias Domínguez, 2009, p. 50).

La eficacia de las normas internacionales del trabajo surge, en principio, por la ratificación. No obstante, para salvaguardar la efectividad de las normas, la OIT ha implementado la obligación de sumisión, que permite la aplicación de estas normas sin que necesariamente medie la ratificación. Por ello, es importante conocer en qué consiste esta obligación original y sin precedente alguno en el derecho internacional, y si resulta eficaz para su finalidad, a partir del caso peruano en el período 2012-2016.

DESARROLLO

La OIT

La OIT fue creada en virtud del Tratado de Versalles en 1919 (Parte XIII) y, desde 1946, integra la estructura organizativa de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) a partir de la vigencia del acuerdo que la reconoce como organismo especializado. Se funda en los principios de justicia social y paz permanentes contenidos en la Constitución de la organización (Preámbulo y la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo de 1944), los cuales

1 Esta tesis fue asesorada por la doctora Carolina Loayza, fuente de apoyo constante en la investigación. La sustenté en agosto del 2017 y fue calificada con mención sobresaliente por el jurado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

constituyen los principios base que le han permitido, a lo largo de casi cien años, mantener su vigencia e importancia en el mundo.

Por sus competencias, la OIT se caracteriza por ser una organización internacional de cooperación, “cuyas competencias no sobrepasan la esfera de orientar o recomendar políticas comunes para los Estados miembros” (Novak y García-Corrochano, 2000, p. 35).

Como toda organización internacional, presenta una estructura orgánica para llevar a cabo sus funciones. De conformidad con el artículo 2 de la Constitución de la OIT, esta actúa principalmente mediante la Conferencia Internacional del Trabajo (órgano plenario), el Consejo de Administración (órgano ejecutivo) y la Oficina Internacional del Trabajo (órgano técnico). No obstante, a diferencia de las demás organizaciones de su tipo, dos de los órganos de la OIT —la Conferencia Internacional del Trabajo y el Consejo de Administración— se encuentran configurados tripartitamente, donde los mandantes tripartitos (los trabajadores, los empleadores y el Gobierno de los Estados miembros) se encuentran representados (OIT, 2000, p. 11).

Las normas internacionales del trabajo

La principal labor de la OIT es la creación de las normas internacionales del trabajo en el marco del *ius ad tractatum*², que su Constitución le otorga en los incisos 1 y 2 del artículo 19. Las normas internacionales del trabajo son normas sociales mínimas básicas (OIT, 2014, p. 11) que, de conformidad con el artículo 19, inciso 2, de la Constitución de la OIT y el artículo 9, inciso 2, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de fecha 23 de mayo de 1969 (Convención de Viena de 1969), son adoptadas en el seno de una Conferencia Internacional del Trabajo por mayoría de dos tercios de los votos emitidos por los delegados presentes. Tienen la labor esencial de establecer reglas claras para garantizar que el progreso económico esté “en sintonía con la justicia social, la prosperidad y la paz”, y constituyen el “componente jurídico” de la OIT (OIT, 2014, pp. 9-10).

2 El *ius ad tractatum* es la capacidad de una organización internacional para celebrar tratados conforme a sus propias reglas, de acuerdo con el artículo 6 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de fecha 21 de marzo de 1986.

Clases

Las normas internacionales del trabajo son de tres tipos: los convenios, los protocolos y las recomendaciones. Los convenios y los protocolos son tratados multilaterales que crean obligaciones jurídicas para los Estados miembros que los ratifican. Por el contrario, las recomendaciones son instrumentos internacionales sin carácter vinculante que instauran pautas para orientar el ordenamiento jurídico, las políticas públicas y las prácticas de los Estados miembros. Sin embargo, ello invalida el impacto político que puedan generar (Diez de Velasco, 2007, p. 232) a partir de la observancia del principio de buena fe que exige a los Estados miembros considerar la posibilidad de cumplir con el contenido de la norma (Rodríguez Carrión, 2006, p. 214).

Sumisión de las normas internacionales del trabajo

Con relación a las características de las normas internacionales del trabajo, destaca que deben ser sometidas a las autoridades nacionales competentes de los Estados miembros en el término de doce meses o, de manera excepcional, dieciocho meses a partir de la clausura de la Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, al efecto de que le den forma de ley o adopten otras medidas, en virtud del artículo 19, incisos 5 b) y 6 b).

El control regular de la OIT

Con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la aplicación de las normas internacionales del trabajo, la OIT ha desarrollado un sistema de control que, a pesar de carecer de medidas coercitivas, es considerado “el más eficaz” en el marco de los organismos especializados de la ONU (Wisskirchen, 2005, pp. 294-295). Se encuentra conformado por dos tipos de controles: uno regular y otro especial. Es el control regular el que está vinculado a la obligación de sumisión.

El control regular de la OIT consiste en la entrega de informes llamados memorias por parte de los Estados miembros sobre las medidas que han adoptado con relación a los siguientes aspectos:

- Los convenios y protocolos no ratificados más las recomendaciones, de conformidad con el artículo 19, incisos 5 e) y 6 d) de la Constitución de la OIT.

- Los convenios y protocolos ratificados en virtud del artículo 22 de la Constitución de la OIT.

Con el objetivo de canalizar esta información, la OIT creó en 1926 la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). La labor que realiza este órgano de control regular es meramente técnica y consta de vigilar el cumplimiento de las obligaciones normativas de los Estados miembros, sea que surjan de los convenios ratificados o de la misma Constitución de la OIT, donde se encuentra la obligación de sumisión (artículo 19):

(i) las memorias anuales previstas por el artículo 22 de la Constitución y relativas a las medidas tomadas por los Miembros para dar efecto a las disposiciones de los convenios que han ratificado, así como las informaciones facilitadas por los Miembros sobre los resultados de las inspecciones;

(ii) las informaciones y las memorias comunicadas por los Miembros, de conformidad con el artículo 19 de la Constitución, sobre los convenios y las recomendaciones;

(iii) las informaciones y las memorias relativas a las medidas adoptadas por los Miembros en virtud del artículo 35 de la Constitución. (OIT, 2012, p. 36)

El análisis del cumplimiento de la obligación de sumisión por parte de los Estados miembros figura en el Informe III (Parte 1A) de la CEACR: “Aplicación de las normas internacionales del trabajo”.

La obligación de sumisión

La obligación de sumisión es una obligación original y sin precedente alguno en el derecho internacional; es de gran trascendencia en el marco normativo de la OIT. Se encuentra regulada en el artículo 19, incisos 5 b) y 6 b), de la Constitución de la OIT:

Artículo 19

Convenios y recomendaciones

OBLIGACIONES DE LOS MIEMBROS EN CUANTO A LOS
CONVENIOS³

5. En el caso de un convenio:

3 Se extiende a los protocolos.

b) *cada uno de los Miembros se obliga* a someter el convenio, en el término de un año a partir de la clausura de la reunión de la Conferencia (o, cuando por circunstancias excepcionales no pueda hacerse en el término de un año, tan pronto sea posible, pero nunca más de dieciocho meses después de clausurada la reunión de la Conferencia), a la autoridad o autoridades a quienes competa el asunto, al efecto de que le den forma de ley o adopten otras medidas [...] [las cursivas son mías].

OBLIGACIONES DE LOS MIEMBROS EN CUANTO A LAS RECOMENDACIONES

6. En el caso de una recomendación:

b) *cada uno de los Miembros se obliga* a someter la recomendación, en el término de un año a partir de la clausura de la reunión de la Conferencia (o, cuando por circunstancias excepcionales no pueda hacerse en el término de un año, tan pronto sea posible, pero nunca más de dieciocho meses después de clausurada la reunión de la Conferencia), a la autoridad o autoridades a quienes competa el asunto, al efecto de que le den forma de ley o adopten otras medidas [...] [las cursivas son mías].

Presenta un origen convencional, por lo que debe ser cumplida por todos los Estados miembros de la OIT, los cuales aceptaron cumplir con las obligaciones originadas en la Constitución de la organización (Arias Domínguez, 2009, p. 34). En caso contrario, su incumplimiento genera la posibilidad de plantear una queja, de conformidad con el artículo 30 de la Constitución de la OIT.

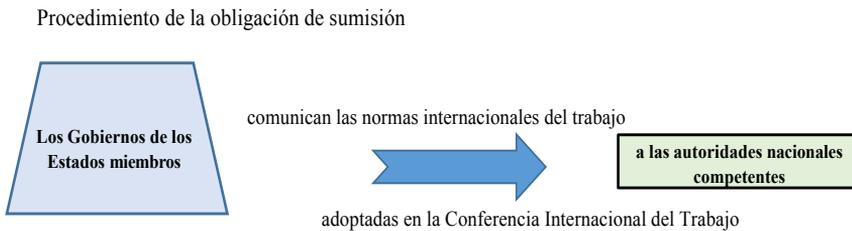
Asimismo, la obligación de sumisión posee un alcance general, debido a que se aplica a todos los tipos de normas internacionales del trabajo, sin excepción, sea que se trate de un convenio, protocolo o recomendación.

Naturaleza

La obligación se enmarca en la facultad de la OIT para imponer a los Estados miembros determinados comportamientos destinados a facilitar el cumplimiento de las normas internacionales del trabajo (Diez de Velasco, 2007, p. 236). Consiste en una obligación de comportamiento (Rodríguez Carrión, 2006, p. 221) que se impone a los Estados miembros respecto de las normas internacionales del trabajo, lo que implica la observancia de un “comportamiento formal” (Rodríguez Carrión, 2006, p. 215), cuya naturaleza es meramente procedimental (Arias Domínguez, 2009, p. 81). Es decir, la obligación de sumisión exige a los Estados miembros observar un procedimiento cuando se adoptan las

normas internacionales del trabajo, esto es: someter las normas adoptadas a sus autoridades nacionales competentes para que decidan qué curso otorgarle.

De acuerdo con Rodríguez Carrión (2006), en una obligación de comportamiento, “el Estado habrá satisfecho su obligación jurídica mediante el respetuoso cumplimiento de su obligación de comportamiento, sin que dicho comportamiento se vincule a ninguna obligación del resultado pretendido por el contenido material del acto en cuestión” (p. 215). En ese sentido, la obligación de sumisión se habrá cumplido cuando los Estados miembros hayan sometido las normas internacionales del trabajo recién adoptadas a sus autoridades nacionales competentes para que decidan qué curso otorgarles, sin que ello implique el posterior cumplimiento del curso que hayan elegido darles.



Finalidad

De conformidad con la OIT, la obligación de sumisión pretende la aplicación de las normas internacionales del trabajo, por lo que procura que sean llevadas a la atención pública de un órgano parlamentario que permita que se genere un debate público en torno a ellas y se logre una decisión rápida y meditada de cada Estado miembro (OIT, 2005, pp. 2-3).

La obligación de sumisión no busca ni exige que los Estados obligatoriamente adopten medidas en el ámbito nacional para la aplicación de las normas internacionales del trabajo, pero no puede desconocerse que este es su fin último. En principio, la obligación de adopción de medidas en el ámbito nacional es consecuencia de la incorporación de la norma en el derecho nacional, que dentro del proceso de celebración de tratados opera gracias a la manifestación del consentimiento del Estado

en obligarse por el tratado a través, en el caso de la OIT, de la ratificación y de su respectiva entrada en vigencia. Todo ello depende de la voluntad política de cada Estado miembro de la OIT; sin embargo, ello no impide que una medida de tal naturaleza (ratificación) pueda derivarse del cumplimiento de la obligación de sumisión.

De esta manera, la obligación de sumisión, por medio del diálogo, busca persuadir y estimular a los Estados miembros a adoptar medidas con relación a las normas internacionales del trabajo, con miras a asegurar la mayor eficacia de su acción normativa (Pastor Ridruejo, 2011, p. 771).

Componentes

La obligación de sumisión se conforma por los siguientes componentes: las autoridades nacionales competentes y el plazo.

a. Autoridades nacionales competentes

Las autoridades nacionales competentes son aquellas que, de acuerdo con la Constitución de cada Estado miembro, poseen el poder de legislar o de tomar cualquier otra medida para dar efectividad a las normas internacionales del trabajo (OIT, 1981, p. 15). En opinión de la OIT, esta competencia debe recaer en el órgano legislativo (Parlamento, Asamblea Legislativa o Congreso), porque generalmente se necesita de una ley para cumplir con las disposiciones de los convenios, protocolos y recomendaciones (OIT, 2000, p. 82).

Otorgar la oportunidad de que un órgano deliberante sea el que examine las normas internacionales del trabajo recientemente adoptadas es el espíritu del artículo 19 de la Constitución de la OIT. Es decir, la OIT busca que el debate acerca de las normas que adopta se democratice y se extienda a la población en general a través de mecanismos ya establecidos en los Estados miembros. De igual manera, pretende que se lleve a cabo una transferencia de información de un poder público a otro —Poder Ejecutivo (Gobierno) al Poder Legislativo— para difundir la existencia de las normas adoptadas que podrían requerir la actuación del Estado miembro para darles efectividad a nivel nacional (OIT, 2005, p. 4), sea mediante una ley u otras medidas.

No obstante, en caso de que las facultades legislativas recaigan sobre el Poder Ejecutivo, en ausencia de un órgano legislativo deliberante, la

OIT recomienda que la obligación de sumisión de las normas internacionales del trabajo se lleve a cabo por medio de un órgano consultivo para que realice un examen completo de ellas (OIT, 2005, p. 3). Este último caso es el que se aplica en el Perú. El Poder Ejecutivo posee facultades legislativas en virtud del artículo 104 de la Constitución peruana y del artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE) (Ley 29158, 2007). Con respecto a la observancia de la obligación de sumisión, específicamente se ha designado al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) como autoridad nacional competente.

b. Plazo

El artículo 19, incisos 5 b) y 6 b), de la Constitución de la OIT dispone que los Estados miembros tienen dos plazos para efectuar la obligación de sumisión:

- Plazo regular de doce meses, contados a partir de la clausura de la reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo donde se adoptaron las normas internacionales del trabajo que se han de someter.
- Plazo excepcional de dieciocho meses por razones no precisadas, contados a partir de la clausura de la reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo donde se adoptaron las normas internacionales del trabajo que se han de someter. Este plazo consiste en la suma del plazo regular más seis meses adicionales.

En cuanto al plazo excepcional de dieciocho meses, la OIT no describe ninguna circunstancia en particular; sin embargo, se entiende que debe ser una que de manera razonable impide al Estado miembro ejecutar el procedimiento de la obligación de sumisión. Por ejemplo, Fiyi no podía cumplir con el procedimiento porque se encontraba por adoptar una nueva Constitución en el 2013 y celebrar elecciones generales en el 2014 (OIT, 2014, p. 625).

Por otro lado, la OIT recomienda que la observancia de la obligación de sumisión se lleve a cabo “lo antes posible y, en todo caso, en los plazos determinados por el artículo 19 de la Constitución” (OIT, 2005, p. 4). Los Estados miembros tienen la oportunidad de cumplir con la obligación en un plazo posterior a los establecidos. No obstante, pasado el período de los doce y dieciocho meses, la obligación de sumisión será considerada como incumplida y la OIT se encargará de remitir los

recordatorios pertinentes en el término de un año y año y medio de la adopción de las normas internacionales del trabajo a los Estados miembros que no las hayan sometido.

Entonces, si bien los plazos regular y excepcional del procedimiento de la obligación de sumisión no presentan un carácter perentorio, tampoco son prorrogables. Los Estados miembros que no someten las normas internacionales de trabajo en el marco de los plazos establecidos por la OIT se encuentran en situación de incumplimiento y son compelidos, de cualquier manera, a ejecutar el procedimiento.

Importancia dentro del sistema normativo de la OIT

La importancia de la obligación de sumisión en el sistema normativo de la OIT reside en que permite la aplicación de las normas internacionales del trabajo cuando los Estados miembros, en virtud de sus facultades soberanas, no están dispuestos a ratificar una norma.

Al ser ejecutada inmediatamente después de la adopción de las normas en la Conferencia Internacional del Trabajo, logra que estos instrumentos jurídicos sean conocidos, debatidos y considerados por los Estados miembros, lo cual puede ser una “poderosa influencia sobre las actitudes y políticas nacionales” (OIT, 2000, p. 84). A su vez, la obligación de sumisión facilita de manera única la comunicación entre la OIT, como organización internacional, y los órganos nacionales de sus Estados miembros, lo que resulta novedoso y útil en el ámbito internacional.

De esta manera, la obligación de sumisión se cristaliza como un novedoso mecanismo institucional de reforzamiento e influencia a favor de las normas internacionales del trabajo, diseñada para cumplir con el deseo de los fundadores de la OIT:

Asegurar que las normas —que representan un compromiso entre el punto de vista de los delegados de los gobiernos, el de los trabajadores y el de los empleadores durante varias conferencias sucesivas— no queden como letra muerta, sino que ejerzan una influencia positiva sobre la política social de diversos países. (OIT, 1981, p. 15)

Pues nada impide que los Estados miembros adopten y apliquen algunas de las disposiciones de las normas internacionales del trabajo. En caso de que no las ratifiquen, basta con que estas normas sean conocidas para que sean tomadas en cuenta.

El procedimiento de la obligación en el Perú

El MTPE y la obligación de sumisión

El MTPE es la autoridad nacional competente en materia de sumisión de las normas internacionales del trabajo. Aunque no puede emitir leyes propiamente dichas, ostenta capacidad normativa que le permite dar efectividad a las normas mediante la ejecución de otras medidas como políticas públicas y disposiciones normativas, de conformidad con el artículo 23.1, incisos a) y b), y el artículo 25, inciso 7 y 8, de la LOPE, así como con su propio Reglamento de Organización y Funciones (ROF).

Dentro de su estructura orgánica, el MTPE ha designado a la Oficina General de Cooperación y Asuntos Internacionales (OGCAI) como su punto de contacto con la OIT para la ejecución de las funciones laborales internacionales. Con relación a la obligación de sumisión, la OGCAI propuso la Directiva General 001-2014-MTPE/4/10, "Lineamientos de Asuntos Internacionales relativos a la Organización Internacional del Trabajo", aprobada mediante Resolución Ministerial 177-2014-TR, de fecha 25 de agosto del 2014.

El procedimiento de la obligación de sumisión en el Perú

Actualmente, el procedimiento de la obligación de sumisión en el Perú se encuentra regulado en el inciso 6.4 de la sección VI, titulada "Mecánica operativa", de la Directiva General 001-2014-MTPE/4/10 de la OGCAI, cuyo antecedente más cercano se remonta al informe Actividades 2008 del Consejo Nacional del Trabajo y Promoción del Empleo (CNTPE), el cual disponía la metodología administrativa adoptada por el CNTPE en ese año para llevar a cabo la sumisión de las normas internacionales del trabajo (CNTPE, 2008, pp. 90-91), aunque lamentablemente nunca se llegó a efectuar.

6.4.1. El Ministerio de Relaciones Exteriores remite el Convenio, Protocolo o Recomendación aprobado por la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT para someter al procedimiento de sumisión.

6.4.2. La OGCAI solicita al Despacho Viceministerial de Trabajo o al Despacho Viceministerial de Promoción del Empleo y Capacitación Laboral que emitan opinión técnica sobre los instrumentos internacionales aprobados por la Conferencia Internacional del Trabajo, en el marco de sus competencias, concediéndoles un plazo de hasta quince (15) días hábiles, contados a partir de la recepción del documento.

6.4.3. La OGCAI recibe el informe técnico y de ser el caso procederá a sistematizar.

6.4.4. La OGCAI remitirá el informe técnico al Consejo Nacional del Trabajo y Promoción del Empleo (CNTPE) o al Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (CNSST) para que los interlocutores sociales emitan opinión sobre los instrumentos internacionales, debiendo establecer un plazo de referencia, acorde a lo establecido en el artículo 19 de la Constitución de la OIT para el trámite de sumisión.

6.4.5. El CNTPE o CNSST informará periódicamente a la OGCAI sobre el estado de discusión o, de ser el caso, remitirá los informes con la opinión de las organizaciones de trabajadores y empleadores.

6.4.6. El jefe de la OGCAI coordinará con el o la titular del sector sobre la opinión remitida por el CNTPE o CNSST.

6.4.7. El titular del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo remite el informe técnico del sector al Ministerio de Relaciones Exteriores.

6.4.8. *La Dirección General de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores elabora un informe técnico de calificaciones donde incluye la opinión técnica del sector Trabajo y Promoción del Empleo, y mediante resolución suprema remite el instrumento internacional al Congreso de la República del Perú para su aprobación a través de resolución legislativa cuando se trate de protocolos y convenios [las cursivas son mías].*

No obstante, este inciso 6.4 de la Directiva General 001-2014-MTPE/4/10 de la OGCAI no presenta el panorama completo para llevar a cabo el procedimiento de la obligación de sumisión. Tras la investigación, se concluye que este consiste en lo siguiente:

1. De acuerdo con el artículo 19, incisos 5 a) y 6 a), de la Constitución de la OIT, posterior a la aprobación de las normas internacionales del trabajo en el marco de la Conferencia Internacional del Trabajo, estas normas son comunicadas a todos los Estados miembros por parte de la Oficina Internacional del Trabajo. En el caso peruano, estos instrumentos internacionales son remitidos a la Representación Permanente del Perú ante la ONU y otros Organismos Internacionales con sede en Ginebra, la cual consiste en una misión diplomática —órgano del Servicio Exterior del MRE— que ejerce la representación permanente del Estado peruano en los organismos internacionales que se encuentran ubicados en dicha ciudad —donde claramente destaca la OIT y una serie de organizaciones como la FAO, OMS, Unicef y Unesco—, en concordancia con el artículo 3, inciso b), del ROF del MRE y el

artículo 3, inciso 1 a), de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de fecha 18 de abril de 1961.

2. Luego de la recepción de los instrumentos internacionales por parte de la Representación Permanente del Perú ante la ONU y otros Organismos Internacionales con sede en Ginebra, estos son trasladados mediante nota diplomática al Ministerio de Relaciones Exteriores. Para el procedimiento de la obligación de sumisión, el área competente en recibirlos es la Dirección de Asuntos Sociales de la Dirección General de Asuntos Multilaterales y Globales, que, a su vez, los remite a la OGCAI.
3. En la OGCAI, se reciben los instrumentos internacionales del trabajo y se determina la materia o materias que regulan. En virtud de este examen, se solicita a los despachos viceministeriales competentes —Viceministerio de Trabajo o Viceministerio de Promoción del Empleo y Capacitación Laboral— que analicen y emitan opinión técnica de conformidad con sus materias sobre las normas en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles, contados a partir de la recepción de la solicitud.
4. Cumplido el plazo estipulado, el informe técnico es remitido a la OGCAI, que suele sistematizar la información.
5. En virtud del Convenio 144 sobre consulta tripartita de la OIT, del cual el Perú es parte, y con el objetivo de que un órgano consultivo realice un examen completo de las normas internacionales del trabajo cuando la autoridad nacional competente recae en el Poder Ejecutivo y no en el Poder Legislativo, la OGCAI cursa el mencionado informe al Consejo Nacional del Trabajo y Promoción del Empleo (CNTPE) o al Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (CNSST), y solicita opinión técnica en un plazo razonable y acorde con la disposición del artículo 19, incisos 5 b) y 6 b), de la Constitución de la OIT, es decir, dentro de los doce meses o, en su caso, los dieciocho meses posteriores a la adopción de las normas internacionales del trabajo.
6. Sea que el informe técnico se encuentre dentro del CNTPE o del CNSST, es enviado a las Comisiones de los Consejos —que pueden ser permanentes o especiales, dedicadas para asuntos específicos— para que sea evaluado y se obtenga una opinión sobre la cuestión.

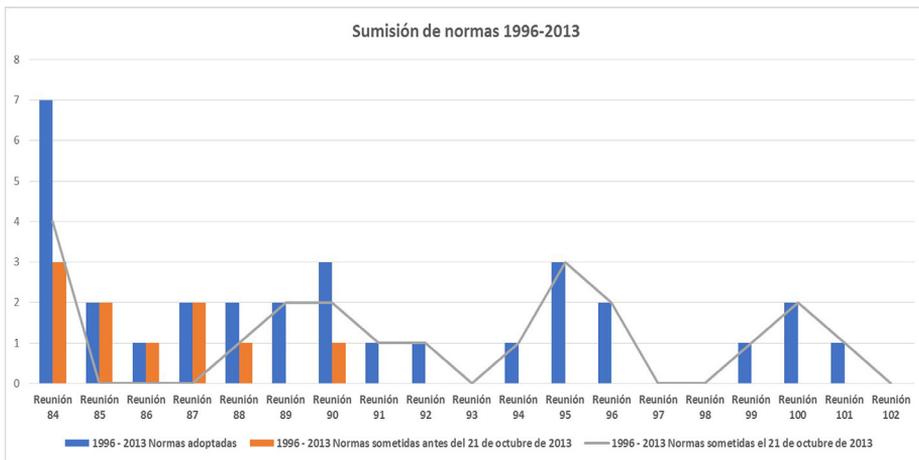
7. Las comisiones elaboran la opinión solicitada, de conformidad con el artículo 14 del Reglamento Interno del CNTPE o con el artículo 15 del Reglamento del CNSST.
8. La opinión de las comisiones es elevada al Pleno del CNTPE o del CNSST para su aprobación por consenso entre los sectores gubernamentales, de trabajadores y de empleadores, según el artículo 13, inciso 1, y el artículo 16, inciso 2, del Reglamento Interno del CNTPE, o los artículos 13 y 16 del Reglamento del CNSST, a fin de adoptar una opinión oficial de los consejos. En caso de no llegar a un consenso, el CNTPE no plantea otra forma de acuerdo, mientras que el CNSST propone otras dos modalidades: (a) aprobar por mayoría simple; (b) en caso de empate, el presidente es el que dirime.
9. Después de esta aprobación, el respectivo consejo comunica a la OGCAI la decisión adoptada. Cabe precisar que durante el proceso de adopción de la opinión de los consejos, estos deben informar periódicamente a la OGCAI sobre el estado de discusión o, de ser el caso, remitir los informes con la opinión de las organizaciones de trabajadores y empleadores.
10. La OGCAI coordina con el o la titular del MTPE sobre la opinión remitida por el CNTPE o el CNSST.
11. El o la titular del MTPE se encarga de trasladar la opinión técnica del ministerio a la DAS de la DGAMG del MRE.
12. Luego de ello, el MRE remite la opinión técnica del MTPE a la Representación Permanente del Perú ante la ONU y otros Organismos Internacionales con sede en Ginebra.
13. Finalmente, la Representación Permanente del Perú ante la ONU y otros Organismos Internacionales con sede en Ginebra traslada la opinión del sector Trabajo y Promoción del Empleo a la Oficina Internacional del Trabajo.

El cumplimiento de la obligación de sumisión por parte del Perú en el período 2012-2016

Ahora bien, para determinar la eficacia de la obligación de sumisión, se dispuso analizar el cumplimiento por parte del Perú en los años 2012-2016. Para ello, se tomaron en cuenta los informes de la CEACR en

dicho período. De allí se desprenden los siguientes aspectos principales:

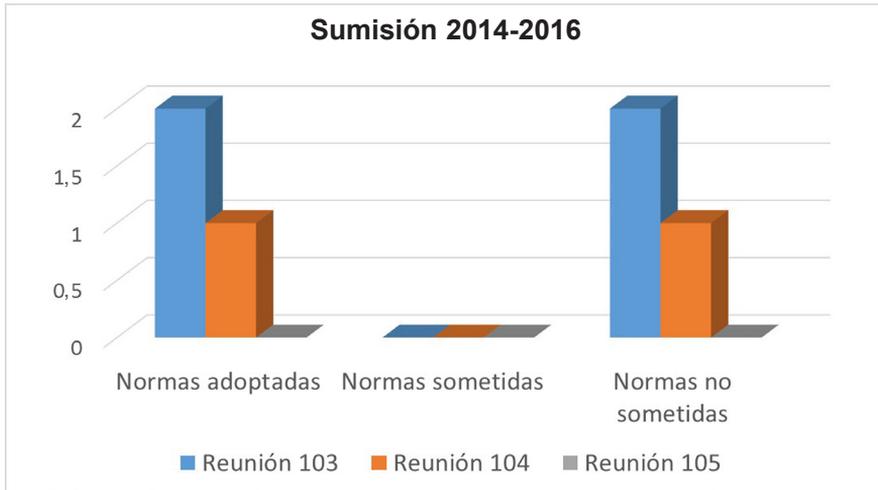
- a. Desde 1996 hasta el 2013, se llevaron a cabo diecinueve reuniones de la Conferencia Internacional del Trabajo, donde se adoptaron treinta y un normas internacionales del trabajo, de las cuales solo diez habían sido sometidas antes del 21 de octubre del 2013 (fecha de la última sumisión del Perú), mientras que las veintiuna normas restantes fueron sometidas en dicha fecha.



En ese sentido, se concluye que el Perú incumplió con la obligación de sumisión por casi diecisiete años: desde el 22 de octubre de 1996 (fecha de la reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1996) hasta el 21 de octubre de 2013. Esto implicó la falta de sumisión del 68 % de las normas adoptadas en ese período. No obstante, llegó a cumplir.

- b. Del 2014 al 2016, se llevaron a cabo tres reuniones de la Conferencia Internacional del Trabajo, donde se adoptaron tres normas internacionales que hasta la fecha no han sido sometidas.

Es decir, actualmente el Perú se encuentra en estado de incumplimiento de la obligación de sumisión por no someter el Protocolo 29, relativo al Convenio 29 sobre el trabajo forzoso (Reunión 103);



la Recomendación 203, sobre las medidas complementarias para la supresión efectiva del trabajo forzoso (Reunión 103); y la Recomendación 204, sobre la transición de la economía informal a la economía formal (Reunión 104).

CONCLUSIONES

La obligación de sumisión resulta eficaz, aunque no suele llevarse a cabo dentro de los plazos de doce (regular) o dieciocho meses (excepcional) que contempla. Ello en virtud de la condición de la OIT como organización internacional de cooperación, sin facultades para exigir el cumplimiento de la obligación de manera coercitiva, y también por la naturaleza misma del derecho internacional público, regido por relaciones de coordinación y sin un ente fiscalizador para la observancia de las normas. No obstante, la observancia de la obligación de sumisión compele a los Estados miembros de la OIT en todo momento. Si estos no acataran la obligación en los plazos señalados, deben cumplirla lo antes posible.

REFERENCIAS

- Arias Domínguez, Á. (2009). *La acción normativa de la Organización Internacional del Trabajo* (2.^a ed.). Badajoz: @becedario.
- Consejo Nacional del Trabajo y Promoción del Empleo (CNTPE). (2008). *Actividades 2008*. Lima: Autor.

- Diez de Velasco, M. (2007). *Instituciones de derecho internacional público* (16.^a ed.). Madrid: Tecnos.
- Novak, F., y García-Corrochano, L. (2000). *Derecho internacional público* (tomos 1 y 2). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Ordóñez Cifuentes, J. E. (1998). La opinión consultiva de la Corte de Guatemala sobre la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT. Una experiencia constructiva a favor de la paz. *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, 30. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/123/3.pdf>.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (1981). *Las normas internacionales del trabajo: su naturaleza, su aplicación y su eficacia* (2.^a ed.). Lausana: Autor.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2000). *Las normas internacionales: manual de educación obrera* (2.^a ed.). México D. F.: Alfaguara.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2005). *La OIT: qué es, qué hace*. Ginebra: Autor.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2014). *Las reglas de juego. Una breve introducción a las normas internacionales del trabajo* (3.^a ed.). Ginebra: Autor.
- Pastor Ridruejo, J. A. (2011). *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales* (15.^a ed.). Madrid: Tecnos.
- Rodríguez Carrión, A. J. (2006). *Lecciones de derecho internacional público* (6.^a ed.). Madrid: Tecnos.
- Wisskirchen, A. (2005). El sistema normativo de la OIT. Cuestiones jurídicas y experiencias. *Revista Internacional del Trabajo*, 124(3), 277-316.

Documentos internacionales de la Organización Internacional del Trabajo

Constitución de la Organización Internacional del Trabajo. (1919). Recuperado del sitio de internet de la OIT: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO

Organización Internacional del Trabajo (2005). *Memorándum sobre la obligación de someter los Convenios y las Recomendaciones a las autoridades competentes*. Ginebra: Autor.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2012). *Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones del trabajo*. Ginebra: Autor.

Autores

ANDREA NANETTE GONZALEZ LEÓN

Abogada por la Universidad de San Martín de Porres. Magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogada en la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal de Indecopi. Docente invitada en la Escuela de la Competencia y la Propiedad Intelectual de Indecopi.

RENZO ALFREDO CANALLE PAZ

Abogado por la Universidad de Lima, especializado en Derecho Concursal. Magíster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Secretario técnico de fiscalización de la Comisión de Procedimientos Concursales de Indecopi.

CAROLINA AQUISE NIÑO DE GUZMÁN

Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios de maestría en Derecho Bancario y Financiero por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente, se desempeña en la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor de Indecopi, sede Lima Norte.

EDWIN GABRIEL ALDANA RAMOS

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Egresado de la maestría en Administración de Negocios de la Universidad San Ignacio de Loyola. Secretario técnico en la Comisión de Protección al Consumidor de Indecopi.

MAGDA EVELING ROA CAMPOS

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de maestría en Derecho Bancario y Financiero en la misma casa de estudios. Se ha desempeñado como abogada de la Dirección de Relaciones con el Consumidor de Asbanc. Actualmente, es la secretaria técnica de la Comisión de Protección al Consumidor N.º 1 de Indecopi.

JOSÉ LUIS HERRERA PACHARI

Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín. Estudios en la maestría en Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. En la actualidad, se desempeña como especialista en la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor N.º 1 de Indecopi.

ROSA LILIANA DÁVILA BRONCANO

Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Derecho Laboral por la Universidad de San Martín de Porres. Estudios concluidos de doctorado en Derecho por la misma casa de estudios. Jueza superior en la Quinta Sala Contencioso Administrativa con subespecialidad en temas de mercado.

PABLO SÁNCHEZ NÁSSIF

Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello. Cuenta con un MBA por la Escuela Europea de Dirección y Empresa, y una maestría en Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actualmente, se desempeña como abogado en el Estudio Gherzi Abogados.

LUIS RICARDO MORELLO BUSTIOS

Abogado por la Universidad de Lima. Magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y la Competencia por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente, se desempeña como abogado en el Estudio Gherzi Abogados.

BARDO UNTIVEROS RIVERO

Estudiante de Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actualmente, se desempeña como practicante en el Estudio Gherzi Abogados.

RODRIGO LÓPEZ VILLANUEVA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con experiencia como docente adjunto de los profesores Andrés Calderón, Hugo Gómez, Luis Diez-Canseco y Alex Sosa. Actualmente, se desempeña como abogado asociado del Estudio Miranda & Amado.

RONALD CÁRDENAS KRENZ

Abogado por la Universidad de Lima. Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad de San Martín de Porres. Magíster en Bioética y Biojurídica por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, de ESAN y de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, exdecano de esta última.

SERGIO SIFUENTES SÁNCHEZ

Abogado por la Universidad de Lima. Ganador del concurso José León Barandiarán organizado por la misma casa de estudios en el año 2016. Especialización en Derecho Procesal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actualmente, se desempeña en la empresa constructora Neptuno Contratistas Generales S. A. C.

STEPHANY PAOLA RECOBA VEGA

Abogada por la Universidad de Lima. Especialización en Gestión Pública y en Derecho Administrativo Sancionador por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente, se desempeña como especialista legal en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

MARÍA TERESA NOVOA CÁRDENAS

Abogada por la Universidad de Lima. Exparticipante del VII Programa de Prácticas Profesionales en la Secretaría General de la Comunidad Andina, en el área de Servicio Jurídico y Despacho del Secretario General.

Pautas para la publicación de artículos

Ius et Praxis, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, tiene por objetivo la difusión de artículos para promover la cultura jurídica a través de la reflexión, el análisis y la investigación.

Los interesados en publicar en *Ius et Praxis* deberán acercarse a la avenida Javier Prado Este 4600, Santiago de Surco, Lima, Perú. Asimismo, para más información, comunicarse al teléfono 437-6767 o escribir al siguiente correo: informesiusetpraxis@iusetpraxis.ulima.edu.pe. La revista no se compromete a la publicación de los trabajos recibidos y se reserva el derecho de adaptarlos de acuerdo con su línea editorial.

La revista agradece a los autores que la redacción de los artículos que deseen publicar tome en cuenta las presentes normas:

1. La revista recibe artículos originales, inéditos y no enviados para su publicación en ningún otro medio. Ellos son objeto de revisión bajo un sistema de arbitraje, mediante evaluadores externos a los editores de la revista.
2. La temática de los artículos es de libre elección del autor, reservándose la revista el derecho de publicar aquellos que considere de mayor interés. Sin perjuicio de ello, la revista puede dedicar algunos de sus números a temas específicos.

3. Los artículos pueden ser científicos, técnicos, de opinión o comentario, y deben ser remitidos a la siguiente dirección electrónica: informesiusetpraxis@iusetpraxis.ulima.edu.pe, adjuntando el resumen del *curriculum vitae* del autor en no más de cinco líneas, que incluyan teléfono, correo electrónico y dirección postal.
4. El formato de los artículos debe seguir las pautas del *Manual de estilo de la American Psychological Association (APA)*, que comprenden:
 - Título y autor con su respectiva filiación
 - Resumen (en español e inglés)
 - Palabras clave (en español e inglés)
 - Introducción
 - Materiales y métodos
 - Resultados
 - Discusión
 - Conclusiones
 - Referencias bibliográficas

El texto puede incluir diagramas, ilustraciones, figuras, tablas y recuadros, en un número no mayor de cinco.

5. Las páginas deben estar numeradas y ser como mínimo 10 y como máximo 20, escritas en letra tipo Times New Roman, tamaño 12, con un espacio de 1,5 de interlineado.
6. Los autores ceden y transfieren en forma exclusiva, mediante carta dirigida a la Dirección de la revista, el derecho de publicar, distribuir y divulgar sus artículos en *Ius et Praxis*, tanto en forma física como virtual, en el país y en el extranjero.
7. Los autores son los responsables exclusivos del contenido, autoría y originalidad de sus artículos.
8. Publicada la revista, cada autor recibirá tres ejemplares de la edición correspondiente a su artículo.
9. Los autores deberán considerar las siguientes pautas formales para la elaboración de sus artículos:

- a. La mención de una obra o referencia se hará en la forma (autor, fecha), es decir, colocando entre paréntesis el autor y el año de la publicación en el mismo texto. Ejemplo: (Fernández, 2009).
- b. Las citas textuales de menos de cuarenta palabras deben escribirse entre comillas e indicar al final la referencia bibliográfica. Ejemplo: “El índice delincencial en Lima ascendió a 13 % en el año 2015” (Villar, 2016, p. 18).
- c. Las citas textuales de más de cuarenta palabras deben escribirse en párrafo aparte, sin comillas, con sangría y el tamaño de letra debe disminuirse en un punto. Ejemplo:

La adaptación partidaria depende no exclusivamente de incentivos económicos, sino también de incentivos electorales. A ese respecto, el factor que sobreviene más importante lo constituye la locación de la amenaza electoral. En efecto, los partidos de base populista enfrentan desafíos potenciales en dos frentes. Para algunos, la principal amenaza electoral proviene de competidores de centro o de centro derecha que se abren camino entre el electorado de clase media. Estos partidos populistas enfrentan el riesgo de “guetización” electoral, esto es, ser confinado a sus declinantes bases trabajadoras y de clase baja. (Burgess y Levitsky, 2003, pp. 885-886)

10. Las notas para algún comentario o alcance que fueren necesarias se ubicarán al pie de la página del texto. Cabe precisar que se debe evitar su uso para colocar datos bibliográficos.
11. La reseña bibliográfica debe corresponder a las citas del texto y estar ordenada en forma alfabética sin numeración. Ejemplos según el formato:

Libro:

Castillo, G., y Carpio, M. (1994). *Los derechos del niño*. Trujillo: Instituto de Estudios Liberteños.

Libro con editor(es):

Ferreira, C., y Mudarra, A. (Eds.). (2009). *Para leer a Luis Loayza*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Capítulo de libro:

Mondoñedo, M. (2009). Una piel de serpiente de Luis Loayza: crítica, poética y encuadres. En C. Ferreira y A. Mudarra (Eds.), *Para leer a Luis Loayza* (pp. 165-176). Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Artículo de revista (formato impreso):

Ianovsky, M. M. (2017). Del mercado al Estado: la adaptabilidad del peronismo frente al colapso neoliberal. *Colección, 27*, 11-51.

Artículo de revista (en línea):

Ianovsky, M. M. (2017). Del mercado al Estado: la adaptabilidad del peronismo frente al colapso neoliberal. *Colección, 27*, 11-51. Recuperado de <http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo21/files/Col27-Ianovsky.pdf>

IUS^{ET} PRAXIS

DERECHO Y MERCADO

Publicidad e internet: algunas perlas ocultas
en la realidad peruana
Andrea Nanette Gonzalez León

¿Buen gobierno corporativo en curso?
Renzo Alfredo Canalle Paz

Promoción de mecanismos de prevención
y solución de conflictos para la eficacia
en la protección de los consumidores
Carolina Aquispe Niño de Guzmán

Discriminación a consumidores
con discapacidad visual acompañados
por perros guía
Edwin Gabriel Aldana Ramos

El derecho al pago anticipado
de los consumidores y los créditos
hipotecarios otorgados con subsidio
del Estado
*Magda Eveling Roa Quispe,
José Luis Herrera Pachari*

Mercado y conductas anticompetitivas
Rosa Liliana Dávila Broncano

Uber, el cisne negro de los taxis
*Pablo Sánchez Nássif,
Luis Ricardo Morello Bustios,
Bardo Untiveros Riveros*

El intercambio de información entre
competidores
y su tratamiento en el Perú
Rodrigo López Villanueva

MISCELÁNEA

Acerca de la naturaleza jurídica
del cadáver
Ronald Cárdenas Krenz

La aplicación de la teoría objetiva del
valor en el ordenamiento civil y sus
consecuencias en la vida de los peruanos
Sergio Sifuentes Sánchez

TESIS

Las armas en el Perú: una propuesta
para el análisis sobre su regulación
y control
Stephany Paola Recoba Vega

La eficacia de la obligación
de sumisión a las autoridades
nacionales competentes
en el marco de la OIT: análisis
del caso peruano en el período 2012-2016
María Teresa Novoa Cárdenas



UNIVERSIDAD
DE LIMA

FACULTAD DE DERECHO

ISSN 1027-8168

