

NÚMERO

8

EQUIPO DE DERECHO MERCANTIL

REVISTA DE ACTUALIDAD MERCANTIL

ACTUALIDAD MERCANTIL:
TRANSFORMACIÓN E IDEAS DISRUPTIVAS



2024



EQUIPO DE DERECHO MERCANTIL



EQUIPO DE DERECHO MERCANTIL

NÚMERO

8

EQUIPO DE DERECHO MERCANTIL

REVISTA DE ACTUALIDAD MERCANTIL

ACTUALIDAD MERCANTIL:
TRANSFORMACIÓN E IDEAS DISRUPTIVAS



2024

REVISTA DE ACTUALIDAD MERCANTIL
Año 2023 - N° 08 – Mayo de 2024

Editado por la Comisión de Publicaciones del Equipo de Derecho Mercantil - Asociación Civil Taller de Derecho. Av. Universitaria 1801, San Miguel, Lima. Segundo piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Directora: Andrea Verenice Sotelo Molero

Coordinador General: Fernando Sam Chec

Comité Editorial: Maria del Carmen Alvarado, Luis Ernesto Marín, Samuel Véliz Ortíz, Raúl Solórzano Solórzano

Comisión de Publicaciones: Andrea Verenice Sotelo Molero, Sayana Milagros Ramírez Rojas, Hassen Jesús Venero Olivo, Angela Samanta Espejo Nuñez, Milagros Alexandra Condezo Trinidad, Luis Ernesto Cuéllar Paz, Ángel Sebastian Bravo Morales, Elías Nataniel Vivas Cubas, Silvana Cicely de la Cruz Martel, Francisco Jesús Ángel Carruitero Solórzano

Correo electrónico: revistaeqmercantil@gmail.com

Diagramación: Mario Popuche Llontop

Diseño de Portada: Andrea Mercedes Valentin Rivera

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N° 2024-04428

ASAMBLEA GENERAL 2023-2

Consejo Directivo 2023-2

Coordinación: Franco Gabriel Matías Urquiaga Chuan
Directora de Publicaciones: Andrea Verence Sotelo Molero
Codirector de Eventos: David Alejandro Gayoso Saavedra
Codirectora de Eventos: Sharmeli Lucero Mendoza Huaman
Director de Gestión: Jose Luis Delgado
Codirectora de Dimensión Mercantil: Fiorella Ivette Cordero Gutierrez
Codirector de Dimensión Mercantil: Ronald Augusto Atahui Cervantes
Directora de Recursos Humanos: Ana Beatriz Velarde Mateo
Codirectora de Imagen Institucional: Rina Adriana Riveros García
Codirectora de Imagen Institucional: Briggith Lucero Campos Chávez
Directora de Investigación Académica: Gianella Xiomara Gutierrez Palian

Publicaciones

Andrea Verence Sotelo Molero

Luis Ernesto Cuéllar Paz

Milagros Alexandra Condezo Trinidad

Sayana Milagros Ramírez Rojas

Hassen Jesús Venero Olivo

Elias Nataniel Vivas Cubas

Angela Samanta Espejo Nuñez

Ángel Sebastian Bravo Morales

Silvana Cicely de la Cruz Martel

Francisco Jesús Ángel Carruitero Solórzano

Recursos Humanos

Ana Beatriz Velarde Mateo

Ariana Valeria Huatuco Carhuayal

Paulo Rivadeneyra Torres

Andrea Cristina Paucarima Villafuerte

Sandra Benites Briones

Renzo Sebastián Ramos Sánchez

Nicole Zavaleta Bruzzon

Gestión

José Luis Delgado Ulloa

Camila Fiorela Carbajal Flores

Marcela Cristel Guerrero Erquinio

Tatiana Sotelo Aquino

Diego Armando Mollinedo Barreto

Investigación Académica

Gianella Xiomara Gutierrez Palian

Marco Antonio Zelaya Castro

Deycé Cherres Ramírez

Dayeli Zarahí Beltran Oroya

Adriana Stephany Echevarria Goche

João Victor Simões Rodrigues

Abigail Escobar Razo

Eventos

Alejandro Gayoso Saavedra

Gabriela Rios

Marcello Otárola Salvador

Pablo Hernan Durand Zelada

Rubí Porras Charca

Issa Alexandra Vidarte Delgado

Gabriel Alonso Velapatiño Flores

Gianella Karla Sigüeñas Morales

Jairo Marcelo Molina Bravo

Imagen Institucional

Briggith Lucero Campos Chávez
Sofía Cristina Landa Mendoza
Rina Adriana Riveros García

Andrea Mamani Aguilar
María Alejandra Cáceres Inga
Daniela Beisaga Aldazabal

Dimensión Mercantil

Ronald Augusto Atahui Cervantes
Christiam Jesús Díaz Pérez
Nicol Paola Mora Cortez
Liz Ana María Cachi Delgado

Deyna Samantha Cuellar Fernández
Waldir Enrique Huambo Vargas
Sandra Amelia Cisneros Terrones
Harold Alexander Trigos Retuerto

ÍNDICE

Editorial.....	11
Presentación.....	13
PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR	
El mercado de los Criptoactivos: ¿hasta dónde llega la responsabilidad de los Exchanges?	15
Leandro M. Castelli y Alejo M. Gascón	
“Mecanismos alternativos de resolución de controversias en materia de consumo en Chile: Análisis del impacto y eficacia”	29
José Luis Corvalán Pérez* y Isidora Francisca Fernández Hitschfeld	
Ideas disruptivas para mejorar el trámite de reclamos individuales de consumidores	41
Mariano Enrique de Estrada	
“Dark commercial patterns” o “Patrones comerciales oscuros” en el Perú: Comentarios sobre su licitud y evaluación en materia de protección al consumidor.....	57
Karina Leticia Olano Rodríguez y José Sebastián Loaiza Tapia	
COMPETENCIA	
Información No Divulgada y Secretos Comerciales en Chile	68
Juan Pablo Egaña Bertoglia	
Acciones de daños por infracciones al derecho de la competencia en Colombia	82
José Miguel De la Calle Restrepo, David Toro Ochoa y Jerónimo Ocampo Meléndez	
El Rol de la Cooperación Internacional en el Desarrollo de la Defensa de la Competencia en América Latina.....	100
Julián Peña	
El “Hub”, Los “Spokes” y La Rueda de Fuego	118
Pedro Marques Bom y António Souto Moura	
CORPORATIVO	
Inteligencia Artificial y Buen Gobierno Corporativo	136
José Miguel Porto y José Rodrigo Raunelli	
Consideraciones legales sobre datos personales en fusiones y adquisiciones	147
Lisandro Frene y Juan Aberg Cobo	
De las stock options a las gifted actions.....	158
Margoth Chiriboga y Ángeles Aguinaga Latorre	

TECNOLOGÍA

Acerca de los informes crediticios y su regulación argentina	173
Diego Fernández y Josefina Barbero	
Disrupción digital en la praxis legal: explorando el ecosistema legaltech en el Perú	184
Oscar Montezuma Panez y Jordi Víctor Hugo Sardá Paz	
Normas sobre trazabilidad de los comerciantes en el entorno digital europeo.....	194
Juan Flaquer Riutort	
Evolución de la Industria de las Telecomunicaciones en Chile.....	205
Andrés Rodríguez Ariztía, José Ignacio Ovalle Irrázaval y Cristián Fabres Pfau	



EDITORIAL

Vis a vis con el pasado, presente y futuro

Como se ha comprendido afortunadamente en las aulas de nuestra Facultad, una asociación de estudiantes sin revista es una asociación muda, solitaria en su trabajo. Por ello, la publicación de una nueva edición de Actualidad Mercantil representa mucho más que la simple continuidad del trabajo editorial de nuestro Equipo; representa la expresión más elaborada del trabajo de nuestros miembros y, por supuesto, de sus pasiones e intereses. Quien tenga la oportunidad de adentrarse en el Equipo encontrará abiertas las amistosas puertas de un grupo excepcional de jóvenes entusiastas comprometidos con su pasión por las distintas áreas del Derecho mercantil. Así como el lector podrá encontrar en estas páginas relevantes artículos sobre las más variadas aristas y desde perspectivas novedosas, quien se adentre en el EDM encontrará un microcosmos de ideas, propuestas, proyectos y mucho talento.

Hace pocos días conversaba con el Dr. Ruben Tang, quien junto a las Dras. Carmen Bardales y Jessica Carlos fundaron el Equipo de Derecho Mercantil y Taller de Derecho en 1997. Por supuesto, la principal reacción de sorpresa en ambos giraba en torno a cuánto ha cambiado todo en veintisiete años. El Equipo y Taller se fundaron en respuesta a un contexto estudiantil, académico e incluso político que ya no existen; que casi totalmente han cambiado, evolucionando y abriendo paso a nuevos retos y oportunidades. Cuando se fundó, me comentaban, el Equipo estaba integrado por ocho personas. Por supuesto, la idea de tener una revista propia era remota, horizonte aún imperceptible. Han sido años de constante desarrollo, con cumbres y bajos pero de esfuerzo constante. Cada generación ha aportado talento y corazón, y cuando trabajamos en cada comisión y proyecto, resulta fundamental comprender que no se trabaja sobre instituciones frías, sino sobre el trabajo en que se ha plasmado la pasión de tanta gente que en su mayoría no conocemos. Por ello, durante esta gestión se buscó contactar a la mayor cantidad de exmiembros posibles. Conversando con varios de los anteriores Coordinadores Generales descubrí muchos proyectos fantaseados, muchos cumplidos, muchos esbozados y otros que durante esta gestión tocó retomar, asumir y, en gratas ocasiones, cumplir. Quien nos mirara no creería que hace apenas cinco años al Equipo lo conformaban entre veinte a veinticinco personas cada ciclo. Hoy, que triplicamos esa cifra y hemos innovado con proyectos, se descubre con alegría que nos hemos atrevido a soñar en grande.

Al cierre de esta gestión, el Equipo de Derecho Mercantil ofrece a los interesados en el área, desde diletantes a expertos, la oportunidad de desarrollarse en múltiples expresiones y ramas. Ofrecemos eventos académicos con ponencias de los mejores abogados nacionales e internacionales en la mayoría de áreas de la práctica legal comercial; desde el tradicional derecho societario hasta blockchain y otras formas de aplicación de nuevas tecnologías. Ofrecemos capacitaciones constantes en Grupos de estudio -honrando así la finalidad original del Equipo-, entrevistas en nuestro podcast Sintonía Mercantil, editoriales y columnas de expertos, la presente revista, desarrollo de piezas gráficas, participación en debates y hasta organizamos nuestra propia Contienda Legal. El complemento perfecto para especializarte en derecho mercantil.

Mientras escribo estas líneas, me preparo para despedirme del Equipo, junto a muchos amigos hechos en este camino. Como ha venido ocurriendo desde 1997, el Equipo se renueva y asume las ilusiones y expectativas de sus nuevas generaciones. Mirar a los amigos que han hecho a este Equipo lo que es hoy en día me lleva a la idea recurrente del futuro. Deseo con el corazón que en una edición futura de esta revista muchas de las personas que acompañaron esta travesía que es el paso por el Equipo participen, no solo como comisionados, sino como colaboradores. No solo en la revista, sino como columnistas en los artículos de nuestro portal jurídico, Dimensión Mercantil; como panelistas en nuestros eventos académicos; como jueces en nuestra Contienda legal; como ponentes en nuestras capacitaciones; como coaches de nuestras delegaciones o como docentes de los cursos de nuestra Facultad. Generar en las generaciones

futuras las mismas impresiones, expectativas e inspiración que los doctores que han participado escribiendo para esta revista nos generan es, sin duda, el sueño de todo miembro de este Equipo. Y es también una meta y un compromiso.

Creo en la máxima de Camus según la cual la verdadera generosidad para el futuro consiste en entregarlo todo al presente. Con el orgullo de un Equipo consolidado, puedo permitirme afirmar que nuestra entrega ha estado a la altura del legado que el Equipo ambiciona y sueña. Este es, por supuesto, un logro colectivo —o societario, como nosotros diríamos—, por lo que no puede eludirse el afectuoso agradecimiento a todos los miembros del Equipo que este ciclo asumieron su compromiso y posibilitaron cada proyecto que hizo de este año uno sumamente exitoso.

Así, le regalamos al lector actual esta nueva entrega editorial con la cual, con cariño, pretendemos contribuir a la difusión de esa rama del derecho que nos apasiona y nos impulsa. Esperamos que el lector encuentre en estas páginas nuevas ideas, perspectivas, inspiraciones e, incluso, nuevos horizontes.

Franco Gabriel Urquiaga,
Coordinador General 2023-2



PRESENTACIÓN

Dime, ¿cuáles son los límites? Los límites son tres: el cielo, la imaginación y tú misma.

HAYAO MIYAZAKI - El viaje de Chihiro

Como estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, cargamos implícitamente un enorme peso encima: representar a la mejor Facultad de Derecho del país. De nuestra facultad, egresan los abogados más destacados, y hasta la fecha, sigo siendo testigo de ello. Por tanto, puedo afirmar que los mejores profesionales y académicos no son aquellos que se limitan a seguir rutinas o repetir lo establecido, sino en cambio, se distinguen por ser aquellos que cuestionan, analizan y proponen nuevas ideas. La manera en la que surgen las mejores ideas es cuestionando y proponiendo diversas teorías que para algunos podrían parecer descabelladas, ilógicas, inéditas o quizá también brillantes. Este pensamiento es una de las razones que explican la razón de ser de la presente temática.

Las revistas académicas cumplen un loable propósito al compartir conocimiento sumamente enriquecedor a la comunidad académica y al público en general. Considero que son muchas veces el medio ideal para presentar aquellas ideas disparatadas o “disruptivas” que pueden proponer nuevos conceptos jurídicos que, a su vez, podrían mejorar la manera en que funcionan los servicios legales hoy en día. Con el mismo objetivo, nace el presente número de la Revista de Actualidad Mercantil “Actualidad en el Derecho Mercantil: transformación e ideas disruptivas”, el cual tuve el honor de liderar junto con un equipo excepcional de estudiantes que comparten la ambición de hacer de esta revista un referente en el ámbito del Derecho Mercantil, manteniendo altos estándares de calidad y ofreciendo contenido valioso para la comunidad jurídica.

Hoy nos encontramos en un momento de la historia en el que el mundo del derecho y la tecnología están convergiendo de una manera fascinante y sin precedentes. En esta era de la digitalización, el papel del derecho se transforma y se vuelve aún más crucial. Desde la inteligencia artificial hasta la biotecnología, cada avance trae consigo desafíos legales únicos que requieren una respuesta reflexiva y proactiva por parte de la comunidad jurídica. La forma en cómo debemos pensar el derecho también evoluciona.

Es comprensible que algunos abogados pueden sentir inquietud que la tan sabia “inteligencia artificial” vaya a remplazarlos, teniendo en cuenta aquellas respuestas tan precisas y exactas que arroja la tecnología en cada solicitud. No obstante, soy creyente de que no se debe percibir a la tecnología como un rival, sino en cambio como una herramienta de la cual aprender y sacar provecho para que la prestación de los servicios jurídicos sea mucho más eficiente. Es cierto que, si observamos a lo largo de los años, muchas profesiones han sido desplazadas por máquinas, y la inteligencia artificial no será una excepción. Sin embargo, como mencionó en una oportunidad el Dr. Luis Marín, la mente humana, la forma de pensar y crear diversas estrategias son irremplazables, sin perjuicio de ello, serán los abogados que conozcan cómo usar la tecnología los que terminarán desplazando a aquellos abogados que no sepan cómo. Esta segunda reflexión comprende también la razón detrás de la presente temática.

En este sentido, esta edición nos brinda una mirada innovadora sobre una amplia gama de temas mercantiles: desde soluciones disruptivas en el ámbito de los reclamos individuales de consumidores, hasta la regulación de criptoactivos, inteligencia artificial y buen gobierno corporativo, patrones comerciales oscuros, entorno digital, entre otros.

Además, en el presente número contamos con los artículos de José Luis Corvalán, Isidora Fernández, Mariano de Estrada, Leandro Castelli, Alejo Martín Gascón, Karina Olano, José Loaiza, Julian Peña, José Miguel De la Calle, David Toro, Jerónimo Ocampo, Pedro Marques, António Souto, Juan Pablo Egaña, Margott Chiriboga, Ángeles Aguinaga, José Miguel Porto, José Raunelli, Diego Fernández, Josefina Barbero, Lisandro Frene,

Juan Aberg, Oscar Montezuma, Jordi Sardá, Juan Flaquer, José Ignacio Ovalle y Andrés Rodríguez. Todos los artículos exhiben un excelente nivel académico y están disponibles de manera gratuita en nuestro repositorio. Por último, esta Presentación estaría incompleta si no menciono los merecidos agradecimientos para aquellas personas que hicieron de este proyecto una realidad.

En primer lugar, a nuestro coordinador general, Fernando Sam, por su dedicación, aporte y exhaustivo trabajo desde el día uno hasta el final; sin duda alguna, su acompañamiento fue una pieza esencial para la calidad de esta edición. Del mismo modo, a nuestros miembros del Comité Editorial, María del Carmen Alvarado, Raúl Solórzano, Luis Marín y Samuel Véliz, por sus invaluable recomendaciones a lo largo del proceso editorial.

En segundo lugar, a los miembros y ex miembros de la increíble comisión de Publicaciones. Fernando Diaz, por haber sembrado en mí la inspiración para continuar el grandioso proyecto académico que es elaborar una revista académica; a Alexia Taboada, por su valioso soporte cuando decisiones complejas aparecían; a Hassen Venero, por su increíble disciplina y compromiso hasta el final con este retador proyecto editorial. A Sayana Ramírez, por su excelente dedicación y aceptar el liderazgo de la siguiente edición. A Samantha Espejo, quien rápidamente se adaptó al trabajo de la comisión y demostró su gran capacidad formando parte del proyecto. A Milagros Condezo, quien fue una pieza importante para la toma de decisiones y aporte de grandes ideas. A Luis Cuellar, por su impecable responsabilidad en la comisión. A Elías Vivas, Angel Bravo, Francisco Carruitero y Silvana de la Cruz, quienes demostraron gran cariño al proyecto y estuvieron en cada etapa del proceso editorial.

A nuestros autores y autoras. Por haber creído en nuestra revista y habernos compartido un poco de su vasto conocimiento. Su compromiso con la excelencia académica y su dedicación a la investigación han enriquecido enormemente nuestras páginas.

Por último y no menos importante, a nuestros lectores, por su continuo apoyo y dedicación a nuestra revista académica. Su interés y compromiso con la búsqueda del conocimiento en derecho mercantil son el impulso detrás de nuestro trabajo.

Sin más, estoy completamente honrada de presentarles la presente edición número 8 de la Revista de Actualidad Mercantil, espero que sus páginas los inspiren en generar ideas disruptivas en el campo del derecho.

Andrea Sotelo Molero
Directora Comisión de Publicaciones 2023-2
Equipo de Derecho Mercantil

El mercado de los Criptoactivos: ¿hasta dónde llega la responsabilidad de los Exchanges?

The Crypto Asset Market: how far does the responsibility of Exchanges go?

— Leandro M. Castelli* y Alejo M. Gascón** —

Resumen

El mercado de los criptoactivos experimentó un rápido crecimiento en los últimos años a nivel global impulsado por los avances tecnológicos, el cual se produjo dentro de un marco regulatorio para otro tipo de bienes y estructuras. Las plataformas que permiten el intercambio y almacenamiento de los criptoactivos, llamadas “Exchange”, están expuestas a los riesgos del internet y los del entorno de los criptoactivos. En este artículo, desarrollamos ciertas directrices para la mejor comprensión del rol de los *Exchange* y los límites de su responsabilidad.

Partiendo de esta premisa **(i)** analizamos la naturaleza jurídica de los criptoactivos para entender cómo deberían ser tratados, profundizando temas como la determinación de su valor, riesgo inherente, comercialización y el protocolo que las regula; **(ii)** abordamos la responsabilidad del *Exchange* por los distintos riesgos que presentan los criptoactivos (perfeccionamiento y celebración del contrato, términos y condiciones, y los regímenes protectorios); y **(iii)** exploramos la diferencia entre un consumidor y un inversor, desmembrando las características de las operaciones que cada uno realiza y los regímenes legales aplicables.

Palabras clave

Criptoactivos, *Exchange*, responsabilidad, Bitcoin, consumidor, inversor.

Abstract

The digital asset market has experienced rapid global growth in the past years driven technological advances, which occurred within a regulatory framework designed for a different type of assets and businesses. Platforms that facilitate the exchange and storage of crypto assets, known as “Exchanges”, are exposed to the risks of internet use and those specific of the crypto-asset environment. In this article, we provide certain guidelines for a better understanding of the role of Exchanges and the limits of their responsibility.

Starting from this premise, in the article, we **(i)** analyze the legal nature of crypto assets to understand how they should be treated. We delve into topics such as the determination of their value, inherent risks, trading, and the protocols that govern them. **(ii)** We also address the Exchange’s responsibility for the various risks posed by crypto assets, including contract formation, typical clauses, and protective regimes. **(iii)** Lastly, we explore the difference between a consumer and an investor, dissecting the characteristics of the operations each engages in and the applicable legal frameworks.

Keywords

Cryptoassets, exchanges, liability, Bitcoin, consumer, investor.

* Socio del estudio Marval O’Farrell Mairal, Buenos Aires, Argentina (LMC@marval.com). Abogado por la Universidad de Belgrano, Buenos Aires. Se especializa en litigios complejos, responsabilidad por productos elaborados y medio ambiente, y asesoramiento en temas de defensa del consumidor. El autor desea agradecer especialmente a Augusto Fontela y Pedro Colaneri por su colaboración en la investigación e intercambio de ideas para la preparación del presente artículo.

** Asociado senior del estudio Marval O’Farrell Mairal, Buenos Aires, Argentina (AGA@marval.com). Abogado por la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires. Se especializa en litigios y arbitrajes, responsabilidad por productos elaborados, y asesoramiento en temas de defensa del consumidor. El autor desea agradecer especialmente a Victoria Vaque por su colaboración en la investigación para la preparación del presente artículo.

1. Introducción

El mercado de los criptoactivos está experimentando un rápido crecimiento a nivel global en los últimos años, impulsado por distintos avances tecnológicos y el descontento generalizado con las monedas de curso legal, especialmente en países con altos índices inflacionarios. Tal crecimiento se ha producido, generalmente, dentro de un marco regulatorio pensado para estructuras financieras más simples y convencionales. Por otro lado, el sistema de responsabilidades de esos marcos regulatorios y su aplicación sobre las plataformas de intercambio de criptomonedas, conocidas como *Exchanges*, está transitando sus primeras etapas experimentales y todavía falta mucho camino por andar.

Advertimos que en un mismo país se podrían proponer múltiples regulaciones con objetivos diferentes para abarcar el amplio espectro de rubros que involucran el mercado de los criptoactivos. A modo de ejemplo, es probable que algunos reguladores prioricen la seguridad y solidez del sistema financiero mientras que otros protejan al consumidor.

El desconocimiento acerca del funcionamiento y naturaleza jurídica de los criptoactivos en ciertos ámbitos nos persuadió a desarrollar algunos criterios que sirvan de guías para comprender el rol de los *Exchanges* dentro de este novedoso universo y cuáles pueden ser los límites de su responsabilidad.

Partiendo de esta premisa, en este artículo (i) analizamos la naturaleza jurídica de los criptoactivos para entender cómo deberían ser tratados, profundizando temas como la determinación de su valor, riesgo inherente, comercialización y el protocolo que las regula; (ii) abordamos la responsabilidad del *Exchange* por los distintos riesgos que presentan los criptoactivos (perfeccionamiento y celebración

del contrato, términos y condiciones, y los regímenes protectorios); y (iii) exploramos la diferencia entre un consumidor y un inversor, desmembrando las características propias de las operaciones que cada uno realiza y los regímenes legales que les son aplicables.

Si bien nos enfocamos en la ley argentina, ciertas premisas aquí analizadas podrían replicarse al interpretar posibles responsabilidades bajo otros sistemas legales.

2. Los Criptoactivos, naturaleza Jurídica

2.1 ¿De qué estamos hablando?

Los criptoactivos son activos digitales desarrollados mediante tecnologías criptográficas que garantizan su titularidad, aseguran la integridad de las transacciones y controlan la creación de unidades adicionales¹. Se representan mediante direcciones y códigos alfanuméricos únicos² que permiten identificarlos y diferenciarlos fácilmente³. El elemento distintivo de los criptoactivos es que operan en una red descentralizada de nodos que validan y registran todas las transacciones en una cadena de bloques (*blockchain*). Son emitidos por sujetos de derecho privado mediante un procedimiento llamado “minería”⁴, negociados en mercados electrónicos y, además, tienen un valor pecuniario. Todas esas razones justifican que las personas –cada vez con mayor frecuencia– los utilicen como medio de intercambio de bienes, unidad de cuenta, reserva de valor o instrumento de inversión, entre otras posibilidades que en un futuro inmediato puedan ocurrir.

En la mayoría de los países (hay escasas excepciones⁵ que nos impiden hacer uso del término “tokens”) no son una moneda de curso legal y, por

1 El Bitcoin fue el primer criptoactivo y también es el más reconocido mundialmente. Se creó en noviembre de 2008 a raíz de la crisis de las hipotecas ocurrida en los Estados Unidos de América, con la finalidad de otorgar mayor seguridad a las transacciones sin necesidad de depender de una institución financiera. Su creador fue Satoshi Nakamoto (se desconoce su verdadera identidad) al publicar un trabajo explicando las bases para el funcionamiento de un sistema de dinero electrónico entre pares (Nakamoto, 2008) lanzado en enero 2009. Si bien fluctuó por diferentes valores, el 21 de octubre de 2021 alcanzó su máximo valor histórico hasta el momento cuando llegó a cotizar, en algunos mercados, casi USD 66.000.

2 Así, por ejemplo, la representación de un Bitcoin es un código alfanumérico que comienza con “1” o “3” y consta de entre 26 y 35 caracteres. Por ejemplo, una dirección de Bitcoin podría ser “1BvBmAGAstWetqTFn5Au4m4GFg7xJaNVN2”. Por otra parte, los Ethereum y sus tokens ERC-20 se representan con códigos alfanuméricos de 42 caracteres que comienzan con “0x”, de modo que una dirección Ethereum podría ser “0x742d35Ac6634U0532925a3b844Fc454e4438O44e”.

3 La red *blockchain* es una tecnología basada en una cadena de bloques de operaciones descentralizada. Esta tecnología genera una base de datos compartida a la que tienen acceso sus participantes, los cuales pueden rastrear cada transacción que hayan realizado. Para representarla, sería como un gran libro de contabilidad inmodificable (ya que no se puede alterar ni eliminar) y compartido (ya que van escribiendo de forma simultánea). No es solo una base de datos, sino un conjunto de tecnologías que permiten la transferencia de un valor o activo de un lugar a otro sin intervención de terceros.

4 La “minería” es el proceso digital para resolver problemas matemáticos complejos para validar transacciones en una red *blockchain* y generar nuevas unidades de criptomoneda.

5 El Salvador fue el primer país del mundo en implementar el Bitcoin como moneda de curso legal, en septiembre de 2021.



ende, no cuentan con respaldo y control estatales (*por ejemplo*, de su emisión o de su valor). Sin embargo, en tanto no exista prohibición alguna para su efectiva operatoria en el mercado de los criptoactivos –al menos en la Argentina⁶, de ninguna manera implica que sean ilegales. De ahí que, siempre que exista acuerdo entre las partes, las criptomonedas podrán ser objeto de un contrato innominado⁷, así como también utilizadas como medio de pago, ahorro⁸ o inversión.

Podemos decir, entonces, que las criptomonedas son unidades de cuenta compuestas por un único código alfanumérico inserto en una red que le permite su libre circulación por internet, pero siempre registrando su ubicación y propiedad, lo que permite su trazabilidad.

2.2 ¿Por qué tienen valor?

Los criptoactivos derivan su valor de una interacción compleja de factores, entre los que destacamos la confianza, la inimaginable utilidad que proporcionan y la robustez de la tecnología subyacente (*blockchain*). El creciente interés por los criptoactivos por parte de personas humanas, empresas e instituciones –privadas y públicas– contribuyó al acelerado aumento de su valor. Además, encuentran su principal fortaleza en su capacidad para facilitar el intercambio de bienes de manera segura, lo que aumenta su atractivo y, en consecuencia, su demanda por parte de los usuarios.

La restricción en la oferta de muchos criptoactivos es un elemento adicional que contribuye a su valor. Por ejemplo, Bitcoin está diseñada con un límite de 21 millones de monedas en circulación. Esta limitación puede aumentar la percepción de su valor ya que, en general, los activos escasos tienden a ser más apreciados.

Asimismo, la tecnología *blockchain*, que actúa como cimiento en la mayoría de los criptoactivos, es reconocida por su seguridad, transparencia, resistencia a la censura (en el sentido que no permite el control por parte de los gobiernos u otras entidades centralizadas) y, por ende, también contri-

buye a aumentar el valor de los criptoactivos en el mercado.

Por otro lado, la mayoría de los criptoactivos tienen su propio “protocolo” de seguridad, instrumentado mediante un *smart contract*⁹ (contrato inteligente) que regula las transacciones mediante códigos informáticos (*scripts*) para garantizar su integridad y seguridad dentro de la red. Su funcionamiento se basa en una serie de pasos que se ejecutan de manera automática una vez que se cumplen ciertas condiciones. Esta automatización es otro factor que aumenta la seguridad al eliminar los intermediarios para hacer cumplir los acuerdos.

Resulta necesario destacar que los *scripts* son modificables. En efecto, existe un fenómeno llamado *fork* (bifurcación) que se produce cuando los miembros de una comunidad de un determinado criptoactivo proponen una modificación. Generalmente, se llevan a cabo votaciones entre tales miembros para que, en caso de obtener las mayorías necesarias, se materialice el cambio pretendido. Si bien este suceso puede tener diversos orígenes, el más habitual ocurre para mejorar la seguridad haciendo actualizaciones o corrigiendo errores dentro de la comunidad.

El valor de los criptoactivos se determina por la oferta y la demanda en ausencia de mecanismos que impiden manipularlo. Cuanto más se prefieran determinados criptoactivos mayor será su valor de mercado, de modo que cualquier elemento que afecte las preferencias de los usuarios incidirá directamente sobre su valor. De esta manera, si un gobierno impide o regula fuertemente la circulación de los criptoactivos, es esperable que se afecte el valor de ellos. De igual forma, si empresas influyentes, de la talla de Apple o Tesla, permiten adquirir sus productos con criptoactivos, también afectarían su valor.

La volatilidad de los criptoactivos conlleva un riesgo inherente que, aunque no podamos asumir que sea de conocimiento público y notorio, es sabido por la mayoría de quienes operan este tipo de productos, incluso sin la necesidad de ser operadores habituales.

6 En virtud de los principios constitucionales de reserva legal y legalidad consagrados en los arts. 16 y 19 (respectivamente) de la Constitución Nacional Argentina.

7 Es que, además de ser lícito, es determinado o determinable, posible y susceptible de valoración económica (conf. art. 1003 del Cód. Civ. y Com.).

8 Destacamos que, si bien una criptomoneda podría ser adquirida por una persona humana con la intención de ahorrar, lo cierto es que jamás podrá asegurarse la preservación de su patrimonio, toda vez que la operación no brinda seguridad absoluta y por eso trae consigo un riesgo de sufrir pérdidas.

9 El criptógrafo Nick Szabo (1996) creó el concepto de “smart contracts” como un grupo de promesas especificadas en forma digital con las cuales las partes ejecutan sus promesas.

2.3 Sobre su naturaleza jurídica

Compartimos la doctrina que considera a los criptoactivos como bienes muebles de tipo digital, por cuanto entiende que existe una inmaterialidad por su falta de aptitud para ser contado, medido o pesado de un modo determinado (Rivera, 2004, p. 336; Borda, 2017, pp. 349-351). Es decir, los ubicamos dentro de la categoría de los llamados bienes inmateriales.

Los criptoactivos –por su virtualidad– son intangibles. Además, como ya adelantamos, son susceptibles de valor económico y pueden integrar el patrimonio de una persona humana o jurídica, como titular del derecho individual que le asiste sobre ese bien (Tschieder, 2020, p. 40). Al respecto, nuestro Código Civil y Comercial (Cód. Civ. y Com.) establece que las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes susceptibles de valor económico que integran su patrimonio. Estos bienes pueden ser materiales o inmateriales y la diferencia entre ellos radica en la tangibilidad que les corresponda. Mientras que los bienes materiales son tangibles y tienen corporeidad (se pueden tocar), los inmateriales no lo son (derechos de propiedad intelectual). Dentro de ese escenario, nuestra normativa legal los denomina “cosas”¹⁰.

Resulta necesario dejar en claro que el derecho de propiedad que ejerce cualquier persona sobre un criptoactivo refiere a la representación digital de su valor y no a un derecho intelectual sobre el bien propiamente dicho¹¹. No debe perderse de vista que usualmente son utilizados con la única finalidad de ser una moneda, es decir, como un instrumento de pago o, también, como un instrumento de inversión.

Sin embargo y a pesar de las funciones económicas que tienen los criptoactivos, no son dinero o moneda. Entre ellas existe una relación de género y especie, siendo el dinero aquella moneda dotada de curso legal¹² por algún Estado y emitida por una institución debidamente habilitada a tal fin.

No existe ninguna duda que –al menos por el momento– los criptoactivos no son una moneda de curso legal en nuestro país. El Banco Central de la República Argentina (BCRA)¹³ es el único organismo que está facultado por ley para emitir moneda de curso legal. En contraposición con esta afirmación, los criptoactivos son emitidos por redes descentralizadas o entidades privadas. Además, carecen de imposición legal para su aceptación como medio de intercambio y no poseen un valor nominal definido. Más allá de lo dicho en el párrafo anterior, estas limitaciones técnicas impiden su consideración como dinero.

Por otro lado, los criptoactivos tampoco son bienes susceptibles de actuar como una medida de valor, unidad de cuenta y medio de pago habitual. Sin embargo, existe alguna doctrina minoritaria que considera que las criptomonedas (una especie dentro de los criptoactivos) son una moneda –sin curso legal–, pero asimilable a una moneda extranjera, lo cual sería una “cosa” según el Cód. Civ. y Com.¹⁴. Ello por cuanto económicamente cumple con las tres funciones de toda moneda: (i) es un medio de pago, (ii) patrón de medida y (iii) es un refugio de valor que posibilita el ahorro y la inversión (Favier Dubois, 2021).

Desde nuestro punto de vista, los criptoactivos no pueden ser considerados moneda pues carecen del requisito esencial de la habitualidad en el

10 Art. 161 del Cód. Civ. y Com: “Bienes y cosas. Los derechos referidos en el primer párrafo del artículo 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre”.

11 Las personas que incorporan bitcoins a su patrimonio no lo hacen como licenciatarios de una obra protegida por derechos de autor, sino como titulares de un derecho de propiedad sobre una cantidad determinada de valores representados en el registro público (Eraso Lomaquiz, 2015).

12 Dicho con otras palabras, el “curso forzoso” o “curso legal” implica que un acreedor debe aceptar la moneda en cuestión como medio de pago (Ennecerus, 1953; TuhrV 1934, p. 506; Busso, 1958, p. 211; Bustamante Alsina, 1991).

13 Art. 30 de la Carta Orgánica del BCRA, Ley N° 20.539 (texto sustituido por Ley N° 24.144): “El Banco es el encargado exclusivo de la emisión de billetes y monedas de la Nación Argentina y ningún otro órgano del gobierno nacional, ni los gobiernos provinciales, ni las municipalidades, bancos u otras autoridades cualesquiera, podrán emitir billetes ni monedas metálicas ni otros instrumentos que fuesen susceptibles de circular como moneda. Se entenderá que son susceptibles de circular como moneda, cualesquiera fueran las condiciones y características de los instrumentos, cuando: i) El emisor imponga o induzca en forma directa o indirecta, su aceptación forzosa para la cancelación de cualquier tipo de obligación; o ii) Se emitan por valores nominales inferiores o iguales a 10 veces el valor del billete de moneda nacional de máxima nominación que se encuentre en circulación”.

14 Art. 765, Cód. Civ. y Com: “Concepto. La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”.



uso. Si bien existen determinados ámbitos donde los criptoactivos son utilizados en forma habitual, no puede asumirse que haya una masa crítica suficiente para considerarlos de tal manera (European Central Bank, 2015, p. 16). A modo de ejemplo, los comerciantes no aceptan en general recibir el pago del precio de una mercadería en criptoactivos, ya sea por desconocimiento o desconfianza del sistema. En definitiva, no existe aún un consenso determinante en cuanto a la utilización de los criptoactivos que pueda ser caracterizado con habitualidad (Denoya Rolla, 2018).

No obstante, en un futuro inminente esta avanzada tecnología podría ser considerada “moneda” virtual y, asimismo, se podría generalizar su curso legal en distintos países del mundo.

3. Vínculo jurídico entre el *Exchange* y el Usuario

3.1 ¿Dónde se encuentran los criptoactivos? *Exchange* y *Wallets*

Para entender la relación que existe entre los *Exchange* y los usuarios debemos describir las funciones que cada uno cumple en el mundo de los criptoactivos. Como se trata de un mercado puramente digital, todo intercambio debe realizarse solo de manera *online*. A grandes rasgos, hay dos tipos de programas que soportan las tecnologías y transferencias dentro de este ecosistema virtual: los *Exchange* y las *Wallets*.

Los *Exchange* de criptomonedas, criptoactivos, activos virtuales (léase “casas de intercambio”) suelen actuar, en general, como proveedores de criptoactivos y su negocio es (i) cobrar las comisiones a los usuarios al comprar/vender/intercambiar criptoactivos en su plataforma, y (ii) obtener una diferencia entre las cotizaciones de compra y venta de los criptoactivos. En líneas generales, un usuario pagará un precio ligeramente más alto por la compra de un criptoactivo dentro de la plataforma.

Además, hay ciertos *Exchange* que ofrecen un servicio de compra/venta/intercambio *peer-to-peer* o P2P, en el que son los propios usuarios del *Exchange* quienes comercian entre sí, fijando ellos mismos los detalles de la operación (p. ej., la cotización del criptoactivo transado). Los *Exchange* también po-

drían percibir una comisión por esta gestión, aunque en la práctica suelen ofrecerlo sin costo.

Los intercambios de criptoactivos dentro de las plataformas pueden llevarse a cabo de manera más o menos automática (p. ej., el *Exchange* materializa las operaciones indicadas por los usuarios) o mediante *smart contracts*, utilizados para implementar *cross-currency swaps*.

En definitiva, los *Exchange* son plataformas que operan en internet a las cuales los usuarios deben registrarse, aceptando los términos y condiciones de uso como veremos en el siguiente capítulo.

Las *Wallet* (“billetera virtual”) son un programa o aplicación que almacena las claves privadas para acceder y controlar las criptomonedas (Re, 2022, p. 1). Con la utilización de una billetera, los usuarios pueden enviar criptoactivos a otras direcciones, de otras personas o bien a servicios en línea que las acepten como forma de pago. Existen diferentes tipos de billeteras virtuales: de software (*software wallets*), que se instalan en un dispositivo (p. ej., celular o computadora); de hardware (*hardware wallets*), que son dispositivos físicos diseñados específicamente para almacenar claves privadas (un estilo de *pendrive*); web (*web wallets*), que son accesibles a través de un navegador web; y móviles (*mobile wallets*), que son aplicaciones diseñadas para dispositivos móviles.

En este artículo, vamos a profundizar el análisis únicamente sobre los *Exchange*.

3.2 Términos y condiciones

Los términos y condiciones definen las reglas, derechos, obligaciones y responsabilidades entre quienes pretenden servirse de los *Exchange* para operar en el mercado de los criptoactivos. Una vez aceptados los términos y condiciones, es el usuario¹⁵ quien debe crear su propia cuenta que implica proporcionar información personal y –en algunos casos– incluso financiera.

Una vez creada la cuenta, depositados los fondos, tanto en dinero *fiat* como en criptoactivos, podrá comenzar a operar. Los términos y condiciones deben proporcionar las instrucciones específicas y claras para llevar a cabo estas acciones.

15 Nos referimos a usuarios como cualquier persona, sea o no consumidor, que contrata con un *Exchange* en los términos de la ley argentina. En el capítulo 5 explicamos las razones por las cuales no todas las personas que contratan con un *Exchange* resultan consumidoras bajo la legislación vigente en nuestro país.

De esta manera, se configura un vínculo jurídico entre las partes a través de los llamados “contratos a distancia”¹⁶, que es la manera más eficiente para instrumentar este tipo de contrato.

Por su parte, los *Exchange* tienen un deber legal de informar de manera clara, precisa y objetiva sobre las características esenciales del servicio que brindan y un interés propio para que los usuarios los elijan por sobre la competencia.

En el entorno digital, los usuarios pueden cambiar rápidamente entre un proveedor y otro (*switching costs*) con un simple clic en su dispositivo, lo que fomenta un mercado bien competitivo (Rogers, 2015). De esta manera, los proveedores deben ser muy eficientes pues deben competir no solo en precio, sino también en la calidad de servicio, para mantener la lealtad del usuario en un entorno altamente fluido.

Respecto del servicio, cada *Exchange* elegirá cuáles son los criptoactivos disponibles dentro de su plataforma operativa. Lógicamente, los usuarios no podrán exigir que el *Exchange* incorpore uno u otro criptoactivo, sino que deberán elegir entre los ofrecidos en dicha plataforma. En este punto, vale aclarar que incluso puede ocurrir que un criptoactivo deje de ser compatible, por ejemplo, cuando se *forkea* como ya explicamos en el capítulo 2.2.

La configuración del vínculo jurídico entre los *Exchange* y el usuario plantea, al menos, dos cuestiones que nos interesa profundizar en este trabajo y que tienen que ver con: **(i)** el modo de aceptación y **(ii)** el lugar de celebración.

3.2.1 Modo de aceptación del contrato

En la Argentina, de momento, no es común que los usuarios cuenten con firma digital para aceptar los términos y condiciones del contrato, puesto que para su utilización se requiere que su titular haya obtenido un certificado digital provisto por

un certificador licenciado¹⁷. Además, quien solicita el certificado deberá someterse a un proceso de validación presencial de su identidad mediante la captación de sus datos biométricos. De modo que, mientras no se agilice la implementación de este sistema, nos parece apropiado que se prescinda de tal exigencia (Clusellas, 2015, p. 37).

La opción más utilizada en la práctica comercial *online* es el documento digital con firma electrónica. Si bien esta modalidad carece de los efectos legales de la firma digital, resultan suficientes para acreditar una manifestación de voluntad. En efecto, por aplicación del principio general de libertad de formas que emana del Cod. Civ. y Com., la firma electrónica es plenamente válida para manifestar la voluntad y, por ende, para celebrar acuerdos por medios electrónicos, siempre que la legislación no exija otra formalidad.

Ahora bien, la firma electrónica no goza de las presunciones de autoría e integridad propias de la firma digital y conlleva una debilidad probatoria en caso de desconocimiento. Los documentos digitales firmados con firma electrónica o los contratos *clickwrap*¹⁸ –que exigen del usuario solo dar un clic–, para nuestro sistema jurídico constituyen principio de prueba por escrito y, eventualmente, requerirán de otros elementos probatorios para acreditar que el usuario aceptó los términos y condiciones ofrecidos por el *Exchange*.

3.2.2 Lugar de celebración del contrato

El lugar de celebración de un contrato electrónico es aquel en donde se acepta y ahí es cuando se perfecciona el vínculo jurídico. De modo tal que, si el contrato fuera celebrado a través de internet, su lugar de celebración sería el territorio en donde se encontraba la persona que aceptó la oferta. Los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta¹⁹ y si se tratase de un contrato entre ausentes, se concluirán cuando es recibida por el proponente durante el plazo de vigencia de la oferta²⁰. La elección de la jurisdicción a menudo

16 Art. 1105 del Cód. Civ. y Com.: “Contratos celebrados a distancia. Contratos celebrados a distancia son aquellos concluidos entre un proveedor y un consumidor con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia, entendiéndose por tales los que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de las partes contratantes. En especial, se consideran los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa”.

17 Ley 25.506 de “Firma Digital”.

18 En este tipo de contratos una de las partes (aceptante) manifiesta su voluntad de aceptar las condiciones o cláusulas redactadas por la otra (predisponente) mediante un simple clic en la leyenda “Acepto”, “Estoy de acuerdo” o similar, que aparece normalmente al final del documento escrito y que se muestra en el dispositivo del usuario (Noriega, 2019).

19 Art. 971 del Cód. Civ. y Com.: “Formación del consentimiento. Los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo”.

20 Art. 980 del Cód. Civ. y Com. “Perfeccionamiento. La aceptación perfecciona el contrato: (...) b) entre ausentes, si es recibida por el proponente durante el plazo de vigencia de la oferta.”



está regulada por las cláusulas resultantes de los términos y condiciones.

Aclaremos que esta cuestión tiene significativa relevancia en la medida que el lugar de perfeccionamiento del contrato (entendido como el territorio en el que se encontraba la persona al momento de aceptar los términos y condiciones) es el que determina el derecho aplicable a esa relación jurídica²¹ y muchas veces, también la competencia del órgano jurisdiccional.

En general, conocer el lugar de celebración del contrato *online* puede resultar una cuestión compleja. Lo lógico sería identificar desde dónde se aceptaron los términos y condiciones o se perfeccionó una operación de criptoactivos conociendo la dirección del IP del dispositivo utilizado. Sin embargo, es posible que los usuarios utilicen VPN (Redes Privadas Virtuales), que son herramientas para cambiar la dirección IP aparente del usuario, haciendo que la conexión parezca que proviene de un lugar diferente al real.

3.3 Cláusulas abusivas

En la Argentina, el control de las cláusulas de los términos y condiciones se realiza a partir de criterios generales que permiten analizar su contenido²². El Cód. Civ. y Com.²³ prevé principalmente un marco regulatorio para interpretar el régimen de cláusulas abusivas en donde las cláusulas ambiguas se interpretan en favor del usuario.

A fin de no hacer demasiado extenso el análisis, hemos identificado cuatro supuestos de cláusulas abusivas que desarrollamos a continuación (Castelli, Gascón y Kissner, 2023):

- **Cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del proveedor:** la pauta resulta de tal amplitud que una diversidad de cláusulas podrá encuadrarse en este supuesto. En general, corresponderá para los casos en los cuales se coloque al usuario en manifiesta desventaja respecto del proveedor. Esta desnaturalización puede desvirtuar la finalidad del contrato.
- **Cláusulas que importan una renuncia o restricción de los derechos del adherente:** como principio no se permite que se limiten los derechos de los adherentes por la vía contractual; sin embargo, todo derecho genera un costo, de modo que la limitación de un costo/derecho podría ser óptima. Pensamos que existen casos en que la renuncia o restricción podría ser válida si hay un beneficio para el adherente.
- **Cláusulas que amplían derechos del proveedor que resultan de normas supletorias:** entendemos que este supuesto no es adecuado ya que, si la cuestión no está gobernada por normas de orden público, las partes pueden disponer al respecto y seguir normas supletorias. En ese sentido, no debería haber obstáculo para que el proveedor amplíe sus derechos: de hacerlo, tendrá presente la pauta interpretativa y será juicioso en la redacción del contrato, porque pesan contra el predisponente las presunciones sobre la interpretación de las cláusulas. Por otra parte, no debe perderse de vista que la ampliación podría ser válida si hay una contraprestación adecuada (Rivera, 2014, p. 466).
- **Cláusulas que no son razonablemente previsibles:** las denominadas “cláusulas sorprendentes” son aquellas que, aun con una debida diligencia, no son razonablemente esperables para el adherente. Para su determinación, deberá evaluarse lo que una persona promedio espera de ese tipo de contratos, sin ahondar en aspectos subjetivos. Nótese que el proveedor utiliza términos y condiciones generales de forma masiva sin considerar las características peculiares del contratante. El estándar de la previsibilidad debe ponderarse con un criterio razonable (p. ej., sin que exista una necesidad de acreditar que el término sea “absolutamente” previsible).

En definitiva, el rasgo de abusivo de una cláusula no estará dado por la forma en que el usuario acepta el contrato –si adhiere o si negocia–, sino por la legalidad del contenido de la cláusula. Ello está implícito en el art. 1118 del Cód. Civ. y Com. que permite que el juez declare abusiva una cláusula aun cuando haya sido negociada individualmente

21 Art. 2652 del Cód. Civ. y Com. “Determinación del derecho aplicable en defecto de elección por las partes. (...) La perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada”.

22 Se ha justificado el uso de esta metodología por sobre un listado cerrado debido a que podrían perder actualidad muy pronto y a que el fenómeno de las cláusulas abusivas es sectorial según el mercado de que se trate (Anteproyecto de Código Civil y Comercial, 2012, p.151).

23 Arts. 985 a 988 y 1117

o aprobada expresamente por el adherente. Se debe tener presente que las cláusulas que se negocian de forma individual o que amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general se consideran “particulares” y son las que prevalecen finalmente sobre las “generales”.

La responsabilidad de los *Exchange*

4.1 Obligaciones genéricas

Las obligaciones genéricas de un *Exchange* comprenden (i) el idóneo funcionamiento de la plataforma, (ii) el correcto intercambio de los criptoactivos y (iii) su efectiva custodia. Estas obligaciones son asumidas al momento de perfeccionar el vínculo jurídico con el usuario y resultan de los términos y condiciones propuestos. En definitiva, se trata de las prestaciones a cargo del *Exchange*.

Un *Exchange* debe asumir la mayor parte del riesgo de la operación ofrecida en el entorno digital: decimos la mayor parte porque existen supuestos, como una caída masiva del servicio de internet²⁴, cuyas consecuencias no pueden válidamente recaer sobre el *Exchange*. En cambio, debería ser responsable en el caso de que la plataforma esté temporalmente inhabilitada por haberse omitido una actualización tecnológica, impidiendo que los usuarios dispongan de sus tenencias. Por lo tanto, consideramos que los *Exchange* deben asegurar el idóneo funcionamiento de su plataforma, excepto cuando ocurra un evento de caso fortuito o fuerza mayor que les exceda.

Eventualmente, podrá informar a los usuarios con un tiempo razonable la programación de tareas de mantenimiento que podrían limitar las funcionalidades de la plataforma. Siempre que acredite haber cumplido con el correcto deber de información tampoco debería caberle responsabilidad por el período que duren tales tareas de mantenimiento, las cuales, en definitiva, redundan en beneficio de los usuarios.

Por otro lado, un *Exchange* debe asegurar que un intercambio de criptoactivos se efectivice de acuerdo con la voluntad de los usuarios y ponderando

las cotizaciones vigentes. Es esperable y exigible que las plataformas no tengan fallas en los servicios de intermediación que prestan. Por ejemplo, no es aceptable que un usuario pretenda enviar sus tenencias a otro usuario en cierto momento utilizando el soporte de la plataforma y esa operación falle. Tampoco debiera ocurrir que un usuario ofrezca un intercambio a cierto valor y el *Exchange* lo materialice a uno distinto. Estos ejemplos de errores materiales y, probablemente, involuntarios constituyen incumplimientos por los que, en principio, el *Exchange* deberá responder.

Finalmente, una de las obligaciones de mayor trascendencia de los *Exchange* es el deber de seguridad, entendido como la efectiva custodia de los criptoactivos de titularidad de los usuarios²⁵. Los *Exchange* suelen informar en el estado de cuenta de cada usuario sus tenencias de criptoactivos o dinero *fiat* en tiempo real. En ese sentido, deben asegurarles que dichas tenencias se mantendrán seguras en sus cuentas y serán custodiadas por los *Exchanges* —o por terceros idóneos—, estando disponibles para una operación cuando ellos lo deseen, sujeto a las condiciones que correspondan.

En ese sentido, ante cualquier sustracción ilegítima, ataque cibernético, desaparición de los activos o imposibilidad de disponer de ellos, el *Exchange* deberá responder, salvo que este acredite que ocurrió por un descuido del usuario que compartió la clave con un tercero, o por caso fortuito o la naturaleza de la misma cosa, es decir, la criptomoneda (Santamaría, 2022). Aclaremos, sobre el último supuesto, que podría ocurrir que el propio criptoactivo presente una falla de seguridad que no pueda serle atribuida al *Exchange*.

4.2 Obligaciones específicas de los *Exchange*

4.2.1 Obligaciones específicas aplicables a las relaciones de consumo

Las obligaciones específicas se encuentran previstas en la Ley 24.240 de “Defensa del Consumidor” y su finalidad es la de otorgar mayor protección a los consumidores de manera que se equilibre la

24 Estar conectado a internet es imprescindible para poder utilizar todos los servicios que ofrece una plataforma. Obviamente, el adecuado funcionamiento de aquel no depende del *Exchange*, sino de personas jurídicas distintas e independientes.

25 Sabemos que existe una extensa discusión doctrinaria acerca de esta función de custodia que, si bien no la abordaremos en este artículo, mencionamos al mero efecto informativo. Algunos consideran que se trata de un “depósito irregular”, ya que estamos ante bienes fungibles, en la medida que esta figura establece que se transmite la tenencia de bienes a un depositario que luego deberá devolverlos en la misma cantidad y calidad. Otros consideran que se trata de un contrato innominado, toda vez que los criptoactivos son bienes inmateriales e intangibles y, por ende, rige la voluntad de las partes (términos y condiciones).



asimetría existente con relación a los proveedores de bienes y servicios. Eventuales incumplimientos a estos deberes pueden dar lugar a la promoción de acciones judiciales, tanto individuales como colectivas, como también a sanciones por parte de autoridades administrativas argentinas.

Una de las obligaciones fundamentales de los *Exchange* es el deber de informar a los consumidores sobre la naturaleza y características relevantes de los bienes y servicios comercializados, así como lo relativo a sus precios y condiciones de contratación. Esta información debe ser veraz, detallada, eficaz y suficiente; debe ser transmitida en forma cierta y objetiva²⁶; y tiene una mayor relevancia en virtud de la novedad y la complejidad que el tema involucra. Siguiendo con este enfoque, cierta doctrina (Lucero, 2023) propuso puntos de información que deberían ser brindados de parte de los *Exchange*, tales como: **(i)** el riesgo y la volatilidad del mercado; **(ii)** las comisiones por compra y venta; **(iii)** la cotización de la divisa al momento de realizar la operación; **(iv)** la aclaración respecto al servicio de *staking*²⁷ de si es flexible o bloqueado, así como su tasa y retornos; **(v)** la especificación sobre la cadena de bloques utilizada al realizar transferencias de criptomonedas; y **(vi)** los cargos por dicho movimiento. El propósito de este deber de información es que el consumidor pueda tomar una decisión informada al momento de operar en esta industria de alta volatilidad.

Por otro lado, la normativa de defensa del consumidor prevé el deber de trato digno²⁸ hacia este, en virtud del cual el proveedor debe tener en consideración y, asimismo, respetar la integridad de las personas con las que establece una relación de consumo. Por otra parte, los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias, es decir, situaciones que lo pongan en ridículo, que representen maltrato, que atenten con su integridad física o que incluso, infundan temor.

4.2.1 Asunción del riesgo inherente a los criptoactivos

Los riesgos inherentes a los criptoactivos por la fluctuación de su valor transitan en una dirección distinta a todo lo anteriormente desarrollado. Esta circunstancia escapa a la órbita de control de un *Exchange*, no tiene ninguna injerencia (como hemos dicho ya, el valor de una criptomoneda se determina por la oferta y la demanda)²⁹ y mucho menos una obligación en ese sentido. Este riesgo, entre otras cosas, implica que un activo pueda cambiar bruscamente de valor de un día para el otro o incluso en cuestión de horas. Aunque no podemos asumir que este riesgo es de público y notorio conocimiento³⁰, la mayoría de los usuarios lo conocen desde el mismo momento que empiezan a operar con criptomonedas e incluso suele ser advertido en los términos y condiciones de la *Exchange*.

26 Art. 4 de la Ley de Defensa del Consumidor: "Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición".

27 Este servicio consiste en "bloquear" los fondos que serán usados para respaldar la seguridad y las operaciones de una red *blockchain* durante un determinado tiempo mientras genera intereses como recompensa para el usuario. Su objetivo es garantizar la seguridad de la red frente a ciberataques. Sería como una especie de plazo fijo con el dinero tradicional.

28 Art. 8 de la Ley de Defensa del Consumidor: "Trato digno. Prácticas abusivas. Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas. En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial. Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el art. 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor".

29 Es imposible que un *Exchange* asegure el valor de un activo a sus usuarios.

30 Por ejemplo, así fue advertido por el BCRA y por la Comisión Nacional de Valores ("CNV") mediante el comunicado del 20 de mayo de 2021: "Los criptoactivos presentan riesgos y desafíos para sus usuarios, inversores y para el sistema financiero en su conjunto. En los últimos años la proliferación de los criptoactivos, la dinámica que exhiben sus precios, su tecnología subyacente y alcance global, así como las actividades asociadas a su operatoria, han llevado a que diferentes organismos nacionales e internacionales emitieran recomendaciones al respecto. En este marco, el Banco Central de la República Argentina (BCRA) y la Comisión Nacional de Valores (CNV) consideran oportuno proveer información y alertar sobre eventuales implicancias y riesgos que los criptoactivos pueden acarrear, así como recomendar una actitud prudente a fin de mitigar una eventual fuente de vulnerabilidad para los usuarios e inversores. Si bien los criptoactivos actualmente no evidencian niveles significativos de aceptación y utilización en Argentina, la velocidad de los desarrollos y el creciente interés en ellos hacen necesario la adopción de una actitud precautoria frente a los mismos ...".

Al momento de realizarse la operación, el usuario conoce este riesgo y, si decide concretarla libre y voluntariamente, asume ese riesgo y, en consecuencia, es el único responsable de su accionar (incluso si el activo adquirido sufre posteriormente una caída de su precio). Es improcedente que se pretenda, como hemos visto alguna vez, responsabilizar a una *Exchange* por hechos relacionados con la mera fluctuación del valor del criptoactivo. Al concretar una inversión, una persona especula porque hace suposiciones de que obtendrá una ganancia, pero nadie le brinda una certeza absoluta de que ello ocurrirá efectivamente: de ahí que es absurdo que si percibe la ganancia siga adelante con su vida, pero si sufre una pérdida pretenda responsabilizar a un tercero (*Exchange*) para que la afronte.

Los *Exchange* tienen responsabilidades y obligaciones con respecto a los usuarios y consumidores, y normalmente incluyen limitaciones de responsabilidad en sus términos y condiciones. Estas disposiciones pueden eximir al *Exchange* de responsabilidad en ciertas circunstancias o limitar la cuantía de los daños que pueden ser reclamados. Sin embargo, cualquiera de estas disposiciones no resulta absoluta, ya que pueden ser consideradas abusivas y determinar su validez revisada judicialmente.

La responsabilidad de los *Exchange* por la variación de precio es subjetiva y solo se vincula con la negligencia al proporcionar información sobre los bienes que se comercializan. Si bien no debe perderse de vista que las plataformas no prestan asesorías, suelen realizar publicidades de sus productos que de ninguna manera deben ser engañosas para los usuarios (en el sentido que puedan ser entendidas como una recomendación de compra de tal o cual producto), ya que ello podría incidir sobre el consentimiento de usuario al momento de concretar una operación. Sobre este punto, es importante destacar que muchas veces los *Exchange* no cobran ninguna comisión por la compra o venta de criptomonedas en su plataforma³¹, es decir, que no tienen ningún incentivo económico en fomentar que efectivamente ocurra una operación. De ahí, entonces, el hecho de que un activo digital suba o baje de valor –y eso influya sobre las operaciones– no tiene implicancia concreta para el *Exchange*.

4.3 Comentarios finales sobre la responsabilidad

En definitiva, resulta necesario que tengamos en claro cuáles son las obligaciones de los *Exchange*

para identificar cuándo existe un incumplimiento que genere responsabilidad. De lo contrario, la consecuencia mediata será que se incluya a estas plataformas en cualquier tipo de reclamo relacionado a la industria de los criptoactivos, aun cuando no tuvieron una participación directa en la ocurrencia del daño. Es que, el hecho de que la participación de un *Exchange* sea imprescindible para cualquier tipo de operación vinculada a los criptoactivos es un arma de doble filo, pues resulta la persona jurídica con mayor visibilidad y, por consiguiente, facilidad para que los usuarios le inicien reclamos.

Las obligaciones genéricas incluyen garantizar el funcionamiento adecuado de la plataforma, asegurar la ejecución correcta de las transacciones y la custodia segura de los activos de los usuarios: estas obligaciones son fundamentales para garantizar una experiencia de usuario segura y efectiva en el entorno digital.

Por otro lado, las obligaciones específicas dirigidas a los consumidores tienen como objetivo proporcionar información clara, precisa y que no preste a confusiones sobre los riesgos y características de los criptoactivos, permitiendo a los usuarios tomar decisiones informadas. Además, se espera que los *Exchange* brinden un trato digno a sus usuarios, incluyendo un servicio eficiente de atención al cliente ante cualquier inconveniente que se pueda presentar durante la operatoria.

Sin embargo, está muy claro que los *Exchange* no pueden asumir la responsabilidad por la fluctuación en el valor de los criptoactivos, ya que este es un riesgo inherente al mercado y escapa de su control. Los usuarios deben ser conscientes de la volatilidad de los activos y asumir el riesgo y la responsabilidad por sus propias, buenas o malas, decisiones de inversión.

5. Consumidores o Inversores: ¿es siempre una relación de consumo?

5.1 Consumidor vs. Inversor: La diferencia está en el destino asignado

Existen diferencias significativas entre un consumidor y un inversor que conllevan a que no puedan ser tratados del mismo modo: estas diferencias parten de la base de que, valga la redundancia, mientras un consumidor consume, un

31 Sino que lo hacen por el mero hecho de tener listada una determinada criptomoneda en su plataforma.



inversor invierte (Real Academia Española, 2023). Es fundamental determinar la actividad que cada uno despliega, ya que de aquella derivan sus consecuencias, tal como la ley aplicable y las obligaciones de las partes involucradas.

Tanto la Ley de Defensa del Consumidor como el Cód. Civ. y Com. definen al “consumidor” como “la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”. En otras palabras, la normativa establece que el elemento esencial e imprescindible para que una persona pueda ser considerada consumidor está dado por el destino final del bien (p. ej., que se agote la vida económica o la cadena de valor del bien en cuestión). Por lo tanto, en la medida en que ese bien no tenga un destino final, el sujeto no podrá ser considerado un consumidor.

Para un mayor entendimiento, esta noción de “consumo (o destino) final” indica que el producto en cuestión es retirado –desde su adquisición– de la denominada “cadena de valor” del mercado, lo que supone que aquel no continuará integrando una ulterior cadena de valor ni ciclo productivo, de modo que el bien en sí ha llegado a su fin, a manos de un consumidor final. De allí se ha concluido que “consumo final” alude a una transacción que se da fuera del marco de la actividad profesional de la persona, ya que no va a involucrar el bien o servicio adquirido en otra actividad con fines de lucro, o en otro proceso productivo (Santarelli, 2009).

Por otro lado, un inversor puede ser definido como una persona que adquiere valores negociables por los que se puede recibir un flujo de fondos variable. La finalidad de su transacción es la de recibir un valor mayor al invertido y, por ende, trae consigo un claro ánimo de lucrar. Es insoslayable que una inversión no tiene como destino la preservación del valor de los ahorros, sino acrecentarlos.

Con las definiciones brindadas, ya podemos deducir la existencia de una diferencia notable para entender la cuestión: la finalidad de lucro. Mientras que el consumidor adquiere un bien como destinatario final, es decir, que lo consume y agota su vida útil (excepto cuando se trata bienes no consumibles), el inversor adquiere un producto con la

finalidad de obtener una rentabilidad (ánimo de lucrar) que en la mayoría de los casos es imposible asegurar o conocer su magnitud y hasta, en algunos casos, puede no existir. De esto se colige otra diferencia significativa: el riesgo de la operación.

Vamos a ejemplificar estas diferencias (lucro y riesgo) con operaciones de criptoactivos: no puede considerarse lo mismo una persona que invierte elevadas sumas de dinero en *Bitcoins* y a los seis meses los vende a un precio mayor que una persona que compra 200 dólares estadounidenses con el dinero que le sobra de su sueldo y los guarda debajo de su colchón hasta tanto pueda realizar, por ejemplo, un viaje. Mientras que el primero es un inversor que realiza una transacción riesgosa con la finalidad de obtener una ganancia, el segundo es un ahorrista que opta por una moneda dura para no ser víctima de la depreciación del dinero de su país. Uno intenta lucrar y el otro preservar el valor de la moneda. Por cierto, que el consumidor será este último ejemplo.

Al respecto, Lorenzetti (2009, p. 104) sostuvo que, si existe ánimo de lucro, queda excluida la relación de consumo. Concretamente, interpretó que la ley argentina declara que siempre que hay consumo final, se aplica su régimen protectorio, salvo que esos bienes sean destinados a la producción. Aun cuando exista un consumo final, si el bien es integrado en procesos productivos, queda excluido. Es sumamente habitual que un inversor compre un activo digital y lo venda a los pocos días porque aumentó significativamente su valor; por lo tanto, es inusual que un inversor mantenga ese mismo activo dentro de su patrimonio durante el transcurso de toda su vida, sino que su intención siempre será revenderlo a mayor precio en un futuro (dependiendo de las fluctuaciones del activo). Por eso, de haber un mínimo de integración productiva, no hay lugar para considerar que quien recibe los criptoactivos es su destinatario final (Chamatropulos, 2016, p. 43) ni, por ende, para calificar a la relación contractual respectiva como una relación de consumo.

Incluso, existen normativas e institutos previstos en el régimen protectorio de defensa del consumidor que resultan indudablemente incompatibles (y, por ende, inaplicables) con el ámbito de las criptomonedas. Solo por mencionar un ejemplo, destacamos el conocido “derecho de revocación”³² y

32 Art. 34 de la Ley de Defensa del Consumidor: “Revocación de aceptación. En los casos previstos en los artículos 32 y 33 de la presente ley, el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de DIEZ (10) días corridos contados a partir de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esta facultad no puede ser dispensada ni renunciada (...)”.

el “botón de arrepentimiento”³³. Es impracticable que un *Exchange* incluya este botón en su plataforma y, de hacerlo, sería el fin de las criptomonedas. Sus particularidades y alta volatilidad hacen que sea imposible incluir esta opción revocatoria, no siendo funcional y necesaria, y solo provocaría una ventaja injustificada a los consumidores. Dicha ventaja consistiría en que un consumidor adquiriera una criptomoneda y, en caso de que baje su valor dentro del plazo de diez días (o incluso menos) desde que fue adquirido, podría ejercer su derecho de revocación y solicitar que se le restituya el precio abonado: nada más irracional e incompatible con este tipo de operaciones. Al respecto, Gascón consideró que no debe aplicarse este derecho de revocación a las operaciones de compra y venta de criptoactivos (2023, p. 141).

5.2 El inversor

Habiendo una diferencia entre un inversor y un consumidor, debemos ahondar en la normativa que los protege dentro de cada actividad.

El inversor –dada la naturaleza de las operaciones que realiza– se presume que no se encuentra en una situación de vulnerabilidad o asimetría frente al “proveedor” y, por ende, no necesita y –en principio– no se le aplican las protecciones del régimen de defensa del consumidor. El inversor se presume que tiene amplio conocimiento en la materia y especula con productos financieros con el objeto de obtener el mayor rédito posible.

Existen otras normas ajenas a las que resguardan los derechos de los consumidores que tienden a proteger al inversor. Por ejemplo, en caso de operar en mercados no regulados, los inversores estarán protegidos por el régimen de contratos de adhesión que comentamos en el capítulo 3.3.

5.3 El consumidor

El consumidor no cuenta con la misma experiencia y conocimiento que el inversor, lo que deriva en una asimetría con respecto al “proveedor” y una necesidad mayor de protección. Cabe tener presente que con el derecho del consumo se busca –principalmente– proteger a los consumidores porque se considera que estos no pueden hacerlo de manera adecuada por sus propios medios.

Es claro que nos encontramos ante una regulación de tinte paternalista en los términos del Profesor

Sunstein (2017), quien explica que una política es tal cuando una institución pública o privada toma medidas para influir en la toma de decisiones de ciertas personas (los consumidores), porque considera que las decisiones que tomarán esas personas no serán las adecuadas (en términos económicos, esas decisiones no maximizarán su propio bienestar). Basado en emociones e impulsos, o incluso por cuestiones altruistas, las personas toman decisiones conflictivas con sus propios intereses a largo plazo, distinto de lo que realmente desean y optan, incluso, por cursos de acción, aunque no los beneficie directamente (Jolls, Sunstein, & Thaler, 1998, pp. 1471-1550; Korobkin & Ulen, 2000, pp. 1051-1144).

Como ya vimos, existen ciertas obligaciones en cabeza de los *Exchange* que, en caso de incumplimiento, darán lugar a la aplicación de la normativa de defensa del consumidor: particularmente, nos referimos a lo relacionado con los servicios prestados por el *Exchange*.

Por el contrario, si una criptomoneda sufre una disminución en su valor, no se puede aplicar ese régimen protectorio, ya que simplemente se trata de una mala inversión.

5.4 En definitiva, se deberá analizar cada caso en particular

La aplicación de un régimen tutelar como el de consumo se encuentra justificado para los consumidores inexpertos que contratan con el *Exchange* para, por ejemplo, adquirir criptoactivos sin ánimo de lucro y con un bajo riesgo (no podemos decir que este último sea nulo en este mercado tan volátil).

Ahora bien, no existe una desigualdad estructural entre un inversor calificado que cuenta con experiencia y conocimiento sobre el tema y un *Exchange* que actúa como facilitador e intermediario. De ahí que aplicar el régimen de defensa del consumidor a los inversores, aun cuando existen otras normas que tienden a protegerlo, deviene innecesario y solo implicaría un exceso que afectaría los derechos de los proveedores.

Así, consideramos que es estrictamente necesario analizar cada caso en particular para determinar la normativa aplicable. Existen usuarios profesionalizados que hacen uso de estas plataformas con la

33 Resolución 424 de 2020 de la Secretaría de Comercio Interior. Por la cual se establece la obligatoriedad del botón de arrepentimiento. 5 de octubre de 2020.



intención de tomar ventajas del mercado para aplicarlo a sus propios sistemas productivos, por lo que la aplicación del régimen protectorio puede no ser justificado (Castillejo Arias, 2020, p. 139). Por eso, la aplicación automática del derecho del consumidor a cualquier desavenencia que tenga como protagonista a un *Exchange* implica un ciego ritualismo que debe ser dejado de lado. Los tribunales tampoco deben ampararse en las presunciones del régimen de defensa del consumidor en casos de duda.

De lo contrario, la consecuencia necesaria será dañar esta actividad tan innovadora que facilita las operaciones a millones de personas, permitiéndoles que puedan invertir o ahorrar –asumiendo el riesgo– de una manera práctica, sencilla y eficiente. Es que sentar precedentes en ese sentido no tendría otra consecuencia que la de fomentar reclamos injustificados contra los *Exchange* a fin de que, por ejemplo, sean responsables de los resultados adversos de una inversión que no rindió conforme lo deseado.

Conclusiones

Exploramos la naturaleza jurídica de los criptoactivos destacando su carácter intangible, su valor derivado de factores complejos y su función como instrumentos digitales que representan valor económico. También analizamos el vínculo jurídico entre los *Exchanges* y los usuarios, destacando la importancia de los términos y condiciones, el *customer journey* y las eventuales responsabilidades que podrían recaer sobre estas plataformas.

En este contexto, es evidente que los criptoactivos desafían las estructuras legales existentes y plantean nuevas preguntas sobre su marco jurídico. Las leyes y regulaciones actuales están lidiando con la falta de claridad en torno a los criptoactivos, creando un terreno legal complejo y en constante evolución. Los *Exchange*, como intermediarios en este espacio, deben cumplir con ciertas obligaciones para garantizar la seguridad y la confianza de los usuarios. Sin embargo, resulta necesario comprender el alcance del rol que tienen dentro de este universo digital para atribuirles eventuales responsabilidades por los distintos riesgos que conllevan las operaciones con criptoactivos.

Los *Exchange* y los usuarios por igual deben mantenerse informados y cumplir con las regulaciones existentes, así como estar preparados para adaptarse a los futuros cambios en el marco legal de los criptoactivos. En definitiva, habrá que lograr un equilibrio entre la innovación tecnológica –que

avanza sostenidamente– y la protección a los derechos de los usuarios y consumidores. Este desafío seguirá siendo un tema medular en la evolución del ecosistema de los criptoactivos.

Referencias bibliográficas

- Borda, G.J. (2017). *Derecho Civil Parte General*. La Ley.
- Busso, E. (1958). *Código Civil Anotado*, (T. IV).
- Bustamante Alsina, J. (1991). *Las obligaciones de dar sumas de dinero después de la ley 23.928*, La Ley.
- Caramelo, G., Picasso, S. y Herrera, M. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (1a ed.). Infojus.
- Castelli, Leandro M., Gascón Alejo M. y Kissner, A. (2023). Contratos de Consumo (arts. 1092-1122) en Rivera, J. C. y Medina, G., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (2da ed.)
- Castillejo Arias, V. A. (2020). Régimen de Responsabilidad Civil de los Exchanges de Criptomonedas. *Revista Código Civil y Comercial*. La Ley.
- Chamatropulos, D. A. (2016). *Estatuto del consumidor*. La Ley.
- Clusellas, E. G. (2015). *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*. (T. 4). Astrea.
- Código Civil y Comercial [Cód. Civ. y Com]. Ley 26994 de 2014. 1 de agosto de 2015 (Argentina)
- Constitución Nacional Argentina [CN]. Ley 24430 de 1994. 3 de enero de 1995 (Argentina)
- Denoya Rolla, P. D. (2018). Las criptomonedas y su naturaleza jurídica en el derecho comparado y Argentina.
- Enneccerus, L. (1953). *Tratado de Derecho Civil, Parte General*. (Vol. I).
- Eraso Lomaquiz, S.E. (2015). *Las monedas virtuales en el Derecho argentino. Los Bitcoins*. La Ley.
- European Central Bank. (2015). *Virtual Currency Schemes*.

- Favier Dubois, E. M. (2021). *Naturaleza jurídica de las “criptomonedas” y sus consecuencias*. El-Dial.com, Biblioteca Jurídica Online, Suplemento de Derecho Empresarial.
- Gascón, A. M. (2023). El Derecho de Revocación en la Contratación Electrónica. *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Contratación Electrónica*.
- Jolls C., Sunstein, C. R. y Thaler, R. A. (1998). *A Behavioral Approach to Law and Economics*. Stanford Law Review, 50.
- Korobkin, R. B. y Ulen, T. S. (2000). *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*. California Law Review, 88(4).
- Lorenzetti R. L. (2009). *Consumidores*, (2. ed.) Rubinzal-Culzoni.
- Lorenzetti, R. L., Highton de Nolasco E. y Kemelmajer de Carlucci, A. (2012). *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial*, por medio del cual se propone la unificación de los códigos Civil y Comercial.
- Lucero, L. H. (2023). *Criptomonedas, un nuevo enfoque desde el Derecho del Consumidor*. Revista de Derecho del Consumidor, IJ Editores.
- Nakamoto S. (2008), *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*.
- Noriega. N. N. (2019). *Contratos inteligentes, contratos electrónicos. Disrupción en el mundo jurídico argentino*. Revista de Derechos Reales y Registral, (11).
- Re, L. (2022). *Indagaciones sobre la Naturaleza Jurídica de las Criptomonedas*, Revista Argentina de Derecho, Tecnología y Sociedad (4).
- Real Academia Española. (s.f.). Cultura. En Diccionario de la lengua española. Recuperado en 6 de noviembre de 2023, de <https://dle.rae.es>.
- Rivera, J. C. (2004). Instituciones de Derecho Civil, Parte General (T. II) Abeledo-Perrot.
- Rivera, J. C. y Medina, G. (Dir.) (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, (1 ed.; T.3). La Ley.
- Rogers, B. (2015). *The Social Costs of Uber*. University of Chicago Law Review Dialogue, Forthcoming, Temple University Legal Studies Research, (28).
- Santamaría, M. (2022). *Responsabilidad civil de los exchanges de criptomonedas*. La Ley.
- Santarelli, F. G. (2009). Comentario al art. 2° - Proveedor, en Picasso, S. y Vázquez Ferreyra, R. A. (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada* (T.I), La Ley.
- Schumpeter, J. (1966). *Capitalism, Socialism and Democracy*. Unwin University Books.
- Sunstein, C. R. (2017). Keynote: Forcing People to Choose is Paternalistic. Missouri Law Review, 82(3), 643-668. Recuperado al 6 de noviembre de 2023, de <https://scholarship.law.missouri.edu/mlr/vol82/iss3/6>.
- Szabon, N. (1996). Smart Contracts: Build Blocks for Digital Markets.
- Tambussi, C. (2018). *Contratos de Consumo*, en Bueres, A. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias*, (1° ed; T.3) Hammurabi.
- Tschieder, V. G. (2020). Derecho & Criptoactivos. La Ley.
- Tuhr, A. V. (1934). *Tratado de las Obligaciones*, (T. I).
- Vito, F. (1961). *Curso de economía política*.

“Mecanismos alternativos de resolución de controversias en materia de consumo en Chile: Análisis del impacto y eficacia”

— José Luis Corvalán Pérez* e Isidora Francisca Fernández Hitschfeld** —

Resumen

En este artículo se revisarán los mecanismos alternativos de solución de controversias que existen actualmente en Chile en materia de consumo. En este sentido, el artículo revisará los principales elementos del Reglamento que regula la mediación, conciliación y arbitraje en materias de consumo, publicado en el Diario Oficial con fecha 13 de diciembre de 2022, que entró en vigencia el 14 de junio de 2023, de los ODR o sistema de “Resolución de conflictos en Línea” incorporado por la Cámara de Comercio de Santiago y de los procedimientos voluntarios colectivos, incorporado por la Ley 21.081 publicada el 13 de septiembre de 2018.

El objeto del artículo es hacer un diagnóstico de la situación que se encontraba vigente previo a estos mecanismos y analizar el impacto de su incorporación en las relaciones de consumo y tráfico comercial, la forma en que se han implementado y su eficacia para resolver conflictos, los incentivos para los proveedores para ofrecer y someterse a los mismos en el marco de una legislación que tiende a fortalecer la protección de los derechos de los consumidores, y los desafíos pendientes en esta materia.

Palabras clave

Conciliación, Mediación, Arbitraje, Reglamento, Online Dispute Resolution (ODR), Procedimientos Voluntarios Colectivos (PVC).

Abstract

This article will review the alternative dispute resolution mechanisms currently in place in Chile regarding consumer issues. The article will examine key elements of the regulations governing mediation, conciliation, and arbitration in consumer matters published in Chile's Diario Oficial on December 13th, 2022 and came into effect on June 14th, 2023. It will also address the online dispute resolution (ODR) system introduced by the Santiago Chamber of Commerce and the voluntary collective procedures established by Law 21.081 published on September 13, 2018.

The objective of the article is to diagnose the situation that was in place before these mechanisms and analyze their impact on consumer and commercial relationships, their implementation, effectiveness in conflict resolution, incentives for providers to offer and adhere to them within a legislative framework strengthening consumer rights protection, and the remaining challenges in this area.

Keywords

Conciliation, Mediation, Arbitration, Regulation, Online Dispute Resolution (ODR), Voluntary Collective Procedures (VCP).

* Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Master in Laws, Harvard University. Profesor Asistente del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Socio del área de Solución de Controversias del estudio jurídico Barros & Errázuriz Abogados, Santiago, Chile, jcorvalan@bye.cl

** Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Asociada Senior del área de Solución de Controversias del estudio jurídico Barros & Errázuriz Abogados, Santiago, Chile, ifernandez@bye.cl

I. Introducción

En la última década, el derecho de consumo ha estado bajo la lupa del legislador chileno, en cuanto hemos sido testigos de constantes y continuas modificaciones que tienen por objeto otorgar protección a quien se considera la parte más débil de la relación: el consumidor.

En este sentido, si bien el derecho del consumidor encuentra semejanzas con el derecho civil, lo cierto es que se diferencia de este último en cuanto a que las partes contratantes no se miran como equivalentes, pues la regulación de consumo parte de la base que el consumidor se encuentra en una posición desventajada, partiendo, por el desequilibrio en la información.

En este orden de ideas, es que se han ido incorporando modificaciones a la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores (“LPDC”), que tienen como objetivo ir fortaleciendo la protección al consumidor, robusteciendo sus derechos y estableciendo a su paso mayores exigencias a los proveedores, quienes han debido ajustar sus políticas internas y prácticas comerciales al tenor de estos cambios normativos. Lo anterior, se ve reforzado con un Servicio Nacional del Consumidor (“Sernac”) —autoridad pública llamada por ley a velar por la protección de los consumidores— cada vez más activo y al cual las constantes modificaciones legales han ido dotando cada vez de nuevas y mayores atribuciones.

Pues bien, como consecuencia del aumento en las relaciones de consumo y, sobre todo, tras el crecimiento explosivo del comercio electrónico —*e-commerce*— producto de la crisis sanitaria del

Covid-19 entre los años 2020 y 2021, al tener los consumidores cada vez más y mejores herramientas dispuestas por el legislador para proteger sus derechos, también se han incrementado considerablemente los conflictos entre consumidores y proveedores, ya que hoy en día los consumidores tienen más conocimiento y conciencia de los derechos que los asisten.

En esta línea, generalmente la primera gestión que realizan los consumidores cuando ven afectados sus derechos es realizar un reclamo administrativo en el Portal institucional del Sernac¹. Este reclamo es puesto en conocimiento al proveedor por el Sernac, quien actúa de intermediario. Sin embargo, la respuesta no es obligatoria para los proveedores. Así las cosas, cuando el proveedor no contesta el reclamo, el Sernac generalmente le hace una “insistencia”; no obstante, no tiene facultades para sancionar dicha conducta ni imponer multas a ese respecto, pudiendo eventualmente fiscalizar al proveedor que presenta altos índices de reclamos sin respuesta. La ausencia de soluciones a dichos reclamos y la falta de herramientas del Sernac para hacerse cargo de los mismos ha sido abordado en el recientemente presentado Proyecto de Ley “Sernac Te Protege”², que se encuentra en actual tramitación en el Congreso.

Con todo, lo anterior acarrea que el consumidor que desea perseverar en su caso se vea obligado a ejercer una acción judicial ante los Juzgados de Policía Local³. En estos procesos se ven enfrentados a largas y engorrosas tramitaciones, extendiéndose aún más en el tiempo cuando las sentencias dictadas son objeto de recurso de apelación, considerando que aquellas dictadas en el marco de procesos individuales no gozan de preferencia para

1 Servicio Nacional del Consumidor (s.). *Portal del Consumidor*. (https://www.sernac.cl/portal/617/w3-propertyvalue518.html?utm_source=MENU%20HOME&utm_medium=WEB&utm_campaign=RECLAMO%20CONSULTA)

2 En este sentido, en el mensaje del proyecto de Ley bajo el título “La evidencia actualizada reafirma este diagnóstico: la mayoría de los casos individuales derechamente queda sin solución” se establece lo siguiente: “[...] *Los datos son consistentes con este diagnóstico: la mayoría de las personas que ven afectados sus derechos no reclaman, y de los que sí lo hacen, al menos la mitad no encuentra una solución efectiva (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, “Resultados de los procesos de participación ciudadana para el diagnóstico del Plan Nacional de Acceso a la Justicia”, 2020). Las cifras del SERNAC para el año 2022 dicen lo siguiente: anualmente el Servicio recibe cerca de 500.000 reclamos, de los cuales un 53% termina con una solución favorable para la o el consumidor, en un 36% la empresa da una respuesta desfavorable y, en el 11% restante, las empresas ni siquiera responden. Como se indicó, la Ley del Consumidor actualmente no entrega herramientas al SERNAC para hacerse cargo de ese 47% que queda sin solución. Su labor se limita a gestionar los reclamos e informar a las personas consumidoras su derecho de acudir ante los tribunales. De acuerdo con los datos del Instituto Nacional de Estadísticas, sólo una de cada 27 personas acude ante los tribunales de justicia. Asimismo, de aquellos casos que las empresas dicen acoger -el 53%-, tampoco existen mecanismos para exigir el cumplimiento de lo prometido a instancias del SERNAC y muchas veces las personas consumidoras se quedan con una declaración a su favor que no tiene ningún efecto jurídico.* (Boletín N° 16271-03, de fecha 4 de septiembre de 2023).

3 Los juzgados de policía local son tribunales creados por la Ley 15.231, que dependen de la Municipalidad en donde ejercen sus funciones y cuya potestad es ejercida unipersonalmente por un juez o jueza, designado por la autoridad municipal y escogido de una terna propuesta por la Corte de Apelaciones correspondiente al territorio jurisdiccional en que se emplaza el juzgado de policía local. Están sujetos a la supervigilancia directiva, correccional y económica de la Corte de Apelaciones respectiva. Cuentan además con el auxilio de un secretario o secretaria en el ejercicio de sus funciones.



su vista y fallo, a diferencia de lo que ocurre en los procesos judiciales en que se ve afectado el interés colectivo y/o difuso de los consumidores.

A ello debe sumarse que, si bien la LPDC autoriza al consumidor a comparecer sin patrocinio de abogado en estos procesos, en la práctica se ven forzados a contratar asesoría letrada si pretenden que su caso aspire a tener posibilidades de éxito, pues se enfrentan a proveedores que muchas veces son grandes empresas asesoradas por reputados estudios jurídicos o bien abogados expertos en la materia, que interponen alegaciones, excepciones y defensas jurídicas que un consumidor luego se ve imposibilitado de rebatir. Y ello no es todo, si la causa se eleva a al tribunal de segunda instancia – ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones respectiva- para conocer y fallar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia, el consumidor se ve obligado a contratar un abogado para que lo represente en estrados.

Otro tema a considerar es que los procesos judiciales traen aparejados costos de tramitación para los consumidores, quienes -sin perjuicio de lo que se resuelva en sentencia definitiva- deben pagar honorarios receptoriales para trámites como notificaciones y; asimismo, costear las diligencias procesales que soliciten, tales como informes periciales.

Estas variables han sido objeto de preocupación del legislador de consumo y lo ha llevado a fomentar e impulsar métodos alternativos de resolución de conflictos que puedan brindar mayores garantías a los consumidores y que, a su vez, le permitan encontrar una solución más rápida y efectiva a un conflicto de consumo, sin tener que incurrir en gastos asociados a contratación de asesoría letrada y otros costos asociados a la tramitación.

En particular, desde la Ley N°21.398, conocida como “Ley Pro Consumidor”, publicada en el Diario Oficial con fecha 21 de diciembre de 2021, la cual modificó la LPDC, se ha destacado significativamente la promoción de métodos alternativos de resolución de disputas, a saber, la conciliación, la mediación y el arbitraje. Ello con la finalidad de otorgar a los consumidores mayores garantías para conseguir arreglos satisfactorios a sus intereses, sin tener que verse en la necesidad de ventilar sus disputas en tribunales, con las mencionadas desventajas a que se ven enfrentados.

Incluso, y en esta misma línea, instituciones como la Cámara de Comercio de Santiago han lanzado plataformas de resolución de conflictos, que ponen

en contacto a consumidores y proveedores para agilizar las soluciones, evitando la judicialización.

Por otra parte, la Ley 21.081, publicada en el Diario Oficial con fecha 13 de septiembre de 2018, y que reformó la LPDC, incorporó los llamados Procedimientos Voluntarios Colectivos (“PVC”), los cuales tienen por finalidad encontrar una solución expedita, completa y transparente en caso de conductas que puedan afectar el interés colectivo o difuso de los consumidores.

Si bien estas modificaciones han contribuido en disminuir la judicialización de las controversias de consumo, impactando favorablemente en finalizar en forma expedita, eficaz y eficiente a los conflictos de consumo que se producen en el marco del tráfico mercantil, lo cierto es que hay espacio para impulsarlos aún más y aprovechar sus ventajas, así como de buscar instancias de fortalecimiento de los mismos, llenando vacíos en su regulación y fomentando su difusión.

II. De los actuales métodos alternativos de resolución de controversias de carácter individual de consumo

1. Conciliación, Mediación y Arbitraje establecidos en la LPDC

En relación con los conflictos de carácter individual, la Ley 21.398 incorporó un nuevo literal al catálogo de derechos y deberes de los consumidores, consagrado en el artículo 3, incluyendo una letra g) referente al derecho del consumidor de acudir siempre al tribunal competente conforme las disposiciones de la LPDC. Se agregó entonces la posibilidad de que, una vez surgido un conflicto de interés individual entre un consumidor y un proveedor, las partes podrían someterlo a mediación, conciliación o arbitraje, en donde recae sobre los proveedores la carga de informar la naturaleza de cada uno de los mecanismos ofrecidos, los cuales serán gratuitos y sólo se iniciarán por voluntad expresa del consumidor, cuestión que deberá constar por escrito.

En línea con lo anterior, el legislador dispuso que un reglamento dictado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo establecerá las normas que sean necesarias para la adecuada aplicación de estos mecanismos alternativos de resolución de controversias. Así, en cumplimiento de lo anterior, con fecha 13 de junio de 2023, se publicó en el Diario Oficial el Decreto N°84 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que aprueba regla-

mento que regula la mediación, conciliación y arbitraje en materias de consumo (el “Reglamento”).

a. Análisis previo del Contexto Previo a esta Modificación

La Ley 20.555, publicada en el Diario Oficial con fecha 4 de diciembre de 2011, que modificó la LPDC, incorporó el Título V “Del Sello Sernac, del servicio de atención al cliente y del Sistema de Solución de Controversias”.

La referida ley incorporó el artículo 55 a la LPDC, en virtud del cual se estableció que el Sernac debe otorgar el “*Sello Sernac*” a los contratos de adhesión de bancos e instituciones financieras, establecimientos comerciales, compañías de seguros, cajas de compensación, cooperativas de ahorro y crédito y otros proveedores de servicios crediticios, de seguros y, en general, de cualquier producto financiero, cuando dichas entidades lo soliciten y demuestren cumplir con las condiciones que este establece.

Dentro de estas condiciones, se encuentra aquella relativa a que el contrato de adhesión del proveedor financiero cuente con un sistema que permita recurrir a un mediador o a un árbitro financiero

que resuelva las controversias, quejas o reclamaciones, en el caso de que considere que el servicio de atención al cliente no ha respondido satisfactoriamente sus consultas o reclamos por cualquier producto o servicio financiero del proveedor que se otorgue en virtud de un contrato de adhesión de los señalados en el inciso siguiente (Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, 1999, inciso 3).

A su paso se incorporó el artículo 56 A de la LPDC que estableció, entre otras cosas, la forma de designación del mediador y árbitro, su inscripción en una nómina elaborada por el Sernac, la duración en dicha nómina y la forma de elección de la persona del mediador o árbitro una vez surgida la controversia.

Si bien se tenían altas expectativas producto de la incorporación de las figuras de mediador y árbitro financiero, lo cierto es que en la práctica esta innovación no produjo muchos resultados, pues son muy pocas las empresas que cuentan con Sello Sernac, atendiendo al nivel de requisitos y condiciones que deben cumplirse para poder acceder al mismo.

De esta forma, las figuras del mediador y árbitro financiero quedaron relegadas a un segundo plano,

diluyéndose en el panorama nacional y derivando en un muy poco uso, considerando además que estaba limitado sólo a controversias de índole financiero. A ello debe añadirse el desconocimiento por parte de los consumidores de estos mecanismos, por lo que estos últimos continuaron obligados a ejercer sus derechos ante los tribunales, judicializando las controversias, con los consecuentes costos de tramitación.

Así las cosas, este panorama se tuvo a la vista por el legislador, por lo que a través de la Ley 21.398 que modificó la LPDC se intentó una vez más fomentar los métodos alternativos de resolución de controversias, insistiendo nuevamente en las figuras de mediador y árbitro para efectos de solucionar las disputas de carácter individual entre un consumidor y un proveedor, incorporando a su paso la figura del conciliador que no se encontraba contemplada en la anterior normativa. En dicho sentido, se agregó el artículo 3 letra g) a la LPDC, como un derecho del consumidor la posibilidad de someter el conflicto a una mediación o arbitraje, en los siguientes términos:

g) Acudir siempre ante el tribunal competente conforme a las disposiciones establecidas en esta ley. El proveedor debe informar al consumidor de este derecho al celebrar el contrato y en el momento de surgir cualquier controversia, queja o reclamación. Toda estipulación en contrario constituye una infracción y se tendrá por no escrita.

Sólo una vez surgido el conflicto, las partes podrán someterlo a mediación, conciliación o arbitraje. Los proveedores deben informar la naturaleza de cada uno de los mecanismos ofrecidos, los cuales serán gratuitos y sólo se iniciarán por voluntad expresa del consumidor, la que deberá constar por escrito. Un reglamento dictado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo establecerá las normas que sean necesarias para la adecuada aplicación de los mecanismos a que se refiere este párrafo.

Los proveedores financieros y no financieros podrán adscribir y ofrecer libremente el Sistema de Solución de Controversias dispuesto en los artículos 56 A y siguientes, lo que deberá ser informado previamente al consumidor. Este Sistema podrá llevarse a cabo por medios electrónicos (Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, 1999, artículo 3, letra g).

Las primeras consideraciones que se tuvieron a la vista fueron aquellas de carácter cultural, ya que, en definitiva, el modelo tradicional de acceso al derecho a la tutela judicial y a obtener una reso-



lución del litigio, solo ofrecía a los consumidores una protección ficticia. De esta manera lo expresa la autora Maite Aguirrezábal Grünstein, indicando que los obstáculos de carácter cultural se refieren principalmente a la falta de educación e información de los ciudadanos acerca de sus derechos y obligaciones, la complejidad del lenguaje jurídico, entre otros, mientras que la duración de los procesos, además, hace que la justicia se torne inaccesible “cuando resulta extremadamente lenta”. A todo ello que se suman

las ventajas que pueden tener ciertas partes que poseen recursos económicos que les permiten sobrellevar los gastos que supone un juicio y que muchas veces se transforman en litigantes habituales, teniendo a su servicio toda una organización que les permite una mayor eficacia frente al litigante ocasional (Aguirrezabal, 2020, pp. 316 - 317).

Otra consideración cultural en relación con el tema en su arista de ejecución práctica es el avance del conocimiento tecnológico en Chile, sumado a la experiencia acumulada por actores especializados en la resolución de conflictos online, como NIC Chile. Lo anterior permitió plantear un panorama completamente renovado en esta materia, con un sistema de arbitraje de consumo online como el que opera, desde el año 2013, para la solución de los conflictos sobre nombres de dominio⁴.

Un aspecto adicional que se tuvo a la vista por el legislador es la relación con el crecimiento exponencial de las relaciones de consumo, atendiendo que la consolidación de la gran empresa ha provocado que los actos de consumo sean de carácter masivo. Este carácter masivo de los actos de consumo ha devenido a su vez en un aumento explosivo de las relaciones de consumo, objeto del arbitraje del consumo en el ámbito mundial. Así, en palabras de Eduardo Jequier Lehuédé, ello ha sido

incentivado en buena medida por el mejoramiento generalizado de las condiciones socioeconómicas y de acceso al crédito de las personas y facilitado, día a día, por el desarrollo vertiginoso de las nuevas tecnologías. Junto a los canales tradicionales de encuentro entre proveedores y consumidores, una multitud de individuos y empresas interactúa cada vez más a través de canales informáticos y telemáticos de contratación masiva donde se ofrecen y adquieren, en forma rápida y sencilla, bienes y servicios de la más variada gama, incrementán-

dose con ello no solo la cantidad de relaciones contractuales de consumo, sino, también –y consecuentemente–, el número de conflictos entre las partes contratantes, proveedores y consumidores. (2020, p.58)

A dichas consideraciones debe sumarse la deficiente regulación existente en materia de arbitraje de consumo para materias que no fueran de índole financiero. En efecto, hasta antes de la emisión de la Ley 21.398, se regulaba el arbitraje solo en el marco de los contratos de adhesión, disponiéndose lo siguiente en los últimos incisos del artículo 16 de la LPDC:

Si en estos contratos se designa árbitro, el consumidor podrá recusarlo sin necesidad de expresar causa y solicitar que se nombre otro por el juez letrado competente. Si se hubiese designado más de un árbitro, para actuar uno en subsidio de otro, podrá ejercer este derecho respecto de todos o parcialmente respecto de algunos. Todo ello de conformidad a las reglas del Código Orgánico de Tribunales.

En todo contrato de adhesión en que se designe un árbitro, será obligatorio incluir una cláusula que informe al consumidor de su derecho a recusarlo, conforme a lo establecido en el inciso anterior. Lo que se entiende sin perjuicio del derecho que tiene el consumidor de recurrir siempre ante el tribunal competente (Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, 1999, artículo 16).

De esta forma, la regulación positiva del arbitraje de consumo, muy escueta y deficiente, se circunscribía a los contratos de adhesión y para aquellos conflictos que no calificarán como materias susceptibles de “arbitraje financiero”.

De lo anterior, se originaron diversas contingencias, pues el conflicto de consumo quedaba asimilado a aquellos que surgen de las relaciones contractuales reguladas por el derecho privado común, lo que se evidenciaba con la expresa remisión a las normas del Código Orgánico de Tribunales. Se prescindía entonces de elementos tan propios de la normativa de consumidor, como lo es la asimetría de la información y la desigualdad de armas del consumidor y proveedor, en el marco de un conflicto de consumo.

Por su parte, se ponía sobre el consumidor la carga de acreditar que se trataba de un contrato de adhesión y en aquellos casos en que no le era posible

4 Historia de la Ley 21.398 que establece medidas para incentivar la protección de los derechos de los consumidores.

acreditarlo, quedaba sometido a los pactos arbitrables establecidos ex ante por los proveedores en los contratos, sin posibilidad de invocar a su favor la declaración de cláusulas abusivas contenidas en el catálogo del artículo 16 de la LPDC.

A todo lo anterior se sumaban los costos de la tramitación ante un árbitro, pues solo para el caso de los arbitrajes financieros, la Ley 20.555 había establecido que los costos debían ser de cargo del proveedor. Sin embargo, para los demás arbitrajes, nada se decía sobre quien se hacía cargo de los costos del arbitraje, debiendo entonces el consumidor hacerse cargo de solventar los honorarios de un árbitro, sumado a la casi obligada contratación de asesoría letrada.

A mayor abundamiento, si bien la Ley 19.955 publicada en el Diario Oficial el 14 de julio de 2004 agregó en el inciso final al artículo 16 una precisión en relación con el derecho del consumidor de “recurrir siempre ante el tribunal competente”, lo cierto es que dicha norma estaba contenida en la regulación de los contratos de adhesión, por lo que solo en dichos casos el consumidor podía ejercer ese derecho, siendo discutible para los casos en que no existía un contrato de adhesión. Ello no lo liberaba de tener que enfrentar la eventual interposición de una excepción de incompetencia por parte del proveedor, lo que conllevaba necesariamente a que el consumidor se viera en la necesidad de contratar abogados para poder enfrentar todos los temas procesales aparejados a intentar a “acudir al tribunal competente”.

En este contexto, y considerando el descrito escenario que existía en Chile en materia de arbitrajes de consumo y otros métodos alternativos de solución de conflictos de carácter individual, la Ley Pro Consumidor incorporó un nuevo literal al catálogo de derechos y deberes de los consumidores consagrado en el artículo 3, incluyendo una letra g) agregando entonces la posibilidad de que una vez surgido un conflicto de interés individual entre un consumidor y un proveedor, las partes podrían someterlo a mediación, conciliación o arbitraje, ordenando que, mediante un Reglamento dictado de por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, se establecería las reglas para su correcta aplicación.

b. El reglamento y sus principales elementos

El Reglamento establece que su ámbito de aplicación abarcará cualquier conflicto de interés individual entre un consumidor y un proveedor en cuyos hechos resulte aplicable la LPDC y las demás normas de protección al consumidor, superando así la

situación en orden a que los arbitrajes y mediaciones sólo podían realizarse en materia de actos de consumo de productos o servicios financieros.

En cuanto a la normativa aplicable, establece que los mecanismos de mediación, conciliación y arbitraje deberán ser resueltos por terceros imparciales e independientes y se someterán a la regulación establecida en el Título V de la LPDC y sus disposiciones reglamentarias.

El Reglamento se hace cargo de definir los distintos mecanismos en el siguiente sentido:

4. Mediación: sistema alternativo de resolución de conflictos por medio del cual una persona imparcial denominada mediadora, con conocimiento cierto del conflicto, actúa como amigable componedor entre un consumidor y un proveedor, procurando generar consenso y acuerdo sobre la óptima solución del conflicto de consumo, absteniéndose de presentar bases de arreglo. Respecto del mecanismo de Conciliación, el Reglamento la define de la siguiente manera: 5. Conciliación: sistema alternativo de resolución de conflictos por medio del cual una persona imparcial denominada conciliadora, con conocimiento cierto del conflicto, actúa como amigable componedor entre un consumidor y un proveedor, procurando generar consenso y acuerdo sobre la óptima solución del conflicto de consumo, pudiendo presentar bases de arreglo. Finalmente, el Reglamento define el arbitraje en los siguientes términos: 6. Arbitraje: sistema alternativo de resolución de conflictos por medio del cual una persona imparcial denominada árbitro, con conocimiento cierto del conflicto, de las normas jurídicas aplicables y de la prueba que dispongan las partes, resuelve un conflicto de consumo por medio de un laudo de contenido obligatorio para el consumidor y el proveedor (Reglamento que regula la mediación, conciliación y arbitraje en materias de consumo, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, 2022, artículo 4).

Dentro de los elementos que se pueden encontrar en el Reglamento, encontramos que este incorpora los principios que regularán estos mecanismos, a saber, voluntariedad, gratuidad, la indemnidad del consumidor, economía procesal, publicidad, buena fe, imparcialidad, desformalización y acceso a la información.

Estos principios garantizan una debida protección a los consumidores, pues se incorporaron de manera expresa en la normativa con el objeto



de evitar que los consumidores se vean expuestos a largas tramitaciones, procurando alcanzar soluciones más efectivas, y sin la necesidad de incurrir en altos costos para solventar sus defensas. Pero no solo eso, también proporcionan garantías para los proveedores, en cuanto a obtener soluciones más rápidas y eficaces, sin la exposición pública que una contingencia judicializada puede acarrearles y sin verse expuestos a la aplicación de una o más multas de carácter infraccional.

Pues bien, dentro de los principios que establece el Reglamento, destaca el principio de voluntariedad, que implica que el proveedor tiene la libertad de ofrecer o no los métodos alternativos de resolución de controversias dentro de sus términos y condiciones y/o contratos que celebre con los consumidores, pudiendo entonces estos decidir —en relación a sus políticas internas y prácticas comerciales— la efectividad, viabilidad y costos de someterse a los mismos. Eso sí, cabe hacer presente que se vuelven vinculantes para los proveedores una vez que los hayan ofrecido e informado debidamente a los consumidores, situación en que se encuentran obligados a someterse a estos mecanismos. Por su parte, el consumidor puede aceptar o rechazar someterse a los mismos, no siendo admisible bajo ninguna circunstancia obligar al consumidor a someterse a ellos. En este sentido, puede ocurrir que el consumidor, a pesar de que el proveedor ofrece estos mecanismos alternativos, prefiera acudir a la justicia de policía local según las reglas generales para este tipo de procedimientos contenidas en la LPDC y demás leyes aplicables a dicha jurisdicción.

Por otra parte, el Reglamento incorpora algo que era una crítica de la legislación anterior a la modificación de la Ley 21.398, que corresponde al carácter gratuito para los consumidores de estos mecanismos alternativos de solución de disputas, cuestión que previamente sólo se reservaba para los arbitrajes en materia financiera. Esta consagración expresa promueve que los consumidores opten por someterse a los mecanismos alternativos de resolución de controversias para ahorrarse los costos de una tramitación judicial ante tribunales, sobre todo cuando estas se extienden en el tiempo, como ocurre cuando los fallos son objeto de recursos de apelación ante las Cortes de Apelaciones, o bien, excepcionalmente, de recursos de queja ante la E. Corte Suprema. Lo anterior, ya que, conforme hemos señalado, si bien la LPDC autoriza a las partes intervinientes de un juicio de interés individual a comparecer en primera instancia sin patrocinio de abogados, lo cierto es que en la práctica los

consumidores se ven compelidos a contratar una defensa letrada, atendiendo que los proveedores generalmente cuentan con asesoría experta y con experiencia en litigación en materia de derecho de consumo. A ello debe sumarse que para el caso que la causa se eleve a Tribunales Superiores de Justicia con ocasión de recursos contra la sentencia dictada por el juzgado de policía local, los consumidores necesariamente deben contar con abogado para poder litigar y alegar en estrados.

Otro de los principios a resaltar, en fiel apego a lo dispuesto en el artículo 3 letra e) de la LPDC, que establece el derecho a la reparación íntegra de los daños sufridos por los consumidores, es el que postula la indemnidad del consumidor, en términos tales que la solución alcanzada por medio de estos mecanismos alternativos de resolución de controversias buscará la reparación y/o indemnización íntegra, adecuada y oportuna de los daños sufridos por el consumidor.

Una ventaja adicional para el consumidor es la relación con el principio de desformalización, en orden a que, si bien los sistemas y procedimientos deberán contemplar las formalidades indispensables para su desarrollo, obligan al mediador, conciliador o árbitro a evitar lenguaje que impidan al consumidor la adecuada comprensión de su situación y del procedimiento. Incluso, es más, se establece que este deberá observar un trato sencillo y amable entre todos los intervinientes. Esto conlleva una obligación para los terceros imparciales que llevan a cabo estos métodos alternativos de solución de controversias, que deben procurar que los consumidores entiendan a cabalidad lo referido a la tramitación del procedimiento.

En esta misma línea, y en favor de los consumidores, dentro de los principios que viene a establecer el Reglamento se encuentra el de economía procesal, que tiene por objeto garantizar la obtención de resultados mediante una solución expedita y completa, evitando trámites dilatorios e innecesarios.

Cabe hacer presente que el consumidor no puede haber ejercido las acciones previstas en la legislación vigente ante el tribunal competente y para dar inicio a cualquiera de estos mecanismos deberá declararlo así por escrito o por cualquier medio tecnológico apto para reproducir dicho consentimiento por escrito.

En cuanto a la designación del conciliador, mediador o árbitro el Reglamento se remite a ciertas normas establecidas en la LPDC que refieren a los

mediadores y árbitros financieros. En este sentido, el artículo 56 A de dicho cuerpo normativo refiere que estos árbitros financieros deben estar inscritos en una nómina del Sernac, y será elegido de común acuerdo por el proveedor y el consumidor, y en caso de desacuerdo o falta de consenso, transcurridos 5 días, el consumidor podrá pedir que sea designado por el Sernac. Al igual que lo establece el Reglamento en comento, la LPDC establece la gratuidad para el consumidor, siendo el pago de los honorarios de los mediadores y árbitros financieros será de cargo de los proveedores.

Cabe mencionar que los acuerdos que arriben las partes o la decisión adoptada por el árbitro deberán estar razonablemente fundadas, en especial respecto de los alcances de la solución sobre la relación de consumo que dio origen a la queja, reclamo o controversia y el resultado de la solución de controversia será jurídicamente vinculante para las partes. Así las cosas, en caso de incumplimiento del acuerdo o laudo, el consumidor podrá exigir su cumplimiento forzado de conformidad con las reglas generales.

Finalmente, cabe señalar que, tal como dispone el artículo final del Reglamento, los mediadores, conciliadores y árbitros deberán enviar al Sernac, de forma semestral, copia de los acuerdos y laudos, según corresponda. Por su parte, los proveedores que ofrezcan estos mecanismos de resolución de controversias deberán remitir al Sernac, cada seis meses, un informe que detalle, a lo menos, el número de casos que se sometieron al mecanismo que corresponda, la información relativa a su resultado y estado de ejecución.

c. Impacto y eficacia de los Métodos Alternativos Resolución de Controversias individuales

La incorporación del artículo 3 letra g) de la LPDC y el Reglamento implica un avance en materia de mecanismos alternativos de resolución de controversias cuando existe vulneración de intereses individuales. En este sentido, representa el interés del legislador por el continuo robustecimiento de la protección de los consumidores, intentando que queden en un plano más equivalente con los proveedores, cuando se trata de la resolución de conflictos de índole individual.

Así, conforme se señaló, estos mecanismos permiten que el consumidor no incurra en gastos excesivos en la búsqueda de soluciones a sus problemáticas de consumo, como ocurría anteriormente, en que, ante la falta de respuestas o respuestas insatisfactorias de los proveedores en el portal de reclamos del Sernac, se veían compelidos a presentar querellas y demandas civiles ante juzgados de policía local. En dicha sede, además de incurrir en los gastos propios de notificaciones y otras actuaciones procesales, igualmente deben costear asesoría letrada para al menos aspirar a una posibilidad de obtener un resultado favorable a sus pretensiones conforme se ha señalado precedentemente. De esta forma, aun teniendo el principio “pro consumidor”⁵ a su favor, el cual los jueces están obligados a aplicar, lo cierto es que no resulta ser suficiente cuando existe una defensa letrada experta en representación de un proveedor.

Pues bien, la incorporación del artículo 3 letra g) y el artículo 1° del Reglamento hacen extensivo este sistema de resolución de controversias a toda clase de problemáticas derivadas de vulneración de la LPDC, y no solo para los casos relacionados con el ámbito financiero. Lo anterior desde ya presupone un avance, pues como señalamos, el artículo 56 A de la LPDC solo dejaba reservados la mediación y arbitraje para materias financieras en que las empresas tuviesen sello Sernac, que son casi inexistentes atendido las exigencias que la obtención de este sello supone.

Asimismo, con la incorporación del artículo 3 letra g) y del Reglamento se superan las antiguas discusiones en materia de arbitraje, en torno a que los consumidores solo podían reclamar de la cláusula que establecía la resolución de conflictos a través de un árbitro cuando esta se incorporaba en un contrato de adhesión, por su ubicación en el artículo 16 de la LPDC, no siéndoles posible -o encontrándose con excepciones de incompetencia- cuando se intentaba recurrir a la justicia de policía local en contratos que no eran de adhesión. En este sentido, el artículo 3 letra g) inciso segundo de la LPDC despeja cualquier duda, en cuanto enarbola el derecho del consumidor a recurrir siempre al Tribunal Competente y la obligación del proveedor a establecer tal derecho expresamente en sus contratos.

5 Las normas contenidas en esta ley se interpretarán siempre en favor de los consumidores, de acuerdo con el principio pro consumidor, y, de manera complementaria, según las reglas contenidas en el párrafo 4° del Título Preliminar del Código Civil (Artículo 2 ter. Ley No. 19.496. Que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Último texto refundido por el D.F.L. 3 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. D.O. 31 de mayo de 2021)



Otra novedad que incorpora la LPDC es la posibilidad de llevar a cabo estos procedimientos a través de medios electrónicos, lo que por sí importa una adecuación a la forma de tramitar actual en los procesos civiles y en materia arbitral, siendo una ventaja respecto de las causas ventiladas ante juzgados de policía local, donde algunos disponen solo de notificaciones electrónicas, pero las tramitaciones continúan siendo físicas y en papel. La posibilidad de llevar a cabo estos mecanismos de forma electrónica supone también un ahorro en costos de tramitación y notificaciones, e incluso dan más celeridad atendido que las audiencias podrían realizarse vía remota.

Con todo, aún queda mucho por hacer, sobre todo si se considera que la técnica legislativa del Reglamento es bastante deficiente y no se hace cargo de cuestiones procesales básicas que pudieron ser abordadas, lo que en definitiva implica haber desaprovechado la oportunidad de fortalecer estos métodos alternativos de resolución de controversias.

Así las cosas, nos encontramos ante un Reglamento que establece un marco regulatorio mínimo, de tan sólo 11 artículos, en que se regulan principios y definiciones que inspiran estos métodos auto-compositivos de resolución de controversias. Sin embargo, no establece ninguna regulación en orden a aspectos procesales básicos respecto a cómo se van a llevar a cabo estos procedimientos, dejando dudas incluso desde el inicio de la tramitación y la forma con que estos pueden ser gatillados.

En efecto, el artículo 3° letra g) de la LPDC sólo establece que “se iniciarán por voluntad del consumidor, la que deberá constar por escrito”, pero no queda claro dónde y en qué oportunidad debe manifestarse dicho consentimiento.

Para efectos de la designación, se remite a las normas contenidas en los incisos cuarto, quinto y sexto del artículo 56 A de la LPDC, referidos a los mediadores y árbitros financieros, pero que no establecen nada en relación a la persona del conciliador, que solo fue incorporado con la Ley 21.398, siendo una figura nueva que no encuentra absolutamente ninguna regulación, siendo el Reglamento insuficiente en su regulación.

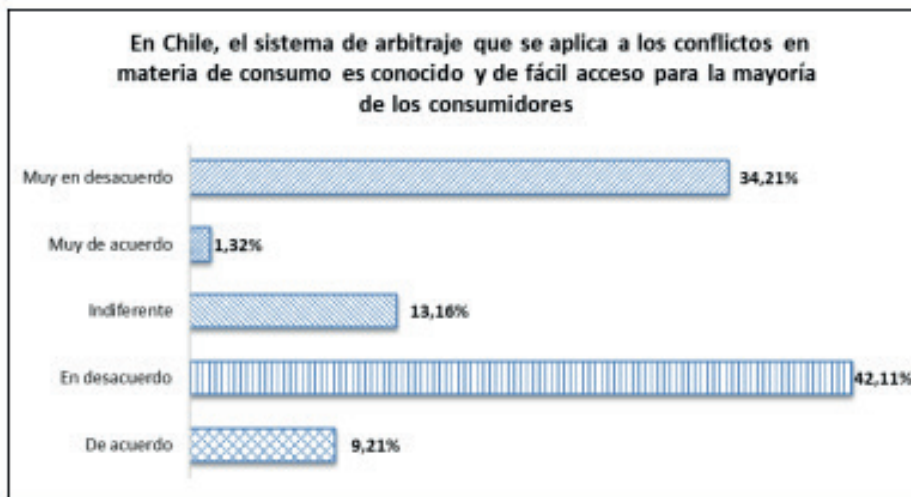
A ello se suma el desconocimiento por parte de los consumidores de la existencia de estos métodos alternativos de resolución de controversias, ya que su difusión y promoción ha sido bastante escasa.

Botón de muestra de lo anterior, es el escaso grado de conocimiento de los consumidores en relación al sistema de arbitraje y la facilidad para su acceso, conforme advierte Eduardo Jequier Lehuede en la tabla adjunta.

d. Desafíos Pendientes Para el Legislador y la Autoridad

Conforme lo que se ha venido señalando, la legislación chilena ha ido paulatinamente fomentando la resolución alternativa de conflictos con el objeto de

Figura 1:
Grado de conocimiento de la normativa sobre arbitraje en materia de consumo



Nota. El gráfico representa la percepción general que tienen los abogados sobre el arbitraje en materia de consumo. (2023, p. 254)

brindar mayor protección a los consumidores, procurando que estos cuenten con una solución efectiva a sus conflictos de carácter individual, que pase por evitar la judicialización y, con ello, disminuir los periodos de tramitación, y los costos asociados a los procedimientos judiciales. Sin embargo, entendemos que aún queda bastante camino por recorrer.

En efecto, aún se encuentra pendiente despejar vacíos e interrogantes que a la fecha no encuentran respuestas nítidas en la normativa, como lo son, a título ilustrativo, lo relativo a la efectiva forma en que se gatillan e implementan estos métodos, como, asimismo, esclarecer las funciones y alcances de figuras como el conciliador, que no estaba contemplado en la LPDC, y que sólo aparece con la incorporación del artículo 3 letra g) incorporado en la Ley 21.398 de y en el Reglamento.

A ello debe sumarse que se hace necesario invertir recursos en una difusión más efectiva y concreta sobre la eficacia y alcances de estos mecanismos alternativos de resolución de controversias, velando por fomentar la educación a los consumidores sobre el acceso a los mismos, sus alcances y ventajas, tarea en la que el Sernac —en su calidad de autoridad de consumo y de acuerdo a las atribuciones que le otorga la LPDC— le cabe un rol esencial.

En este sentido, las elevadas cifras de desconocimiento de estos mecanismos por parte de los consumidores —incluso de proveedores— constituyen un manifiesto indicador que los intervinientes de una relación de consumo no se encuentran actualmente “familiarizados” con los mismos ni barajan entre sus alternativas la plausibilidad real de recurrir a ellos.

Por otro lado, aún existe tarea pendiente en cuanto a los incentivos para los proveedores de ofrecer estos mecanismos en sus contratos, ya que por ahora solo enfrentan una normativa en que —además de hacerse cargo de todos los costos asociados a estos procedimientos por el *principio de gratuidad*— están expuestos a que sus prácticas y formas de operar sean comunicadas al Sernac por parte de los conciliadores, mediadores y árbitros, en cumplimiento de la obligación reglamentaria de informar a la autoridad sobre los acuerdos y laudos.

Y no solo eso, sino que también son los proveedores los que, conforme se revisó supra, deben remitir semestralmente al Sernac un informe que detalle, a lo menos, el número de casos que se sometieron al

mecanismo que corresponda, la información relativa a su resultado y estado de ejecución. Lo anterior, además de implicar un deber adicional para los proveedores, sujeto a un plazo y sin tener claridad sobre las sanciones a su incumplimiento, también los deja en incerteza sobre si con esta información el Sernac podría requerir mayores antecedentes e iniciar nuevos procedimientos si verifica la concurrencia de eventuales infracciones.

Una alternativa de mejora es recurrir a la experiencia comparada de otros ordenamientos jurídicos donde la resolución alternativa se encuentra más desarrollada, como; por ejemplo, lo que ocurre en materia de arbitraje de consumo en España, donde existe el Sistema Arbitral de Consumo, definido por ley como “arbitraje institucional de resolución extrajudicial de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor.”⁶ Se trata pues de un sistema reglado, en que la Subdirección General de Arbitraje y Derechos del Consumidor es la responsable de gestionar el sistema arbitral de consumo y donde las Juntas Arbitrales de Consumo son las llamadas a decidir, siendo competente para el conocimiento del conflicto aquella en la que tenga su domicilio el consumidor.

Según las estadísticas de las Juntas Arbitrales de consumo en España, usando como fuente la Subdirección General de Arbitraje y Derechos del Consumidor, Dirección General de Consumo (2022) se presentaron un total de 59.487 solicitudes de arbitraje, en relación con bienes de consumo, esparcimiento y ocio, otros servicios (como enseñanza, salud, servicios sanitarios, servicios postales, tintorerías), servicios básicos, servicios de asistencia técnica o reparaciones, servicios financieros, telecomunicaciones, transporte y vivienda.

Ello da cuenta de que se trata de mecanismos utilizados tanto por consumidores y proveedores, y lo anterior obedece, en buena medida, a que se encuentran reguladas las etapas, con la presentación de la solicitud, admisión de la misma, mediación previa, designación del órgano arbitral, audiencia, laudo y ejecución del mismo. Muchos de estos aspectos se encuentran pendientes de esclarecer en nuestro ordenamiento, por lo que se podría tomar la experiencia española para seguir contribuyendo en fomentar estos mecanismos.

6 Real Decreto N°231/2008. Por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo. 25 de febrero de 2008 B.O.E.-A-2008-3527.



2. “Online Dispute Resolution”

Por su parte, desde la vertiente de las iniciativas de los proveedores, la Cámara de Comercio de Santiago (CAM Santiago) incorporó los ODR- CAM (*Online Dispute Resolution*), y en lo relativo a consumidores, implementó una Plataforma ODR B2C que consiste en un canal de comunicación para la rápida y eficiente resolución de disputas de transacciones derivadas de comercio electrónico, a través de herramientas de negociación asistida y mediación online.

Esta plataforma opera a través de una plataforma virtual denominada “Resolución en Línea”⁷ que se caracteriza por permitir un reclamo rápido y sin costo para el consumidor. En ella, el consumidor debe buscar la empresa con la que ha surgido un conflicto con motivo de la celebración de un acto de consumo, y realizar el reclamo en un formulario especial que se despliega para tal efecto. En dicho formulario el consumidor debe ingresar los detalles del problema y seleccionar la solución que se busca. Esa información es enviada a la empresa, y los encargados de la plataforma se encargan de obtener una resolución en el menor tiempo posible. En este sentido y según la propia publicidad de la plataforma, estos entregan una respuesta en un tiempo promedio menor a 48 horas, mucho más rápido que Sernac y una resolución al caso en un máximo de 10 días.

En lo que refiere a cifras, lo cierto es que más de 195 compañías de distintas industrias han suscrito esta plataforma, entre ellas se destacan marcas tales como Coca-Cola, Enel, Samsung, Levi’s, etc.

Cabe destacar que el 60% de los casos son resueltos mediante un acuerdo, lo que da buena cuenta de la efectividad de la plataforma. Incluso, es más, según las cifras oficiales, el 50% de los acuerdos son alcanzados en menos de 48 horas y el promedio de entrega de respuesta es de 40 horas⁸.

IV. De los actuales métodos alternativos de resolución de controversias de carácter colectivo de consumo: procedimientos voluntarios colectivos

En lo tocante a resolución alternativa de conflictos que importan la afectación de intereses colectivos o difusos de consumidores, la Ley 21.081 que modificó la LPDC incorporó los procedimientos

voluntarios colectivos, que tienen por finalidad la obtención de una solución expedita, completa y transparente, en caso de conductas que puedan afectar el interés colectivo o difuso de los consumidores. Estos procedimientos se encuentran regulados en cuanto plazos e instancias en la LPDC y se rigen por los principios de indemnidad del consumidor, economía procesal, publicidad, la integridad y el debido proceso.

Este procedimiento puede ser iniciado por resolución del mismo Sernac, de oficio o bien, a solicitud del proveedor, o en virtud de una denuncia de una Asociación de consumidores. El plazo máximo de duración del procedimiento será de tres meses, prorrogado por una sola vez, de oficio a solicitud del proveedor, hasta por tres meses, por resolución fundada.

El Sernac puede solicitar al proveedor los antecedentes que estime pertinentes para el cumplimiento de los fines, especialmente aquellos para determinar el monto de las compensaciones para los consumidores, siendo estos antecedentes devueltos al proveedor una vez culminado el proceso.

En caso de llegar a un acuerdo, el Sernac dictará una resolución que establecerá los términos del mismo y las obligaciones de cada una de las partes. La misma LPDC establece a su paso las menciones mínimas que debe tener el acuerdo, encontrando entre ellas el cese de la conducta que pudiere haber afectado el colectivo o difuso de los consumidores, el cálculo de las devoluciones, compensaciones o indemnizaciones respectivas, una solución que sea proporcional daño causado, la forma en la que se harán efectivos los términos del acuerdo y los procedimientos a través de los cuales se cautelará el cumplimiento del acuerdo.

Estos PVC son los sucesores de las antiguas mediaciones ante el Sernac. Dichas mediaciones entre proveedores y el Sernac se caracterizaban por ser desformalizadas, sin plazos asociados, que solían durar muchos años, y en el interín, los proveedores se veían enfrentados a los cambios de criterio cuando en el transcurso del tiempo los funcionarios del Servicio iban cambiando.

Si bien al principio los PVC tuvieron un arranque más bien tímido, en orden a que eran cerrados declarándose fallidos, con el paso del tiempo han

7 Se puede acceder a Resolución en Línea a través de su página web (<https://www.resolucionenlinea.com/>)

8 Resolución en Línea (s.f.). Nuestras Métricas. Recuperado a diciembre de 2023 (<https://empresas.resolucionenlinea.com/>).

logrado los objetivos que se tuvieron en consideración para su incorporación en la LPDC, en orden a lograr soluciones extrajudiciales.

Así, según reportes oficiales del Sernac⁹, el 2019 se cerraron dos PVC y el 2020 4 PVC, todos fallidos. Sin embargo, ya para el año 2021, se cerraron 5 PVC favorables, demostrando la intención de los proveedores de someterse y sujetarse a estos procedimientos con el fin de compensar a los consumidores.

Por otra parte, en 2022 se cerraron 10 PVC, de aquellos iniciados en 2021 y 2022, lográndose que 670.324 consumidores fueran compensados, otorgándose más de diez millones de pesos¹⁰ en compensaciones (Servicio Nacional del Consumidor, 2022).

Cabe hacer presente, según el Servicio Nacional del Consumidor (2022) que en lo que va de este año 2023 se han iniciado 8 PVC, destacando el mercado de los seguros, *retail*, preuniversitarios, farmacias y espectáculos.

Estas cifras dan buena cuenta que es una herramienta que está siendo utilizada por la autoridad de consumo y que los proveedores tienden a someterse a ellos, en circunstancias que es voluntario para estos últimos. Sin duda ellos es una consecuencia de la existencia de una regulación clara en la LPDC, con instancias de tramitación ciertas, sumado al establecimiento preciso de plazos y derechos y deberes para los intervinientes, superando los vacíos y la desformalización de las antiguas mediaciones.

V. Conclusiones

Como hemos analizado, a lo largo de los últimos años, se han realizado importantes esfuerzos tanto a nivel público –legislativo y administrativo– como desde el sector privado, con el objeto de fomentar la utilización de mecanismos alternativos de resolución de conflictos en el ámbito del derecho del consumo.

Si bien estos esfuerzos resultan loables y apuntan en una dirección que nos parece correcta, la implementación exitosa de los mismos se ve amenazada por el desconocimiento que proveedores y consumidores tienen acerca de la existencia de estos mecanismos, así como la existencia de vacíos e incerte-

zas normativas que no coadyuvan a su masificación.

En este sentido, experiencias exitosas en este ámbito como la española, demuestran que la certeza jurídica sobre el funcionamiento de estos mecanismos resulta clave para que proveedores y consumidores los consideren y prefieran para la resolución de sus conflictos. En este sentido, en el plano colectivo, la incorporación de una regulación expresa y clara de los PVC en la LPDC sin duda ha contribuido a validarlos como un medio autocompositivo que combina la eficiencia y la eficacia con el alcance de soluciones expeditas y satisfactorias para los intereses de los consumidores.

Esperamos que las reflexiones de este artículo contribuyan al perfeccionamiento del régimen chileno de solución alternativa de disputas de consumo, sobre todo en el plano individual, a fin de propender a un sistema que brinde certezas y eficiencia a todos los involucrados.

Referencias bibliográficas

- Aguirrezábal, M. (2020). Arbitraje y Sernac financiero: Análisis y una propuesta de mejora. En E. Jequier (Dir.), *Arbitraje de consumo. Revisión crítica del sistema chileno desde una perspectiva comparada* (315 - 345). Tirant lo Blanch.
- Jequier, E. (2020). Sobre la arbitrabilidad del conflicto de consumo en Chile: Insumo básico para un replanteamiento estructural. *Revista chilena de derecho privado*, (34), 57-92. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722020000100057>
- Jequier, E. (2023). Radiografía del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de los conflictos de consumo en Chile. *Revista de derecho (Valdivia)*, 36(1), 227-262. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502023000100227>
- Secretaría General de Consumo y Juego. (2022). *Estadísticas de la actividad de las juntas arbitrales de Consumo*. https://www.consumo.gob.es/sites/consumo.gob.es/files/consumo_masinfo/230405_oie_54097_actividadsac_2022.pdf
- Servicio Nacional del Consumidor. (2022). *Cuenta Pública Participativa*. https://www.sernac.cl/portal/604/articles-71808_recurso_1.pdf

9 Servicio Nacional del Consumidor (s.f.). Procedimientos Voluntarios Colectivos. Recuperado diciembre de 2023 (https://www.sernac.cl/portal/618/w3-propertyvalue-62728.html?utm_source=SITIO%20WEB&utm_medium=DESTACADO&utm_campaign=PVC).

10 Aproximadamente US\$11,628,000 con arreglo al tipo de cambio vigente a diciembre de 2023.

Ideas disruptivas para mejorar el trámite de reclamos individuales de consumidores

Disruptive ideas to improve the processing of individual consumer complaints

— Mariano Enrique de Estrada* —

Resumen

Partiendo de su experiencia en materia de conflictos de consumo en la Argentina, el autor propone algunas ideas para modificar la forma en la que se tramitan los procesos individuales de resolución de conflictos de consumo, así como para incorporar en los mismos el uso de nuevas tecnologías, con el objetivo de lograr una solución más rápida y eficiente, a la vez que justa y transparente, para todos los sujetos involucrados.

Palabras clave

Derecho del Consumidor, Conflictos de consumo, Consumidores, Tecnología, ODR, Inteligencia Artificial, Disrupción.

Abstract

In light of the author's substantial experience in consumer conflict matters within the Argentine context, he advances several propositions aimed at the reformation of procedural protocols governing individual consumer conflict resolutions. Furthermore, he advocates for the judicious incorporation of contemporary technologies into these proceedings, with the overarching objective of achieving expeditious and efficient resolutions that concurrently embody principles of equity and transparency for all implicated parties.

Keywords

Consumer Law, Consumer Conflicts, Consumers, Technology, Online Dispute Resolution (ODR), Artificial Intelligence, Disruption.

* Socio de Estrada & Canale – Abogados, Buenos Aires, Argentina. Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Magíster en Derecho Empresario egresado de la Universidad Austral. Expresidente de la Comisión de Derecho del Consumidor del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y del Consumer Litigation Committee de la International Bar Association.

1. Introducción

En primer lugar, agradecemos la invitación del Equipo de Derecho Mercantil de la Pontificia Universidad Católica del Perú para participar de esta nueva edición de su revista y así tener la oportunidad de plantear algunas ideas que derivan de nuestra actuación en el mundo de los conflictos de consumo y de nuestro contacto con los distintos participantes en estas cuestiones.

La resolución de controversias en el marco del Derecho del Consumidor es un campo en el cual la aplicación de ideas transformadoras o disruptivas (sean éstas tecnológicas o no) puede arrojar beneficios tangibles para todos los sujetos involucrados en esta temática, es decir, los consumidores, las empresas proveedoras y el Estado en sus diversos niveles y estructuras.

Es por eso que el eje temático establecido para esta edición nos ha parecido de especial interés, ya que nos da la posibilidad de pensar con libertad y sin restricciones ideológicas, sectoriales o corporativas, acerca de cómo mejorar los procesos de resolución de conflictos individuales de consumo, sea revisando las formas de tramitar estos procesos usadas hasta ahora o incorporando nuevas herramientas que la tecnología ofrezca.

2. Características importantes de las controversias de consumo

Sin entrar en definiciones o análisis académicos acerca de qué es el Derecho del Consumidor o cuáles son sus características que lo diferencian de otras materias, creemos que existen algunas particularidades evidentes que son importantes tener en cuenta al momento de reflexionar acerca de la mejor forma de solucionar conflictos de consumo.

Una primera característica es que la cantidad de controversias que se generan va de la mano con la cantidad de operaciones de consumo que se celebran en una economía, y como el consumo es creciente, las controversias serán cada vez más. Adicionalmente, gracias al auge del comercio electrónico, las disputas ya no se concentrarán en ciertos núcleos poblacionales, sino que estarán dispersas a lo largo de todo el territorio del país del que se trate e incluso, en muchos casos, serán de naturaleza internacional.

De ello se deriva la necesidad de soluciones que se puedan aplicar a gran escala y de manera sencilla y práctica; que sean simples, rápidas y económicas; y estén disponibles en todo el territorio e incluso que permitan resolver controversias entre sujetos de distintos países.

Una segunda característica es la existencia de la conocida asimetría entre consumidor y empresa, de la cual se desprende la necesidad de herramientas dispuestas por el Estado para corregir ese desequilibrio: exención de ciertos gastos, inversión de la carga de la prueba e incluso intervención de funcionarios que velarán por los derechos de los consumidores.

Una tercera particularidad de los conflictos de consumo que consideramos de especial importancia es que la gran mayoría son de baja complejidad jurídica (usualmente, giran en torno a incumplimientos contractuales, funcionamientos defectuosos o publicidad engañosa) y también involucran montos reducidos (al menos en sus etapas tempranas), sin descartar, por ello, que una minoría de casos serán de mayor complejidad y monto.

Con esas características en mente, intentaremos proponer algunas ideas disruptivas a fin de disparar la discusión acerca de la conveniencia o no de las mismas y, en su caso, la posibilidad de realizar los ajustes normativos que en cada jurisdicción puedan ser necesarios para implementarlas.

3. Situación actual de las herramientas para solucionar conflictos de consumo

A partir de la aparición del Derecho del Consumo¹ y en una primera instancia, los legisladores de nuestro país implementaron diversas formas de resolución de los conflictos en esta materia, tanto por la vía de reclamos administrativos como a través de procesos judiciales, a los que progresivamente se le fueron incorporando herramientas para su gestión a distancia.

Hoy en día, un consumidor desde su casa puede dar inicio a varios tipos distintos de procedimientos administrativos y también judiciales (en este caso, siempre con la asistencia de un abogado matriculado), que se tramitarán de principio a fin a distancia y prácticamente sin la necesidad de nin-

1 En la Argentina, se han cumplido 30 años de la promulgación de la ley 24240 de Defensa del Consumidor, ocurrida en octubre de 2013 y que representó, junto con sus modificaciones y reglamentaciones posteriores, un gran avance en materia de defensa de los derechos de los consumidores.



guna actividad presencial, con el consiguiente ahorro de recursos y tiempo que eso implica.²

Sin embargo, paradójicamente la experiencia cotidiana demuestra que la adopción de estas nuevas tecnologías que permiten la tramitación a distancia no se ha traducido en una reducción generalizada de la duración de los procedimientos administrativos o judiciales referidos a conflictos de consumo ni en una mayor satisfacción de los consumidores.

Pues bien, en materia de conflictos de consumo, nos encontramos, entonces, con un escenario en el cual tenemos ya tres décadas con normas de distinto tipo que buscan la protección de los consumidores, que han conducido a que estos en general estén más conscientes de sus derechos y de que existen diversas formas para ejercer los mismos cuando una empresa proveedora los ha afectado; todo lo cual se traduce en un importante caudal de denuncias, reclamos y juicios que impactan en el funcionamiento de las estructuras administrativas y judiciales dedicadas a estos temas y que, en ocasiones, se ven colapsadas con consecuencias también negativas para las empresas que deben asignar cada vez más recursos para la gestión de estas tramitaciones.³

Por el lado del Estado, se observa la preocupación de las autoridades por establecer nuevas modalidades de solución de estos conflictos estableciendo nuevos procedimientos así como diversos canales para que los consumidores afectados puedan realizar sus planteos.⁴

Sin embargo, en nuestra opinión, esas herramientas que, de manera bienintencionada, inserta el Estado en sus diferentes estructuras, en ocasiones parten de la base de ciertos preconceptos que, si bien a nivel teórico pueden parecer correctos, en la práctica pueden traducirse en problemas que terminan siendo contraproducentes y que conspiran contra el objetivo de resolver de manera rápida y eficiente los conflictos de consumo que surjan en una economía.

Como se verá, se trata de principios que tienen gran arraigo en el Derecho del Consumo y que desde el punto de vista teórico lucen como inobjetable, por lo que su revisión con miras a una eventual modificación puede ser vista como algo disruptivo que genere resistencias.

Esa es la **primera idea disruptiva que entonces se propone**: aprovechar la experiencia recolectada durante todo este tiempo y revisar las legislaciones y reglamentaciones que reglamentan los procedimientos de resolución de conflictos de consumo para detectar aquellas cuestiones puntuales que en su aplicación práctica puedan no haber arrojado los resultados deseados y deban, por ende, ser mejoradas.

Para ello, tendremos en cuenta el estado de situación existente en la Ciudad de Buenos Aires⁵, pero sin detenernos en tecnicismos o detalles y con una visión general que pueda ser útil a colegas de otras jurisdicciones, de manera de que puedan transpor-

2 Se observa, no obstante, una cierta tendencia de algunos tribunales a retornar parcialmente a cierta presencialidad; por ejemplo, exigiendo la presentación de documentación física o realizando audiencias presenciales entre las partes o con testigos.

3 Las estadísticas disponibles en la Ciudad de Buenos Aires indican un pico de 17.785 reclamos administrativos en el año 2020 y un posterior amesetamiento en el rango de los 14/15.000, con 14.006 en el 2022 que es el valor que aproximadamente se venía registrando desde el año 2015 a 2019 (<https://www.estadisticaciudad.gob.ar/eyc/?p=73105>). Es difícil establecer las causas de esa evolución posterior al pico, pero podría obedecer a una natural disminución de conflictos post pandemia, a una mejora en la gestión temprana de los reclamos de clientes por parte de las empresas o a que la capacidad de absorción de reclamos por las estructuras estatales se ajustó a los valores previos a la pandemia, entre otras posibilidades.

4 Por ejemplo, durante el año 2023 en la Ciudad de Buenos Aires se incorporaron dos herramientas nuevas: BAConcilia (plataforma para la negociación directa de reclamos entre consumidor y empresa) y MiReclamo (que es el sistema de conciliación previa de la Justicia en las Relaciones de Consumo de la Ciudad de Buenos Aires, es decir el Poder Judicial local), y que se adicionaron a otras alternativas ya existentes a nivel nacional o local.

5 Un consumidor de la Ciudad de Buenos Aires hoy tiene a su alcance diversas alternativas para canalizar su reclamo, ya que en este territorio se superponen de forma un tanto confusa dos jurisdicciones la nacional y la local, sumado a otros diversos organismos, lo cual da como resultado que una persona pueda formular un reclamo administrativo ante las autoridades nacionales de defensa de los consumidores (a través del Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo "COPREC") o a través de una denuncia ante la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires, situaciones ambas en las cuales existe una instancia de audiencias de conciliación gestionadas por un conciliador o un funcionario, a lo que cabe agregarse que recientemente, en el ámbito local de la Ciudad de Buenos Aires, también se implementó un sistema llamado BAConcilia, que permite la autocomposición sin la intervención de un tercero. En la faz judicial, los consumidores pueden iniciar juicios ante los tribunales nacionales situados en la ciudad o ante juzgados especializados en consumo integrantes de la justicia local, siempre previo haber cumplido alguna instancia de mediación prejudicial (de las cuales existen tres: el COPREC para reclamos de montos inferiores a un tope, la mediación extrajudicial nacional de la ley 26.589 y la aplicación Mi Reclamo para la conciliación previa a juicios a iniciarse ante tribunales locales de consumo lanzada en septiembre pasado). También, a nivel nacional, existe la posibilidad de un arbitraje estatal en sede administrativa para reclamos contra empresas que adhirieron a esa alternativa. Asimismo, y si bien por cuestiones de espacio no es posible explayarnos más, otros organismos estatales como el Defensor del Pueblo, o los ministerios

tar nuestras reflexiones a respectivos marcos jurídicos para formular sus razonamientos propios al respecto.

Por cuestiones de extensión de este trabajo, no podremos realizar una revisión exhaustiva y nos tendremos sólo en aquellos aspectos que con una corrección sencilla, nos parece que pueden traer aparejada una reducción en los tiempos y uso de recursos.

Asimismo, al final, dedicaremos un capítulo a algunas de las nuevas tecnologías cuya aplicación también podría generar efectos positivos para el sistema en general.

4. Los conflictos de consumo requieren de soluciones particularmente rápidas y sencillas

En línea con lo anterior, un primer aspecto de naturaleza general y conceptual que en nuestra opinión merece revisión es el hecho de que las soluciones que usualmente se implementan para los conflictos de consumo no son más que versiones remozadas de herramientas antiguas que fueron pensadas para otro tipo de problemáticas y que pierden de vista algo que es clave en los conflictos de consumo: la necesidad de una solución rápida y sencilla en beneficio de todas las partes involucradas y, en especial, del consumidor.

Si bien es claro que en cualquier tipo de conflicto es mejor una solución rápida que una lenta, en los conflictos de consumo esta necesidad es acuciante, ya que se trata de disputas que han nacido por algún problema surgido en el contexto de la adquisición de un bien o servicio que, de haber sido recibido de manera correcta por el consumidor, habría sido disfrutado de manera inmediata por este.

Por eso, la rapidez y la sencillez no son un tema secundario, sino que son esenciales en esta materia.

Eso diferencia al conflicto de consumo de otro tipo de controversias jurídicas donde la inmediatez no es tan esencial: pensemos, por ejemplo, en un tema de índole penal, societario o sucesorio, donde es más tolerable para todas las partes involucradas que la solución definitiva se dicte luego de un tiempo más o menos largo y necesario para sopesar

pruebas y analizar los argumentos de las partes, que suelen tener cierta complejidad.

Creemos que tener en cuenta esto es fundamental a la hora de pensar acerca de qué herramientas se pondrán a disposición de consumidores y empresas para la solución de sus diferendos.

Todo lo que sea complejo, requiera de conocimientos jurídicos que no están al alcance de la población en general, involucre transitar etapas diversas o implique la participación de personas adicionales a las partes del conflicto, deberá ser evitado o reducido a la mínima expresión posible, optándose por aquellas herramientas que ofrezcan al consumidor la mayor facilidad y que insuman el menor tiempo posible: ventajas que resultarán beneficiosas también para sus contrapartes, las empresas, y para el Estado mismo, por el menor nivel de asignación de recursos que insumirán para su atención.

Esto parece obvio, pero es importante tenerlo en cuenta por cuanto las leyes, las reglamentaciones y los procedimientos están, en general, diseñados por abogados o funcionarios acostumbrados a las normas extensas y sujetas a diversas interpretaciones, o a la tramitación de procesos complejos y con varias etapas y formalidades, por lo cual, en muchas ocasiones, el producto del trabajo más bienintencionado de esos legisladores o reguladores resulta demasiado complicado de entender o de utilizar para los ciudadanos comunes, o se traduce en soluciones que insumen más tiempo del que un consumidor razonablemente esperaría.

Trasladando a este campo una máxima de la arquitectura moderna, en el Derecho del Consumidor “menos es más”: menos formalidades, menos personas interviniendo y menos etapas significa más satisfacción de los consumidores y más ahorro de recursos para el Estado y para las empresas proveedoras.

La idea disruptiva que, en consecuencia, se propone es despojarnos del enfoque formalista y legalista, y adoptar procedimientos que se parezcan menos a un juicio y más a una experiencia que si bien no es placentera, por lo menos sea medianamente satisfactoria para el consumidor.

Con esa pauta, a continuación, formularemos algunas ideas que consideramos ayudarían a la so-

públicos fiscales o de defensa proveen algunas alternativas similares. En cada uno de estos casos, los procedimientos administrativos o judiciales, nacionales o locales están regulados por distintas normas procesales específicas y, usualmente, los consumidores no están al tanto de todas estas posibilidades, sino de algunas pocas de ellas.



lución más rápida y sencilla de los conflictos de consumo.

5. Promover la autocomposición directa y sin intervención de terceros lo máximo posible

Los canales de reclamo que existen a disposición de los consumidores en esta jurisdicción y seguramente en muchas otras se pueden clasificar a los efectos de este trabajo en cuatro categorías:

- a. Instancia de comunicación directa consumidor-proveedor, que obviamente no surge por creación o disposición legal, sino por la mera existencia de comunicaciones directas entre el consumidor que se considera afectado y el proveedor con quien contrató, pero que en algunas legislaciones se encuentran alcanzadas por cierta regulación en torno a requisitos a cumplir.
- b. Instancia administrativa, que consiste en la posibilidad de formular denuncias o quejas ante autoridades administrativas a nivel nacional, provincial o estadual, o incluso municipal, las cuales dan inicio a procedimientos administrativos en el curso de los cuales usualmente existe la posibilidad de una instancia conciliatoria en la que, en caso de arribarse a un acuerdo, se dispone el archivo del reclamo; o que, en caso de falta de acuerdo, abre la puerta a una segunda etapa en la que una autoridad administrativa emitirá alguna resolución de tipo sancionatorio o absolutorio y eventualmente hará lugar o no a alguna pretensión económica formulada por el consumidor (sin perjuicio de la posibilidad de también iniciar acciones judiciales si quisiese reclamar algo más).
- c. Instancia prejudicial, la cual consiste en la intervención de un tercero más o menos imparcial que debe intentar facilitar el acuerdo entre el consumidor y el proveedor, pero que no toma decisión alguna (esta instancia es, además, requisito para poder acceder a la instancia judicial en caso de que no se arribe a un acuerdo).
- d. Instancia judicial, en la que usualmente luego de que las partes hayan transitado por alguna de las etapas mencionadas en los puntos b. o c. anteriores, un magistrado resuelve la controversia imponiendo su decisión a las partes.

Usualmente, cuando el consumidor no logra solucionar su reclamo de manera directa con el proveedor en la instancia indicada en el punto a., recurre a alguna de las alternativas descriptas en los puntos b. o c., y si en ellas no obtiene solución, recae finalmente en la alternativa del punto d.

En esas tres instancias (puntos b., c. y d.), el Estado comienza a intervenir activamente, bajo diversas formas y con distintas intensidades: por ejemplo, como funcionario facilitador de un acuerdo en la etapa conciliatoria de un procedimiento administrativo o como mediador en la instancia prejudicial de mediación; o bajo la figura del funcionario estatal que dicta la resolución final en el procedimiento administrativo o la del juez que dicta sentencia en la instancia judicial.

Ahora bien, más allá de que el involucramiento activo estatal en pos de una solución, a primera vista, parece apropiada, la experiencia demuestra que en muchas ocasiones su actuación conspira contra la solución del conflicto de manera rápida, sencilla y con el menor costo posible para todos los involucrados.

En este sentido, pensemos que, de base, la intervención de un tercero representante del Estado en cualquiera de las figuras mencionadas más arriba (facilitador, mediador, autoridad administrativa o juez) requerirá que los tiempos de solución del conflicto se adapten a la agenda de ese sujeto (usualmente colapsada por la cantidad de casos o la falta de recursos) sumado al tiempo que le insuimirá a ese tercero interiorizarse del caso en estudio, lo cual seguramente provocará que los plazos de solución se prolonguen más de lo que el consumidor desearía. A lo cual hay que agregar desde el punto de vista estatal el costo que insume disponer de dichas personas, sumadas a sus estructuras edilicias, tecnológicas, personal, etc.

Y, por qué no, desde el punto de vista de la empresa proveedora, habría que tener en cuenta el mayor nivel de asignación de recursos que requiere gestionar uno de esos casos (en general, a través de personas especialmente capacitadas o abogados) respecto de lo que sería la gestión de un reclamo directo del consumidor sin la intervención del Estado y las formalidades y costos adicionales que ella genera.

En otras palabras, seguramente la solución que se obtenga a través de alguna de esas modalidades de intervención estatal (alternativas b. c. y d. anteriores), incluso de ser favorable para el consumidor,

será menos eficiente en materia de tiempo, sencillez y uso de recursos que una solución a la que arriben consumidor y proveedor de manera directa y sin la intervención de terceros (alternativa a.-).

Además, y no menos importante, la posibilidad de negociar un acuerdo directo entre las partes de manera temprana tiene el beneficio adicional de generar para la empresa un efecto de fidelización del cliente disconforme (Chiesi Filho, 2019).

Por eso, y **siguiendo con la consigna de reflexionar de manera disruptiva**, consideramos que la intervención estatal a través de alguna de las figuras mencionadas más arriba debería postergarse lo más posible, permitiéndose, e incluso incentivándose, todo lo que se pueda el mantenimiento de la instancia de comunicación y negociación directa entre consumidores y proveedores hasta que se haya agotado realmente la posibilidad de una solución entre ellos.

Esto, a nuestro juicio, no debe significar una demora para el consumidor en la formalización de su reclamo contra el proveedor en sede administrativa o judicial, sino simplemente permitir dentro de esas instancias, y luego de formalizado el reclamo en las mismas, una última oportunidad a la autocomposición directa entre las partes y sin la participación de nadie más, de manera que ambas partes sepan que si en esta oportunidad no se logra el acuerdo de manera rápida y en un plazo preestablecido, la instancia elegida continuará, pero ya con la intervención activa del Estado en alguno de los roles que hemos mencionado más arriba (facilitador de acuerdo, mediador, funcionario que impone sanciones o absuelve, o juez que dicta sentencia), con las consecuencias que ello implica en materia de tiempos, costos, requisitos y riesgos legales para las partes.

Debe tenerse en cuenta, además, que cuanto antes se encare una negociación seria entre las partes, menores habrán sido los perjuicios ocasionados al consumidor y mayores serán las posibilidades de encontrar un punto intermedio en las posturas de ambas partes.

Frente a esta idea, es lógico que alguien se pregunte qué sentido tiene establecer esta nueva instancia de autocomposición directa entre las partes cuando ya

existió la oportunidad de arribarse a una solución en ocasión del primer reclamo directo del consumidor a su proveedor (usualmente, a través de algún canal de atención al cliente) y no se logró allí ningún resultado.

Al respecto, lo que puede señalarse es que, en muchas ocasiones, ese primer reclamo directo del consumidor al proveedor sin el marco de un planteo formalmente realizado ante alguna autoridad y plasmado en algún documento, carece de información relevante por parte del consumidor como para ser adecuadamente analizado por el proveedor; o, en ocasiones, pueden existir empresas proveedoras poco propensas a brindar soluciones en esas etapas tempranas, o bien pueden darse otras situaciones que en definitiva conspiran contra la obtención de una solución conciliatoria que, en el contexto más formal de un reclamo ya presentado ante alguna autoridad y bien definidos su contenido y pretensiones, tal vez un consumidor y un proveedor serios y razonables aceptarían de buen grado.

Por ende, somos de la opinión de que resultaría beneficioso que en todo tipo de procedimiento administrativo o judicial que se reglamente, **exista dentro del mismo y luego de haber sido iniciado formalmente, una etapa preliminar** en la cual el consumidor comunique al proveedor su reclamo formalmente y con ciertos contenidos mínimos que incluso podrían estar preestablecidos en la reglamentación, permitiéndose que en un lapso razonable ellos arriben a una solución.

Durante esa etapa preliminar, ambas partes tendrán la oportunidad de intentar solucionar el problema de manera directa entre ellos y sin las pérdidas de tiempo, costos, dispendio de recursos que implicaría continuar con las actuaciones administrativas o judiciales ya iniciadas, pero ahora con la intervención de un tercero ejerciendo la representación del Estado en alguna de las modalidades ya vistas (facilitador, mediador, autoridad administrativa o juez).

Somos conscientes de que esta propuesta puede chocar contra el preconceito de que la intervención de un tercero que representa al Estado siempre beneficia al consumidor, pero la experiencia nos demuestra que no en todas las ocasiones ese sujeto

6 Si bien las experiencias en otras latitudes no siempre son trasladables a nuestro contexto, es de destacar que en la Unión Europea la plataforma de resolución *online* de conflictos inicialmente sólo preveía la posibilidad de asignar el caso a alguna entidad privada de mediación, conciliación o arbitraje, es decir, en definitiva terceros que intervenían por autorización estatal. No obstante, cuando en 2019 se incorporó a la plataforma el módulo de negociación directa entre los consumidores y las empresas, los consumidores se inclinaron mayormente por esa opción (<https://commission.europa.eu/system/files/2021-12/2021-report-final.pdf>).



interpuesto entre las partes tiene la capacidad, tiempo o recursos para facilitar la solución de la controversia.⁶

Por eso creemos que en aquellas jurisdicciones en las que se esté observando una saturación de las dependencias estatales dedicadas a la atención de denuncias o reclamos de consumo, la solución no debería ser la mera incorporación de más recursos humanos o materiales a esas estructuras, sino insistir, permitir y fomentar la autocomposición directa y con la menor cantidad de formalidades y requisitos posible entre consumidor y proveedor.

Como ejemplo de algo de lo anterior, podemos citar el caso de la reciente implementación en la Ciudad de Buenos Aires de la plataforma <https://baconcilia.buenosaires.gob.ar/> con la que se busca permitir, ya dentro de una instancia administrativa formalmente iniciada, esa negociación directa entre consumidor y empresa durante un lapso de 15 días, prorrogables por 5 más, como paso previo a la continuación del reclamo administrativo. También participa del sentido de esta idea el Libro de Reclamaciones existente en Perú, aunque el comienzo de dicha instancia de negociación directa no se formaliza en sede administrativa sino en el local del comerciante o en su sitio web.

La idea que entonces proponemos es prever en toda legislación que reglamente procedimientos administrativos o judiciales para conflictos de consumo, la incorporación de una etapa inicial previa a la intervención activa de cualquier funcionario, mediador o magistrado, que establezca un plazo breve en el que las partes tengan la última posibilidad de arribar a un acuerdo de manera directa y sin la participación de ninguna otra persona, previendo que en caso de que fracase esta etapa, quede sin más habilitada la vía administrativa o la judicial (en este caso, previa mediación cuando exista este requisito adicional).

6. “Triage”⁷ de casos judiciales

Entrando ahora en el terreno de los procedimientos judiciales exclusivamente, observamos que en la mayoría de las legislaciones se advierte el lógico intento de que los procesos de resolución de conflictos de consumo sean lo más breve posible, lo cual se traduce usualmente en plazos cortos para cumplir las distintas etapas de los mismos (por

ejemplo, para contestar demandas) y otras medidas tendientes a su simplificación (como, por ejemplo, vedar ciertas defensas a los proveedores demandados o limitar las pruebas a ofrecer por las partes).

Sin embargo, eso no siempre logra el objetivo de que el tiempo total que insume un proceso sea todo lo breve que la partes pretenden y, además, en ocasiones coloca a la empresa demandada al borde de la indefensión por obligarla a responder reclamos, presentar pruebas y a dar explicaciones en plazos sumamente breves e impidiéndole plantear ciertos argumentos y elementos probatorios.

El problema, creemos, radica en el hecho de que dentro del universo de conflictos de consumo nos encontramos con al menos tres tipos de casos, cada uno de los cuales requiere distinto tipo de procedimiento acorde con sus particularidades, como para obtener un resultado eficiente y adecuado a la índole de la controversia de la que se trate.

La idea que se propone es, entonces, **diseñar al menos tres tipos de procedimiento**: uno será un trámite simplificado, con muy pocos requisitos y que deberá iniciarse sobre la base de formularios y parámetros preestablecidos y con limitaciones en cuanto a los rubros y montos a reclamar; otro trámite más amplio y flexible, pero sujeto a mayores requisitos para casos donde los montos a reclamar sean superiores; y finalmente un último tipo de procedimiento para reclamos de montos mayores aún.

El objetivo es facilitar el inicio y la tramitación rápida de los conflictos de monto bajo, pero sujetar a los de montos intermedios o elevados a más requisitos y a un procedimiento y análisis más exhaustivos.

De esa forma, se compatibiliza el interés en garantizar el acceso a la justicia a todo consumidor que se considere afectado, dándole la oportunidad de reclamar todo aquello a lo que tenga derecho, pero reservando ciertas ventajas y beneficios a aquellos que, por el monto reducido que reclaman, ponen en evidencia que están formulando un reclamo de baja complejidad y que prefieren sencillez y rapidez, antes que reclamar sumas elevadas.

En otras palabras, el otorgamiento de las prerrogativas usualmente concedidas a los consumidores (exención de tasas, plazos de contestación de

7 En castellano, “Triage”: expresión que se usa en medicina para la clasificación de pacientes en función de su gravedad y urgencia, para determinar el orden y el tiempo en el que se los atiende.

demanda breves, limitaciones de defensas, carga dinámica de la prueba, etc.) se deberían aplicar con mayor intensidad a los reclamos simples, con intensidad media a los reclamos intermedios y con mínima intensidad a los reclamos complejos.

En consecuencia, la propuesta radica en diseñar un procedimiento simplificado para reclamos inferiores a un monto que se determine (que deberá ser bajo), iniciado mediante el uso de formularios y montos tabulados o parametrizados (por ejemplo, que por daño moral no pueda reclamarse más del 50% del daño material reclamado o del valor del producto por el que se reclama, o una suma preestablecida por la reglamentación), así como con una tramitación posterior simplificada (por ejemplo, limitando la cantidad de pruebas a ofrecer o incluso la posibilidad de apelar una sentencia) y plazos breves para su resolución.

La ventaja de lo anterior radica en que la gran mayoría de los conflictos de consumo encuadrarían en esa categoría y que, frente a los mismos, los consumidores podrían ejercer sus derechos de manera sencilla y poco costosa (el uso de formularios y parámetros preestablecidos reduciría el trabajo jurídico por parte del abogado que inicie el juicio y el tiempo que eso insuma); el ejercicio del derecho de defensa por parte de la empresa también se vería facilitado, ya que no se enfrentarían a largas demandas con argumentos que hay que refutar uno por uno; y la tramitación se simplificaría por la limitación en el ofrecimiento de pruebas y eso permitiría a los tribunales gestionar de manera más eficiente grandes volúmenes de casos y dedicar menos tiempo al análisis de cada conflicto y a su resolución.

Además, el hecho de que las pretensiones y sus cuantificaciones hayan sido “amoldadas” al formulario de inicio previsto por la reglamentación evitará el fenómeno tan usual de la exageración de los reclamos, lo cual incluso facilitará que entre dos partes razonables se pueda arribar más fácilmente a una conciliación, la que se podría incentivar aún más si se estableciera que dicho acuerdo no requiere homologación de ningún tipo por parte del juez o que su celebración exime del pago de cualquier tasa de justicia a la empresa proveedora⁸.

Desde ya es posible que alguien cuestione lo anterior señalando que un trámite acotado limitaría a

los consumidores en el ejercicio de sus derechos, frente a lo cual señalamos que, en rigor, la idea que proponemos es que sea cada consumidor el que decida el tipo de trámite de su proceso judicial, pero que asuma las consecuencias y condiciones de cada uno: si quiere un juicio sin costos, rápido y sencillo; deberá elegir el trámite simplificado con formularios y parámetros preestablecidos; si considera que, por la índole de su reclamo, necesita desplegar sus argumentos de manera más amplia y libre, ofrecer una prueba más compleja o reclamar sumas superiores, podrá optar por alguna de las otras tipologías que siguen.

En segundo lugar, nos encontramos, entonces, con la categoría de los conflictos “intermedios”, que estará conformada por aquellos reclamos donde el consumidor actor pretenda una suma mayor a la indicada para los casos “simples”, pero que no supere el monto a partir del cual corresponde el trámite de los casos “complejos”; o donde incluso si el monto fuese el de los casos “simples”, considere que por la índole de su reclamo no es pertinente plantear el mismo en un formulario y con los parámetros preestablecidos del trámite “simplificado” y sus restricciones probatorias.

En esta segunda categoría de procesos, nos encontraríamos ante trámites más semejantes a los actualmente existentes, donde el contenido de la demanda no estará constreñido por ningún formulario, pero el monto reclamado no superará cierto límite a establecer reglamentariamente.

De todas formas, en función de la experiencia en esta materia, consideramos que dada la naturaleza de los conflictos de consumo y la necesidad de una resolución rápida y sencilla, también es conveniente introducir para estos casos “intermedios” ciertas modificaciones que desincentiven el planteo de demandas excesivamente extensas o poco claras producto de la utilización abusiva del “copiar y pegar”, tal vez limitando la cantidad de páginas de las mismas, así como la cantidad de pruebas a ofrecer; o estableciendo a cargo de quien ofrece una medida de prueba el costo de la misma.

Y, por último, se propone la creación de una tercera categoría de procesos destinada a los casos de monto elevado o a aquellos donde el consumidor por algún motivo considere que ninguno de los dos trámites anteriores es el apropiado, las cuales

8 El artículo 220 del Código Procesal para la Justicia en las relaciones de Consumo de la Ciudad de Buenos Aires prevé la reducción de la tasa de justicia a un 50% en caso de acuerdos previos a la etapa de audiencia de vista de causa.



son situaciones en las que voluntariamente elegirá este tercer tipo de trámite excepcional, pero, a la par, tendrá que aceptar los mayores requisitos y complejidad que este trámite implique, y la inexistencia (o reducción) de las prerrogativas con las que contaría en alguno de los otros trámites.

El sentido de esta última categoría es que, para el inicio de este tipo de trámite que permite el reclamo de sumas elevadas o admite el planteo de argumentos y pruebas de complejidad, el consumidor sea consciente de que las cargas que deberá superar serán mayores que las de las otras dos categorías, de manera que incentiva la elección por alguna de las otras, sin por ello cercenarle el derecho a pedir esta tramitación si lo considerase pertinente y aceptase las consecuencias de ello.

En esa línea, entonces, entre los requisitos que deberían existir (podría haber otros), proponemos que se exija que en la etapa de mediación al menos se hayan cumplido tres audiencias (para asegurar que se hayan agotado las posibilidades de un acuerdo); el pago de una tasa de justicia (aunque sea reducida, pero que debería servir de desincentivo a recurrir a este tipo de trámite si no fuese estrictamente necesario) y la asunción de los gastos que insuman las medidas de prueba que se ofrezcan por parte del reclamante, sumado al hecho de que cada parte asuma la carga de la prueba de sus argumentos.

Asimismo, dada la complejidad y monto de estos procesos, debería establecerse que el plazo para contestar la demanda y cualquier otro sean los más extensos que permita el ordenamiento procesal vigente.

En resumen, la implementación de tres categorías de trámite de distinta complejidad permitiría lograr una especie de efecto “triage” para clasificar los casos y asignarle el tipo de trámite más apropiado, siempre con el objetivo de facilitar e incentivar la

solución rápida y sencilla de la mayoría de casos y respetando la voluntad del consumidor, que, en definitiva, será quien al decidir el monto a reclamar y la complejidad de los argumentos y pruebas en torno a las que quiera debatir, definirá el trámite a seguir, asumiendo obviamente las condiciones de la categoría que seleccione.

Si la reglamentación fuese correcta y los incentivos y desincentivos estuvieran alineados con ese objetivo, debería lograrse que una gran parte de los conflictos se resuelvan mediante la tramitación más simple, de manera más rápida, eficiente y económica.

7. Limitar la intervención de los fiscales

Otro paradigma que creemos que hay que repensar es el relativo a la intervención de los fiscales en los procesos de consumo en protección de los intereses de los consumidores, establecida en varias normas como el artículo 35 inciso j)⁹, 84¹⁰ y 163¹¹ del Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo de la Ciudad de Buenos Aires (Ley 6470, 2021).

Obviamente, la finalidad de esas prescripciones es elogiada, ya que, en definitiva, busca establecer un nivel de protección adicional a los intereses de los consumidores, quienes, desde la óptica del legislador, están en situación asimétrica respecto de la empresa que tienen enfrente, a la vez que se respeta la pauta fundamental contenida en la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor que en su artículo 65 establece el orden público de sus disposiciones.

Sin embargo, en ocasiones esa intervención no se traduce en resultados beneficiosos para el consumidor ni para la empresa o el tribunal mismo, y no por deficiencias imputables a los fiscales, sino porque la índole del conflicto no es de una entidad tal que requiera la intervención de ese tipo de

9 Art. 35 inc. j) “...cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley, encontrándose legitimado para proponer medidas de prueba e interponer recursos en salvaguarda del orden público en las relaciones de consumo.”

10 Art. 84 “Vistas. Se le dará vista al Ministerio Público Fiscal:
 – En los planteos de competencia y de prescripción.
 – Cuando se haya planteado la declinatoria.
 – Cuando se haya controvertido la constitucionalidad de una norma.
 – En los recursos de inconstitucionalidad
 – Para notificarlo de la audiencia de apertura a prueba y de vista de causa.
 – Cuando las partes hayan arribado a un acuerdo y previo a su homologación.
 Sin perjuicio de los supuestos mencionados, también se le podrá dar intervención cuando el juez entienda que las circunstancias del caso así lo ameritan.”

11 Art. 163 “Las partes podrán hacer valer la transacción del derecho en litigio, con la presentación del convenio o suscripción ante el juez. Este se limitará a examinar la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley para la validez de la transacción, y, previa vista al Ministerio Público Fiscal resolverá sobre su homologación”.

funcionario; a lo que se suma el hecho de que el consumidor ya está asesorado por su abogado y el trámite judicial está gestionado por el juez a cargo y que vela porque no se produzcan perjuicios a los consumidores.

En consecuencia, medidas como solicitar la opinión de un fiscal acerca de cómo resolver el caso, o si homologar o no un acuerdo conciliatorio suelen insumir tiempo innecesariamente sin agregar valor alguno, en especial en los casos que, de acuerdo al método de “triage” mencionado más arriba, encuadren en la categoría de “simples” o “intermedios”.

La propuesta, entonces, es eliminar la intervención obligatoria de fiscales en ese tipo de situaciones, en especial en los casos que hemos catalogado como “simples” o “intermedios”, reservando su participación a casos que, por su monto o complejidad, o por la naturaleza de las cuestiones debatidas, la justifiquen.

8. Limitar la necesidad de homologación previa y otros requisitos de los acuerdos conciliatorios

También como derivación de la posición asimétrica que el legislador reconoce que existe en toda relación de consumo, nos encontramos con que, en las ocasiones en las que consumidor y empresa arriban a un acuerdo en el marco de un proceso judicial, la validez del mismo queda sujeta a la homologación del juez y a otros requisitos adicionales. Así, por ejemplo, si la empresa efectúa un pago al consumidor, el pago debe efectuarse a una cuenta judicial y que, recién luego de ello, el consumidor puede retirar el dinero (Ley 6470, 2021, Artículos 163 y 67)¹².

Estos recaudos, a pesar de ser bien intencionados, en muchas ocasiones terminan perjudicando al propio consumidor, ya que demoran la entrada en vigencia del acuerdo al tener que esperar la homologación judicial, que en ocasiones se dilata por el cúmulo de tareas en el tribunal o por la necesidad

de contar previamente con la opinión del fiscal a la que ya nos referimos.

Es decir que, entre la firma y presentación del acuerdo hasta su entrada en vigencia, pueden transcurrir varios días e incluso semanas, con perjuicio para el actor que demorará en recibir aquello a lo que tiene derecho y para la empresa que no podrá dar por terminada la controversia. Peor aún, si el pago pactado en el acuerdo se debe efectuar en una cuenta judicial, luego, el consumidor deberá pedir el libramiento de un giro, lo cual insumirá días adicionales.

Nuestra propuesta, entonces, es establecer que los acuerdos judiciales no requieran de dictámenes o de homologación previa para generar efectos jurídicos entre las partes, ni tampoco para dar fin al proceso, asumiéndose que la presentación de un acuerdo implica dar por desistida la acción y el derecho invocados al iniciar el juicio y considerarlos reemplazados por los derechos y acciones que emerjan del acuerdo, que podrán ser ejecutados en caso de incumplimiento.

En esa línea, entonces, la presentación de un acuerdo implicará la automática extinción del proceso y el inmediato nacimiento de los plazos de cumplimiento previstos en aquel.

Con ese mismo espíritu, consideramos, por lo tanto, que debe permitirse que el pago del acuerdo sea en la modalidad que el consumidor acepte.

Somos conscientes de que estas disposiciones que cuestionamos persiguen proteger al consumidor y parten de la base de que cualquier transacción o renuncia en el contexto de un acuerdo merece rodearse de controles para evitar abusos contra el más débil de la relación de consumo, para lo cual se han aplicado a esta materia soluciones extraídas del derecho laboral de nuestro país.¹³

Sin embargo, no debemos olvidar que, a diferencia de los conflictos laborales, los de consumo no se re-

12 Art. 67 “Todo pago que deba realizarse al consumidor o usuario como resultado del litigio, se deberá efectivizar mediante depósito judicial a la orden del juzgado interviniente y ulterior giro personal al titular del crédito o sus derechohabientes debidamente acreditados. En caso de que el beneficiario solicite pago por transferencia bancaria deberá acompañar con su firma los datos de su cuenta bancaria, CBU, CUIT y su condición frente al IVA u otros datos que solicite la entidad bancaria de depósitos judiciales. La reglamentación y los acuerdos con la entidad bancaria establecerán la regulación de libranzas electrónicas. Todo pago realizado sin observar lo prescripto es nulo de nulidad absoluta”.

13 Acerca del orden público en el derecho del consumidor y la posibilidad o no de celebrar acuerdos transaccionales o renunciaciones, recomendamos la lectura del excelente trabajo de Alejandro Pérez Hazaña “El orden público en el derecho del consumidor, y los límites a las renunciaciones y transacciones”, aunque no compartimos la analogía total con el derecho laboral que allí se explica. (https://justiciacolectiva.org.ar/orden-publico-derecho-del-consumidor-los-limites-las-renunciaciones-transacciones/?gad_source=1&gclid=Cj0KCQiAo7KqBhDhARIsAKhZ4ugXX5kn-cKYRvywXjE_0E8wXmW8crDnvcLO1GHronSZ6sb_MjMKEaAqp0EALw_wcB)



lacionan con cuestiones de importancia vital como ser el mantenimiento de una fuente de trabajo o el pago de una indemnización por despido o un accidente de trabajo, sino con operaciones de consumo de bienes y servicios que en la gran mayoría serán por montos bajos y cuya solución de una forma u otra no pondrán en peligro la subsistencia del sujeto. Ello justifica que el nivel de protección que se les aplique sea menos intenso que el del derecho laboral, dando lugar, así, a una mayor flexibilidad, para que sea el consumidor (junto a su abogado) el que decida si tal o cual propuesta de conciliación o forma de pago le resulta conveniente o no.

9. La aplicación de tecnología, plataformas de resolución de conflictos, etc.

Por último, si de ideas disruptivas se trata, se impone analizar las alternativas que han ido surgiendo al compás de la aparición de las nuevas tecnologías, tema que en rigor, daría para todo un libro, por lo cual nos focalizaremos sólo en algunas cuestiones puntuales.

En este sentido, consideramos que en muchos casos la duración del trámite de resolución de un conflicto de consumo relativamente simple se demora más de lo deseable por la existencia de etapas que generan “cuellos de botella” derivados de la intervención ineludible de una persona humana con tiempo, capacidad limitada y usualmente saturada de trabajo: estas etapas o pasos podrían ser, por ejemplo, el dictamen jurídico previo a la resolución de una denuncia administrativa, el análisis del fiscal para emitir su dictamen previo a un acuerdo o a una sentencia judicial, o el estudio mismo que debe hacer el juez para dictar la sentencia.

Allí es donde, entonces, aparece la necesidad de apoyarse en herramientas tecnológicas que permitan gestionar grandes volúmenes de casos (que las hay muchas y muy buenas) y de esa forma superar las naturales limitaciones de la capacidad finita de los seres humanos.

Nos referimos, en sentido amplio, a las tecnologías “ADR” (*Alternative Dispute Resolution*) incluyendo a las herramientas “ODR” (*Online Dispute Reso-*

lution)¹⁴ y sus variantes sincrónica o asincrónica u otras modalidades.

Explayarnos sobre estas tecnologías y sus diferentes versiones y aplicaciones prácticas excedería en mucho el objeto de este trabajo, focalizado en exponer algunas ideas disruptivas para tratar mejorar la rapidez y la sencillez con la que se resuelven los conflictos de consumo.

Lo que nos interesa es poner de resalto que **resulta inviable en la actualidad pensar en un adecuado servicio de resolución de conflictos de consumo si no se incorporan herramientas de estandarización y automatización** de la gestión de los mismos en la mayor parte de su trámite y si, en paralelo, no se revisan y modifican las normas y procedimientos para minimizar en la medida de lo posible los “cuellos de botella” que generan aquellas etapas o pasos que dependen de la actuación de una persona humana.

La idea disruptiva es, entonces, pensar si, al menos para los casos más frecuentes y simples, no es mejor “deshumanizar” y “tecnologizar” lo máximo posible las etapas iniciales e intermedias del proceso para llegar más rápido a la etapa final y para “humanizar” la solución a la que se arribe.

La clave en esa línea es lograr el equilibrio entre la “deshumanización” de las primeras e intermedias etapas (para acelerar los tiempos y economizar recursos) y la “humanización” de la etapa final del procedimiento (para que la intervención de la o las personas que lo concluyan sea la más apropiada para el conflicto del que se trate).

En otras palabras, la aplicación de tecnología en ciertas etapas permitirá que se arribe a la etapa final de manera más rápida y con los elementos necesarios para poder tomar la decisión más apropiada que ponga fin de una manera u otra al conflicto, ya sea mediante la formulación de una propuesta conciliadora por una de las partes que sea aceptada por la otra o mediante la autoridad resolviendo el conflicto de una manera justa.

La tecnología no desplaza a lo humano, sino que lo libera de las tareas meramente mecánicas usualmente existentes en las primeras e intermedias eta-

¹⁴ La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en sus “Notas Técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea” define a los ODR de la siguiente forma: la solución de controversias en línea, u “ODR”, es un «mecanismo para resolver controversias facilitado mediante el empleo de las comunicaciones electrónicas y demás tecnología de la información y las comunicaciones». Ese sistema puede implementarse de maneras diferentes por los distintos administradores, y puede evolucionar con el tiempo» (2017, p. 4).

pas y le permite focalizarse en aquello donde agrega valor (la etapa final), facilitando así la gestión masiva de los conflictos y su solución correcta.

Pero también la tecnología puede jugar un papel importante en la etapa final del proceso, aunque siempre de manera accesoria e instrumental a la actuación humana. Nos referimos, por ejemplo, a la posibilidad de incorporar tecnología de Inteligencia Artificial.

La aplicación de la inteligencia artificial (IA) en la resolución de conflictos de consumidores conlleva numerosas ventajas que optimizan significativamente el proceso y mejoran la experiencia, tanto para los consumidores como para las empresas. En primer lugar, la IA agiliza la gestión de disputas al analizar grandes conjuntos de datos para identificar patrones y tendencias, permitiendo una respuesta rápida y precisa a los problemas comunes. Este enfoque eficiente reduce los tiempos de resolución, proporcionando una solución oportuna a los consumidores.

Además, la IA puede personalizar las respuestas según la naturaleza única de cada conflicto, adaptándose a las circunstancias específicas y garantizando soluciones más pertinentes. La capacidad de aprendizaje automático de la IA también permite una mejora continua a medida que se enfrenta a nuevos desafíos, creando un sistema adaptable y evolutivo.

Otra ventaja crucial es la objetividad que aporta la IA al proceso de resolución de conflictos. Al carecer de prejuicios y emociones, la IA evalúa los casos de manera imparcial, asegurando decisiones justas y equitativas. Esto no solo fortalece la confianza de los consumidores en el sistema, sino que también reduce la carga administrativa para las empresas al minimizar posibles conflictos de intereses.

En resumen, la implementación de la Inteligencia Artificial en la resolución de conflictos de consumidores ofrece eficiencia, personalización, objetividad y mejora continua, transformando positivamente la dinámica entre consumidores y empresas en el ámbito de la atención al cliente y la gestión de disputas.

En este punto creemos importante advertir al lector que los cuatro párrafos anteriores fueron redactados por Chat GPT en respuesta a nuestro pedido

“Hola, necesito que redactes un texto de aproximadamente 200 palabras acerca de las ventajas de usar la IA en la resolución de conflictos de consumidores” (Chat GPT 2023).

Y debemos reconocer que no nos sorprende la perfecta redacción de la respuesta y lo esperable y lógico de alguno de los argumentos expuestos en la misma, pero sí nos ha sorprendido que Chat GPT haya tocado varios de los aspectos más críticos en materia de resolución de conflictos, como lo son la imparcialidad, la justicia y la equidad de las decisiones, especialmente teniendo en cuenta que no es un modelo de Inteligencia Artificial especializado en resolución de controversias.

En esa respuesta, la IA nos asegura que sus decisiones serán imparciales, justas y equitativas, y si bien no se nos ocurriría proponer que la decisión final y con fuerza de cosa juzgada de un conflicto de consumo (o de cualquier otro tipo) sea tomada directamente por Chat GPT o herramientas similares, asumiendo ciegamente que lo que ellas decidan será justo, sí nos parece que este tipo de tecnología podría ser utilizado para evaluar *ex ante* o *ex post* la imparcialidad, la justicia o la equidad de una decisión tomada o a ser tomada por un humano.

Pensemos que, en ocasiones, el criterio de una autoridad puede estar afectado por sesgos más o menos inconscientes, o a veces incluso por prejuicios lisos y llanos o por intereses ocultos, lo que puede traducirse obviamente en una decisión injusta. Así, por ejemplo, si ante un mismo conflicto y en igualdad de circunstancias, a la empresa X se le impone una determinada decisión y a la empresa Y se le impone otra más gravosa.

Pues bien, frente a esas situaciones, la IA ofrece una utilidad clara puesto que, en primer lugar, puede procesar y ponderar miles de datos que a un humano le resultaría difícil o imposible considerar (por ejemplo, cantidad de reclamos, porcentaje de resolución de los mismos de una forma u otra, antecedentes de sanciones, comparación con lo resuelto respecto de empresas equivalentes, patrones de conducta, soluciones en otras jurisdicciones etc.), existiendo incluso la posibilidad de que se detecten los sentimientos de las partes involucradas expresados en sus palabras¹⁵ y, en segundo lugar, permite eliminar la parcialidad o las decisiones arbitrarias.

15 Chat GPT nos informa de al menos las siguientes herramientas de IA que analizan el tono emocional positivo, neutro o negativo de las palabras: Vader (Valence Aware Dictionary and sEntiment Reasoner), TextBlob, IBM Watson Tone Analyzer, Google Cloud Natural Language API, entre otras.



Por supuesto que también la IA padece el riesgo de sesgos provenientes de la programación de los algoritmos y/o de los datos con los que será alimentada, u otro tipo de errores, pero este peligro se mitiga por el hecho de que, en definitiva, la decisión será tomada por un humano que simplemente usará la opinión dada por la IA como un elemento o parámetro más a tener en cuenta.

Además, otra ventaja de la IA es que puede aprender de las correcciones o ajustes que le haga el humano que la utiliza, con lo cual esos problemas pueden corregirse a medida que la herramienta se vaya utilizando; y si no se corrigen, puede dejarse de usar o puede buscarse otra alternativa.

Otro caso de uso de la IA muy interesante podría ser el de asistir a las partes en la elaboración de propuestas conciliatorias: por ejemplo, sugiriéndolas a una empresa proveedora para que se las transmita al consumidor.¹⁶ O podría asesorar al consumidor en la aceptación o rechazo del ofrecimiento recibido, o incluso proponiendo contrapropuestas.

Siguiendo con un ejemplo concreto de esta potencial funcionalidad, le formulamos las siguientes preguntas a Chat GPT y nos dio las respectivas respuestas:

«Te quiero preguntar lo siguiente: Hace unos días compré la última heladera que había en un negocio con precio de descuento, pero la heladera no funciona bien y reclamé al vendedor, quien me ofrece devolverme el dinero pagado y retirar la heladera de mi casa, o darme un cupón de descuento para una compra futura de otro producto. ¿Qué te parece mejor?»

ChatGPT

La elección entre que te devuelvan el dinero y retiren la heladera o que te den un cupón de descuento para una compra futura depende de tus necesidades y preferencias individuales.

Aquí hay algunos aspectos a considerar para tomar una decisión informada:

Devolución del Dinero y Retiro de la Heladera:

Ventajas: Obtendrías un reembolso completo, lo que te permitiría buscar una heladera diferente o abordar tus necesidades de refrigeración de inmediato en otro lugar.

Consideraciones: Asegúrate de que el proceso de devolución y retiro sea conveniente para ti. Además, verifica si hay algún cargo asociado con la devolución.

Cupón de Descuento para Compra Futura:

Ventajas: Esta opción podría ofrecerte un incentivo adicional para seguir siendo cliente del negocio. Podrías obtener un descuento en otro producto que necesites o desees.

Consideraciones: Asegúrate de que el cupón tenga un valor significativo y que haya productos en el negocio que te interesen. Verifica si hay restricciones en el uso del cupón, como fechas de vencimiento o productos excluidos.

En última instancia, elige la opción que mejor se alinee con tus necesidades y preferencias actuales. Si necesitas una heladera funcional de inmediato, la devolución del dinero podría ser la mejor opción. Si estás dispuesto a considerar otros productos del negocio y valoras la posibilidad de obtener un descuento, el cupón podría ser una elección viable. En cualquier caso, comunica claramente tus expectativas al vendedor para asegurarte de obtener la solución que mejor te beneficie.»

Frente a esa respuesta, le realizamos la siguiente repregunta:

«Muchas gracias, pero el problema es que como la heladera la compré con descuento, el dinero que me devuelvan no me alcanzará para comprar otra igual. ¿Qué me conviene?»

ChatGPT

Entiendo la situación. En este caso, si el dinero que te devolverán no será suficiente para comprar una heladera similar, puedes considerar las siguientes opciones:

Negociar un Reembolso Ajustado:

Conversa con el vendedor sobre la posibilidad de un reembolso parcial que refleje el precio actual de la heladera (considerando el descuento inicial). Esto podría ayudarte a cubrir parte del costo de una heladera nueva y mantener una transacción justa para ambas partes.

Aceptar el Cupón con Condiciones:

¹⁶ Como por ejemplo los productos de SmartSettle (www.smartsettle.com) o Cybersettle (www.cybersettle.com).

Si el vendedor ofrece un cupón de descuento, negocia las condiciones del cupón para maximizar su valor. Pregunta si hay flexibilidad en las restricciones o fechas de vencimiento. Asegúrate de que el descuento sea lo suficientemente significativo como para ser útil en una compra futura.

Explorar Opciones de Reparación:

Investiga la posibilidad de reparar la heladera en lugar de devolverla. Dependiendo de la naturaleza del problema, es posible que puedas obtener una estimación de costos para la reparación. Esto podría ser una solución rentable si el vendedor está dispuesto a compartir los gastos de reparación.

Buscar Alternativas en el Mismo Negocio:

Explora otras opciones de productos en el mismo negocio que puedan ser más asequibles y que puedan ajustarse al reembolso que recibirás.

Antes de tomar una decisión, asegúrate de comunicar claramente tus preocupaciones y limitaciones financieras al vendedor. La transparencia en la comunicación puede facilitar la búsqueda de una solución mutuamente beneficiosa» (Chat GPT 2023).

Como puede advertirse, en materia de consejos, resulta más difícil que un programa de IA nos arroje la mejor recomendación para nosotros, pero es claro que el sistema ha evaluado todas las alternativas e incluso nos indicó una en la que no habíamos pensado al formular la pregunta (la reparación de la heladera), detalló las ventajas y desventajas de ellas, y nos realizó algunas advertencias.

Además, si bien omitió algo que desde nuestro punto de vista nos debería haber dicho (que ante la duda consultáramos a un abogado), consideramos que el resultado brindado es de utilidad para un consumidor que se enfrenta a una propuesta conciliatoria, en especial, recordando que en definitiva la decisión final será de él.

En consecuencia, y sin querer agotar todas las posibilidades de uso de la IA en esta materia, creemos que **la idea disruptiva sería intentar implementar, al menos experimentalmente, dentro de los procesos de resolución de conflictos de consumo, la utilización de una herramienta de Inteligencia Artificial** que pondere aquellas variables que debería tener en cuenta la autoridad de la que se trate, de manera de evaluar su uso como herramienta de apoyo a las autoridades y a las partes.¹⁷

Además, **intuimos que la temática de los conflictos de consumo es especialmente apropiada para obtener resultados positivos tangibles a través de incorporación de estas nuevas tecnologías** que permitan gestionar rápidamente grandes volúmenes de casos y arribar a decisiones fundadas, transparentes e imparciales tomadas por humanos, pero con la asistencia de estas herramientas.

Por último, no queremos olvidarnos también de la posibilidad de utilizar plataformas de resolución de conflictos privadas para facilitar la negociación de soluciones directas entre las partes o con la intermediación o incluso mediante decisión de un tercero capacitado neutral que eviten recargar las estructuras estatales.

Si bien en nuestro país existen de manera incipiente algunas plataformas que parcialmente buscan este objetivo facilitando la formulación de reclamos contra empresas, consideramos que aún hay mucho camino para andar en esta materia y, para ello, nos parece importante algún tipo de reconocimiento normativo a estos servicios de terceros; por ejemplo, equiparando su intervención al cumplimiento de la etapa de mediación previa.

En este sentido, la idea disruptiva es pensar que cuando la solución directa entre las partes no es posible y se requiere la intervención de un tercero, este tercero bien podría provenir del sector privado, en la medida que su participación esté rodeada de garantías en cuanto a su capacitación e imparcialidad.

Frente a esa propuesta, seguramente podrían levantarse cuestionamientos en el sentido de que ello implicaría una especie de “privatización” de la solución de estos conflictos o un retiro del Estado de un área que le corresponde, pero, en este sentido, consideramos que hay que recordar que gran parte de los conflictos de consumo nacen en el contexto de relaciones jurídicas privadas. Por ello, debería ser natural que los problemas que se generen durante las mismas también puedan resolverse en un entorno privado, por lo menos en etapas iniciales

17 Una experiencia interesante en el ámbito jurídico es el de la IA Prometea desarrollada en el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires, que permitió, entre otros logros, predecir el resultado de un caso judicial en segundos; o reducir el tiempo de diversas tareas, corregir errores, etc. (más información en <https://mpfciudad.gob.ar/institucional/2020-03-09-21-42-38-innovacion-e-inteligencia-artificial>).



del conflicto y sin que ello implique impedir, obstaculizar o demorar el acceso a la justicia a los consumidores que así lo consideren pertinente.

Otro tipo de idea a explorar en conexión con lo anterior es la utilización del arbitraje de consumo. Este último si bien está expresamente permitido dentro del ámbito estatal¹⁸ y es de utilización voluntaria para los consumidores frente a empresas que hayan adherido expresamente a ese sistema, encuentra obstáculos legales para su desarrollo en el ámbito privado derivados del artículo 1651 del Código Civil y Comercial que excluye de la posibilidad de pactar un contrato de arbitraje a las siguientes materias “*c) las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores; d) los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto*”.

No obstante, creemos que esa exclusión podría ser objeto de una revisión legislativa permitiendo de alguna forma los arbitrajes privados en esas áreas, siempre rodeándolos de las debidas garantías de imparcialidad; o que podría dictarse algún tipo de reglamentación que no elimine esta alternativa a la solución de conflictos de consumo, sino que la ponga a disposición de los consumidores que la prefieran a otras alternativas, pero neutralizando el riesgo de abusos hacia ellos. Así, por ejemplo, se podría permitir que sea el consumidor el que opte o no por la misma sin imposiciones, o incluso habilitándolo a no considerarse vinculado por el resultado de un laudo desfavorable y quedando facultado para realizar su planteo ante tribunales judiciales sin que el resultado en su contra del arbitraje deba ser tenido en cuenta.

En relación con lo anterior, también hay que agregar que esas modalidades suelen ser especialmente aptas para incorporar diversas herramientas tecnológicas que, en ciertos casos, pueden arrojar resultados beneficiosos para todas las partes en materia de velocidad de resolución, especialización en la materia en debate, imparcialidad y transparencia.

En definitiva, la idea que se propone es no neutralizar de antemano opciones de resolución de conflictos de consumo alternativas provenientes del sector

privado y que hagan uso de las tecnologías que han ido y seguirán apareciendo, sino ponerlas al alcance de los consumidores que consideren conveniente utilizarlas, rodeándolas de las garantías necesarias para evitar abusos en contra de ellos.

10. Conclusiones

A fin de concluir este trabajo y en línea con la consigna del mismo de aportar ideas transformadoras y disruptivas, creemos que tal como ocurre en la actividad privada (por ejemplo, con los procesos internos de una empresa), cada cierto tiempo es importante revisar los procesos que se vienen utilizando en las dependencias estatales y desafiar algunos principios, usos o costumbres que se dan por descontados y parecen monolíticos, para preguntarse si pueden ser objeto de algún tipo de mejora o modificación a fin de lograr mejores resultados.

A esa finalidad apuntan varias de las ideas desarrolladas a lo largo de este trabajo en cuanto a aspectos que, a nuestro criterio, se pueden mejorar de los procedimientos administrativos o judiciales existentes en la actualidad.

Por otro lado, y en cuanto al capítulo final destinado a la tecnología y otras herramientas novedosas, nos interesa poner de resalto nuevamente que **la materia vinculada a la resolución de conflictos de consumo nos parece especialmente apropiada para obtener resultados positivos concretos derivados de la incorporación de herramientas tecnológicas de gestión de grandes volúmenes de casos, así como de Inteligencia Artificial**. Ello facilitará la administración ágil y eficiente de la mayor parte de las etapas de los procesos de consumos y que ayudarán a arribar en menos tiempo a la etapa final de los mismos y a obtener un resultado más satisfactorio para todas las partes involucradas.

Esperamos entonces que estas reflexiones sirvan a los lectores para evaluar de qué forma se pueden mejorar en cada jurisdicción los mecanismos de resolución de conflictos de consumo, con la convicción de que eso redundará en beneficios para todos los integrantes de la comunidad.

18 Art. 59 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, Decreto 276/1998 y Resolución 65/2018 del Ministerio de Producción y Trabajo.

Referencias bibliográficas:

Chiesi Filho, H. (2019). *Um novo paradigma de acesso à justiça: autocomposição como método de solução de controvérsias e caracterização do interesse processual*. Editoria D'Plácido.

Código Procesal para Justicia en las Relaciones de Consumo de Ciudad de Buenos Aires [CPJRC]. Ley 6470 de 2021, Artículos 35-J, 84 y 163.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2017). *Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea*. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/v1700385_spanish_technical_notes_on_odr.pdf

OpenAI. (2023). *Chat GPT* (Nov versión) [Modo de lenguaje gran tamaño]. <https://chat.openai.com/>

“Dark commercial patterns” o “Patrones comerciales oscuros” en el Perú: Comentarios sobre su licitud y evaluación en materia de protección al consumidor

“Dark commercial patterns” in Peru: Comments on their legality and evaluation in terms of consumer protection

— Karina Leticia Olano Rodríguez* y José Sebastián Loaiza Tapia** —

Resumen

Este artículo explora los patrones comerciales oscuros, su definición, elementos principales y modalidades. Estas prácticas están ganando relevancia en los canales de comercio virtual, preocupando a los organismos competentes por su potencial impacto en la libertad de elección de los consumidores. En Perú, la normativa de protección al consumidor podría permitir que el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) sancione estas prácticas mediante métodos comerciales coercitivos, agresivos o engañosos. Dado el limitado precedente jurídico en Perú, es crucial examinar la regulación y jurisprudencia comparada para proteger los derechos de los consumidores sin restringir injustificadamente la innovación comercial. Es fundamental encontrar un equilibrio que permita a los proveedores ejercer su derecho a la iniciativa privada y promover ventas a través de información precisa en sus publicaciones.

Palabras clave

Patrones comerciales oscuros, Protección al consumidor, Soberanía del Consumidor, Marketing y publicidad, Protección de datos personales.

Abstract

This article explores dark patterns in commerce, including their definition, key elements, and modalities. These practices are increasingly relevant in virtual commerce channels, raising concerns among competent bodies regarding their potential infringement on consumer choice freedom. In Peru, consumer protection regulations could empower the National Institute for the Defense of Competition and the Protection of Intellectual Property (Indecopi) to apply coercive, aggressive, or deceptive commercial methods to sanction such practices. Given the limited legal precedent in Peru, it's crucial to examine comparative regulation and jurisprudence to better understand how to resolve these cases, aiming to protect consumer rights without unjustifiably restricting commercial innovation. Finding a balance that allows providers to exercise their right to private initiative and promote sales through accurate information in their publications is essential.

Keywords

Dark commercial patterns, Consumer protection, Consumer sovereignty, Marketing and advertising, Protection of personal data.

* Abogada titulada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socia en el área de Competencia, Protección al Consumidor y Protección de Datos Personales de BBS Abogados Perú. Especialista en temas de Protección al Consumidor, Competencia Desleal y Libre Competencia y Protección de Datos Personales. Contacto: kolano@sacovertiz.com

** Abogado titulado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado asociado en el área de Competencia, Protección al Consumidor y Protección de Datos Personales de BBS Abogados Perú. Especialista en temas de Protección al Consumidor, Competencia Desleal y Libre Competencia y Protección de Datos Personales. Contacto: sloaiza@sacovertiz.com

1. Introducción

¿Resulta posible que un proveedor utilice prácticas que provoquen que sus consumidores tomen decisiones perjudiciales para ellos mismos? ¿Qué protección legal existe para un consumidor frente a la aplicación de dichas prácticas? ¿Su regulación (y, especialmente, su sanción) podría afectar la libre iniciativa privada de los agentes económicos en cuanto a sus estrategias de marketing?

En los últimos años, diversos académicos y organismos internacionales vienen prestando cada vez mayor atención a (y preocupación respecto de) las prácticas conocidas como “patrones comerciales oscuros” o simplemente “patrones oscuros” (término creado por el especialista en diseño Harry Brignull en el 2010), lo que en nuestro país se viene presentado con el Indecopi (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual).

Es así como a nivel internacional se han venido realizando investigaciones y análisis sobre su naturaleza y efectos en los consumidores, con la finalidad de estudiar la mejor manera de prevenir y atender las que serían sus consecuencias nocivas para los consumidores ante la que se percibe como una acelerada proliferación en los medios virtuales relacionado al crecimiento del comercio virtual, realidad de la que no es excepción el Perú.

Así, por mencionar solo unos ejemplos, el Comité de Política del Consumidor de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)¹, el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) de Chile², la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés)³ y la Comisión Federal de Comercio (FTC, por sus siglas en inglés) de Estados Unidos⁴ han emitido reportes e informes de sus respectivos hallazgos sobre la cuestión.

Cabe adelantar que la causa de la preocupación de las referidas entidades sobre el efecto que tendría

la realización de estas prácticas radica en la afectación a la soberanía de los consumidores al efectuar aquellas decisiones de consumo en el mercado que irían contra sus mejores intereses. Así, de acuerdo con esta evaluación sobre aquellas, nos encontraríamos frente a técnicas de marketing que, en la búsqueda por promover la adquisición de un producto o contratación de un servicio, influyen en su comportamiento al grado que atentaría contra la soberanía de los consumidores.

Por tales motivos, consideramos que tener un mayor acercamiento a los patrones comerciales oscuros, entender en qué casos podrían configurarse, si en el marco regulatorio actual se encuentra prevista su prohibición, cómo podrían ser evaluados y sancionados por la autoridad, así como generar discusión sobre aquellos resulta fundamental para que tanto proveedores como consumidores puedan contar con mayores elementos para advertir en qué casos nos encontraríamos ante aquellos y prever una potencial sanción impuesta por el Indecopi.

En ese sentido, a través del presente artículo, pretendemos brindar una sucinta introducción al concepto de los patrones comerciales oscuros, así como de la jurisprudencia y regulación tanto nacional como extranjera que les resultaría aplicable, para finalmente brindar nuestros comentarios y crítica sobre la materia.

2. ¿Qué son los patrones comerciales oscuros? ¿Qué conceptos jurídicos relacionados a ellos resulta importante tomar en cuenta al analizarlos?

2.1 Definición y principales características

De acuerdo con la definición propuesta por el Comité de Política del Consumidor de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en el reporte Dark Commercial Patterns de octubre de 2022, los patrones comerciales oscuros serían:

1 Dark Commercial Patterns OECD Digital Economy Papers, octubre 2022, N° 336. Disponible en: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/44f5e846-en.pdf?expires=1700738082&id=id&accname=guest&checksum=EF4D1C6A2C7C8BE3BFC1C9F603F933DD>.

2 Informe de resultados de levantamiento de dark patterns en comercio electrónico. Disponible en: https://www.sernac.cl/portal/607/articles-62983_archivo_01.pdf

3 Report on Consumer Education and Business Guidance on “Dark Commercial Patterns”. Disponible en: https://unctad.org/system/files/information-document/ccpb_WG_EC_Report_Dark_commercial_patterns_en.pdf

4 Bringing Dark Patterns to Light. Staff Report, septiembre 2022. Disponible en: https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/P214800%20Dark%20Patterns%20Report%209.14.2022%20-%20FINAL.pdf



Prácticas comerciales que emplean elementos de arquitectura de elección digital, en particular en interfaces de usuario online, que subvierten o perjudican la autonomía del consumidor, su toma de decisiones o elecciones. Con frecuencia engañan, coaccionan o manipulan a los consumidores y probablemente causen detrimento directo o indirecto a los consumidores de varias maneras, aunque puede ser difícil o imposible medir dicho detrimento en muchas ocasiones.

En ese sentido, los patrones comerciales oscuros son aquellas prácticas de marketing utilizadas por los proveedores a través de medios virtuales (aplicativos, plataformas electrónicas, portales web, entre otros) que tienen el efecto de influenciar en los consumidores en tal grado que estos puedan tomar decisiones de consumo que les ocasionen un perjuicio que no se habría presentado de no utilizarse aquellas prácticas que los distraen o confunden durante su toma de decisión.

Entonces, podemos destacar los siguientes elementos comunes que caracterizan a los patrones comerciales oscuros en sus diversas modalidades:

- Se encuentran implementados dentro de las interfaces virtuales del proveedor (portales web, aplicativos, entre otros).
- Tienen la capacidad de influenciar a los consumidores a través de la coerción, el engaño o algún tipo de manipulación, perjudicando su autonomía y toma de decisiones, en su detrimento.
- El detrimento ocasionado es difícil de medir, pudiendo presentarse en la economía del consumidor, la privacidad de sus datos, entre otros.

Al respecto, pensemos por ejemplo en un anuncio llamativo dentro del portal web de un proveedor en el que se resalta que únicamente se encuentra disponible una única existencia de un determinado producto. Evidentemente, la intención detrás de la inclusión de dicho aviso consiste en influenciar a los consumidores que lo visualicen a acelerar el proceso de toma de decisión, en atención al temor que se generaría por tardar mucho en aquella y que otro consumidor se le pudiese adelantar en la compra del referido ejemplar restante. Siguiendo la crítica a los patrones comerciales oscuros, dicha premura generada en el consumidor para tomar una decisión de consumo podría tener como efecto que aquel no analice debidamente los beneficios o perjuicios asociados a adquirir dicho producto (relacionados a, por ejemplo, la adquisición de un producto alternativo, la adquisición del producto a

otro proveedor o en otra oportunidad o, inclusive, la no adquisición del producto, entre otros posibles escenarios).

Ahora bien, el ejemplo antes comentado es tan solo una de las diversas formas que pueden tomar los patrones comerciales oscuros; no obstante, todos comparten los elementos de la descripción antes señalada.

2.2 Soberanía del consumidor y decisiones de consumo

Conforme hemos adelantado líneas arriba, los conceptos de soberanía del consumidor y su toma de decisiones de consumo resultan fundamentales para comprender la relevancia que han tomado los patrones comerciales oscuros. En primer lugar, debemos tener presente el Principio de Soberanía del Consumidor, respecto del cual la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (2010) señala que este consiste en que “las normas de protección al consumidor fomentan las decisiones libres e informadas de los consumidores, a fin de que con sus decisiones orienten el mercado en la mejora de las condiciones de los productos o servicios ofrecidos” (Artículo V, art. 1).

Precisamente, son aquellas decisiones libres e informadas las que determinarían qué características tendrá la oferta de productos y servicios provistos por los proveedores en el mercado, quienes se verán recompensados obteniendo la preferencia de los consumidores que representen su público objetivo cuando aquella oferta coincida con las demandas de estos últimos. Al respecto, Von Mises (2021) señala lo siguiente:

En la sociedad de mercado corresponde a los empresarios la dirección de los asuntos económicos. Ordenan la producción. Son los pilotos que dirigen al navío. A primera vista, podría parecernos que son ellos los supremos árbitros. Pero no es así. Están sometidos incondicionalmente a las órdenes del capitán, el consumidor. Ni los empresarios ni los terratenientes ni los capitalistas deciden qué bienes deban ser producidos. Eso corresponde exclusivamente a los consumidores. Cuando el hombre de negocios no sigue, dócil y sumiso, las directrices que, mediante los precios del mercado, el público le marca, sufre pérdidas patrimoniales, se arruina y acaba siendo relevado de aquella eminente posición que ocupa al timón de la nave. Otras personas, más respetuosas con los mandatos de los consumidores, serán puestas en su lugar. (p. 497)

Por lo anteriormente mencionado, resulta claro que proteger y resguardar la soberanía del consumidor no tiene solo especial relevancia para la protección del consumidor en sí, sino en general para el modelo de la economía de mercado en general. Así, por ejemplo, de acuerdo con Averitt y Lande (2001):

(...) la soberanía del consumidor es una situación de mercado que prevalece o debería prevalecer en una moderna economía de libre mercado. Es el conjunto de arreglos sociales el que causa que la economía actúa, primeramente, en respuesta de las señales agregadas de la demanda del consumidor, en vez de hacerlo en respuesta de las directivas gubernamentales o las preferencias de los negocios individuales. (p. 183)

En relación con este punto, agregan Averitt y Lande que:

(...) la esencia de la soberanía del consumidor es el ejercicio de la elección. Es a través de la elección de algunos bienes o de algunas opciones entre otras, que los consumidores satisfacen sus propias necesidades y envían sus señales a la economía. Es crítico, por lo tanto, que el ejercicio de la elección de los consumidores se proteja. (p. 183)

Debemos tener claro, entonces, que la suma de las decisiones que los consumidores tomen sobre los productos y servicios disponibles en el mercado será (o debería de ser) el principal factor que guíe el desarrollo del mercado (entendiendo por éste al conjunto de transacciones respecto de bienes o servicios) y la economía, razón por la cual es de suma importancia proteger que aquellas decisiones sean efectuadas libremente.

En este punto, resulta fundamental tener presente que la decisión de consumo es aquella mediante la cual un consumidor decide adquirir un producto o contratar un servicio a un determinado proveedor. Por supuesto, dichas decisiones no son tomadas de manera aleatoria, ni tampoco con independencia de factores externos, de entre los cuales tiene un papel preponderante la información que sea provista por los proveedores sobre los productos y servicios que pone a disposición de los consumidores en el mercado.

Dicha información supone a la vez una obligación por parte de los proveedores (quienes deberán asegurarse de ponerla en conocimiento de los consumidores) como también un derecho de los consumidores. Sin embargo, esta información debe

de cumplir con determinadas características para cumplir su importante rol dentro de las decisiones que adoptarán los consumidores. Por ello, el Código de Protección y Defensa del Consumidor señala que la información a la que tiene derecho a acceder los consumidores debe ser “oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios” (Ley 29571, 2010, art. 1.b).

Más aún, debemos destacar que la información relevante provista por el proveedor de manera previa a la toma de aquella decisión resulta fundamental durante dicho proceso, siendo que, inclusive sin aquella, la decisión de consumo podría no haberse adoptado o haberse efectuado en términos sustancialmente distintos, de conformidad con el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Entonces, es posible comprender por qué los patrones comerciales oscuros ocasionan preocupación a las agencias u organismos que velan por la competencia y protección de consumidor, ya que precisamente tendrían como efecto distorsionar su toma de decisiones y provocar que tomen elecciones que irían contra sus mejores intereses. Siguiendo esa misma línea de razonamiento, la elección de ofertas de bienes y servicios que se ha visto influenciada por estas prácticas premiará no necesariamente a los proveedores cuya oferta presenta mejores ventajas (en precio, cantidad, cualidades u otro factor) para su público objetivo, sino a aquellos agentes que logren distraer, coaccionar, engañar o manipular mejor la autonomía de los consumidores.

3. Modalidades de los patrones comerciales oscuros

Algunas de las modalidades más usuales de patrones comerciales oscuros han sido identificadas en la doctrina, así como posteriormente sintetizados por las agencias u organismos de consumo dentro de los reportes e informes que han venido. Ahora bien, a continuación, presentaremos algunas de las modalidades que han sido recopiladas por el SERNAC de Chile, la UNCTAD y el OCDE en los reportes indicados en la sección introductoria del presente trabajo:

- Aquellos que fuerzan al consumidor a realizar una acción:

Estas prácticas consisten en obligar al consumidor a realizar una determinada acción



como requisito para completar su compra. Por ejemplo, entre aquellas acciones se encuentran el crear una cuenta o acceder al envío de publicidad, entregando datos personales como nombres, apellidos, número de teléfono y/o correo electrónico.

- Aquellas que muestran notificaciones de actividad de terceros:

Esta modalidad consiste en comunicar de manera recurrente (y de forma llamativa para el consumidor) la actividad de otros usuarios mediante mensajes o notificaciones que capten su atención, los cuales pueden consistir en cuántos usuarios están viendo el producto, quiénes acaban de comprarlo, entre otros.

- Aquellas que muestran señales de urgencia y escasez:

Estos patrones comerciales oscuros consisten en imponer y comunicar al consumidor un límite de tiempo o existencia respecto de alguna determinada oferta o promoción para presionarlo a realizar una compra (generando, por tanto, en el consumidor un temor de perder la oportunidad de beneficiarse de aquella oferta). En ese sentido, se utilizan, por ejemplo, mensajes que informen de la alta demanda en el producto o un contador de tiempo para indicar cuánto faltaría para la finalización de la oferta o promoción.

- Aquellas que buscan ocasionar vergüenza en el usuario:

Son métodos que generan culpa o vergüenza en el usuario a fin de que opte por una determinada opción, manipulándolo. Así, la opción para declinar la referida opción suele estar estructurada de tal forma que se avergüenza al usuario para que no opte por ella.

- Aquellas que ocultan los precios finales:

Son métodos que añaden costos adicionales a una determinada compra de manera que pueden ser visualizados recién en el último paso para concretarla (estos costos pueden estar referidos a servicios complementarios, impuestos, gastos de envío u otros cargos o conceptos), de modo que se encarece sustancialmente el gasto en el que tendrá que incurrir el consumidor y que inicialmente advirtió.

- Aquellas que utilizan testimonios dudosos:

A través de estas prácticas se incorpora durante el proceso de compra testimonios (que pueden ser falsos o no) respecto de la experiencia de clientes que han adquirido el producto o contratado el servicio que visualiza el usuario, buscando influenciar en su decisión de compra con comentarios positivos sobre aquel.

- Aquellas que establecen una falsa jerarquía:

Estos métodos consisten en utilizar el diseño de la interfaz de usuario para que el consumidor centre su atención a propósito en un determinado elemento (comúnmente más caro o cuya revisión resultaría más favorable para el proveedor) para distraerla de otro (normalmente más barato o cuya revisión resultaría menos favorable para el proveedor). Así, se pueden utilizar elementos gráficos o el lenguaje llamativo para dirigir la atención de los usuarios hacia aquellas opciones en particular.

- Aquellas que agregan productos o servicios no solicitados en el carrito o canasta de compra:

Como la descripción lo indica, a través de estos métodos se introducen elementos adicionales que no han sido solicitados por el consumidor y que requieren que éste los retire voluntariamente, circunstancia que puede agravarse en caso la opción para dicho retiro implique realizar acciones adicionales.

Cabe indicar que los distintos tipos de patrones comerciales oscuros no son necesariamente excluyentes entre sí, por lo que en teoría podrían ser utilizados inclusive en conjunto por un proveedor para intentar incrementar la influencia que se generará en el consumidor. Asimismo, es importante tener presente que el incremento de la importancia del comercio electrónico y la evolución tecnológica de las herramientas a disposición de proveedores y consumidores para concretar relaciones de consumo ocasiona que no nos encontremos frente a una lista taxativa de patrones oscuros detectados, sino que estos pueden evolucionar y surgir nuevas variantes.

4. Regulación nacional

En primer lugar, la Constitución Política del Perú, en su artículo 65, consagra la protección al consumidor, la cual se desarrolla a través del Código de Protección y Defensa del Consumidor. Así, en su

Título Preliminar, se destaca el papel del Estado en la defensa de los consumidores, reconociendo la asimetría de información en la relación entre proveedor y consumidor. Por ende, se subraya la importancia de proteger los derechos del consumidor mediante una normativa tuitiva.

Dentro de los artículos que se desarrollan en el Código de Protección y Defensa del Consumidor para la protección de los consumidores, se incluye la protección frente a los métodos comerciales coercitivos por parte de los proveedores, como se establece en el artículo 56: este artículo presenta una lista de supuestos, la cual no es limitativa.

Hasta el momento, en el Perú no se ha promulgado legislación específica que proscriba expresamente las técnicas de ventas o marketing en línea conocidas como “patrones oscuros”. No obstante, la Comisión de Protección al Consumidor N°3, en adelante, la “Comisión”, en una reciente resolución, Indecopi (2023) menciona que la empresa denunciada al establecer el pago de una propina no solicitada por el consumidor y obligarlo a tomar una decisión cae dentro de la descripción de los llamados “patrones oscuros”. Cabe señalar que la Comisión aclaró que la presunta infracción se enmarca en el literal b) del artículo 56° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, el cual describe como método comercial coercitivo la obligación de un consumidor a asumir prestaciones no pactadas o requeridas.

Inclusive, Indecopi (2023) menciona que se habría identificado las siguientes categorías de métodos comerciales oscuros según sus intenciones, diseño o efectos: (i) asimetría; (ii) tendencia al engaño; (iii) encubrimiento; (iv) ocultaciones; y, (v) restricciones. Al respecto, dicha autoridad señaló respecto de los “Patrones Oscuros de Asimetría” que estos “se caracterizan por presentar las opciones al usuario de forma desproporcionada o con un diseño totalmente desigual, siendo que, en estos, se busca conseguir los resultados deseados aplicándolos como la configuración por defecto, sabiendo que en muchos casos los usuarios no lo cambiarán por “comodidad” o en su defecto, se genera puntos llamativos en la página para distraer la atención de otros de igual relevancia”. Asimismo, respecto de los “Patrones Oscuros de Encubrimiento”, se menciona que estos “se caracterizan por buscar camuflar algunas compras de bienes o servicios o acciones adicionales dentro de la decisión inicial del consumidor o usuario, de modo que, cuando llega al último paso/pantalla de un proceso de pago, descubre nuevos costes inesperados, para ello, esta-

blecen cargos adicionales como opciones predeterminadas, tal es así, que, si el usuario ha realizado la compra con prisa, probablemente no se dé cuenta.”

Sin perjuicio de lo antes indicado, bajo nuestra consideración, los patrones comerciales oscuros podrían también encontrarse comprendidos dentro de la figura de los métodos comerciales agresivos o engañosos, los cuales se encuentran establecidos en el artículo 58° del Código de Protección y Defensa del Consumidor como aquellas prácticas que perjudican de manera importante la libre elección del consumidor mediante la utilización de prácticas como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo.

Por tales motivos, estimamos que, a pesar de la ausencia de una legislación específica que prohíba estas técnicas de ventas en línea, las cuales no necesariamente se basan en proporcionar información veraz a los consumidores (en cuyo caso, podríamos encontrarlos frente a una infracción por publicidad engañosa), sino que su objetivo es generar ansiedad para inducir compras que, de haber contado con la información correcta, no se habrían realizado. Este tipo de prácticas desleales y deshonestas podrían potencialmente ser sancionadas de manera administrativa por el Indecopi de acuerdo con las figuras antes comentadas. Estas prácticas podrían encuadrarse en algunos de los supuestos regulados en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, como se evidenció en la resolución bajo análisis.

En adición a la normativa antes indicada, consideramos necesario indicar que algunas de las modalidades de patrones comerciales oscuros también podrían ser atendidos a través de cuerpos normativos distintos al de la protección al consumidor, ya que hemos encontrado jurisprudencia en España en la que se sanciona bajo las normas de protección de datos personales.

Así, por ejemplo, forzar al consumidor a brindar datos personales como sus nombres, teléfono, dirección de domicilio, correo electrónico u otros cuando dicha información no sea necesaria para concretar la compra o, peor aún, cuando estos sean utilizados para finalidades adicionales como el envío de publicidad, son prácticas sancionables bajo nuestra normativa de protección de datos personales. Así, la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2013-JUS, establecen las obligaciones que deben seguirse al tratar datos personales (lo que comprende su almacenamien-



to, utilización, transferencia o cualquier operación o procesamiento relacionado a aquellos), es decir, aquellos que identifican o pueden identificar a una persona natural.

Por otro lado, en caso la información brindada a través de alguna de las modalidades de patrones comerciales oscuros antes indicadas no sea cierta (por ejemplo, respecto del tiempo restante de una promoción comercial, el número de artículos disponibles o de clientes que lo han adquirido, el contenido de los testimonios comunicados), nos encontraríamos frente a una práctica que podría ser sancionada como actos de engaño, de acuerdo con el artículo 8° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada mediante el Decreto Legislativo N°1044.

5. Regulación internacional

En la Unión Europea, resultan aplicables a los patrones comerciales oscuros diversas figuras contenidas en la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo, Directiva sobre las prácticas comerciales desleales (en adelante, la Directiva). Por ejemplo, el artículo 5° de la Directiva establece la prohibición de las prácticas comerciales desleales, las cuales define a continuación como aquellas que son contrarias a los requisitos de la diligencia profesional y que distorsionan o pueden distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto del que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica.

Al respecto, dentro de las prácticas comerciales desleales establecidas en la Directiva se encuentran las prácticas engañosas o las prácticas agresivas, dentro de las cuales, diversas modalidades de los patrones comerciales oscuros se encontrarán comprendidas.

Así, por un lado, las prácticas comerciales engañosas se dividen a su vez en acciones y omisiones engañosas. Las primeras están referidas a las prácticas comerciales que contengan información falsa y por tal motivo carezcan de veracidad o información que, en la forma que sea, incluida su presentación general, induzca o pueda inducir a error al consumidor medio. Por su parte, las omisiones engañosas son aquellas prácticas que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, y las limitaciones del medio de comunicación, omitan información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y que, en consecuencia, haga o pueda hacer que el consumidor

medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado.

Por su parte, en Estados Unidos resulta de aplicación la Ley de la Comisión Federal de Comercio, la cual establece que un acto o práctica engañosa es considerada cualquier representación, omisión o práctica que es tanto material como tendente a confundir a los consumidores que actúan razonablemente bajo las circunstancias correspondientes. Asimismo, una práctica comercial desleal es aquella que causa o probablemente cause un perjuicio sustancial a los consumidores, que no sea razonablemente evitable por los propios consumidores y que no sea excedida por los beneficios a los consumidores o a la competencia.

Como es posible advertir, las normas antes comentadas brindan, principalmente, un marco general de prácticas engañosas o desleales dentro del cual pueden analizarse las diversas modalidades de patrones comerciales oscuros, atendiendo a las particularidades de cada una. Por ello, consideramos que, para el caso de la normativa peruana antes referida, el Indecopi podría tomar en cuenta el marco ya existente y evaluar para cada caso cuál figura (métodos comerciales coercitivos o métodos comerciales agresivos o engañosos, de acuerdo con las definiciones establecidas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor) resulta de mejor aplicación al caso en concreto.

6. Jurisprudencia

Debemos destacar que lamentablemente, a la fecha de haber culminado el presente artículo, no existen pronunciamientos por parte del Indecopi ni por parte de la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales del Perú en el que se evalúen prácticas calificadas como patrones comerciales oscuros, con la única excepción de la antes comentada Resolución 043-2023/CC3 de fecha 20 de junio de 2023. Por dicho motivo, a continuación, comentaremos un pronunciamiento emitido en el extranjero que podría resultar útil tomar en cuenta:

España

La Agencia Española de Protección de Datos AEPD (2023) marcó un hito al imponer una multa por patrones oscuros el 20 de septiembre de 2023. La Resolución del procedimiento sancionador del Expediente N.º: EXP202211953 (PS/00080/2023) fue emitida contra CHATWITH.IO WORLD-WIDE, S.L., que recibió una sanción de 12,000 euros por violaciones del Reglamento General de

Protección de Datos (RGPD) y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI).

Según, AEPD (2023) menciona que el artículo 5 del RGPD recoge los “Principios relativos al tratamiento”, y en específico en el apartado 1.a) establece que los datos personales deben ser tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado; con este principio, la AEDP puede sancionar los llamados patrones oscuros, asimismo, se menciona las ‘Directrices sobre patrones oscuros en interfaces de redes sociales, Cómo reconocerlos y evitarlos’ elaboradas por el Comité Europeo de Protección de Datos (EDPB).

Además, en AEPD (2023) se destacan las pautas del EDPB, que identifican diversas categorías de patrones oscuros con el objetivo de comprender y abordar estrategias que pueden afectar la toma de decisiones de los usuarios en relación con la privacidad. Entre ellas se encuentran la “sobrecarga”, la “ocultación”, “emocionar”, “obstaculización”, “inconsistencia” y “enturbiar”. Estas categorías proporcionan un marco integral para comprender y abordar los patrones oscuros en el diseño de interfaces y la experiencia del usuario.

En AEPD (2023) se establece que los métodos de manipulación utilizados comprendieron la aplicación de los patrones oscuros de sobrecarga y ocultación. La compañía optó por ocultar deliberadamente el listado de entidades receptoras de datos en una sección del menú de privacidad, dificultando que los usuarios excluyeran individualmente a las empresas si no deseaban compartir sus datos. La lista abarcaba un total de 1,522 empresas, de las cuales 338 tenían la casilla de “Interés legítimo” preseleccionada de manera predeterminada. La carencia de un botón “desmarcar todo” añadió una capa adicional de complejidad, complicando aún más la capacidad del usuario para tomar decisiones conscientes.

La multa impuesta según la AEPD (2023) tuvo como razón principal el uso de patrones oscuros para forzar a los usuarios a aceptar políticas de privacidad más invasivas. AEPD (2023) establece un precedente para otras agencias de protección de datos personales, alentados a desarrollar directivas y cambios legislativos para evitar la práctica de los patrones oscuros.

La actualización de la guía de uso de cookies, según el artículo periodístico de Pérez (2023), incorpora directrices para combatir prácticas engañosas. Además, Pérez mencionó que, a partir de 2024,

las nuevas obligaciones para abordar los patrones oscuros ya están en vigor e informa que la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha establecido un período de seis meses para que todas las páginas web se ajusten a estas normativas y aquellas que no cumplan con estos cambios estarán sujetas a multas a partir del 1 de enero de 2024, marcando la pauta para que el entorno digital sea transparente y ético.

7. Crítica sobre la evaluación de los patrones comerciales oscuros

7.1 Libre iniciativa privada y publicidad de los proveedores

Conforme hemos adelantado al inicio del presente trabajo, la evaluación que debe realizarse para determinar si nos encontramos ante un patrón comercial oscuro podría potencialmente abarcar también a estrategias de marketing utilizadas por proveedores para captar la atención de sus consumidores, sin que necesariamente se pretenda pervertir su proceso de toma de decisiones de consumo y ocasionarles un perjuicio.

En primer lugar, debemos tener presente que nuestra Constitución, entre los artículos 58° al 65°, establece el régimen económico que rige en nuestro país, esto es, la economía social de mercado. Al respecto, este apartado establece que la iniciativa privada es libre, así como que el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria.

Sobre el particular, el artículo 3 de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, dictada mediante Decreto Legislativo N° 757, establece que “se entiende por libre iniciativa privada el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, que comprende la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, en concordancia con lo establecido por la Constitución, los tratados internacionales suscritos por el Perú y Las Leyes.” (1991, art. 3)

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha indicado sobre la libre iniciativa privada en la sentencia recaída en el Expediente N°0001-2005-PI/TC lo siguiente:

Así, este Tribunal ha establecido que otro principio que informa a la totalidad del modelo económico es el de la **libre iniciativa privada**, prescrito en el artículo 58° de la Constitución



y que se encuentra directamente conectado con lo establecido en el inciso 17) del artículo 2° del mismo texto, el cual consagra el derecho fundamental de toda persona a participar, ya sea en forma individual o asociada, en la vida económica de la Nación. De ello se colige que toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material. La iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico; vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia.

Ahora bien, tal y como es señalado por el Tribunal Constitucional en la citada sentencia, la iniciativa privada no es ejercida de manera irrestricta, encontrándose limitada por los intereses generales resguardados en el ordenamiento jurídico, de entre los cuales podríamos incluir la normativa de protección al consumidor. Por ello, es indefectiblemente necesario que nuestra autoridad en materia de protección al consumidor determine cuándo nos encontraremos frente al empleo de prácticas que deben ser prohibidas y sancionadas y cuándo se trate del empleo de estrategias de marketing no sancionables.

Al respecto, consideramos importante recordar que en principio toda estrategia de marketing utilizada por los proveedores se encontraría dirigida a captar la atención e interés de su público objetivo respecto de un determinado producto, servicio o del propio agente económico, ya sea en entornos digitales o no, a través del uso de diversos elementos alfabéticos, numéricos, acústicos, gráficos o de otra naturaleza.

Así, por ejemplo, una de las herramientas principales de las cuales se sirve el marketing son los anuncios publicitarios. Al respecto, es útil recordar que la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada mediante el Decreto Legislativo N° 1044, define al anuncio publicitario como “la unidad de difusión publicitaria” y a la publicidad como “toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, en el

marco de una actividad de concurrencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales” (2008, art. 59).

Por ello, resulta claro que una estrategia de marketing empleada en una interfaz digital de usuario puede (y sería más efectiva de lograrlo) influenciar en la decisión de consumo de los consumidores y, eventualmente, podrían distraer la atención del consumidor por ser especialmente llamativos para aquellos; sin embargo, no por ello, nos encontraríamos frente a un acto sancionable necesariamente.

7.2 El estándar de consumidor en la evaluación de los patrones comerciales oscuros

Consideramos que, como parte de la evaluación que realizaría la autoridad en los procedimientos administrativos, tendrá un lugar preponderante el estándar de consumidor que se utilice para analizar si la práctica efectuada podría haber distraído, confundido o coaccionado al consumidor, influenciando de manera indebida su decisión de consumo. Así, si nos guiamos de un modelo de consumidor que actúa con poca razonabilidad al establecer sus relaciones de consumo podría la autoridad estimar en un determinado caso que la publicidad o estrategia utilizada por un proveedor en su página web que incluyó un reloj llamativo sobre el tiempo que restaba para acceder a una oferta habría influenciado indebidamente en la decisión de una persona que adquirió un producto, mientras que para un consumidor razonable aquella práctica no habría sido suficientemente para determinar su decisión.

Sobre el particular, coincidimos con Bullard (2010) en que el estándar que debería buscar proteger e incentivar nuestra normativa es el del consumidor razonable (que no equivale a un consumidor experto ni excesivamente exigente o cuidadoso) y no del consumidor promedio, pues el primer modelo crea incentivos para proteger a aquellos que hayan actuado con la diligencia ordinaria que se pudiera exigir para el caso concreto. Cabe indicar que el referido autor señala lo siguiente para fundamentar dicha posición:

El cambio que se ha venido sugiriendo de eliminar el concepto de consumidor razonable crea un problema muy serio porque elimina la idea de que los consumidores que se protegen son los que actúan con diligencia ordinaria de acuerdo con las circunstancias. El resultado de una norma que protege consumidores ordinarios, al margen de su razonabilidad, es que

renuncia a crear incentivos para una conducta responsable tanto de proveedores como consumidores, en especial en aquellas situaciones en las que la cultura de consumo responsable aún no se ha desarrollado. El cambio sugerido incentiva así la negligencia de los consumidores. (p. 9)

Más aún, consideramos que nuestra normativa actual ya prevé esta alternativa. Así, el Código de Protección y Defensa del Consumidor señala en su artículo 104 que regula la responsabilidad administrativa del proveedor, indicando que aquellos resultan responsables por infracciones en la idoneidad, calidad, el riesgo injustificado o la omisión o defecto de información, así como cualquier otra infracción al Código de Protección y Defensa del Consumidor u otras complementarias de protección al consumidor. Asimismo, este artículo indica que el proveedor sería exonerado de responsabilidad si lograra acreditar la imprudencia del propio consumidor.

Es así que el artículo 104 puede ser útil al reforzar el sustento de que en nuestro sistema de protección al consumidor se aplicaría el estándar de consumidor razonable, pues en caso éste actúe de manera imprudente, el proveedor del producto o servicio que sea materia de evaluación en el caso correspondiente será exonerado de responsabilidad. Por ejemplo, podríamos pensar en el escenario de un actuar no diligente del consumidor cuando se adquiere un producto o contrata un servicio sin considerar dentro su proceso de decisión aquellas condiciones que lo rodean y que sean clara y suficientemente conocibles para un consumidor razonable.

Por lo tanto, al momento de evaluar en qué casos una estrategia comercial en la interfaz de usuario que disponga un determinado proveedor emplearía patrones comerciales oscuros sancionables, la autoridad deberá tomar en cuenta en qué medida podrían haber influenciado indebidamente (a través de la distracción, confusión, coerción) a un consumidor que haya actuado con la diligencia esperable bajo las circunstancias concretas en las que se presente la práctica a evaluar.

En otras palabras, cada caso en el que se analice si nos encontramos frente a una práctica que pudiese calificar como patrón comercial oscuro deberá ser analizado en atención a sus particularidades. Así, por un lado, existen prácticas como el solicitar información no necesaria u obligar a aceptar el envío de publicidad a los consumidores que es claramente sancionable bajo la normativa de protección de

datos personales (en este caso, los consumidores pasan a considerarse titulares de datos personales), así como la utilización de información falsa para influenciar en los consumidores resulta también indudablemente sancionable; no obstante, en casos como la disposición de información en un portal web o aplicativo que brinden mayor relevancia a algunos elementos, el empleo de mensajes que ocasionen urgencia u otras modalidades análogas tendría que analizarse detenidamente si existe realmente y, de ser el caso, el grado de la afectación que se habría ocasionado al poder de decisión del consumidor.

De otro modo, estimamos que la aplicación indiscriminada de sanciones a toda práctica que pueda eventualmente compartir las características comunes antes comentadas de los patrones comerciales oscuros podría ocasionar un perjuicio desproporcionado en la libertad de los agentes económicos y su innovación respecto de las estrategias comerciales que emplean para competir en un determinado mercado.

8. Conclusiones y Sugerencias

Los patrones comerciales oscuros son las prácticas comerciales empleadas por los proveedores a través de medios digitales (portales web, aplicativos u otras plataformas virtuales) que perjudican la soberanía del consumidor, influyendo de manera determinante en su decisión de consumo a través de la manipulación, distracción, coerción u otras técnicas en su perjuicio.

Al respecto, la soberanía del consumidor es el estado en el que los consumidores toman decisiones libres e informadas, orientando el mercado con el efecto de mejorar las condiciones y productos disponibles. Para la toma de dichas decisiones en beneficio de sus intereses resultará fundamental que éste cuente con información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante.

Ahora bien, las distintas modalidades de patrones comerciales oscuros no son excluyentes entre sí y tampoco forman parte de una lista cerrada, pues la evolución tecnológica e innovación comercial permite la aparición de nuevas prácticas que podrían encontrarse comprendidas en esta categoría.

En el Perú, si bien los patrones comerciales oscuros no se encuentran explícitamente regulados como tal, la normativa de protección al consumidor tiene previstas figuras como los métodos comerciales coercitivos, agresivos y engañosos dentro de



los cuales pueden evaluarse diversas modalidades identificadas por la doctrina y las autoridades competentes. Asimismo, algunas de las modalidades identificadas también podrían ser sancionadas por la normativa de protección de datos personales y por la de represión de la competencia desleal.

Resultará necesario que se evalúe la presunta aplicación de patrones comerciales oscuros analizando cada caso según sus particularidades y el grado de afectación que se habría producido en la toma de decisión del consumidor involucrado, en atención al estándar de consumidor razonable que dispone nuestra normativa. Ello, con la finalidad de no perjudicar desproporcionadamente la innovación de los agentes económicos en la determinación de sus prácticas comerciales en entornos digitales.

Sugerimos que las agencias competentes en materia de protección del consumidor y datos personales en el Perú elaboren y difundan lineamientos y/o directivas que desarrollen los criterios que se aplicarán al evaluar las prácticas consideradas como patrones comerciales oscuros, a fin de generar mayor predictibilidad en favor de los agentes económicos.

Referencias bibliográficas

- Agencia Española de Protección de Datos (AEPD). (2023). Resolución del expediente N° EXP202211953 (PS/00080/2023). <https://www.aepd.es/documento/ps-00080-2023.pdf>.
- Averitt, N. y Lande, R. (2001). La soberanía del consumidor. Una teoría unificada de la Ley Antimonopólica y de Protección al Consumidor. *Revista Ius et Veritas*. 23, 181-210. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16023/16447>.
- Bullard Gonzales, A. (2010). ¿Es el Consumidor un Idiota? El Falso Dilema entre el Consumidor Razonable y el Consumidor Ordinario. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. 6(10), 5-58. <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/76/74>
- Comisión Federal de Comercio (FTC). (28 de noviembre de 2023). Bringing Dark Patterns to Light. Staff Report. https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/P214800%20Dark%20Patterns%20Report%209.14.2022%20-%20FINAL.pdf
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (s.f.) Report on Consumer Education and Business Guidance on “Dark Commercial Patterns”. https://unctad.org/system/files/information-document/ccpb_WG_EC_Report_Dark_commercial_patterns_en.pdf
- Decreto Legislativo N° 757. (1991). *Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada*. Presidencia de la República del Perú.
- Decreto Legislativo N° 1044. (2008). *Ley de Represión de la Competencia Desleal*. Presidencia de la República del Perú.
- Indecopi. (2023). Resolución 043-2023/CC3 de fecha 20 de junio de 2023.
- Ley 29571. (2010). *Código de Protección y Defensa del Consumidor*. Congreso de la República del Perú. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682697>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2022). *Dark Comercial Patterns*. OECD Digital Economy Papers. <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/44f5e846-en.pdf?expires=1701221059&id=id&accname=guest&checksum=ECFAA405BB716B074F7594E6EDDD56AA>
- Pérez, E. (17 de noviembre de 2023). La primera multa contra los “patrones oscuros” en España ya está aquí, (y no será la última). En Xataka. <https://www.xataka.com/legislacion-y-derechos/primera-multa-patrones-oscuros-espana-esta-aqui-no-sera-ultima>.
- Servicio Nacional del Consumidor - SERNAC (2021). Informe de resultados de levantamiento de dark patterns en comercio electrónico. https://www.sernac.cl/portal/607/articulos-62983_archivo_01.pdf
- Tribunal Constitucional. Pleno Jurisdiccional. Sentencia recaída en Expediente 0001-2005-PI/TC; 6 de junio de 2005.
- Von Mises, L. (2021). La Soberanía Del Consumidor. *REVISTA PROCESOS DE MERCADO*, 17(1), 497-502. <https://www.procesosdemercado.com/index.php/inicio/article/view/401>

Información No Divulgada y Secretos Comerciales en Chile

Undisclosed information and Trade Secrets in Chile

— Juan Pablo Egaña Bertoglia* —

Resumen

El autor analiza el estatuto de Secretos Comerciales en Chile, describiendo el decisivo rol de los tratados internacionales ADPIC y el TLC con EE.UU., y las dificultades e inconsistencias que se observaron en la implementación de sus normas de información no divulgada en el sistema jurídico interno. También se refiere a la manera como los tribunales de justicia y órganos dirimientes especializados fueron aplicando ese estatuto en la solución de controversias planteadas en el ámbito de las leyes de Propiedad Industrial y Acceso a la Información Pública, generando una jurisprudencia que, pese a los bemoles de dicho estatuto, logró uniformarse en la protección de la información no divulgada, sea que se tratase de datos de prueba o Secretos Comerciales. Finalmente, se incluye una mirada a las más recientes modificaciones legales que afectaron a la institución del secreto somercial en los ámbitos penal y de propiedad industrial, explicando cómo se espera que ellas contribuyan a fortalecer esta institución, gracias a la remisión a la definición de secreto comercial de la ley de Propiedad Industrial, que se formula al tipificar el delito de violación de esta institución en la norma penal.

Palabras clave

Secreto comercial, información no divulgada, protección de datos de prueba, carácter secreto, medidas razonables, valor comercial.

Abstract

The author analyzes the Trade Secrets statute in Chile, describing the decisive role of the international treaties TRIPS and the FTA with the USA, and the difficulties and inconsistencies observed in the implementation of its rules on undisclosed information in the domestic legal system. It also refers to the way in which the courts of justice and specialized adjudicating bodies applied this statute in the settlement of disputes arising under the Industrial Property and Access to Public Information laws, generating a jurisprudence that, despite the inconveniences of this statute, managed to achieve uniformity in the protection of undisclosed information, whether it was test data or Trade Secrets. Finally, it includes a look at the most recent legal amendments that affected the institution of Trade Secret in the criminal and industrial property fields, explaining how it is expected that they will contribute to strengthen this institution, thanks to the reference to the definition of Trade Secret of the Industrial Property Law, which is formulated when typifying the crime of violation of this institution in the criminal law.

Keywords

Trade secret, undisclosed information, data protection, undisclosed character, reasonable measures, commercial value.

+ Juan Pablo Egaña es abogado de la Universidad de Chile (1985) y tiene una maestría en patentes y propiedad intelectual de la Universidad de George Washington (1995). Desde 2001, es socio de la firma chilena Sargent & Krahn en propiedad intelectual e industrial. Egaña es reconocido por su destacada labor en propiedades intelectuales y liderazgo en el campo. Es profesor en la Pontificia Universidad Católica de Chile y ha escrito numerosos artículos sobre propiedad industrial, incluyendo "Biosimilar Products in Chile" y "La Propiedad Industrial en la Constitución Política de Chile". En 2017, ganó el premio de la Asociación Chilena de Propiedad Intelectual (ACHIP) por su trabajo sobre la "Doctrina de las Equivalencias en Chile".



1. Introducción y desafíos

A. Conceptualización y contornos:

Desde largo tiempo, la conceptualización del secreto comercial y su reconocimiento como una forma de información no divulgada susceptible de protección legal ha planteado un importante desafío para el legislador y los tribunales de justicia de Chile, llamados a definir la extensión e intensidad de este derecho al labrar su consagración en el ordenamiento jurídico.

En gran medida la dificultad de este desafío ha radicado en el carácter relativamente indefinido del bien a cautelar, que no es sino cierta información reservada en posesión de una persona natural o jurídica, como asimismo en la ausencia de un sistema registral de secretos comerciales que permitiría dar noticia pública de su existencia, alcance y titularidad, tal cual ocurre con los registros que amparan otros activos intangibles como marcas comerciales o invenciones.

La ausencia de un sistema registral implica, por una parte, que la prueba de la existencia del secreto comercial queda entregada exclusivamente a la voluntad y actividad de su poseedor, y por la otra, que los contornos de la información amparada pueden tornarse difusos y difíciles de acreditar. Esto último, a su vez, se erige en un problema para su titular al momento de hacer observar su derecho, pero potencialmente también para el resto de los agentes del mercado, que deberán estar preparados para convivir y respetar derechos que carecen de un claro continente material y temporal.

En efecto, sin un trámite de registro en que se examine la pertinencia de la protección tras un análisis de la valía de la información no divulgada que busca amparo como secreto comercial, lo que va a definir su existencia y contornos son las conductas que el poseedor haya ejercido en relación con esa información no divulgada. De esta forma, y en general, sólo aquella información no divulgada que

haya sido objeto de utilización en la marcha u organización de la empresa y además de medidas de protección para preservar su carácter no divulgado, podrá, eventualmente, atribuírsele el carácter de secreto comercial y por tanto hacerse acreedora de la protección que el sistema dispense a esa institución.

Apunto que la información no divulgada efectivamente usada en la marcha u organización de la empresa es aquella a la que, por regla general, podrá llegar a calificarse como secreto comercial, dado que a su poseedor ha de resultarle más o menos sencillo evidenciar su valor comercial, correlacionándolo con los avances económicos y comerciales de la misma. Sin embargo, de inmediato debe observarse que incluso información no divulgada que no esté siendo utilizada puede llegar a tener valor comercial para la empresa en caso de no ser conocida por la competencia.¹

Son estas conductas, que dependen enteramente de la voluntad del poseedor, aquellas que fijan la existencia y contornos de un secreto comercial, y desde esta perspectiva, cumplen una función más o menos análoga a la del registro en el caso de los demás derechos de propiedad intelectual. Con todo, como resulta comprensible, los márgenes de un derecho determinado de esta manera difícilmente tendrán la exactitud e invariabilidad, de otro amparado con un registro.

B. Bien Jurídico Protegido:

Por otra parte, desde una perspectiva doctrinaria también se han planteado desafíos, ya que la determinación del bien jurídico protegido por un secreto comercial, cuya vulneración es la que justifica y activa la aplicación de los remedios legales disponibles, no resulta nítida y ha sido motivo de controversia entre tratadistas y estudiosos. Tradicionalmente se consideraba que, en la adquisición, uso y revelación ilegítima de información no divulgada ajena, podían configurarse, y muchas veces confluír, tanto una violación al derecho a la intimi-

¹ Piénsese por ejemplo en una compañía que se embarca en una larga y costosa investigación dirigida al desarrollo de un procedimiento para sintetizar un producto químico determinado, y que al final del camino constata que dicho procedimiento es ineficiente. Esta información es potencialmente muy valiosa para otra empresa embarcada en el desarrollo de un procedimiento para sintetizar ese mismo producto químico, ya que le permitiría evitar el riesgo de repetir, sin saberlo, la misma ruta inconducente de su competidor con el consiguiente ahorro de recursos. De esta manera, aun cuando acreditar el valor comercial de información que no está siendo usada o que ha sido usada sin éxito puede resultar más dificultoso, como se explica, ello no descarta que la misma pueda bajo ciertas circunstancias especiales ser calificada como un Secreto comercial. Lo mismo puede afirmarse, por cierto, respecto de información no divulgada que aún no se utiliza, pero respecto de la cual se visualiza potencial en la marcha u organización de la empresa.

dad y reserva personal, como también la infracción de un deber fiduciario orgánico o voluntario.²

Ahora bien, conforme el conocimiento y la información se fueron transformando en un propulsor principal de las economías, el control y aprovechamiento de la información no divulgada fue cobrando cada vez más importancia y la necesidad de darle mayor amparo condujo a la adopción de sistemas normativos que la posicionaron en el ámbito del derecho de propiedad, el más prominente y cautelado de los derechos reales. En estos sistemas, tal como en el caso de las patentes de invención y otros privilegios de propiedad intelectual, se dota al titular de información no divulgada con un derecho a excluir a otros de su utilización, y, bajo esta lógica, la conducta infractora pasa a ser el uso no autorizado de esa información, antes que la vulneración de un derecho de intimidad o de un deber fiduciario.

El ejemplo más claro de esta tendencia se plasma en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, en adelante (ADPIC) que en su art. 1, numeral 2 se dispone: “la expresión “propiedad intelectual” abarca todas las categorías de propiedad intelectual que son objeto de las secciones 1 a 7 de la Parte II.” Y, la Sección 7 de este tratado, se refiere, precisamente, a la protección de la información no divulgada. Así entonces, la información no divulgada pasa a considerarse como un derecho de propiedad intelectual, pese a que no comparte características paradigmáticas que definen la naturaleza y estructura de protección de dichos derechos, por ejemplo, una base registral y, más notoriamente, algún plazo de vigencia acotado en el tiempo.³

C. Desconocimiento y desinterés:

A las dificultades antes referidas, que podemos llamar intrínsecas, se sumó además en el caso de Chile, un cierto desconocimiento del valor económico y tecnológico potencialmente asociable a la información no divulgada y por ende también al secreto comercial. Este desconocimiento recién comenzó a despejarse a fines del siglo pasado y los albores del actual con la adhesión ADPIC en 1995 y más tarde el 2004, al Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, en adelante (TLC con EE.UU).⁴

ADPIC se refiere a la materia en la Sección 7 de su Parte II titulada “Protección de la Información no Divulgada”, que cuenta de un solo artículo en el que se aborda la protección de dos tipos de información no divulgada, por una parte, aquella que está legítimamente bajo el control de una persona natural o jurídica, y por la otra, aquella consistente en datos de prueba que deben someterse a la autoridad regulatoria para la obtención de un permiso de comercialización de un producto farmacéutico o químico-agrícola. Ambas se tratan en acápites separados y se les imponen condiciones habilitantes de protección distintas.⁵

A su turno, en el TLC con EE. UU., se elabora en detalle acerca de los plazos y formas que debe adoptarse para la protección de los datos de prueba, el segundo tipo de información no divulgada protegida en ADPIC.⁶

Con la adhesión a estos tratados, y especialmente el TLC con EE.UU., cuya normativa impactó grandemente en el escenario legal y regulatorio de propiedad intelectual e industrial aplicable a la

2 Ver, por ejemplo: Acosta, Juan Domingo: “El Delito de Comunicación Fraudulenta de Secretos de Fábrica”. Revista Chilena de Derecho (1988) <https://repositorio.uc.cl/dspace/bitstream/handle/11534/14462/000310685.pdf>, en que se explica que una tendencia en doctrina es la de considerar la protección penal del secreto en general como atentados en contra la libertad y al menos una de sus expresiones, el derecho a la intimidad. Ver también, Pfeffer Urquiaga, Francisco: “Deber de lealtad de directores gerentes de sociedades anónimas al interior de grupos de sociedades, a propósito del caso Cascadas”, Revista Actualidad Jurídica N°32, Julio 2015, en que se explica como el deber fiduciario orgánico de administradores y miembros de un consejo (Directorio) se traduce en una obligación de lealtad que les prohíbe adoptar decisiones sino en el mejor interés de la compañía y nunca en el propio).

3 La protección de la información no divulgada podrá subsistir indefinidamente mientras ella mantenga un carácter secreto a diferencia incluso del derecho de autor, el más extenso de los derechos de propiedad intelectual y que comprende, en la mayoría de las legislaciones, una duración equivalente a la vida del autor más 70 años.

4 Chile adhirió a ADPIC en 1995, pero no implementó sus normas en la Ley N°19.039 sobre Propiedad Industrial sino hasta las modificaciones que ella experimentó en marzo de 2005 y enero de 2007, en virtud de las leyes N°19.996 y N°20.160 respectivamente. Por su parte el TLC con EE. UU. entró en vigor en enero de 2004, y varias de sus disposiciones de propiedad industrial fueron implementadas en la señalada modificación de enero de 2007.

5 ADPIC, art. 39, números 2 y 3, respectivamente.

6 Reconociendo expresamente las normas de ADPIC y construyendo sobre sus bases, en su art. 17:10 1., el TLC con EE.UU. especifica que los datos de prueba son amparables por 5 años en el caso de los productos farmacéuticos y 10 años, en el de los químico-agrícolas, en ambos casos contados los plazos desde el registro del producto original.



industria farmacéutica, tradicionalmente el sector más sensible ante los cambios que se promueven en esta esfera del derecho. Las obligaciones contraídas en este tratado fueron objeto de intensa discusión y debate, el que fue alertando a toda la comunidad acerca de estas normas y de la importancia creciente de los derechos que cautelaban, removiendo esa especie de perplejidad y desconocimiento que existía en Chile a su respecto.⁷

2. Escenario previo a la Adopción de Tratados Internacionales:

Con anterioridad a la adopción de los tratados ADPIC y el TLC con EE.UU., en Chile no existió un tratamiento sistemático de protección de información no divulgada, y la norma más prominente relativa a la materia se encontraba en el Código Penal, que desde el año 1875 tipificaba el delito de “comunicación de secretos de fábrica” parecía circunscribir la posibilidad de penalización a casos en que el secreto vulnerado tuviera vinculación con la esfera industrial, dejando así fuera del ámbito de la norma la violación de secretos consistentes en información puramente comercial.⁸

Ahora bien, aunque esa era la percepción mayoritaria, el tema tampoco resultaba enteramente pacífico, y así, algunos autores sostenían que la limitación afectaba el tipo de empresas en que se genera la información y no su naturaleza. Es decir, la comunicación de cualquier clase de secretos, no solo industriales, resultaba punible, pero en la medida que se tratara de comunicaciones verificadas en el seno de empresas fabriles. A contrario sensu, la comunicación de secretos en empresas que no producían ni fabricaban, como por ejemplo las prestadoras de servicios, no era punible sin importar si la comunicación concernía una cuestión industrial.⁹

De esta manera, no obstante, la existencia de algunas otras leyes en distintas áreas del derecho, por ejemplo, comercial, de libre competencia o procesal, que amparaban la reserva y confidencialidad de cierta información prohibiendo o regulando su utilización y divulgación, no había una conexión explícita ni implícita entre ellas que sirviera para articular un estatuto o sistema de protección de secretos comerciales.¹⁰

En efecto, ninguna de esas leyes incluía una definición del secreto comercial ni los parámetros que debía satisfacer la información no divulgada que ellas cautelaban para que su acceso, uso o divulgación no autorizada resultase ilegítimo, y por lo mismo, más que en la esencia o el valor intrínseco de la información, la atención se dirigía a la manera en que ella había sido accedida y utilizada, bastando que ese acceso o uso tuviese un tinte ilegal o ilegítimo, para que se considerase accionable.

3. Adhesión al ADPIC y el TLC con EE.UU., y la lógica de protección de la información no divulgada

A. ADPIC y su lógica general de protección de la información no divulgada:

Con la adopción del ADPIC en 1995, el escenario varía ya que por primera vez un cuerpo normativo se hace cargo sistemático, aunque sucintamente, de dar reconocimiento y protección a la información no divulgada legítimamente en control de una persona natural o jurídica, y lo hace proporcionándole un concepto y distinguiendo dos tipos de información amparables.

En el esquema asentado por ADPIC, el bien jurídico cautelado es la libre competencia y el correcto funcionamiento del mercado, cuya protección jus-

7 Innumerables discusiones entre la industria farmacéutica y los gobiernos de turno se prolongaron durante años, con motivo de la obligación de implementar las instituciones de protección de datos y linkage farmacéutico, pudiendo en última instancia implementarse sólo la primera institución en el ordenamiento interno, lo que trajo como consecuencia reiterados reclamos de Estados Unidos, quién posicionó a Chile en la lista prioritaria de la Sección 301 que administra el USTR en muchas oportunidades.

8 El art. 284 del Código Penal, previo a la modificación de la Ley de Delitos Económicos 21.595, disponía: El que fraudulentamente hubiere comunicado secretos de la fábrica en que ha estado o está empleado, sufrirá la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

9 ob. cit. Acosta, Juan Domingo: “El Delito de Comunicación Fraudulenta de Secretos de Fábrica”.

10 Por ejemplo, el art. 85 de la Ley N°18.045 de Mercado de Valores, dispone: “A los socios, administradores, y en general cualquier persona que en razón de su cargo o posición tenga acceso a información reservada de las sociedades clasificadas, se les prohíbe valerse de dicha información para obtener para sí o para otros, ventajas económicas de cualquier tipo”. A su turno el art. 22, inciso 8° del D.F.L. 1 de 2005 del Ministerio de Economía y Reconstrucción, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, faculta a ese Tribunal para “..decretar reserva respecto de terceros ajenos al proceso o incluso confidencialidad respecto de las demás partes, de aquellos instrumentos que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular, y en la misma línea, el art. 394 del Código de Procedimiento Civil faculta oponerse a una solicitud de exhibición de instrumentos con miras a la preparación de un litigio, si dichos instrumentos revisten “el carácter de secretos o confidenciales.”

tifica evitar conductas que importen una competencia desleal. Esto se recoge en el número 1 de su art. 39 que declara su objetivo de garantizar una protección eficaz contra la competencia desleal, en conformidad con el Convenio de París.¹¹

Lo anterior es consistente con los valores que cautela el derecho de la competencia que, en su conjunto, además de velar por el interés común general, también vigila los intereses privados de los agentes de mercado, es decir, protege los derechos de los competidores. En este contexto, el acceso y aprovechamiento ilícito de información bajo control de una persona constituye un actuar desleal que enriquece injustamente a quien la ha mal habido, y que además encierra el riesgo de una divulgación pública destructora de su carácter secreto y por consiguiente del derecho de su poseedor legítimo para continuar explotándola a reserva de usos por terceros.

B. Distinción de dos tipos de información no divulgada y en primer lugar de los Secretos Comerciales:

Asimismo, como ya se ha apuntado, el concepto de información no divulgada que se promueve en ADPIC comprende dos tipos de información, una que descansa en control legítimo de una persona natural o jurídica, y que es la que puede llegar a ampararse como secreto comercial, y otra que corresponde a datos y pruebas científicos y técnicos que sirven para demostrar la seguridad y eficacia de productos farmacéuticos y químico-agrícolas y que por disposición legal deben someterse a una Autoridad Regulatoria para obtener sus permisos de comercialización.

Aun cuando ADPIC no emplea el término secreto comercial, ni tampoco intenta su definición, indudablemente en su art. 39, numeral 2. se está refiriendo a esta institución. En efecto, en esa norma se subsumen las tres condiciones o requisitos que la jurisprudencia y normativa anglosajona había establecido para discernir el tipo de información no divulgada que puede ser objeto de protección como secreto comercial, y se proveen además ciertos pará-

metros generales para determinar cuándo ellos pueden entenderse satisfechos por su poseedor.¹²

La primera y más obvia de estas tres condiciones es la confidencialidad o el carácter secreto de la información, ya que resulta de perogrullo notar que información pública no podrá ser objeto de protección. No obstante, de inmediato la norma precisa que para gozar de carácter secreto basta que la información no sea “como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes generalmente conocida”, lo que relativiza el grado de confidencialidad o reserva que esta debe exhibir para ser objeto de protección, y se diferencia así del concepto de novedad que rige en la disciplina de patentes de invención, y que es concebido en términos absolutos en prácticamente toda legislación de patentes.

Sin embargo, tampoco se trata de un juicio extremadamente laxo, ya que la norma también exige que la información no sea “fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión”. El juicio de accesibilidad debe ser hecho entonces, no a partir de la visión de un sujeto ordinario, al que probablemente toda o casi toda información no le resulte fácilmente accesible, sino poniéndose en los pies de una persona que opere en el mismo sector de actividad comercial o industrial al que pertenece el producto o servicio relacionado con el secreto.

Es posible también hallar aquí otro punto de contacto con el derecho de patentes, en particular con el segundo requisito de patentabilidad, la altura inventiva, el que se satisface si la solución tecnológica que divulga la invención bajo examen no resulta obvia a la luz del arte previo. Sin embargo, esta evaluación, tal como en la del carácter secreto de una información, la Ley de Propiedad Industrial no la encarga a un sujeto ordinario, sino a una persona normalmente versada en la materia técnica correspondiente, cuyos conocimientos le permiten analizar y extraer motivaciones, sugerencias y enseñanzas de ese arte previo, las que ese sujeto ordinario no podría conjeturar.¹³

11 El Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial adoptado en marzo de 1833, versión del año 1967.

12 Ver: Christopher Rebel J. Pase, “The case for a federal trade secret act”, Harvard Journal of Law & Technology Volume 8, number 2. Spring 1995, explicando que la acción por apropiación indebida de secretos comerciales fue importada desde el derecho común inglés y recogida en una serie de decisiones de las cortes superiores de justicia de los Estados del Este a mediados del siglo XIX, y a continuación explicando que las dos fuentes que modelaron la regulación estatal de Secretos Comerciales en Estados Unidos, el Restatement of Torts section 757 del año 1939 y el Uniform Trade Secret Act, en sus versiones de 1979 y 1985, contemplaban las mismas tres exigencias copulativas que se establecen en ADPIC para reconocer la existencia de un Secreto comercial, esto es, carácter secreto, valor comercial y medidas razonables para mantener el secreto.

13 Ley de Propiedad Industrial, art. 35.



No hay en todo caso un tratamiento doctrinario que dé cuenta de un estudio de las características y competencias atribuibles a esa persona que pertenece al mismo círculo en que se explota el secreto, a diferencia del concepto de persona normalmente versada en la materia que aplica en el derecho de patentes, y que ha sido objeto de extenso tratamiento en doctrina, jurisprudencia y directrices de Agencias especializadas.¹⁴

Satisfecha esa primera condición, ADPIC establece que solo aquella información no divulgada que posea un valor comercial será amparable, y agrega que ese valor deviene precisamente de su carácter secreto y no accesible por eventuales competidores. No hay en la norma ninguna guía para determinar la valía comercial de una información, como no sea la reafirmación que ese valor debe originarse y permanentemente asociarse a su carácter secreto, y por lo mismo deja el espacio abierto para que, caso a caso, sean los tribunales de justicia los que evalúen la concurrencia de esta condición.

Como condición habilitante final, ADPIC exige que esta información no divulgada haya sido objeto de medidas razonables por parte de la persona que legítimamente la controla para mantenerla en reserva, atendidas las circunstancias del caso. La norma introduce los conceptos de, “esfuerzos razonables para mantenerla secreta” y “en las circunstancias”, con el obvio propósito de no cargar al poseedor de la información con una obligación demasiado pesada u onerosa, y nuevamente, la determinación del estándar razonabilidad queda entregado, caso a caso, a los tribunales de justicia.

C. ADPIC y la protección de los datos de prueba:

El segundo tipo de información no divulgada amparado en el art. 39, numeral 3 de ADPIC corresponde a datos de prueba sometidos a una autoridad regulatoria con el propósito de obtener el permiso de comercialización de un producto farmacéutico o químico agrícola. Esta norma, de gran relevancia para la industria farmacéutica, fue concebida con el propósito de facultar a las empresas de marca

para controlar la práctica de las autoridades regulatorias de utilizar sus datos de prueba para autorizar la comercialización de productos genéricos. Esta práctica, validada en Chile desde mucho antes de la entrada en vigor de ADPIC, encuentra justificación, con independencia del ahorro de importantes recursos económicos, en varias otras razones, por ejemplo, de carácter humanitario, que propugnan la inutilidad y en ocasiones crueldad, de volver a realizar pruebas de productos farmacéuticos cuya eficacia y seguridad ya ha sido probada, con el consiguiente stress de animales y seres humanos.¹⁵

ADPIC, no obstante, no explicita dicho propósito, sino que adopta un lenguaje más general, advirtiendo simplemente que las autoridades regulatorias deberán proteger dichos datos contra todo uso comercial desleal, y que además deberán protegerlos contra toda divulgación, salvo que esa divulgación se justifique para la protección del público, o ella se haga habiendo adoptado las medidas para garantizar que los datos, una vez divulgados, no serán objeto de uso comercial desleal.

La amplitud de la norma generó comprensibles controversias y discusiones, en especial si la práctica habitual de las autoridades regulatorias de usar los datos de prueba de una compañía para autorizar la comercialización del producto de otra compañía podía o no implicar un uso comercial desleal en el sentido de la norma.

Ahora bien, para los efectos de este trabajo, lo que resulta relevante es notar que ADPIC estableció una condición habilitante de protección específica para los datos de prueba, precisando que aquellos acreedores de protección solo serían los que habían supuesto un esfuerzo considerable para su elaboración. De la lectura detenida de este art. 39, numeral 3 nada hay que haga presumir que respecto de los datos de prueba apliquen además las condiciones habilitantes que permiten proteger cierta información no divulgada como secreto comercial, conforme lo establecido en el número 2 de este artículo.

Es decir, para proteger los datos de prueba en conformidad a ADPIC no sería necesario acreditar

14 Por ejemplo, en el caso de Chile, las Directrices de Examen y Procedimiento de Registro Patentes de INAPI del año 2022, abordan exhaustivamente el requisito de altura inventiva y en ese estudio, página 202, detallan las cualidades y competencias que deben atribuirse al “experto en la materia”. En el derecho comparado, es especialmente ilustrativa la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso de *KSR Int'l Co. v. Teleflex Inc.*, 550 U.S. 398 (2007), donde se proporciona un acabado análisis de la persona de conocimiento ordinario en el arte llamada a juzgar el carácter obvio o no obvio de una invención.

15 En efecto, el Decreto Supremo de Salud N°1876 del año 1995, que contenía el Reglamento del sistema nacional de control de productos Farmacéuticos, Alimentos de uso Médico, y Cosméticos ya contemplaba un procedimiento simplificado de registro que permitía al producto genérico descansar en los datos de seguridad y eficacia en el registro original de referencia, y este esquema fue proyectado en el Decreto de Salud N°3, que a partir de enero de 2010 reemplazó al Decreto Supremo N°1876.

que ellos fueren secretos, o al menos no necesariamente bajo los parámetros fijados para el caso de secretos comerciales, tampoco su valor comercial, ni tampoco evidenciar a su respecto la adopción de medidas razonables para mantener su carácter no divulgado. A contrario sensu, tampoco se justificaría imponer como una condición habilitante adicional para la protección vía secreto comercial, que la creación de la información no divulgada candidata hubiere supuesto esfuerzos considerables a su poseedor.

En suma, el sistema de protección de información no divulgada sancionado en ADPIC posiciona a este concepto en una relación de género a especie con los secretos comerciales y los datos de prueba, en tanto no toda información o dato de prueba no divulgado será acreedor de protección, sino solo aquella o aquél, que satisfaga sus condiciones habilitantes específicas.

Más aún, la forma de protección de secretos comerciales y datos de prueba, tal como ya dejaba entrever ADPIC, era diversa, y esto vino a despejarse completamente con la adhesión al TLC con EE.UU.

D. EL TLC con EE.UU. y la protección de los datos de prueba:

Como se ha referido, a pesar de que la norma del art. 39, numeral 3 de ADPIC fue concebida para limitar la facultad de autoridades regulatorias de usar datos de prueba de compañías de marca en la tramitación y concesión de permisos de comercialización de compañías genéricas, su redacción, dictada por las tensiones inherentes a una negociación multilateral, careció de la necesaria precisión, dejando espacio para múltiples interpretaciones de aspectos centrales de la norma, como por ejemplo, la determinación de las conductas de la autoridad regulatoria que podían considerarse comercialmente desleales en el manejo de datos de prueba, y los plazos de duración de sus obligaciones al respecto.

El TLC con EE.UU, en su art. 17: 10. 1, vino a zanjar gran parte de las dudas que dejaba ADPIC, reiterando en primer lugar que la protección de datos de prueba beneficia solo a productos que

empleen una nueva entidad química, pero además especificando que es aquella que no ha formado parte de productos registrados con anterioridad, explicitando a continuación, que la protección de los datos de prueba se traducía en una obligación para la autoridad regulatoria de no usar dichos datos para apoyar el examen de productos de terceros sometidos a su registro, y, finalmente, estableciendo los plazos de duración de la protección, correspondiente a un espacio de 5 años en el caso de los productos farmacéuticos y de 10 años en el caso de los químico-agrícolas.¹⁶

En los hechos esta disposición del TLC con EE.UU se sentó las bases para la institución de “Protección de Datos” o “Data Protection” en su acepción en inglés, la que a pesar de ser reconocidamente diversa a la del secreto comercial, en Chile comparte las mismas cargas habilitantes de protección de este último. Esto obedece a su deficiente implementación en la Ley de Propiedad Industrial, como se explica en el capítulo siguiente.

4. Adopción de las normas de información no divulgada de ADPIC en el sistema jurídico interno

A. Implementación deficiente, confundiendo condiciones habilitantes de protección de secreto comercial y datos de prueba:

Chile hizo uso, y en exceso, de los períodos de gracia que ADPIC contemplaba para la implementación de sus normas en países en desarrollo, y sólo con cinco años de retraso, en el año 2005, promulgó la Ley N°19.996 modificatoria de la Ley de Propiedad Industrial, y que entre otras materias abordó el tema de la protección de la información no divulgada, incorporando un nuevo Título VIII destinado a implementar el art. 39 de ADPIC. El título se denominó De los secretos empresariales y de la información presentada a la autoridad para la obtención de registros o autorizaciones sanitarios, y ambas materias, secretos empresariales, por un lado, e información presentada a la autoridad por el otro, se trataron en párrafos distintos.¹⁷

Así, desde un punto de vista formal, en su implementación se respetó la estructura de ADPIC, divi-

16 Esta normativa del TLC con EE.UU. sintetiza aspectos de la Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act de 1984, también conocida como Hatch-Waxman Act, que intentó equilibrar los intereses de las industrias farmacéuticas de marca y genéricas en Estados Unidos, y que, entre otras medidas, permitió a las compañías genéricas solicitar los permisos de comercialización para sus productos descansando en los datos de seguridad y eficacia aportados en la solicitud de comercialización del producto de marca, pero ello sólo transcurridos ciertos períodos de tiempo desde la concesión del permiso de comercialización a este producto.

17 Ley de Propiedad Industrial, arts. 86 a 91.



diendo entre secretos empresariales e información presentada a la autoridad regulatoria, no obstante, como se ha anticipado, esta implementación resultó defectuosa en diversos aspectos.

En primer lugar, y con toda probabilidad debido a la ambigüedad que fluye de la unión de los términos “datos de prueba u otros no divulgados” en el art. 39, numeral 3 de ADPIC, al establecerse la protección de los datos de prueba presentados a la autoridad regulatoria, la Ley de Propiedad Industrial no solo reprodujo la citada unión al definir qué información es la que amparaba la norma caracterizándola como “datos de prueba u otros que tengan naturaleza de no divulgada”, sino que, además, a reglón seguido, para conceptualizar esa “naturaleza no divulgada” se incluyeron dos de las tres condiciones habilitantes que ADPIC establece en su art 39, numeral 2 para reconocer protección de secreto comercial a información no divulgada.

Así, conforme esta ley, para que un dato de prueba presentado a la autoridad regulatoria sea acreedor de la protección que ella brinda, será menester que su poseedor acredite su carácter secreto, en el sentido que no sea generalmente conocido ni fácilmente accesible por personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utiliza, y que además haya sido objeto de medidas razonables para mantenerlo en tal condición.¹⁸

A mayor abundamiento, para gozar de esta protección, la ley exige que el titular señale expresamente en la solicitud de registro el carácter de no divulgados de los datos de prueba que presenta a la autoridad regulatoria y, por cierto, omitiendo toda mención a la única condición habilitante para la protección de datos de prueba según ADPIC, esto es, la concurrencia de esfuerzos considerables para su elaboración.¹⁹

Con esta redacción los datos de prueba se asimilan a la información no divulgada susceptible de amparo como secreto comercial, ya que la justificación de su protección parece sustentarse sólo en un eventual carácter secreto y medidas razonables de sus titulares para preservarle tal condición, lo

que ni siquiera satisface el estándar de protección de ADPIC para información no divulgada, que requiere además acreditar un valor comercial.

B. Implementación restrictiva, el peso de una tradición penal

Por otra parte, al implementar la norma relativa a protección de información no divulgada, el legislador, presumiblemente influido por el art. 284 del Código Penal que penaba sólo la comunicación de secretos de fábrica, en vez de adoptar el término secreto comercial, optó por la terminología Secreto Empresarial, añadiendo que se éste se entendía como: “todo conocimiento sobre productos o procesos industriales cuyo mantenimiento en reserva proporciona a su poseedor una mejora avance o ventaja competitiva”.

Con esto se limitó materialmente el alcance de la norma sólo a información de carácter industrial, contraviniendo lo dispuesto el art. 39 de ADPIC que en modo alguno propone dicha restricción. Es interesante recordar a este respecto que no obstante conceptualización de información no divulgada adoptada en ADPIC refleja el modelo fijado en la Uniform Trade Secrets Act (UTSA) a diferencia de esa normativa, el tratado no contempla una definición material de secreto comercial -sino sólo de sus condiciones habilitantes de protección- lo que ciertamente habría disminuido, sino eliminado, la posibilidad de esta clase de restricciones materiales.²⁰

C. A la chilena:

En suma, en la Ley de Propiedad Industrial se consagró un sistema de protección de información no divulgada con claro basamento formal en el ADPIC, en el sentido que se reconocen, separadamente y bajo formas de protección diversas, la posibilidad de amparo de información no divulgada legítimamente bajo el control de una persona y de aquella sometida a la autoridad regulatoria para la obtención de permisos de comercialización de productos farmacéuticos y químico- agrícolas. En lo sustantivo, sin embargo, se distancia del esquema promovido en ese tratado.

18 Ley de Propiedad Industrial, art. 89 incisos primero y segundo.

19 Ley de Propiedad Industrial, art 89 inciso cuarto.

20 En efecto, la sección 1 (4) de la UTSA expresamente abre el ámbito de protección a toda clase de información, y definiendo el Secreto comercial de la siguiente manera: “*Trade secret*” means information, including a formula, pattern, compilation, program, device, method, technique, or process that...” para sólo a continuación listar sus consabidas condiciones habilitantes de protección, “(i) derives independent economic value, actual or potential, from not being generally known to, and not being readily ascertainable by proper means by, other persons who can obtain economic value from its disclosure or use, and (ii) is the subject of efforts that are reasonable under the circumstances to maintain its secrecy.”

En efecto, y en esencia, el sistema chileno de protección de información no divulgada aplicó las mismas condiciones habilitantes de protección a toda información elegible de amparo, sin importar si se tratase de secreto comercial o dato de prueba sometido a la autoridad regulatoria, y restringió materialmente el ámbito de información protegible bajo el primero solo a información sobre productos o procesos de carácter industrial, dejando sin protección a la información de carácter comercial.

Así y todo, el sistema de protección de información no divulgada de la Ley de Propiedad Industrial ha cumplido su propósito asentando las bases que permiten distinguir el tipo de información susceptible de amparo, y sus normas son usadas como una matriz para esa determinación en contiendas, de la más variada índole, cuya resolución exija al juzgador un examen de la confidencialidad y valía de alguna información. Esto se puede apreciar de la breve revisión jurisprudencial que se aborda en el siguiente capítulo.

5. Recepción Jurisprudencial del nuevo estatuto de información no divulgada

A. Una normativa eficaz:

Aun con los bemoles que tuvo la implementación de la norma de información no divulgada de ADPIC en la Ley de Propiedad Industrial, ésta alcanzó un respetable grado de eficacia y en especial la matriz que sus disposiciones establecen para la determinación del tipo de información no divulgada susceptible de amparo —carácter secreto, valor comercial y medidas razonables para preservar su secreto— fue recogida de manera generalizada por los tribunales de justicia y órganos dirimientes especializados en los casos pertinentes.

Los inconvenientes que podían anticiparse respecto al amparo efectivo de datos de prueba y otra información no divulgada sometida a la autoridad regulatoria, al estar forzada a ceñirse a las mismas tres condiciones habilitantes de protección, que uno podía conjeturar difícilmente satisfacerían, no representó mayor problema, ya que tribunales y órganos competentes pronto interpretaron esas condiciones de una manera que permitió atribuir a dicha información una confidencialidad debidamente preservada por su titular, pese a que éste la

entregaba a la autoridad sin ninguna clase de regulación contractual destinada a cautelarla.

Es efectivo, sin embargo, que los tribunales de justicia en general consideraron la protección restringida solo a información de carácter industrial, lo que en más de una ocasión llevó al rechazo de demandas en que se habían evidenciado todas las condiciones habilitantes de protección, y ello se fue constituyendo en una potente señal que indicaba la necesidad de enmendar aquella parte de la normativa.

B. El tipo de contiendas:

La lógica indicaba que la nueva normativa de información no divulgada tendría aplicación preferente en casos en los que se hubieren configurado violaciones de secretos empresariales, esto es, acciones en contra de quienes accedían de modo ilegítimo al secreto, o bien de modo legítimo, pero con deber de reserva y luego lo usaban en provecho propio o de terceros, o lo divulgaban.²¹ No obstante, de modo sorprendente, esta normativa se empleó mucho más intensamente en el caso de la información no divulgada sometida a autoridades regulatorias, y no para accionar en contra de la autoridad con miras a precaver o sancionar un uso no autorizado por la norma, sino para impedir que esas autoridades la revelaren a terceros que hayan solicitado su acceso conforme la normativa vigente.

Es pertinente en este punto precisar que en el año 2005 se promulgó la Ley de Reforma Constitucional N°20.050 que incorporó un nuevo art. 8° a la Constitución Política de Chile, y en virtud del cual se estableció el principio de publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como de los fundamentos y procedimientos utilizados. Sin embargo, la norma también indicaba que una ley de quorum calificado podrá establecer la reserva de aquellos o éstos cuando su publicidad pudiere, entre otras consecuencias indeseables, afectar los derechos de las personas.

A continuación, en el año 2008, se promulgó La Ley N°20.285 sobre Acceso a la Información Pública con el propósito de cautelar ese principio de publicidad constitucional, y para ello crea una institucionalidad que considera un procedimiento para solicitar acceso a la información en poder de órganos del Estado, un Consejo denominado “Para la Transparencia” encargado de adminis-

21 Ley de Propiedad Industrial, art. 87.



trar esos procedimientos, y también, un conjunto limitado de causales que pueden justificar denegar total o parcialmente el acceso a la información solicitada. Entre estas causales, esta ley considera el caso en que la publicidad, comunicación o conocimiento de la información solicitada pueda afectar derechos de las personas, y, entre otros, derechos de carácter comercial o económico.²²

Sobre la base de esta norma, titulares de registros sanitarios o químico agrícolas se han opuesto a solicitudes de entrega de la información contenida en los dossiers de sus registros, lo cual ha forzado al Consejo para la Transparencia a definir si la información contenida en esos registros puede o no calificarse como confidencial y, a continuación, si ella encierra un carácter comercial o económico, cuyo valor podría arriesgarse de ser entregada al solicitante. Para realizar esta labor, este Consejo ha empleado el concepto de información no divulgada plasmado en la Ley de Propiedad Industrial y, por tanto, verificando en cada caso si las tres condiciones habilitantes de protección que en ella se fijan son o no satisfechos por la información que se solicita acceder, transformándose así en la fuente jurisprudencial más rica de análisis de esta institución.²³

Debe desde ya precisarse que este tipo de contenedas no se ha restringido solo a casos relativos a datos de prueba entregados a la autoridad regulatoria para el registro de productos farmacéuticos o químico-agrícolas, sino que a todo tipo de información no divulgada sometida a cualquier órgano de la administración del Estado en el marco de procedimientos con diversidad de propósitos, excediéndose así el ámbito de la norma de protección de datos y posicionándose directamente en el más general de protección de información no divulgada.²⁴

C. Algunos ejemplos:

Entre las muchas causas resueltas por Cortes de Apelaciones conociendo de recursos de ilegalidad interpuestos para revertir denegaciones de acceso

a la información solicitada, dos de ellas resultan de particular interés, la primera dado el propedéutico análisis de las condiciones habilitantes de protección como secreto comercial de la información solicitada, y la segunda, porque aborda las diferencias entre datos de prueba y secreto comercial e instruye acerca de cómo ambos pueden convivir en una solicitud de registro para un producto químico-agrícola.

En el primer caso, resuelto el 19 de julio de 2022 por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt en la causa rol N°24-2020, un particular requirió a la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura acceso al listado actualizado de los centros de engorda de salmónidos que habían solicitado relocalizarse en las Regiones de Aysén y Los Lagos, identificando los números de pertenencia de los centros a relocalizar y sus nuevas coordenadas geográficas. Invermar S.A., una de las compañías que había solicitado relocalización, se opuso a la entrega de la información arguyendo, entre otras razones, que la información entregada no era pública sino de su propiedad y que su divulgación afectaría sus derechos económicos y comerciales, ya que ella, entre otros fines, “determina aspectos como mejores formas de producción y aprovechamiento de las mismas, mejora aspectos sanitarios, mejor conectividad y mejor explotación” y que por tanto, estaría resguardada por el art. 86 de la Ley de Propiedad Industrial.

La Corte confirmó la entrega de la información solicitada analizando en sus considerandos Séptimo y siguientes la causal de reserva invocado por Invermar S.A., indicando en primer lugar que ello importaba el análisis de tres elementos, a saber, que: a) es una información que no es generalmente conocida ni fácilmente accesible; b) ha sido objeto de razonables esfuerzos por parte de la empresa para mantener su reserva; c) tiene un valor comercial por ser secreta. Se ratificaba de este modo la eficacia de la matriz de análisis que se establece en la Ley de Propiedad Industrial, para la determinación

22 Ley N°20.285, art. 21.- disponiendo que entre las únicas causales de secreto o reserva en virtud de las cuales se podrá denegar total o parcial el acceso a la información, se considerará la situación en que: “su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.

23 Ley N°20.285, art. 20, dispone que si la solicitud de acceso se refiera a documentos o antecedentes que contengan información que pueda afectar los derechos de terceros, la autoridad correspondiente deberá informar de la solicitud de acceso a las personas a que se refiere o afecta la información, quienes podrán ejercer su derecho de oposición dentro del plazo de tres días hábiles y que deducida la oposición en tiempo y forma, el órgano requerido quedará impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados, salvo resolución en contrario del Consejo para La Transparencia. A su turno las decisiones del Consejo son recurribles vía recurso de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones competente.

24 Por ejemplo, información entregada a la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura para autorización de establecimiento y operación de un centro de salmonicultura.

del tipo de información no divulgada que podía ser susceptible de amparo.

Luego, desglosando cada elemento, la Corte explicó que no se satisfacía el primero, ya que la información era de fácil acceso por estar disponible en términos similares en la página web del Servicio Nacional de Pesca (SENAPESCA), apreciación que no merece mayor comentario.

A continuación, la Corte indicó que tampoco se satisfacía el segundo elemento, ya que la información no había sido objeto de acciones particulares de la empresa para mantener su reserva, y para alcanzar esta conclusión, desestima que el hecho de haberse opuesto a la entrega de la información en tiempo y forma y la misma interposición del recurso de ilegalidad, constituyan medidas razonables para preservar su eventual confidencialidad, ya que ellas no importarían mecanismos específicos encaminados a la protección activa de ésta.

Este raciocinio es interesante pero potencialmente complejo, ya que parece obligar a la demostración de medidas razonables de cautela del secreto, que sean anteriores a la entrega de la información a la autoridad, cuando es concebible que en ocasiones la información sea de data muy reciente y generada sólo con el señalado a propósito.

Finalmente, también descartó la concurrencia del tercer elemento, esto es el valor comercial de la información en cuestión referida en parte al manejo de la cadena de producción de la empresa, ya que, a pesar de la mención a la normativa pertinente y a sus procesos productivos, la reclamante no logró explicar como el conocimiento de su solicitud de relocalización podía en concreto revelar componentes secretos de éste que revisten un valor económico jurídicamente tutelable.

De nuevo, este raciocinio si resulta valioso ya que permite dimensionar la carga que pesa sobre el que atribuye valor comercial a su información confidencial, y como no resulta suficiente la simple identificación de dicha información, sino que además se requiere evidenciar activamente como se deriva utilidad y ventaja competitiva de la misma,

y como tal ventaja puede destruirse si la información es divulgada.²⁵

El segundo caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 30 de septiembre de 2016 en la causa rol N°3093-2016 concierne a la solicitud de un particular que requirió al Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) acceso al expediente completo de la tramitación del registro N°4185 del producto químico-agrícola SMARTFRESH SMARTTABS usado para prolongar la vida y lozanía de vegetales y frutas postcosecha. En esta oportunidad, la Corte confirmó la denegatoria de acceso a la información solicitada, verificando la concurrencia de las tres condiciones habilitantes de protección, pero resulta especialmente interesante porque resolvió la aparente contradicción de dispensar, simultáneamente, protección de datos y de secreto comercial a la información concentrada en un registro químico agrícola.

En efecto, el solicitante de la información arguyó desde un inicio que la información presentada en apoyo del registro de un producto químico agrícola solo podía ampararse conforme la norma de protección de datos de prueba del art. 89 de la Ley de Propiedad Industrial, que restringe la protección en el caso de esos registros, a un período de 10 años contados desde la fecha de concesión del registro, y que expirado dicho plazo automáticamente toda información en dicho registro pasaba a tener un carácter público.

La Corte razonó; sin embargo, que tal restricción no aplicaba, dado que en el dossier de un registro podía convivir información no divulgada que calificase como secreto comercial y por tanto amparable indefinidamente mientras conservarse su carácter secreto, junto con datos de prueba objeto de esa protección más limitada. Además, la Corte observó que el art. 89 de la Ley de Propiedad Industrial imponía en la autoridad regulatoria (SAG) una obligación de 10 años dentro de los cuales no podía usar la información para conceder otros registros a productos genéricos, transcurrido el cual si podía usarlos a tales fines, pero ello no la eximía de mantener su confidencialidad, en la medida que, como ocurría en la especie, la información conservare un

25 Debe apuntarse en todo caso que este raciocinio ya había sido expresado con claridad por el máximo tribunal de la república, la Corte Suprema de Justicia, en sus causas Rol N°17.310-2019 y N°49.981-2016, asentándose en esta última que: "se tiene que demostrar (...) que su divulgación genera o que podrá generar un daño específico al valor jurídicamente protegido, relativo al interés comercial o económico, debiendo ser desestimada la alegación que propugna la reserva si nada de aquello que nominalmente se sostiene se plasma en la materialidad de lo que se pretende publicitar, requiriéndose prueba por quien aspira hacer excepción a la regla que tiende a la mayor publicidad posible acerca del daño sustancial a la posición competitiva del titular de la información (...) nada de lo cual fue acreditado en autos".



carácter confidencial aunado a un valor comercial derivado precisamente de no ser conocida por su competencia.

El fallo en comento es ciertamente muy relevante, ya que clarifica la extensión material de la obligación que pesa sobre la autoridad regulatoria conforme la norma de protección de datos del art. 89 de la Ley de Propiedad Industrial, esto es, sólo abstenerse de usarla para conceder otros registros durante los plazos legales, y ratifica su compatibilidad con la protección de información no divulgada amparable como secreto comercial regulada en el art. 86 del mismo estatuto, en la medida que esos mismos datos preserven su carácter confidencial.

Es decir, expirado el plazo de vigencia legal, la autoridad regulatoria puede usar los datos de prueba para conceder el registro para un producto genérico, farmacéutico o químico agrícola, pero ello no implica que quede igualmente facultada para divulgarlos, si respecto de esos datos su titular puede demostrar que concurren las tres condiciones habilitantes de protección sancionadas en la señalada Ley.

Por su parte, y ya en el contexto de violaciones a información confidencial, los tribunales de justicia adoptaron de inmediato la matriz de determinación del tipo de información amparable de la Ley de Propiedad Industrial y han analizado sus tres causales habilitantes de manera más o menos uniforme y en sintonía con el raciocinio delineado por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt en el caso antes citado.

Estos Tribunales, sin embargo, han ido más allá de lo analizado en las causas generadas en el contexto de la Ley N°20.285 Sobre Acceso a la Información Pública, y se han detenido en el estudio del tipo de información no divulgada amparable desde una perspectiva material, considerando tanto lo dispuesto en el art 39 de ADPIC, que no le fija continente material alguno, como en el art. 86 de la Ley de Propiedad Industrial, que no sólo la definió como Secreto Empresarial, sino que además la conceptualizó como “aquella referida a productos o procesos industriales”.

Si alguna duda cabía a este respecto ella pronto fue despejada ya que en general las sentencias en esta clase de causas han confirmado que la norma que controla es el art. 86 de la Ley de Propiedad Industrial y que, por lo mismo, sólo información que tenga uso en productos o procesos industriales es amparable, en la medida que satisfaga las consabidas tres condiciones habilitantes de protección.

Ilustrativa en este sentido es, por ejemplo, la sentencia del Primer Juzgado Civil de Santiago de fecha 14 de Mayo de 2014, en los autos Rol N°C-20058-2011, en la que, pese a que el tribunal alcanzó el convencimiento que la demandada había efectivamente accedido y divulgado planes comerciales confidenciales de la actora, en última instancia desestimó la demanda, razonado en su considerando 15°) que: “a juicio de esta sentenciadora, la divulgación del plan comercial de la actora efectuada por el demandado no se subsume en la norma en que se ha sustentado la acción de marras, por cuanto, como ya se dijo, el concepto de secreto empresarial está referido a todo producto o procedimiento industrial, y cuya infracción sanciona la norma invocada por el actor, no logrando configurar ninguno de dichos elementos, el plan comercial que el demandado habría divulgado a un tercero, proveedor del actor, encontrándose ausente, entonces, el presupuesto fáctico de la acción que se ha intentado”.

Ahora bien, con toda seguridad la jurisprudencia vinculada a información no divulgada, cualquiera sea el espacio en que se genere, experimentará un nuevo giro e impulso a raíz de la reciente modificación a la Ley de Propiedad Industrial y la promulgación de la Ley de Delitos Económicos N°21.595, a las que se hace referencia en el capítulo siguiente y final de este trabajo.

6. Nuevas Normativas que afectan a la Información No Divulgada

Dos iniciativas legales, la modificación de la Ley de Propiedad Industrial operada en virtud de la Ley 21.355 vigente desde mayo de 2022, y la Ley de Delitos Económicos 21.595 vigente desde agosto pasado, han venido a fortalecer el estatuto de protección de la información no divulgada en Chile y es esperable que sus aportes comiencen a reflejarse prontamente en la jurisprudencia de la materia.

A. La modificación a la Ley de Propiedad Industrial:

En mayo de 2022 entró en vigor la Ley 21.355, denominada Ley Corta del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial (INAPI), destinada a actualizar diversas disposiciones de la Ley de Propiedad Industrial, entre otras, las que regulan la protección de la información no divulgada. La modificación en esta materia fue breve pero significativa, ya que se enmendó el art. 86 sustituyéndose el término secreto empresarial por el de secreto comercial, precisándose que éste comprendía

toda información no divulgada que una persona posea bajo su control y que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, en la medida que cumpliera con las mismas tres condiciones habilitantes de protección que ya consagraba ese artículo.

Gracias a esta modificación de la Ley de Propiedad Industrial, el estatuto de Secretos Comerciales Chileno, al menos desde una perspectiva material, queda en línea con ADPIC y a su vez con la mayoría de las legislaciones en el derecho comparado. Pese a lo tardío del ajuste, ya han pasado casi 30 años desde la adopción de ADPIC, lo cual sin duda constituye un avance significativo que contribuirá a facilitar la protección de información de carácter comercial y económica, cada vez más relevante en el progreso de las economías modernas sustentadas crecientemente en tecnologías de la información.

Si bien es cierto esta modificación no se afectó en modo alguno el actual tratamiento de los datos de prueba, perdiendo la posibilidad de reajustar su condición habilitante de protección a aquella consagrada en el art. 39.- 3. de ADPIC, esto es, el esfuerzo considerable en la elaboración de esos datos, no puede dejar de observarse que las decisiones rendidas por el Consejo de la Transparencia y las Cortes de Apelaciones en el espacio de la Ley N°20.285 Sobre Acceso a la Información Pública, han ido consolidado una interpretación jurisprudencial que ha permitido darles adecuada cautela, aplicando para su determinación las mismas tres condiciones habilitantes de protección del secreto comercial, tornando la necesidad de una modificación legal mucho menos acuciante.

A mayor abundamiento, el estatuto del secreto comercial así mejorado fue además objeto de un nuevo avance, esta vez un tanto inesperado, fruto de la entrada en vigor de la Ley de Delitos Económicos, una norma que no tenía a la propiedad industrial como norte principal de sus objetivos.

B. La Ley de Delitos Económicos:

Con fecha 17 de agosto del presente año entró en vigor en Chile la Ley 21.595 de Delitos Económicos. Esta ley fue propulsada en parte importante por los eventos sociales que agitaron Chile a fines del año 2019, como consecuencia de los cuales el Ejecutivo anunció una agenda antiabusos que consideraba la modificación de varios cuerpos legales destinadas a incrementar las sanciones a los denominados “delitos de cuello y corbata”. En este

contexto, una comisión académica designada por el Congreso se abocó al fenómeno de la delincuencia empresarial de manera global, más allá de un simple incremento en las penas, y con ese propósito elaboró un proyecto que cristalizó en la ley en comento.

La ley contempla dos ideas basales para mejorar el sistema de penalización de los delitos económicos, y ellas se centran en una modificación de las normas generales penales para la determinación de la pena y la sustitubilidad de penas privativas de libertad. En resumen, las causales atenuantes y agravantes de responsabilidad son revisadas, asimismo, se elimina la posibilidad de sustituir una pena privativa de libertad, por alguna otra que permita cumplir una condena en libertad, tal cual sigue siendo permisible en ámbitos distintos al económico.

En lo concerniente a la materia de este trabajo, la ley 21.595 modificó el art 284 del Código Penal, sustituyéndolo por una tipificación completa del delito de violación del Secreto comercial en nuevos arts. 284, 284 bis, 284 ter, 284 quáter, 284 quinquies y 284 sexies. En este articulado, se regulan conjuntamente las figuras de conocimiento indebido de secreto comercial y de aprovechamiento económico de éstos, siendo necesario para ambas figuras que la información haya sido conseguida mediante la “intromisión indebida”, para cuya descripción se introducen tres hipótesis diversas: acceso indebido a lugares físicos; captación visual o sonora mediante dispositivos técnicos de comunicaciones intercambiadas en una esfera que se supone confidencial; y acceso ilícito a un sistema informático.

Estos artículos incluyen además sanciones para quienes reproducen el soporte en que está contenida la información constitutiva del secreto comercial, y también una figura agravada para quien además de incurrir en alguna de las conductas anteriores, revela dicha información o permite que un tercero acceda a ella.

Las sanciones a estos delitos son todas privativas de libertad, variando entre presidio o reclusión menor en su grado medio hasta presidio o reclusión menor en su grado máximo, lo que se traduce en privaciones de libertad que pueden variar entre 541 días y 5 años, y, como se ha advertido, su posibilidad de sustitución por otras penas que no impliquen privación de libertad, queda restringida sólo a una muy excepcional remisión condicional, y más en general, sólo a un régimen privativo de



libertad atenuado, a través de reclusión parcial en domicilio, o en establecimiento especial.²⁶

Ahora bien, toda esta nueva regulación penal de la violación del secreto comercial pasa a vincularse directamente con el estatuto de propiedad industrial, gracias que en la Ley 21.595 expreso no se creó una nueva definición de secreto comercial, y en cambio, conforme su art. 284 sexies, se hizo expresa remisión a la definición de secreto comercial contenida en la Ley de Propiedad Industrial.

De esta forma, cada vez que en sede penal sea necesario determinar si ha habido o no una vulneración a los nuevos artículos 284 del Código Penal, el juez deberá en, primer lugar, verificar la concurrencia de las mismas tres condiciones habilitantes de protección consagradas en la ley de Propiedad Industrial, ya suficientemente analizadas y ponderadas en una jurisprudencia relativamente extensa y consistente, lo que debiera facilitar dicho análisis y consolidar una visión uniforme de esta institución en el sistema jurídico chileno.

Un análisis pormenorizado de todas las reglas de secreto comercial consagradas en la Ley en comento excede los márgenes de este trabajo, lo que en todo caso no impide dejar de advertir que con esta ley no sólo se avizoran los beneficiosos efectos antes destacados, sino que también se plantean algunas interrogantes y temores. Por ejemplo, en su art. 284 bis la Ley establece que será castigado quien revelare o consintiere que otra persona accediere a un secreto comercial que hubiere conocido, “en razón o a consecuencia de una relación contractual o laboral con la empresa afectada o con otra que le haya prestado servicios”.

Esto es potencialmente problemático en la práctica, pues podría llevar a la criminalización de infracciones a cláusulas de confidencialidad o a *nondisclosure agreements* (NDA en su sigla en inglés) cuando la información a la que se accede sujeto a reserva resulta ser un secreto comercial. Este tipo de acuerdos se suscriben rutinaria y profusamente y sin dudas ahora habrá que mirarlos con mayor cautela, y probablemente incluyendo una clara definición de la información entregada para distinguir entre información no divulgada común, y otra constitutiva de Secreto comercial, de manera tal que solo la segunda pueda llegar a

generar, además de responsabilidad contractual, la normalmente, mucho más temida, responsabilidad criminal.

7. Conclusión

De lo que se ha venido señalando es posible concluir que, gracias a una confluencia fortuita de modificaciones legales, el régimen de protección de secretos comerciales en Chile se ha fortalecido de manera considerable en un breve espacio de tiempo.

En efecto, la modificación a la Ley de Propiedad Industrial, operada en mayo de 2022 en virtud de la Ley 21.355, vino a redefinir la naturaleza de esta institución ampliando su ámbito de protección a todo tipo información, eliminado la enojosa restricción a la que estuvo atada durante décadas y que la circunscribía sólo al amparo de información de carácter industrial.

Por su parte, la ley de Delitos Económicos 21.595 perfecciona el tratamiento del secreto comercial, propugnando también una ampliación de su ámbito material de protección a todo tipo de información y tipificando en detalle la clase de conductas que son constitutivas de su violación.

Igualmente al adoptar expresamente la definición de Secreto comercial que se establece en la Ley de Propiedad Industrial, la Ley 21.925 sienta las bases para una consolidación general del estatuto de protección de Secretos Comerciales en Chile, toda vez que tanto en sede civil, como penal, los tribunales deberán recurrir a la misma matriz para la determinación del tipo de información no divulgada que califica como Secreto comercial, estableciéndose así las condiciones para generar los grados de uniformidad necesarios que permiten garantizar la seguridad jurídica.

Referencias bibliográficas:

- Acosta, J. (1998). El delito de comunicación fraudulenta de secretos de fábrica (Breve estudio de la figura del art. 284 del C. Penal). *Revista Chilena de Derecho*, 15(1), 65–79.
<http://www.jstor.org/stable/41609045>
- Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de Chile. (1991). Ley 19039 de 1991.

²⁶ No obstante, la ley 21.595 también eleva a la categoría de delitos económicos aquellos consagrados en la Ley de Propiedad Industrial, dado que los tipos criminales que en ésta se contemplan solo tienen sanciones de multas y no privativas de libertad, la incidencia de la ley 21.595 en ese esquema sancionatorio es nula.

Acciones de daños por infracciones al derecho de la competencia en Colombia

Actions for Damages for Violations of Competition Law in Colombia

José Miguel De la Calle Restrepo*, David Toro Ochoa** y Jerónimo Ocampo Meléndez***

Resumen

El derecho de la competencia busca preservar la libre competencia económica; sin embargo las prácticas anticompetitivas impactan al mercado, afectando a consumidores y empresarios. Pese a ello, la autoridad de competencia colombiana, la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante, la "SIC"), no puede resolver disputas entre privados, debido a que el marco legal del derecho de la competencia se diseñó para proteger un bien público. Así, el proceso para reclamar daños causados por prácticas anticompetitivas sigue el procedimiento estándar de responsabilidad civil, lo que dificulta que las partes afectadas busquen reparación.

Este texto analiza las acciones por daños en derecho de la competencia en Colombia, comparándolas con legislaciones regionales y los avances en Europa y Estados Unidos. Se ofrecen propuestas concretas para fortalecer el papel del derecho de la competencia en la protección de los intereses empresariales y en la denuncia de quienes causen perjuicios como medio para preservar la libre competencia económica.

Palabras clave

Derecho de la Competencia, acciones de daños, responsabilidad civil, aplicación privada, indemnización.

Abstract

The purpose of competition law is to preserve economic competition; however, anticompetitive practices impact the market, affecting consumers and entrepreneurs. Despite this, the Colombian competition authority, the Superintendence of Industry and Commerce (hereinafter, "SIC"), cannot resolve disputes between private parties, as the legal framework of competition law was designed to protect a public good. Thus, the process to claim damages caused by anticompetitive practices follows the standard procedure of civil liability, making it difficult for affected parties to seek redress.

This text analyzes actions for damages in Colombian competition law, comparing them with regional legislation and developments in Europe and the United States. Concrete proposals are offered to strengthen the role of competition law in protecting business interests and in denouncing those who cause harm as a means to preserve economic competition.

Palabras clave

Antitrust, damages, civil liability, private enforcement, compensation.

* Abogado de la Universidad del Rosario (Bogotá, 1991), con maestría (L.L.M) de Harvard University y estudios adicionales en London School of Economics (LSE) y el Instituto Ortega y Gasset. Ocupó el cargo de Superintendente de Industria y Comercio entre 2010 y 2012 y, como tal, fungió como cabeza de esta entidad pública colombiana que constituye la autoridad nacional de competencia y la oficina nacional de propiedad industrial la que, además, actúa como autoridad de protección de datos y protección al consumidor. Desde 2015 se incorporó como socio de Garrigues y actualmente es el director del Departamento de Derecho Público y Competencia del Despacho en Bogotá. Ha sido profesor universitario y actualmente es árbitro de la lista principal de la Cámara de Comercio de Bogotá (principal centro de arbitraje nacional). Detenta desde hace varios años la dignidad de servir como Conjuez de la Corte Constitucional.

** Abogado y Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia. Master of Laws (LL.M.) con certificado de especialización en Derecho de los Negocios de la Universidad de California - Berkeley. Asociado principal de Garrigues desde 2023, haciendo parte del equipo de Derecho Administrativo de la oficina de Bogotá. Cuenta con más de 10 años de experiencia en asesoría y litigio en Derecho de la Competencia, Derecho del Consumo, Regulación Económica, Protección de Datos Personales, Análisis Económico del Derecho, Derecho del Transporte, Derecho Energético y Derecho de las Telecomunicaciones. Además, se desempeña como docente de pregrado y posgrado de las facultades de Derecho y Economía de la Universidad Externado de Colombia.

*** Abogado de la Universidad de los Andes. Actualmente se desempeña como Abogado Estudiante en el área de Competencia & Propiedad Intelectual de la firma Gómez Pinzón Abogados.



1. Introducción

La legislación colombiana se interesó en la protección de la libre competencia económica a finales de 1950, con la expedición de la Ley 155 de 1959, “Por el cual se dictan normas sobre prácticas comerciales restrictivas”, la cual se considera como una de las primeras normas de protección de la competencia que hubo en los ordenamientos jurídicos continentales. Esta norma fue impulsada por Hernando Agudelo Villa, el entonces ministro de Hacienda del Gobierno del presidente Carlos Lleras Camargo, quien en la exposición de motivos de la norma justificó su necesidad planteando una preocupación debido a las afectaciones que las prácticas restrictivas de la competencia tenían en el interés general de la comunidad:

*“El proyecto no se inspira en el ánimo de desalentar, ni mucho menos el crecimiento de las empresas o su integración, por cuanto precisamente la disminución de costos, los precios favorables y la mejor calidad de los productos, dependen de manera especial de industrias que puedan producir en gran escala. Y porque los males sociales no provienen en sí del hecho de que las empresas sean unidades económicas robustas, sino de las **prácticas nocivas, que con base en su poder económico, pueden ejecutar en perjuicio de los intereses generales de la comunidad**” (Negrilla y subrayado fuera de texto).*

A pesar de los esfuerzos del entonces ministro Agudelo Villa, esta normativa no se aplicó de manera sólida en la segunda mitad del siglo XX, principalmente debido al modelo proteccionista adoptado por Colombia, sustentado en la Constitución de 1886, que desalentaba la competencia (Miranda, 2011, p. 75).

La aplicación del derecho de la competencia comenzó a tomar forma con la inclusión de la libre competencia económica en el artículo 333 de la Constitución de 1991 y la adopción del modelo de economía social de mercado. En concreto, el artículo 333 de la Constitución establece cuatro directrices: (i) la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común; (ii) la libre competencia económica es un derecho de todos que conlleva responsabilidades; (iii) la empresa, como base del desarrollo, tiene una función que implica obligaciones; y (iv) el Estado debe prevenir la obstrucción o restricción de la libertad económi-

ca y controlar cualquier abuso por parte de personas o empresas con posición dominante.

Basándose en estos principios constitucionales, la Corte Constitucional colombiana ha sostenido que “el artículo 333 de la Constitución (...) propende entonces por el equilibrio entre el reconocimiento de la libertad económica y la protección del interés general.¹”, destacando una vez más la libre competencia económica como un derecho cuya protección es de interés general.

Posteriormente, con el objetivo de fortalecer las normas de libre competencia en Colombia y cumplir con los estándares establecidos en el artículo 333 de la Constitución, se promulgó el Decreto 2153 de 1992. Este decreto reestructuró la SIC y definió las prohibiciones relacionadas con actos contrarios a la libre competencia, acuerdos contrarios a la libre competencia y abuso de la posición de dominio. Para desarrollar aún más el régimen de derecho de la competencia, se promulgó la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011.

La Ley 1340 de 2009 desempeñó un papel fundamental al actualizar la normativa en materia de protección de la competencia en Colombia. Esta ley introdujo modificaciones al régimen general de sanciones, desarrolló las normativas relacionadas con el control de fusiones y adquisiciones empresariales, implementó beneficios por colaboración y fortaleció las facultades de la SIC. De manera complementaria, el Decreto 4886 de 2011 modificó el Decreto 2153 de 1992 y definió las funciones generales de la SIC, el Superintendente y sus distintas delegaturas. En resumen, estas normas configuran el marco legal que rige la protección de la libre competencia en Colombia.

La salvaguarda administrativa del derecho a la libre competencia económica y el cumplimiento de las disposiciones mencionadas están bajo la responsabilidad de la SIC. Para comprender el papel de la SIC en el régimen de protección de la libre competencia, es importante analizar la naturaleza y alcance de las funciones de las superintendencias en general.

Las superintendencias, según lo establecido en el artículo 66 de la Ley 489 de 1998, son organismos con autonomía administrativa y financiera encargados de llevar a cabo funciones de inspección, vigilancia y control, encomendadas por la ley.

1 Corte Constitucional, Sentencia C-624 de 1998.

Aunque la ley no ofrece una definición precisa de los términos “inspección, vigilancia y control”, el Consejo de Estado² ha aclarado su contenido:

(...) puede señalarse que la función administrativa de **inspección** comporta la facultad de solicitar información de las personas objeto de supervisión, así como de practicar visitas a sus instalaciones y realizar auditorías y seguimiento de su actividad; la **vigilancia**, por su parte, está referida a funciones de advertencia, prevención y orientación encaminadas a que los actos del ente vigilado se ajusten a la normatividad que lo rige; y, finalmente, **el control permite ordenar correctivos sobre las actividades irregulares y las situaciones críticas de orden jurídico, contable, económico o administrativo.**

En este contexto, las funciones generales de la SIC, establecidas en el artículo 1° del Decreto 4886 de 2011, abarcan la responsabilidad de tomar decisiones en casos de investigaciones administrativas relacionadas con la violación de normas de protección de la competencia que afecten el interés general. Además, la SIC está facultada para adoptar sanciones, medidas y órdenes, de conformidad con la ley.

Dicho esto, el propósito fundamental de la SIC como entidad administrativa encargada de preservar la libre competencia económica es claro: debe velar por la protección de este derecho en beneficio del interés general, es decir, como un bien de carácter colectivo y público. No obstante, surge una pregunta importante: ¿qué ocurre cuando las prácticas que restringen la competencia afectan un interés jurídico particular?

Las prácticas restrictivas de la competencia pueden tener efectos diversos. Por un lado, pueden perturbar el funcionamiento adecuado del mercado, creando distorsiones que perjudican el interés general. En tal caso, la SIC está habilitada para cumplir su función de inspección, vigilancia y control, y tomar medidas para prevenir o sancionar estas prácticas anticompetitivas.

No obstante, por otro lado, estas prácticas contrarias al régimen de protección de la libre competencia pueden tener impactos privados en los agentes que operan en el mercado y en los consumidores finales. Como resultado, los competidores del infractor y otros participantes del mercado pueden experimentar daños y perjuicios causados por la conducta objetada.

Por lo tanto, el derecho de la competencia puede ser aplicado de forma pública o privada. La aplicación pública es responsabilidad de la SIC, que vela por la protección de un bien de interés general. En cambio, la aplicación privada del derecho de la competencia busca compensar los daños sufridos por otros participantes del mercado debido a la conducta anticompetitiva. Al respecto, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, la “OCDE”) ha reconocido que:

La aplicación pública persigue principalmente el interés público en los mercados competitivos, confiando a una entidad pública (la autoridad de competencia) las herramientas y los poderes para detectar, investigar y, en última instancia, castigar las infracciones de la ley de competencia. La aplicación pública no está directamente relacionada con la compensación de los daños sufridos por las víctimas de conductas anticompetitivas: la reparación de dichos daños es tradicionalmente responsabilidad de la aplicación privada del derecho de la competencia (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, 2018, p.12).

En este contexto, el sistema legal colombiano ha adoptado un enfoque mixto en la aplicación de las normativas de derecho de la competencia. Como hemos discutido, la norma general se basa en un sistema de aplicación pública, donde la SIC se encarga de imponer sanciones administrativas. No obstante, dado que la SIC no tiene la autoridad para pronunciarse sobre los efectos individuales que resultan de la comisión de conductas anticompetitivas, se permite la aplicación directa del régimen de libre competencia, a través de la vía judicial, cuando dichas conductas causan efectos específicos en individuos.

Al respecto, es relevante destacar que las prácticas restrictivas suelen tener efectos que impactan a múltiples participantes del mercado, no limitándose a un único actor. Como lo subraya Ingrid Ortiz Baquero en su libro “La aplicación privada del derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia:

(...) el comportamiento anticompetitivo trasciende lo general y afecta la órbita privada en tanto y en cuanto los competidores del infractor, así como los terceros ajenos a la conducta no pueden desarrollar plenamente sus liberta-

2 Negrilla y subrayado fuera de texto.



des en las condiciones en que podrían hacerlo en un mercado libre en competencia (2011, p. 243).

En este sentido, hay diversos actores legitimados para buscar indemnización por daños resultantes de infracciones al derecho de la competencia. En una primera instancia, las prácticas que restringen la competencia pueden generar efectos explotativos, ya que el infractor se beneficia de ganancias adicionales que no habría obtenido sin llevar a cabo la conducta anticompetitiva. En este escenario, dentro de los agentes afectados se encuentran los participantes en la cadena de producción del agente que cometió la infracción, incluyendo fabricantes, distribuidores, proveedores, comerciantes y, en particular, el consumidor final, quien se ve afectado al pagar precios más elevados que los que se darían en un mercado competitivo (De la Calle, 2021).

Por otro lado, las prácticas restrictivas de la competencia pueden tener efectos excluyentes. Conforme a la jurisprudencia de la SIC, esto ocurre cuando se impide o dificulta la entrada de un competidor al mercado debido a los costos asociados, lo que hace que su participación sea inviable (Superintendencia de Industria y Comercio, 2018). En este sentido, uno de los grupos más perjudicados por la comisión de prácticas anticompetitivas son los competidores potenciales y actuales del agente infractor, ya que sufren pérdidas significativas como resultado de la infracción de las normas de libre competencia.

Sin embargo, en Colombia no existe una práctica consolidada en el reconocimiento de daños y la indemnización en el ámbito de la libre competencia. Esto se debe a que, el régimen de responsabilidad civil ordinario no es un mecanismo adecuado para que los agentes afectados busquen compensación por el daño sufrido. Como resultado de esto, se socava la efectividad del derecho a la libre competencia económica, que, según el artículo 333 de la Constitución, pertenece a todos.

En este contexto, este documento aborda los siguientes aspectos: (i) el panorama actual en Colombia; (ii) los progresos en Latinoamérica; (iii) los avances en Europa y Estados Unidos; y (iv) ofrece recomendaciones para fortalecer la aplicación privada del derecho de la competencia en Colombia. Finalmente, (v) se presentan breves conclusiones sobre el tema.

El propósito de este análisis es demostrar que el régimen ordinario de responsabilidad civil es insu-

ficiente para promover acciones por daños derivados de violaciones al derecho de la competencia. Lo cual, a su vez, perjudica el derecho a la libre competencia de todos los ciudadanos, ya que este derecho no solo se refiere a las afectaciones generales en el mercado, sino también considera cómo se afectan los intereses individuales de los ciudadanos. Por lo tanto, para lograr una regulación integral del régimen de libre competencia, es fundamental fortalecer la aplicación privada de esta materia a través de un régimen de daños especializado.

2. Estado del arte en Colombia

Dentro de un sistema mixto para la aplicación de las normativas del derecho de la competencia, un particular que busque el reconocimiento de daños ocasionados por una conducta anticompetitiva debe recurrir a un Juez de la República. Esto se debe a que la entidad competente para reconocer y adjudicar daños individuales es la rama judicial en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. En este contexto, los conflictos que surgen entre individuos como resultado de una infracción al derecho de la competencia se rigen por el marco legal ordinario de la responsabilidad civil.

2.1 Elementos de la responsabilidad civil por infracciones al régimen del derecho de la competencia

Dado que no existe un conjunto de reglas específicas para las acciones civiles derivadas de la realización de prácticas restrictivas de la competencia, es necesario recurrir a las disposiciones de responsabilidad civil establecidas en el artículo 2341 del Código Civil colombiano. Este artículo dispone que “el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

De esta manera, queda claro que aquel que lleva a cabo una conducta anticompetitiva es responsable de los perjuicios que sus acciones causan a individuos. En estos términos, el régimen general de responsabilidad civil, derivado del artículo 2341, requiere la reunión de varios elementos que permiten la atribución de responsabilidad: (i) el hecho dañoso, (ii) el daño antijurídico sufrido y (iii) el nexo causal entre el hecho y el daño.

El hecho dañoso implica demostrar la existencia de la situación concreta que dio origen al daño. Para demostrar un hecho dañoso en el contexto del régimen de protección de la libre competencia, es

necesario establecer la existencia de una conducta anticompetitiva. No obstante, probar la existencia de una práctica restrictiva de la competencia presenta desafíos particulares. En primer lugar, surge la pregunta de cómo demostrar la existencia de una conducta anticompetitiva cuando la autoridad de competencia, en este caso, la SIC, no ha emitido un dictamen al respecto (De la Calle, 2021).

La doctrina legal se divide en su enfoque de este problema, y en general, se puede dividir en dos perspectivas. Por un lado, están aquellos que sostienen que debería aplicarse el principio de prejudicialidad en los casos de daños derivados de prácticas restrictivas de la competencia³. Según esta visión, dado que la SIC es la autoridad nacional de competencia, un proceso civil no puede avanzar sin que esta entidad haya determinado la existencia de la práctica anticompetitiva. En consecuencia, el proceso se suspendería hasta que la autoridad de competencia tome una decisión (Miranda, 2011). Es importante aclarar que la decisión de la SIC simplemente establecería la existencia del hecho dañoso, pero no conduciría automáticamente al reconocimiento de los perjuicios alegados.

No obstante, las investigaciones administrativas que llevan a la imposición de sanciones y al reconocimiento de la responsabilidad del agente investigado pueden extenderse hasta cinco años, de acuerdo con el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009. Esto sin tener en cuenta que las decisiones de la SIC pueden ser objeto de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Un proceso adicional que añade años al procedimiento hasta que se alcance una decisión sancionatoria final (Polanco, 2017).

Por otro lado, la segunda perspectiva no respalda la aplicación del principio de prejudicialidad en los procedimientos civiles relacionados con prácticas restrictivas de la competencia. Sin perjuicio de la posición de la SIC como la autoridad nacional de competencia, este enfoque argumenta que los tribunales civiles pueden aplicar las normativas de protección de la libre competencia de manera privada, lo que permite a los particulares acudir a los tribunales civiles para buscar indemnización por

daños, sin requerir una decisión sancionatoria previa de la SIC (Ortiz, 2011).

El segundo aspecto esencial para establecer la responsabilidad civil en casos de prácticas restrictivas de la competencia es el daño. Para demostrar este elemento, es necesario evidenciar que el hecho dañoso resultó en un perjuicio de naturaleza material o inmaterial. En este contexto, la Corte Suprema de Justicia de Colombia⁴ ha definido el daño como:

La vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio.

Puntualmente, los elementos constitutivos del daño son: (i) la certeza del daño; (ii) el carácter personal; y (iii) la naturaleza directa (Consejo de Estado, Sección Tercera. 1 de julio de 2015, Rad. 30385). Si el demandante logra probar estas características, se configura la segunda característica del régimen de responsabilidad civil.

Por último, es necesario que exista un nexo causal entre el hecho dañoso y el perjuicio alegado. Para atribuir el resultado de una conducta a un individuo y declararlo responsable, se debe demostrar que existe una relación de causa y efecto entre el hecho dañoso y el perjuicio sufrido (Patiño, 2008). En el contexto de las prácticas restrictivas de la competencia, la determinación del nexo causal es complicada. Esto se debe a que es necesario demostrar que los perjuicios alegados no fueron el resultado de una externalidad del mercado, sino que se originaron directamente debido a la conducta anticompetitiva.

Es importante señalar que la responsabilidad civil puede ser de naturaleza contractual o extracontractual, dependiendo de la relación entre el agente infractor y el demandante. En el caso de la responsabilidad civil extracontractual, los daños causados por la conducta anticompetitiva deben analizarse según el régimen de responsabilidad subjetiva, lo

3 El concepto de prejudicialidad implica que “cuando la determinación que se debe tomar en un proceso civil depende de otra, ya sea de carácter administrativo, penal, civil o aún laboral, nos encontramos frente a las cuestiones prejudiciales, en virtud de las cuales la decisión que ha de dictarse en un proceso queda en suspenso mientras en el otro se resuelve el punto que tiene directa incidencia sobre el fallo que se debe proferir, o en otros términos, cuando el pronunciamiento judicial previo en proceso diverso resulta condicionante del sentido de la determinación que debe tomar el juez civil.” En: López, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Tomo 1. (Bogotá: Editorial ABC). Página 759.

4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 5 de agosto de 2014, N° 2003-00660-01



que implica demostrar la culpa del agente infractor (Holguín, 2013).

Sin embargo, cuando se trata de una violación de una disposición normativa, la infracción misma es prueba suficiente de la culpa (Holguín, 2013). Esto se debe a que el incumplimiento de los deberes normativos que impone la ley a un individuo conlleva automáticamente una presunción de culpa para aquel que viola la norma. En este sentido, al demostrar la existencia del hecho dañoso, que implica demostrar la existencia de una conducta contraria al régimen de libre competencia, ya se está probando la culpa del agente infractor, en caso de que se trate de una conducta generadora de responsabilidad civil extracontractual.

En resumen, si se cumplen los requisitos mencionados, el agente infractor del régimen del derecho de la competencia debe indemnizar al demandante. Con esto en mente, a continuación, se describen las acciones que se pueden emprender para establecer la responsabilidad del agente infractor.

2.2 Acciones que permiten reclamar perjuicios en Colombia por infracciones al derecho de la competencia

2.2.1 Acción individual declarativa de responsabilidad civil

La responsabilidad civil se encuentra regulada en los artículos 1604 a 1617 y 2341 del Código Civil colombiano, y de estos se derivan dos acciones de responsabilidad civil: la acción de responsabilidad civil contractual y la acción de responsabilidad civil extracontractual. La elección entre estas dos acciones depende de la naturaleza de la relación entre la persona perjudicada y el agente infractor.

Por un lado, la acción de responsabilidad civil contractual está regulada en los artículos 1604 a 1617, que abordan la responsabilidad del deudor y del acreedor en el contexto de una relación contractual (De la Calle, 2021). Esta acción se aplica cuando el hecho dañoso proviene del incumplimiento de una obligación contractual, que a su vez constituye una violación al régimen de protección de la libre competencia.

Por otro lado, la acción de responsabilidad civil extracontractual se deriva del artículo 2341 del Código Civil. Esta acción procede cuando el daño no resulta de un acto jurídico en sentido estricto, sino únicamente de la comisión de una conducta anticompetitiva.

En casos de actos anticompetitivos en el contexto de una relación contractual, el juez civil tiene la facultad de declarar la nulidad de dichos actos, respaldándose en el artículo 19 de la Ley 155 de 1959 que establece “los acuerdos, convenios u operaciones prohibidos por esta ley son absolutamente nulos por objeto ilícito” y en el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, que dispone: “en los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente decreto, están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito”.

Por su lado, el objeto ilícito se configura cuando un acto jurídico incluye prestaciones que violan alguna norma de orden público (Castro, 2016). De manera específica, el artículo 1519 del Código Civil colombiano define el objeto ilícito como aquel que “contraviene al derecho público de la nación”. En este contexto, el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 19 de la Ley 155 de 1955 concuerdan con el artículo 1741 del Código citado, que establece que los negocios que contengan un objeto o causa ilícita están viciados de nulidad absoluta. Por lo tanto, es claro que los actos o negocios jurídicos que contengan disposiciones prohibidas por el ordenamiento jurídico, que incluye el régimen de protección de la libre competencia, están viciados por objeto ilícito.

Es importante destacar que la nulidad de un acto jurídico debe ser declarada judicialmente. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que “(...) las nulidades en el campo del derecho privado, las cuales, conforme al criterio predominante en los ordenamientos estatales, deben ser declaradas por la jurisdicción y produce efectos retroactivos” (2021). En este contexto, normalmente, la facultad de declarar la nulidad de una cláusula recae en los jueces de la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, como se ha demostrado, esta facultad se puede sustraer de la jurisdicción ordinaria y, en su lugar atribuirse a un tribunal arbitral para tomar una decisión sobre la nulidad de una cláusula en relación con la violación de las normas del derecho de la competencia.

Además, tanto en acciones de responsabilidad civil contractual como en las de responsabilidad civil extracontractual, si el juez civil verifica la presencia de los elementos de responsabilidad civil previamente mencionados, tiene la facultad de ordenar la indemnización de los perjuicios debidamente comprobados.

2.2.2 Acción de grupo (class action)

Cuando una conducta dañina afecta a un número significativo de personas, estas víctimas pueden recurrir a una acción de grupo para buscar la indemnización de los perjuicios que han sufrido. Esta acción se aplica específicamente cuando al menos veinte (20) personas han experimentado daños debidos al mismo incidente. La Ley 472 de 1998 define la acción de grupo de la siguiente manera:

Son aquellas acciones interpuestas por un número plural o conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios.

En esencia, la acción de grupo reúne a todas las partes afectadas con el fin de entablar una acción de responsabilidad civil conjunta, lo que simplifica el acceso a la justicia para las víctimas de prácticas anticompetitivas. Sin embargo, a diferencia de la acción de responsabilidad civil, que tiene un plazo de prescripción de diez (10) años, la acción de grupo prescribe dos (2) años después de que cesen las prácticas anticompetitivas. Esto dificulta la organización y reunión de las víctimas afectadas para acudir a la jurisdicción ordinaria en busca de indemnización por daños.

En el caso de los consumidores afectados, esta acción es idónea para defender sus intereses y solicitar indemnización. Por ejemplo, en un cartel empresarial que aumenta los precios de los productos, el consumidor paga un precio más alto de lo que debería en un mercado competitivo. Este perjuicio afecta a todos los consumidores del producto y proviene de la misma causa, lo que lo convierte en un escenario ideal para presentar una acción de grupo.

Sin embargo, este instrumento no se ha explorado en esta área, principalmente debido al desconocimiento de sus beneficios, como señalan Pablo Ángel y Laura Estrada:

En Colombia, históricamente, la acción de grupo no se ha presentado como alternativa para la protección del derecho a la libre competencia, lo cual se explica principalmente por el

desconocimiento de los beneficios que presenta esta forma de litigio colectivo (2011).

Se han realizado varios intentos, asociados con casos notables como el del cartel del azúcar⁵, los pañales⁶ y los cuadernos⁷, los cuales fueron presentados por la Liga de Consumidores de Bogotá. En el caso del cartel del azúcar, se llevó a cabo una demanda por 11 billones de pesos en contra del ingenio azucarero. Respecto al cartel de los pañales, esta organización demandó a las cuatro empresas implicadas por un monto de \$635.000 millones de pesos. Asimismo, en el caso del cartel de los cuadernos, se presentó una acción de grupo reclamando \$153.000 millones por los daños causados por la violación al régimen de libre competencia. A pesar de que estas tres demandas fueron admitidas, ninguna tuvo éxito. Específicamente, el proceso contra los implicados en el cartel de los pañales fue archivado en 2018, al igual que el caso llevado contra los participantes del cartel de los cuadernos. Además, la Liga de Consumidores de Bogotá retiró su acción presentada contra el ingenio azucarero en 2015. Desde el año 2015 en adelante, se han presentado otras demandas menos conocidas que las mencionadas, sin embargo, hasta el momento ninguna ha prosperado.

Esta acción se ha empleado con gran efectividad en el ámbito medioambiental, siendo el caso emblemático el del relleno sanitario Doña Juana. En el cual, variaciones en el terreno, cambios en los diseños y un manejo inadecuado de los desechos provocaron deficiencias en el servicio, generando impactos en las comunidades circundantes. La acción de grupo reunió alrededor de 60.000 demandantes afectados por la misma problemática, resultando en una indemnización conjunta de \$227.440.511.00 COP⁸.

Sin embargo, el enfoque de las acciones de grupo ha evolucionado. Más allá de temas medioambientales, actualmente se están llevando a cabo acciones de grupo, entre otros, en asuntos relacionados con posibles infracciones al régimen general de protección de datos. Por ejemplo, en la actualidad se está tramitando una acción de grupo contra Rappi S.A.S. por supuestos incumplimientos de las normativas referentes al tratamiento de datos según lo dispuesto en la Ley 1581 de 2012. Los demandantes alegan que la empresa no respetó el derecho

5 Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 103652 de 2015.

6 Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 43218 de 2016.

7 Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución. Resolución 7897 de 2015.

8 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 1 de noviembre de 2012, con Rad. 2500023260000199900002.



de los consumidores a eliminar sus datos, y no se demostró la existencia de la autorización para recolectar y utilizar esa información. En este contexto, se evidencia que las acciones de grupo han comenzado a utilizarse para asuntos contemporáneos, lo que plantea la incógnita sobre por qué su aplicación no se ha extendido al ámbito del derecho de la competencia.

Es importante tener en cuenta que la acción de grupo se encuentra dentro del marco de la responsabilidad civil, ya que necesita la existencia de un daño, su atribución y la obligación de repararlo. Así mismo, en el propio articulado de la Ley 472 de 1998, se establece que “las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad”. En este contexto, su aplicación dentro del marco de la competencia enfrenta desafíos similares a los de otras acciones de responsabilidad civil en cuanto a la prueba de sus elementos, como se analizará más adelante. Esta puede ser la razón por la cual, a pesar de que la acción sea en principio ideal para perseguir perjuicios en el marco de una conducta anticompetitiva, no haya tenido éxito. Se necesita de normativas complementarias o de su aplicación en un régimen especializado que comprenda las complejidades relacionadas con probar la realización de una práctica restrictiva de la competencia.

En todo caso, fomentar la implementación de esta acción podría tener un gran impacto en la protección del derecho a la libre competencia, especialmente considerando las sanciones significativas que podría generar y sus efectos disuasorios.

2.2.3 Acción popular

En Colombia, la misma norma que regula las acciones de grupo también consagra la acción popular. A diferencia de la acción de grupo, la acción popular no es de carácter indemnizatorio, por el contrario, es una acción colectiva que se centra en la protección de los derechos e intereses de carácter público. En este sentido, no se enmarca de manera precisa en la discusión de la aplicación privada del derecho de la competencia. No obstante, sigue siendo una acción de utilidad para proteger intereses de particulares. En concreto, la Ley 472 de 1998 establece:

Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos. Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la

vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

La efectividad de este mecanismo para proteger intereses colectivos radica en la amplitud y poder de las solicitudes que se pueden presentar. Esto se debe a que, dentro de las pretensiones mencionadas, como evitar daños potenciales o cesar amenazas, se destaca como uno de los elementos esenciales de las acciones populares “el carácter oficioso con que debe actuar el juez, sus amplios poderes y con miras a la defensa de los derechos colectivos (...)” (Corte Constitucional, Sentencia T-443 de 2013). En este sentido, las pretensiones pueden dar lugar a decisiones judiciales *extra petitas*, lo que resulta en un mecanismo eficaz para la protección de los derechos del quejoso.

En concreto, esta acción ofrece dos formas distintas de protección de los derechos: *ex ante* y *ex post*. Puede utilizarse para prevenir la ocurrencia de una acción anticompetitiva, es decir, antes de que ocurra el hecho dañoso. También puede buscar revertir los efectos de la acción y restablecer la situación anterior a la comisión de la conducta anticompetitiva, siempre que se trate de una situación en curso en la que la intervención judicial permita la cesación de una situación de vulneración del derecho.

La procedencia de la acción popular en relación con las infracciones al régimen de protección de la libre competencia se basa en el derecho 4º de la Ley 472 de 1998, que establece como derechos e intereses colectivos, entre otros, aquellos relacionados con la libre competencia económica. Por lo tanto, es una acción adecuada para proteger los intereses de las partes afectadas por la comisión de conductas anticompetitivas.

2.2.4 Acción de competencia desleal

La competencia desleal está regulada por la Ley 256 de 1996, la cual tiene como objetivo garantizar la libre y leal competencia económica. Sin embargo, a diferencia del régimen de protección de competencia, este es un régimen de responsabilidad civil especial que protege el aspecto subjetivo del derecho constitucional a la libre competencia. Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado que, “la finalidad de la normatividad en materia de competencia desleal consiste en promover y proteger la libre competencia en el mercado, para así preservar la libertad de opción de los individuos y la existencia de un proceso económico abierto y eficiente” (Corte Constitucional, Auto 1036 de 2022).

Como se trata de un régimen de responsabilidad civil especial, el artículo 20 de la Ley 256 de 1996 establece dos acciones que se pueden presentar en caso de que se determine la existencia de un acto de competencia desleal. Por un lado, está la acción declarativa y de condena, que permite la declaración de ilegalidad de los actos cuestionados, la remoción de los efectos producidos y la indemnización de los perjuicios causados. Por otro lado, existe la acción preventiva o de prohibición, que busca, como su nombre indica, prevenir o prohibir la realización de una conducta desleal.

En este sentido, el artículo 18 de la Ley 256 de 1996 proporciona un mecanismo apropiado para buscar compensación por los daños ocasionados por prácticas que restringen la competencia, a través de un proceso judicial. Este artículo reprocha aquellas ventajas obtenidas en el mercado como resultado de la violación de una norma legal. Concretamente, el artículo establece que "se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa".

Al respecto, la SIC ha explicado que los actos de violación de normas se configuran cuando se cumplen los siguientes elementos: (i) la infracción de una norma distinta a las contempladas en la Ley 256 de 1996; (ii) la obtención efectiva en el mercado de una ventaja competitiva como resultado de la norma violada; y (iii) que la ventaja obtenida sea significativa (Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. Sentencia No. 025, 2011).

En consecuencia, si un competidor ha infringido el régimen de protección de la libre competencia y ha obtenido una ventaja competitiva significativa como resultado, se cumplen los requisitos del artículo mencionado, lo que permite buscar indemnización por los daños derivados de la infracción de la norma.

En resumen, aunque el régimen de competencia desleal no esté directamente relacionado con el régimen de libre competencia, aquellos que han sufrido daños como resultado de la conducta del infractor tienen el derecho de recurrir a lo establecido en el artículo 18 de la Ley 256 de 1996 para reclamar de manera privada los daños causados. Es importante destacar que esta acción puede ser presentada por todas las personas afectadas por la conducta anticompetitiva, ya que la Ley 256 de 1996 establece que la aplicación de la ley no está

condicionada a la existencia de una relación de competencia entre el individuo que realiza la conducta desleal y el afectado.

Así, debemos tener en cuenta la legitimación que se prevé en el artículo 21 de la Ley 256 de 1996, que se lee:

En concordancia con lo establecido por el artículo 10 del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 20 de esta ley.

Las acciones contempladas en el artículo 20, podrán ejercitarse además por las siguientes entidades:

Las asociaciones o corporaciones profesionales y gremiales cuando resulten gravemente afectados los intereses de sus miembros.

Las asociaciones que, según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor. La legitimación quedará supeditada en este supuesto que el acto de competencia desleal perseguido afecte de manera grave y directa los intereses de los consumidores.

El Procurador General de la Nación en nombre de la Nación, respecto de aquellos actos desleales que afecten gravemente el interés público o la conservación de un orden económico de libre competencia.

La legitimación se presumirá cuando el acto de competencia desleal afecte a un sector económico en su totalidad, o una parte sustancial del mismo.

Con esto vemos que hay una variedad de personas legitimadas para adelantar una demanda de competencia desleal cuando se considere afectada por la desventaja producida por la comisión de una práctica antimonopólica. Sin embargo, debemos tener en cuenta que los elementos del artículo 18 mencionado exigen que la ventaja sea adquirida "frente a competidores". Con esto, serán ellos los más llamados a hacer uso de esta acción, sin perjuicio de la legitimación que explicamos.

2.2.5 Arbitraje

El arbitraje no es la vía más idónea para reclamar indemnizaciones por perjuicios en el contexto de relaciones extracontractuales, a menudo vinculadas a daños derivados de prácticas restrictivas de la



competencia, en vista de que se trata de un mecanismo alternativo de resolución de conflictos que depende de la existencia de un pacto arbitral. No obstante, en casos en los que se cuestiona la legalidad de cláusulas contractuales que hayan generado restricciones anticompetitivas, es común que se someta la validez de estas cláusulas a un tribunal arbitral. Además, es posible que el incumplimiento de un contrato se deba a una conducta anticompetitiva, lo que abre la posibilidad de que un tribunal arbitral tome decisiones relacionadas con los daños derivados de dicho incumplimiento en el contexto del régimen de libre competencia. Esto convierte a los tribunales de arbitramento en una vía importante para resolver disputas privadas relacionadas con la violación de las normas de derecho de la competencia.

Teniendo en cuenta lo anterior, si una práctica anticompetitiva ocurre en el contexto de una relación contractual, los perjuicios derivados de dicha conducta pueden ser abordados a través de un proceso de arbitraje. No obstante, esto no impide que la SIC, en su calidad de autoridad administrativa, pueda posteriormente iniciar una investigación sobre la violación de las normas de libre competencia. Puesto que la compensación otorgada a un consumidor o cualquier agente del mercado como resultado de una práctica restrictiva no extingue a la acción de la SIC, cuya responsabilidad es velar por las afectaciones generales al buen funcionamiento del mercado.

En el contexto de los procedimientos arbitrales, surge un debate similar acerca de la cuestión de la prejudicialidad de la SIC. ¿Es necesario que un tribunal arbitral aguarde el fallo de la autoridad de competencia para llevar a cabo el análisis sobre la existencia de un hecho dañoso?

En Colombia, ya se han registrado precedentes al respecto. En septiembre de 2000, un tribunal compuesto por Gilberto Peña Castrillón, Jorge Cubides Camacho y Hernán Fabio López Blanco, resolvió un caso entre Cementos Hércules S.A. y Cementos Andino. Este tribunal declaró la nulidad de una cláusula contractual que consideraron contraria a las normas de competencia, incluso sin que la SIC hubiera emitido previamente una decisión al respecto (Miranda, 2016). El tribunal señaló:

“Pero cuando la ley expresamente protege y promueve un bien determinado como lo es la competencia comercial y sanciona con nulidad las conductas, actos, acuerdos o contratos (nuevamente el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992) que la restrinjan injustificadamente, si ello aparece probado ante un Juez, se impone la nulidad prevista por la ley porque aquí no hay necesidad de diligenciar o establecer previamente complejos presupuestos de carácter económico –deslealtad en la competencia; posición dominante; dumping efectivo, por ejemplo– porque si el Juez llega a la convicción de que se encuentra debidamente probada una conducta, acuerdo, acto o contrato constitutivo de una **restricción injustificada** a la competencia comercial, debe declarar la nulidad absoluta prevista de manera expresa en el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con la Ley 155 de 1959” (*Laudo Arbitral del Proceso de Cementos Hércules vs Cementos Andino, 2020*).

Otro ejemplo relevante de tribunales arbitrales que abordaron perjuicios causados por prácticas restrictivas de la competencia son los laudos Cellpoint vs Comcel (2002)⁹ y Comcelulares vs Comcel (2006)¹⁰. En estos casos, se evaluó si la terminación de los respectivos contratos de agencia comercial tuvo lugar sin una causa justa debido a un presunto abuso de posición de dominio. La parte demandada en ambos casos argumentó que la SIC tenía la exclusividad para determinar la ocurrencia de un abuso de posición dominante (Perilla, 2015).

Sin embargo, en ambas decisiones arbitrales, se desestimaron los argumentos de la parte demandada, y se estableció que la SIC no tiene la exclusividad en la aplicación de las normas de competencia. El tribunal arbitral sostuvo que el papel de la SIC es actuar como una autoridad administrativa, por lo que no tiene competencia para resolver disputas relacionadas con la validez de un contrato y sus consecuencias legales. Por lo tanto, la determinación de cuestiones como los daños y la existencia de un objeto ilícito le corresponde a un juez y, en caso de existir un pacto de arbitraje de un árbitro (Perilla, 2015).

De tal forma, un tribunal arbitral puede aplicar normas de competencia sin necesidad de esperar una decisión de la SIC, lo que lo convierte en una

9 Laudo arbitral del proceso de Cellular Trading de Colombia Ltda. (Cellpoint) contra Comcel S.A., proferido el 18 de marzo de 2002. Árbitros: Miguel Camacho, Beatriz Leyva y Gustavo Cuberos Gómez.

10 Laudo Arbitral del proceso Comcelulares FM Ltda. Vs Comcel S.A. proferido el 14 de diciembre de 2006. Árbitros: Marcela Monroy Torres, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Jorge Eduardo Narváez Bonnet.

vía a considerar al resolver disputas entre particulares relacionadas con infracciones al régimen de protección de la libre competencia.

2.3 Problemas de la aplicación privada del derecho de la competencia en Colombia

La falta de un régimen especializado o una normativa específica para las acciones de daños causados por conductas anticompetitivas plantea varios problemas significativos para la aplicación privada del derecho de la competencia en Colombia. Entre estos problemas se destacan: la dificultad para probar el (i) hecho dañoso; el daño; y (ii) el nexo causal; y la insuficiencia del régimen general de responsabilidad civil.

En primer lugar, existe un gran desafío para demostrar el hecho dañoso cuando no se cuenta con una decisión previa de la SIC que confirme la existencia de la conducta anticompetitiva. Esto se debe a varios factores. En primer lugar, en el ámbito altamente especializado del derecho de la competencia, la SIC es la máxima autoridad. Por lo tanto, un juez civil suele ser reacio a determinar la existencia de una conducta anticompetitiva que posteriormente podría ser desestimada por la autoridad de competencia en una investigación administrativa paralela. Sin una sanción previa de la SIC por una conducta específica, resulta sumamente complicado que un juez civil concluya que existe un hecho dañoso.

Este desafío se agrava por la asimetría en la carga probatoria que recae sobre el consumidor o competidor víctima, quienes generalmente carecen de pruebas ya que no forman parte de la relación comercial con el infractor. Asimismo, existe una escasez de evidencia relacionada con las conductas de los infractores de prácticas anticompetitivas (Polanco, s.f.). Por ello, la SIC ha implementado tecnologías y ha logrado avances notables para recopilar pruebas sólidas con el fin de imponer sanciones. Sin embargo, incluso para la propia autoridad de competencia, determinar la responsabilidad de un agente sigue siendo un desafío. Por tanto, resulta extremadamente difícil para un consumidor o competidor del infractor reunir suficientes pruebas para que un juez civil concluya la existencia de la conducta anticompetitiva sin una decisión previa de la SIC.

Además, incluso si la SIC ya ha recopilado pruebas sobre un caso específico, no se permite el acceso a las pruebas contenidas en el expediente de investigación de la SIC. Estas en su mayoría son confi-

denciales, especialmente cuando la revelación de la conducta se basa en un acuerdo de delación. Como resultado, las partes que buscan indemnizaciones por daños no pueden utilizar el material probatorio de la SIC en sus propios procedimientos.

En segundo lugar, demostrar el daño es una tarea técnica que requiere conocimientos especializados que los consumidores o competidores suelen carecer. Para probar un daño causado por una práctica restrictiva de la competencia, es necesario determinar lo que habría ocurrido en ese mismo mercado si esas prácticas anticompetitivas no hubieran tenido lugar; este escenario se conoce como el “contrafactual”. Una vez que se determina este escenario hipotético, se compara con el escenario real, es decir, lo que realmente sucedió como resultado de la conducta anticompetitiva (Agostini, 2022). Sin embargo, la determinación del escenario contrafactual y la realización de esta comparación involucran conceptos económicos avanzados que un consumidor típico no tiene por qué comprender.

Esto plantea dos desafíos importantes. En primer lugar, el demandante enfrenta dificultades al estimar cuánto debería solicitar como indemnización por los perjuicios sufridos. En segundo lugar, el juez civil, que generalmente carece de conocimientos avanzados en derecho de la competencia, no está en posición de realizar el complejo cálculo necesario para determinar y otorgar una indemnización adecuada que compense los perjuicios causados.

Independientemente de las complicaciones asociadas a los dos elementos mencionados, incluso si se logra demostrar ambos, establecer la existencia de un nexo de causalidad entre ellos no es tarea sencilla. Esto se debe a que el desempeño de una empresa en un mercado específico puede estar sujeto a diversas influencias externas que no necesariamente están relacionadas con la conducta anticompetitiva en cuestión. Por lo tanto, aun en presencia de una infracción del régimen de libre competencia que pueda haber influido en la alegada afectación, demostrar que la conducta anticompetitiva fue la causa directa del daño es un desafío (Polanco, 2017).

Finalmente, estas tres dificultades asociadas a los elementos que configuran la responsabilidad civil son un resultado de las limitaciones de las normas civiles en el contexto de la aplicación privada del derecho de la competencia. Al examinar las acciones disponibles para perseguir perjuicios en este ámbito, resulta evidente que estas acciones fueron



diseñadas con objetivos diferentes y sin un enfoque específico en esta área de práctica. Por lo tanto, independientemente del tipo de acción presentada, el demandante carece de las herramientas necesarias para buscar indemnizaciones bajo el régimen ordinario de responsabilidad civil. La insuficiencia del régimen de responsabilidad civil para abordar las reclamaciones por violaciones a las leyes de competencia subraya la importancia de establecer un régimen especializado en este campo. Este régimen debería simplificar la demostración de los elementos que constituyen el daño, para no representar un desafío tan significativo para quienes presenten la reclamación.

3. Avances en América Latina

Con el objetivo de identificar áreas de mejora y posibles avances legislativos para su implementación en Colombia, es relevante examinar los desarrollos legales relacionados con las acciones por daños ocasionados por infracciones al derecho de la competencia en América Latina. A continuación, se proporciona un análisis del marco normativo vigente en Chile, Perú y México en este contexto.

Perú

A pesar de que, en Perú, al igual que en Colombia, se da prioridad a la aplicación pública del derecho de la competencia, se han logrado avances notables en el reconocimiento de daños en el marco del régimen de libre competencia. Históricamente, en cuanto a la indemnización por daños derivados de prácticas anticompetitivas, el artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establecía las siguientes reglas: (i) la autoridad competente para conocer las demandas de indemnización es el poder judicial; (ii) solo se puede demandar la indemnización cuando la decisión del INDECOPI ha sido emitida y está firme; (iii) no es necesario que el demandante haya sido parte del proceso administrativo; y (iv) el demandante debe demostrar el nexo causal entre la conducta anticompetitiva y el daño sufrido.

Estas normas no difieren significativamente del régimen colombiano, salvo por el hecho de que en Perú existe un requisito de prejudicialidad. En otras palabras, un juez civil no puede declarar la existencia de una conducta anticompetitiva si la autoridad administrativa de competencia, el INDECOPI, no ha tomado una decisión previa.

No obstante, en 2018, a través de una modificación normativa a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹¹, se añadió un numeral al artículo 52, otorgando a la Comisión y la Secretaría Técnica del INDECOPI la facultad de promover un proceso judicial de resarcimiento de los daños ocasionados por la conducta anticompetitiva en defensa de los intereses de los consumidores afectados (INDECOPI, 2021).

Además, en 2021 se aprobaron los “Lineamientos sobre resarcimiento de daños causados a consumidores como consecuencia de conductas anticompetitivas”, un documento preparado por la Comisión del INDECOPI que contiene reglas para la selección de casos en los que la Comisión promoverá demandas de indemnización en defensa de los intereses del consumidor.

Sin embargo, si bien Perú ha mostrado interés en avanzar en asuntos relacionados con las acciones por daños derivados de prácticas restrictivas de la competencia, hasta la fecha no está claro si esto ha dado lugar a un aumento en el número de demandas presentadas por la autoridad de competencia o por particulares (Garrigues, 2023). Esto podría deberse en parte al requisito de prejudicialidad, que implica que cualquier persona que desee reclamar daños debe esperar un período considerable hasta que la entidad administrativa imponga una sanción.

Chile

Hasta hace unos años, el sistema legal de Chile funcionaba de manera similar a Colombia en cuanto a la presentación de acciones por daños causados por conductas anticompetitivas. Los demandantes debían basarse en las normas generales de responsabilidad civil establecidas en el Código Civil chileno para perseguir indemnizaciones por estos daños. Sin embargo, en 2016, se promulgó la Ley 20.945 que modificó el Decreto Ley 211 y estableció un nuevo régimen de responsabilidad.

Esta modificación otorgó al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la potestad exclusiva para conocer las demandas civiles de indemnización por infracciones al régimen de libre competencia. En consecuencia, se eliminó la posibilidad de recurrir a un juez civil para resolver este tipo de disputas. Concretamente, el artículo 30 del De-

11 Modificación a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (Decreto Legislativo 1034) introducida mediante el Decreto Legislativo 1396.

creto Ley 211 establece lo siguiente: “La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá ante ese mismo Tribunal (...)”.

En este contexto, el régimen legal chileno también establece la prejudicialidad en esta materia. De hecho, la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sirve como requisito previo para iniciar la acción correspondiente. Por lo tanto, si se busca una indemnización por daños, la presentación de la sentencia condenatoria del Tribunal cumple con el requisito del “hecho dañoso”, y el demandante solo debe probar adicionalmente la existencia de un daño y el nexo de causalidad entre el daño y el hecho dañoso.

México

De acuerdo con el artículo 53 de la Ley Federal de Competencia Económica de México, los agentes económicos que participen en prácticas restrictivas de la competencia pueden enfrentar sanciones según lo establecido en la ley, “*sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que, en su caso, pueda surgir*”. Asimismo, el artículo 134 de esta misma ley dispone que aquellos que hayan sufrido daños como resultado de una conducta anticompetitiva pueden presentar demandas ante los tribunales especializados en asuntos de competencia económica, una vez que la sanción impuesta por la autoridad de competencia haya sido confirmada.

Ante estos tribunales especializados, se requiere demostrar los mismos elementos de responsabilidad civil establecidos en diversas jurisdicciones. Específicamente, es necesario referirse al concepto de daño establecido en el artículo 2110 del Código Civil Federal de México y establecer el hecho dañoso y la relación de causalidad entre ambos. Además, al igual que en el caso de Perú, el artículo 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles otorga la facultad a la COFECE de emprender acciones colectivas en defensa de los consumidores cuando se detecta una práctica restrictiva de la competencia.

No obstante, a pesar de contar con un marco normativo maduro en lo que respecta a las acciones de daños causados por prácticas anticompetitivas, no se ha observado un aumento significativo en la presentación de demandas ante la COFECE (Garrigues, 2023).

4. Avances en Europa y Estados Unidos

Unión Europea

Tradicionalmente, en la Unión Europea (en adelante, la “UE”), la aplicación privada del derecho de la competencia no ha desempeñado un papel protagónico (Garaldin, 2015). No obstante, en 2014, la UE introdujo la Directiva 2014/104 con el propósito de regular las acciones de indemnización por violaciones del derecho de la competencia, con el objetivo de fomentar esta práctica. Esta normativa se diseñó para permitir que cualquier persona que haya sufrido perjuicios como resultado de una infracción del derecho de la competencia pueda reclamar y obtener una compensación completa que incluya daños reales, pérdida de beneficios e intereses.

Con este propósito, la Directiva implementó una serie de medidas, entre las que se incluyen: (i) procedimientos más flexibles para la presentación de pruebas; (ii) plazos de prescripción no inferiores a cinco años; (iii) la responsabilidad conjunta y solidaria de las empresas que hayan infringido las normas de competencia; (iv) incentivos para la resolución extrajudicial de disputas; (v) la posibilidad de reclamar los costos adicionales incurridos; y (vi) la cuantificación de daños y una presunción de daños en los cárteles.

Este último punto se aborda en respuesta a la preocupación de la UE sobre las dificultades relacionadas con la cuantificación del daño que a menudo dificultan la presentación de demandas en el ámbito del derecho de la competencia. Al respecto, el artículo 17 de la Directiva establece “Los Estados miembros velarán porque ni la carga de la prueba ni los estándares de prueba necesarios para la cuantificación del perjuicio hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios”.

Además, el segundo párrafo del mismo artículo establece una presunción de que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios, aunque esta presunción puede ser refutada por el infractor. En este sentido, la Directiva contribuyó a resolver las complicaciones asociadas con la cuantificación y la demostración del daño, los cuales suelen requerir la aplicación de modelos económicos complejos que están fuera del alcance de los consumidores.

En cuanto a la cuantificación de perjuicios, la Directiva se publicó menos de un año después de la publicación de la Guía Práctica de la Comisión Eu-



ropea para la cuantificación de daños en demandas por incumplimiento de los artículos 101 y/o 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE. Aunque esta guía es informativa y no vinculante para las partes ni para las reglas legales de los Estados miembros de la UE, proporciona un marco metodológico para abordar la cuantificación de daños, algo que antes no existía.

En este punto, hay una distinción fundamental con respecto a Estados Unidos: en la Unión Europea, no se permite la búsqueda de daños punitivos, es decir, montos que superen la compensación del daño real causado (Garaldin, 2015). La razón es que, desde la perspectiva de la UE, esto conduciría a un enriquecimiento injustificado, en contraste con los “*treble damages*” contemplados en el sistema legal estadounidense, como se detalla más adelante.

En relación con la cuestión de la prejudicialidad, que es una característica presente en la mayoría de los países de América Latina, es importante destacar que, a pesar de que la Directiva se enmarca en el ámbito comunitario, establece que la solicitud de indemnización por daños debe presentarse ante un tribunal nacional. En este contexto, la Directiva no condiciona las decisiones de los jueces a una previa autorización por parte de la autoridad de competencia. Los jueces nacionales tienen la autonomía necesaria para evaluar la existencia de prácticas que restrinjan la competencia en función de sus propias apreciaciones y criterios.

Esta normativa ha tenido un impacto significativo en diversas jurisdicciones. Por ejemplo, en España, se pronunciaron más de 2.800 sentencias en casos relacionados con daños derivados del régimen de competencia de 2018 a 2022 (Centro de Competencia, 2022). De esta manera, se demuestra que un marco legislativo especializado en esta área resulta efectivo para fomentar la aplicación privada del derecho de la competencia y, lo que es aún más importante, el respeto al derecho a la libre competencia económica.

A pesar de los avances generados por la Directiva 2014/104, en la Unión Europea se ha reconocido la aplicación privada del derecho de la competencia desde hace varias décadas. Específicamente, en el caso *Couragel* (C-453/1999) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1999, se otorgó

a los individuos el derecho a reclamar indemnización por daños derivados de prácticas anticompetitivas a través de acciones privadas en los tribunales nacionales de cada estado. Este fallo redujo el control exclusivo de la UE como autoridad de competencia. De tal forma, el fortalecimiento de las acciones de daños en este ámbito es una idea que ha venido madurando desde hace varios años (De la Calle, 2021).

En este contexto, aunque en la UE los avances en materia de compensación por prácticas anticompetitivas no están tan arraigados en la cultura como en los Estados Unidos, es evidente que, desde hace años y más recientemente con la Directiva 2014/104, se reconoce que el régimen ordinario de responsabilidad civil no es suficiente. Esto se suma a la tendencia observada en la región latinoamericana de desarrollar regímenes especializados en este ámbito o normativas complementarias para fomentar las acciones en esta materia. Los avances en la UE no deben ser considerados de manera aislada, sino como una señal de que este tema no se ajusta completamente a la tradicional regulación de la responsabilidad civil.

Estados Unidos

En comparación con otros países estudiados, Estados Unidos destaca como la única jurisdicción con una tradición establecida en lo que respecta a las acciones de daños causados por prácticas que restrinjan la competencia (De la Calle, 2021). Esto se debe a que el Clayton Act, promulgado en 1914, ya consideraba la posibilidad de la aplicación privada del derecho de la competencia. Con esta ley, se facultó a las víctimas de conductas anticompetitivas a recurrir a los tribunales estadounidenses para buscar la compensación de los daños sufridos.

Además, el Clayton Act permite a las víctimas recuperar “*treble damages*”, es decir, una indemnización que equivale a tres veces la cantidad de los daños ocasionados¹². Esto ha resultado en una cultura sólida en materia de acciones de grupo por prácticas restrictivas de la competencia. Puesto que, los consumidores tienen un incentivo grande para perseguir la indemnización (recibir tres veces el monto por el que fueron perjudicados). A su vez, como resultado, esto ha despertado un gran interés en la comunidad legal, ya que las acciones de grupo por daños en el ámbito del derecho de la competencia suelen implicar sumas considerablemente elevadas.

En este sentido, al igual que en el régimen de la UE, en Estados Unidos no se requiere la prejudi-

12 15 U.S. Code § 15.

cialidad para la aplicación privada del derecho de la competencia. Esto significa que no es necesario que la Comisión Federal de Comercio (“FTC” por sus siglas en inglés) emita una decisión previa para que un tribunal civil reconozca los perjuicios derivados de la conducta anticompetitiva.

La principal diferencia entre el régimen de daños en Estados Unidos y la UE radica en la cuantía y el propósito de las sanciones impuestas al agente infractor. Las normas estadounidenses utilizan las sanciones de manera punitiva con el fin de desalentar la comisión de prácticas anticompetitivas mediante la magnitud de las sanciones (Garaldin, 2015). Esto se debe a que el agente infractor está sujeto a sanciones económicas impuestas por la FTC, que es la autoridad de competencia, además de las condenas por los daños ocasionados a las víctimas de la conducta anticompetitiva (De la Calle, 2021). La cual, en el contexto de una acción colectiva, puede resultar en “*treble damages*” para las víctimas, lo que representa una suma significativa para cualquier empresa.

Este enfoque ha resultado en un éxito contundente para la aplicación privada del derecho de la competencia. Puntualmente, como detalla Alfonso Miranda en su texto “La Indemnización de los Perjuicios Causados por las Prácticas Restrictivas de la Competencia”, desde 1960 hasta, al menos el 2010 y probablemente hasta la fecha actual, más del 90% de los casos de competencia en Estados Unidos son el resultado de una demanda particular (Miranda, 2011).

5. Recomendaciones

Basándonos en las carencias del marco normativo colombiano y los avances identificados en otras jurisdicciones, es evidente que hay un amplio margen de mejora. A continuación, se destacan los avances más relevantes que podrían servir como modelo para Colombia y otros países de la región.

Entre las medidas urgentes, destacamos aquellas relacionadas con la necesidad de flexibilizar el proceso probatorio. En primer lugar, en la legislación colombiana, la infracción normativa se presume como resultado de la culpa del agente infractor. Por lo tanto, una vez probada la existencia de la conducta anticompetitiva, es decir, del hecho dañoso, se debe reconocer la presunción de culpa, invirtiendo así la carga de la prueba. En otras palabras, cuando una autoridad de competencia sanciona a un agente del mercado, carece de sentido que el consumidor o el competidor

tenga que demostrar la existencia de un daño a través de pruebas. En cambio, debería ser responsabilidad del agente infractor refutar la existencia del daño.

Es importante aclarar que esta recomendación no implica la necesidad de la prejudicialidad en los procesos relacionados con la aplicación privada del derecho de la competencia. Más bien, simplemente reconoce que, en el caso de que ya exista una decisión sancionatoria por parte de la autoridad administrativa, no tiene sentido que el demandante deba probar la existencia del hecho dañoso y del daño resultante. Por el contrario, la decisión administrativa debe acreditar la existencia del hecho dañoso, invirtiendo la carga de la prueba y haciendo responsabilidad del agente infractor demostrar la inexistencia de daño derivado del acto perjudicial.

En cualquier caso, se debería permitir que los consumidores y competidores acudan a un tribunal civil para buscar la reparación de los perjuicios, independientemente de si la autoridad de competencia, en su capacidad administrativa, ha tomado una decisión al respecto. La importancia de este enfoque se evidencia en la forma en que se ha desarrollado en Estados Unidos, donde los tribunales civiles han aplicado adecuadamente las normas del derecho de la competencia, empoderando a los individuos con las herramientas necesarias para hacer valer el derecho a la libre competencia.

En segundo lugar, se debería exigir a la autoridad de competencia colaborar con el proceso civil iniciado por los particulares. Es apenas lógico que, si un particular inicia un proceso debido a un daño causado por una práctica restrictiva de la competencia, la autoridad de competencia, en cumplimiento de su mandato constitucional como la entidad a cargo de proteger el derecho a la libre competencia económica, debería colaborar en el proceso para proteger el derecho colectivo mencionado.

De esta recomendación se desprende la necesidad de promover un protocolo que garantice el acceso seguro a la información confidencial recopilada durante el proceso sancionatorio llevado a cabo por la SIC. Esto ayudaría a equilibrar la asimetría probatoria que a menudo se presenta en los casos de daños ocasionados por infracciones al régimen de libre competencia. Considerando que, uno de los problemas más comunes en estos procesos es la dificultad que enfrenta un consumidor e incluso un competidor del agente infractor para demostrar la existencia del hecho dañoso.



Por otro lado, resulta esencial establecer una guía con sanciones predeterminadas o que facilite la cuantificación de los daños alegados. Como hemos reiterado, esta es una de las barreras más significativas al presentar una acción por daños derivados de infracciones al régimen de libre competencia. Las complejidades económicas involucradas superan el entendimiento del consumidor promedio y, en ocasiones, incluso están más allá del conocimiento especializado de los jueces civiles. En esta perspectiva, sería prudente seguir el ejemplo de la Unión Europea y publicar una guía que simplifique el proceso de presentación de este tipo de acciones.

También, se puede considerar la incorporación de un enfoque similar al de los daños preestablecidos en materia de propiedad intelectual y derechos de autor, con el fin de abordar la complejidad de determinar los daños en el ámbito del derecho de la competencia en Colombia. Las indemnizaciones preestablecidas liberan al demandante de la carga de probar la cuantía del daño alegado.

Tras la firma del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos, se adoptaron compromisos regulatorios, entre ellos, la implementación de un procedimiento de indemnizaciones preestablecidas en áreas relacionadas con propiedad intelectual y derechos de autor. Inicialmente, este tema fue regulado por la Ley 1648 de 2013, con reglamentación a través del Decreto 2264 de 2014.

Estas normas establecieron que no corresponde al demandante probar la cuantía de los daños, ya que dicha determinación recae en el juez. Con tal fin, se delimitó un rango indemnizatorio mínimo y máximo, con criterios agravantes que podrían influir en la determinación de un monto indemnizatorio mayor al previsto. Estas normas se centran específicamente en la violación de los derechos de propiedad marcaria. En relación con los derechos de autor, en 2018 se promulgó la Ley 1915 de 2018, la cual en su artículo 32 establece la opción de recurrir al régimen de indemnizaciones preestablecidas en caso de incumplimiento de las normativas correspondientes. No obstante, todavía se aguarda la emisión del decreto que regule esta disposición.

Estos daños preestablecidos ofrecen al juez un rango estimado de indemnización, con elementos para graduar la sanción con atenuantes y agravantes, sin que el demandante deba probar todos los daños ocasionados (Cabrera, 2019).

La implementación de un mecanismo similar en el ámbito del derecho de la competencia podría im-

pulsar las acciones de daños en esta área. Considerando que, la cuantificación del daño es un desafío importante para el demandante. En este sentido, a pesar de que el régimen de derechos de autor y propiedad intelectual es distinto al derecho de la competencia, sus avances podrían ser considerados para enfrentar esta problemática.

Si el Estado, a través de la SIC como autoridad de competencia, logra proporcionar herramientas que aborden estos desafíos, el siguiente paso lógico es fortalecer la cultura de las acciones colectivas. Como mencionamos, este es el medio más adecuado para que un consumidor busque reparación por los perjuicios sufridos, ya que las prácticas restrictivas de la competencia afectan a todos los consumidores del mercado relevante que fue objeto de la conducta.

En este sentido, una recomendación de carácter más estructural sería ampliar las competencias de la SIC para permitirle conocer de las acciones de grupo relacionadas con prácticas restrictivas de la libre competencia. A pesar de que la SIC está diseñada como una autoridad especializada y competente en asuntos de protección de la libre competencia, el marco normativo actual no le permite asumir las acciones colectivas relacionadas con estas áreas. Esta situación va en contra del propósito original de la SIC y perjudica a los consumidores.

Debido a su diseño legislativo y experiencia sobresaliente en esta área, resulta coherente y lógico permitir que la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la SIC conozca a priori las acciones de grupo con el fin de fortalecer la adjudicación de perjuicios ocasionados por violaciones a la libre competencia económica.

Estas son solo algunas ideas cuya implementación contribuiría al fortalecimiento del régimen de daños derivados de infracciones al derecho de la competencia en Colombia. Aunque en su mayoría sean sugerencias que abren espacio para el debate, esta es precisamente la invitación. El marco legislativo colombiano no puede quedarse estático frente a una tendencia global que resulta esencial para proteger de manera integral la libre competencia económica.

6. Conclusión

Después de examinar el panorama general de la libre competencia en Colombia y las acciones disponibles en nuestro sistema legal para abordar daños derivados de violaciones al derecho de la compe-

tencia, es claro que el régimen actual de protección de la libre competencia no es integral. A pesar de los esfuerzos por salvaguardar la integridad del mercado, se ha descuidado la aplicación privada de este derecho.

Específicamente, el régimen colombiano se basa en la responsabilidad civil ordinaria que comprende acciones, como su nombre lo indica, de naturaleza civil. No obstante, es claro que estas acciones fueron concebidas para propósitos distintos a la indemnización de daños por infracciones al régimen de libre competencia. Por tanto, sin perjuicio de que estas vías pueden emplearse en situaciones relacionadas con el derecho de la competencia, la carencia de especialización en esta área conlleva a la insuficiencia de estas herramientas para reclamos privados de daños en dicho ámbito.

Por esta razón, instamos a los legisladores y a la sociedad civil en Colombia a entablar un diálogo sobre las acciones por daños en el ámbito de la libre competencia, aprovechando los avances y las experiencias de diversas jurisdicciones. Esto con el propósito de fortalecer un derecho que, según la constitución, pertenece a todos.

Referencias bibliográficas

- Agostini, C. (2022). *Cálculo de daños por conductas anticompetitivas: Consumidores*. Centro de Competencia.
- Ángel P. y Estrada L. (2011). La protección del derecho a la libre competencia mediante la acción de grupo: una lección aún por aprender. *Revista de Derecho Privado*, N° 45.
- Cabrera, K. y Montenegro, Y. (2019). La incorporación de los daños preestablecidos como criterio de determinación del daño en infracciones al derecho de autor en Colombia. *Revista de Derecho Privado*.
- Castro M. (2016). *Derecho de las obligaciones, con propuestas de modernización*. Tomo II. Universidad de los Andes.
- Centro de Competencia (07 de septiembre de 2022). *Las claves del boom de las acciones de daños en España*. <https://centrocompetencia.com/forocompetencia-las-claves-del-boom-de-las-acciones-de-danos-en-espana/>
- Colombia. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia del 16 de abril de 2015, con Rad. 2223. C.P: William Zambrano Cetina.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. 1 de julio de 2015, Rad. 30385
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-624 de 1998.
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-443 de 2013. M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 2001. M.P: Rodrigo Escobar Gil
- Colombia. Corte Constitucional, Auto 1036 de 2022.
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-993 de 2021. M.P: Jaime Araujo Rentería.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 6 de abril de 2001, Rad. 5502.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 5630 de 2018.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 43218 de 2016.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 103652 de 2015.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución. Resolución 7897 de 2015.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. Sentencia No. 025 del 29 de abril de 2011.
- De la Calle, J. (2021). *Tratado General de Libre Competencia*. Tirant lo Blanch.
- Garaldin, D. (2015). Collective Redress for Antitrust Damages in the European Union: Is this a Reality Now?. *George Mason University Law Review*.
- Garrigues. (26 de julio de 2023). *Acciones de daños por "antitrust" en Latinoamérica: ¿en la senda del modelo Europeo?* https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/acciones-danos-antitrust-latinoamerica-senda-modelo-europeo
- Holguín, C. (2013). Algunos apuntes sobre la cul-



- pa en la responsabilidad derivada de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia. *Revista digital de derecho administrativo*, N°10.
- INDECOPI (2021). *Lineamientos sobre resarcimiento de daños causados a consumidores como consecuencia de conductas anticompetitivas*
- Laudo Arbitral del Proceso de Cementos Hércules vs Cementos Andino. Árbitros: Gilberto Peña Castrillón, Jorge Cubides Camacho y Hernán Fabio López Blanco. 20 de septiembre de 2020.
- Laudo arbitral del proceso de Cellular Trading de Colombia Ltda. (Cellpoint) contra Comcel S.A., proferido el 18 de marzo de 2002. Árbitros: Miguel Camacho, Beatriz Leyva y Gustavo Cuberos Gómez.
- Laudo Arbitral del proceso Comcelulares FM Ltda. Vs Comcel S.A. proferido el 14 de diciembre de 2006. Árbitros: Marcela Monroy Torres, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Jorge Eduardo Narváez Bonnet.
- López, H. (1997). *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, Tomo 1. Editorial ABC.
- Miranda A. (2013). *La indemnización de los perjuicios causados por las prácticas restrictivas de la competencia*. Universidad Javeriana, CEDEC.
- Miranda, A. (2011). *El control jurisdiccional del régimen general de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas*. Universidad de los Andes, Congreso Internacional sobre Competencia.
- Miranda, A. (2011). Origen y Evolución del Derecho de la Competencia en Colombia *Rev. Derecho Competencia*.
- Modificación a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (Decreto Legislativo 1034) introducida mediante el Decreto Legislativo 1396.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2018). *Aplicación Privada Individual y Colectiva del Derecho de Competencia: Reflexiones para México*.
- Ortiz, I. (2011). *La aplicación privada del derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia*.
- Patiño, H. (2008). Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración. *Revista de Derecho Privado*, No. 14.
- Perilla C. (2015). Laudos arbitrales en derecho de la competencia. *Revista Derecho Competencia*, Vol. 11 No. 11, 177-219.
- Polanco, C. (2017) Las acciones de responsabilidad civil por prácticas restrictivas de la competencia y su incidencia en la decisión de restringir la misma en Colombia. Asociación Colombiana de Derecho de la Competencia.

El Rol de la Cooperación Internacional en el Desarrollo de la Defensa de la Competencia en América Latina

The Role of International Cooperation in the Development of Competition Law in Latin America

— Julián Peña* —

Resumen

El propósito de este trabajo es ver el nivel de influencia que ha tenido la cooperación internacional en el desarrollo del derecho de la competencia en Latinoamérica, tanto en la introducción de nuevos regímenes legales como en su aplicación, considerando las diferencias económicas, políticas, sociales y geográficas que se encuentran entre los distintos países de la región.

El desarrollo de la cooperación internacional en América Latina ha reflejado cómo los diferentes actores han buscado soluciones particulares para cada región evitando el enfoque de “talla única” del pasado. La gran variedad de iniciativas muestra el creciente interés de las jurisdicciones latinoamericanas en la defensa del derecho de la competencia, aunque planteando ciertos retos para la región.

La cooperación internacional en América Latina, a través de la asistencia técnica y la cooperación bilateral entre agencias, ha jugado un papel clave en el desarrollo del derecho de defensa de la competencia. Sin esta cooperación, el proceso de aprendizaje de muchas agencias de competencia latinoamericanas habría sido mucho más lento y difícil.

Palabras clave

América Latina, Derecho de la Competencia, Cooperación Internacional, Asistencia Técnica.

Abstract

The purpose of this work is to see the level of influence that international cooperation has had on the development of competition law in Latin America, both in the introduction of new legal regimes and in their application, considering the economic, political, social and geographical differences that are found between the different countries of the region.

The development of international cooperation in Latin America has reflected how different actors have sought particular solutions for each region, avoiding the “one size fits all” approach of the past. The wide variety of initiatives shows the growing interest of Latin American jurisdictions in the defense of competition law, although posing certain challenges for the region.

International cooperation in Latin America, through technical assistance and bilateral cooperation between agencies, has played a key role in the development of antitrust law. Without this cooperation, the learning process of many Latin American competition agencies would have been much slower and more difficult.

Keywords

Latin America, Competition Law, International Cooperation, Technical Assistance.

* Socio en Allende & Brea y profesor en Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires, C1006ACT, Argentina. Email: jpena@allende.com



1. Introducción

Antes de analizar la influencia de la cooperación internacional en el desarrollo del derecho de la competencia en América Latina, se debe aclarar algunas cuestiones semánticas. El ámbito de este trabajo abarca tres conceptos muy amplios que necesitan una aclaración previa en cuanto a su interpretación para evitar malentendidos.

En primer lugar, el concepto de cooperación internacional puede inducir a error a la hora de analizar el desarrollo del derecho de la competencia en América Latina, ya que en la mayoría de los casos sería más apropiado hablar de asistencia técnica. El concepto de cooperación implica, desde una perspectiva semántica, un esfuerzo conjunto o recíproco, mientras que la mayor parte de la región ha sido hasta ahora receptora de asistencia técnica, proporcionada ya sea por una organización internacional, un país extranjero o una institución civil. No obstante, algunos países de la región se han pasado al extremo dador de la ecuación de la asistencia técnica y/o han empezado a colaborar en casos concretos en esfuerzos conjuntos con responsables de la aplicación de la ley de otras jurisdicciones.

Un segundo concepto muy amplio que requiere una aclaración previa es a qué nos referimos cuando hablamos de derecho o política de la competencia. Aunque pueda parecer obvio que todo el mundo habla el mismo idioma cuando se habla de derecho de la competencia, en la práctica, encontramos interpretaciones muy diferentes en toda la región de lo que es o debería ser el derecho de la competencia. Esta amplia interpretación ha llevado a un punto en el que el derecho de la competencia, en algunos lugares, ha mutado en una herramienta multipropósito moderna y políticamente correcta para que los gobiernos sigan interviniendo en los mercados con fines distintos a los objetivos tradicionales del derecho de la competencia en los países desarrollados. El problema se agrava si nos referimos a la política de competencia, ya que *policy* se traduce al español utilizando la misma palabra que se utiliza para traducir *politics*: política. La existencia de una doble interpretación del concepto “política” ayuda a entender por qué algunos gobiernos a veces confunden lo que significa el derecho o política de la competencia y cómo debe aplicarse.

Por último, debemos entender de qué estamos hablando cuando nos referimos al concepto de América Latina. A través de este concepto tan amplio, incluimos a los países de habla hispana al sur de Río Grande y a Brasil, incluyendo así un vasto número

de países con realidades y dimensiones económicas, geográficas, sociales y políticas muy diversas. Incluye a países grandes como Brasil, México y Argentina y países más chicos como Bolivia, Ecuador, Guatemala y Costa Rica, por nombrar sólo algunos. Incluso en las formas en que sus gobiernos actuales conciben el paradigma de la intervención estatal en los mercados, la región es tan amplia que dentro de ella se incluyen países como Venezuela, Ecuador, Bolivia y Nicaragua; así como países mucho más orientados al libre mercado como Chile, Colombia y Perú, entre otros. Incluso en el desarrollo de sus regímenes de competencia, existe una distancia significativa entre las distintas jurisdicciones. América Latina tiene países con muchos años de aplicación de regímenes de competencia y un crecimiento continuo en el nivel de su desarrollo (como Brasil, Chile y México, por ejemplo) y otros países que están dando sus primeros pasos (como Ecuador, Paraguay y República Dominicana, entre otros).

Existen, sin embargo, patrones comunes que nos permiten hacer el análisis propuesto, aunque cada jurisdicción tenga sus propias características, ritmos e intensidad en cuanto a la aplicación del derecho de la competencia. La mayoría de los países ha experimentado el mismo camino de desarrollo y ha recibido cooperación internacional o asistencia técnica similar en algún momento.

El propósito de este trabajo es ver cuánta influencia ha tenido la cooperación internacional en el desarrollo del derecho de la competencia en la región latinoamericana, teniendo en cuenta la gran variedad de diferencias económicas, políticas, sociales y geográficas que se encuentran entre los distintos países latinoamericanos. Asimismo, se analizará la importancia de reconocer la existencia de dichas diferencias para hacer un uso más eficiente de los recursos existentes.

2. El contexto del desarrollo del Derecho de la Competencia en América Latina

En una entrevista en la Conferencia Anual de Derecho de la Competencia de la International Bar Association en 2012, William Kovacic señaló que en la asistencia técnica “se aprende rápidamente que el contexto importa mucho” (2013, p. 15): esto también es cierto para América Latina. El contexto del desarrollo del derecho de la competencia en América Latina ayuda a explicar cómo ha surgido el derecho de la competencia en la región y por qué se ha desarrollado de la manera en que lo

hizo en la mayoría de los países (Peña, 2006; Peña, 2012; Peña, 2023).

En primer lugar, y en gran contraste con los Estados Unidos, debido a siglos de colonialismo español y portugués (en el caso de Brasil), hay una ausencia casi total de cultura de la competencia en la región. En cambio, por toda América Latina, existe históricamente un sistema institucional antimerca- do en el que el gobierno es o ha sido omnipresente. Como señala Ignacio de León, “el mercantilismo colonial fue una respuesta natural a la creciente militarización impulsada por la colonización de las Indias y las enormes civilizaciones indígenas que necesitaban ser Cristianizadas. La proliferación de monopolios legales fue un resultado natural de este proceso” (2009, p. 11).

Aunque las ideas de libre mercado inspiraron la mayoría de las constituciones latinoamericanas del siglo XIX, desde los años veinte hasta los ochenta, la gran mayoría de los gobiernos de la región siguieron un paradigma de fuerte intervencionismo estatal en el mercado (Peña, 2006). Los dos pilares de las políticas de desarrollo en América Latina fueron (1) la protección de las industrias locales frente a la competencia extranjera y (2) la regulación de los mercados internos. Las principales políticas aplicadas en la región durante este periodo incluyeron: (1) controles de precios y de cambio, (2) grandes empresas estatales, (3) fuertes incentivos gubernamentales para promover la producción de ciertos bienes o regiones, (4) limitaciones a la inversión extranjera y (5) altas barreras comerciales para implementar mecanismos de sustitución de importaciones.

Desde finales de los años ochenta (al menos hasta finales de los noventa), los países latinoamericanos empezaron a implementar las políticas promerca- do incluidas en el Consenso de Washington. En particular, los diferentes países, a su propio ritmo y manera: a) desregularon sus economías, b) privatizaron las empresas estatales, c) eliminaron algunos subsidios gubernamentales, d) recibieron fuertes flujos de inversión extranjera, e) liberalizaron su comercio exterior y f) implementaron políticas de competencia. Este cambio de péndulo del paradigma económico de la noche a la mañana no fue el resultado de un drástico autoexamen y del reconocimiento del fracaso del paradigma anterior. Por el contrario, fue un conjunto de “recomendaciones” de las instituciones financieras internacionales con sede en Washington, que los distintos países debían seguir para conseguir alivio de la deuda.

El fracaso de las políticas del Consenso de Wash- ington a la hora de proporcionar un desarrollo sostenible con bienestar social en la región dio lugar a una vuelta al paradigma del mayor intervencionismo estatal. Desde el retorno de una mayor intervención estatal, no ha habido un paradigma común, sino muchos enfoques distintos.

En diciembre de 1994, con el inicio de la crisis mexicana, se produjo un punto de inflexión en el desarrollo de las políticas en la región. En 1998, el desencanto con las políticas del Consenso de Washington comenzó a materializarse. Posteriormente, la situación económica regional empezó a deteriorarse, al igual que el apoyo político al proceso de reformas estructurales. Desde entonces, Venezuela, Ecuador, Brasil, Argentina, Bolivia y Uruguay —entre otros— han elegido como presidentes a los candidatos que tenían, al menos en su discurso político, una posición contraria al Consenso de Washington.

En lugar de existir un nuevo consenso, existe un acuerdo sobre el fracaso de las políticas del Consenso de Washington para resolver los problemas históricos de desarrollo de la región. La mayoría de los gobiernos latinoamericanos estaría de acuerdo en que un modelo de orientación fiscal sin equidad ni conciencia social no puede ser un camino legítimo hacia la integración de la región en un mundo globalizado.

Sin embargo, en la actualidad existen al menos tantos caminos alternativos como países en la región. El papel de la intervención estatal en el mercado es una cuestión crucial que se ha interpretado de forma diferente en la región. Una respuesta común a la crisis del Consenso de Washington en la región se caracteriza por una mayor presencia del Estado en el mercado. La diferencia es, sin embargo, el grado de este retorno al intervencionismo estatal.

La larga tradición de dirigismo gubernamental ha dado lugar a un fuerte corporativismo institucional. Según De León, “el corporativismo latinoamericano sigue un formato de organización impuesto ‘desde arriba’ por los gobiernos, y se institucionalizó antes de la consolidación del capitalismo industrial o de cualquier movimiento social autónomo” (2009, p. 586). La fuerza de este corporativismo se refleja en las diversas exenciones a la aplicación de las leyes de defensa de la competencia introducidas en las diferentes legislaciones de América Latina. Estas exenciones que, como señala De León, en algunos países cubren más del sesenta por ciento del PBI y evidencian “que las disposi-



ciones de defensa de la competencia en América Latina están profundamente influenciadas por el corporativismo institucional y la fragmentación de los derechos de propiedad que han influido durante mucho tiempo en la formulación de políticas en la región” (2009, p. 50). Algunos ejemplos de exenciones son los sindicatos (República Dominicana), los productores agrícolas (Venezuela) o los servicios públicos (Costa Rica y Colombia).

Históricamente, los países latinoamericanos han utilizado políticas proteccionistas. Los regímenes de sustitución de importaciones impuestos en toda la región son sólo uno de los muchos mecanismos utilizados por los gobiernos latinoamericanos a lo largo del tiempo para proteger a las industrias locales de la competencia extranjera. El cambio de péndulo hacia la liberalización del comercio en la década de 1990 provocó un grave perjuicio a las industrias locales que de la noche a la mañana se enfrentaron a la competencia sin un periodo de transición suficiente. Los países latinoamericanos lanzaron nuevos acuerdos comerciales regionales (Mercosur) o revisaron los existentes (Comunidad Andina) en la década de 1990. Además, se iniciaron negociaciones para acuerdos de libre comercio más amplios (Área de Libre Comercio de las Américas [“ALCA”], UE-Mercosur) y se aceptaron los acuerdos de la Ronda Uruguay firmados en Marrakech que son la base de la Organización Mundial del Comercio.

Estos acontecimientos provocaron una fuerte reacción por parte de los empresarios locales, que exigieron a los gobiernos la creación de medidas proteccionistas para favorecer a las industrias nacionales. En consecuencia, durante la primera década del nuevo siglo los acuerdos comerciales regionales sufrieron graves reveses, se congelaron los proyectos más amplios de libre comercio y se promulgaron numerosas barreras comerciales. Estos acontecimientos redujeron considerablemente la entrada potencial de empresas extranjeras.

Sin embargo, el nuevo giro hacia el proteccionismo no ha sido el mismo en toda la región, pues país latinoamericano ha adoptado una actitud diferente hacia el paradigma post Consenso de Washington, desde meras declaraciones hasta fuertes medidas proteccionistas. El grado de proteccionismo también ha variado en intensidad a lo largo del tiempo, teniendo un gran impacto en la adopción de estas medidas la crisis financiera internacional de 2008.

Durante muchas décadas, los empresarios se vieron obligados a negociar o solicitarles permiso a los fun-

cionarios públicos para fijar los precios o subirlos: esta práctica obligaba a los competidores a reunirse entre ellos para negociar una estrategia común.

Algunas industrias estaban reguladas y contaban con organismos gubernamentales especiales que fijaban los precios y las cantidades (por ejemplo, la carne, el azúcar y los cereales). En otras industrias, para luchar contra la inflación, los gobiernos concertaban acuerdos de precios con los empresarios y trataban estos acuerdos como necesarios y beneficiosos para los consumidores. Aunque estos acuerdos eran difíciles de aplicar, formaron a generaciones de empresarios en la práctica de concertar precios con sus competidores con el consentimiento del gobierno.

La combinación de desregulación y de aplicación de leyes de competencia en los años 90 creó dificultades para las empresas locales, ya que no estaban preparadas para un cambio tan brusco en las prácticas de fijación de precios. En décadas anteriores, a los empresarios les resultaba más rentable dedicar más tiempo y recursos a presionar a los funcionarios del gobierno para obtener precios y medidas proteccionistas que invertir en mejorar su competitividad. Irónicamente, se han dado casos en distintos países en los que los organismos de defensa de la competencia han abierto investigaciones sobre acuerdos de precios o cuotas con consentimiento de un gobierno anterior (por ejemplo, Brasil y Argentina), aunque no se conocen casos en los que se hayan impuesto multas por tales prácticas.

Durante décadas, los mercados latinoamericanos estuvieron protegidos de la competencia extranjera e incluso en muchos mercados no había competencia de precios. En consecuencia, las empresas latinoamericanas carecían de incentivos para la innovación, lo cual se reflejaba en bajos niveles de inversión, de investigación y desarrollo. Esta situación se vio agravada por una protección insuficiente de los derechos de propiedad intelectual y en políticas gubernamentales ineficaces y a veces inexistentes para promover la inversión. Además, las restricciones a la transferencia de tecnología y a la importación de bienes de capital y nuevas tecnologías, junto con un acceso limitado a los mercados financieros, crearon una situación que desalentaba la innovación.

La presencia del Estado en el mercado en América Latina ha sido muy fuerte desde la época colonial. La manifestación de esta presencia han sido los controles de precios, las empresas estatales (sobre todo en servicios públicos), los subsidios gubernamentales

mentales para promover la producción de determinados bienes o regiones, y las barreras comerciales, entre otros medios de intervención. Los gobiernos también implementaron leyes de inversión extranjera para restringir la entrada de nuevos competidores (Naím, 1999). La consecuencia de las políticas implementadas durante varias décadas resultó en el desarrollo de industrias obsoletas y gobiernos altamente endeudados que acabaron en lo que se denominó la “década perdida de los años ochenta”.

La existencia de valores sociales distintos ha tenido una influencia significativa en el éxito de la adopción de políticas de competencia en América Latina. Dado que la legislación de defensa de la competencia se desarrolló originalmente en los Estados Unidos, el sistema de valores en el que la legislación existe ha afectado a su aplicación. Dadas las raíces protestantes de los valores estadounidenses, la competencia es un medio natural para alcanzar el éxito solicitado por las creencias de predeterminación del calvinismo.

Por el contrario, los países latinoamericanos han heredado los valores católicos traídos por sus conquistadores españoles y portugueses. En base a ese sistema de valores, el éxito individual queda relegado a la justicia social y a la priorización de la familia y la amistad. Además, el éxito individual no es necesariamente percibido por la sociedad como algo positivo y generalmente provoca desconfianza en cuanto a los medios utilizados para alcanzar dicho éxito.

Las diferencias en los sistemas de valores ayudan a explicar las dificultades enfrentadas a la hora de introducir programas de clemencia. En las sociedades latinoamericanas, el “soplón” es visto como el peor de los parias sociales. Este sistema de valores se observa incluso desde edades tempranas: por ejemplo, en los colegios se condena al “soplón” que denuncia a un compañero ante el profesor por hacer trampa, mientras que el tramposo no recibe ningún castigo social por parte de sus compañeros.

Los participantes del mercado en América Latina se comportan de manera diferente que en los países desarrollados. La existencia de una fuerte competencia por parte de los mercados informales y la existencia de inestabilidad económica o inflación tienen una influencia relevante en la forma en que se comportan los participantes en el mercado, tanto desde el punto de vista de la oferta como de la demanda. La dificultad de acceso al sistema financiero, los hábitos de consumo locales y la insuficiencia de infraestructuras de transporte

también influyen en el comportamiento del mercado. Los supermercados son un ejemplo de cómo un mismo mercado de producto debe analizarse de forma diferente por las autoridades de defensa de la competencia en los países desarrollados y en los de los países en desarrollo. Los hábitos de consumo, las distancias, la infraestructura de transporte y los competidores son sustancialmente diferentes en Estados Unidos, Europa y América Latina. Por lo tanto, basar un análisis de mercado en la jurisprudencia de otras jurisdicciones podría llevar a conclusiones que incluso podrían ser negativas para los consumidores. Asimismo, el nivel de sustituibilidad en la determinación del mercado relevante debe reflejar también las peculiaridades de los hábitos locales. Con menos recursos económicos, los consumidores latinoamericanos pueden estar más abiertos a adoptar un producto alternativo más fácilmente que lo que podría hacer un consumidor de un país desarrollado. La adopción de definiciones extranjeras de mercado relevante también puede llevar a conclusiones inadecuadas.

3. Las Etapas del Desarrollo del Derecho de Defensa de la Competencia en América Latina y el Papel de la Cooperación Internacional

La cooperación internacional, a través de la asistencia técnica, fue fundamental en la creación de los regímenes de competencia en la región y lo ha sido desde el principio debido a la falta de experiencia cuando se implementaron las primeras leyes de defensa de la competencia. Como dijo De León:

Donantes internacionales como USAID, GTZ, Cooperación Española y otros han contribuido generosamente al desarrollo de políticas de defensa de la competencia en la región. Por supuesto, su generosidad no está exenta de astucia. Los inversores extranjeros han presionado para que se creen normas comerciales similares a las que tienen en su país, y la defensa de la competencia no es una excepción (2009, p. 81).

Del mismo modo, desde la Comisión Europea estaban intentando difundir el evangelio según Bruselas en la región. En consecuencia, como describe De León, “la diversidad y ambigüedad de las fuentes que influyen en la aplicación de la política de competencia en América Latina ha creado confusión sobre los principios que deben adoptarse y cómo debe aplicarse” (2009, p. 241).

El papel de la asistencia técnica es más importante en la creación de nuevos regímenes de derecho de



la competencia y en la implementación de dicho sistema. Sin embargo, una vez que un régimen comienza a consolidarse, adapta sus leyes a las necesidades locales y también comienza a integrar el marco cooperativo internacional, trabajando con otras jurisdicciones a través de acuerdos de cooperación. La mayoría de las jurisdicciones de América Latina ha recibido, o recibe actualmente, asistencia técnica en el proceso de creación e implementación de sus regímenes de competencia. Algunas naciones han sido capaces de adoptar sus leyes de competencia a sus necesidades locales. La experiencia de la región en materia de cooperación internacional (entendida como un esfuerzo conjunto entre pares) exitosa y efectiva con otros organismos de la región es aún muy limitada.

Hasta ahora ha habido tres etapas en el desarrollo del derecho de la competencia en América Latina¹:

1. Una etapa preliminar, en la que unos pocos países de la región contaban con una legislación básica y vaga con una aplicación deficiente (Argentina en 1923, 1946 y 1980; Brasil en 1962; Chile en 1959 y 1973; Colombia en 1959; y México en 1934).
2. Una segunda etapa, en la que la mayoría de los países latinoamericanos modernizaron la legislación existente (Argentina en 1999, Brasil en 1991 y 1994, Chile en 1999, Colombia en 1992 y México en 1992) o introdujeron otras con la orientación de organizaciones internacionales (Comunidad Andina en 1991 y 2005; Bolivia en 2008; Costa Rica en 1994 y 2012; República Dominicana en 2008; Ecuador en 2011; El Salvador en 2005; Honduras en 2006; Mercosur en 1996; Nicaragua en 2006; Panamá en 1996 y 2007; Paraguay en 2013; Perú en 1991; Uruguay en 2000, 2007 y 2021; y Venezuela en 1991).
3. Una etapa de consolidación de los regímenes existentes (Argentina en 2018; Chile en 2004, 2009 y 2016; Colombia en 2009 y 2022; México en 2006, 2011 y 2014; Perú en 2008, 2019 y 2021; y Brasil en 2011), con la introducción de modificaciones sustanciales en sus legislaciones basadas en su propia experiencia y en las ideas tomadas de las mejores prácticas acordadas en los foros internacionales, con importantes debates y un fuerte apoyo político de sus gobiernos.

Las nuevas leyes de competencia y la forma en que se promulgaron demuestran un nivel de madurez y consolidación de los regímenes de competencia en ciertas partes de la región que es probable que sea seguido en un futuro próximo por los demás países latinoamericanos, aunque cada uno a su propio ritmo y de su propia manera. Algunos países, por ejemplo, son relativamente nuevos en tener leyes de defensa de la competencia (por ejemplo, Ecuador en 2011 y Paraguay en 2013), mientras que otros todavía están debatiendo si tener este tipo de leyes (por ejemplo, Guatemala). Muchos de los países latinoamericanos habían realizado previamente algunas enmiendas a sus leyes en diferentes niveles (procedimental, sustancial y/o institucional); sin embargo, las últimas series de leyes de defensa de la competencia evidencian un cambio tanto en la forma en que la sociedad percibe las leyes de competencia como en su conciencia de la importancia de los cambios que se han introducido, elevando así el nivel del debate y la relevancia de las nuevas leyes promulgadas.

Las primeras leyes de defensa de la competencia latinoamericanas fueron promulgadas en un contexto de fuerte intervencionismo y proteccionismo estatal, en su mayoría represivas, vagas y con objetivos altamente punitivos: sólo algunos países (Argentina, Brasil, Chile, Colombia y México) contaban con este tipo de leyes, aunque se habían adoptado en un marco temporal muy amplio (de 1923 a 1980). Con el tiempo hubo una evolución en el alcance de las leyes, mostrando una modernización de los conceptos y un enfoque menos represivo (por ejemplo, Chile en 1973 y Argentina en 1980).

No se conoce que los distintos países con leyes de defensa de la competencia promulgadas en esta primera etapa hayan recibido asistencia técnica del exterior, ya sea a través de organismos internacionales, agencias gubernamentales de otras jurisdicciones o instituciones.

Estas primeras leyes fueron todas desfavorables a su aplicación debido a los contextos políticos y económicos en los que se promulgaron. Además, algunas de ellas fueron promulgadas con debates muy escasos (por ejemplo, Argentina en 1923 y 1946) o sin debate alguno, ya que fueron promulgadas por gobiernos de facto (por ejemplo, Chile en 1973 y Argentina en 1980).

1 Ver Julián Peña, *The Consolidation of Competition Law in Latin America*, 11 *Comp. Pol. Int'l. Antitrust Chron.*, 1, 1 (2011).

Como resultado del enfoque represivo hacia los monopolios, la vaguedad de los conceptos y la falta de una cultura de la competencia y de apoyo político, la mayoría de estas leyes experimentó una aplicación muy limitada: quizás la ley chilena de 1973 sea la única excepción a esta regla.

El comienzo de una segunda etapa de desarrollo es contemporáneo a la implementación de las políticas del Consenso de Washington en toda la región. Estas políticas, que reflejaban las recomendaciones realizadas por organismos internacionales con sede en Washington a los países latinoamericanos altamente endeudados con el fin de obtener alivio financiero, representaron un cambio pendular en el paradigma de la intervención del Estado en los mercados, pasando del intervencionismo tradicional a un Estado casi ausente en los mercados.

En este contexto, se produjo una proliferación de leyes de defensa de la competencia en la región, donde muchos países latinoamericanos modernizaron las leyes existentes o promulgaron nuevas. Las nuevas leyes, en lugar de limitarse a combatir los monopolios, se centraron en apoyar un sistema más ampliamente orientado al mercado. Como resultado, la mayoría de las leyes promulgadas en este periodo adoptaron como objetivos principales tanto la eficiencia económica como la protección del consumidor.

Sin embargo, esta segunda etapa ha continuado más allá de la década del Consenso de Washington, ya que diferentes países latinoamericanos han promulgado reformas o introducido nuevas leyes mucho después de que estas políticas perdieran el apoyo político de sus sociedades y gobiernos.

Esta segunda etapa de desarrollo del derecho de la competencia en la región puede caracterizarse por estar fuertemente motivada por organismos de cooperación internacional como el Banco Mundial, la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (“UNCTAD”), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (“OCDE”), la Organización de Estados Americanos (“OEA”), y el Banco Interamericano de Desarrollo, así como por algunos organismos como la Comisión Federal de Comercio, el Departamento de Justicia de los EE. UU, la Comisión Europea y el antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia de España, —entre otros— que desempeñaron papeles cruciales en la elaboración e implementación de las leyes de defensa de la competencia promulgadas en la región durante este periodo.

Una tercera etapa en el desarrollo del derecho de la competencia en América Latina puede caracterizarse por la consolidación de los distintos regímenes basada no tanto en la asistencia técnica de los organismos internacionales sino en las propias experiencias de las distintas agencias. Si bien en la primera década del nuevo siglo las políticas del consenso de Washington perdieron apoyo político en toda la región, los distintos gobiernos comenzaron a revisar sus leyes de defensa de la competencia vigentes y a enviar nuevos proyectos a sus respectivos congresos: tal fue el caso, por ejemplo, de los gobiernos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México, Panamá y Perú.

Las leyes promulgadas en esta etapa cuentan con el apoyo explícito de los gobiernos en los más altos niveles políticos y con una gran repercusión política. La sociedad civil también ha estado muy presente durante el proceso con aportes de los medios de comunicación, las organizaciones profesionales (mención especial al IBRAC de Brasil, una institución pionera en este campo en América Latina) y el mundo académico, que han contribuido tanto al resultado final como a conocer el alcance de las nuevas leyes.

Aunque las nuevas leyes se vieron influenciadas por ejemplos extranjeros, también fueron el resultado de aprender de la experiencia de otros organismos y no de trasplantar leyes del extranjero. Este es el resultado de un proceso de madurez que ha tenido lugar durante años en los que los nuevos foros internacionales han desempeñado un papel crucial. De acuerdo con la Comisión Federal de Competencia Económica de México:

La cooperación internacional ha sido muy útil para la Comisión, especialmente en lo que se refiere a homologar criterios analíticos (por ejemplo, la definición de mercado relevante), entender las fases del procedimiento de investigación en otras jurisdicciones y coordinar los plazos de análisis de los casos, en lo posible. También ha sido útil para anticipar la posibilidad de que una decisión de la Comisión repercuta en otras jurisdicciones. (2013, p. 2)

4. El Estado Actual de la Cooperación Internacional en América Latina

A. Foros Regionales

Además de la existencia de instituciones internacionales como la Red Internacional de Competencia, la OCDE (donde Chile, México, Colombia y Costa Rica son miembros, los cuales, junto a Brasil



como miembro asociado y Argentina y Perú como asistentes, también participan en el Comité de Competencia de la OCDE), y la UNCTAD, donde participan de una u otra forma diferentes países latinoamericanos, existe una serie de foros regionales que se centran más específicamente en la agenda de las agencias de competencia latinoamericanas.

En las últimas décadas, ha habido distintas iniciativas para fomentar la cooperación entre las autoridades de defensa de la competencia latinoamericanas. Algunas de ellas han sido promovidas desde fuera de la región, como el “Foro Iberoamericano de la Competencia”, lanzado en España en 2002, el “Foro Latinoamericano de Competencia” creado por el Banco Interamericano de Desarrollo y la OCDE en 2002, el Programa COMPAL de la UNCTAD de 2003 y, más recientemente, el Centro Regional de Competencia para América Latina de la OCDE, establecido por el Indecopi en 2019.

También ha habido otras iniciativas lanzadas únicamente por agencias de defensa de la competencia latinoamericanas, tales como la “Alianza Interamericana de Competencia” y el “Centro Regional de Competencia para América Latina” creados en 2011, el “Foro Sudamericano de Competencia” promovido por Perú en 2013² la “Alianza Estratégica Latinoamericana de Competencia” de 2018³, entre otras.

Todas estas iniciativas han ayudado en gran medida a los diferentes organismos a intercambiar experiencias sobre una amplia variedad de temas relacionados con la defensa de la competencia, así como a fortalecer la relación entre las autoridades de defensa de la competencia latinoamericanas.

A.1. Foros Regionales promovidos por organizaciones internacionales

- *Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia*

El Foro Latinoamericano de Competencia (desde 2015 rebautizado como Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia, “FLACC”) fue una iniciativa conjunta de la OCDE y el BID lanzada

en 2003 “para fomentar la eficacia de la legislación y la política de competencia en América Latina y el Caribe” y con el paso de los años se convirtió en un medio concreto “para promover el diálogo, la creación de consenso y el establecimiento de redes entre los responsables de la formulación de políticas y los encargados de su aplicación” (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE], s.f.). Las principales actividades del FLACC han sido sus reuniones anuales y las Revisiones por Pares.

Las reuniones anuales se celebraron por primera vez en París en 2003. Desde entonces, se han celebrado anualmente en diferentes países de la región y han contado con un buen nivel de asistencia de representantes de agencias de defensa de la competencia y de organizaciones internacionales⁴. Desde 2018, las reuniones se han abierto parcialmente a representantes de los sectores privados y académicos. Los temas tratados en las reuniones abarcan una amplia variedad de asuntos y en la mayoría de las reuniones el orden del día incluía una Revisión por Par en profundidad de un país latinoamericano. Como afirmó Daniel Sokol:

Estas reuniones fomentan la difusión de normas a las agencias latinoamericanas, y también proporcionan una oportunidad de aprendizaje a través de debates tanto con agencias de situación similar como con agencias del mundo desarrollado que tienen experiencia en la aplicación de las normas. El foro anual también brinda a las agencias la oportunidad de aprender sobre las estructuras institucionales de las demás y sus preocupaciones político-económicas más generales. (2009, p. 18)

El Foro, como dice Ignacio de León, “promueve el diálogo, la creación de consenso y el establecimiento de redes entre los responsables de la política de la defensa de la competencia y los encargados de la aplicación de la ley, así como la identificación y difusión de las mejores prácticas en materia de derecho y política de competencia” (2009, p. 87).

Se han realizado Revisiones por Pares sobre Chile (2003), Perú (2004 y 2018), Brasil (2005 y 2010),

2 OCDE, Latin American Competition Forum, Contribution from Peru to Session 2, DAF/COMP/LACF(2013)20, August 19, 2013, p. 3.

3 Ver <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/02/Joint-Press-Release-Competition-Agencies-from-Argentina-Brazil-Chile-Mexico-and-Peru.pdf>

4 A estas reuniones han asistido representantes de Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Canadá, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Estados Unidos, Guatemala, Italia, Jamaica, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Trinidad y Tobago, Uruguay, Venezuela, Comunidad Andina, CARICOM, CEPAL, UNCTAD, el Banco Mundial y la OMC.

Argentina (2006), El Salvador (2008), Colombia (2009), Panamá (2010), Honduras (2011), Costa Rica (2014), El Salvador (2019), Ecuador (2020) y República Dominicana (2023); y actualizaciones y seguimientos de algunas de estas revisiones en 2007 (también se actualizó la revisión realizada por el Comité de Competencia de la OCDE sobre México en 1998 y 2004) y 2012. Estas Revisiones por Pares incluyen un informe muy detallado realizado por un experto en defensa de la competencia que incluye un conjunto de recomendaciones sobre diferentes aspectos de la ley y la política de competencia. En un reciente seguimiento de las nueve Revisiones por Pares, una encuesta anotó lo siguiente sobre diferentes recomendaciones hechas a Chile, Argentina, Honduras, Panamá y México: “en todos estos casos, la autoridad en cuestión ha tomado medidas para implementar y poner en práctica dichas recomendaciones” (OCDE-IBD, 2012, p. 16).

Otras actividades de la OCDE en la región incluyen el Proyecto para Reducir la Colusión en las Licitaciones en América Latina (con proyectos en Brasil y Chile) y un informe sobre las normas y prácticas de contratación del Instituto Mexicano del Seguro Social en 2012.

Desde 2009, el organismo anfitrión de las reuniones de la FLAC organiza también sus eventos del Día Nacional de la Competencia.

• UNCTAD – COMPAL

El programa de Competencia y Protección al Consumidor para América Latina (“COMPAL”) es un programa de asistencia técnica sobre políticas de competencia y protección al consumidor para América Latina liderado por la UNCTAD y apoyado por SECO (Suiza). El programa COMPAL ha asistido a Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay en el fortalecimiento de sus capacidades e instituciones en las áreas de leyes y políticas de competencia y protección al consumidor: es decir, los únicos países latinoamericanos con leyes de competencia que no están incluidos en el programa son Brasil, Chile y México.

A través de este programa, la UNCTAD está asistiendo a diferentes países latinoamericanos en relación con a) la promoción de experiencias entre

países, b) la preparación de estudios sectoriales, c) la preparación de recomendaciones de políticas y d) actividades de capacitación.

La Fase I del programa COMPAL se inició en 2003 y consistió en la evaluación de las necesidades y prioridades de los países de la región en las áreas de competencia y protección al consumidor. Para evitar la duplicación de esfuerzos internacionales, esta fase también comprendió una revisión del estado de la asistencia técnica en la región. La Fase II, iniciada en 2005 y renovada en 2009, consistió en la implementación de los objetivos y actividades en estas áreas.

El programa COMPAL tiene un componente regional que incluye el intercambio de experiencias y cooperación, “incorporando los tres pilares del enfoque de la UNCTAD, siendo estos las actividades, el contenido analítico del desarrollo de capacidades y la asistencia técnica y la construcción de consensos”⁵.

Las diferentes actividades organizadas por COMPAL en materia de derecho y política de la competencia se refieren a a) programas de fomento de la competencia, b) preparación de estudios sectoriales utilizados como referencia para el diseño de políticas públicas, c) apoyo a la elaboración de leyes de defensa de la competencia, d) capacitación de jueces, e) capacitación de funcionarios en análisis de casos, f) asesoría en el establecimiento y fortalecimiento de autoridades de defensa de la competencia y g) implementación de las recomendaciones de las Revisiones por Pares.

En el marco de una reunión regional de COMPAL realizada en junio de 2013, Indecopi propuso a las demás agencias de defensa de la competencia de diferentes países sudamericanos crear una red de agencias sudamericanas con el fin de fortalecer la cooperación para combatir las conductas anticompetitivas, especialmente los carteles transnacionales⁶.

En 2015, se puso en marcha la Fase III del COMPAL, centrada en la consolidación de las capacidades adquiridas y la profundización de la cooperación regional, y en la asistencia y el cumplimiento de la normativa de competencia y protección del consumidor por parte del sector privado.

5 What is COMPAL—COMPAL II 1, available at http://www.programacompal.org/e_COMPAL_II.html.

6 Delgado, E. (2013) Peru proposes cooperation against cartels, *Global Competition Review*. 203 (2013).



Fuera del programa COMPAL, la UNCTAD también ha realizado las Revisiones por Pares Voluntarias de Legislación y Política de Competencia de Costa Rica (2008), Nicaragua (2013), Uruguay (2017), Argentina (2017) y Paraguay (2023).

- *Foro Iberoamericano de Competencia*

En 2002, las agencias de defensa de la competencia de Argentina, Brasil, Chile, Perú, España y Portugal lanzaron el Foro Iberoamericano de Competencia con el fin de “promover el debate y la reflexión sobre temas de competencia a nivel regional”⁷ entre las agencias de competencia iberoamericanas. Este Foro organiza reuniones anuales con las agencias de defensa de la competencia y un curso anual de competencia que se celebra en Madrid. La Escuela Iberoamericana de Competencia está organizada tanto por la autoridad española de competencia como por el BID con el objetivo de formar al personal de las agencias iberoamericanas.⁸ Como reconoce Maher Dabbah, “también se ha logrado un trabajo notable” (2010, p. 407) con esta escuela.

En su reunión de 2007 en Puebla, México, las autoridades del Foro Iberoamericano de Competencia lanzaron la Red Iberoamericana de Competencia (“RIAC”) con la idea de concentrar y promover la información sobre casos de competencia en la región e intercambiar información y experiencia entre las agencias participantes, ayudando a fomentar su desarrollo de capacidades mediante la creación de una red de conocimiento sobre derecho de defensa de la competencia y cuestiones económicas⁹.

- *Centro Regional de Competencia para América Latina (CRC, ahora GrACA)*

El Centro Regional de Competencia para América Latina (“CRCAL”) fue lanzado en la IX Foro Latinoamericano de Competencia celebrado en Bogotá, Colombia, en septiembre de 2011, lo cual fue una iniciativa de la autoridad de defensa de la competencia de México con el apoyo financiero del Banco Interamericano de Desarrollo. Los miembros originales de la CRCAL fueron las autoridades de defensa de la competencia de Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua y Perú. Brasil, Ecuador, Panamá y la Comisión Federal de Comercio se incorporaron

posteriormente a CRCAL; mientras que Bolivia, Brasil, Ecuador, Paraguay, Uruguay y Venezuela no llegaron a ser miembros.

El objetivo de la CRCAL era “asistir a las autoridades de competencia en el desarrollo de sus capacidades y en la aplicación de sus leyes y políticas de defensa de la competencia”¹⁰.

Las diferentes actividades que la CRCAL ha realizado desde su reciente creación incluyen la organización de un seminario junto a las reuniones anuales de LARF, seminarios dedicados a formar a jueces de la región en derecho y economía de defensa de la competencia y la preparación de una serie de directrices y estudios sectoriales. La CRCAL también ha trabajado en la creación de una base de datos regional que contenga resoluciones de las autoridades nacionales de defensa de la competencia (Ortiz, 2012). La CRCAL funcionó hasta el 2014.

En 2023 el CRCAL fue relanzado con un cambio de nombre, llamándose ahora Grupo de Agencias de Competencia de América (GrACA), incluyendo ahora también a las agencias de Estados Unidos y Canadá y han organizado eventos virtuales para las agencias y grupos de trabajo (por el momento se han formado uno de mercados digitales y otro sobre cárteles), que se reúnen en forma mensual.

- *Centro Regional de Competencia para América Latina*

En noviembre de 2019, la OCDE y el Indecopi lanzaron el Centro Regional de Competencia (CRC) en Lima. El objetivo del CRC es el siguiente:

Proporcionar actividades de desarrollo de capacidades y asesoramiento sobre políticas, de acuerdo con las recomendaciones de la OCDE y las mejores prácticas internacionales, a través de talleres, seminarios y cursos de capacitación sobre derecho y política de defensa de la competencia para funcionarios de agencias de defensa de la competencia, gobiernos, reguladores y jueces. También trabaja para conectar diferentes agencias y jurisdicciones de defensa de la competencia, promoviendo la cooperación regional y mejorando su comprensión de la importancia de desarrollar una política de competencia sólida. (2022, p. 3)

7 International Competition System, 1, http://www.concorrenca.pt/vEN/Sistemas_da_Concorrenca/International_Competition_System/Ibero-American_Competition_Network/Pages/Ibero-American_Competition_Network.aspx.

8 Escuela Iberoamericana de Competencia (26 – 30 de marzo de 2012), X Edición. Recuperado el 27 de octubre de 2023 de <https://events.iadb.org/calendar/event/15886?lang=es>.

9 RIAC, <http://www.redeiac.org/quemsomos.asp>.

10 CRCAL Mission Vision (2013), <http://www.crcal.org/inicio/mision-vision>.

Actualmente, hay aproximadamente 25 jurisdicciones de América Latina y el Caribe que se benefician del CRC¹¹. El CRC ha centrado sus actividades en la organización de talleres para representantes de los distintos organismos de la región y en la publicación de un boletín semestral con el fin de poner al día a los países beneficiarios tanto en el desarrollo del derecho de defensa de la competencia en la región, así como de las noticias sobre las actividades recientes de la OCDE en la región.

En septiembre 2023, la OCDE y el Indecopi han renovado el acuerdo de mantener el CRC por otros cinco años.

A.2. Foros Regionales promovidos por Agencias latinoamericanas

- *Alianza Interamericana de Defensa de la Competencia*

La Alianza Interamericana es una iniciativa lanzada en 2011 por la Comisión Federal de Competencia de México. La alianza es una red de organismos de competencia de las Américas dedicada a facilitar el debate de asuntos relacionados con la defensa de la competencia en la región y fomentar la cooperación entre sus miembros¹².

Los miembros de la alianza se reúnen mensualmente mediante conferencias telefónicas en las que los organismos debaten un tema preestablecido que es presentado por un representante de uno de los organismos miembros. Los temas abarcan una amplia gama de asuntos, desde cuestiones generales hasta problemas sectoriales específicos.

La primera de estas reuniones tuvo lugar en febrero de 2011 y en ella participaron representantes de Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela. En diversas ocasiones también han participado representantes de la Comisión Federal de Comercio o del Departamento de Justicia de Estados Unidos. En la actualidad se arman eventos virtuales entre agencias sobre distintas experiencias que han tenido en casos concretos.

- *Foro Sudamericano de organismos de competencia*

En una reunión de la OCDE celebrada en Lima en

2013, la autoridad de defensa de la competencia peruana solicitó la creación de un Foro Sudamericano de Agencias de Competencia (OCDE, 2013, p. 6).

Los objetivos propuestos por Perú para el Foro fueron: a) realizar al menos una reunión anual de trabajo, crear una Plataforma Virtual donde se emitan fallos y sanciones de prácticas anticompetitivas con impacto transfronterizo; b) elaborar un “Acuerdo Marco de Cooperación para la Investigación de Prácticas Anticompetitivas con Impacto Transfronterizo” para el intercambio de información y un “Acuerdo de Manejo de Información”; c) realizar investigaciones y acciones conjuntas; y d) facilitar el intercambio de funcionarios entre las agencias.

La invitación para crear el Foro fue enviada a las agencias de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Uruguay y Venezuela. Esta iniciativa no ha sido implementada.

- *Declaración de Lima*

En septiembre de 2013, las agencias de competencia de Chile, Colombia y Perú firmaron la Declaración de Lima¹³ donde acordaron crear un espacio para intercambiar entre estas agencias experiencias y capacitación; analizar temas tanto jurídicos como económicos de interés común y trabajar conjuntamente en mejorar el nivel de integración entre las agencias.

Esta iniciativa se puso en marcha con el apoyo de la UNCTAD, que aceptó facilitar las reuniones y se ofreció a compartir su base de datos de jurisprudencia en materia de defensa de la competencia.

De acuerdo con la Declaración, todas las demás agencias latinoamericanas están invitadas a adherirse siempre y cuando exista una aprobación unánime previa por parte de los miembros existentes. No hay registros de cuándo se ha interrumpido esta iniciativa.

- *Alianza Estratégica Latinoamericana en materia de Libre Competencia*

En el Spring Meeting de la Antitrust Law Section de la American Bar Association celebrada en Washington en marzo de 2017, los jefes de los organismos de defensa de la competencia de Argentina, Brasil, Chile y México anunciaron el lanzamiento

11 Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Jamaica, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela, así como la Comunidad Andina y la Comunidad del Caribe (CARICOM).

12 CRCAL, Who are we? (2013), <http://www.crcal.org/alianza-interamericana/quienes-somos>.

13 Declaración de Lima (2013), http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/09/dec_lima_2013.pdf.



de la Alianza Estratégica Latinoamericana en materia de Libre Competencia. Más tarde ese año, durante las reuniones bianuales de competencia de la OCDE celebradas en diciembre de 2018 en París, los jefes de los organismos de defensa de la competencia de Argentina, Brasil, Chile, México y Perú anunciaron que siguieron discutiendo formas de fomentar la cooperación y las oportunidades de capacitación (Casa Rosada, Presidencia, 2018). No hay registros de la implementación de esta iniciativa.

B. Acuerdos Regionales

B.1. Acuerdos comerciales

Diversos acuerdos comerciales en América Latina, ya sean regionales o bilaterales, introdujeron normas especiales de competencia. Sin embargo, como abordaremos en la siguiente sección, la implementación de esos acuerdos firmados aún no ha mostrado avances en la práctica¹⁴.

a. Mercosur (Protocolo de Fortaleza)

En diciembre de 1996, los miembros del Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) firmaron el Protocolo de Fortaleza de Defensa de la Competencia para ser aplicado a conductas anticompetitivas que afecten el comercio entre sus miembros y que tengan un efecto local en uno de ellos. El Protocolo establecía un proceso intergubernamental de toma de decisiones que permitía al gobierno de la parte infractora bloquear el proceso en cualquier momento con sólo no dar su apoyo (Peña, 2001).

El Protocolo fue ratificado por los congresos de Brasil y Paraguay, pero nunca fue aprobado por Argentina ni Uruguay. Además, de los cuatro países originales, sólo Argentina y Brasil tenían regímenes de defensa de la competencia, ya que no fue hasta 2007 que Uruguay tuvo su propia ley y hasta mediados de 2013 que Paraguay promulgó su ley de defensa de la competencia. Sin embargo, en el momento en que Paraguay estableció su régimen de derecho de la competencia, fue suspendido de su condición de miembro del Mercosur. Venezuela se unió al Mercosur en 2006.

Aunque el Protocolo de Fortaleza nunca fue ratificado, el grupo de trabajo del Mercosur para asuntos de competencia (CT N° 5) siguió reuniéndose al menos dos veces al año. En 2002, el Mercosur

adoptó el Acuerdo sobre la Implementación del Protocolo de Fortaleza. En 2004, a través de la Decisión C.M.C. N° 4/2004, el Mercosur aprobó el Consenso sobre la cooperación entre las agencias de competencia. En 2006, aprobó la Decisión CMC 15/2006 que establece un sistema de intercambio de información y consulta en materia de control de concentraciones. En 2010, el Mercosur aprobó la Decisión CMC N° 43/2010 un Acuerdo para la Defensa de la Competencia en el Mercosur que sustituyó al Protocolo de Fortaleza. Este acuerdo fue ratificado hasta ahora por Argentina (2011), Uruguay (2014), Brasil (2016) y Paraguay (2023).

Los objetivos del Acuerdo son a) promover la coordinación y cooperación entre las agencias de defensa de la competencia, b) la asistencia mutua entre las autoridades cuando sea necesario, c) la identificación de intereses comunes en la política de defensa de la competencia y d) eliminar las prácticas anticompetitivas a través de la aplicación de las leyes nacionales (Umaña, 2020, p. 8). En otras palabras, como dijo Umaña, “este diseño institucional apunta más a la cooperación y no a la aplicación de prácticas anticompetitivas regionales o al control regional de fusiones” (2020, p. 9).

En abril de 2023, el CT N° 5 se reunió por primera vez desde 2018 y los representantes discutieron formas de aumentar la cooperación, especialmente en relación con los mercados digitales, aunque no se han adoptado medidas específicas.

b. Comunidad Andina

En marzo de 2005, la Comunidad Andina, integrada entonces por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, promulgó su Decisión 608/2005 por la que se creaba el “Sistema de Protección y Promoción de la Libre Competencia en el Mercado Común Andino”, que sustituía a la Decisión 285/1991, que a su vez sustituía a la Decisión 230/1987.

Esta legislación sólo es aplicable a casos transfronterizos anticompetitivos que afecten a los países de la Comunidad Andina y sería aplicada por el Comité Andino de Competencia, una entidad supranacional.

Los miembros de la Comunidad Andina, de forma similar al caso del Mercosur, tienen niveles muy diferentes de desarrollo de la legislación de defen-

¹⁴ Ver Verónica Silva, *Cooperación en política de competencia y acuerdos comerciales en América Latina y el Caribe (ALC)*, 49 CEPAL 1 (2005); OCDE, *Latin American Competition Forum, Background Note by the IADB Secretariat*, DAF/COMP/LACF(2013)5, August 28, 2013.

sa de la competencia. De hecho, Colombia tiene un régimen desde 1959, mientras que Ecuador no promulgó su ley hasta 2012. Aún menos clara, Bolivia promulgó una ley en 2008 que podría o no proteger a la competencia.

Ninguna de las normas de competencia de la Comunidad Andina se había aplicado en la práctica hasta que en 2015 hubo un caso en el que la Comunidad Andina consideró que la Decisión 608 no era aplicable (Umaña, 2020, p. 11). Sin embargo, en 2018 se produjo un gran revuelo cuando la Comunidad Andina decidió investigar un supuesto cártel de pañuelos y papel higiénico después de que la autoridad de defensa de competencia colombiana sancionara un cártel en el mercado de pañales para bebés tras una solicitud de clemencia. También en 2018, la Comunidad Andina tuvo que decidir sobre una sanción impuesta por el Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural de Bolivia a la empresa cervecera nacional boliviana en una aplicabilidad directa de la Ley de la Comunidad Andina (Umaña, 2020, pp. 10 - 11). Ambos casos aún no han sido resueltos.

c. Sistema de la Integración Centroamericana (“SICA”)

En 2006, los viceministros de Integración Económica de Centroamérica crearon el Grupo de Trabajo Centroamericano sobre Política de Competencia para diseñar una política regional de competencia con el fin de asegurar una mayor transparencia y acceso a los agentes económicos que participan en las diferentes actividades de intercambio comercial inter y extrarregional. Este grupo, posteriormente denominado Red Centroamericana de Competencia (“RCC”), ha recibido asistencia técnica de la UNCTAD, la Comisión Federal de Comercio (con financiación de USAID), la CEPAL, la Comisión Europea y el Banco Interamericano de Desarrollo.

Desde 2007, la RCC organiza reuniones anuales del Foro Centroamericano de Competencia, que reúne a los organismos de defensa de la competencia de diferentes países, y su última reunión tuvo lugar en 2020. Autoridades de defensa de la competencia de El Salvador (Superintendencia de Competencia), Costa Rica (“COPROCOM” o Comisión para Promover la Competencia), Hon-

duras (“CDPC” o Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia), Nicaragua (Pro-Competencia, Instituto Nacional de Promoción de la Competencia), Panamá (“ACODECO” o Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia), y República Dominicana (Pro-Competencia, Comisión Nacional de Defensa de la Competencia) han participado en estas cumbres, mientras que la UNCTAD también ha participado en estos eventos.

En la reunión de 2013, las autoridades debatieron la idea de contar con una autoridad regional de régimen de competencia, un compromiso acordado por los países centroamericanos en el Acuerdo de Asociación. Esto también recibió el respaldo firmado de Centroamérica y la Unión Europea, con el apoyo del BID. Esta iniciativa no se ha materializado. Según Odio-Rohrmoser, la cooperación internacional entre las agencias de competencia a través de esta plataforma ha avanzado muy poco (2022, p. 164)¹⁵.

B.2. Acuerdos bilaterales de cooperación

En la última década se han desarrollado un número creciente de acuerdos bilaterales de cooperación entre diferentes países latinoamericanos, además de la existencia de capítulos específicos relacionados con la competencia en los acuerdos comerciales bilaterales o regionales.

Argentina y Brasil fueron de los primeros países en firmar acuerdos bilaterales de cooperación en 2003. Aunque la cooperación formal ha sido muy limitada, existe alguna comunicación esporádica e informal en relación con asuntos específicos, ya sea a través del sistema postal o por teléfono (OCDE-Banco Interamericano de Desarrollo [BID], 2006, p. 37; Botta, 2011, pp. 297 – 314). En junio de 2011, la CNDC solicitó cierta información a sus contrapartes brasileñas utilizando el mecanismo establecido en el acuerdo de cooperación bilateral y estos respondieron en agosto del mismo año, aunque no se ha informado sobre el contenido de la solicitud¹⁶. Argentina también ha firmado acuerdos de cooperación con Ecuador (2012), México (2015), Perú (2017), Paraguay (2022), Chile (2023) y República Dominicana (2023)¹⁷.

15 Ver OCDE, International Enforcement Cooperation, París, 2013, *Secretariat Report on the OECD/ICN Survey on International Enforcement Cooperation*, p. 90.

16 Ver Comisión Nacional de Defensa de la Competencia <http://www.cndc.gov.ar>.

17 CNDC (2023), <https://www.argentina.gob.ar/defensadelacompetencia/convenios-0>



Posteriormente, Brasil firmó acuerdos con las autoridades de defensa de la competencia de Chile (2008), Perú (2012), Ecuador (2013), Colombia (2014) y Costa Rica (2018)¹⁸. Chile también ha firmado acuerdos de cooperación con México (2004), Costa Rica (2003), El Salvador (2009), Perú (2010), Ecuador (2012), Honduras (2019), y Paraguay (2021)¹⁹. Costa Rica también ha firmado acuerdos con Honduras (2009), El Salvador (2007), Nicaragua (2010) y Panamá (2008), México (2020), Colombia (2021), y Paraguay (2021)²⁰.

Dentro de la región, México es el país que más acuerdos de cooperación ha firmado, pues ha firmado acuerdos con Argentina (2015), Brasil (2021), CARICOM (2020), Chile (2004), Colombia (2021), República Dominicana (2016), Ecuador (2022), El Salvador (2016), Honduras (2016), Nicaragua (2015), Panamá (2016), Paraguay (2021) y Perú (2017)²¹. México también mantiene marcos de cooperación en sus Tratados de Libre Comercio firmados con Chile (1999) y Uruguay (2004). Un ejemplo de colaboración entre varias agencias lo constituyen las agencias de Colombia, Chile y México: estas analizaron la adquisición del negocio de fórmulas infantiles de Pfizer por parte de Nestlé, que resultó en la desinversión de dicho negocio en estos tres países (OCDE, 2013, p. 32).

En junio de 2013, Perú también firmó acuerdos de cooperación con República Dominicana (2013)²² y Paraguay (2021), mientras que Ecuador hizo lo propio con Uruguay (2013) y Colombia (2020).

La mayoría de estos acuerdos bilaterales incluye disposiciones de asistencia técnica, así como disposiciones sobre cooperación e intercambio de información para la aplicación de la ley.

Aunque se han firmado muchos acuerdos bilaterales de cooperación entre los diferentes organismos de defensa de la competencia de toda la región, la utilización real de estos acuerdos sigue siendo baja. Si bien se ha producido cierta cooperación informal, los casos son inusuales y no necesariamente se produjeron entre organismos con acuerdos de cooperación formales, sino más bien entre funcio-

narios con buenos vínculos personales e informales (OCDE, 2011, p. 37).

5. Los desafíos de la cooperación internacional en materia de competencia en América Latina

Los principales desafíos que enfrenta la cooperación internacional en América Latina son:

- a) *La aplicación de los acuerdos de cooperación existentes.* Como se ha comentado anteriormente, han proliferado los acuerdos bilaterales o regionales de cooperación firmados entre las agencias de defensa de la competencia de diferentes países latinoamericanos. Sin embargo, el reto es hacer cumplir realmente esos acuerdos. Una primera prueba real de esos acuerdos de cooperación entre agencias en América Latina tuvo lugar en 2012 con el análisis del caso de la fusión Lan-Tam (ahora Latam). En ese caso, tanto las autoridades chilenas como las brasileñas llegaron a decisiones diferentes a pesar de que sus decisiones afectaban a los dos países implicados. Algo similar ocurrió cuando Chile aprobó la fusión Walmart-Cornershop en enero de 2019, pero luego fue prohibida por México en 2019.
- b) *Que más países latinoamericanos pasen de receptores a dadores de cooperación técnica.* Dadas las variaciones en los marcos políticos, sociales, económicos y culturales de los diferentes países latinoamericanos, la experiencia ya adquirida por aquellos países con aplicación de legislación de defensa de la competencia más avanzada podría ser de gran ayuda para aquellas jurisdicciones que se encuentran en una etapa menos desarrollada. Brasil, por ejemplo, se ha mostrado activo como proveedor de asistencia técnica en la región creando un programa de prácticas para funcionarios de países latinoamericanos, en el cual los profesionales pasan un mes en la agencia de defensa de la competencia brasileña. Este proyecto fue financiado por la Agencia Brasileña de Cooperación (ABC) (OCDE – BID, 2010, pp. 50 - 51).

18 CADE (2023), <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/internacional/cooperacao-bilateral>

19 FNE (2023), <https://www.fne.gob.cl/advocacy/acuerdos-nacionales-de-cooperacion/acuerdos-de-cooperacion/>

20 COPROCOM (2023), https://www.coprocom.go.cr/publicaciones/convenios_acuerdos.html

21 CFC (2023), <https://www.cofece.mx/publicaciones/marco-juridico-y-normativo/#normateca-4>

22 Ver Guerrero, T. (2013). Perú dará asistencia técnica para aplicar ley de defensa de la competencia. Acento. Recuperado el 27 de octubre de 2023 en: <https://acento.com.do/sociales/peru-dara-asistencia-tecnica-para-aplicar-ley-de-defensa-de-la-competencia-94299.html>

- c) *Evitar el solapamiento de las iniciativas existentes.* La proliferación de iniciativas regionales en la región en las últimas décadas se enfrentó al riesgo de solapamiento de esfuerzos entre ellas. Las autoridades de defensa de la competencia y las organizaciones internacionales que apoyan las diferentes iniciativas deben tratar de evitar la duplicación de esfuerzos para maximizar el uso de recursos limitados. El alcance de los campos en los que la cooperación puede ayudar a fomentar el desarrollo de la ley y la política de defensa de la competencia en la región es tan amplio que debería haber espacio para la coexistencia de diferentes iniciativas, pero la superposición de esfuerzos reduciría la eficiencia del uso de esos recursos. La región se beneficia de tener iniciativas complementarias en vez de solapadas.
- d) *Evitar limitar la cooperación al plano informal.* Si bien la proliferación de los diferentes foros de encuentro entre las autoridades latinoamericanas ha contribuido a aumentar el conocimiento y la experiencia en todas partes, para que esto sea sostenible en el tiempo y se consolide la comunicación institucional es necesario ir más allá de la confianza personal entre los ejecutores y construir una relación sólida entre las autoridades. Una relación de confianza entre los líderes de las agencias es crucial para el desarrollo de la cooperación. Las buenas relaciones entre las autoridades son cruciales, pero tienen una limitación temporal. Un vínculo más institucional permite que los niveles de cooperación perduren en el tiempo.
- e) *Superar las limitaciones presupuestarias y geográficas.* Debido a las grandes distancias entre las naciones y a los presupuestos limitados, la mayoría de las agencias no pueden asistir a los diferentes foros existentes si no cuentan con financiación ajena. Iniciativas como la Alianza Latinoamericana y sus conferencias telefónicas mensuales, el curso online impartido por la agencia española de defensa de la competencia o los debates en los que muchos ejecutores latinoamericanos interactuaron con profesionales y académicos de la región en ForoCompetencia ayudan a superar las limitaciones presupuestarias y geográficas existentes y a ampliar el alcance de la asistencia a los funcionarios más jóvenes. La pandemia COVID-19 ha desempeñado un papel crucial en el aumento de la comunicación virtual que permite a muchos más organismos de defensa de la competencia beneficiarse de un mayor acceso a iniciativas de cooperación y/o asistencia técnica. Los talleres organizados por el CCR son un buen ejemplo de cómo los organismos de defensa de la competencia de toda la región pueden beneficiarse de estas iniciativas de una manera mucho más accesible.
- f) *Definir qué se entiende por información confidencial.* Las diferentes definiciones de lo que significa “información confidencial” son un gran desafío a superar para tener una cooperación más efectiva entre las agencias de defensa de la competencia en América Latina. Esto ha creado limitaciones significativas con respecto al tipo de información que puede ser compartida (por ejemplo, información generada por la agencia de competencia). Esto puede resultar en un círculo vicioso, ya que al no existir una definición común de este concepto, una agencia no puede saber lo que otra agencia de la región está investigando en el mismo caso (OCDE, 2013, pp. 4 – 6). Existen límites legales al reconocimiento de pruebas recogidas en el extranjero (OCDE, 2013, pp. 4 – 6), principalmente por la inexistencia de acuerdos internacionales debidamente aprobados por los congresos locales. Esto ha resultado ser un límite para la cooperación bilateral, aunque en la última década se ha producido un aumento de los niveles de cooperación entre las agencias latinoamericanas, especialmente entre las agencias de competencia de Brasil, Chile y México.
- g) *Evitar copiar modelos “de talla única” sin contemplar la realidad local.* El problema de crear mecanismos o instituciones basados en experiencias extranjeras se ve, quizás, más claramente en el caso de los acuerdos comerciales. Tanto en el caso del Mercosur como en el de la Comunidad Andina, la idea de crear una institución especial que aplicara la ley de defensa de la competencia a nivel regional estaba más allá del nivel de madurez de los procesos de integración y del desarrollo del derecho de defensa de la competencia en los diferentes países miembros. Como resultado, los acuerdos firmados nunca se han aplicado. Un informe de 2013 de la UNCTAD reconoció que una lección aprendida del caso de la Comunidad Andina era la importancia de la cronología, ya que “la adopción en 2005 de la ley regional ha pasado claramente por alto etapas necesarias (promoción, confidencialidad y fortalecimiento de confianza entre



las autoridades nacionales de competencia)” (OCDE, 2013, p. 7). Como concluyen Álvarez y Horna, la asistencia técnica “implica un enfoque ascendente y progresivo. Los países que deseen adoptar y aplicar un LPC (Ley y Política de Competencia) deben establecer sus necesidades y prioridades, mientras en simultáneo abordan las complejidades de cuándo y cómo requerirán AT” (2008, p. 92).

- h) *Converger en los objetivos a perseguir.* El debate abierto en los últimos años en Estados Unidos por el movimiento neobrandeisiano respecto de cuáles deben ser los objetivos de la defensa de la competencia ha comenzado lentamente a tener impacto en ciertas jurisdicciones latinoamericanas. Esto también ha generado una mayor divergencia en la interpretación de cuáles deben ser los objetivos del control de concentraciones. En un Desayuno Virtual de ForoCompetencia de 2023, el jefe del organismo de defensa de competencia de México y el exjefe de la Fiscalía Nacional Económica chilena coincidieron en la necesidad de tener una mayor convergencia en la cooperación internacional. En particular, Riesco dijo que la gran convergencia debe centrarse en los objetivos de las autoridades a la hora de analizar los casos de fusiones (Centro Competencia, Universidad Adolfo Ibañez, 2023).

Según una encuesta del Foro Latinoamericano de la OCDE y el BID, “sin un compromiso político real a nivel gubernamental para abordar los límites que afectan a la cooperación entre las agencias de defensa de la competencia, las mejoras sólo pueden ser marginales” (2012, p. 3). Además, considero que las principales restricciones y limitaciones son las siguientes:

- (i) limitaciones en el intercambio de información confidencial; (ii) limitaciones debidas a diferencias en los marcos jurídicos: aplicación penal frente a aplicación civil; (iii) impedimentos institucionales y de investigación: restricciones de recursos y dificultades prácticas; (iv) restricciones jurisdiccionales: diferencias en los estándares legales; y (v) falta de confianza en los sistemas jurídicos (OCDE, 2012, p. 3).

Al analizar la cooperación entre las agencias de defensa de la competencia latinoamericanas, Pérez Motta y Diego-Fernández concluyen que, aunque La cooperación multinacional, regional y bilateral tienen algunas complementariedades, las últimas dos son las herramientas más inmediatamente relevantes que tienen las agencias y en las que los resul-

tados son más fácilmente visibles. La cooperación técnica a través del desarrollo de capacidades es útil para las agencias más pequeñas, pero sólo proporciona un alivio a corto plazo (2022, p. 88).

6. Conclusiones

Hay algunas lecciones que aprender de la experiencia de las últimas décadas de la cooperación internacional a las agencias de defensa de la competencia latinoamericanas. Una de esas lecciones es sin duda, la necesidad de entender el contexto en el que se presta la asistencia técnica. Si no se tiene en cuenta el contexto, lo más probable es que el resultado de cualquier intento de cooperación fracase. La región latinoamericana presenta una vastísima diversidad de diferencias económicas, políticas, sociales y geográficas; y el nivel de desarrollo de los regímenes de competencia también presenta un amplio espectro de variedad. El desarrollo de la cooperación internacional en América Latina ha reflejado cómo los diferentes actores han entendido esta necesidad de buscar soluciones para cada jurisdicción o región evitando el enfoque de “talla única” del pasado. La madurez de los regímenes de competencia de ciertas jurisdicciones latinoamericanas también ha ayudado a los regímenes más nuevos al compartir sus experiencias sobre los retos autóctonos a los que se enfrenta la aplicación de la defensa de la competencia en la región.

La gran variedad de iniciativas internacionales, regionales y bilaterales que han surgido en la última década y el creciente número de iniciativas reflejan el creciente interés de las diferentes jurisdicciones latinoamericanas en el desarrollo del derecho de la competencia. Sin embargo, también plantea ciertos retos como, por ejemplo, evitar solapamientos. La cooperación internacional (principalmente a través de la asistencia técnica) en América Latina ha jugado un papel clave en el desarrollo del derecho de la competencia en la región. Sin esta cooperación, el proceso de aprendizaje de muchas agencias de defensa de la competencia latinoamericanas habría sido mucho más lento y difícil.

Referencias bibliográficas

- Alvarez, A. M. y Horna, P. (2008) Implementing Competition Law and Policy in Latin America: The Role of Technical Assistance. *Chicago – Kent Law Review*, 83(1), 91-128.
- Botta, M. (2011) Merger Control Regimes in Emerging Economies. *A Case Study on Brazil and Argentina*. Kluwer Law International.

- Casa Rosada, Presidencia (3 de diciembre de 2018). *La Argentina firmó una declaración con países de la región que destaca los beneficios de la libre competencia*. Recuperado el 27 de octubre de 2023 de: <https://www.casarosada.gob.ar/informacion/eventos-destacados-presi/44327-la-argentina-firmo-una-declaracion-con-paises-de-la-region-que-destaca-los-beneficios-de-la-libre-competencia>
- Centro de Competencia Chile, Universidad Adolfo Ibáñez. (7 de junio de 2023). *Recambio institucional en América Latina*. Recuperado el 27 de octubre de 2023 de <https://centrocompetencia.com/forocompetencia-recambio-institucional-america-latina/>
- Centro Regional de Competencia para América Latina (2022). *Annual Report of Activities*. <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-rcc-lima-annual-report-2022-en.pdf>
- Dabbah, M. (2010), *International and Comparative Competition Law*. Cambridge University Press.
- De León, I. (2009). *An Institutional Assessment of Antitrust Policy: The Latin American Experience*. Kluwer Law International.
- Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia. (s.f.) *About the Latin American and Caribbean Competition Forum*. (s.f.). Recuperado de <http://www.oecd.org/competition/latin-america/aboutthelatinamericancompetitionforum.htm>.
- Naím, M. (1999). Does Latin America Need Competition Policy to Compete? en M. Naím y J. Tulchin (Eds.) *Competition Policy, Deregulation, and Modernization in Latin America* (15 – 32). Lynne Rienner Publishers.
- OCDE (2011), *Competition Law and Policy in Chile: Accession Review*. <https://www.oecd.org/daf/47950954.pdf>.
- OCDE (2012), *Limitations and constraints to international cooperation, Issues Paper by the Secretariat*, DAF/COMP/WP3(2012)8. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2012\)8/En/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2012)8/En/pdf)
- OCDE (2013), *Latin American Competition Forum, Contribution from UNCTAD to Session 2*, DAF/COMP/LACF(2013)22. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2013\)22/En/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2013)22/En/pdf)
- OCDE (2013), *Latin American Competition Forum, Background Note by the IADB Secretariat*, DAF/COMP/LACF(2013)5. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2013\)5/En/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2013)5/En/pdf)
- OCDE (2013). *Latin American Competition Forum, Contribution from Peru to Session 2*, DAF/COMP/LACF(2013)20. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2013\)20/En/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2013)20/En/pdf)
- OCDE (2013), *Latin American Competition Forum, Contribution from Mexico to Session 2*, DAF/COMP/LACF(2013)25. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2013\)25/En/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2013)25/En/pdf)
- OCDE-BID (2006). *Competition Law and Policy in Argentina. A Peer Review*. <https://www.oecd.org/daf/competition/Argentina-Competition-LawPolicy.pdf>
- OCDE-BID (2010), *Competition Law and Policy in Brazil. A Peer Review*. <https://www.oecd.org/daf/competition/45154362.pdf>
- OCDE-BID (2013), *Seguimiento a los nueve exámenes inter-pares de la política y del derecho de competencia de América Latina*. <http://www.oecd.org/competition/follow-up-of-nine-latin-american-competition-reviews-2012.htm>.
- Odio-Rohrmoser, E. (2022). Competition Law in Central America and the Years to Come en J. Peña y Calliari, Mar (Eds.), *Competition Law in Latin America. A Practical Guide* (2 ed.) Kluwer Law International.
- Ortiz, A. (17 de mayo de 2013). *Regional Competition Center for Latin America Presents: Regional Database Containing Rulings from National Competition Authorities*. Competition Policy International. Recuperado el 26 de octubre de 2023 de https://www.pymnts.com/cpi_posts/the-regional-competition-center-for-latin-america-presents-regional-database-containing-rulings-from-national-competition-authorities/
- Peña, F. (2001). *Una política de competencia económica en el Mercosur*. Boletín Latinoamericano de Competencia. <http://www.felixpena.com>.



- ar/index.php?contenido=wpapers&wpagno=documentos/2000-09
- Peña, J. (2006). Competition Policies in Latin America, Post-Washington Consensus en P. Mardsen (Ed.), *Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust*. Edward Elgar Publishing.
- Peña, J. (2012). The Limits of Competition Law in Latin America en I. Lianos y D. Sokol (Eds.) *The Global Limits of Competition Law* (pp. 236 – 252). Stanford Law Books.
- Peña, J. (2023). Cultural challenges to Competition Law in Latin America, *Journal of Antitrust Enforcement*, Oxford University Press.
- Pérez Motta, E. y Diego-Fernández, M. (2022). Cooperation between competition agencies en J. Peña, Julián y M. Calliari (Eds.), *Competition Law in Latin America. A practical guide* (2 ed.). Wolters Kluwer.
- Reynolds, M. (2013). An interview with William Kovacic, Former Chair of the U.S. Federal Trade Commission, *Competition Law International*, 9(11), 11 – 30.
- Sokol, D.D. (2009) The development of human capital in Latin American competition policy en E. Fox y D.D. Sokol (Eds.), *Competition Law and Policy in Latin America*. Hart Publishing.
- Umaña, M. (2018). *Regional competition arrangements: The case of Latin America and the Caribbean*. OECD, DAF/COMP/GF(2018)6. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2018\)6/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2018)6/en/pdf)

El “Hub”, Los “Spokes” y La Rueda de Fuego

The Hub, The Spokes, and The Wheel of Fire

— Pedro Marques Bom* y António Souto Moura** —

Resumen

Las infracciones de tipo “hub and spoke” implican acuerdos ilegales entre competidores directos (los *spokes*) facilitados por un proveedor o cliente común (el *hub*). Estos acuerdos combinan comportamientos verticales que pueden ser percibidos como colusión horizontal por las autoridades de competencia. Típicamente se categorizan como infracciones por objeto y conllevan sanciones significativas. Se requieren diversas acciones, como indicación de precios y monitoreo, para conectar los aspectos verticales y horizontales de la infracción. Estas prácticas plantean desafíos para el derecho de la competencia, como conciliarlas con conceptos legales y determinar la carga de la prueba. Los autores tienen como objetivo abordar estas cuestiones y evaluar las infracciones de núcleo y radios en función de normas aplicables, decisiones pasadas y literatura relevante.

Palabras clave

Hub and spoke cartel, restricciones por objeto, intercambio de información sensible, colusión horizontal, práctica concertada, acuerdo.

Abstract

Hub and spoke infringements involve illegal agreements between direct competitors (“spokes”) facilitated by a common supplier or customer (“hub”). These agreements combine vertical behaviors that may be seen as horizontal collusion by competition authorities. They are typically categorized as by-object infringements and carry significant penalties. Various actions, such as price indication and monitoring, are necessary to connect the vertical and horizontal aspects of the infringement. These practices pose challenges for competition law, such as reconciling them with legal concepts and determining the burden of proof. The authors aim to address these questions and evaluate hub and spoke infringement based on applicable rules, past decisions, and relevant literature.

Keywords

Hub and spoke cartel, by-object restrictions, exchange of sensitive information, horizontal collusion, concerted practice, agreement.

* Pedro Marques Bom es socio de Cuatrecasas y responsable del área de Competencia Antes de incorporarse a Cuatrecasas, fue Director General de Investigación de la Autoridad Portuguesa de la Competencia (2013-2019); abogado senior en PLMJ - Law Firm, Portugal (2009-2013); Asesor del Consejo en AdC (2007-2008); Director del Departamento de Competencia en ERS - Portuguese Health Regulatory Authority (2006-2007); Legal Officer en AdC (2003-2006); y abogado en la práctica privada (2001-2003). Posee dos diplomas de postgrado: en Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial, por la Universidad de Santiago de Compostela (España), y en Banca y Mercados de Capitales, por la Universidad de Coimbra (Portugal). pedro.bom@cuatrecasas.com

** António Souto Moura es abogado asociado de Cuatrecasas, en el departamento de Defensa de la Competencia, en Lisboa, Portugal. Tiene un Máster en Derecho Corporativo por la Universidad Nova de Lisboa y un postgrado en Derecho de la Competencia de la UE por el King's College de Londres. antonio.souto.moura@cuatrecasas.com



I. Introducción y ámbito de aplicación

Un cártel se forma cuando varios competidores colaboran o se confabulan para coordinar su comportamiento comercial, es decir, para fijar precios, la producción o repartirse mercados o clientes, alcanzando un resultado supracompetitivo. Esto se consigue normalmente a través de algún tipo de comunicación directa y explícita entre los miembros del cártel. Las reuniones, las conversaciones telefónicas o los intercambios de mensajes sirven como plataformas para que los miembros del cártel alcancen sus objetivos colusorios, supervisen el cumplimiento de estos objetivos, apliquen sanciones por incumplimiento y, en general, aborden los retos logísticos de mantener un cártel. Aunque la comunicación directa es el método convencional y aparentemente más eficaz para lograr comportamientos de coordinación, no es el medio exclusivo para alcanzar un resultado colusorio.

Las infracciones *hub and spoke* son una forma de colusión horizontal a través de un tercero. Los *spokes* representan a los competidores coludidos, y el *hub* es una entidad relacionada verticalmente, como un proveedor ascendente o un cliente descendente, que facilita la colusión entre los *spokes*. El acuerdo horizontal o el entendimiento común entre los *spokes* se denomina “rim” -un elemento esencial en la jurisprudencia americana *hub and spoke*- que simboliza la conexión y la unión de los *spokes* en un esfuerzo anticompetitivo común.

Esta conexión horizontal entre los *spokes*, a través de sus interacciones con el *hub*, forma una rueda que, al igual que la rueda de fuego en la literatura clásica, puede representar trágicas consecuencias ineludibles más allá del alcance (y en algunos casos incluso de las intenciones) de cada *spoke* individual, transformando posibles interacciones verticales paralelas en un acuerdo o práctica concertada horizontal incondicional, sujeta a fuertes multas y, en algunas jurisdicciones, incluso a acciones penales.

Como veremos en detalle, probar las infracciones *hub and spoke* es (o debería ser) muy exigente. No obstante, las Autoridades de Competencia adoptan a menudo el enfoque estándar y más simplista “por objeto” para favorecer la aplicación pública. Por lo tanto, como en la alegoría de la rueda de

fuego, un *defecto* inicial de una empresa puede funcionar como el acontecimiento desencadenante de una reacción en cadena de acontecimientos que finalmente conduce a una decisión de infracción, independientemente de la intención y los objetivos reales de todas las empresas implicadas.

Así pues, uno de los principales retos de las infracciones *hub and spoke* reside en identificar la colusión horizontal dentro de una relación comercial vertical, en la que la negociación y el intercambio de información sensible no sólo es normal, sino de hecho necesario y posiblemente favorable a la competencia.

En consecuencia, para los casos en que se consideren relaciones comerciales legítimas como medio de una operación de cártel, sin que existan contactos entre competidores, las Autoridades de Competencia deberían enfrentarse a un alto nivel de prueba, para evitar falsos positivos, que en este caso resultarían en castigar una relación comercial vertical legítima y generadora de eficiencia o a empresas inconscientes de su papel en cualquier tipo de conspiración colusoria.

Por lo tanto, cabría preguntarse si la aplicación pública necesita realmente infracciones específicas de tipo *hub and spoke* frente al concepto general y amplio de acuerdo y práctica concertada; y cómo conciliar la infracción de tipo *hub and spoke* con el principio *in dubio pro reo* (en todos aquellos casos en los que los competidores nunca entran en ningún tipo de contacto).

De hecho, las infracciones *hub and spoke* se apartan en cierto modo de los conceptos tradicionales de acuerdo o práctica concertada¹. Por lo tanto, es pertinente recapitular brevemente estos conceptos y, a continuación, ver cómo las decisiones *hub and spoke* de todo el mundo los afrontan (o abordan).

II. Acuerdos y prácticas concertadas

En el ámbito de la Unión Europea, el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) prevé que:

“1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos: todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones

¹ Tenga en cuenta que los autores llevarán a cabo su análisis basándose principalmente en la legislación de competencia de la Unión Europea (“UE”), especialmente porque una parte significativa de todos los casos *hub and spoke* relevantes fueron o están siendo investigados en el marco jurídico de la UE.

de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que:

- (a) fijan directa o indirectamente los precios de compra o de venta o cualquier otra condición comercial;
- (b) limitan o controlan la producción, los mercados, el desarrollo técnico o las inversiones;
- (c) reparten los mercados o las fuentes de suministro;
- (d) aplican condiciones desiguales a transacciones equivalentes con otras partes comerciales, colocándolas así en desventaja competitiva;
- (e) supeditan la celebración de contratos a la aceptación por las otras partes de obligaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos comerciales, no tengan relación con el objeto de dichos contratos".

No obstante, de conformidad con el apartado 3 del artículo 101, puede aceptarse una posible justificación de los comportamientos contrarios a la competencia:

"3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán declararse inaplicables en el caso de:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,

que contribuya a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el

progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante, y que no:

- (a) imponga a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar estos objetivos;
- (b) ofrezca a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate".

Téngase en cuenta que todos los regímenes nacionales de Derecho de la competencia en el marco de la UE adoptan el mismo concepto de acuerdo ilícito.

Además, la Comisión Europea adopta legislación (a través de Reglamentos y Directivas) e instrumentos de Derecho indicativo para ayudar a las Autoridades Nacionales de Competencia (ANC) de la UE a garantizar una aplicación uniforme de la legislación de competencia de la UE a nivel nacional².

A efectos del artículo 101 y de las Directrices de la Comisión Europea sobre acuerdos de cooperación³ (Directrices horizontales), un acuerdo se refiere a dos o más empresas que han expresado una concurrencia de voluntades para cooperar⁴, lo que apunta a algún tipo de contacto entre competidores. De hecho, los acuerdos horizontales de cártel se definen en la legislación de la UE como acuerdos y/o prácticas concertadas entre dos o más competidores destinados a coordinar su comportamiento competitivo en el mercado y/o influir en los parámetros relevantes de la competencia a través de prácticas tales como la fijación de precios de compra o venta u otras condiciones comerciales, la asignación de cuotas de producción o venta, el reparto de mercados incluida la manipulación de licitaciones, las restricciones de importaciones o exportaciones y/o las acciones anticompetitivas contra otros competidores.⁵

2 Véase el artículo 16 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (actuales artículos 101 y 102 del TFUE), DO L 1 de 4 de enero de 2003, p. 1.

3 Comunicación de la Comisión, Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea ("DOUE"), C 259/01, de 21 de julio de 2023. Véase los apartados 14 a 16.

4 Véase, por ejemplo, la sentencia de 13 de julio de 2006, Comisión contra Volkswagen, C-74/04 P, EU:C:2006:460, apartado 37.

5 Véase el considerando 1, Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, DO C 298/1, 8 de diciembre de 2006, p.17.



Por otra parte, una práctica concertada es una forma de coordinación entre empresas en la que éstas no han llegado a un acuerdo, pero sustituyen conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas.⁶ El concepto de práctica concertada implica, además de la concertación entre las empresas participantes, un comportamiento posterior en el mercado y una relación de causa a efecto entre ambos.⁷

Por lo tanto, tanto un acuerdo como una práctica concertada exigen la prueba de algún tipo de contactos entre las empresas competidoras.⁸

Por otro lado, el artículo 1.1.a) del Reglamento UE 2022/720, de 10 de mayo de 2022, sobre acuerdos verticales y prácticas concertadas, establece que se entenderá por “acuerdo vertical” un acuerdo o práctica concertada entre dos o más empresas, cada una de las cuales opere, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en un nivel diferente de la cadena de producción o distribución, y relativo a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios.

Además, las Directrices de la Comisión Europea sobre acuerdos verticales⁹ prevén que el artículo 101 del Tratado se aplique a los acuerdos verticales y a las restricciones de los acuerdos verticales que afecten al comercio entre Estados miembros y que impidan, restrinjan o falseen la competencia¹⁰.

Disposiciones similares pueden encontrarse en EE.UU. (15 U.S. Code §1):

“Se declara ilegal todo contrato, combinación en forma de fideicomiso o de otro tipo, o conspiración, que restrinja el comercio entre los diversos Estados o con naciones extranjeras”.

A pesar de la redacción, el Tribunal Supremo decidió hace tiempo que la Ley Sherman no prohíbe todas las restricciones al comercio, sino sólo las que *no son razonables*¹¹.

De esta brevísima referencia resulta que el concepto de acuerdo es efectivamente muy amplio. No obstante, los carteles y otros acuerdos horizontales o prácticas concertadas suelen implicar contactos entre las empresas competidoras. Por otra parte, los acuerdos verticales suelen centrarse en algún tipo de mantenimiento de los precios de reventa o en incrementos de precios para poder ser calificados de restricción especialmente grave por razón de su objeto (y no en la colusión entre un grupo de empresas que podría simplemente ahogar la competencia y potenciar alineaciones estables de precios).

Por lo tanto, es importante ver cómo las investigaciones *hub and spoke* en las distintas jurisdicciones se han enfrentado a la necesidad de combinar comportamientos verticales y horizontales dentro de la misma infracción.

III. Casos *Hub and Spoke*

Las dificultades de las autoridades de competencia para detectar y demostrar un acuerdo horizontal o una práctica concertada sin contactos directos entre competidores se reflejan en una relativa escasez de casos *hub and spoke* en todo el mundo.

A pesar de que el concepto existe y se estudia en un contexto académico desde hace bastante tiempo, todavía hay pocos casos de *hub and spoke*, la mayoría de ellos en EE.UU. y el Reino Unido. Sólo muy recientemente han empezado a surgir casos de *hub and spoke* en la Unión Europea, pero los tribunales europeos aún no se han pronunciado al respecto.

En el caso de los sistemas *hub and spoke* resultantes de una combinación específica de restricciones verticales y horizontales, las normas/procesos y presunciones bien establecidos utilizados para evaluar cada uno de estos tipos de infracción no son aplicables automáticamente y las decisiones sobre los elementos que deben verificarse y demostrarse distan mucho de ser unánimes en la jurisprudencia.

6 Véase, por ejemplo, la sentencia de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:343, apartado 26; sentencia de 31 de marzo de 1993, Wood Pulp, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, EU:C:1993:120, apartado 63.

7 Sentencia de 19 de marzo de 2015, Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión, C-286/13 P, EU:C:2015:184, apartado 126 y jurisprudencia citada.

8 En el sentido del artículo 1, apartado 15, del Reglamento (UE) 2023/1066 de la Comisión, de 1 de junio de 2023, en el que se entiende por “empresa competidora” un competidor real o potencial.

9 Comunicación de la Comisión, Directrices sobre restricciones verticales, DOUE, C 248/1, 30 de junio de 2022.

10 Véase la Comunicación de la Comisión, Directrices relativas a las restricciones verticales, DOUE, C 248/1, 30 de junio de 2022, apartado 6.

11 Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de mayo de 1911, Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, página 221 U.S. 3.

Uno de los primeros casos paradigmáticos en EE.UU. (y en todo el mundo), fue “Movie Exhibition”¹², fechado en 1939, incluso antes de que se introdujera por primera vez la nomenclatura de “hub and spoke”.

En este caso, Interstate Circuit, uno de los principales exhibidores cinematográficos de Estados Unidos, explotaba tanto salas de primera como de segunda exhibición. La intensa competencia de los cines de segunda exhibición a bajo precio llevó a Interstate Circuit a colaborar con los distribuidores de películas, exigiendo a los cines de segunda exhibición que cobraran un precio mínimo por proyectar sus películas. En caso de incumplimiento, Interstate Circuit se negaba a proyectar las películas de los distribuidores. El éxito y la operatividad del plan dependían de la adhesión generalizada de los distribuidores, por lo que el director de Interstate Circuit envió a todos ellos una carta idéntica en la que se describía el plan.

El Tribunal consideró que tres elementos principales eran suficientes para inferir la existencia de una conspiración horizontal:

- (i) Los competidores habían recibido la misma carta de Interstate.
- (ii) A ello siguió una actuación uniforme y colusoria.
- (iii) Esta acción carecía de justificación económica o motivo razonable.
- (iv) Todos los competidores sabían que los demás competidores habían recibido información/instrucciones similares.

A pesar de la ausencia de comunicaciones directas entre los distribuidores, el Tribunal concluyó que participaron, junto con Interstate, en un acuerdo ilícito que dio lugar a una “restricción del comercio” y a la violación de la Ley Sherman.

El caso estadounidense de “Toys”¹³ también constituye un ejemplo clásico, pero en el que la empresa que actuaba como *hub* (minorista) operaba en sentido descendente con respecto a los *spokes* (fabricantes):

Toys “R” Us, como minorista de juguetes dominante, presionó a los principales fabricantes de juguetes para que boicotearan las ventas a los clubes de “almacén” que ofrecían precios más bajos. Aunque a primera vista parecía una práctica unilateral, se encontraron pruebas de un comportamiento colusorio entre fabricantes, orquestado por el minorista. El acuerdo, o colusión, se dedujo de las interacciones verticales directas en las que el *hub* aseguraba los *spokes* de las intenciones de los demás. Esto se vio reforzado por un cambio simultáneo en la política para limitar las ventas a los clubes de almacenes, en contra de la racionalidad empresarial habitual, y por el hecho de que los fabricantes supeditaran sus acciones al cumplimiento del acuerdo por parte de sus competidores. El minorista también sirvió de eje central para las quejas de incumplimiento de los fabricantes.

Según la Comisión Federal de Comercio (FTC), había pruebas suficientes para concluir que los acuerdos verticales conducían a una conspiración horizontal, el “rim”, ya que: i) los “spokes” eran conscientes de la implicación de los demás y ii) todos perseguían un objetivo común.

La FTC ordenó entonces a Toys “R” Us que cesara y desistiera de esas prácticas, decisión que fue confirmada posteriormente por el Tribunal de Apelación de los Estados Unidos, Séptimo Circuito.

Más recientemente, en el caso de E-books¹⁴, Apple aprovechó el descontento de los editores con los precios de Amazon para negociar contratos de agencia que permitían a los editores fijar los precios de sus libros electrónicos, a cambio de una comisión y una obligación de paridad.

Estos grandes editores coordinaron sus negociaciones y acciones ante Amazon, en un esquema que implicaba contactos horizontales directos, pero también a través de sus contactos verticales con Apple, que proporcionaba seguridad al revelar a cada editor el estado y los resultados de las negociaciones con sus competidores para entrar en la plataforma de Apple (ya que entrar en este esquema era, para cada editor, contingente a que sus competidores entraran también en él). Esto dio lugar a

12 Véase la sentencia del Tribunal Supremo de los EE.UU. de 1939 en Interstate Circuit, Inc. v. United States, 306 U.S. 208.

13 Véase la sentencia del Tribunal de Apelación de los Estados Unidos, Séptimo Circuito, de 1 de agosto de 2000, en Toys “R” Us, Inc. v. FTC (TRU), 221 F.3d. 928.

14 Véase la Sentencia del Tribunal de Distrito, S.D. Nueva York de septiembre de 2013, en United States v. Apple, et al., No. 12 CV 2826, 2012 WL 1193205 (S.D.N.Y. 11 de abril de 2012).



subidas de precios en la plataforma de Amazon y permitió la entrada en el mercado de la plataforma de libros electrónicos de Apple.

A pesar de las claras pruebas de contactos horizontales directos entre los editores, concretamente en relación con el estado de sus negociaciones con Amazon, se consideró que Apple actuaba como *hub* de coordinación de las negociaciones de los editores con Apple y Amazon. El Tribunal de EE.UU. consideró que esto equivaldría a una violación *per se* de la Ley Sherman, pero, como se describe mejor a continuación, no sin cierta oposición.

Tras la demanda civil iniciada por el DOJ y 33 estados y territorios contra las cinco editoriales y Apple, las cinco editoriales demandadas optaron por llegar a un acuerdo. Apple fue a juicio y posteriormente fue declarada culpable de infringir el artículo 1 de la Ley Sherman. En apelación, el Tribunal del Segundo Circuito, confirmó firmemente el veredicto del Tribunal de Distrito. La petición de Apple de que el Tribunal Supremo revisara la sentencia fue denegada. Tanto el Tribunal de Distrito como el Tribunal de Circuito determinaron que Apple había cometido una infracción *per se* y sugirieron que también habría sido declarada culpable en virtud de la regla de la razón.

En última instancia, como podemos concluir de los casos anteriores, los tribunales de EE.UU. han centrado la evaluación de los casos *hub and spoke* en el establecimiento de una norma para inferir la existencia del “rim”, es decir, los elementos en la coordinación vertical y las pruebas circunstanciales que permiten inferir una colusión horizontal en ausencia de un acuerdo/comunicación directa entre los *hubs*.

En Europa, han surgido algunos casos de *hub and spoke*, sobre todo en el Reino Unido, donde los tribunales han adoptado un enfoque significativamente distinto. De hecho, los tribunales británicos han asociado los acuerdos *hub and spoke* con los conceptos “europeos” de prácticas concertadas e intercambio de información sensible entre competidores.

En el caso “Toys and Games”¹⁵ (Reino Unido), Hasbro, un importante fabricante británico de juguetes y juegos, se encontró en una situación en la que Argos y Littlewoods, dos importantes minoristas por catálogo en competencia directa, se quejaron de sus escasos márgenes de beneficio con los productos de Hasbro. En respuesta, Hasbro puso en marcha una “iniciativa de precios” destinada a persuadir a los minoristas de que se adhirieran a un precio de venta al público recomendado (PVP) para aumentar sus márgenes. Sin embargo, Argos y Littlewoods, que eran los principales influyentes en materia de precios en el mercado, temían que, si uno de ellos adoptaba el PVR, el otro lo rebajaría para obtener una ventaja competitiva. Hasbro desempeñó un papel fundamental como *hub* de un acuerdo anticompetitivo. Por separado, entablaron conversaciones con Argos y Littlewoods para identificar los productos compartidos en sus catálogos y evaluar si tenían objeciones a igualar el PVP de esos productos. Hasbro informó a cada minorista de que el otro había acordado seguir el RRP para esos productos específicos. Además, Hasbro supervisó constantemente el comportamiento de los minoristas, tanto a través de la observación directa como de la información facilitada por los propios minoristas.

Argos y Littlewoods fueron multadas con un total de 22,65 millones de libras esterlinas, y Hasbro recibió inmunidad total en virtud de la clemencia, por cooperar con la Office of Fair Trading (OFT).

En “Replica Football Kits”¹⁶, los equipos se enfrentaron a Sports Soccer, un nuevo participante en el mercado, que fijaba los precios de los productos de Umbro, un fabricante de réplicas de productos de clubes de fútbol, por debajo de los precios de venta al público recomendados (PVP) de Umbro. Esta estrategia de precios de Sports Soccer presionó a otros minoristas que querían mantener sus márgenes de beneficio, lo que los llevó a pedir a Umbro que bajara sus precios al por mayor. JJB, uno de estos grandes minoristas deportivos, pidió a Umbro que interviniera y pusiera fin a la agresiva política de precios de Sports Soccer. En respuesta, Umbro entabló conversaciones individuales con

15 Véase la decisión de la OFT en el Asunto N° CA98/8/2003, Argos/Littlewoods/Hasbro: fijación de precios de los juguetes y juegos de Hasbro; la decisión de Cat en los asuntos: 1014 y 1015/1/03, [2004] CAT 24, Argos Limited/Littlewoods Limited v. Office of Fair Trading y Argos Ltd and Anor v. Office of Fair Trading (2006) EWCA Civ 1318.

16 Véase OFT, Decisión de 2003 en el asunto n°. CA98/06/2003, Price-fixing of Replica Football Kit; Decisión del CAT de 2004 en los asuntos 1021/1/03 y 1022/1/03, CAT 17, JJB SPORTS PLC y Allsports Limited contra Office of Fair Trading; y Decisión del CA de 2006 en los asuntos 2005/1071, 1074 y 1623 Argos Limited y Littlewoods Limited contra Office of Fair Trading y JJB Sports Plc contra Office of Fair Trading EVCA Civ 1318, apartado 141; (ambos asuntos se acumularon ante el Tribunal de Apelación).

todos los minoristas, animándolos a fijar el precio de sus productos al PVR o por encima de éste. Umbro también compartió información de que otros minoristas estaban planeando subir los precios por encima del PVP. Además, Umbro también confirmó a JJB y Sports Soccer que cada uno de ellos había subido efectivamente los precios hasta el PVR, tal como se les había ordenado. Algunos minoristas incluso celebraron reuniones directas facilitadas por Umbro.

La OFT impuso multas a las partes implicadas por su comportamiento coordinado y determinó que el RRP, aunque no era intrínsecamente ilegal, servía de punto central para sus acciones coordinadas. El Tribunal de Apelación de la Competencia (CAT) respaldó posteriormente esta decisión, que fue confirmada por el Tribunal de Apelación (CA). Estos casos reflejaban el enfoque de los tribunales británicos sobre el sistema de *hub and spoke*, basado en el intercambio indirecto de información sensible entre los *spokes* A y C, a través del *hub* B, formando un esquema de colusión triangular A-B-C. El Tribunal de Apelación de la Competencia (CAT) confirmó la decisión del Tribunal de Apelación (CA).

Para conectar horizontalmente los *spokes*, deben darse 3 pasos:

- (v) A comparte información sobre sus precios futuros con B (el *hub*).
- (vi) B comparte esa información con C.
- (vii) C utiliza esta información para fijar sus propios precios.

Sin embargo, para que exista un esquema colusorio real entre los portavoces, sus intenciones y estado de ánimo, a la hora de transmitir dicha información, desempeñan un papel decisivo.

En Replica Football Kits, el CAT pareció aceptar que el elemento horizontal existiría cuando los portavoces pudieran prever razonablemente que B estaría utilizando su información sensible para influir en las condiciones del mercado - “Conocimiento constructivo”.

Sin embargo, en segunda instancia, la CA dictaminó que el mero conocimiento de la posibilidad de que un proveedor transmitiera información a un competidor no bastaría para demostrar la existencia de prácticas concertadas entre ambos competidores. El Tribunal decidió entonces aplicar criterios más estrictos¹⁷, exigiendo, en particular, la demostración de que el minorista A había transmitido la información al proveedor B con la intención de que éste la utilizara para modificar las condiciones del mercado transmitiéndola al minorista C.

Además, el minorista C, al recibir información sensible relativa al minorista A, debe tener conocimiento real de las circunstancias en las que B obtuvo esta información y por qué la retransmite.

Más adelante, en “Productos lácteos”, se descubrió la existencia de un cártel *hub and spoke* basado en los contactos entre los transformadores lácteos y los supermercados, en el marco de la “Iniciativa del queso 2002”, que en teoría pretendía ayudar a los productores lácteos, mediante un aumento coordinado y coherente de los precios en los niveles posterior mayorista y minorista. Los supermercados (*spokes*) intercambiaban sus intenciones de fijación de precios con un transformador (*hub*) que las compartía con otros *spokes*, asegurándoles que el aumento de precios era recíproco.

La OFT concluyó que Asda, Dairy Crest, Glanbia, McLelland, Safeway, Sainsbury’s y Tesco habían participado en una única práctica concertada contraria a la competencia. Todos, excepto Tesco, llegaron a un acuerdo y admitieron su culpabilidad. Tesco recurrió la decisión, y el CAT confirmó la sentencia de la OFT sobre la conducta de Tesco.

En este caso, el CAT profundizó en los elementos que permiten deducir el estado de ánimo, basándose en las acciones del empleado y en las circunstancias que rodearon la comunicación y que permitirían inferir el conocimiento de una conspiración *hub and spoke*, es decir, a través de intercambios recíprocos, de A a C a través de B, y de C a A a través de B, o la credibilidad de la información transmitida por C, por ejemplo, detalles sobre cómo B

17 Véase la Decisión de la CA de 2006 en los casos n.º 2005/1071, 1074 y 1623, *Argos Limited y Littlewoods Limited contra Office of Fair Trading y JJB Sports Plc contra Office of Fair Trading EVCA Civ 1318*, párrafo 141: “si (i) el minorista A **revela al proveedor** B sus intenciones futuras de fijación de precios en circunstancias en las que se pueda considerar que A tiene la intención de que B hará uso de esa información para influir en las condiciones del mercado transmitiéndola a otros minoristas (de los cuales C es o puede ser uno), (ii) B de hecho, pasa esa información a C en circunstancias en las que se puede suponer que C **conoce** las circunstancias en las que A reveló la información a B y (iii) C, de hecho, **utiliza la información** para determinar su propio precio futuro intenciones, entonces A, B y C deben considerarse partes de una práctica concertada que tiene por objeto restringir o distorsionar la competencia” (énfasis añadido).



había obtenido esa información, directamente a través de un competidor y no, por ejemplo, por sus propios medios.

Por último, el CAT defendió que, al recibir la información, se presume que C actúa de acuerdo con ella, (presunción *iuris tantum*), basándose en la presunción establecida en la jurisprudencia de la UE, concretamente en el caso *Anic*¹⁸:

“[...] una práctica concertada implica, además de la concertación de las empresas, un comportamiento en el mercado conforme a dichas prácticas colusorias y una relación de causa a efecto entre ambas”. Para establecerlo, “...salvo prueba en contrario, que corresponde aportar a los operadores económicos interesados, debe presumirse que las empresas que participan en acuerdos de concertación y que permanecen activas en el mercado tienen en cuenta la información intercambiada con sus competidores a la hora de determinar su comportamiento en dicho mercado, en particular cuando se conciertan de manera regular durante un largo período”.

En otras jurisdicciones de todo el mundo han ido surgiendo algunos casos que adoptan básicamente una o parte de las teorías *hub and spoke* exploradas en los casos expuestos anteriormente, aunque no utilicen expresamente la misma nomenclatura.

Un ejemplo, entre 2020 y 2023 la Autoridad de Competencia portuguesa (AdC) ha dictado al menos diez resoluciones de infracción *hub-and-spoke* en el sector minorista de bienes de consumo diario, en las que están implicados proveedores de innumerables productos diferentes, desde cuidado personal hasta bebidas alcohólicas y no alcohólicas, pasando por pan y bollería, etc., que actúan como hubs y prácticamente todas las principales cadenas de supermercados portuguesas aparecen finalmente como *spokes*. Las multas impuestas ascienden a un total de más de 675 millones de euros, la cifra más alta jamás alcanzada en Portugal.

Según la AdC, todos los casos seguían una estructura similar, con un conjunto de conductas operativas que permitían vincular los lados vertical y horizontal de la infracción, a saber, una indicación

del nivel de precios (normalmente basada en un PVP como punto focal), supervisión recíproca, informe de desviaciones, instrucciones de corrección y medidas disuasorias o de represalia para garantizar el cumplimiento del acuerdo.

También en el sector de bienes de consumo diario, el Tribunal de Defensa de la Competencia de Chile determinó que Walmart y otras dos cadenas de supermercados se coludieron para fijar los precios de reventa del pollo entre 2008 y 2011, sin contactos directos, adhiriéndose a un “esquema común” diseñado para regular el mercado avícola e impedir la competencia de precios.

Los orígenes del caso se remontan a una investigación previa sobre la colusión entre los principales productores de pollo de Chile. El descubrimiento de la conducta anticompetitiva se produjo durante las redadas de madrugada en 2011, revelando sus esfuerzos coordinados para mantener las directrices de precios acordadas, con los proveedores sirviendo como intermediarios entre los minoristas para garantizar el cumplimiento.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia impuso multas a cada uno de los tres minoristas, pero no a los proveedores de pollo. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal de Apelación¹⁹.

Recientemente en Brasil²⁰, el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) descubrió que los revendedores habían entrado en un esquema de manipulación de licitaciones operado a través de contactos verticales con su proveedor común en licitaciones privadas y públicas para el suministro de proyectores y pizarras interactivas. El tribunal constató que los revendedores identificaban posibles licitaciones, comunicaban el precio de referencia al proveedor, que pedía a los revendedores competidores que presentaran ofertas de cobertura (por encima del precio de referencia), lo que permitía a los revendedores compartir clientes/licitaciones y reducir la competencia basada en los precios. Según la Agencia, las partes eran conscientes de que esta conducta era anticompetitiva, y cooperaron activamente para encontrar licitaciones y aplicar el sistema de manipulación de licitaciones. El caso sigue a la espera de una decisión final.

18 Véase sentencia del Tribunal Europeo de 8 de julio de 1999, asunto C-49/92 P, *Commission v Anic Partecipazioni*, Rec. p. I-4125, apartados 118 y 121.

19 Véase “Corte Suprema condena a Cencosud, SMU y Walmart por colusión en el mercado de carne fresca de pollo y duplica multa impuesta por el TDLC, con multa total de US\$ 21 millones”.

20 Véase la Decisión del CADE en el asunto N. 08012.007043/2010-79.

IV. Evaluación jurídica

A. Observación preliminar: El *hub* como facilitador

En los casos *hub and spoke*, el *hub* actúa como intermediario entre los *spokes*, permitiendo un resultado colusorio sin contacto directo entre competidores.

Esto es similar a otros casos de cártel que implican a un tercero facilitador - como AC Treuhand²¹, Eturas²² o el cártel japonés del Yen/LIBOR²³ - responsable de los contactos indirectos entre competidores. En tales casos, el intermediario también fue procesado por las autoridades de competencia y multado por su papel en la materialización de la infracción horizontal a pesar de no ser él mismo un competidor en el mercado.

Existe, sin embargo, una distinción clave: en los casos de facilitador, el intermediario no opera en mercados ascendentes o descendentes relacionados con las empresas coludidas. La razón principal de las comunicaciones entre el facilitador y las demás empresas suele ser la coordinación horizontal. Por lo tanto, es difícil defender una justificación pro-competitiva de estos contactos.

El papel del facilitador está simplemente relacionado con los objetivos anticompetitivos de las empresas coludidas, y cualquier información sensible recibida en este contexto, pertenece a ese objetivo.

En consecuencia, los casos de cárteles basados en contactos a través de un tercero facilitador, pueden encajar más fácilmente en las categorías de infracciones *per se* (en EE.UU.) o por restricciones de objeto (en la UE).

Por el contrario, en los casos *hub and spoke*, existe una relación vertical entre el *hub* y los *spokes*, que actúan en diferentes niveles de la misma cadena de valor, donde el intercambio vertical de información sensible es un hecho cotidiano normal y justificado, a menudo favorable a la competencia.

Por lo tanto, debe evitarse cuidadosamente cualquier presunción de perjuicio, y la calificación de la infracción como restricción por objeto o violación “*per se*” no debe ser automática.

De hecho, debe tenerse en cuenta que todas las empresas se benefician del principio *in dubio pro reo*. Por lo tanto, cualquier restricción potencial de los derechos de las empresas (resultante de una decisión de infracción) debería estar limitada por los principios de proporcionalidad, adecuación y necesidad.

B. Encontrar la rueda en la legislación de competencia existente

1. Concepto de práctica concertada

Como se ha mencionado anteriormente, en ausencia de un acuerdo real entre los *spokes*, la dimensión horizontal del cártel *hub and spoke* se ha basado, en la jurisprudencia y la tradición europeas, en el concepto de práctica concertada.

No obstante, este concepto suele depender de algo más que de un mero comportamiento paralelo; debe demostrarse necesariamente la existencia de un elemento de colusión, como el intercambio de información sensible entre competidores.

Una descripción paradigmática de una práctica concertada puede encontrarse en el caso *Dyestuffs*²⁴, en el que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la definió como:

“[Una] forma de coordinación entre empresas que, sin haber llegado a la fase de celebración de un acuerdo propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de competencia por una cooperación práctica entre ellas”.

El concepto de práctica concertada se ha ido precisando progresivamente a lo largo de los años mediante sucesivas decisiones del Tribunal de Jus-

21 Véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2008, en el asunto T-99/04 AC-Treuhand contra Comisión EU:T:2008:256. Y Sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, en el asunto AC-Treuhand/Comisión C-194/14 P EU:C:2015:717.

22 Véase el asunto C-74/14 Eturas EU:C:2016:42.

23 Véase la sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2017, en el asunto T-180/15, Icap y otros.

24 Véase la sentencia del Tribunal de 14 de julio de 1972, en el asunto 48/69, ICI/Comisión, Rec. 619 («Colorantes»), apartado 64 (el subrayado es nuestro).



ticia de las Comunidades Europeas, en particular en asuntos emblemáticos como Sugar²⁵, Pioneer²⁶, and Polypropylene²⁷.

La primera conclusión que cabe extraer de estos asuntos es que el comportamiento paralelo por sí solo no puede considerarse una práctica concertada prohibida per se.

En los casos en que efectivamente existe un comportamiento paralelo, es necesario demostrar que las condiciones de competencia observadas no corresponden a la mera adaptación inteligente de los operadores al comportamiento conocido o esperado de los competidores y a las condiciones normales de funcionamiento de un mercado específico.

Esta conclusión requiere pruebas concretas. En el caso Sugar, por ejemplo, se presentaron pruebas de contactos entre empresas competidoras con el fin específico de eliminar la incertidumbre en la dinámica competitiva. Esto no es aplicable a los casos *hub and spoke* en los que no hay contactos directos entre competidores.

Como declaró el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en la sentencia Dyes-tuffs²⁸:

“Aunque el comportamiento paralelo no pueda identificarse por sí mismo con una práctica concertada, puede sin embargo constituir un indicio sólido de tal práctica si conduce a condiciones de competencia que no corresponden a las condiciones normales del mercado, habida cuenta de la naturaleza de los productos, del tamaño y del número de las empresas, así como del volumen de dicho mercado”.

El caso Pioneer también incluía un elemento vertical, esencial para la infracción. Se basaba en pruebas de (i) una reunión, celebrada en Amberes, entre el proveedor Pioneer y tres distribuidores mayoristas exclusivos en cuestión (para los territorios de Alemania, Francia y el Reino Unido); (ii) tras esta reunión, cada distribuidor se negó primero a vender fuera de su territorio y más tarde instó a sus clientes a no exportar productos Pioneer.

Un aspecto crucial del caso Pioneer es que la Comisión demostró, basándose en pruebas fácticas, que los distribuidores sólo accedieron a no exportar debido a los contactos coordinados y a la presión ejercida por los distribuidores mayoristas y por la propia Pioneer. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas también hizo hincapié en este punto, destacando el papel central de Pioneer al presidir la reunión de Amberes en la que se definió el objetivo común de resistirse a las ventas desde fuera del territorio.

En el caso del Polipropileno, también se probaron varias reuniones en las que se definió un plan de acción común o conspiración entre las empresas coludidas, que implicaba el intercambio de información y la puesta en común de intenciones sobre su futuro comportamiento comercial. Esto permitió a cada operador determinar su posicionamiento en el mercado de acuerdo con el plan.

En este contexto, es importante recordar el caso emblemático de Wood Pulp, en el que el TJCE anuló la mayor parte de la decisión de la Comisión. El TJCE consideró que un comportamiento paralelo no puede atribuirse a una práctica concertada si existe una explicación alternativa:

“Siguiendo este análisis, debe afirmarse que, en este caso, la concertación no es la única explicación plausible de la conducta paralela. Para empezar, puede considerarse que el sistema de anuncios de precios constituye una respuesta racional al hecho de que el mercado de la pasta de papel constituía un mercado a largo plazo y a la necesidad que sentían tanto compradores como vendedores de limitar los riesgos comerciales. Además, la similitud de las fechas de los anuncios de precios puede considerarse un resultado directo del alto grado de transparencia del mercado, que no tiene por qué calificarse de artificial. Por último, el paralelismo de los precios y de su evolución puede explicarse satisfactoriamente por las tendencias oligopolistas del mercado y por las circunstancias específicas imperantes en determinados períodos. En consecuencia, la conducta paralela establecida por la Comisión no constituye prueba de concertación.”

25 Véase la sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 1975, en los asuntos acumulados 40/73, etc., Suiker Unie/Comisión, Rec. 1663.

26 Véase la sentencia del TJCE de 7 de junio de 1983, en los asuntos acumulados 100-103/80, SA Musique Diffusion Française contra Comisión.

27 Asunto C-51/92 P, Hercules Chemicals NV contra Comisión [1999].

28 Véase el asunto 48/69, ICI/Comisión, Rec. p. 619 («Colorantes»), apartado 64.

A falta de un conjunto de pruebas firmes, precisas y concordantes, procede declarar que la Comisión no ha acreditado la concertación en materia de precios anunciados. Por consiguiente, debe anularse el artículo 1, apartado 1, de la Decisión impugnada".

Por lo tanto, es extremadamente difícil demostrar una práctica concertada entre competidores sin que existan contactos/reuniones directas o comunicaciones expresas, directas o indirectas, que establezcan un plan común.

Como se explica mejor a continuación, la intención (o conciencia) de colusión no puede inferirse simplemente del contexto de las comunicaciones verticales sin que se demuestre la existencia de elementos de conspiración.

2. El papel del intercambio de información en las infracciones *Hub and Spoke*

De los casos anteriores se desprende que en Estados Unidos los esquemas *hub and spoke* se basan siempre en la combinación de colusión horizontal con restricciones verticales reales, como el mantenimiento del precio de reventa, las cláusulas de no suministro y las obligaciones de paridad de precios. Esto ha influido en el propio concepto de este tipo de cártel, tal y como lo definen autores como Orbach (2016), Klein (2017), Falls y Saravia (2015), que a grandes rasgos lo describen como una colusión horizontal entre competidores a través de restricciones verticales o acuerdos con una entidad situada en un nivel diferente de la cadena de producción.

Pero, ¿qué ocurre con los casos en los que no hay pruebas de una infracción vertical real, sino solo intercambios de información entre competidores y un proveedor o cliente común?

El esquema de infracción A-B-C *hub and spoke* parece responder a esta pregunta centrandolo la cuestión en el intercambio indirecto de información entre competidores.

Un aspecto fundamental de la ley de competencia es que las empresas deben operar de forma independiente en el mercado. Esto garantiza mejores resultados para los consumidores, como mayores opciones y precios más bajos. Aunque las empresas

pueden adaptarse al comportamiento de sus competidores, tienen prohibido cualquier comunicación o acuerdo directo o indirecto que pueda afectar a las estrategias comerciales de sus competidores.

Los principales problemas de competencia asociados con el intercambio de información comercial sensible incluyen el potencial de colusión, ya que puede aumentar artificialmente la transparencia entre los competidores del mercado, y el riesgo de poner en desventaja a los competidores no participantes, lo que puede conducir a la exclusión del mercado.

Por estas razones, el intercambio de información comercial sensible entre competidores está prohibido en la mayoría de las jurisdicciones.

Los intercambios de información sensible utilizados en cárteles operativos y de apoyo u otros acuerdos horizontales suelen ser evaluados por las autoridades de competencia y los tribunales en el contexto y en conjunción con dicho acuerdo horizontal.

Sin embargo, el intercambio autónomo de información sensible entre competidores puede por sí mismo dar lugar a una infracción de la ley de competencia, "al aumentar artificialmente la transparencia en el mercado, puede facilitar la coordinación (es decir, la alineación) del comportamiento competitivo de las empresas y dar lugar a efectos restrictivos sobre la competencia".²⁹

La naturaleza de la información intercambiada determinará su probabilidad de influir en la estrategia comercial de los competidores, es decir, si es comercialmente sensible (por ejemplo, en materia de precios, costes, capacidad, cuotas de mercado, planes de promoción, etc.), confidencial, individualizada y reciente.

En este sentido, en Europa, el intercambio de información puede en sí mismo revelar una práctica concertada, como se describió mejor anteriormente, y ser sancionado como una infracción horizontal.

En sus nuevas Directrices Horizontales, la Comisión Europea parece abordar más claramente sus puntos de vista sobre los intercambios indirectos de información y seguir más de cerca la jurisprudencia europea.

29 Véase Directrices de Cooperación Horizontal, Par. sesenta y cinco.



Sin embargo, según la Comisión Europea, el intercambio indirecto de información también puede dar lugar a una práctica concertada:

“[Un] análisis caso por caso del papel de cada participante es necesario para establecer si el intercambio constituye un acuerdo anticompetitivo o una práctica concertada y quién asume la responsabilidad por la colusión. Esta evaluación deberá tener en cuenta, en particular, el nivel de conocimiento de los proveedores o destinatarios de la información sobre los intercambios entre otros proveedores o destinatarios de la información y el tercero”.³⁰

En lo que respecta a los casos *hub and spoke*, la Comisión Europea parece claramente adoptar un estándar más bajo que en la jurisprudencia antes mencionada al defender que el mero conocimiento constructivo o la “previsibilidad razonable” pueden ser suficientes para determinar una infracción horizontal dentro de las comunicaciones verticales:³¹

“Competitors that exchange commercially sensitive information indirectly (via a third party) may be engaging in an infringement of Article 101. This will be the case when the undertaking that shares the commercially sensitive information expressly or tacitly agrees with the third party that the third party may share the said information with the undertaking’s competitors, or where that undertaking intended, via the third party, to disclose commercially sensitive information to its competitors. This may also be the case when the undertaking that shares the commercially sensitive information could reasonably have foreseen that the third party would share the information with the undertaking’s competitors and it was prepared to accept the risk which that entailed.”

La comisión opta por extraer este concepto del caso VM Remonts³², que no abordó las particularidades del cártel *hub and spoke*, sin diferenciarlo de otros casos de terceros facilitadores.

Parece más coherente con la jurisprudencia que el estándar del elemento subjetivo o estado de ánimo de los competidores debería ser mayor en los casos *hub and spoke*, ya que los constantes intercambios verticales de información sensible entre el minorista A y el proveedor B son comunes, lícitos y necesarios. y A es consciente de que los constantes

intercambios verticales de información sensible entre el proveedor B y otros minoristas son comunes, lícitos y necesarios.

La naturaleza y el contexto de las interacciones con un proveedor deberían justificar un enfoque diferenciado del de otros terceros, donde es más evidente prever que interacciones posteriores del mismo tercero con otros minoristas pueden conducir a resultados anticompetitivos.

Amores (2016) critica los intentos de las autoridades y tribunales de competencia de forzar el concepto de infracción de “hub and spoke” en categorías preestablecidas y teorías de daño que no se ajustan a sus características reales ni a los incentivos reales de las Partes.

“En términos más generales, las autoridades de defensa de la competencia todavía no parecen haber pasado de un enfoque formalista a otro que (al menos) incluya un estudio en profundidad de los incentivos económicos reales que llevan a proveedores y minoristas a llegar a la colusión horizontal, en cualquiera de los dos niveles. Un análisis más basado en la economía mostraría que la H&S no es un mero intercambio indirecto de información ni una conducta vertical con algunos efectos horizontales o viceversa. Se trata de una teoría independiente del perjuicio, que sin embargo está sujeta a condiciones muy estrictas y a la que sólo debería recurrirse en circunstancias muy específicas”.

3. Teorías de conspiración

Aunque el enfoque de intercambio de información “A-B-C” permite una evaluación sin tener que demostrar una restricción vertical real entre A y B o B y C, plantea varias dificultades cuando el intercambio de información sensible es un comportamiento lícito común normal entre el proveedor y el minorista, ya que puede ser muy gravoso demostrar realmente la triangulación de la información y la prueba de la intención y/o el conocimiento presenta un enorme desafío cuando se basa únicamente en las comunicaciones verticales.

Como lo menciona Amore (2016), estos casos:

“[S]e centran en el intercambio indirecto de información (o de A a B a C), que en sí mismo

30 Véase las Directrices de cooperación horizontal, par. 402.

31 Véase las Directrices de cooperación horizontal, par. 403.

32 Véase sentencia del TJUE de 21 de julio de 2016, en el asunto C-542/14, SIA ‘VM Remonts’ (anteriormente SIA ‘DIV un KO’) y otros contra Konkurences padome (VM Remonts).

puede o no constituir una infracción en materia de salud y seguridad, dependiendo de la existencia de condiciones específicas. Curiosamente, tales condiciones se cumplían en los casos A-B-C, pero no constituían realmente el núcleo de las decisiones”.

En este sentido, parece que la existencia de una conspiración horizontal real, como se menciona en la mayoría de los casos de EE.UU., también debería estar presente.

De la jurisprudencia relevante expuesta anteriormente, podemos identificar algunos elementos comunes al funcionamiento de las infracciones *hub and spoke*, que reflejan esta naturaleza horizontal, es decir, la conspiración, en la práctica.

El primer elemento se refiere a la existencia y desarrollo de un plan estratégico, apoyado en la presentación de pruebas (verificación y recopilación de pruebas) de las comunicaciones entre las partes que contribuyeron a alcanzar un entendimiento mutuo entre las empresas.

Esta es principalmente la razón por la que, en todos estos casos, hay evidencia de la concepción de un plan estratégico diseñado para lograr un objetivo específico (por ejemplo, aumentar el precio minorista de los productos y aumentar o preservar los márgenes de los distintos participantes).

Los elementos encontrados en el caso “Movie Exhibition”, donde se incautaron cartas y comunicaciones enviadas por Interstate a todas las distribuidoras, informándoles del plan común y convenciéndolas de que todas las distribuidoras estaban de acuerdo e implementarían la propuesta.

Como comenta Harrigton (2018), respecto a Movie Exhibition:

“A falta de comunicación directa entre las empresas del mercado ascendente, la empresa del mercado descendente intentó obtener un entendimiento mutuo entre ellas enviando una carta con el plan colusorio a todas las empresas del mercado ascendente, haciendo constar en la carta que se enviaba a todas las empresas del mercado ascendente”.

Adicionalmente, los casos expuestos anteriormente, como los casos “Toys” o “Movie Exhibition”, tanto en Reino Unido como en Estados Unidos, también exponen un conjunto de actuaciones previas con el fin de transmitir la implicación de todas las partes, incluyendo la existencia de reuniones, encuentros para definir elementos clave, y la estrategia a implementar, etc.

Se puede encontrar un ejemplo en una cita de una de las reuniones entre minoristas y Hasbro, celebrada en el caso “Juguetes y Juegos”: “Era crucial que mantuviéramos la estabilidad de los precios minoristas en la medida de lo posible en nuestras marcas clave para que las iniciativas podría tener éxito”.³³

Incluso en los casos en los que no hubo constancia de reuniones horizontales, se incautaron elementos que demostraban la definición conjunta de la estrategia a adoptar.³⁴

Otra característica identificada por las Autoridades/Tribunales de Competencia se refiere a la comunicación previa y preventiva del acuerdo por parte de otros participantes involucrados en la práctica concertada respecto del plan estratégico.³⁵

Finalmente, un tercer elemento resaltado por las Autoridades y en la doctrina jurídica en los casos analizados fue precisamente la llamada “preocupación de cumplimiento mutuo”, es decir, la necesidad de acciones de control y seguimiento para asegurar el cumplimiento de la estrategia y plan común de las empresas participantes en el acuerdo o práctica concertada.

4. Carga de la prueba: ¿infracción “per se” y restricción “por objeto”?

Según la jurisprudencia estadounidense, una vez que existen elementos suficientes para inferir el establecimiento del *rim*, la conducta se convierte en una violación “per se” de la Ley Sherman y, a diferencia de Europa, no existen justificaciones o consideraciones basadas en la eficiencia.

No obstante, la investigación y carga de la prueba para demostrar el *rim* o cumplir con el estándar de

33 Caso No. CA98/8/2003, Argos/Littlewoods/Hasbro: fijación de precios de juguetes y juegos de Hasbro, párr. sesenta y cinco.

34 Por ejemplo, como se describió mejor anteriormente, en los casos “Football Replica Kit” o “Productos lácteos”, y también ver el caso “Pharmaceuticals” - United States v. Parke, Davis and Co., 362 U.S. 29 [1960].

35 Por ejemplo, en el caso de American Toys, se alcanzó “un compromiso común con un plan común” mediante la garantía constante de que todos lo respetaban.



inferencia debe ser alta, con un análisis profundo del contexto y las intenciones de las Partes.

El uso generalizado de la regla per se en el elemento vertical de los esquemas de *hub and spoke* ha sido cuestionado en casos como el de los libros electrónicos, donde el elemento de colusión horizontal ya estaba presente. ¿Debería excluirse automáticamente el elemento vertical de una evaluación según la regla de la razón?

Como lo menciona Klein (2017):

“Este análisis del caso de los libros electrónicos de Apple acepta la descripción fáctica de los hechos establecida en el juicio. Disiente de la condena per se de Apple basada en la conclusión del tribunal de que la cláusula NMF de los contratos de Apple iBookstore obligaba a los editores a exigir conjuntamente que Amazon aceptara la agencia. Así es como el tribunal vinculó contractualmente los contratos de Apple a la conspiración horizontal de los editores para que Amazon aceptara la agencia. Por el contrario, fue la posible entrada de Apple en el mercado frente a los programas de escaparate de los editores, introducidos de forma colusoria antes de que Apple hubiera siquiera comenzado sus negociaciones con los editores, lo que creó la motivación económica para que Amazon aceptara rápidamente la agencia y, por tanto, el éxito de la conspiración de los editores” (p.49).

En Europa, la cuestión de si los carteles *hub and spoke* deben considerarse una infracción por objeto, es decir, una restricción que, por su propia naturaleza, tiene el potencial de restringir la competencia en el sentido del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), ha sido (como la mayoría de las cuestiones relacionadas con las restricciones por objeto) bastante controvertida.

Debido a su naturaleza intrínsecamente restrictiva y a su nivel de perjuicio para la función de la competencia, las infracciones por objeto prescinden de la necesidad de demostrar efectos anticompetitivos reales.

Esto reduce significativamente la carga de la prueba para las Autoridades de Competencia, que, en consecuencia, tienen un incentivo para ampliar las categorías de restricciones por objeto a conductas que no necesariamente encajan en esos conceptos, ni en términos jurídicos, sino sobre todo económicos.

Esto está bien descrito por Amore (2016):

“Las investigaciones sobre cárteles suelen examinar la existencia de un intercambio de información o de una conducta que podría impedir, restringir o falsear la competencia. Por lo general, el análisis jurídico de las autoridades de competencia en los casos de cárteles se centra bien en la búsqueda de pruebas documentales fehacientes, las llamadas “pistolas humeantes”, bien en una combinación de pruebas relativas a intercambios de información directos o indirectos y a una conducta presuntamente anticompetitiva en el mercado. El estudio de la verosimilitud de la cartelización no suele ser una preocupación central” (p.53)

El autor defiende que un análisis económico “puede desempeñar un papel útil a la hora de aportar pruebas sobre si es plausible que el *hub* sea realmente un actor principal en la supuesta colusión en materia de salud y seguridad o simplemente un facilitador pasivo o incluso una víctima de una conducta puramente vertical, lo que a su vez repercute en la cuestión de la responsabilidad y en cómo se determinan las sanciones. Además, este tipo de análisis puede, sobre todo en ausencia de pruebas suficientes, complementar la presunción legal del conocimiento de las partes (concretamente de los *spokes*) de la relación triangular en los asuntos A-B-C” (Amore, 2016, p.53).

Por lo tanto, a pesar de ser muy buscado por las autoridades de competencia, el concepto de restricciones por objeto debe usarse cuidadosamente y guardarse en un conjunto de prácticas relativamente pequeño y predecible (Bailey y Whish, 2018), a fin de evitar falsos positivos y garantizar la seguridad jurídica.

En Cartes Bancaires³⁶, el TJCE subrayó que:

“[A] la luz de esta jurisprudencia, el Tribunal General incurrió en error al considerar, en el apartado 124 de la sentencia recurrida y posteriormente en el apartado 146 de dicha sentencia, que el concepto de restricción de la competencia por el «objeto» no debe interpretarse “restrictivamente”. El concepto de restricción de la competencia «por el objeto» sólo puede aplicarse a determinados tipos de coordinación entre empresas que revelen un grado suficiente de perjuicio a la competencia como para considerar que no es necesario examinar sus efectos,

36 Véase: Sentencia del TJCE de 11 de septiembre de 2014 en el asunto C-67/13 P. Groupement des cartes bancaires (CB) contra Comisión Europea, párr. 59.

pues de lo contrario la Comisión estaría exentos de la obligación de probar los efectos reales en el mercado de acuerdos de los que no se haya demostrado en modo alguno que sean, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento de la competencia normal. A este respecto, carece de pertinencia el hecho de que los tipos de acuerdos regulados por el artículo 81 CE, apartado 1, no constituyan una lista exhaustiva de colusiones prohibidas”.

Por lo tanto, las restricciones por objeto sólo deberían aplicarse a acuerdos que clara e inherentemente perjudiquen la competencia.

Por tanto, es evidente e inequívoco que el concepto de restricción por objeto exige una interpretación estricta. Debe haber una demostración clara de una intención anticompetitiva dentro del contenido y propósito de la práctica en cuestión, así como en el contexto económico y legal en el que opera.

En ausencia de contactos directos o del establecimiento de un sistema organizado para el intercambio de información sensible entre competidores, sería necesario un análisis del contexto, la dinámica del mercado, los mecanismos de formación de precios por parte de los distribuidores, las características competitivas entre los distribuidores y las especificidades de los mercados geográficos locales, ser requerido.

En otras palabras, cuando no existen contactos directos entre competidores y cuando los contactos de los distribuidores con los proveedores son una práctica normal, legal (e incluso necesaria) en el mercado relevante, sería necesario un examen exhaustivo del contexto de tales contactos para poder determinar que la única explicación para esos contactos sería un esquema de colusión horizontal. Es decir, siempre es necesaria una búsqueda del “rim”.

Esto implica que sólo un conjunto limitado de acuerdos de intercambio de información debe considerarse inherentemente restrictivos, como los intercambios privados de datos detallados y confidenciales relacionados con precios futuros o planes de producción entre competidores.

De hecho, las Directrices de Cooperación Horizontal de la antigua Comisión Europea proporcionaron sólo un ejemplo de intercambio de información que podría ser inherentemente restrictivo: compartir las intenciones específicas de las empresas sobre precios o cantidades futuras.

Actualmente, en sus nuevas Directrices la Comisión Europea amplía su visión e intenta ampliar el concepto de intercambio de información que podría calificarse como una restricción ‘por objeto’³⁷, afirmando que:

“[...] un intercambio de información se considerará una restricción de la competencia por su objeto cuando la información sea comercialmente sensible y el intercambio sea capaz de eliminar la incertidumbre entre los participantes en cuanto al momento, el alcance y los detalles de las modificaciones que deben adoptar las empresas interesadas en su conducta en el mercado”.

Sin embargo, y a pesar de apartarse del estrecho concepto anterior, la Comisión reconoce que la evaluación de si un intercambio de información constituye una restricción por objeto se hará caso por caso y, de conformidad con la jurisprudencia pertinente del TJCE:

“[...] prestará especial atención a su contenido, sus objetivos y el contexto jurídico y económico en el que tiene lugar el intercambio de información. Al evaluar dicho contexto, es necesario tomar en consideración la naturaleza de los bienes o servicios afectados, así como las condiciones reales de funcionamiento y estructura del mercado o mercados en cuestión”.

Las Directrices todavía establecen específicamente que es muy probable que compartir información sobre precios y cantidades futuras se considere una restricción “por objeto”, pero también incluyen otros ejemplos, como compartir información sobre precios actuales, capacidad actual, estrategias comerciales reales y demanda.

Este parece ser el caso cuando los competidores intercambian información sensible directamente.

No obstante, en los casos de un intercambio indirecto de información no está claro si se puede considerar que un intercambio “desnudo” de información tiene un grado suficiente de daño como para ser calificado como una restricción por objeto.

Por el contrario, en los casos *hub and spoke*, en ausencia de comunicación directa entre competidores, y dado que los contactos entre una empresa distribuidora y su proveedor son normales, legales e incluso necesarios y la intención (y no sólo el

37 Véase las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal (2023/C 259/01) Par. 413



conocimiento) tiene que ser claramente demostrado, parece que los intercambios de información no deberían constituir una restricción por objeto.

Sin pruebas de elementos suficientes que puedan revelar inequívocamente la conspiración para determinar una práctica concertada restrictiva por objeto, como el establecimiento y la comunicación clara de un plan común, parece más acorde con la jurisprudencia pertinente concluir que los meros intercambios verticales con el *hub* no deben ser calificado como por infracciones de objetos.

Conclusiones

Como se mencionó anteriormente, los casos de *hub and spoke* son desafiantes. La carga de la prueba es (y debería ser) exigente.

Las empresas deben confiar en el principio *in dubio pro reo* y las autoridades de competencia no pueden basarse simplemente en indicios o en un comportamiento aparentemente ilegal, sino más bien en pruebas de intención y conspiración entre competidores para celebrar algún tipo de acuerdo o práctica concertada a través del *hub*.

La cuestión, sin embargo, es si el *hub and spoke*, como tipo específico y nuevo de infracción, es necesario para capturar una forma también específica (y no tan nueva) de tensión entre proveedores y minoristas (u otros actores en diferentes niveles de la misma cadena de valor).

Como principio general, la mayoría de los regímenes de derecho de competencia ya abordan acuerdos verticales y acuerdos horizontales ilegales. De la misma manera, los acuerdos pueden tomar la forma de una práctica concertada (como un “concepto versátil” en palabras del CAT al valorar el caso “Lácteos”); además, el intercambio de información sensible entre competidores también puede dar lugar a una infracción similar a la de un cártel, si se cumplen ciertos criterios.

Los tiempos son difíciles para la aplicación pública de la ley. De hecho, está claro que algunos mercados (como el del comercio minorista masivo) pueden mostrar una clara tensión entre grupos de empresas que operan en el nivel upstream o downstream frente a sus proveedores/minoristas. De hecho, los casos de *hub and spoke* en, por ejem-

plo, el comercio minorista masivo muestra una tensión competitiva entre minoristas que a menudo utilizan al proveedor para arbitrar las condiciones comerciales y crear igualdad de condiciones. La pregunta es si un minorista está utilizando al proveedor para nivelar y armonizar las condiciones que ofrece a los consumidores, buscando así alcanzar un nivel de colusión a través del *hub* y, por lo tanto, sofocar la competencia; o si un minorista en realidad está compitiendo contra competidores directos para ofrecer a los consumidores las mejores condiciones posibles, utilizando las ofertas de venta total de los competidores para aprovechar su poder de negociación ante el proveedor, lo que muy a menudo conduce a efectos procompetitivos.

Dados los criterios para que surjan infracciones *hub and spoke*, consideramos que las autoridades de competencia no pueden diseñar infracciones pura y simple “por objeto” sin realizar un análisis exhaustivo de la práctica a la luz de sus objetivos y contexto legal y económico, con el fin de determinar si presentaban un grado suficiente de perjuicio a la competencia para considerar que tenían por objeto una restricción de la competencia en el sentido del artículo 101 TFUE y, en consecuencia, si dichas pruebas constituían todos los datos pertinentes que debían tomarse en consideración para ese propósito.³⁸

En otras palabras, las autoridades deben poder demostrar que los contactos entre un proveedor y un minorista van más allá de la tensión normal entre socios comerciales en ese mercado específico; además, deben demostrar intención y conspiración para coludir.

La diferencia en el enfoque es de suma relevancia, dado que la tensión creada, por ejemplo, por un minorista para obtener mejores condiciones de venta del proveedor, a menudo favorece a los consumidores, mientras que la presión ejercida por ese mismo minorista sobre el proveedor armonizar las condiciones de venta es a menudo perjudicial para los consumidores y más propenso a generar alineamientos de precios. Por lo tanto, es crucial que las autoridades comprendan el mercado e identifiquen claramente los objetivos y el contexto de comunicaciones específicas.

De hecho, debe tenerse en cuenta que las infracciones *hub and spoke* a menudo no implican la prueba de contactos directos o reuniones entre los compe-

38 Véase sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de septiembre de 2014, en el asunto C 67/13 P *Groupement des cartes bancaires (CB) contra Comisión Europea*, apartado 90.

tidores (que podrían entrar más fácilmente en el ámbito de las normas estándar sobre cárteles o prácticas concertadas). Por el contrario, las infracciones *hub and spoke* se basan en la apariencia de una infracción estándar, sin que se produzcan contactos o comunicaciones directas entre los competidores.

Por lo tanto, para conciliar la falta de evidencia de algún tipo de contacto directo o acuerdo entre competidores (en cuyo caso deberían aplicarse reglas estándar para acuerdos horizontales, siendo el *hub* un facilitador) con el principio *in dubio pro reo*, las autoridades de competencia deben recopilar pruebas suficientes que demuestren que la única explicación posible para los contactos a través del *hub* es que las partes interesadas alcancen el mismo nivel de colusión que alcanzarían si dichas empresas celebraran un acuerdo (disfrazado de comportamiento competitivo normal). De lo contrario, nos resultará difícil conciliar los compromisos relacionados con los derechos de defensa con las necesidades de aplicación pública.

Claramente opinamos que la aplicación pública debe captar el fenómeno de algunas empresas que actúan como *hubs* para crear acuerdos tipo cartel entre competidores que nunca llegan a un tipo estándar de acuerdo o práctica concertada. Sin embargo, la necesidad de detectar y prevenir tales prácticas no puede favorecerse simplemente ignorando los derechos de defensa de las empresas afectadas. La carga de la prueba es alta, pero también lo son las multas, la responsabilidad involucrada y las consecuencias para las empresas y los mercados.

Exigir a las autoridades de competencia que cumplan con un alto nivel de revisión parece la única forma aceptable de hacer frente a una infracción que claramente desafía los límites del ya amplio concepto de acuerdo ilegal.

La pura verdad es que, en el siglo pasado, los tribunales de todo el mundo no pudieron producir una jurisprudencia sólida y clara que estableciera los criterios para los casos *hub* y *spoke*.

Los tribunales y las partes interesadas todavía consideran este tipo de infracción como algo híbrido, a medio camino entre una práctica concertada y un intercambio de información sensible, que lucha por hacer frente a los derechos de defensa frente a la carga de la prueba.

Alternativamente, debería estar sujeto a un análisis de base más económica, con una teoría específica del daño separada, para capturar mejor los elemen-

tos e incentivos para la colusión que no se ajustan a los modelos “A-B-C” utilizados.

Quizás el *hub and spoke* se probó antes de tiempo. Los nuevos retos derivados de la digitalización, con potenciales infracciones derivadas de prácticas llevadas a cabo por plataformas y algoritmos muestran la necesidad de que exista un concepto versátil de práctica concertada. Queda claro, por tanto, que *hub and spoke* es necesario para captar tanto la vertiente vertical como la horizontal de una misma infracción.

Sin embargo, el desafío persiste: las normas aplicables no pueden pasar por alto los derechos de defensa sólo porque el estándar de prueba sea exigente.

Las autoridades han recurrido a investigaciones facilitadas por objetos mejoradas por regímenes de indulgencia combinados con mecanismos de resolución rápida, como acuerdos, para fomentar la aplicación pública. No obstante, las autoridades todavía luchan por, al menos, considerar los objetivos y el contexto legal y económico de una posible infracción, lo que puede obstaculizar la solidez de los casos y la posibilidad de crear una práctica de toma de decisiones coherente para casos de *hub and spoke* en toda regla.

Debe tenerse en cuenta que las tasas de éxito ante los tribunales son clave para que prospere la aplicación pública de la ley, y las autoridades no deben renunciar a su propia carga de la prueba.

Es un hecho que los tribunales tienden a “salvar” muchas investigaciones *hub* y *spoke* al convertir esta forma compleja de cartel en una serie de infracciones verticales.

Opinamos que un enfoque tan pragmático (aligerar la carga de la prueba o avanzar hacia alguna conclusión por objeto a un ritmo rápido) es, paradójicamente, perjudicial para la aplicación pública. De hecho, dada la naturaleza (todavía) frágil de los acuerdos *hub and spoke* como infracción autónoma y específica, y la fácil solución de centrarse en el aspecto vertical de la infracción, normalmente vinculado a alguna forma de mantenimiento del precio de reventa (plenamente probado como restricción especialmente grave por objeto), las autoridades y los tribunales pueden estar renunciando de alguna manera a posibles solicitudes de clemencia en relación con los cárteles *hub and spoke*.

Además, etiquetar a *hub and spoke* como *tertium genus* ha demostrado no ser eficiente. De hecho,



los acuerdos verticales tradicionales no captan la colusión potencial entre competidores y, en general, no permiten solicitudes de clemencia. Además, las investigaciones tienden a basarse en las prácticas de MPR (que conducen a aumentos de precios) y no tanto en la alineación potencial entre competidores para simplemente ahogar la competencia y potenciar la colusión. Por la misma razón, los cárteles puros y las prácticas concertadas suelen exigir que se produzca algún tipo de contacto directo entre los competidores afectados, algo que a menudo falta en los casos *hub and spoke*.

En conclusión, y *de iure condendo*, la aplicación pública podría beneficiarse claramente de una definición más rigurosa de la infracción *hub and spoke* como un tipo específico de práctica ilícita, combinando tanto conductas verticales como horizontales dentro de la misma infracción, y estableciendo claramente los criterios para que se aprecie la infracción.

Teniendo en cuenta la ausencia de contactos directos entre competidores en virtud de algún tipo de acuerdo o práctica concertada, y el alcance limitado de las infracciones verticales para captar el fenómeno, las autoridades deberían, al menos, tener que demostrar la intención y la conspiración para constatar la infracción *hub and spoke*. En otras palabras, debería quedar claro que los objetivos y el contexto jurídico y económico de la práctica sólo podrían encuadrarse en la conspiración *hub and spoke*.

La infracción *hub and spoke* exige que las recomendaciones de precios, el seguimiento del mercado, las comunicaciones entre proveedor y minoristas para discutir precios y otras condiciones comerciales, e incluso algunas tensiones (normales) derivadas de comportamientos agresivos (como medidas unilaterales de represalia para ganar poder de negociación), vayan claramente más allá del marco normal de una relación comercial. Las pruebas deben demostrar que los objetivos subyacentes de tales prácticas se derivan de una intención de colusión - el criterio de conspiración que se traduce "rim" al conectar los puntos.

La necesidad de una infracción *hub and spoke* en toda regla es aún más urgente en el contexto actual de la agenda digital, donde el intercambio de información sensible y los comportamientos paralelos pueden ser orquestados por algoritmos o a través de plataformas, y terceros en general, sin que se mantengan contactos entre competidores.

Si los legisladores y los reguladores no se toman un respiro para trazar claramente los límites entre

hub and spoke, lo más probable es que prevalezca la rueda de fuego (como en las últimas décadas). Un proveedor puede estar demasiado ansioso por recomendar un nivel de precios; un minorista puede estar demasiado ansioso por aprovechar su poder de negociación vigilando el mercado; las autoridades pueden estar demasiado ansiosas por abrir y resolver nuevos casos; los tribunales pueden estar demasiado ansiosos por cerrar casos. El típico "fallo" que desencadena la reacción en cadena está ahí, oculto en la ansiedad por avanzar a un ritmo rápido. Sin embargo, la aplicación pública exige serenidad. La seguridad jurídica es necesaria, y la eficacia de la aplicación pública debe prevalecer a largo plazo.

Referencias bibliográficas

- Amore, R. (2016). Three (or more) is a magic number: hub & spoke collusion as a way to reduce downstream competition *European Competition Journal*. 12(1).
<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17441056.2016.1191226?needAccess=true>
- Falls, C. and Saravia, C. (2015). Analyzing Incentives and Liability in "Hub-and-Spoke" Conspiracies" Distribution and Franchising Committee: ABA Section of Antitrust Law.
<https://www.dechert.com/content/dam/dechert%20files/knowledge/publication/2015/4/AnalyzingIncentivesAndLiabilityinHubAndSpokeConspiracies.pdf>
- Harrington Jr, J. (August 24, 2018). How Do Hub-and-Spoke Cartels Operate? Lessons from Nine Case Studies.
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3238244
- Klein, B. (2017). The Apple E-book Case: When is a Vertical Contract a Hub in a Hub-and Spoke Conspiracy. *Journal of Competition Law and Economics* 13(3).
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3018841
- Orbach, B. (2016). Hub-and-Spoke Conspiracies *theantitrustsource*. 15 (Issue 4).
https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust-magazine-online/apr16_full_source.pdf
- Whish, R. and Bailey, D. (2018). *Competition Law*. Oxford University Press.

Inteligencia Artificial y Buen Gobierno Corporativo

Artificial Intelligence and Good Corporate Governance

— José Miguel Porto* y José Rodrigo Raunelli** —

Resumen

El artículo expone a la inteligencia artificial como herramienta para robustecer el buen gobierno corporativo de las empresas peruanas. En un mercado corporativo donde la propiedad y la dirección de las empresas están en manos de accionistas controladores, esta estructura genera otros problemas estructurales de sostenibilidad a largo plazo, pues los órganos de control de la sociedad están capturados por los accionistas controladores y las decisiones tienden al beneficio inmediato de los accionistas controladores en detrimento de la sostenibilidad en el largo plazo del negocio. ¿Cómo generar incentivos de buen gobierno corporativo para que las decisiones estén orientadas a favorecer la sostenibilidad en el largo plazo del negocio? ¿Cómo lograr que los órganos corporativos adopten decisiones que beneficien al medio ambiente y la sociedad (en adelante, ESG), antes que a los accionistas controladores a los que sirven? Creemos que la incorporación de la inteligencia artificial puede tener un rol protagónico en el gobierno corporativo si se permite su participación en el directorio o la gerencia de las sociedades con algoritmos que favorezcan el ESG.

Palabras clave

Inteligencia artificial, gobierno corporativo, órganos corporativos, accionistas controladores.

Abstract

This article exposes artificial intelligence as a tool to strengthen the good corporate governance of Peruvian companies. In a corporate market where the ownership and management of companies are in the hands of controlling shareholders, this structure generates other structural problems of sustainability in the long term, since the company's control bodies are captured by the controlling shareholders and decisions tend to benefit the controlling shareholders immediately to the detriment of the long-term sustainability of the business. How can good corporate governance incentives be generated so decisions are aimed at promoting the long-term sustainability of the business? How can corporate bodies make decisions that benefit the environment and society in general (ESG), rather than the controlling shareholders they serve? We believe that the incorporation of artificial intelligence can play a leading role in corporate governance if its participation in the board of directors or management of companies with algorithms that favor ESG is allowed.

Keywords

Artificial intelligence, corporate governance, corporate bodies, controlling shareholders.

+ Abogado. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Derecho por la Universidad de Chicago. Managing Partner de Porto Legal.

** Bachiller en Derecho por la Universidad ESAN. Asistente legal en Porto Legal.



1. Introducción

En el 2014, Deep Knowledge Ventures, fondo de capital de riesgo (*venture capital*) basado en Hong Kong, anunció la designación en su directorio de VITAL (*Validating Investment Tool for Advancing Life Sciences*): un programa de *machine learning* capaz de realizar recomendaciones de inversión (Möslein, 2023). En el 2016, Tieto, una compañía finlandesa de tecnologías de la información, anunció la designación de inteligencia artificial como parte de su equipo gerencial para liderar su nueva unidad de negocios impulsada por el uso de la información (Bloomberg, 2023). En el 2018, Salesforce reveló que una máquina de inteligencia artificial llamada “Einstein” era invitada a las reuniones de gerencia para comentar sobre las propuestas bajo discusión (Petrin, 2019).

Los avances tecnológicos están haciendo que la inteligencia artificial cobre un rol cada vez más relevante en el proceso de toma de decisiones en las empresas. Este será un proceso de adecuación que tendrá diversos matices, empezando por la utilización de la inteligencia artificial como soporte para el proceso de toma de decisiones, como ocurre en el caso de Salesforce. Podría también adoptar decisiones conjuntamente con los humanos o reemplazar al decisor humano en la toma de decisiones como es el caso del puesto de gerencia asignado a la inteligencia artificial en el caso de Tieto o la posición de director en el caso de Deep Knowledge Ventures. Finalmente, no importa en quién recae la decisión, si se trata de un decisor humano o una máquina; o la participación que tuvo cada uno de ellos en la decisión: lo importante es que el resultado sea el más eficiente y beneficioso para la sociedad.

No cabe duda que las máquinas y algoritmos son más eficientes que los expertos humanos para la adopción de ciertas decisiones, y que el humano está en mejor posición que las máquinas para otra clase de decisiones. Cuando la decisión requiere el procesamiento de abundante información, la decisión debiera ser delegada a la inteligencia artificial que se encuentra mejor posicionada para un resultado más preciso, pero cuando el problema requiere ser solucionado mediante el uso del sentido común, el experto humano está en mejor posición para obtener el resultado más beneficioso para la sociedad. La búsqueda del resultado óptimo podría llevarnos a una situación donde la decisión delegada en la máquina sea validada por el sentido común humano y aquella delegada en el experto humano sea validada por la máquina (McAfee y Brynjolfs-

son, 2017). En ese sentido, la OCDE recomienda que se mantenga a humanos para mitigar sesgos cuando se usa inteligencia artificial y/o algoritmos para la toma de decisiones en la administración de una sociedad (OECD, 2023).

La incorporación de la inteligencia artificial en el proceso de toma de decisiones en las sociedades no es una realidad distante. Si bien hoy el uso de la inteligencia artificial pudiera estar reservada a un grupo reducido de empresas con la capacidad financiera para pagarla, el costo de acceso y uso de la inteligencia artificial irá disminuyendo con el tiempo, así como los costos de almacenamiento y procesamiento de información, democratizando su uso y adopción en el tiempo. Por otro lado, hay muchas empresas que hoy no cuentan con directorios porque no cuentan con los recursos para remunerar a directores de calidad, lo cual podría cambiar cuando el costo de la inteligencia artificial permita democratizar la implementación de directorios en las sociedades.

Nos encontramos en un momento adecuado para discutir de qué manera la inteligencia artificial puede reforzar las reglas de buen gobierno corporativo en las sociedades, lo cual es materia de este trabajo.

2. Evolución de las sociedades y modelos corporativos vigentes

2.1 Breves comentarios sobre la evolución de las sociedades: en su libro “For profit: A history of corporations”, William Magnuson, señala que las sociedades son ficciones legales autorizadas por el Estado para que las personas puedan asumir riesgos y desarrollar emprendimientos que tengan por finalidad perseguir el bien común. En sus inicios, las sociedades requerían de la autorización del monarca o del Estado para su constitución, pero dicha autorización estaba supeditada a acreditar que el negocio sería rentable y que beneficiaría al Estado mismo. Así, la East India Company prometió a la Reina Isabel I en 1600 que actuaría “por el honor del Reino de Inglaterra, y por el incremento de su navegación” y, por su parte, la Union Pacific Railroad fue autorizada por el Congreso estadounidense en plena guerra de secesión para la construcción del tren transcontinental que uniría a una nación dividida (Magnusson, 2022). Con el devenir en el tiempo esto ha cambiado: hoy en día, no se requiere de la autorización estatal para constituir una sociedad, pues ello ha sido reemplazado por un proceso burocrático donde se registran ciertos docu-

mentos y se crean automáticamente las sociedades sin necesidad de acreditar la persecución de ningún bien o servicio común.

La responsabilidad limitada permitió que las sociedades agruparan inversionistas para perseguir un negocio en común, arriesgándose sólo los bienes y servicios contribuidos, y sin exponer el resto de patrimonio personal de los inversionistas. El lado siniestro de la responsabilidad limitada determina que los inversionistas no sean responsables por lo que la sociedad hace o deja de hacer, blindando los errores o desaciertos cometidos por las sociedades. Esto llevó a excesos, tales como que la East India Company iniciara una guerra con el Imperio Mogol en India o que la Union Pacific Railroad monopolizara todas las rutas transcontinentales en Estados Unidos en perjuicio del campesino que vio incrementando los costos del transporte para llevar sus productos del campo a la ciudad (Magnusson, 2022).

La libre transferencia de las acciones luego permitiría que se democratice la inversión en las empresas, atomizándose el capital social y con ello el acceso a mayor fondeo y a la persecución de proyectos cada vez más ambiciosos (como fue el caso de la Union Pacific Railroad). La evolución de las sociedades creó así una diferencia entre los inversionistas, capitalistas, pasivos y encargados de monitorear la gestión de las sociedades; y los gestores, encargados del día a día de la sociedad.

Las sociedades han permitido que las principales creaciones humanas vieran la luz del día, que las obras de infraestructura más sorprendentes se materialicen y que se genere prosperidad económica, técnica y social para la gran mayoría. Grandes fortunas se han forjado gracias a las sociedades que se encuentran al centro del modelo capitalista, pero también es cierto que a medida que las sociedades han evolucionado, como señala Magnusson, han ido perdiendo aquella vocación de perseguir el bien común para pasar a reflejar el lado oscuro del capitalismo basado en la codicia, corrupción, materialismo y siendo incluso una amenaza contra el sistema democrático (2022).

Tal como desarrollaremos a continuación, las estructuras corporativas que siguen el modelo europeo y el estadounidense se han desviado de la persecución del bien común, ya sea por problemas de agencia verticales u horizontales

que han preferido beneficiar los intereses de los gestores o de los accionistas en detrimento del bien común, priorizando la rentabilidad en el corto plazo antes de la sostenibilidad y visión de largo plazo de los negocios.

2.2 Modelos corporativos vigentes

2.2.1 Modelo corporativo estadounidense: en el modelo estadounidense, los accionistas suelen tener participaciones menores en el capital de las sociedades, existiendo una estructura accionaria más difundida y atomizada donde el accionista tiene un rol pasivo y los administradores de la sociedad un rol más activo, y donde dichos agentes son designados por las mayorías y los órganos corporativos, produciéndose una clara distinción entre la propiedad y la dirección de la sociedad.

Cuando una empresa cuenta con un capital difundido, como ocurre en la economía estadounidense, los problemas se generan porque los accionistas, inversionistas, propietarios de las empresas, encuentran dificultades en alinear sus intereses, fiscalizar y controlar a los administradores de las sociedades. Las dificultades se generan porque el costo de fiscalizar a los administradores de la sociedad puede ser mayor al beneficio que se obtenga y también porque otros accionistas podrían apalancar esos esfuerzos ajenos para su propio beneficio y sin incurrir en dichos costos de fiscalización (*free-riders*). Por ello, en muchos de estos casos, cuando los accionistas encuentran diferencias o no se encuentran alineados con la administración de la sociedad resulta más costo-eficiente liquidar sus posiciones (vender sus acciones) a tener que incurrir en los costos de fiscalización y control. Esto es un típico problema de agencia en donde los administradores de la sociedad no necesariamente protegen los intereses de la sociedad, sino sus intereses propios.

En el modelo estadounidense se desarrolló la doctrina de la primacía de los accionistas en virtud de la cuales las sociedades tienen como fin último maximizar los retornos de los accionistas. La Corte Suprema del Estado de Delaware en el caso Revlon (1986) estableció que los in-



tereses de los accionistas siempre deben prevalecer sobre los intereses de cualquier otro, salvo en procesos de quiebra o disolución en donde se deben considerar los intereses de terceros ajenos a los accionistas (Cole, 2019). Esta doctrina ha tenido consecuencias no deseadas en la sociedad donde los órganos de dirección de la sociedad, entiéndase directores y gerentes de la sociedad, orientan sus esfuerzos en maximizar los ingresos en el corto plazo de los accionistas. Al priorizarse la rentabilidad de los accionistas en el corto plazo, se generan excesos en el modelo capitalista que no toman en consideración los intereses de terceros como podrían ser el medio ambiente, los trabajadores y la sociedad en su conjunto. Bajo este modelo, por ejemplo, se justifica dañar el medio ambiente, discriminar a minorías, vulnerar los derechos de los trabajadores, si ello resulta en mayores ingresos para los accionistas.

Las nuevas tendencias empresariales buscan rechazar la teoría de la primacía de los accionistas para encontrar sostenibilidad en el largo plazo mediante la incorporación de los intereses de terceros distintos a los accionistas de la sociedad como es el caso de la iniciativa del *Business Roundtable* (Business Roundtable Corporation, 2019): iniciativas como esta buscan incorporar los intereses de los consumidores, los proveedores, los trabajadores, la comunidad y el retorno de los accionistas en el largo plazo como eje para la toma de decisiones en el seno de la sociedad; todo ello con la finalidad de reducir los costos de agencia vertical y generar incentivos para priorizar la rentabilidad y sostenibilidad en el largo plazo.

- 2.2.2 Modelo corporativo europeo: este modelo, similar al peruano, se caracteriza por contar con empresas controladas por accionistas o grupos de accionistas controladores, los cuales, a su vez, dirigen la vida de la sociedad. En este modelo, mayormente no existe una división entre la propiedad y la dirección de la sociedad, ya que los propietarios, inversionistas, accionistas mayoritarios son los que a su vez controlan y dirigen el devenir y las decisiones sociales. De

acuerdo con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), cerca del 80% de las empresas en el Perú está compuesta por grupos de empresas familiares y su participación en el empleo alcanza entre el 60% y 70%, contribuyendo con más del 40% del Producto Bruto Interno (PBI), según la Asociación de Empresas Familiares (AEF) y EY Perú (2019). De otro lado, las grandes empresas listadas en la Bolsa de Valores de Lima muestran bloques accionarios controladores con presencia de accionistas minoritarios (Payet, 2003, p. 82).

En el modelo corporativo peruano existe una consolidación entre la propiedad y la dirección de la sociedad; es decir, los accionistas controladores suelen controlar los órganos de dirección de la sociedad, tanto el directorio como la gerencia, y por ende tienen a estos órganos de dirección capturados. Así, los problemas que se generan bajo esta estructura no son de agencia, entre los accionistas y los administradores (problemas verticales). No existe un problema en donde los directores o gerentes de la sociedad optan por priorizar sus intereses propios por sobre los intereses del accionista controlador, sino que, por el contrario, los directores y funcionarios de la sociedad tienen como función satisfacer las exigencias y requerimientos del accionista controlador.

El principal problema que se presenta en las sociedades con bloques controladores, como ocurre en el modelo corporativo europeo o peruano, es que los accionistas controladores priorizan sus intereses por encima de los intereses de los accionistas minoritarios (problemas horizontales) o incluso de terceros, como pudiera ser el caso de acreedores, trabajadores, la sociedad o el medio ambiente (Martínez, 2005).

3. Deberes fiduciarios y el buen gobierno corporativo

- 3.1 La importancia del buen gobierno corporativo y los deberes fiduciarios: el buen gobierno corporativo implica una “distribución de roles y responsabilidades entre el directorio, gerencia, accionistas y cualquier otro grupo de interés en la empresa para “[...] un funcionamiento eficiente, orientado [...] a generar valor en el largo plazo” (Loncharich, 2005) a través de distintas reglas y/o principios. Dichas reglas y/o principios, buscan mitigar los costos de agencia, ya sean verticales u horizontales,

y permitiendo que los intereses del principal estén alineados con los de los agentes. Así, por ejemplo, los intereses de los directores se alinean con intereses de los accionistas, o los intereses del accionista controlador se alinean con los intereses del accionista minoritario.

Ahora bien, la Ley General de Sociedades, mediante los deberes fiduciarios, busca reducir el impacto negativo de los costos de agencia. El artículo 171 de la Ley General de Sociedades hace énfasis en el deber de diligencia y de lealtad a fin de regular el comportamiento de los directores en el momento que toman decisiones. Según Payet, estos deberes, en conjunto con la responsabilidad ilimitada y solidaria de los directores, tienen por objeto el desincentivo de cualquier acto que pueda generar un perjuicio para los accionistas (Payet, 2003, p. 86).

3.1.1 Alcances del deber de diligencia: la debida diligencia es el proceso a través del cual los directores de una sociedad identifican, previenen y mitigan el impacto negativo que puede causar la actividad empresarial y las relaciones comerciales en relación a los derechos humanos, trabajadores, accionistas, corrupción, medio ambiente y consumidores (OECD, 2018, p. 17). A nuestro entender, el deber de diligencia no es una obligación de resultados, sino se trata de una obligación de medios; es decir, el director no es responsable por el resultado obtenido, ya sea que este sea favorable o no para la sociedad, en tanto haya adoptado las medidas de diligencia razonables para la toma de la decisión.

En este sentido, la diligencia de un director, al ser una norma de conducta, no se define por el resultado de su decisión, sino por las acciones y/o circunstancias que consideró para tomar dicha decisión: es decir, no se infringe el principio de diligencia si la decisión fue tomada, por ejemplo, procurando obtener toda la información disponible, validando la veracidad de la información, analizando múltiples opciones, requiriendo opiniones de expertos y demás medidas que razonablemente debió adoptar una persona diligente.

Ahora bien, el referido artículo indica que la diligencia debe ser la de un

ordenado comerciante: esto no es otra cosa que el estándar de diligencia que debe cumplir el director, el cual es superior al estándar que debe cumplir una persona en sus quehaceres diarios. De esta manera, un director deberá actuar con cuidado, atención y dedicación al tomar decisiones en el ámbito propio de la empresa, evaluando los riesgos y asumiendo aquellos que no afecten desproporcionadamente a un grupo de accionistas, stakeholders o la propia solvencia de la sociedad, dejando de lado el temor a la responsabilidad solidaria (Ramos, 2006).

3.1.2 Alcances del deber de lealtad: ser un representante leal implica una actuación respetuosa, honesta, transparente y fiel a fin de no generar un conflicto de interés o un conflicto de agencias sin importar que se trate de un conflicto vertical u horizontal. El sentido común podría indicar que el deber de lealtad debería ser prestado a la persona o grupos de personas que contrataron al director, en otras palabras, a las personas que lo designaron como tal: ello no es del todo errado, en cuanto existe una doctrina que respalda tal afirmación. Como mencionamos, la doctrina de primacía de los accionistas básicamente señala que la finalidad esencial de una sociedad es maximizar el retorno de la inversión de los accionistas por lo que los intereses de estos deben prevalecer sobre los intereses de los agentes, es decir, de los directores, salvo ante los supuestos de insolvencia patrimonial.

Nuestra Ley General de Sociedades establece que el deber de lealtad también se debe en favor de la sociedad: ello se desprende del artículo 173 cuando se señala que “los directores elegidos [...] tienen los mismos deberes para con la sociedad y demás [...] y su actuación no puede limitarse a defender los intereses de quienes los eligieron” (Congreso de la República del Perú, 1997); y, a su vez, del artículo 180 cuando se señala que “los directores no pueden adoptar acuerdos que no cautelen el interés social [...]” (Congreso de la República del Perú, 1997).



Además de la lealtad y diligencia, los directores también tienen un deber de reserva de información, conforme al segundo párrafo del artículo 171 y el artículo 175 de la Ley General de Sociedades. Si bien ambos artículos pueden parecer contradictorios, buscan reflejar que los directores deben saber qué, cuándo y cómo deben relevar información suficiente, veraz y oportuna para los accionistas y público en general. La razón de ser de estos deberes es que la información dentro de la sociedad juega un rol fundamental que puede alinear los intereses de los directores con los de los accionistas, del accionista controlador y del accionista minoritario, así como permitir una correcta valuación de la empresa, que los inversionistas y/o prestamistas puedan medir su riesgo, entre otros.

Si bien las obligaciones fiduciarias buscan alinear los intereses de los órganos de dirección de la sociedad con los intereses de la sociedad, la realidad dista bastante del óptimo planteado. Aún con la imposición de obligaciones fiduciarias, encontramos falencias en los órganos de dirección, más aún en modelos de capital concentrado, donde los directores sirven al accionista controlador y a sus intereses. Por ello, ante las falencias del sistema de imposición de obligaciones fiduciarias en los directores, se buscan otros mecanismos de gobierno corporativo que permitan proteger los intereses de largo plazo de la sociedad.

- 3.2 Gobierno corporativo y acceso a financiamiento: es por demás relevante darle prioridad a las consideraciones de buen gobierno corporativo, ya sea en sus aspectos verticales (modelo estadounidense) u horizontales (modelo europeo), porque en un mundo con menor liquidez como en el que nos encontramos en la actualidad, y en donde las empresas deben competir con otras para acceder a financiamiento, los inversionistas cada vez le dan mayor importancia al acrónimo inglés ESG cuyas siglas representan las palabras *environmental, social and governance* (ambiental, social y gobierno).

Casualmente, como señalan diversos estudios, existe una relación inversa entre el nivel de endeudamiento de las empresas y la concentración del accionariado. Así, mientras más concentrado se encuentra el capital social, mayor es el nivel de endeudamiento de la sociedad (en comparación a otros con estructuras de capital menos concentradas). Esto tiene

sentido, ya que el accionista controlador suele ser adverso al riesgo, tiene buena parte de su inversión concentrada en una sociedad y, por ende, para mitigar los riesgos del negocio prefiere trasladar parte de los riesgos de inversión en acreedores en lugar de financiarlos con recursos propios, exponiendo así cada vez más su patrimonio (Pacheco, 2022).

Como señala Rubinstein, los inversionistas ya no sólo toman en consideración la rentabilidad de la sociedad, sino que adicionalmente consideran como un factor importante de inversión a los aspectos ambientales, tal como cuestionarse si la inversión tendrá un impacto positivo en el medio ambiente; sociales, si la inversión atenderá aspectos como equidad, diversidad e inclusión; y de gobierno, si la empresa será manejada de manera que se priorice el interés de todas las partes interesadas (*stakeholders*) en lugar del de los accionistas controladores o los ejecutivos administradores. Los inversionistas están cada vez más enfocados en las consideraciones de ESG basados en la creencia de que las empresas que cuentan con políticas robustas de ESG son más atractivas —porque los clientes de estas empresas están más sintonizados con estas consideraciones—, los trabajadores prefieren trabajar en estas empresas; y otros inversionistas estarán más interesados de participar en dichas empresas (2022, pp. 374-375).

Es por ello que el acceso a las fuentes de financiamiento requiere que las empresas compitan por la escasa liquidez que existe actualmente en el mercado y en esa competencia por financiamiento y liquidez, aquellos que tengan sistemas de ESG más robustos, tendrán una ventaja competitiva, lo cual incentiva a que las sociedades les den prioridad a sus políticas de gobierno corporativo, entre otras.

- 3.3 El director independiente para reforzar el buen gobierno corporativo: aun cuando los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad buscan mitigar los costos de agencia, aún existe una brecha importante por cerrar. Una de las principales propuestas para mitigar los riesgos que trae consigo la concentración de capital en las sociedades y los problemas de agencia es la designación de directores independientes que presenten un punto de vista desinteresado, externo y libre de sesgos para la toma de decisiones en la sociedad. Lo cierto es que los directores independientes no

terminan siendo tan independientes, lo cual se debe a diversos factores, como podría ser que los directores son usualmente personas notables con poco tiempo disponible para monitorear a la sociedad, revisar información de la sociedad y/o prepararse adecuadamente para una junta, dado que se trata de una labor de medio tiempo y mucha de la información a la que accede es proporcionada por la gerencia general que puede controlar y manipular a su discreción (Pugh, 2019). También hay que tener en cuenta que en vista de que el cargo de director suele ser remunerado, el director tiene un interés especial en mantener el ingreso de sus dietas, lo cual puede estar en riesgo si es que es removido del directorio por contrariar al accionista controlador o si su remuneración se determina en base a los resultados del negocio, va a optar por aquella estrategia que maximice sus ingresos, lo cual suele estar asociado a priorizar decisiones del corto plazo.

Hablar de directores independientes en sociedades con accionistas controladores, que a su vez designan a sus propios directores independientes que los van a monitorear y en algunos casos votar en detrimento de estos resulta por demás iluso. Se necesitan de otras herramientas más robustas que realmente permitan que una voz independiente pueda formar parte de los órganos de dirección de la sociedad para generar un impacto relevante para la reducción de los costos de agencia.

Como hemos señalado, en el modelo estadounidense, los problemas verticales de agencia y la doctrina de la primacía de los accionistas han llevado a que las decisiones empresariales tiendan a beneficiar en el corto plazo a los accionistas y a los administradores (que a su vez son compensados en gran medida en base a los resultados operativos de la sociedad): es decir, los incentivos fomentan maximizar la utilidad en el corto plazo. Este problema se refleja también en el modelo europeo cuando un accionista controlador controla la propiedad y toma de decisiones de la sociedad, pues no sólo lo hará con la visión de beneficiarse en perjuicio de las minorías y otros *stakeholders*, sino también tendrá un incentivo por favorecer decisiones que incrementen la rentabilidad en el corto plazo en perjuicio de la sostenibilidad de largo plazo.

Esto se acentúa aún más con las realidades políticas que enfrenta nuestro país, en donde los gobiernos de turno y las agendas políticas podrían terminar

por nacionalizar, restringir o afectar adversamente los resultados de las compañías. Así, es por demás complejo para el empresariado tener una visión de largo plazo y sostenibilidad cuando existe incertidumbre sobre la viabilidad de la nación como proyecto de país.

Por lo tanto, creemos que la solución a la problemática horizontal que se presenta en el modelo corporativo peruano no sólo debe atender a la protección de las minorías en contra de los abusos de los accionistas controladores, sino también enfocarse en que las sociedades prioricen la sostenibilidad de los negocios tomando en consideración los intereses de los diversos *stakeholders* de la sociedad y con miras a una sostenibilidad en el largo plazo, y, como señala Magnusson, procurar que las sociedades fomenten la búsqueda del bien común: ello será a su vez cada vez más necesario para que las empresas accedan a fuentes de financiamiento (2022).

Si bien reconocemos la importancia de que las sociedades cuenten con directores independientes y también que haya diversidad de género en el directorio, no debemos pasar por alto las limitaciones que estas figuras tienen de cara a favorecer las políticas de buen gobierno corporativo de las sociedades. Es por ello que resulta necesario pensar que la inteligencia artificial puede introducirse dentro de una sociedad en cuanto no tendrá que preocuparse por satisfacer al accionista que paga su dieta o en que tiene que lograr un determinado resultado para hacer honor a su prestigio y nombre, así como no estará limitada por el tiempo.

La inteligencia artificial emula el comportamiento humano para brindar respuestas o para tomar decisiones en base a determinadas reglas y datos, incluso pudiendo crear otras reglas o datos (Baran Can, pp. 3-4) que serán construidas, diseñadas, articuladas, aseguradas e iniciadas por un ser humano o un grupo de ellos a través de distintos mecanismos, pues su trabajo es ese: dar una respuesta en base a la información proporcionada, por lo que su respuesta es objetiva y no es amenazada por conflictos de interés. Así, la inteligencia artificial está diseñada para procesar datos y/o variables, brindando un resultado y/o respuesta en base a un comando y a la información que se le carga; es decir, un resultado objetivo en base a la información analizada. Aquí el reto para los administradores, accionistas e inversionistas consistiría en determinar qué información debe ser cargada para obtener el resultado más objetivo posible que asegure el bien común de la sociedad, garantizando un resultado a largo plazo y no al corto plazo.



4. Gobierno tecnológico y adaptación de deberes fiduciarios

4.1 Gobierno tecnológico: como señalamos anteriormente, la inteligencia artificial puede ser utilizada para optimizar el proceso de toma de decisiones en la empresa y reducir los costos de agencia tanto en sus expresiones verticales como horizontales. La inteligencia artificial puede traer a la sociedad la imparcialidad e independencia necesarias para garantizar que las decisiones busquen beneficiar a largo plazo y al interés de la sociedad. Se habla así de la implementación de un gobierno tecnológico en la sociedad que requiere de una revisión y adaptación de los deberes fiduciarios que gobiernan el manejo y administración de las sociedades. Si la intención es darle voz y voto en el directorio a la inteligencia artificial, resulta necesario un mayor debate sobre las herramientas y obligaciones a tener en cuenta en materia de gobierno tecnológico. Para tal efecto, debemos considerar que el gobierno tecnológico es la utilización de la tecnología para facilitar el proceso de toma de decisión y las operaciones de la sociedad (Li, 2023).

Si bien sugerimos que la inteligencia artificial puede ser una tecnología que tenga voz y voto en el directorio de la sociedad, reconocemos que este es un proceso que irá adaptándose paulatinamente y a medida que la tecnología vaya madurando. Hoy en día, podría resultar prematuro considerar que la inteligencia artificial puede ocupar eficientemente un lugar en el directorio y generar valor; sin embargo, a medida que la inteligencia artificial vaya robusteciendo e iterando hacia mejores versiones, esto podría resultar en una realidad en la mayoría de sociedades. Por ello, inicialmente se podría considerar que la inteligencia artificial solo pueda tomar un sitio en el directorio y que no pueda constituir la mayoría del directorio, que no lo pueda presidir, que su derecho de voto se vea limitado a decisiones rutinarias, pero excluido de otras decisiones estratégicas o que se encuentren vinculadas a asuntos para

los cuales la inteligencia artificial no tenga experiencia o en donde los humanos se encuentran mejores posicionados para adoptar la decisión como pudieran ser temas vinculados a los valores o cultura empresarial.

Es innegable que la tecnología hará que las empresas sean más eficientes y acertadas en sus decisiones, pero su adopción paulatina requerirá a su vez que sea acompañada de modificaciones legislativas que le permitan actuar con voz y voto en el directorio y que se actualicen ciertos deberes fiduciarios en atención a su naturaleza especial de algoritmos desarrollados por humanos para el servicio de terceros.

4.2. Adaptación de los deberes fiduciarios a la inteligencia artificial: como señala Zhaoyi Li en su trabajo “Technology Governance under Corporate Law” (2023), los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad deben ser actualizados y customizados a la inteligencia artificial dada su especial naturaleza¹.

4.2.1 Adaptación del deber de diligencia: Li señala que el proceso de implementación de la inteligencia artificial, como cualquier proceso de adopción tecnológico, se despliega por fases, siendo primero una de implementación y desarrollo y otra de puesto en producción, en la que la solución es desplegada y la inteligencia artificial empieza a tomar decisiones (2023).

Antes de que la inteligencia artificial sea puesta en producción y tome decisiones, hay un proceso previo en donde la tecnología tiene que ser desplegada en la empresa, la información debe ser migrada o cargada en la aplicación de inteligencia artificial y la inteligencia artificial debe ser integrada con los sistemas de la sociedad para asegurar de que se alimente continuamente de la información más reciente que se produce en la sociedad y en el mercado. La intelligen-

¹ La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (“OCDE”) en su documento “The state of implementation of the OECD AI principles four years on” (Paris, OECD Publishing, 2023) ha establecido ciertos principios aplicables a la inteligencia artificial que se resumen en: (i) los *stakeholders* deben participar proactivamente en la administración responsable para que la inteligencia artificial sea fiable y funcione para el bienestar en general; (ii) debe respetar el estado de derecho, los derechos humanos y los valores democráticos; (iii) debe divulgar su funcionamiento, uso, resultados y los mecanismos de impugnación sobre los resultados; (iv) debe ser sólida, segura y protegida de modo que, en condiciones de uso normal, previsible o indebido, u otras condiciones adversas, funcionen adecuadamente y no sean un riesgo irrazonable; (v) debe asegurar la integridad de la información y su trazabilidad en los procesos de toma de decisiones; y (vi) los responsables del funcionamiento del sistema deben respetar los principios anteriores.

cia artificial toma decisiones en base a la información histórica que tenga disponible y es por ello que el cargado de la información histórica de la sociedad debe garantizar que la información sea cuarta, veraz y actualizada.

El proceso de cargado y migración de la información debe identificar a un ingeniero responsable para garantizar la integridad de la información y en el supuesto que la inteligencia artificial adopte una decisión errónea en base a la información que le fue proporcionada, pueda deslindar responsabilidad en el ingeniero responsable de la carga de la información. El ingeniero, a su vez, debe señalar previo al cargado de la información sus datos personales y cierta información que garantice que en el eventual caso de que exista una inclinación y/o tendencia a favorecer ciertas decisiones, la inteligencia artificial la pueda advertir con anticipación. Estos datos pudieran incluir sexo, edad, orientación sexual, afiliaciones políticas y similares que la inteligencia artificial pueda tener en consideración al momento de adoptar una decisión y factorizar también el potencial de manipulación de la información por parte del ingeniero responsable de la carga de información.

Resulta relevante que las asociaciones de la industria generen lineamientos claros y metas objetivas de responsabilidad social corporativa y de ESG. De esta manera, cuando la inteligencia artificial deba adoptar una decisión, tenga en cuenta aquellos lineamientos de la industria.

Cuando la inteligencia es puesta en producción y empieza a tomar decisiones, los sistemas de inteligencia artificial deben contar con mecanismos para actualizar periódicamente los algoritmos para actualizarlos de acuerdo a las nuevas tendencias de mercado y a las modificaciones legislativas. Estos sistemas de inteligencia artificial también debieran contar con metodologías de auditoría interna constantes que aseguren un adecuado proceso de toma de decisiones. La inteligencia artificial debiera tener redundancia, es decir, debiera tener más

de un algoritmo corriendo las decisiones y tomar sus decisiones en base a más de uno de ellos, de manera que se asegure una decisión imparcial y desde otro punto de vista. Las decisiones deben estar sustentadas con informes, simulando resultados, ofreciendo puntajes y riesgos asociados, *ranqueando* las alternativas en base a las fortalezas y debilidades de cada una de ellas.

Finalmente, las decisiones de la inteligencia artificial deben contener un reporte detallado y actualizado de las decisiones y hacer el seguimiento correspondiente para su implementación, manteniendo un legajo de todas las decisiones para cualquier potencial cuestionamiento posterior.

Como podrá advertirse, un deber fiduciario de diligencia para la inteligencia artificial a grandes rasgos debiera velar porque la inteligencia artificial cumpla con las condiciones, requisitos, pasos y obligaciones antes mencionados y cualquier violación o incumplimiento de las obligaciones o pasos antes referidos podría gatillar una violación al deber de diligencia.

- 4.2.2 Adaptación del deber de lealtad: si bien los algoritmos no pueden tener conflictos de interés, los humanos detrás de los algoritmos sí podrían tenerlos. Por ello, las aplicaciones de inteligencia artificial deben proporcionar a la sociedad el detalle de los ingenieros responsables por el desarrollo y mantenimiento de la aplicación, así como de los accionistas controladores de la empresa titular de la inteligencia artificial. Como sabemos, algunos inversionistas institucionales podrían tener inversiones en desarrolladores de inteligencia artificial que pudieran generar situaciones de conflicto si la herramienta de propiedad de una de sus empresas, a su vez, adopta decisiones que pudieran beneficiar al inversionista institucional en otra sociedad. El deber de lealtad aplicado a la inteligencia artificial debe garantizar que el despliegue de estas tecnologías en las empresas no pueda beneficiar a algunos accionistas de la sociedad por encima del interés común.



4.2.3 Indemnidad: finalmente, cuando ocurre una violación al deber de lealtad o de diligencia, el responsable de reparar el daño es el director responsable de la decisión. En el caso de los algoritmos, al no ser sujetos de derecho, el responsable por sus acciones debería ser el titular del algoritmo, es decir, la empresa que desarrolló el algoritmo subyacente. Este podría no ser el mejor resultado económico porque incrementa el costo de contratación y despliegue de la inteligencia artificial, pudiendo recurrirse a mecanismos alternativos como la contratación de seguros en caso de violaciones a los deberes fiduciarios para la reparación de los daños. Estos son algunos de los tantos temas que la legislación debería atender con miras a la implementación y adopción de la inteligencia artificial en las sociedades.

Conclusiones

Es indudable que la inteligencia artificial posee muchas ventajas, tal como la reducción de riesgos para la toma de decisiones, dada la capacidad cognitiva y de análisis de datos que tiene; y la reducción de los costos de agencia, puesto que la inteligencia artificial no tiene intereses personales, prejuicios ni lealtad que cumplir. La incorporación de la inteligencia artificial en los directorios de las sociedades requerirá de una actualización legislativa; por ejemplo, actualmente, nuestra Ley General de Sociedades establece que el directorio debe estar conformado sólo por personas naturales (Congreso de la República del Perú, 1997, art. 160), restringiendo la posibilidad de que la inteligencia artificial ocupe un lugar en el directorio. No obstante, así como la inteligencia artificial puede generar eficiencias en las empresas y la economía en su conjunto, existe la preocupación de que también pudiera destruir puestos de trabajo y generar sesgos que contribuyen a la inequidad. Hay mucho por discutir y revisar, pero es innegable que la inteligencia artificial ha llegado para cambiar la vida de todos y debemos adecuarnos a la brevedad.

Referencias bibliográficas

- Asociación de Empresas Familiares del Perú, EY Perú. (2019). ¿Cuál es el impacto de las Familias Empresarias?: Resultados 1^{era} Encuesta de Familias Empresarias en el Perú. [https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/](https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/es_pe/topics/entrepreneurship/ey-empresas-familiares-publicacion.pdf)
- Baran Can, K. (2022). *The role of artificial intelligence in corporate governance*. <https://ssrn.com/abstract=4143846>
- Bloomberg (24 de octubre de 2023). *The first nordic company to the leadership team of the new data driven businesses*. <https://www.bloomberg.com/press-releases/2016-10-17/tieto-the-first-nordic-company-to-appoint-artificial-intelligence-to-the-leadership-team-of-the-new-data-driven-businesses-unit>
- Business Roundtable Corporation. (2019). *Statement of Purpose* [Archivo PDF]. <https://s3.amazonaws.com/brt.org/BRT-StatementonthePurposeofaCorporationOctober2020.pdf>
- Cole, T. (2019). *CEO Leadership: Navigating the New Era in Corporate Governance*. University of Chicago Press.
- Congreso de la República del Perú. (1997). *Ley 26887 de 1997. Por lo cual se expide Ley General de Sociedades*.
- Loncharich, I. (2005). En beneficio de todos: Gobierno corporativo. *El Peruano*.
- Li, Z. (2023). Technology governance under corporate law. *U. of Pittsburgh Legal Studies Research Paper*, n° 2023-31. <http://ssrn.com/abstract=4524129>
- Magnusson, W. (2022). *For profit: A history of corporations*. Basic Books.
- Martin PETRIN, M. (2019). Corporate management in the age of AI. *UCL Working Paper Series*, 3(3). <https://ssrn.com/abstract=3346722>.
- Martínez, J. J. (2005). Gobierno corporativo en el Perú: contribución para reenfocar el concepto. *Apuntes: Revista de Ciencias Sociales*, n°. 56/57, 95-114.
- McAfee, A. y Brynjolfsson, E. (2017). Mind and machine en *Machine, platform, crowd: Harnessing our digital future*. W. W. Norton & Co.
- Möslein, F. (16 de noviembre de 2017). *Robots in the boardroom: Artificial intelligence and corporate law*, *Oxford Business Law Blog*.

<https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/11/robots-boardroom-artificial-intelligence-and-corporate-law>

Organización para la Cooperación y el desarrollo económico. (2018). *Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable*. <https://mneguidelines.oecd.org/Guia-de-la-OCDE-de-debida-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf>

Organización para la Cooperación y el desarrollo económico. (2023). *G20/OECD Principles of Corporate Governance 2023*. <https://mneguidelines.oecd.org/Guia-de-la-OCDE-de-debida-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf>Pacheco, L. (2022). Ownership Concentration, Control, and Capital Structure in Family and Non-Family Firms. *Jour-*

nal of Small Business Strategy, 32(3), 113–127. <https://doi.org/10.53703/001c.36283>

Payet, J. A. (2003). Empresa, gobierno corporativo y derecho de sociedades: Reflexiones sobre la protección de las minorías. *THÉMIS - Revista de Derecho*, n° 46 (2003), 77-103.

Pugh, W. (24 de marzo de 2019). *Why Not Appoint an Algorithm to Your Corporate Board?*. Slate. <https://slate.com/technology/2019/03/artificial-intelligence-corporate-board-algorithm.html>

Ramos Herranz, I. (2006). El estándar mercantil de diligencia: El ordenado empresario. *Anuario de Derecho Civil*, 59(1), 211-224.

Rubenstein, D. M. (2022). *How to Invest: Masters on the Craft*. Simon & Schuster.

Consideraciones legales sobre datos personales en fusiones y adquisiciones

Legal considerations on personal data in mergers and acquisitions

— Lisandro Frene* y Juan Aberg Cobo** —

Resumen

En los últimos quince años, las nuevas tecnologías –‘alimentadas’ en base al procesamiento masivo de datos –crecieron a un ritmo tan vertiginoso que abarcaron prácticamente toda la sociedad, las industrias y actividades mercantiles. Esta expansión tecnológica sin precedentes –de la cual los datos son su combustible– generó legislación específica sobre tratamiento de datos personales. Así es que, actualmente, en las transacciones de fusiones y adquisiciones (M&A) el análisis jurídico de cuestiones de *data privacy* de la empresa *target* resulta algo corriente y hasta imprescindible en cualquier *due diligence* y operación mínimamente seria. En este artículo procuraremos reseñar las principales consideraciones jurídicas insoslayables sobre datos personales a tener en cuenta en las operaciones de fusión y/o adquisición, en las respectivas etapas *pre* y *post-closing* de dichas transacciones.

Palabras clave

Datos personales, transacción, *due diligence*, contingencias obligaciones.

Abstract

In the last fifteen years, new technologies –‘fueled’ by massive data processing– have grown at such a vertiginous pace that they have encompassed virtually all society, industries and business activities. This unprecedented technological expansion –of which data is its fuel– generated specific legislation on the processing of personal data. Thus, nowadays, in mergers and acquisitions (M&A) transactions, the legal analysis of data privacy issues of the target company is commonplace and even essential in any due diligence and minimally serious operation. In this article we will try to outline the main unavoidable legal considerations on personal data to be considered in merger and/or acquisition operations, in the respective pre and post-closing stages of such transactions.

Keywords

Personal data, transaction, due diligence, contingencies, contracts.

* Abogado por la Universidad de Buenos Aires. LLM en la Yeshiva University de Nueva York (2001). Socio encargado del área de IT & Data Privacy del Estudio Richards, Cardinal, Tützer, Zabala, Zaefferer SC. Cybersecurity Officer y miembro del Technology committee de la International Bar Association. Correo: frene@rctzz.com.ar

** Abogado por la Universidad Católica Argentina. Cursó el Programa de Derecho y Tecnología de la Universidad de San Andrés y el Curso Internacional de Datos Personales en la misma Universidad (2022). Miembro del área de IT & Data Privacy del Estudio Richards, Cardinal, Tützer, Zabala, Zaefferer SC. Correo: aberg@rctzz.com.ar

1. Introducción

Las cuestiones sobre bases de datos eran un ítem prácticamente inexistente entre las consideraciones legales a analizar previo a realizar una transacción de fusión o adquisición societaria. Ello era natural, por así decirlo, salvo por puntuales excepciones, pues casi no existía legislación ni conflictos al respecto. En los últimos quince años, particularmente desde el advenimiento de la llamada cuarta Revolución Industrial, las nuevas tecnologías –‘alimentadas’ en base al procesamiento masivo de datos– crecieron a un ritmo tan vertiginoso que abarcaron prácticamente toda la sociedad, las industrias y actividades mercantiles. Hoy, siete de las diez compañías más valiosas del mundo son tecnológicas; y las que no lo son, dependen decisivamente de la tecnología para producir, distribuir y/o comercializar sus bienes y/o servicios, cualquiera sea el rubro en que se desempeñen. Esta expansión tecnológica sin precedentes –de la cual los datos son su combustible– generó legislación específica sobre tratamiento de datos personales. En 2001, escasos países contaban con este tipo de normativa, siendo Argentina el único en América. Hoy, más de 130 países (y la mayoría de Sudamérica¹) cuentan con normativa sobre datos personales: ello, dado que los datos tienen un valor, representa un activo fundamental (muchas veces el principal activo) de una compañía. El modo en que los datos pueden ser tratados –entendido en el sentido amplio que la legislación comparada le atribuye a este último término– adquiere consecuencias jurídicas muy concretas: de allí el surgimiento de su regulación, que continúa *in crescendo*.

Así es que, actualmente, en las transacciones de fusiones y adquisiciones (M&A), el análisis jurídico de cuestiones de *data privacy* de la empresa *target* resulta algo corriente y hasta imprescindible en cualquier *due diligence* y operación mínimamente seria. Desde cuestiones registrales, hasta incidentes de ciberseguridad (por ejemplo, individualización de ellos, medidas contingentes tomadas, etc.), origen y categorización de los datos, pasando por cumplimientos normativos, cláusulas de *data privacy* en contratos con terceros, transferencia internacional de datos, pedidos de habeas data y/o sanciones y/o auditorías al respecto, por citar solo un par de títulos. Se trata de un análisis necesariamente transversal que debe realizarse cualquiera sea el sector de la industria involucrado en este tipo de transacciones y que generalmente debe complementarse con otras áreas del derecho (laboral, societario, bancario, etc.) pues todas ellas se ven impactadas por la normativa de datos personales.

En este artículo procuraremos reseñar las principales consideraciones jurídicas sobre datos personales a tener en cuenta en las operaciones de fusión y/o adquisición. Lógicamente, variarán según las particularidades específicas y la estructura de la transacción bajo análisis (por ejemplo, fusión, compraventa accionaria, adquisición de una unidad de negocios o fondo de comercio, etc.). En cualquier caso, el objetivo es reseñar someramente los institutos conceptuales de *data privacy* insoslayables en las etapas *pre* y *post-closing*, así como las cláusulas que –a grandes rasgos– deberían incluirse en los documentos que instrumenten este tipo de transacciones.

1 Dentro de estos países se encuentran: Argentina (PROTECCION DE LOS DATOS (infoleg.gob.ar)), Brasil (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm), Chile (Ley Chile - Ley 19628 - Biblioteca del Congreso Nacional (bcn.cl)), Colombia (LEY 1581 DE 2012 (suin-juriscal.gov.co)), Ecuador (1162059 - LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERS 202107011248165227 (www.gob.ec)), Perú (LEY DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.indd (www.gob.pe)), Uruguay (Ley N° 18331 (impo.com.uy)). En el caso de Bolivia y Paraguay, las disposiciones sobre protección de datos personales no se encuentran, a la fecha, centralizadas en una ley genérica, sino en distintas normativas. En el caso boliviano, la protección de datos personales es legislada en la Constitución Política de Bolivia en sus arts. 21, 130 y 131 (CONSTITUCION.pdf (gacetaoficial-debolivia.gob.bo)), el Código Procesal Constitucional (Código Procesal Constitucional – Protección de datos personales Bolivia (protecciondedatos.bolivia.bo)), Decreto Supremo N°1793, reglamentario de la Ley N°164 (DS-N°-1793-Reglamento-a-la-Ley-N°164-para-el-Desarrollo-de-Tecnologías-de-la-Información-y-Comunicación.pdf (ctic.gob.bo)) y la Ley de Ciudadanía Digital N°1080 del año 2018, en su art. 12 (Ley-1080-Ciudadanía-Digital..pdf). En el caso de Paraguay, la protección de datos personales se encuentra legislada en la Constitución de la República en sus arts. 33, 36, 45, 135 (Constitución de la República de Paraguay, 1992 (oas.org)), Ley 6354/2020 de Protección de Datos Personales Crediticios (LEY+6534.pdf (bacn.gov.py)), Ley 4868/2013 de Comercio Electrónico (20140409095515.pdf (bacn.gov.py)), Ley 4017/2010 de Validez Jurídica de la firma electrónica, la firma digital, los mensajes de datos y el expediente electrónico, en su art. 34 (20150709092101.pdf (bacn.gov.py)), Ley 5282/2014 (<https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/3013/libre-acceso-ciudadano-a-la-informacion-publica-y-transparencia-gubernamental>). Por fuera del ámbito de Sudamérica, se encuentran, por ejemplo: México (en el sector privado, regulado por la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (diputados.gob.mx) y en el sector público regulado por la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados (diputados.gob.mx)), Panamá (Gaceta Oficial Digital (antai.gob.pa)) y su reglamento Gaceta Oficial Digital (antai.gob.pa)), Canadá (cuenta con dos leyes federales de aplicación, la ‘Privacy Act’ (Privacy Act (justice.gc.ca)) y la ‘Personal Information Protection and Electronic Documents Act’ (Personal Information Protection and Electronic Documents Act (justice.gc.ca))), Costa Rica (Microsoft Word - leydeprotecciondelapersona (tse.go.cr)), El Salvador con la Ley de Acceso a la Información Pública (www.transparencia.gob.sv/institutions/iaip/documents/302297/download)), Nicaragua con la Ley de Protección de Datos Personales (LEY DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES (asamblea.gob.ni)), República Dominicana con la Ley 172/2013 (Ley No. 172-13 Protección de los Datos (sb.gob.do))y Cuba con la Ley 149/2022 (goc-2022-090_0.pdf (gob.cu)). Las citas a las leyes de *data privacy* distintas a la Argentina son meramente de carácter referencial.



2. Inicio de las negociaciones: previsiones para el intercambio de información.

Independientemente del tipo y forma de la potencial transacción, usualmente al comenzar las negociaciones, las partes suscriben un documento mediante el cual expresan su intención de iniciar tratativas sobre intercambio de información con el fin de, en caso de llegar a un acuerdo, firmar los documentos que reflejen la transacción final. En este documento inicial (típicamente una carta de intención, memorándum de entendimiento o similar) suelen incluirse compromisos ‘no vinculantes’ (se denominan así por estar condicionados a que las partes acuerden los aspectos definitivos de la negociación iniciada) y cláusulas obligatorias. Entre estas últimas es común incluir cláusulas de no exclusividad; no competencia por un plazo determinado; cláusulas de no captación de empleados, jurisdicción y ley aplicable; y, casi siempre, cláusulas de confidencialidad. Dentro de este tipo de cláusulas vinculantes, deberán incluirse cláusulas sobre el tratamiento de los datos que las partes habrán de intercambiarse y las obligaciones de cada una de ellas al respecto, en concordancia con la legislación de datos personales en las jurisdicciones involucradas, ya sea que se concluya o no el negocio inicialmente propuesto.

Las partes de la negociación comenzarán a intercambiarse información tendiente a concluir la misma: en general, la vendedora proveerá a la potencial compradora información de la empresa a ser adquirida, típicamente resumida en un *due diligence checklist*. Gran parte de esa información estará constituida por “datos personales” (conforme las definiciones de las leyes aplicables en la materia). En este punto, cabe recordar que las empresas pueden ser “responsables” (*controllers*) de esas bases de datos, pero los titulares de tales datos son las personas físicas a las que se refiere esa información; y esos titulares probablemente no hayan dado su consentimiento y probablemente ignorarán este intercambio de sus datos entre las empresas de la transacción.

Entonces, en esa carta de intención inicial, además de la típica cláusula de confidencialidad, deberán incluirse cláusulas vinculantes para la parte receptora de la información respecto de las medidas de seguridad que adoptará para salvaguardar los datos personales recibidos; la finalidad –acotada– que le dará a tales datos; las restricciones de acceso para dichos datos, circunscriptas únicamente a quienes intervengan en el *due diligence* y solo con ese

propósito; los contratos o cláusulas que habrá de incluir en los contratos con sus subcontratistas o proveedores intervinientes en la transacción que accedan a tales datos; el curso de acción a seguir en caso de recibir un pedido de acceso por parte de los titulares de los datos; el tiempo durante el cual los mantendrá; y el modo y compromiso de destruir tales datos en caso de que no se concrete la transacción, así como la constancia de que tal destrucción se ha llevado a cabo y la inexistencia de copias de tales datos; y los distintos supuestos de responsabilidad en caso de un incidente de seguridad de tales datos, fuga o acceso indebido a los mismos, previéndose las consecuencias para tales supuestos.

Corresponde tener presente que, en esta etapa precontractual y como principio general, si la transacción no se concluye por falta de acuerdo entre las partes respecto de los elementos esenciales de la misma (precio, plazo, bienes a adquirir, forma de pago, u otros aspectos) no habrá responsabilidad de las partes al respecto. No obstante, desde el momento mismo que existe transferencia de datos personales de una parte a la otra, sí puede haber responsabilidad de las partes (incluso solidaria de ambas partes frente al titular del dato) por tratamiento indebido de los mismos y esto conviene preverlo adecuadamente en el instrumento que da inicio a la negociación.

3. Auditoría (*due diligence*) de la sociedad a adquirir: aspectos de datos personales a relevar.

Luego de instrumentarse formalmente el inicio de las negociaciones, habitualmente, comienza la auditoría de la sociedad *target*, comúnmente conocida como *due diligence*. En dicho proceso, la parte potencialmente vendedora pone a disposición de la potencial compradora la información y documentación legal y contable de dicha sociedad –que lógicamente implica revelar datos personales– para que esta última evalúe el status de la misma, sus contingencias y, en función de ello, el valor y los términos de la pretendida adquisición. Desde el punto de vista jurídico, el listado de información a relevar suele condensarse en un listado (*due diligence checklist*) segmentado según las distintas áreas del derecho (laboral, contencioso, administrativo, societario, ambiental, etc.). Como decíamos al inicio, en la última década se ha agregado a ese *checklist* el área de datos personales como un área en sí misma que, paradójicamente, resulta transversal a todas las demás en el sentido que impacta en todas ellas, ya que todas implican el tratamiento de datos personales.

A continuación, detallaremos algunos aspectos sobre *data privacy* que entendemos deberían incluirse a la hora de confeccionar el *checklist* y considerarse al implementar el *due diligence* sobre el *target* encomendado. La presente enumeración es genérica y enunciativa, pudiendo la misma modificarse o ampliarse tomado en cuenta factores particulares de las empresas involucradas en la potencial transacción.

3.a Inscripción en registros de bases de datos

Es habitual en varias legislaciones sobre datos personales la imposición del deber legal de inscribirse en algún tipo de “registro de bases de datos” o denominación similar, administrado por la autoridad de aplicación de la ley de datos personales de la jurisdicción en cuestión². El incumplimiento de esta obligación registral suele generar sanciones de distinto tipo.

Tal es el caso, por ejemplo, de Argentina, en donde la Ley N°25.326 de Protección de Datos Personales (en adelante, “LPDP Argentina”) expresamente prevé en su artículo 21 que “todo archivo, registro, base o banco de datos público, y privado destinado a proporcionar informes debe inscribirse en el Registro que al efecto habilite el organismo de control” (Congreso de la Nación Argentina, 2000, p. 7) junto con los requisitos que deben cumplir. La falta de inscripción deja expuesta a la empresa infractora a las sanciones pertinentes³. Criterio similar observamos en Perú, dado que la Ley de Protección de Datos Personales de dicho país (en adelante, “Ley de Perú”⁴) impone la obligación de inscribir en el Registro Nacional de Protección de

Datos Personales, “los bancos de datos personales de administración pública o privada, así como los datos relativos a estos que sean necesarios para el ejercicio de los derechos que corresponden a los titulares de datos personales” (Congreso de la República del Perú, 2011, p. 6). En caso de realizar tratamiento de datos sin haber inscrito las correspondientes bases de datos en el antedicho Registro Nacional de Protección de Datos Personales, ello será considerado como una infracción “grave” según la Ley de Perú (Congreso de la República del Perú, 2011, p. 6), quedando expuesto el *target* a las sanciones pertinentes⁵.

En función de ello, es relevante verificar si la sociedad que se está pretendiendo adquirir ha cumplido en debida forma con esta obligación registral formal. En el caso de Argentina, la verificación puede realizarse mediante una consulta en el Registro Nacional de Bases de Datos Personales, de forma gratuita⁶; en Perú, el procedimiento es similar al argentino. Conforme señala Jessica Hondermann⁷, “la labor de verificación es relativamente sencilla pues el Registro de Protección de Datos Personales⁸ es público y puede ser revisado de forma gratuita” (comunicación personal, 30 de octubre de 2023).

3.b Políticas de privacidad

Las políticas de privacidad de una empresa son cada vez más usuales –cualquiera sea el tamaño de la empresa– e incluso un requisito regulatorio en varias jurisdicciones⁹. Sus términos tienen consecuencias y contingencias cada vez más concretas, extendiéndose desde la relación con consumidores y clientes hasta los deberes de los empleados de la empresa en el trato con la información que ma-

2 Si bien esta obligación se encuentra tanto en Argentina y en Perú como adelantaremos a continuación, en el plano europeo, el Reglamento General de Protección de Datos (en adelante, “GDPR”) no la incorpora. Sin embargo, el art. 30 del GDPR prevé una obligación similar, dado que impone a los *controllers* y a *processors* (y sus respectivos representantes) llevar adelante la confección de un registro interno – el cual puede ser puesto a disposición de la autoridad de aplicación- en donde detallen determinadas cuestiones del tratamiento.

3 No inscribir las bases de datos en el registro pertinente es considerado una “infracción leve” por la Resolución 240/2022 AAIP. No obstante, ello, en caso de no inscribir las bases de datos luego de un requerimiento por la autoridad de aplicación, constituirá un agravante, incrementándose de dicha manera las sanciones a aplicar por dicho incumplimiento.

4 Ley de Protección de Datos Personales del Perú N°29.733.

5 Según el artículo 39 inciso 2 de la Ley de Perú, las infracciones graves serán sancionadas con multa de más de 5 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) hasta 50 UIT. A la fecha de redacción del presente, una UIT equivale a S/4950 (USD 1296,25).

6 [Buscador del Registro Nacional de Bases de Datos Personales | Argentina.gob.ar](https://buscador.registro.gob.ar/)

7 Jessica Hondermann Gómez es abogada experta en el derecho protección de datos personales en Perú, miembro del Estudio Martinot Abogados. Agradecemos la colaboración de la Dra. Hondermann Gómez para la redacción del presente artículo.

8 https://prodpe.minjus.gob.pe/prodpe_web/BancoDato_verResultado.

9 Art. 24 GDPR. En el caso de Argentina, si bien no existe una norma que obligatoriamente establezca el deber de contar con una política de privacidad, la AAIP (autoridad de aplicación de la LPDP Argentina) sí lo considera como tal. Ello en base a los principios del art. 4 LPDP Argentina y a la Disposición AAIP 18/2015 sobre “Guía De Buenas Prácticas En Privacidad Para El Desarrollo De Aplicaciones”. Esta última norma dispone en su Anexo I que el establecimiento de una política de privacidad constituye “[u] no de los pasos más importantes para respetar la privacidad de los titulares de datos, es desarrollar una Política de Privacidad que



nejan y/o a la que tienen acceso. El alcance de los derechos y obligaciones de una empresa respecto de los datos que maneja en gran medida dependerá de la existencia o no de este tipo de políticas y de cómo han sido comunicadas a sus destinatarios. Por eso será conveniente en el *due diligence* constatar la existencia o no de políticas de privacidad (es habitual, por ejemplo, que exista una política de privacidad para proveedores, otra para clientes y otra distinta para empleados), el modo de comunicación de la misma, el alcance de sus términos y el grado de cumplimiento de lo establecido en dicha política.

3.c Consentimiento de los titulares de los datos y otras bases para el tratamiento

¿De qué modo la empresa llegó a hacerse de los datos personales que maneja? ¿Obtuvo el consentimiento del titular de los datos o los recolectó en base a otros supuestos legales que la habilitan a este fin? ¿Está ello documentado? ¿Tiene sustento legal?

Al realizar la auditoría de la empresa a adquirir, debemos considerar que el tratamiento de datos personales será lícito en tanto y en cuanto las partes involucradas en el mismo lo realicen basándose en un principio permitido por ley y los datos personales tratados sean solamente utilizados con la finalidad que motivó su recolección¹⁰. Como principio general, los datos pueden ser tratados con previo consentimiento escrito e informado de su titular a tal efecto, pero existen en las legislaciones de la materia diversas excepciones a este principio general que habilitan la validez legal de su tratamiento¹¹.

De allí surge la trascendencia de corroborar si la empresa a adquirir efectuó –y efectúa– su tratamiento de datos de acuerdo a los principios de licitud del mismo, como también si el mismo se ajusta a las finalidades que habilitaron dicho tratamiento. El incumplimiento de las bases legales para el tratamiento puede derivar en procedimientos de oficio o en reclamos de los titulares de los datos y/o en la imposición de sanciones de diferente cuantía hacia el infractor por parte de la autoridad de aplicación¹², contingencias que, en caso de producirse, deberán ser asumidas –en todo o en parte– por el comprador de la empresa adquirida. Es por ello que, conforme señala Jessica Hondermann, “se sugiere solicitar muestras aleatorias de los formatos de consentimientos (autorizaciones escritas, políticas de privacidad, carteles informativos, glosas, etc.) que el target emplee para cada uno de sus bancos de datos” (comunicación personal, 30 de octubre de 2023).

3.d Medidas de seguridad de datos personales

Otro de los aspectos centrales de *data privacy* es aquel vinculado a la seguridad de los datos y a las medidas organizativas técnicas y administrativas que el responsable de la base de datos (en este caso, la empresa a adquirir) debe tomar para garantizar –valga la redundancia– la seguridad e integridad de los datos personales objeto del tratamiento.

Este aspecto es receptado por las legislaciones en materia de *data privacy*, aunque de manera dispar, dado que existen legislaciones que imponen el de-

explique claramente qué tipo de información se recaba, cómo se usa y con quién la compartes” (Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, 2015), a la vez que menciona varios parámetros que la misma debe cumplir. También existen otras normas de dicho organismo que indirectamente mencionan la obligatoriedad de las políticas de privacidad, como la Disposición AAIP 3/2012 que establece la facultad de la AAIP de inspeccionar a las empresas y requerirles su Política de Privacidad para evaluar el tratamiento de datos que realizan. En el caso de Perú, el art. 18 de la Ley de Perú expresamente trata las políticas de privacidad como un mecanismo para satisfacer el derecho de información de los titulares del dato.

10 Este principio se trata de un principio elemental de *data privacy*. A modo de ejemplo, el GDPR en su art. 5 inciso “b” prohíbe expresamente el tratamiento de datos personales de manera incompatible con las finalidades que motivaron la recolección. En el plano de Latinoamérica, la LPDP Argentina en su art. 4 inciso 3 y la Ley de Perú en su artículo 6 consagran este principio expresamente.

11 Art. 6 GDPR. Art. 5 inciso 2 “d” LPDP Argentina. Art. 14 Ley de Perú.

12 En el plano europeo, en base al art. 83 del GDPR *in fine*, estipula que el infractor a las disposiciones del consentimiento puede ser sancionado con multas de hasta €20.000.000 o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 4 % como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía. En el caso de Argentina, según la Resolución AAIP 240/2022, tratar los datos personales sin contar con una base de legitimación adecuada será considerado como una infracción ‘grave’ y como infracción ‘muy grave’ el tratamiento de datos personales en forma ilegítima o con menosprecio de los principios y garantías establecidos en la LPDP Argentina y normas reglamentarias. Para el caso de las infracciones graves, si bien los montos por cada infracción no son superiores a AR\$ 90.000 y en el caso de infracciones muy graves, los montos no son superiores a AR\$100.000, la Resolución AAIP 244/2022 indica que cuando un acto administrativo condenatorio incluya más de una sanción pecuniaria por idéntica conducta sancionable dentro de los niveles establecidos en la Resolución AAIP 240/2022, el tope máximo será de AR\$ 10.000.000 para las infracciones graves y de AR\$15.000.000 para las infracciones muy graves. En el caso de Perú, el art. 38 de la Ley de Perú indica que tratar datos personales sin consentimiento del titular será considerado una infracción ‘leve’, pudiendo ser sancionado el infractor con multas cuyo rango varía entre 0,5 y 5 Unidades Tributarias conforme el art. 39 de la Ley de Perú (a la fecha de redacción del presente, entre USD 648,12 a USD 6481,25 respectivamente).

ber genérico de seguridad de los datos¹³, mientras que otras explícitamente detallan distintas medidas de seguridad a aplicar¹⁴.

En cualquier caso, el potencial adquirente debería incluir en el *due diligence checklist* la revisión de las medidas técnicas y operacionales particularmente adoptadas por la sociedad a ser adquirida para resguardar su información y datos personales, desde controles de acceso, contraseñas, adquisición de productos de software específicos para este fin, si se realizan auditorías periódicas, etc. Dos puntos en especial que consideramos destacables dentro de este rubro son los siguientes: primero, la existencia –o no– de una política de usos de sistemas de IT para los empleados (que a veces se encuentra dentro de la política de privacidad para estos últimos), la cual resulta fundamental en tanto son los empleados de la empresa quienes, a través de dispositivos propios o provistos por la empresa, manejan los datos de la empresa, quienes tienen que cumplir las obligaciones de seguridad de estos últimos y también quienes son sujetos de supervisión al respecto por parte de la empresa, todo lo cual debería estar en esta política; segundo, la contratación o no de pólizas de seguro para incidentes de ciberseguridad.

3.e Incidentes de seguridad de datos personales

Los incidentes de seguridad de datos personales (*data breaches*) ocurren cada vez con mayor frecuencia, producen consecuencias muy gravosas (muchas veces difíciles de dimensionar), sancio-

nes¹⁵ (a veces millonarias) para la empresa que los sufre por parte de la autoridad de aplicación y, además, reclamos de los titulares de los datos afectados. Por ello, constituyen una de las mayores preocupaciones de las empresas, actualmente, cualquiera sea la actividad comercial en que se desempeñen.

Por lo que –en consonancia con las medidas de seguridad señaladas en el punto precedente– resulta conveniente revisar en el *due diligence*: si la empresa ha sufrido incidentes de ciberseguridad durante los últimos años, si los ha reportado (a clientes, a los titulares de los datos, a la autoridad de aplicación de los datos personales, al seguro en caso de contar con una póliza al respecto), si ha formulado denuncias administrativas y/o judiciales al respecto, si existen reclamos pendientes en tal sentido, qué tipo de datos han sido afectados, si se siguió el proceso regulatorio previsto por la ley al respecto, si existen protocolos internos que la empresa ha de seguir para el caso de que sucedan tales incidentes y las medidas adoptadas para intentar evitar que se repitan ataques como los que ya se hubieran producido¹⁶.

3.f Contratos con encargados de tratamiento

Gran parte de los proveedores de la empresa a adquirir actuará como “encargados de tratamiento” (*data processors*) de dicha empresa: figura instituida en la mayoría de las legislaciones sobre datos personales¹⁷. Estos actúan por cuenta y orden de la empresa que los contrata (“responsable de la base de datos” o “*data controller*”) y, como tales, tienen responsabilidades delimitadas por las leyes de datos

13 Art. 9 LPDP Argentina; Art. 9 Ley de Perú. El modelo peruano – afirma Jessica Hondermann– “puede ser considerado de uso mixto pues, si bien la normativa consagra un principio de seguridad, también considera como obligatorio el cumplimiento de ciertas disposiciones específicas para el tratamiento de los datos personales (gestión de accesos, de privilegios, procedimientos de identificación, registro de interacción con datos lógicos, almacenamiento de información, generación de copias, traslado de documentos, etc.). Además, y de forma complementaria, la autoridad local ha aprobado una Directiva de Seguridad de la Información de carácter orientativo” (comunicación personal, 30 de octubre de 2023).

14 Arts. 24, 25, 32 del GDPR.

15 Dentro de estas multas por el acaecimiento de un *data breach* se encuentran: (i) la multa impuesta por la autoridad de protección de datos personales del Reino Unido en el año 2020 a la cadena hotelera ‘Marriott’ por un total de £18,400,000 (<https://ico.org.uk/media/action-weve-taken/mpns/2618524/marriott-international-inc-mpn-20201030.pdf>); (ii) la multa impuesta por la autoridad de protección de datos personales de España en el año 2021 a la aerolínea ‘Air Europa’ por un total de €600,000 (PS-00179-2020 Resolución de fecha 15-03-2021 Artículo 32.33 RGPD (aepd.es)); (iii) la multa impuesta por la autoridad de protección de datos personales de Irlanda en el año 2021 a ‘Meta Platforms Ireland Limited’ por un total de €265,000,000 por un *data breach* que derivó en la publicación de datos de 533 millones de usuarios de Facebook y por no aplicar medidas técnicas y organizativas suficientes para proteger los datos personales (Facebook: Meta fined €265m by Irish Data Protection Commission - BBC News); (iv) y la multa impuesta por un total de €746,000,000 por la autoridad de protección de datos personales de Luxemburgo en el año 2021 a Amazon por sendas violaciones a las disposiciones de GDPR, incluyendo aquellas relativas a prevenir los *data breach* ([Inline XBRL Viewer \(sec.gov\)/ Amazon faces \\$888M GDPR fine \(iapp.org\)](https://www.xbrl.com/Viewer/Amazon-faces-$888M-GDPR-fine)).

16 En el caso de Perú, explica Hondermann, “la obligación de reportar incidentes de seguridad solo es obligatoria para entidades del sector público y para determinados agentes del sector privado (proveedores de servicios digitales del sector financiero, de servicios básicos, de salud y transporte, de internet, de actividades críticas y de servicios educativos). No obstante, existe un proyecto normativo que plantea generalizar el cumplimiento de esta obligación para la integridad del sector privado” (comunicación personal, 30 de octubre de 2023).

17 Art. 28 GDPR, Art. 25 LPDP Argentina, Art. 30 Ley de Perú.



personales que muchas veces son complementadas por obligaciones contractuales adicionales.

Consecuentemente, será determinante evaluar los contratos de la empresa *target* con tales encargados de tratamiento y verificar si contienen cláusulas adecuadas en cuanto al propósito y manejo de tales datos, en especial considerando que el responsable de la base de datos (la empresa *target*) responde frente a terceros por eventuales falencias del encargado de tratamiento y sus eventuales subcontratistas. En las legislaciones de diversas jurisdicciones, a los recaudos contractuales para proveedores (encargados de tratamiento) establecidos por la normativa de *data privacy* deben agregarse requerimientos regulatorios específicos para proveedores de la industria de la que se trata (algo que habitualmente sucede con las entidades financieras, especialmente en lo que refiere a los proveedores de servicios de tecnología informática)¹⁸.

Estos requerimientos contractuales adquieren mayor complejidad cuando el proveedor es una empresa de una jurisdicción distinta a la del país del contratante (la empresa *target*) como se verá más adelante en el presente.

3.g Contratos con clientes

Algo similar a lo reseñado en el punto anterior sucede con los contratos con clientes, en los que—en los últimos años—suele haber cláusulas de datos personales (más o menos detalladas según sea el grado y sensibilidad de los datos intercambiados entre las partes). Naturalmente, cuanto más y mejor detallado en el contrato se encuentren la finalidad de tratamiento, las medidas de seguridad adoptadas, los efectos en distintos supuestos que involucren a tales datos, etc.; menores serán las potenciales contingencias.

3.h Transferencia internacional de datos

Casi todo el derecho comparado de *data privacy* trata separadamente las transferencias internacionales de datos personales. Con la incorporación de la tecnología e internet como factor indispensable del funcionamiento empresarial (independientemente de tamaño y rubro de la empresa y con el auge de “la nube” en particular (con datos almacenados en distintos servidores ubicados a lo

largo de distintas jurisdicciones), las transferencias internacionales de datos ocurren constantemente, todos los días, casi sin que nos demos cuenta. Ello en nada obsta a que las empresas deben cumplir los recaudos regulatorios a tal efecto bajo la pena de ser sancionadas por tal incumplimiento. La mayor o menor rigurosidad de tales recaudos dependerá generalmente de que los países a donde se importen los datos tengan o no legislación ‘adecuada’ en materia de datos personales, lo cual es determinado por la legislación del país de la empresa exportadora.

Por eso, a los recaudos de los contratos con terceros comentados en las secciones 3.f. y 3.g. del presente, deben agregarse los requerimientos para transferencias internacionales en la medida en que el tercero se encuentre en otra jurisdicción o que la operación suponga una transferencia transfronteriza de datos personales¹⁹, en especial si se realizará con destino a países sin “legislación adecuada” de datos personales. El cumplimiento de estos requisitos adquiere mayor relevancia si la empresa a adquirir es parte de un grupo multinacional y/o mantiene relaciones contractuales con la Unión Europea u otras jurisdicciones que prevean la aplicación extraterritorial de sus leyes de datos personales. El cumplimiento de esta obligación en Perú, afirma Hondermann, “viene acompañado con una obligación de carácter más formal, conforme a la cual, de realizarse alguna modificación en la entidad y el país receptor de los datos, ello deberá ser comunicado a la autoridad local” (comunicación personal, 30 de octubre de 2023).

3.i Reclamos de titulares de datos y/o de terceros

Como cualquier reclamo contra la compañía, los reclamos de los titulares de los datos (por ejemplo, para que se supriman, actualicen o modifiquen sus datos) constituyen una posible contingencia para la compañía destinataria de los mismos. Consecuentemente, habrá que constatar si existen, fueron respondidos, quedaron terminados, etc. En líneas muy generales, este tipo de reclamos no suele constituir una contingencia de gran envergadura económica para la compañía, salvo que se trate de acciones de clase, reclamos subsumidos dentro de otros reclamos que involucren otras cuestiones (laborales, societarias, etc.) o bien denuncias ante la

18 Comunicaciones A6354, A6375 y A7724 del Banco Central de la República Argentina.

19 Art. 44 GDPR y ss. Art 12 LPDP Argentina reglamentado por el Decreto 1558/2001, Disposición AAIP 60/2016 y Resolución AAIP 198/2023. Art 15 Ley de Perú.

autoridad de aplicación, cuestión que veremos en el punto siguiente.

Es importante considerar que en muchos casos este tipo de reclamos debe analizarse a la luz de la normativa de datos personales juntamente con normas de otras áreas del derecho, dependiendo de quién provengan y/o el tipo de datos objeto del pedido. Por ejemplo, si el reclamo proviene de un socio, habrá que analizar el derecho de información del socio previsto en la legislación societaria de la jurisdicción que se trate; si el reclamo proviene de un empleado o ex empleado, habrá que analizarlo también bajo los preceptos de la ley de contrato de trabajo. También, habrá que analizar si revelar los datos del titular que se reclaman puede involucrar revelar otros datos que perjudicarían a terceros que estén amparados por normativa de secreto profesional (por ejemplo, de abogados o médicos) o que simplemente no son de titularidad de quien los pide. Esta controversia es bastante común cuando se reclaman correos electrónicos (*e-mails*) remitidos por empleados de la compañía que generalmente involucran a varias partes.

3.j Actuaciones ante la autoridad de aplicación de datos personales

La existencia y el estado de procesos administrativos activos ante la autoridad de aplicación son determinantes para evaluar las contingencias de la compañía, habida cuenta que de ellos pueden surgir sanciones para esta última. Lógicamente, en el *due diligence* habrá que relevar su grado de avance y determinados parámetros (antecedentes de la compañía y normativa sobre graduación de sanciones) para prever la probabilidad de multas y su cuantía.

Además, afirma Hondermann, en el caso de Perú, lo siguiente:

El análisis de contingencias en materia de datos personales puede generar que se analicen infracciones directamente vinculadas que provienen de otras áreas de práctica como protección al consumidor. Así, por ejemplo, mientras la normativa de datos personales sanciona el

tratamiento de los datos personales sin el consentimiento libre, expreso, inequívoco, previo e informado del titular de los datos; la normativa de protección al consumidor sanciona emplear *call centers*, sistemas de llamado telefónico, envío de SMS a celular o de correos electrónicos masivos a aquellos números telefónicos y correos de consumidores que no hayan brindado su consentimiento previo, informado, expreso e inequívoco para la utilización de esta práctica comercial. (comunicación personal, 30 de octubre de 2023)

3.k Evaluaciones de impacto de datos personales

Las legislaciones más modernas en materia de *data privacy* prevén la obligación de realizar evaluaciones de impacto de datos personales (Parlamento Europeo, 2016, p. 35)²⁰ previo a la implementación de determinadas actividades o lanzamiento de ciertos productos considerados riesgosos o que puedan afectar una gran cantidad de datos o ciertas categorías de datos (por ejemplo, datos sensibles). De ser este el caso en la jurisdicción aplicable a la potencial transacción, habrá que relevar si tal evaluación fue efectuada de acuerdo en tiempo y forma de acuerdo a la normativa en cuestión; y, en caso negativo, las posibles sanciones por el incumplimiento.

4. Implementación (*closing*) del contrato de M&A: cláusulas de *data privacy*

Para perfeccionar la operación de fusión o adquisición, las partes deberían suscribir el respectivo contrato en el cual, entre muchas otras cuestiones, deberían existir cláusulas que regulen todo lo atinente al impacto que ello tendrá en las bases de datos de la empresa adquirida y las obligaciones de las partes al respecto. Como adelantamos al inicio, tales cláusulas diferirán según la actividad de las empresas y de la naturaleza jurídica de la transacción en cuestión: las previsiones serán distintas según se trate de una fusión societaria, de la adquisición de un paquete accionario o de la compra

20 Artículo 35 GDPR. En Argentina, si bien la LPDP Argentina no incluye una previsión específica al respecto, la AAIP publicó junto con la autoridad de protección de datos personales de Uruguay en el año 2020 la “Guía de Evaluación de Impacto en la Protección de Datos”, la cual puede ser utilizada por las partes involucradas en el tratamiento de datos personales para llevar a cabo la misma. Si bien dicha guía fue concebida como un documento de consulta, recientemente la AAIP solicitó a la compañía WorldCoin que le indique si realizó las evaluaciones de impacto respectivas utilizando la presente guía. Adicionalmente, el Convenio 108+ en su art. 12 establece la obligación en cabeza de los Estados parte de requerir a los *controllers* y *processors* la realización de dicha evaluación. El mencionado Convenio 108+, en Latinoamérica, fue firmado y ratificado solamente por Argentina y Uruguay ([Full list - Treaty Office \(coe.int\)](#)). En el caso de Perú, la Ley de Perú no incluye dicha previsión, pero –señala Hondermann– “el Proyecto de Nuevo Reglamento de dicha norma, la considera como una obligación de cumplimiento facultativo por parte de los titulares de los bancos de datos”.



de una unidad de negocios o fondo de comercio, por citar algunas. Identificaremos seguidamente las cuestiones sobre datos personales que –ya sea entre las declaraciones y garantías, ya sea en cláusulas específicas– deberían incluirse en este tipo de contratos, adaptadas según sea la estructura jurídica del negocio de M&A a realizarse.

4.a Notificaciones

Casi todas las transacciones de fusión y/o adquisición involucran notificaciones de distinto tipo a terceros, incluyendo organismos gubernamentales. Desde la perspectiva de *data privacy*, las mismas dependerán de su estructuración.

Si, por ejemplo, se adquiere un porcentaje accionario de una sociedad, probablemente nada deba ser notificado ni a los titulares de los datos ni a la autoridad de aplicación de datos personales, ya que el responsable de tales datos seguirá siendo la misma empresa, independientemente del cambio en su composición accionaria. Si, en cambio, se trata de una fusión o la adquisición de una ‘unidad de negocio’ (que carece de personería jurídica como tal), probablemente sí deba ser notificado –o incluso puede llegar a requerirse consentimiento previo–, ya que habrá técnicamente una ‘cesión de datos personales’ y cambiará el responsable de la base de datos (mis datos personales, que antes tenía la sociedad A, ahora pasará a detentarlos la sociedad B). Habrá que estar atentos a la normativa de las jurisdicciones involucradas en la operación porque muchas legislaciones, como la peruana, contemplan expresamente el caso de cesión de bases de datos por fusión o adquisición del responsable de las mismas. La Ley de Perú, por ejemplo, prevé estos supuestos y permite realizarlos sin requerir consentimiento previo de los titulares de los datos involucrados, pero con la obligación de notificarlos de dicha operación (Congreso de la República del Perú, 2011, p. 4)²¹; y la autoridad de aplicación de

datos personales de Perú se ha expedido más detalladamente respecto del momento en que debe efectuarse dicha notificación²². Estas consideraciones deben tomarse en cuenta y pactarse expresamente entre las partes de la transacción, incluyendo el modo de su implementación (por ejemplo, si deben realizarse notificaciones, qué parte las realizará, por qué medio, en qué tiempo, cómo debe acreditarlo ante la otra parte, etc.).

4.b Declaraciones y garantías

Las declaraciones y garantías sobre datos personales de la compañía a adquirir deberían reflejar, esencialmente, el resultado del *due diligence* previamente efectuado.

4.c Responsabilidades

La inexactitud o falsedad de las declaraciones y garantías otorgadas acarreará la responsabilidad de la parte declarante, quien deberá responder por los daños y perjuicios ocasionados con motivo de dicha inexactitud o falsedad. Por lo tanto, ambas partes deberán cerciorarse de que las declaraciones y garantías otorgadas se ajusten a la realidad de la operación, debiendo revisarse al momento del *closing*, el mantenimiento de dichas declaraciones y garantías.

Asimismo, debe definirse con precisión el alcance de las responsabilidades asumidas por las partes; es decir, acerca de qué personas están involucradas, de la naturaleza de los datos proporcionados, del uso de los datos proporcionados, de los reclamos recibidos respecto de los datos y su manejo deberá cada parte responder. Por lo tanto, al momento de instrumentar el contrato, resulta necesario que las partes definan –conforme lo detallado precedentemente– dicho alcance a los efectos de minimizar las potenciales contingencias que podrían resultar del M&A.

21 El art. 18 de la Ley de Perú reformado por el Decreto Legislativo N°1353, permite la transferencia sin necesidad de un consentimiento posterior del titular del dato en caso de una transferencia resultante de una fusión, adquisición de cartera o supuestos similares al prescribir “Si con posterioridad al consentimiento se produce la transferencia de datos personales por fusión, adquisición de cartera, o supuestos similares, el nuevo titular del banco de datos debe establecer un mecanismo de información eficaz para el titular de los datos personales sobre dicho nuevo encargado de tratamiento”.

22 A través de la Opinión Consultiva 241-2017, la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales de Perú se expresó acerca del alcance del mencionado art. 18, indicando que ello no implica la solicitud de un nuevo consentimiento al titular del dato, el cual debe ser recolectado previo al tratamiento siempre que no se enmarque en una excepción del art. 14 de la Ley de Perú, sino únicamente el deber del responsable de tratamiento de informar al titular del dato sobre dicha transferencia. La mentada Dirección Nacional de Protección de Datos Personales de Perú en la antedicha Opinión Consultiva 241-2017 indica que se le debe informar al titular del dato “una vez que se ha tomado la decisión de establecer vínculo con un nuevo encargado o de realizar la transferencia por fusión, adquisición de cartera o supuestos similares pero de forma anterior a la transmisión de datos personales al nuevo encargado o nuevo titular del banco de datos, toda vez que el deber de informar debe realizarse de forma previa al tratamiento de datos personales”. En cuanto a los medios para comunicar ello al titular del dato, la Opinión Consultiva 241-2017 permite el uso de los medios habituales de comunicación con el titular del dato para informarles la presente.

4.d Indemnidades específicas

Este punto interesa a las partes involucradas en la transacción, dado que definirá el alcance de la misma respecto a los eventuales reclamos de diversa índole (laborales, administrativos, judiciales, por nombrar algunos) susceptibles de ser interpuestos por terceros.

En particular, en lo referido a este aspecto, las partes deberán pactar indemnidades específicas vinculadas; por ejemplo, al manejo de los datos por parte del *target*, a la posible existencia de procedimientos en trámite y/o finalizados llevados adelante por las autoridades gubernamentales a raíz de reclamos interpuestos o iniciados de oficio por sendas autoridades y a las sanciones que podrían ser impuestas al *target* consecuencia de su accionar.

También se deberá negociar el límite de dicha indemnidad, la cual, por lo general, suele extenderse a los accionistas y directores del *target*.

5. Obligaciones *post-closing*

Las obligaciones posteriores al perfeccionamiento contractual de la fusión o adquisición estarán mayoritariamente vinculadas a controlar el efectivo cumplimiento de todo lo previsto en dicho contrato: esto interesa a ambas partes, ya que, en líneas generales, ambas pueden llegar a ser solidariamente responsables frente a terceros independientemente de cuál haya sido la eventual incumplidora. Ello sin perjuicio de las cláusulas de indemnidad y repetición que hayan previsto al respecto: válidas entre las partes de la operación, pero inoponibles a terceros.

Estas obligaciones variarán de acuerdo a la naturaleza del M&A realizado. Dentro de las obligaciones más comunes, se encuentra la asistencia al comprador por parte del vendedor para integrar la estructura del *target* adquirido a la matriz del comprador. Esta integración puede llevarse a cabo a través de un análisis de cuáles serán las actividades en las que el comprador requerirá asistencia, junto con el correspondiente destino de recursos por parte del vendedor para asistir en el transcurso de dicha integración.

Sobre los datos ubicados dentro de los sistemas del *target*:

¿Se integrarán a la matriz del comprador, o se mantendrán por separado en dos sistemas paralelos? ¿Qué parte cuenta con políticas de privacidad más robustas para aplicar? ¿Cómo se podrán unificar las políticas? ¿Hay nuevas jurisdicciones en donde se almacenarán o transferirán datos personales como consecuencia del M&A? (Habash et al., 2016)

Estos son solo algunos de los interrogantes que se plantean al momento de efectuar la integración en materia de *data privacy*, los cuales deberán ser resueltos por las partes. Una vez finalizada la misma, las partes pueden pactar un análisis acerca del resultado de dicha integración con el objetivo de visualizar posibles aspectos no alcanzados en la misma y posibles riesgos asociados a la integración.

Es posible que –producto de la integración– las partes individualicen ciertos riesgos a los que dados los tiempos de las partes o a la baja probabilidad de ocurrencia no hayan podido ser abordados dentro de las etapas previas al *closing* y a la celebración del contrato de M&A. Es por ello que las partes deberán acordar –conforme la integración llevada adelante y su resultado– la existencia y aplicación de posibles medidas que permitan mitigar dichos riesgos y sus consecuencias en caso de que ocurran, tales como la obligación en cabeza de los órganos de gobierno y administración del *target* de realizar determinadas actividades en materia de *data privacy* para cumplir con el objetivo antes dicho y de esa manera minimizar la eventual responsabilidad frente a terceros de las partes de la operación. Estas obligaciones resultan de especial importancia en caso de que el comprador no adquiera la totalidad de las acciones o bien no haya absorbido –en caso de una fusión– la totalidad de los negocios llevados adelante por el *target*.

Una vez finalizadas la transacción y la correspondiente instrumentación del contrato respectivo, ¿debe el vendedor eliminar los datos del *target* que tenía en su poder? En lo que respecta a *data privacy*, las legislaciones en la materia imponen la obligación de eliminar los datos recolectados una vez que ellos hayan dejado de ser útiles para los fines que han sido recabados²³, incluso existiendo previsiones que imponen un plazo determinado²⁴. Sin embargo, este principio colisiona con disposiciones de otras áreas del derecho (tales como el derecho civil), que permiten expresamente que los datos personales sean conservados por un tiempo

23 Art. 5 inciso “e” GDPR. Art. 4 inciso 7 LPDP Argentina. Art. 8 Ley de Perú.

24 Arts. 25 inciso “2” y 26 LPDP Argentina.



mayor al estipulado en las legislaciones de *data privacy*.

Tal es el caso del Código Civil y Comercial argentino –el cual es una norma de carácter federal–, que habilita la conservación por hasta 10 años, contados a partir de la fecha que tengan, de cualquier instrumento respaldatorio (Congreso de la Nación de Argentina, 2014, art. 328 inciso c). Por lo tanto, ¿todo aquel instrumento en donde se encuentren asentados los datos personales que fueron objeto de la transacción debe ser eliminado inmediatamente luego de finalizada la misma, dado que ya habrían dejado de ser útiles o deben ser conservados por un plazo mayor (por ejemplo, el señalado supra)?

El mismo interrogante sucede en caso de que el *target* de la transacción haya sido un establecimiento sanitario. En lo referido a Argentina, la Ley de Derechos del Paciente N°26.529 indica que las historias clínicas deben ser almacenadas durante el plazo mínimo de 10 años desde la prescripción liberatoria de la responsabilidad contractual (Congreso de la Nación de Argentina, 2009)²⁵.

En el caso de Perú, Hondermann señala lo siguiente:

La figura es similar pues, en función del negocio al que se haya dedicado el *target*, la normativa podría establecer plazos específicos de conservación de la información de los trabajadores. Así, por ejemplo, en general, la legislación laboral prescribe que los registros de enfermedades ocupacionales se deben conservar por un período de 20 años, pero para actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores se indica que las historias clínicas deben conservarse, como mínimo, por 40 años. (comunicación personal, 30 de octubre de 2023)

En consecuencia, se debería prever en el contrato mediante el cual se instrumente el M&A la obligación de establecer un plazo por el cual deberá el vendedor mantener la documentación con posterioridad al cierre de la transacción.

6. Conclusión

Las regulaciones en materia de *data privacy* presentan un gran dinamismo como respuesta a la constante evolución tecnológica y la consiguiente

aplicación de las mismas en las estructuras de todas las compañías del mundo.

Es por ello que las consideraciones legales abordadas en el presente no serán las únicas el día de mañana, sino que las mismas se actualizarán de la mano del antedicho dinamismo legislativo, abarcando potencialmente áreas no contempladas en la actualidad.

Referencias bibliográficas

- Congreso de la Nación Argentina. (30 de octubre de 2000). *Ley 25.326 de 2000*. https://www.oas.org/juridico/pdfs/arg_ley25326.pdf
- Congreso de la Nación Argentina. (21 de octubre de 2009). *Ley 26.529 de 2009. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud*. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/texact.htm>
- Congreso de la Nación Argentina. (8 de octubre de 2014). *Ley 26.994 de 2014. Código Civil y Comercial de la Nación*. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26994-235975/actualizacion>
- Congreso de la República del Perú. (3 de julio de 2011). *Ley N°29733 de 2011*. <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29733.pdf>
- Dirección Nacional de Protección de Datos Personales. (10 de abril de 2015). *Disposición 18 / 2015*. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/245000-249999/245973/norma.htm>
- Habash, R.; Janssen, B.; Knouff, M. (22 de agosto de 2016). *Data Privacy and security issues in M&A transactions: Part two*. <https://iapp.org/news/a/data-privacy-and-security-issues-in-ma-transactions-part-two/#>
- Parlamento Europeo. (27 de abril de 2016). *Reglamento (UE) 2016/679 de 2016*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:02016R0679-20160504>

25 Art. 18 Ley N°26.529.

De las stock options a las gifted actions

From stock options to gifted actions

— Margoth Chiriboga* y Ángeles Aguinaga Latorre** —

Resumen

Históricamente, hemos buscado conciliar los intereses de trabajadores y dueños de empresas, reconociendo que los esfuerzos de los colaboradores deben ser recompensados y motivados, al igual que se debe considerar la visión de los inversionistas. Proponemos un mecanismo donde se entreguen acciones a trabajadores destacados basado en su desempeño, sujetas a evaluaciones continuas, con la posibilidad de recuperación por incumplimiento. Los accionistas acogen a estos trabajadores, pero se espera que las acciones no sean transferibles ni formen parte de un proceso sucesorio, buscando equilibrar las necesidades de los trabajadores con la protección de los intereses de los accionistas.

Palabras clave

Trabajadores; acciones; reconocimiento; libre negociación; herencia.

Abstract

Historically, we have sought to reconcile the interests of workers and company owners, recognizing that the efforts of employees should be rewarded and motivated, as well as the vision of investors. We propose a mechanism where shares are awarded to outstanding workers based on their performance, subject to ongoing evaluations, with the possibility of recovery for non-compliance. Shareholders welcome these workers, but the shares are expected to be non-transferable and not part of a succession process, seeking to balance the needs of the workers with the protection of shareholder interests.

Keywords

Workers, shares, recognition, free trade, inheritance.

* Socia en LEXVALOR ABOGADOS y Master en Derecho de los Negocios, Universidad Francisco de Vitoria – Colegio de Abogados de Madrid, España, 2005

** Abogada Asociada en LEXVALOR ABOGADOS y Especialista Superior en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros por la Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador, 2019



I. Introducción

La decisión de emprender una actividad económica no es fácil, más aún si consideramos que la humanidad, en todo momento, atraviesa desafíos, dadas las condiciones políticas, económicas y sociales de los pueblos. Constituir entonces una compañía y hacerla permanecer y crecer en el tiempo es sin duda un enorme mérito de quienes se atrevieron, de quienes arriesgaron su capital y destinaron sus esfuerzos en esta aventura.

Pero es asimismo claro que, al final del día, es indispensable el trabajo en equipo. Es preciso contar con quienes se encargan de ejecutar las ideas, mejorarlas, agregar valor y que llegan a sentir como propio el negocio al cual se sumaron.

Estos trabajadores por ser ellos, merecen reconocimientos adicionales de su empleador; anhelan no solo sentirse parte de la empresa sino en efecto serlo. Convertirse en accionista, en dueño de tu propio negocio es una legítima aspiración de muchos, pero es un tema que tanto fundadores como futuros socios deben analizar bien.

Una sociedad implica desafíos muy fuertes, distintos a los que tiene en una relación de dependencia o en cualquiera que mantenga una clara diferenciación entre empleados y empleadores.

No en vano la inversión en acciones es considerada financieramente como de renta variable, debido a que estas “incorporan un conjunto de derechos patrimoniales en una sociedad de capital, tales como el de percibir una parte proporcional de los dividendos y el de percibir una proporción del capital al momento de la liquidación de la sociedad, entre otros”, (Universidad Eafit s.f., p.1) mediante la cual se aprecia o se deprecia dependiendo, entre otros elementos, del desempeño de la compañía. Es entonces una inversión a la cual hay que dedicarle mucha atención pues no se mantiene ni genera rendimientos sola. Necesita de un accionar constante por parte de todos los stakeholders. Los accionistas reciben dividendos cuando éstos se generan, pero también asumen obligaciones.

Es por ello que a la hora de tomar la decisión de incorporar nuevos socios a las compañías es importante que no sea el azar quien influya en el tema, pues pese a que la mayoría de las compañías son conceptualmente sociedades de capital, la calidad muy particular de tus socios puede ser determinante para el éxito de la compañía.

Es así que es importante tomar en cuenta y analizar al menos los siguientes aspectos:

- a) Que se conciba a la entrega de acciones a favor de trabajadores destacados como un premio, es decir, represente una ventaja económica, ya sea en precio o en algún tipo de beneficio o privilegio.
- b) Que al ser un premio derivado de especiales características y evaluaciones de los colaboradores elegidos, exista un elemento intuitivo persona en la relación social, siendo un aspecto fundamental la prohibición de libre negociación de las acciones.
- c) Que dichas acciones no puedan tampoco formar parte del derecho general de prenda del que gozan los acreedores frente a cualquier persona y en consecuencia las mismas no sean susceptibles ni de constitución de gravámenes ni de medidas cautelares o de ejecución.
- d) Que, si las condiciones de desempeño notable que generaron la entrega de acciones dejan de existir o por cualquier motivo la relación laboral o civil se termina, los accionistas tengan la posibilidad de recuperar el beneficio entregado y que las cosas pasen de manera automática, es decir, no se dependa de la voluntad para el cumplimiento de esta “devolución” de las acciones.
- e) Que basados en la relación intuitiva persona ya señalada, tampoco aplique una transferencia de dominio de las acciones en virtud de sucesión por causa de muerte, pues no es de interés de la compañía contar con otros accionistas, ni a razón de ser la familia del trabajador.

Iniciamos entonces una mirada a varias figuras que intenten satisfacer estos requerimientos.

II. Desarrollo

Transferencia de dominio de las acciones

El derecho de propiedad es el más pleno de los derechos reales que recae sobre las cosas; es un derecho autónomo. Al propietario le corresponderá el uso, goce y disposición de la cosa.

La Ley de Compañías ecuatoriana determina, relación a acciones, que la calidad de accionista la tiene conste inscrito como tal en el libro de acciones y accionistas y será quien ejerza los derechos políticos y económicos.

Veamos entonces cómo esta figura empata con los objetivos requeridos:

- (i) Ventaja económica, ya sea en precio o en algún tipo de beneficio o privilegio.

Sin problema alguno la transferencia de dominio puede realizarse a título gratuito, es decir, puede haber ausencia de contraprestación por parte del donatario. Esto tendrá implicaciones en materia tributaria, pues al amparo de la ley ecuatoriana se genera impuesto a la renta proveniente del acrecimiento gratuito.

- (ii) Prohibición de libre negociación de las acciones.

Al amparo de la legislación ecuatoriana no es posible en una compañía de tipo anónima prohibir la libre negociación de las acciones, conforme expresamente lo determina la Ley de Compañías en su artículo 189 :

Art. 189.- La transferencia del dominio de acciones no surtirá efecto contra la compañía ni contra terceros, sino desde la fecha de su inscripción en el Libro de Acciones y Accionistas. Esta inscripción se efectuará válidamente con la sola firma del representante legal de la compañía, a la presentación y entrega de una comunicación escrita o electrónica firmada por el cedente y el cesionario, personalmente o por sus representantes, a la que se adjuntará constancia expresa, física o digital, de la transferencia de acciones cuya inscripción se solicita. (...)

Dando a entender mediante este artículo que las acciones pueden ser libremente transferidas.

Sin embargo, la misma norma reconoce la posibilidad de celebrar acuerdos de accionistas que recojan compromisos en este sentido, así como derechos de tanteo, *drag alone*, *tag alone*, entre otros.

Si, por otro lado, el modo societario es una sociedad por acciones simplificada SAS, esta condición sí es posible como prescribe el artículo innumerado:

Art. (...). - Restricciones a la negociación de acciones. - En el estatuto podrá estipularse la prohibición de transferir las acciones emitidas por la sociedad o alguna de sus clases o series, de acuerdo con las estipulaciones, condiciones, modalidades o acuerdos libremente determinados por los accionistas en el estatuto social. Similar disposición podrá ser aplicada para determinar la administración o limitar la transmisión de las acciones relictas en caso de sucesión

por causa de muerte de los accionistas, sin que por ello se afecte el derecho de suceder de los respectivos herederos, según la ley. Al dorso de los títulos deberá hacerse referencia expresa sobre la restricción a que alude este artículo.

- (iii) No formar parte del derecho general de prenda; no constitución de gravámenes ni de medidas cautelares o de ejecución.

No está en la capacidad ni voluntad del accionista, ostentando esta calidad, abstraer sus bienes en perjuicio de sus acreedores y por ello, tampoco puede evitar la constitución de medidas cautelares o de ejecución; sin embargo, si es posible pactar, igualmente en un acuerdo de accionistas, la prohibición de constitución de gravámenes voluntarios sobre las acciones.

- (iv) Posibilidad de recuperar el beneficio entregado y que las cosas pasen de manera automática.

El derecho de propiedad no tiene una causal de caducidad en sí mismo, es decir, es indefinido, tanto así que ni siquiera la muerte del titular extingue el derecho y por ello se transmite a los sucesores.

Aun estableciendo una condición resolutoria, será necesario contar con el trabajador para la implementación de la “devolución”.

- (v) No transferencia de dominio de las acciones por sucesión por causa de muerte.

El derecho de propiedad es heredable, bien sea siguiendo las reglas de la sucesión intestada o testada, pero no es posible impedir la aplicación del régimen sucesorio.

La figura funciona para satisfacer algunos de los requerimientos; sin embargo, expone a las acciones a la persecución de los acreedores, quienes, pese a no tener gravámenes voluntariamente constituidos, tiene derecho general de prenda que les habilitan a cobrar sus acreencias a través de perseguir la totalidad de bienes de los deudores. Igualmente, la transmisión por vía sucesión no puede ser controlada y la ejecución automática tampoco está presente.

Constitución de derecho de usufructo

El derecho de usufructo es un derecho real que recae sobre cosa ajena, pues debe necesariamente coexistir con el nudo propietario. Al usufructuario le corresponderá el goce de la cosa.



La Ley de Compañías ecuatoriana, en su artículo 180 determina:

Art. 180.- En el caso de usufructo de acciones la calidad de accionista reside en el nudo propietario; pero el usufructuario tendrá derecho a participar en las ganancias sociales obtenidas durante el periodo de usufructo y a que se repartan dentro del mismo. El ejercicio de los demás derechos de accionista corresponde, salvo acuerdo en contrario entre las partes, al nudo propietario (...).

Es decir, en relación a acciones, que la calidad de accionista recae en el nudo propietario, quien por este motivo ejercerá el derecho al voto, en tanto que el usufructuario será quien perciba los frutos, es decir los dividendos que generen dichas acciones; sin perjuicio de que previo acuerdo entre las partes, ejerza también el mencionado derecho político.

Veamos entonces cómo esta figura empata con los objetivos requeridos:

(vi) Ventaja económica, ya sea en precio o en algún tipo de beneficio o privilegio.

Sin problema alguno, la constitución del derecho de usufructo puede realizarse a título gratuito, es decir, al momento de que la compañía emita nuevas acciones o cuando el accionista(s) existente transfiera la propiedad lo puede hacer a título de donación, lo cual implica ausencia de contraprestación por parte del donatario.

(vii) Prohibición de libre negociación de las acciones.

Como ya se mencionó, al amparo de la legislación ecuatoriana no es posible en una compañía de tipo anónima prohibir la libre negociación de las acciones; sin embargo, la misma norma reconoce la posibilidad de celebrar acuerdos de accionistas. Si el modo societario es una sociedad por acciones simplificada SAS, esta condición sí es posible.

(viii) No formar parte del derecho general de prenda; no constitución de gravámenes ni de medidas cautelares o de ejecución.

No está en la capacidad ni voluntad del usufructuario, ostentando esta calidad, abstraer sus bienes en perjuicio de sus acreedores y por ello, tampoco puede evitar la constitución de medidas cautelares o de ejecución; sin embargo, como se dijo previa-

mente, también es posible pactar, igualmente en un acuerdo de accionistas, la prohibición de constitución de gravámenes voluntarios sobre el derecho de usufructo.

(ix) Posibilidad de recuperar el beneficio entregado y que las cosas pasen de manera automática.

El derecho de usufructo es de carácter netamente temporal, es decir, puede estar sujeto a plazo o condición para su extinción, siendo la muerte del usufructuario el evento más extremo que le pone fin. En consecuencia, si es que hay ruptura de la relación laboral o civil o cualquier otro evento que, conforme acuerdo entre las partes da por terminado el privilegio, sí es posible pactar la extinción del derecho de usufructo, lo cual generará la consolidación de la propiedad plena con el nudo propietario.

(x) No transferencia de dominio de las acciones por sucesión por causa de muerte.

El derecho de usufructo no es heredable, pues como ya se mencionó, su duración máxima puede ser hasta por toda la vida del usufructuario, pero a su fallecimiento se extingue y el nudo propietario consolida la propiedad plena.

La figura funciona para satisfacer casi todos los requerimientos; sin embargo, expone a las acciones a la persecución de los acreedores, quienes, pese a no tener gravámenes voluntariamente constituidos, tiene derecho general de prenda que les habilitan a cobrar sus acreencias a través de perseguir la totalidad de bienes de los deudores.

Constitución y aporte de acciones a fideicomiso mercantil

Frente a las figuras expuestas, vale la pena revisar si un negocio fiduciario aporta en la consecución de los objetivos planteados.

La estructura legal propuesta es que las acciones que se entreguen al trabajador como parte de la política de incentivos, determinada para aquellos trabajadores que cumplan los requisitos para ser merecedores de los mismos, sean aportadas por éstos a un fideicomiso mercantil de administración.

De esta manera, es el fideicomiso quien será propietario de las acciones, y, por lo tanto, accionista de la COMPAÑÍA, en tanto que el trabajador será titular de derechos fiduciarios.

El fideicomiso, en virtud de las instrucciones establecidas en su contrato de constitución, estará obligado a entregar a los trabajadores, la cantidad que les corresponda de las utilidades que se hayan repartido a favor de los accionistas y, para poder ejercer los derechos de voto en las juntas de accionistas de la compañía, deberá seguir las instrucciones del fideicomiso o del Comité Fiduciario. Este Comité podrá si lo considera pertinente, considerar el criterio de los trabajadores.

De esta forma, los trabajadores gozarán de todos los beneficios económicos de un accionista (percibir dividendos), sin obtener la propiedad de las acciones, por lo tanto, éstas no podrán ser vendidas, embargadas por obligaciones propias de los trabajadores, ni podrían considerarse parte del patrimonio heredable del trabajador en caso de un proceso sucesorio y, al mismo tiempo, podrán participar de las decisiones de la junta de accionistas de la compañía.

Para explicar con detalle la estructura planteada, debemos considerar lo siguiente:

El fideicomiso mercantil es un patrimonio autónomo capaz de contraer obligaciones y ejercer derechos, en donde una o más personas denominadas “constituyentes”, aportan de manera temporal e irrevocable la propiedad de bienes para la consecución de un objetivo en favor de una o más personas llamadas “beneficiarios”.

Dicho patrimonio es administrado y representado por una compañía legalmente constituida y autorizada para el efecto, la fiduciaria (Ley de Mercado de Valores, art.19). En el presente caso, se propone constituir un fideicomiso de tenencia cuyo fin es “salvaguardar” los bienes aportados, sin destinarlos a una actividad económica.

Partes:

Constituyente:

- Persona natural o jurídica, nacional o extranjera, que transfiere los bienes corporales o incorporeales que existen o se espera que existan.
- En el presente caso, se propone que se transfiera la propiedad de las acciones a favor de los trabajadores determinados por el Directorio de la Compañía, ya sea a título de donación o como dación en pago por los honorarios de dichos trabajadores; y, al mismo tiempo, los trabajadores aporten dichas acciones al fidei-

comiso, convirtiéndose en Constituyentes del mismo.

- El fideicomiso tendrá como objeto la tenencia de dichas acciones y la entrega de los beneficios propios de las mismas a las personas designadas por el Comité Fiduciario, que, para el presente caso, serán los mismos miembros del Directorio de la Compañía. De esa manera, se alcanzan los siguientes objetivos:
 - Que las acciones se transfieran a los trabajadores y éstos, a su vez las aportan al fideicomiso, convirtiéndose este último en su propietario. Al ser el fideicomiso el propietario de las acciones le corresponden los derechos políticos, informacionales y económicos propios de un accionista. En tal virtud, para que los trabajadores puedan gozar de dichos derechos, se propone que el fideicomiso entregue a su favor las utilidades que correspondan, y se cuente con el criterio de los trabajadores para que decidan su postura sobre los puntos a tratar en las juntas de accionistas de LA COMPAÑÍA, salvo que el Directorio no lo considere prudente en un determinado punto.
 - Impedir que los trabajadores puedan disponer libremente de las acciones, transfiriendo su propiedad a terceros, pues el fideicomiso sería el propietario y no el trabajador directamente. Adicionalmente el fideicomiso contemplaría candados para que los trabajadores beneficiarios no puedan instruir enajenaciones, conforme se explica más adelante.
 - Evitar que las acciones formen parte del patrimonio personal hereditario de los trabajadores que, en caso de muerte, deberían entrar en un proceso sucesorio. El trabajador no tendría acciones en su patrimonio, pero sí derechos fiduciarios, los cuales seguirían las normas comunes de una herencia, pero este particular ya no sería de incumbencia de la compañía. Esto en virtud de que el fideicomiso contemplaría una instrucción de venta de las acciones a favor de quien LA COMPAÑÍA indique, una vez que el trabajador fallezca. Es decir, la muerte del trabajador genera la obligación de que las acciones sean vendidas por parte del fideicomiso. Se deberá determinar el



precio de venta, su fórmula o parámetro de cálculo.

- Imposibilitar que acreedores de los trabajadores puedan embargar o solicitar medidas preventivas o cautelares sobre las acciones, sino únicamente sobre los derechos fiduciarios. Si esto llega a ocurrir se configuraría otra razón para activar el proceso de venta. Se puede bloquear también el que los derechos fiduciarios puedan ser objeto de garantías en favor de terceros.
- Activar el proceso de venta de acciones, en los mismos términos de los párrafos precedentes, en caso de fallecimiento del trabajador o de su salida de la COMPAÑÍA, voluntaria o no, acorde a las políticas que LA COMPAÑÍA establezca.
- Permitir la transferencia de los derechos fiduciarios que le pertenezcan a un trabajador que pueda ser reemplazado por otro en caso de cumplirse las condiciones que la COMPAÑÍA defina, por ejemplo, si deja de cumplir los requisitos por los cuales se le otorga este beneficio. En dicho caso, no es necesario efectuar la venta de las acciones, sino una cesión de derechos fiduciarios por escritura pública, de parte del trabajador saliente al nuevo.

Beneficiario:

- En términos generales es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, que existe o se espera que exista, pudiendo ser el mismo constituyente o un tercero, a cuyo favor se administra el fideicomiso.
- En el presente caso, se propone designar como beneficiarios a los mismos trabajadores que aportan las acciones al fideicomiso. En esa línea, los trabajadores no serán propietarios de las acciones de la COMPAÑÍA, sino que poseerán derechos fiduciarios, eliminando la facultad para disponer de las mismas o que éstas formen parte de su patrimonio en caso de sucesión por causa de muerte.
- Como beneficiarios los trabajadores tendrán derecho a:
 - Recibir la rendición de cuentas por parte de la fiduciaria según la periodicidad es-

tablecida en el contrato de constitución del fideicomiso o solicitar dicha rendición de cuentas.

- Exigir el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso (tenencia de las acciones hasta el cumplimiento de la condición señalada en el contrato de constitución).
- Ejercer las acciones civiles o penales que correspondan en contra de la fiduciaria por dolo o culpa en el desempeño de su gestión.
- Impugnar la disposición de los bienes del fideicomiso en caso de que vayan en contra de las instrucciones estipuladas en el contrato de constitución o aquellas emitidas por la junta del fideicomiso.
- Solicitar la sustitución de la fiduciaria, por las causales previstas en el contrato, así como en los casos de dolo o culpa leve en los que haya incurrido la fiduciaria, conforme conste de sentencia ejecutoriada o laudo arbitral y, en el caso de disolución o liquidación de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos.
- Poseer derechos fiduciarios por el aporte de las acciones que efectúen, los cuales formarán parte de su patrimonio y podrían ser perseguidos por sus acreedores. Sin embargo, debido a la estructura propuesta, en el supuesto no consentido de que dichos derechos fiduciarios fuesen embargados, aquello no implicará que puedan ejercer facultad alguna sobre el fideicomiso o las acciones.

Fiduciaria:

- Sociedad anónima expresamente autorizada para administrar fondos y fideicomisos, representante legal del fideicomiso, cuya responsabilidad es administrar el patrimonio autónomo de forma independiente a los demás fideicomisos, sus propios bienes y de conformidad con las instrucciones impartidas en el contrato de constitución del fideicomiso o, aquellas impartidas con posterioridad.

Comité Fiduciario:

- No es parte esencial de un fideicomiso, sin embargo, debido a la estructura propuesta,

consideramos pertinente que el fideicomiso cuente con una junta conformada por los miembros del Directorio de la COMPAÑÍA, o quienes ésta considere prudente, considerando que deberán instruir al fideicomiso, lo siguiente:

- Convocar, si considera necesario, a los trabajadores a una asamblea para decidir respecto a los puntos que se tratarán en las juntas de accionistas de LA COMPAÑÍA, caso contrario decidirá por sí mismo.
- Transferir a título de compraventa las acciones a favor de LA COMPAÑÍA, o de quien ésta designe, en caso de salida por las causales que la compañía establezca o por causa de muerte del trabajador. De configurarse esta condición, el fideicomiso restituirá a favor del trabajador o sus herederos la cantidad que corresponda por la venta de las acciones, con lo cual finaliza su calidad de beneficiario del fideicomiso.
- Si hay acuerdo con el trabajador, autorizar la cesión de derechos fiduciarios a otro trabajador sustituto del saliente.
- Cualquier otra instrucción no prevista en el contrato de constitución del fideicomiso.

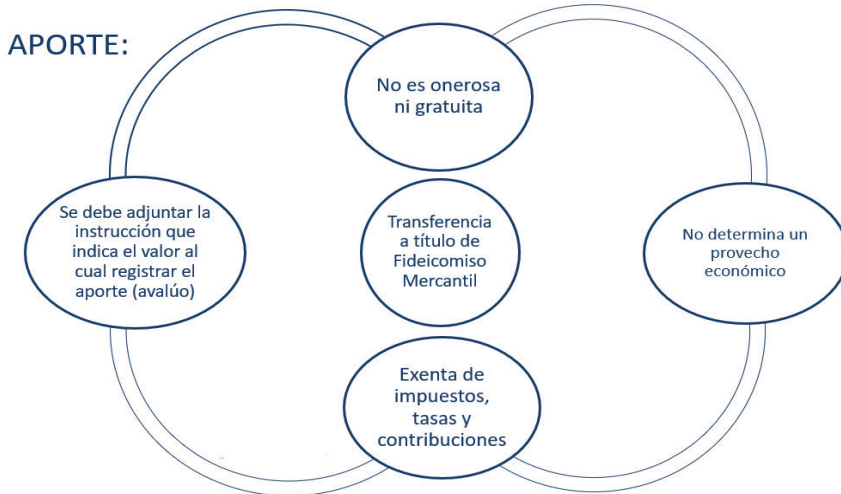
Beneficios:

- Administración profesional y transparente del patrimonio.

- La fiduciaria es un tercero imparcial supervisado por entes de control, cuya responsabilidad es administrar el patrimonio autónomo de conformidad con las instrucciones emitidas por el Comité Fiduciario o aquellas presentes en su contrato de constitución. En el presente caso, la fiduciaria estará obligada a entregar a favor de los trabajadores designados, el monto de las utilidades que correspondan, bajo las condiciones que desea la COMPAÑÍA y participar en las juntas de accionistas indicando la voluntad de los trabajadores sobre los puntos que trate cada una de ellas, permitiéndoles gozar de todos los beneficios propios de un accionista.
- El patrimonio es independiente de aquel que le pertenece a la fiduciaria, el constituyente y el beneficiario, por lo cual los acreedores de dichas partes no pueden perseguir los bienes aportados al fideicomiso (las acciones). En caso de que algún acreedor llegase a solicitar alguna medida sobre las acciones que se aporten al fideicomiso, la misma no podrá prosperar, pudiendo ser suspendida con la presentación del contrato de aporte de las acciones.
- La propiedad de las acciones no se transfiere a los trabajadores, con lo cual, éstos no podrán venderlas, donarlas, ni transferirlas a título alguno o mantener sus beneficios en caso de culminar su colaboración con LA COMPAÑÍA.

Esquema gráfico

Las acciones se aportan a título de fideicomiso mercantil al momento de la constitución del fideicomiso o con posterioridad.





Una vez aportadas las acciones, la fiduciaria, en su calidad de representante legal del fideicomiso, deberá entregar el valor por utilidades que correspondan a los trabajadores y los convocará a una asamblea para que puedan decidir su postura respecto a los asuntos que serán tratados en las juntas de accionistas, de así considerarlo pertinente el comité fiduciario.

Esta estructura tiene implicaciones tangibles y no presupone un shadow o phantom share.

Para tener claras las diferencias con la figura propuesta versus otras opciones existentes, es pertinente conocer sobre lo que son las “shadow/phantom shares,” o “acciones fantasmas”.

Son una forma de incentivo financiero utilizada por algunas empresas para motivar a sus empleados y trabajadores de alto nivel. A diferencia de las acciones, las phantom shares no representan una participación de propiedad real en la empresa, pero están vinculadas al desempeño financiero de la misma mediante acuerdos entre la empresa y los empleados a través de los cuales un empleado recibe una participación indirecta (también se llama virtual) según el éxito de la compañía como bonificación. Se menciona que “en los planes de phantom stocks, las empresas conceden a ciertos empleados con un determinado número de acciones, prometiendo a sus empleados que recibirán el valor de estas acciones en el futuro” (Sampson, 1995, pp.1275-1299).

La naturaleza legal de estos derechos de participación virtual es en realidad una participación en los beneficios puramente contractual.

Su funcionamiento es el siguiente:

- Asignación: La empresa otorga a ciertos empleados un número específico de phantom shares como parte de su paquete de compensación o como un incentivo para alcanzar ciertos objetivos.
- Valoración: El valor de las phantom shares suele estar vinculado al desempeño financiero de la empresa, como el aumento en el valor de las acciones o la mejora de las utilidades a percibir. A medida que la empresa tiene un mejor rendimiento, el valor de las phantom shares aumenta.
- Pago: Cuando se alcanza cierto punto en el tiempo o se cumplen criterios de desempeño,

los titulares de phantom shares pueden recibir un pago en efectivo equivalente al valor de las phantom shares en ese momento.

- Sin propiedad real: A diferencia de las acciones, los titulares de phantom shares no poseen una parte del capital de la empresa ni tienen derecho a voto en las juntas de accionistas, pues son simplemente una promesa de pago basada en el rendimiento de la empresa.

Tampoco son “stock options” (opciones sobre acciones) porque éstas siendo un tipo de compensación que las empresas ofertan a sus empleados, consiste en ofrecer a los empleados la posibilidad de adquirir acciones de la compañía a un precio normalmente menor al valor de mercado y durante un plazo definido.

De esta manera, se incentiva y fideliza a los empleados de una sociedad a trabajar en beneficio de la empresa y tomar decisiones que impulsen el precio de las acciones.

Sin embargo, mediante la presente figura, no sólo que no se satisfacen las necesidades y objetivos planteados por la COMPAÑÍA, sino que, en caso de adquirir las acciones, éstas formarían parte del patrimonio del trabajador y, por lo tanto, podría disponer libremente de ellas, transfiriendo a terceros, sus acreedores sí podrían perseguirlas, y, en caso de muerte, se tomarían en cuenta dentro del proceso sucesorio correspondiente.

Conclusiones

Con la interposición de una figura societaria, sí se cumplen en su totalidad los requerimientos hechos:

- (i) ventaja económica, ya sea en precio o en algún tipo de beneficio o privilegio.

La transferencia de dominio a favor de los trabajadores puede realizarse a título gratuito, es decir, puede haber ausencia de contraprestación por parte del donatario. Esto tendrá implicaciones en materia tributaria, pues al amparo de la ley ecuatoriana se genera impuesto a la renta proveniente del acrecimiento gratuito. El mecanismo fiduciario no afecta en forma alguna este elemento.

- (ii) prohibición de libre negociación de las acciones.

Al amparo de la legislación ecuatoriana no es posible en una compañía de tipo anónima prohibir la

libre negociación de las acciones, conforme expresamente lo determina la Ley de Compañías en su artículo 189 como ha sido citado anteriormente, sin embargo, las acciones no son propiedad de los trabajadores sino del fideicomiso, administrado por una compañía fiduciaria, la cual se maneja por instrucciones expresas que constan en el contrato constitutivo del fideicomiso.

La cesión de los derechos fiduciarios que tendrían los trabajadores sí es susceptible de ser limitada conforme las disposiciones que se hagan constar en los documentos que gobiernan al negocio fiduciario.

(iii) no formar parte del derecho general de prenda; no constitución de gravámenes ni de medidas cautelares o de ejecución.

No está en la capacidad ni voluntad de ningún deudor abstraer sus bienes en perjuicio de sus acreedores, por ello, las acciones deben ser propiedad del fideicomiso y no del trabajador. Por esta razón las acciones solo estarían expuestas si es que el fideicomiso por sí mismo adquiere obligaciones frente a terceros.

Los trabajadores por su parte seguirán respondiendo frente a sus acreedores con todos sus bienes, lo cual incluye a sus derechos fiduciarios, pero dichos derechos, conforme la estructura planteada, no dan derecho a solicitar restitución de acciones.

Por el contrario, ante una situación de medidas cautelares y peor aún de ejecución, se activa la instrucción de venta de las acciones a quienes los demás accionistas y/o administradores de la compañía determinen. El precio producto de la venta, será restituido al beneficiario, quienes dejarás de ser parte del fideicomiso, pero recibiendo dinero y no acciones.

(iv) posibilidad de recuperar el beneficio entregado y que las cosas pasen de manera automática.

El derecho de propiedad no tiene una causal de caducidad en sí mismo, es decir, es indefinido, tanto así que ni siquiera la muerte del titular extingue el derecho y por ello se transmite a los sucesores.

Aun estableciendo una condición resolutoria, será necesario contar con el trabajador para la implementación de la “devolución”.

En esta estructura, cualquier ruptura de relaciones entre la compañía y los trabajadores, en algún momento beneficiarios, que pierdan los beneficios

mantienen un beneficio económico, pero no las acciones. El fideicomiso, en atención a un nuevo gatillador, vende las acciones y restituye dinero al trabajador que sale del círculo de beneficios. Esto implica una ejecución automática del mecanismo.

(v) no transferencia de dominio de las acciones por sucesión por causa de muerte.

El derecho de propiedad es heredable, bien sea siguiendo las reglas de la sucesión intestada o testada, pero no es posible impedir la aplicación del régimen sucesorio.

Aplicando este criterio, los derechos fiduciarios entrarán a formar parte del patrimonio del causante y en consecuencia deberán seguir las reglas de la mencionada sucesión testada o intestada; pero nuevamente debemos caer en cuenta que los derechos heredables con fiduciarios y no el derecho de dominio de las acciones.

Una vez más el fideicomiso contará con instrucciones de venta de las acciones y entrega del precio a los herederos. Estos reciben un beneficio económico, pero no las acciones se mantienen en manos de quienes la compañía decida.

Analizados entonces todos los requerimientos planteados como objetivo inicial, la estructura planteada permite satisfacerlos todos, sin perjudicar a nadie y por el contrario conciliando los intereses económicos de los trabajadores beneficiarios y sus familias, pero sin afectar los deseos de que la compañía se reserve la posibilidad contar con aquellos accionistas que considera aportan al beneficio de largo plazo de la empresa.

Podemos entonces manejar, bajo estos criterios, gifted stocks. Acciones regaladas, pero sin perder el control.

III. Anexo normativo

Ley de Compañías:

Art. 180.- En el caso de usufructo de acciones la calidad de accionista reside en el nudo propietario; pero el usufructuario tendrá derecho a participar en las ganancias sociales obtenidas durante el periodo de usufructo y a que se repartan dentro del mismo. El ejercicio de los demás derechos de accionista corresponde, salvo acuerdo en contrario entre las partes, al nudo propietario. Cuando el usufructo recayere sobre acciones no liberadas, el usufructuario que desee conservar su derecho de



berá efectuar el pago de los dividendos pasivos, sin perjuicio de repetir contra el nudo propietario al término del usufructo. Si el usufructuario no cumpliera esa obligación, la compañía deberá admitir el pago hecho por el nudo propietario. Salvo estipulación en contrario, el usufructuario tendrá derecho a exigir, en junta general, el reparto mínimo de dividendos, en los términos del artículo 297 de esta Ley, cuando fuere del caso.

Art. 189.- La transferencia del dominio de acciones no surtirá efecto contra la compañía ni contra terceros, sino desde la fecha de su inscripción en el Libro de Acciones y Accionistas.

Esta inscripción se efectuará válidamente con la sola firma del representante legal de la compañía, a la presentación y entrega de una comunicación escrita o electrónica firmada por el cedente y el cesionario, personalmente o por sus representantes, a la que se adjuntará constancia expresa, física o digital, de la transferencia de acciones cuya inscripción se solicita.

A la comunicación mencionada en el inciso anterior se deberá adjuntar el título objeto de la cesión. Dicha comunicación y el título se archivarán en la compañía. El título objeto de la cesión será anulado y, en su lugar, se emitirá un nuevo título a nombre del adquirente, que le será entregado luego de que tal particular se hubiere tomado nota al momento de inscribirse la mencionada transferencia en el libro de acciones y accionistas. Esta inscripción se efectuará dentro de los tres días hábiles siguientes a la recepción de la notificación y el título objeto de la cesión, por parte de la compañía. En las comunicaciones antedichas se hará constar el correo electrónico del cesionario a efectos de que el representante legal actualice esa información.

La inscripción de las transferencias de acciones representadas en certificados tokenizados se sujetará al procedimiento especial previsto en la Ley de Modernización a la Ley de Compañías.

Una vez que se hubiere inscrito la transferencia en el Libro de Acciones y Accionistas, el representante legal deberá comunicar dicha transferencia a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. En tal caso, el título objeto de la cesión no deberá ser presentado al órgano de control societario.

En el caso de acciones inscritas en una bolsa de valores o inmovilizadas en el depósito centralizado de compensación y liquidación de valores, la inscripción en el libro de acciones y accionistas será

efectuada por el depósito centralizado, con la sola presentación del formulario de cesión firmado por la casa de valores que actúa como agente. El depósito centralizado mantendrá los archivos y registros de las transferencias de acciones que hubiere inscrito, y notificará trimestralmente a la compañía respectiva cada inscripción que hiciere, para lo cual llevará el libro de acciones y accionistas y la nómina de sus accionistas. Además, a solicitud hecha por la compañía, notificará dichas inscripciones en un período no mayor a tres días.

El retardo en inscribir la transferencia hecha en conformidad con los incisos anteriores se sancionará con multa del dos por ciento sobre el valor nominal del título transferido, que el Superintendente de Compañías, Valores y Seguros impondrá, a petición de parte, al representante legal de la respectiva compañía.

Prohíbese establecer requisitos o formalidades en el estatuto social para la transferencia de acciones que no estuvieren expresamente señalados en esta Ley, y cualquier estipulación estatutaria que los establezca no tendrá valor alguno.

Art. (...). - Restricciones a la negociación de acciones. - En el estatuto podrá estipularse la prohibición de transferir las acciones emitidas por la sociedad o alguna de sus clases o series, de acuerdo con las estipulaciones, condiciones, modalidades o acuerdos libremente determinados por los accionistas en el estatuto social. Similar disposición podrá ser aplicada para determinar la administración o limitar la transmisión de las acciones relictas en caso de sucesión por causa de muerte de los accionistas, sin que por ello se afecte el derecho de suceder de los respectivos herederos, según la ley. Al dorso de los títulos deberá hacerse referencia expresa sobre la restricción a que alude este artículo.

IV. Código Orgánico Monetario y Financiero.

De las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos.

Art. 97.- Del objeto y constitución. - Las administradoras de fondos y fideicomisos deben constituirse bajo la especie de compañías o sociedades anónimas. Su objeto social está limitado a:

- a) Administrar fondos de inversión;
- b) Administrar negocios fiduciarios, definidos en esta Ley;

- c) Actuar como emisores de procesos de titularización; y,
- d) Representar fondos internacionales de inversión.

Para ejercer la actividad de administradora de negocios fiduciarios y actuar como emisora en procesos de titularización, deberán sujetarse a las disposiciones relativas a fideicomiso mercantil y titularización que constan en esta Ley.

Art. 103.- De las obligaciones de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos como fiduciario. - Sin perjuicio de los deberes y obligaciones que como administradora de fondos tiene esta sociedad, le corresponden en su calidad de fiduciario, además de las disposiciones contenidas en el contrato de fideicomiso mercantil, las siguientes:

- a) Administrar prudente y diligentemente los bienes transferidos en fideicomiso mercantil, y los bienes administrados a través del encargo fiduciario, pudiendo celebrar todos los actos y contratos necesarios para la consecución de las finalidades instituidas por el constituyente;
- b) Mantener el fideicomiso mercantil y el encargo fiduciario separado de su propio patrimonio y de los demás fideicomisos mercantiles y encargos fiduciarios que mantenga, llevando para el efecto una contabilidad independiente para cada uno de éstos.

La contabilidad del fideicomiso mercantil y de los encargos fiduciarios deberá reflejar la finalidad pretendida por el constituyente y se sujetarán a los principios de contabilidad generalmente aceptados.

- c) Rendir cuentas de su gestión, al constituyente o al beneficiario, conforme a lo que prevea el contrato y con la periodicidad establecida en el mismo y, a falta de estipulación la rendición de cuentas se la realizará en forma trimestral;
- d) Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al contrato;
- e) Terminar el contrato de fideicomiso mercantil o el encargo fiduciario, por el cumplimiento de las causales y efectos previstos en el contrato; y,
- f) Informar a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros en la forma y periodicidad

que mediante norma de carácter general determine el C.N.V.

Art. 105.- De las prohibiciones a las administradoras de fondos y fideicomisos.

1. Como administradoras de fondos les está prohibido:
 - a) Adquirir, enajenar o mezclar activos de un fondo con los suyos propios;
 - b) Mezclar activos de un fondo con los de otros fondos;
 - c) Realizar operaciones entre fondos y fideicomisos de una misma administradora fuera de bolsa;
 - d) Garantizar un resultado, rendimiento o tasa de retorno;
 - e) Traspasar valores de su propiedad o de su propia emisión entre los distintos fondos que administre;
 - f) Dar o tomar dinero a cualquier título a, o de los fondos que administre o entregar éstos en garantía;
 - g) Emitir obligaciones y recibir depósitos en dinero;
 - h) Participar de manera alguna en la administración, asesoramiento, dirección o cualquier otra función que no sea la de accionista en aquellas compañías en que un fondo mantenga inversiones; e,
 - i) Ser accionista de una casa de valores, administradoras de fondos de inversión y fideicomisos, calificadoras de riesgo, auditoras externas y demás empresas vinculadas a la propia administradora de fondos de inversión.
2. Además en calidad de fiduciarios no deberán:
 - a) Avalar, afianzar o garantizar el pago de beneficios o rendimientos fijos en función de los bienes que administra; no obstante, conforme a la naturaleza del fideicomiso mercantil, podrán estimarse rendimientos o beneficios variables o fijos no garantizados dejando constancia siempre que las obligaciones del fiducia-



- rio son de medio y no de resultado;
- b) La fiduciaria durante la vigencia del contrato de fideicomiso mercantil o del encargo fiduciario, no permitirá que el beneficiario se apropie de los bienes que él mismo o la sociedad administradora de fondos y fideicomisos administre de acuerdo a lo estipulado en el fideicomiso.
 - c) Invertir los recursos de los fideicomisos, en los fondos de inversión que administra;
 - d) Constituir un fideicomiso mercantil en el que se designe como beneficiario principal o sustituto, directa o indirectamente, así como en virtud de una cesión de derechos y en general por ningún medio que los ponga en dicha situación, a la propia fiduciaria, sus administradores, representantes legales, sus accionistas o de sus empresas vinculadas;
 - e) Suscribir negocios fiduciarios que permitan o pueden devenir en contratos simulados, so pena del establecimiento de responsabilidades civiles, administrativas o penales a que hubiere lugar; y,
 - f) La Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera normará los requisitos y condiciones para la cesión de derechos fiduciarios.

Además de las prohibiciones señaladas anteriormente, las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos no podrán dedicarse a las actividades asignadas en la presente Ley a las casas de valores.

Del fideicomiso mercantil y encargo fiduciario

Art. 109.- Del contrato de fideicomiso mercantil.- Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporeales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.

El patrimonio autónomo, esto es el conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad y que se constituye como efecto jurídico del contrato, también se denomina fideicomiso mercantil; así, cada fideicomiso mercantil tendrá una denominación peculiar señalada por el constituyente en el contrato a efectos de distinguirlo de otros que mantenga el fiduciario con ocasión de su actividad.

Cada patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), está dotado de personalidad jurídica, siendo el fiduciario su representante legal, quien ejercerá tales funciones de conformidad con las instrucciones señaladas por el constituyente en el correspondiente contrato.

El patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), no es, ni podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato.

Art. 110.- El contrato de fideicomiso mercantil deberá otorgarse mediante escritura pública.

La transferencia de la propiedad a título de fideicomiso se efectuará conforme las disposiciones generales previstas en las leyes, atendiendo la naturaleza de los bienes.

El fideicomiso mercantil tendrá un plazo de vigencia o, podrá subsistir hasta el cumplimiento de la finalidad prevista o de una condición. La duración del fideicomiso mercantil no podrá ser superior a ochenta años, salvo los siguientes casos:

- a) Si la condición resolutoria es la disolución de una persona jurídica; y,
- b) Si los fideicomisos son constituidos con fines culturales o de investigación, altruistas o filantrópicos, tales como los que tengan por objeto el establecimiento de museos, bibliotecas, institutos de investigación científica o difusión de cultura, o de aliviar la situación de los interdictos, los huérfanos, los ancianos, minusválidos y personas menesterosas, podrán subsistir hasta que sea factible cumplir el propósito para el que se hubieren constituido.

Art. 113.- De la transferencia a título de fideicomiso mercantil. - La transferencia a título de fideicomiso mercantil no es onerosa ni gratuita ya que la misma no determina un provecho económico ni para el constituyente ni para el fiduciario y se da

como medio necesario para que éste último pueda cumplir con las finalidades determinadas por el constituyente en el contrato. Consecuentemente, la transferencia a título de fideicomiso mercantil está exenta de todo tipo de impuestos, tasas y contribuciones ya que no constituye hecho generador para el nacimiento de obligaciones tributarias ni de impuestos indirectos previstos en las leyes que gravan las transferencias gratuitas y onerosas.

La transferencia de dominio de bienes inmuebles realizada en favor de un fideicomiso mercantil está exenta del pago de los impuestos de alcabalas, registro e inscripción y de los correspondientes adicionales a tales impuestos, así como del impuesto a las utilidades en la compraventa de predios urbanos y plusvalía de los mismos. Las transferencias que haga el fiduciario restituyendo el dominio al mismo constituyente, sea que tal situación se deba a la falla de la condición prevista en el contrato, por cualquier situación de caso fortuito o fuerza mayor o por efectos contractuales que determinen que los bienes vuelvan en las mismas condiciones en las que fueron transferidos, gozarán también de las exenciones anteriormente establecidas. Estarán gravadas las transferencias gratuitas u onerosas que haga el fiduciario en favor de los beneficiarios en cumplimiento de las finalidades del contrato de fideicomiso mercantil, siempre que las disposiciones generales previstas en las leyes así lo determinen.

La transferencia de dominio de bienes muebles realizada a título de fideicomiso mercantil está exenta del pago del impuesto al valor agregado y de otros impuestos indirectos. Igual exención se aplicará en el caso de restitución al constituyente de conformidad con el inciso precedente de este artículo.

Se entiende en todos los casos por restitución la transferencia de dominio que haga el fiduciario a favor del mismo constituyente, del bien aportado a título de fideicomiso mercantil, en las mismas condiciones en las que fueron transferidos inicialmente.

Las constancias documentales sobre los derechos personales derivados del contrato de fideicomiso mercantil no constituyen valores.

Art. 115.- Constituyentes o fideicomitentes. - Pueden actuar como constituyentes de fideicomisos mercantiles las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica, quienes transferirán el dominio de los bienes a título de fideicomiso mercantil.

Las instituciones del sector público que actúen en tal calidad, se sujetarán al reglamento especial que para el efecto expedirá el C.N.V.

El fiduciario en cumplimiento de encargos fiduciarios o de contratos de fideicomiso mercantil, puede además transferir bienes, sea para constituir nuevos fideicomisos mercantiles para incrementar el patrimonio de otros ya existentes, administrados por él mismo o por otro fiduciario.

Para la transferencia de bienes de personas jurídicas se observarán lo que dispongan los estatutos de las mismas y las disposiciones previstas en la Ley de Compañías.

Cuando un tercero distinto del constituyente se adhiere y acepta las disposiciones previstas en un contrato de fideicomiso mercantil o de encargos fiduciarios se lo denominará constituyente adherente. Cabe la adhesión en los contratos en los que se haya establecido esa posibilidad.

Las entidades del sector público únicamente pueden adherirse a contratos de fideicomisos mercantiles cuyos constituyentes sean también entidades del sector público.

Para el cumplimiento de su finalidad, el patrimonio autónomo podrá obtener financiamiento de instituciones del sistema financiero, mediante la emisión de valores establecidos en esta ley, y a través de otros mecanismos que regule la Junta.

Art. 116.- Beneficiarios. - Serán beneficiarios de los fideicomisos mercantiles o de los encargos fiduciarios, las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, de derecho privado con finalidad social o pública, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica designadas como tales por el constituyente en el contrato o posteriormente si en el contrato se ha previsto tal atribución. Podrá designarse como beneficiario del fideicomiso mercantil a una persona que al momento de la constitución del mismo no exista, pero se espera que exista. Podrán existir varios beneficiarios de un contrato de fideicomiso, pudiendo el constituyente establecer grados de preeminencia entre ellos e inclusive beneficiarios sustitutos.

A falta de estipulación, en el evento de faltar o ante la renuncia del beneficiario designado y, no existiendo beneficiarios sustitutos o sucesores de sus derechos, se tendrá como beneficiario al mismo constituyente o a sus sucesores de ser el caso.



Queda expresamente prohibida la constitución de un fideicomiso mercantil en el que se designe como beneficiario principal o sustituto al propio fiduciario, sus administradores, representantes legales, o sus empresas vinculadas.

Art. 118.- Naturaleza individual y separada de cada fideicomiso mercantil. - El patrimonio autónomo que se origina en virtud del contrato de fideicomiso mercantil es distinto de los patrimonios individuales del constituyente, del fiduciario y beneficiario, así como de otros fideicomisos mercantiles que mantenga el fiduciario.

Cada fideicomiso mercantil como patrimonio autónomo que es estará integrado por los bienes, derechos, créditos, obligaciones y contingentes que sean transferidos en fideicomiso mercantil o que sean consecuencia del cumplimiento de la finalidad establecida por el constituyente. Consecuentemente, el patrimonio del fideicomiso mercantil garantiza las obligaciones y responsabilidades que el fiduciario contraiga por cuenta del fideicomiso mercantil para el cumplimiento de las finalidades previstas en el contrato.

Por ello y dado a que el patrimonio autónomo tiene personalidad jurídica, quienes tengan créditos a favor o con ocasión de actos o contratos celebrados con un fiduciario que actuó por cuenta de un fideicomiso mercantil, sólo podrán perseguir los bienes del fideicomiso mercantil del cual se trate mas no los bienes propios del fiduciario.

La responsabilidad por las obligaciones contenidas en el patrimonio autónomo se limitará únicamente hasta el monto de los bienes que hayan sido transferidos al patrimonio del fideicomiso mercantil, quedando excluidos los bienes propios del fiduciario.

Contractualmente el constituyente podrá ordenar que el fideicomiso se someta a auditoría externa; sin embargo, el C.N.V., establecerá mediante norma general los casos en los que obligatoriamente los fideicomisos deberán contar con auditoría externa, teniendo en consideración el monto y naturaleza de los mismos.

Art. 126.- Derechos del constituyente. - Son derechos del constituyente del fideicomiso mercantil:

- a) Los que consten en el contrato;
- b) Exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil;

- c) Exigir al fiduciario la rendición de cuentas, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y a las normas de carácter general que imparta el C.N.V., sobre la actividad fiduciaria y las previstas en las cláusulas contractuales; y,
- d) Ejercer las acciones de responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar, en contra del fiduciario por dolo, culpa leve en el desempeño de su gestión.

Art. 127.- Derechos del beneficiario. - Son derechos del beneficiario del fideicomiso mercantil:

- a) Los que consten en el contrato;
- b) Exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil;
- c) Exigir al fiduciario la rendición de cuentas, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y a las normas de carácter general que imparta el C.N.V., sobre la actividad fiduciaria y las previstas en las cláusulas contractuales;
- d) Ejercer las acciones de responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar, en contra del fiduciario por dolo, culpa grave o culpa leve en el desempeño de su gestión;
- e) Impugnar los actos de disposición de bienes del fideicomiso mercantil realizados por el fiduciario en contra de las instrucciones y finalidades del fideicomiso mercantil, dentro de los términos establecidos en la ley; y,
- f) Solicitar la sustitución del fiduciario, por las causales previstas en el contrato, así como en los casos de dolo o culpa leve en los que haya incurrido el fiduciario, conforme conste de sentencia ejecutoriada o laudo arbitral y, en el caso de disolución o liquidación de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos.

Referencias bibliográficas

Registro Oficial Suplemento, 2006-02-22. CÓDIGO ORGÁNICO MONETARIO Y FINANCIERO, LIBRO II LEY MERCADO VALORES.

Registro Oficial, 1999-11-05. LEY DE COMPANÍAS.

Sampson, D. K. (1995). The Fiduciary Duties of Corporate Directors to “Phantom” Stockholders. *The University of Chicago Law Review*, 62(3), 1275-1299. <https://doi.org/10.2307/1600062>

UNIVERSIDAD EAFIT. (s.f). Renta Fija vs Renta Variable. *UNIVERSIDAD EAFIT. Consultorio contable*
<https://www.eafit.edu.co/escuelas/administracion/consultoriocontable/Documents/C%20RENTA%20FIJA%20Y%20RENTA%20VARIABLE.pdf>

Acerca de los informes crediticios y su regulación argentina

About credit reports and the applicable regulation in Argentina

— Diego Fernández* y Josefina Barbero** —

Resumen

En Argentina, la Ley de Protección de Datos Personales N° 25.326, junto con su Decreto Reglamentario N° 1558/2001 introduce en su artículo 26 normas referidas a la prestación de servicios crediticios, imponiendo obligaciones a los responsables del tratamiento y reconociendo derechos a los titulares de los datos.

En este artículo, analizaremos el marco regulatorio actual, ofreciendo comentarios desde el derecho comparado. Examinaremos la legislación en la región y en países de la Unión Europea. También revisaremos los casos jurisprudenciales más relevantes en Argentina relacionados con la prestación de servicios crediticios bajo la Ley N° 25.326, y la interpretación de la autoridad de control respecto al artículo 26.

Finalmente, revisaremos los distintos proyectos de reforma del artículo 26 presentados en el Congreso de Argentina, haciendo énfasis en el proyecto para reemplazar la Ley N° 25.326, recientemente presentado por el Poder Ejecutivo, y en las modificaciones que el mencionado proyecto introduce respecto de la creación de informes crediticios.

Palabras clave

Datos personales, decreto reglamentario, informe de crédito o comercial, responsable del tratamiento, titular del dato, tratamiento

Abstract

In Argentina, the Personal Data Protection Law No. 25,326, along with its Regulatory Decree No. 1558/2001, introduces in its Article 26 norms related to the provision of credit services, imposing obligations on data controllers and recognizing rights to data subjects.

In this article, we will analyze the current regulatory framework, offering comments from a comparative law perspective. We will examine legislation in the region and in European Union countries. We will also review the most relevant jurisprudential cases in Argentina related to the provision of credit services under Law No. 25,326, and the interpretation of the supervisory authority regarding Article 26.

We will finally review the different proposed reforms to Article 26 presented in the Argentine Congress, with emphasis on the project to replace Law No. 25,326, recently introduced by the Executive Branch, and on the modifications that said project introduces regarding the creation of credit reports.

Keywords

Personal data, executive order, credit or commercial report, data controller, data subject, processing.

* Socio del Departamento de Marcas, Tecnología y Propiedad Intelectual de Marval O'Farrell Mairal. Ciudad de Buenos Aires, Argentina. Abogado. Correo electrónico: dfer@marval.com.

** Asociada del Departamento de Marcas, Tecnología y Propiedad Intelectual de Marval O'Farrell Mairal. Ciudad de Buenos Aires, Argentina. Abogada. Correo electrónico: jba@marval.com.

1. Introducción

En Argentina, la prestación de servicios de información crediticia y el consecuente tratamiento de datos personales de las personas como resultado de la prestación de este tipo de servicios ha sido foco de distintos debates doctrinarios y jurisprudenciales, incluso aún antes de la sanción de la Ley de Protección de Datos Personales N° 25.326 en el año 2000.

El acceso a la información crediticia permite conocer la solvencia y el historial financiero-económico de las personas físicas y jurídicas que forman parte del mercado comercial y, como tal, pueden ser sujetos de relaciones comerciales con otros participantes de este mercado¹. Sin dudas, conocer este tipo de información trae ventajas para el mercado y los distintos jugadores. Del mismo modo, existen ciertos desafíos, por lo que su tratamiento debe realizarse sin perder de foco la dignidad e intimidad de las personas cuyos datos personales son tratados a estos fines.

En efecto, son varias las compañías en Argentina que se dedican, entre otras actividades, a la prestación de servicios de información crediticia, cuyos datos son consultados diariamente por los participantes del mercado comercial. Ejemplo de compañías reconocidas en Argentina son la Organización Veraz y Nosis, que prestan servicios de información crediticia desde hace más de 30 años.

Con el objeto de regular esta actividad, proteger los derechos de las personas y permitir que estas compañías puedan prestar sus servicios, la Ley de Protección de Datos Personales N° 25.326 de Argentina (en adelante, la "Ley de Protección de Datos Personales"), junto con su Decreto Reglamentario N° 1558/2001 (en adelante, el "Decreto Reglamentario"), introdujeron en su artículo 26 normas referidas específicamente a la prestación de servicios crediticios, imponiendo obligaciones a los responsables del tratamiento y reconociendo derechos a los titulares de los datos.

En este artículo analizaremos el actual régimen aplicable a los informes crediticios desde un punto de vista de la protección de los datos, junto con

comentarios bajo derecho comparado, analizando, así mismo, la legislación existente tanto en la región como en países de la Unión Europea, como por ejemplo España.

Comentaremos también el trabajo de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, específicamente, respecto de la creación de la Base Informática para la Comunicación Electrónica Interjurisdiccional sobre Datos Personales en Información Crediticia y sobre las sanciones impuestas con fundamento en el incumplimiento de las reglas establecidas en la Ley de Protección de Datos Personales.

Así mismo, revisaremos algunos casos jurisprudenciales en Argentina relacionados con la prestación de servicios crediticios bajo la Ley de Protección de Datos Personales como también por la interpretación de la autoridad de control respecto del alcance del artículo 26.

Por último, repasaremos distintos proyectos de reforma al actual artículo 26, haciendo especial foco en el proyecto integral para reemplazar la actual Ley de Protección de Datos Personales que ha sido recientemente presentado ante el Congreso de Argentina y en las modificaciones que el mencionado proyecto introduce respecto de la creación de informes crediticios.

2. La regulación actual en Argentina

En Argentina, la Ley de Protección de Datos Personales regula el tratamiento de datos personales, en general, y, específicamente en su artículo 26, incorpora disposiciones respecto de la prestación de servicios de información crediticia.

Al regular la prestación de este tipo de servicios, la Ley de Protección de Datos Personales comienza por establecer una limitación con relación a aquellos datos que podrán ser tratados por los prestadores de servicios de información crediticia.

Por un lado, prevé que solamente podrán tratarse datos personales de carácter patrimonial que refieran a la solvencia económica y al crédito de los titulares de los datos², en la medida en que estos sean

1 Al respecto, Pablo Palazzi identifica como sujetos del sistema de informes comerciales a: (i) los titulares de los datos; (ii) los proveedores de datos; (iii) las empresas de informes comerciales; (iv) los usuarios que consultan la información disponible en las bases de datos de las empresas de informes comerciales y en las bases de datos públicas; y (v) el Estado (Informes Comerciales, Pablo A. Palazzi, p. 10)

2 A diferencia de otras legislaciones en materia de protección de datos personales de la región, la Ley Argentina protege a los datos personales tanto de las personas físicas como de las personas jurídicas. Por ende, el tratamiento de datos personales respecto de la solvencia económica de las personas jurídicas (empresas) también se encuentra regulado bajo esta disposición.



obtenidos de fuentes de acceso público irrestricto o hayan sido facilitados por los titulares o con su consentimiento.

La Ley de Protección de Datos Personales también admite, por otro lado, el tratamiento de aquellos datos que permitan conocer información sobre el cumplimiento o incumplimiento de una persona respecto de sus obligaciones de contenido patrimonial. Estos datos pueden ser tratados, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 26, cuando sean proporcionados por el acreedor o por quien actúe en su nombre o interés.

En ese sentido, el Decreto Reglamentario clarifica que los datos que refieren a los contratos de mutuo, cuenta corriente, tarjetas de crédito, fideicomiso, *leasing*, de créditos en general y toda otra obligación de contenido patrimonial son considerados datos relativos al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones patrimoniales de las personas. Son también considerados este tipo de datos aquellos que permiten conocer el nivel de cumplimiento y la calificación utilizada para precisar el contenido de la información emitida de forma indubitable.

Luego de limitar los datos personales que podrán ser objeto de tratamiento en el marco de la prestación de servicios de información crediticia, el artículo 26 continúa regulando los derechos que los titulares de los datos tendrán respecto de la información que sobre ellos se trate.

El inciso tercero reconoce el derecho que tienen los titulares de los datos a requerir a los responsables de las bases de datos, información sobre los datos, evaluaciones y apreciaciones que sobre ellos se hayan comunicado a terceros durante los últimos seis meses.

Además, cuando los datos personales hayan sido obtenidos como consecuencia de una cesión, la Ley de Protección de Datos Personales también reconoce a los titulares de los datos la posibilidad de obtener información sobre el cesionario de los datos, en particular, su nombre y domicilio.

Otra limitación más se encuentra en el cuarto inciso del artículo 26, que establece que únicamente podrán ser archivados, registrados o cedidos aquellos datos personales que sean significativos

para evaluar la solvencia económico-financiera de los titulares de los datos durante los últimos cinco años. Sobre este último punto, el Decreto Reglamentario, prevé que este plazo deberá computarse desde la fecha de la última información adversa archivada que revele que una determinada deuda era exigible. Lamentablemente, el Decreto Reglamentario no resultó claro respecto a qué debía considerarse como “última información adversa” y, durante muchos años, existieron varios casos que fueron resueltos por los tribunales sobre este punto. Analizaremos las distintas interpretaciones en el capítulo referido a la jurisprudencia argentina sobre la materia.

Este mismo inciso establece, por otro lado, una reducción del plazo a dos años cuando el deudor cancele o de cualquier otra forma extinga la obligación, imponiendo, asimismo, la obligación de hacer constar esta circunstancia. Para computar este plazo, el Decreto Reglamentario establece que se deberá tener en cuenta la fecha exacta en que se extingue la deuda.

También en relación con los plazos de almacenamiento de la información respecto de la solvencia económica de los titulares de los datos, el Decreto Reglamentario dispone que ningún plazo resulta de aplicación para la eliminación de los datos de cumplimiento de las obligaciones sin mora.

Por último, en su quinto inciso, la Ley de Protección de Datos Personales establece una excepción a la necesidad de obtener el consentimiento de los titulares de datos para el tratamiento de sus datos personales.³ Al respecto, la Ley prevé que no se requerirá el consentimiento del titular de los datos para la cesión, ni para la ulterior comunicación de la información crediticia referida a dicho titular cuando estén relacionados con el giro de las actividades comerciales o crediticias de los cesionarios.

A tal efecto, el Decreto Reglamentario, dispone que el Banco Central de la República Argentina será el encargado de restringir el acceso a sus bases de datos disponibles en internet en lo que refiere a la información de personas físicas, mediante la exigencia al cesionario del número de documento o de código único de identificación tributaria o laboral del titular de los datos que debe haber sido obtenido a través de una relación contractual o comercial previa entre dichas partes.

3 Recordamos que, bajo la Ley de Protección de Datos Personales, el consentimiento del titular de los datos es la regla general para todo tratamiento.

Todo lo anterior nos muestra cómo el legislador decidió, bajo la Ley de Protección de Datos Personales —en complemento con su Decreto Reglamentario—, incorporar reglas estrictas para el tratamiento de datos personales sobre la solvencia económica de las personas.

3. La creación de la Base Informática para la Comunicación Electrónica Interjurisdiccional sobre Datos Personales en Información Crediticia

El 23 de junio de 2010, la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, en su carácter de regulador de la Ley de la ley local, estableció el sistema informativo denominado “Base Informática para la Comunicación Electrónica Interjurisdiccional sobre Datos Personales en Información Crediticia”.

Este sistema informativo tenía como principal objetivo poner a disposición de los responsables de la prestación de información crediticia las novedades que afecten a los informes crediticios en relación con derechos de rectificación, actualización, confidencialidad, supresión y/o bloqueo de datos personales que hubieran sido comunicados a la Dirección a través de oficios judiciales, como también sobre los requerimientos formulados por la Dirección en tal respecto.

Para fundamentar la creación de este sistema informativo, la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales remarcó las dificultades experimentadas por los titulares de los datos al momento de comunicar modificaciones de su informe crediticio mediante pronunciamientos judiciales o requerimientos de la Dirección y la consecuente afectación a sus derechos por la desactualización de su información crediticia.

Adicionalmente, la Dirección se refirió a la necesidad de contar con mecanismos informativos que permitan facilitar el acceso a la información actualizada y que, de esta forma, también permitan el cumplimiento del deber de los responsables del tratamiento de suprimir, sustituir o completar los datos que sean total o parcialmente inexactos o se encuentren incompletos, en virtud del principio de calidad reconocido en el artículo 4 de la Ley de Protección de Datos Personales.

En base a estos fundamentos, la Dirección estableció el carácter obligatorio de la participación de los

responsables en el sistema informativo, disponiendo la obligación de dichos responsables de acceder y tomar conocimiento del contenido del sistema en días hábiles administrativos en forma diaria.

Asimismo, la Dirección previó la participación opcional de aquellos responsables que operen como fuente informativa de los proveedores de informes crediticios, debiendo acreditar previamente ante la Dirección, la necesidad y pertinencia de acceder a esta información.

Si bien el sistema informativo creado por la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales implicaba una posible solución al problema planteado, lo cierto es que fue utilizado en la práctica por no haberse efectivizado el procedimiento para su puesta en marcha, situación que motivó su derogación por parte de la Agencia de Acceso a la Información Pública en el año 2019⁴.

4. La interpretación del artículo 26 por la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales y por la jurisprudencia argentina

Como anticipamos en los puntos anteriores, la redacción del artículo 26 dio lugar a debates acerca de su alcance. En particular, el inciso cuarto que impone un plazo para el archivo de los datos ha sido fuente de diversas interpretaciones. De hecho, este inciso fue largamente debatido por el Congreso al debatir la sanción de la Ley de Protección de Datos Personales.

El artículo 26 de la Ley de Protección de Datos Personales en su cuarto inciso prevé lo siguiente:

Sólo se podrán archivar, registrar o ceder los datos personales que sean significativos para evaluar la solvencia económico-financiera de los afectados durante los últimos cinco años. Dicho plazo se reducirá a dos años cuando el deudor cancele o de otro modo extinga la obligación, debiéndose hacer constar dicho hecho.

Por su parte, el Decreto Reglamentario dispone que:

Para apreciar la solvencia económico-financiera de una persona, conforme lo establecido en el artículo 26, inciso 4, de la Ley N.º 25.326, se tendrá en cuenta toda la información disponible desde el nacimiento de cada obligación

4 La Resolución 165/2019 (disponible aquí) dispone la derogación de la Disposición No. 17/2010 de la Dirección de Protección de Datos Personales.



hasta su extinción. En el cómputo de CINCO (5) años, éstos se contarán a partir de la fecha de la última información adversa archivada que revele que dicha deuda era exigible. Si el deudor acredita que la última información disponible coincide con la extinción de la deuda, el plazo se reducirá a DOS (2) años. Para los datos de cumplimiento sin mora no operará plazo alguno para la eliminación.

A los efectos del cálculo del plazo de DOS (2) años para conservación de los datos cuando el deudor hubiere cancelado o extinguido la obligación, se tendrá en cuenta la fecha precisa en que se extingue la deuda.

Si bien el Decreto Reglamentario intentó aclarar cuál es el momento a partir del cual se debe computar el plazo de cinco años, la realidad es que no lo hizo. El Decreto dispone que debe hacerse a partir de la fecha de la última información adversa archivada, sin indicar con mayor detalle qué se considera por “última información adversa archivada”.

Sobre este punto, existen dos corrientes principales de interpretación. La corriente más restrictiva considera que la fijación de un plazo en la Ley de Protección de Datos Personales no implica que los datos personales que sean ciertos deban ser suprimidos. Es decir, esta teoría considera que “mientras la obligación se encuentre vigente y el acreedor continúe informando el dato cuestionado, no se opera el plazo de caducidad previsto en la Ley de Hábeas Data, estableciéndose una suerte de primacía respecto de la “realidad patrimonial del deudor”, o del “derecho al acceso a las fuentes de información crediticia” con relación al “derecho al olvido (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, 2009).

Por el otro lado, la interpretación menos restrictiva considera que el plazo de cinco años debe computarse desde el momento en que se verificó la mora del deudor en tanto se considera este momento como la última información adversa sobre esa obligación. En consecuencia, esta interpretación no permite que la mera repetición de determinada información mensualmente constituya un obstáculo para el ejercicio del derecho al olvido sobre estos datos en particular.

5. La interpretación de la autoridad de control

En el Dictamen DNPDP N° 150/2007, la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales fue consultada por su interpretación del inciso

cuarto del artículo 26, indicando que hasta ese momento, la opinión era que:

el plazo de 5 años de la información archivada por la empresa de riesgo crediticio se computará a partir de la última modificación difundida por fuente legítima (el titular del dato, el acreedor, fuentes de acceso público), siempre y cuando la información se produzca mientras la obligación se encuentre vigente.

Sin embargo, modificó su opinión sosteniendo que la interpretación realizada por la Procuración del Tesoro de la Nación constituía una interpretación más favorable para el titular de los datos y, en consecuencia, debía ser la interpretación adoptada. Por lo que, se determinó que el plazo de cinco años establecido en el inciso cuarto del artículo 26 debía computarse desde el momento en que la obligación se torna exigible.

6. La interpretación de la jurisprudencia argentina

En el caso Estigarribio Rubén Darío c/Bankboston NA s/sumarísimo, del año 2009, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial interpretó que el plazo de cinco años establecido en el artículo 26 inciso cuarto debe comenzar a computarse

desde el momento en que ingresó al registro de datos la última información adversa “significativa” respecto de la situación económica-financiera de la persona en cuestión, interpretando que ello ocurrirá cuando esa información introduzca modificaciones en los datos consignados respecto de la deuda de que se trate” y aclaró que “el hecho de que la información caduca sea eliminada de las bases de datos, en modo alguno afecta a la exigibilidad de dicha deuda (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, 2009).

En consecuencia, en el caso es posible observar cómo la Cámara Nacional de Apelaciones inclinó su postura hacia la interpretación menos restrictiva del derecho al olvido.

Este fallo también es determinante al momento de interpretar el significado del término “significativa”. La Cámara entiende sobre este punto que

la última información adversa archivada “significativa” debe ser definida como el último dato modificador que haya aportado información sobre la conducta del afectado ante una determinada obligación. Concretamente sería novedoso el registro de la iniciación de un proceso

judicial o del dictado de la sentencia en ese proceso, por tratarse de actos del acreedor en procura de percibir una determinada acreencia (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, 2009).

Esto último ayudó a zanjar el debate respecto de qué se entiende por información “significativa”.

Una postura similar tuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 2011, en el caso “Catania, Américo Marcial c/BCRA – (Base de Datos) y otros s/hábeas data”. En el caso, el actor inició una demanda contra el Banco Central a fin de acceder a los datos que obraban en la base de datos de deudores sobre su persona y, a su vez, contra el Citibank N.A. por ser quien había calificado y remitido su información al Banco Central.

El actor consideró que, a pesar de reconocer la existencia de las deudas en cuestión, el plazo permitido para el almacenamiento de la información referida a dichas deudas se encontraba caduco. Ello, por considerar que

tratándose de una deuda que data del año 1997, respecto de la que se ha obtenido una sentencia favorable al acreedor en el año 1998, la información relativa a la morosidad debió ser eliminada de la base de datos en el año 2003, al transcurrir el plazo de 5 años contemplado en el artículo 26, punto 4, de la ley 25.326.

Sin embargo, tanto el juez de primera instancia, como luego la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, rechazaron la acción.

En apelación extraordinaria, la Corte Suprema consideró que la interpretación realizada por la Cámara de Apelaciones no era correcta y que, en consecuencia, la sentencia del tribunal de segunda instancia debía ser revocada. Entre sus fundamentos, la Corte indicó que no surge de la ley que el plazo de cinco años previsto en el artículo 26 deba prorrogarse hasta tanto la deuda resulte exigible por no haber operado la prescripción de la misma.

7. El derecho comparado

El tratamiento de datos personales en la prestación de servicios de información crediticia y, en particular, la forma de cómputo aplicable al derecho al olvido para estos casos ha sido también objeto de tratamiento por varias legislaciones en diversos países de la región y del mundo.

Así, por ejemplo, en Chile, la Ley No. 19.628 sobre la Protección de la Vida Privada contiene, en su título tercero, las disposiciones aplicables a la utilización de datos personales relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial.

Sobre el cómputo del derecho al olvido en materia de información crediticia, la Ley de Chile, Ley 19628 sobre Protección de la Vida Privada, prevé un plazo de cinco años para el almacenamiento de esta información y dispone que el mismo debe computarse desde que la respectiva obligación se hizo exigible.

En el caso de Uruguay, el plazo para la conservación de datos personales relativos a obligaciones de carácter comercial de personas físicas también se limita a un plazo de cinco años que deberá computarse, en este caso, a partir de su incorporación. Sin embargo, la ley uruguaya, Ley 18331 de Protección de Datos Personales, prevé que, al vencimiento de este plazo, el acreedor tendrá derecho a solicitar por única vez un nuevo registro por cinco años, en caso de que la obligación permanezca incumplida.

En cuanto a la información sobre las obligaciones canceladas o extinguidas, la ley uruguaya prevé que las mismas permanecerán registradas por un plazo máximo y no renovable de cinco años, con expresa mención a su cancelación o extinción, y debiendo computarse este plazo desde la fecha de la cancelación o extinción.

En Europa, la Ley Orgánica No. 3/2018 sobre la Protección de los Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales de España, dispone en su artículo 20 que:

salvo prueba en contrario se presumirá lícito el tratamiento de datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito por sistemas comunes de información crediticia cuando se cumplan los siguientes requisitos (...): d) que los datos únicamente se mantengan en el sistema mientras persista el incumplimiento con el límite máximo de cinco años desde la fecha de vencimiento de la obligación dineraria, financiera o de crédito.

Los ejemplos expuestos anteriormente permiten demostrar la uniformidad existente sobre el plazo de conformación de la información crediticia de los titulares de los datos, tanto en la región como también en Europa como legislación base para la



Argentina y, así mismo, las distintas posturas adoptadas para el cómputo de dicho plazo.

- **Sanciones emitidas por la Autoridad de Protección de Datos Argentina**

La Ley de Protección de Datos Personales establece las siguientes sanciones ante el incumplimiento de sus disposiciones: (i) apercibimientos; (ii) multas desde ARS 1.000 a ARS 100.000; (iii) suspensiones; (iv) clausura; o (v) cancelación de la base de datos. Las infracciones, asimismo, se gradúan en leves, graves o muy graves.

Al respecto, la Agencia de Acceso a la Información Pública emitió recientemente la Resolución N° 240/2022, a través de la cual reguló las sanciones aplicables a distintas infracciones a la Ley de Protección de Datos Personales.

En lo que a este artículo concierne, la Resolución N° 240/2022 gradúa como una infracción grave a la Ley de Protección de Datos Personales al hecho de tratar, dentro de la prestación de servicios de información crediticia, datos personales patrimoniales que excedan la información relativa a la solvencia económica y al crédito del titular.

Esta infracción, bajo la mencionada Resolución, es pasible de hasta cuatro apercibimientos, suspensión de uno a treinta días y/o multa de ARS 80.001 a ARS 90.000.

En lo que refiere a las penalidades, durante los años de vigencia de la Ley de Protección de Datos Personales, la Autoridad de Protección de Datos en Argentina ha impuesto sanciones con fundamento en el incumplimiento de las disposiciones del artículo 26 de la ley.

Así, por ejemplo, en marzo del año 2020, la Agencia de Acceso a la Información Pública sancionó a una reconocida compañía de prestación de informes crediticios con una multa de ARS 90.000 por considerar que la misma mantuvo en sus registros datos inexactos, sin haber realizado las rectificaciones, actualizaciones o supresiones de estos, aun luego de haber sido requerido por la Autoridad.⁵

En el caso, un particular presentó una denuncia contra su banco, la compañía de informes crediticios y el Banco Central de la República Argentina,

alegando su incumplimiento a la Ley de Protección de Datos Personales.

La contestación a la solicitud de acceso presentada por el particular ante la compañía denunciada informó una deuda como “vencida”, sin precisar los días de mora ni el significado de la codificación utilizada para calificar la conducta del titular. Al requerir más información sobre este punto, la compañía de informes crediticios alegó haber publicado la información en los mismos términos que fue recibida de parte de las entidades financieras.

Sin embargo, se comprobó en el caso que el banco —que informó sobre la deuda— precisó en su informe los días de mora del denunciante. Asimismo, se comprobó que el denunciante tenía veintiséis días de mora, plazo que, según la Comunicación “A” 5740 del Banco Central, no podía ser utilizado como base para considerar “morosa” a una persona.

Si bien la compañía de prestación de informes crediticios justificó la emisión del informe cuestionado en la Comunicación “A” 5740 que no permitiría informar como moroso al denunciante, por lo que procedió a informar que la deuda se encontraba “vencida”, la Autoridad entendió, entre otras cosas, que el término “vencida” puede interpretarse como una situación “normal” ya que demuestra un atraso en el cumplimiento de las obligaciones.

En base a lo anterior, la Autoridad de Protección de Datos consideró que los informes crediticios cuestionados no brindaron información clara sobre la situación del denunciante.

8. Proyectos de reforma

Como hemos visto a lo largo del presente, el artículo 26 ha sido, y continúa siendo en la actualidad, uno de los artículos de la Ley de Protección de Datos Personales más debatidos. Ello motivó que este artículo sea también uno de los artículos respecto de los cuales se han presentado mayores proyectos de reforma. Como mencionamos en la introducción, la correcta regulación del tratamiento de datos personales para los fines de brindar información sobre la solvencia económica de las personas constituye una necesidad fundamental a los efectos de salvaguardar la dignidad e intimidad de las personas objeto de dicha información. Del mismo modo, la posibilidad de poder contar con informes

5 Resolución 2020-43-APN-AAIP. 3 de marzo de 2020 (https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/rs-2020-43-apn-aaip_3.pdf).

crediticios es de suma utilidad para el mercado y los negocios.

A continuación, expondremos aquellos proyectos de reforma más relevantes presentados recientemente⁶.

1. Proyecto No. 0835-D-2022

Este proyecto ha sido presentado por la diputada Ana Carolina Gaillard, con la intención de modificar el artículo 26 de la Ley de Protección de Datos Personales.

Conforme expone en sus fundamentos, el proyecto intenta conseguir una mayor equidad para los titulares de los datos en el marco del tratamiento de su información crediticia. La autora reconoce que los titulares de los datos objeto de calificaciones sobre su estado de solvencia se ven gravemente afectados por dichas calificaciones.

A los efectos de brindar una mayor tutela a los titulares de los datos, el proyecto propone, en primer lugar, modificar el inciso tercero del artículo 26, incluyendo la obligaciones de aquellos que presten servicios de información crediticia de notificar, en un plazo de quince días, a los titulares de los datos acerca del registro de su información. De esta manera, el titular podrá demostrar o, en su caso, efectuar la cancelación de la deuda o ejercer su derecho a recabar, ampliar, rectificar o suprimir sus datos personales.

Por otro lado, el proyecto propone modificar el tiempo del cómputo del plazo de 5 años durante los cuales pueden archivar, registrarse o cederse datos significativos para evaluar la solvencia económico-financiera de las personas. Bajo el proyecto, ese plazo se contará desde el momento en que se registre la constitución en mora de la obligación y una vez cumplido los datos deberán ser eliminados inmediatamente de la base de datos.

La eliminación inmediata también aplica para el caso en que se cancelen las cuotas vencidas o se extinga la obligación, desde el momento en que dichas cuotas sean abonadas o la obligación se extinga.

Por último, el proyecto dispone que las entidades crediticias deberán realizar dos notificaciones: (i) por un lado, deberán notificar, dentro del quinto día hábil de producida la cancelación o extinción

de la deuda, sobre dicha situación a los bancos de datos público y/o privados a los efectos de que estos procedan a la supresión total y definitiva de los datos en sus registros; y (ii) por el otro lado, al deudor sobre el cumplimiento de la primera notificación. En caso de no efectuarse las notificaciones previstas, las empresas crediticias serán pasibles de las sanciones reconocidas bajo la Ley de Protección de Datos Personales como también de la acción por daños y perjuicios.

2. Proyecto No. 0547-S-2023

El proyecto No. 0547-S-2023, presentado por la entonces senadora argentina, Lucila Crexel, busca modificar la actual redacción del artículo 26 de la Ley de Protección de Datos. Esta modificación busca resolver ciertas contradicciones que la autora del proyecto reconoce en el articulado.

En primer lugar, el proyecto modifica el inciso segundo del artículo 26 para incluir la obligación de los acreedores —o de quienes actúen en su nombre— de notificar al titular de los datos fehacientemente sobre el tratamiento de datos personales referidos a su cumplimiento o incumplimiento de obligaciones de contenido patrimonial. De aprobarse el proyecto, los obligados deberán brindar la notificación en un plazo máximo de treinta días hábiles desde el registro del titular de los datos en la base de datos en cuestión.

Por otro lado, el proyecto incorpora una nueva limitación para los responsables de tratamiento al disponer que estos deberán limitarse a realizar un tratamiento objetivo de la información que obtienen y prohibiéndoles, en contracara, la realización de valoraciones subjetivas.

Por último, a través de la modificación del inciso cuarto, el proyecto busca clarificar el debate respecto del cómputo del plazo para el derecho al olvido. Si bien mantiene el plazo de cinco años que reconoce actualmente la Ley de Protección de Datos Personales, limita este plazo a la fecha de su incorporación. De esta forma, el proyecto elimina las interpretaciones que permitan una renovación constante del plazo de cinco años dada la poca claridad existente en la redacción actual.

Adicionalmente, en sus fundamentos, la senadora explica la afectación que produce a los titulares de los datos el hecho de que sus datos puedan ser al-

6 Al momento de escribir el presente artículo, todos los proyectos mencionados continúan teniendo estado parlamentario.



macenados por dos años más luego de haber sido cancelada la deuda. En palabras de la autora del proyecto, “(...) *no llega a comprenderse qué significado tiene conocer qué hace años una persona fue inhabilitada para operar en una cuenta corriente bancaria, si desde hace otros tantos es una puntual cumplidora de sus obligaciones*”.

En consecuencia, el proyecto elimina este plazo y prevé que, en aquellos casos en que el deudor cumpla o de cualquier forma extinga sus obligaciones, el acreedor —o quien actúe en su nombre— deberá informar al responsable del tratamiento sobre esta situación en un plazo de treinta días hábiles desde operada tal extinción, teniendo el responsable del tratamiento, asimismo, un plazo de 5 días hábiles de recibida la comunicación, para actualizar y suprimir el dato, asentando la nueva situación como también para comunicarlo al titular de los datos.

3. Proyecto No. 0693-D-2023

Otro proyecto fue presentado por el diputado Carlos Raúl Zapata, quien propuso incorporar un inciso 6 al artículo 26 de la Ley de Protección de Datos Personales. La redacción propuesta es la siguiente:

Será obligación de las empresas acreedoras y de aquellas organizaciones responsables de los registros, archivos bancos o bases de datos de comunicar dentro de las 48 (Cuarenta y Ocho) horas de producida la cancelación o extinción de la deuda por parte del usuario y/o consumidor.

En los fundamentos de la presentación del proyecto, el diputado explica que la intención del agregado en la propuesta es la de ayudar a los consumidores a modificar su situación patrimonial en el eventual caso de que la deuda haya sido cancelada o extinta. Para ello, pone en cabeza de las empresas acreedoras la obligación de realizar una comunicación efectiva respecto de la cancelación o extinción de una deuda.

9. El proyecto de reforma de la Ley de Protección de Datos

Recientemente, el Poder Ejecutivo Nacional presentó ante el Congreso de la Nación Argentina un nuevo proyecto para reformar la actual Ley de Protección de Datos Personales. Este proyecto fue el resultado de un trabajo conjunto entre la Agencia de Acceso a la Información Pública y los miembros más relevantes del sector público y privado.

Al igual que lo hace la actual Ley de Protección de Datos, este proyecto también regula específi-

camente el tratamiento de datos personales en el marco de la prestación de servicios crediticios. De hecho, el Proyecto incorpora un capítulo completo con regulaciones sobre esta materia.

El Capítulo 6 del proyecto denominado “Protección de Datos de Información Crediticia” se conforma de 4 artículos (artículos 49 a 52).

El artículo 49, en primer lugar, establece la necesidad de contar con una base legal para el tratamiento de datos personales de carácter patrimonial relativos a la solvencia económica y al crédito de una persona.

Como una novedad, este artículo prohíbe expresamente la posibilidad de tratar datos personales pertenecientes a los parientes del titular de los datos, permitiendo, excepcionalmente, en el caso en que participen dentro de una misma sociedad comercial. El artículo también prohíbe el tratamiento de datos comerciales negativos que refieran a la prestación de aquellos servicios públicos considerados esenciales.

Por su parte, el artículo 50 regula los plazos de conservación de la información crediticia, replicando, en su mayoría, el inciso cuarto del artículo 26 de la Ley de Protección de Datos Personales y de su Decreto Reglamentario. Si bien el artículo 50 dispone la forma en que debe ser computado el plazo de 2 años, nada establece sobre el cómputo del plazo de 5 años, por lo que no es posible precisar si deberá computarse de la misma forma en que lo prevé el Decreto Reglamentario.

En cuanto a los derechos de los titulares de los datos, el artículo 51 del Proyecto reconoce nuevos derechos a los titulares. En particular, este artículo reconoce el derecho a obtener información respecto del detalle de la fórmula aplicada en la elaboración de sistemas de puntuación y/o calificación que se basen en el comportamiento crediticio de las personas, información sobre las variables consideradas, el procedimiento y la información que se toma en cuenta e información sobre el algoritmo que se utiliza y su composición.

Asimismo, el artículo 51 pone en cabeza de las entidades crediticias, financieras y de cualquier otro acreedor, la obligación de comunicar en forma diligente a los titulares de los datos cuando exista un cambio de situación crediticia. Esta comunicación debe ser realizada por un medio que permita acreditar su envío y fecha.

Adicionalmente, cuando la situación crediticia de una persona pase de cumplimiento normal de sus obligaciones a incumplimiento, entonces la obligación mencionada en el párrafo precedente debe ser cumplida en el plazo de diez días hábiles de producida la nueva clasificación.

En todos los casos, corresponde al cedente la carga de cumplir con la comunicación prevista en este artículo.

El artículo 51 trae otra novedad en materia de derechos reconocidos a los titulares de los datos a quienes se les deniegue la celebración de un contrato, solicitud de trabajo, servicio, crédito comercial o financiero, con sustento en un informe crediticio, quienes tendrán derecho a ser informados sobre dicha circunstancia, así como a recibir información sobre la empresa que proveyó el informe en cuestión y a recibir una copia del mismo.

Por último, el artículo 52 regula el rol del Banco Central de la República Argentina en el tratamiento de datos personales con fines crediticios y establece que dicha entidad publicará, en el marco de sus competencias, la información cedida por entidades crediticias que refiere al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones patrimoniales, debiendo hacerlo de una manera amplia y transparente.

Sin perjuicio de lo anterior, en caso de que el titular de datos quisiera ejercer alguno de sus derechos reconocidos en el proyecto (es decir, rectificación, oposición, supresión o portabilidad) en relación con los datos publicados por el Banco Central, deberá hacerlo, conforme el artículo 51, ante la entidad cedente del dato cuestionado.

De existir alguna modificación, ésta deberá ser informada al Banco Central por las entidades crediticias a efectos de que proceda a la actualización de sus bases de datos. El proyecto no prevé un plazo para el cumplimiento de esta obligación por parte del Banco Central, sino que se limita a indicar que debe realizarse en un tiempo razonable, que dependerá de las capacidades operativas de la entidad.

10. Conclusiones

Los informes crediticios sin dudas proporcionan información valiosa sobre las personas, cuya utilidad se centra puntualmente en la conclusión de relaciones comerciales entre distintos actores del mercado comercial.

Así, los acreedores pueden conocer, de forma previa, la situación económica-financiera de su contraparte y contar con herramientas suficientes para concretar o no un determinado negocio.

Sin embargo, como hemos visto, el tratamiento de esta información debe darse en un contexto de protección a los titulares de los datos, de forma tal que se eviten posibles vulneraciones a sus derechos y, principalmente, a su dignidad.

En este sentido, al regular el tratamiento de datos personales a los fines de la prestación de servicios de informes crediticios, la regulación argentina —en concordancia con los criterios adoptados por la jurisprudencia argentina— sin duda han tomado un papel fundamental en el avance de la industria de informes crediticios, sin perder de vista la necesidad de resguardar a las personas físicas o jurídicas objeto de este tipo de informes.

La Ley de Protección de Datos Personales de Argentina, como hemos explicado a lo largo del artículo, se encuentra en armonía con muchas legislaciones a nivel mundial. Sin perjuicio de ello, las modificaciones propuestas en el proyecto presentado ante el Congreso de la Nación podrían acercar aún más a Argentina al régimen legal existente en la región y en el mundo, aplicable al tratamiento de información crediticia de las personas, otorgando así un marco regulatorio más amplio a este tipo de tratamiento de datos personales.

Referencias bibliográficas

- Catania, Américo Marcial *c/ BCRA – (Base de Datos) y otros s/ habeas data*. (2011, 8 de noviembre) Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argibay, C., Fayt, C., Highton E., Lorenzetti, R., Maqueda, J., Petracchi, E., Zaffaroni, E.)
- Dirección Nacional de Protección de Datos Personales (2007, 15 de septiembre). *Dictamen N° 150/2007*. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/d2007_150.pdf
- Dirección Nacional de Protección de Datos Personales (2010, 29 de junio). *Disposición No. 17/2010*. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/disposic%C3%B3n-17-2010-168811/texto>.
- Estigarribio Rubén Darío *C/ Bankboston Na S/ Sumarísimo*. (2009, 6 de octubre). Cámara Nacional de Apelaciones.



- Jefatura del Estado. (5 de diciembre de 2018). *Ley Orgánica 3/2018. Ley de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*. Boletín Oficial del Estado. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/3/dof/spa/pdf>
- Ministerio Secretaría General de la Presidencia. (1999, 28 de enero). *Ley 19628. Sobre Protección de la Vida Privada*. <https://digital.gob.cl/biblioteca/regulacion/ley-n-19628-sobre-proteccion-de-la-vida-privada/#:~:text=Regula%20el%20tratamiento%20de%20los,protecci%C3%B3n%20a%20la%20vida%20privada>.
- Palazzi P. (2007). *Informes Comerciales*. Astrea
- Presidencia de la Nación. (2023, 29 de junio). *Proyecto de reforma de Ley de Protección de los Datos Personales*. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/mensajeyproyecto_leydpdp2023.pdf
- Poder Ejecutivo Nacional (2010, 11 de agosto). *Decreto Reglamentario N° 1558/2001*. Boletín Oficial N° 31965. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/70368/textact.htm>
- Presidencia de la Nación. (2023, 29 de junio). *Proyecto de reforma de Ley de Protección de los Datos Personales*. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/mensajeyproyecto_leydpdp2023.pdf
- República Oriental de Uruguay. (2008, 18 de agosto). *Ley 18331. Ley de Protección de Datos Personales*. <https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/U4%20Ley%2018.331%20de%20Protecci%C3%B3n%20de%20Datos%20Personales%20y%20Acci%C3%B3n%20de%20Habeas%20Data.pdf>
- Resolución N° 165/2019. Agencia de Acceso a la Información Pública (29 de agosto de 2019). <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-165-2019-327588/texto>.
- Resolución 2020-43-APN-AAIP. Agencia de Acceso a la Información Pública (3 de marzo de 2020). https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/rs-2020-43-apn-aaip_3.pdf.
- Resolución N° 240/2022. Agencia de Acceso a la Información Pública (01 de diciembre de 2022). <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-240-2022-376080/texto>.
- Senado Argentina. (29 de junio de 2023). *Proyecto de ley que modifica el art. 26 de la Ley 25.326 (Protección de Datos Personales), respecto del requerimiento de la información crediticia por parte de archivos, registros y bancos de datos*. <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/547.23/S/PL>
- Senado Argentina. (24 de febrero de 2023). *Proyecto de ley que incorpora un sexto inciso al art. 26 de la Ley 25.326 (Protección de Datos Personales)*. <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2023/PDF2023/TP2023/0693-D-2023.pdf>

Disrupción digital en la praxis legal: explorando el ecosistema legaltech en el Perú

Digital Disruption in Legal Practice: Exploring the Legaltech Ecosystem in Peru

— Oscar Montezuma Panez* y Jordi Víctor Hugo Sardá Paz** —

Resumen

El presente artículo examina la intersección entre el desarrollo tecnológico y la transformación digital en el contexto de la facilitación de servicios legales en el Perú. El emergente sector legal tech en Perú, posible gracias a la creciente masificación de las capacidades de cómputo, enfoca la mayoría de sus soluciones en el uso de tecnologías simples dirigidas a profesionales del derecho.

Si bien es notoria la falta de diferenciación en las ofertas y la dificultad de acceso a financiamiento para nuevas ideas en el ecosistema digital, se reconoce el esfuerzo de actores privados y públicos en impulsar la transformación digital del sector. Este artículo concluye con algunas recomendaciones para fortalecer la confianza en los servicios digitales y fomentar la innovación en el sector legal tech nacional.

Palabras clave

Transformación digital, Legal tech, Tecnologías de la Información y la comunicación, servicios legales.

Abstract

This article examines the intersection between technological development and digital transformation in the context of legal services facilitation in Peru. The emerging legal tech sector in Peru, made possible by the growing massification of computing capabilities, focuses most of its solutions on the use of simple technologies aimed at legal professionals.

Although the lack of differentiation in the offerings and the difficulty in accessing financing for new ideas in the digital ecosystem is notorious, the efforts of private and public actors in promoting the digital transformation of the sector are recognized. This article concludes with some recommendations to strengthen trust in digital services and foster innovation in the national legal tech sector.

Keywords

Digital transformation, Legal tech, Information and communication technologies, legal services.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú con maestría en *The George Washington University*. Cuenta con más de quince años de experiencia profesional en el sector de telecomunicaciones y tecnologías de la información. Actualmente es Director y fundador de Niubox, consultora legal y regulatoria en tecnología y negocios digitales e innovación legal con presencia en Perú, Ecuador y Colombia. omontezuma@niubox.legal.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, actualmente cursa estudios de maestría en *Georg-August Göttingen University*. Pre docente y adjunto de docencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú e investigador para proyectos de organismos de cooperación internacional. Director de investigación Lawgic Tec, asociación de tecnología y derecho. ORCID 0000-0002-5018-2573. jvsarda@puccp.pe.



1. Introducción

El notable desarrollo que ha experimentado la tecnología en las últimas décadas es un fenómeno estrechamente vinculado a dos factores fundamentales: el primero de ellos es el exponencial incremento de la potencia de cómputo de los sistemas, mientras que el segundo se refiere al progresivo abaratamiento de los precios en el mercado de las tecnologías, lo cual fue posible gracias a la globalización comercial económica que el mundo ha experimentado desde finales de la década de 1970.

Dicho fenómeno se ha constituido como la base de la denominada transformación digital que actualmente abarca múltiples aspectos de la cotidianidad humana, impulsando una serie de cambios, sociales y económicos, que moldearán el desenvolvimiento de este siglo. Es por tal motivo que las llamadas nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones o NTICs gozan de tanta atención a nivel internacional; especialmente considerando el particular impacto presentado por tecnologías como el Internet, el blockchain, el big data, la computación en la nube, las redes 5G, la inteligencia artificial y las cada vez mayores capacidades de cómputo (OCDE, 2019, p. 18).

Este nuevo horizonte tecnológico es el factor habilitante de la digitalización en una gran cantidad de países del mundo, ya que es justamente el uso de estas tecnologías digitales, datos y formas de interconexión, lo que hace posible el proceso de transformación digital. Como se evidenciará más adelante, el Perú también es parte de este proceso, el cual además viene sirviendo para afrontar los retos sociales, económicos y regulatorios propios de este país (OCDE, 2019, p.18).

2. Estado de la digitalización en Perú

Para comprender la situación actual del ecosistema digital en el Perú resulta conveniente evaluar algunos datos relevantes. En primer lugar, de acuerdo al Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI, 2022) en el presente año el país alcanzó una población total de 33 396 700 de personas, de las cuales alrededor de 21.6 millones cuentan con acceso a Internet (equivalente al 72.5% de la población mayor a los 6 años de edad). Sin perjuicio de ello, se debe notar que aproximadamente 19.8 millones de usuarios de este servicio accede al mismo exclusivamente mediante teléfonos móviles (lo cual equivale al 66.7% de la población señalada) INEI (2022). Asimismo, para agosto del 2022, el promedio de velocidad de descarga de Internet en

el Perú es de 77.26 Mbps en ancho de banda fija y 28.55 Mbps en Internet móvil (Speedtest, 2022).

Estos últimos factores marcan una diferencia importante entre los niveles estadísticos de cobertura de Internet del país y las capacidades de uso reales que tienen la mayoría de peruanos para acceder a servicios de a través de la red ya que, como queda evidenciado, se limitarán solo a aquello que un teléfono móvil con una velocidad menor a 30 Mbps les permita hacer. De este modo, las restricciones descritas pueden dejar fuera servicios de acceso a la justicia prestados de forma online u otros conexos que hacen parte del sector legal tech.

Ahora bien, cabe señalar que la actual cobertura de los servicios de telecomunicaciones, en particular del Internet, no hubiera sido posible sin las grandes inversiones realizadas en las infraestructuras correspondientes. Igualmente se debe reconocer que, a pesar de las limitaciones, los desarrollos alcanzados contribuyeron en la progresiva modernización e interconexión de la economía nacional, así como en la creación de los primeros espacios de comercio digital en el país. Uno de los ejemplos más importantes en la implementación de infraestructura de esta clase fue el proyecto Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, el cual, según explica el organismo técnico ProInversión, se planeó habilitar la interconexión de 22 capitales regionales y 180 capitales de provincia, mediante más de 13 mil kilómetros de fibra óptica; requiriendo, para ello, un presupuesto total de USD 323 millones. La implementación de esta red de fibra óptica continuó a través de proyectos de alcance regional, conectando a los distritos con sus capitales de provincia. De este modo, se garantiza contar con los recursos básicos necesarios para brindar cobertura de Internet con una mejor velocidad, incluso en zonas del país típicamente inaccesibles para los proveedores de estos servicios (OCDE, 2019, p. 31).

No obstante, parte importante de este esfuerzo se vio frustrado por la conflictiva administración de dicha Red Dorsal, con posterioridad a su implementación. Sobre todo, porque esta red viene siendo utilizada a menos del 6% de su capacidad real debido a que, en un principio, el costo de alquiler ofertado por la concesionaria resultaba comparativamente elevado (Redacción El Comercio, 2018).

En esa línea, para el año 2021, todavía un considerable porcentaje de la población permanecía sin acceso a Internet, particularmente en las zonas rurales. Aunque no se pueden dejar de considerar las dificultades que plantean los factores geográficos

ficos propios de la densa Amazonía y la accidentada cordillera de los Andes, dado que estos son un constante desafío para modelos tradicionales de conectividad rural reconocidamente exitosos. A pesar de ello, diversas investigaciones declaran que durante los últimos 30 años se han producido avances progresivos en materia de conectividad, educación digital, gobernanza digital y economía digital (Corbera et al., 2022, p. 10-11).

Entre las áreas mencionadas se puede destacar el desarrollo y beneficios experimentados por el sector público y los ciudadanos gracias a la incorporación de servicios total o parcialmente digitalizados; los cuales, a pesar de haber sido inicialmente experimentados en un número limitado de instituciones, se van extendiendo por cada vez más entidades del Estado (OCDE, 2019, p. 30). En cuanto al desarrollo de un ecosistema económico digital se debe resaltar que su creciente presencia se ve refrenada por factores como la falta de confianza digital, el lento desarrollo de la interconexión digital, la falta de clientes familiarizados con los servicios digitales, y la excesiva dependencia de la inversión del sector privado en ciertos lugares. Ello explica por qué parte importante de la oferta financiera digital, el comercio electrónico y la formación de nuevo talento digital está centrado en Lima y dominado por empresas de corte tradicional (Corbera et al., 2022, p. 10-11).

Realizando un balance del estado actual de la digitalización en el Perú, es posible afirmar que se han dado pasos importantes para construir las bases y adoptar las herramientas digitales concernientes, dentro del marco de la ya descrita transformación digital. Sin embargo, es claro que muchos de estos avances han ocurrido de forma poco estructurada y planificada. A pesar de ello, se debe destacar que durante esta última década se ha visto la implementación de normativas y políticas públicas con un mejor sentido de planeación, como se verá a continuación; lo cual también pudo haber impactado en el desarrollo más estable del ecosistema digital y de los servicios comerciales, financieros y legales que se ofrecen sobre la base del Internet.

2.1 Marco general del Derecho de las TICs en Perú

A continuación haremos una breve reseña del marco normativo general que actualmente inciden sobre el Internet y tecnologías relacionadas; ya sea a nivel de infraestructuras, a nivel de redes lógicas o a nivel de contenidos (Vera, 2013, p.167). Dicho análisis reviste especial importancia, toda vez que

el funcionamiento de los servicios digitalizados que contribuyen al ejercicio del Derecho y al acceso a la justicia dependen en gran medida de una adecuada regulación que permita el funcionamiento de estas tecnologías desde los tres niveles descritos.

2.1.1 Normativa telecomunicaciones

En primer lugar, la regulación sobre telecomunicaciones resulta importante ya que a través de normas como el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones (Decreto Supremo N° 013-93-TCC) y el Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones (Decreto Supremo N° 027-2004-MTC), se establecen las principales directrices sobre el mercado de servicios dentro de este sector, así como la administración del espectro radioeléctrico, un factor clave para el ingreso de tecnologías como el 5G y los servicios que gracias a este se puedan prestar.

En un sentido similar, se identifica la Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (Ley N° 29904), la cual aportó las bases normativas requeridas para la implementación de la ya mencionada Red Dorsal y marcó la velocidad de adopción del Internet para múltiples localidades e instituciones públicas, incluyendo aquellas relacionadas con el acceso a la justicia.

Complementariamente, se identifica el Reglamento de Neutralidad de la Red (Resolución del Consejo de Administración 165-2016-CD/OSIPTTEL), una norma que, si bien no afecta directamente a las telecomunicaciones a nivel de infraestructura, sí lo hace desde un nivel lógico. Dicho reglamento sirve como garantía para que los operadores de telecomunicaciones respeten los estándares de neutralidad en la red, asegurando un acceso igualitario a todos los usuarios, lo cual incluye a quienes ofrecen o reciben servicios de todo tipo bajo un formato online.

2.1.2 Normativa sobre delitos informáticos

Otro grupo de normas, con incidencia en el marco regulatorio aquí abordado, son aquellas que tipifican conductas sancionables que las personas adoptan mediante tecnologías como las descritas. Un claro ejemplo de estas es la Ley de Delitos Informáticos (Ley N° 30096) donde se tipifican conductas relacionadas al fraude informático, a la interceptación de datos o el abuso de sistemas informáticos (ej. malwares) las cuales siempre deben ser tomadas en cuenta. Asimismo, se identificaron



otras normas que otorgan facultades a las autoridades para hacer uso de sistemas administrados por sujetos privados como para combatir el crimen, tal como ocurre con la Ley de persecución de delitos mediante geolocalización de teléfonos móviles (Decreto Legislativo N° 1182).

2.1.3 Normativa relacionada

- a. Acceso a la información pública: Aunque estas normas no hagan menciones directas a la prestación de servicios digitales, o a los sistemas e infraestructuras que los hacen posibles, revisten especial importancia ya que pueden afectar en más de un sentido a los servicios del sector legal tech. Así, en primer término, se encuentra la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Ley N° 27806); la cual, desde el nivel de contenidos, desarrolla el derecho de acceso a la información pública que tienen los ciudadanos. De igual forma, esta norma sirve como base jurídica para el acceso a una gran cantidad de documentos claves. Ello incluye servicios como los repositorios normativos y jurisprudenciales, evaluación de estrategias legales, análisis automatizados de contrataciones privadas y públicas, entre otros.
- b. Protección de datos personales: En cuanto a las normas relativas al tratamiento de los datos destacan tanto la Ley de Protección de Datos Personales (Ley N° 29733) como su Reglamento (Decreto Supremo N° 003-2013-JUS). Ambas regulaciones establecen criterios para la administración o tratamiento de los datos personales, desde las reglas para su obtención, pasando por su almacenamiento y utilización, hasta los cuidados necesarios para su disposición y transferencia a terceros. Gracias a la configuración de algunos de los modelos de negocio más exitosos de la economía digital, la protección de los datos personales y de la privacidad de los usuarios ha adquirido más relevancia que nunca. En tal sentido, es casi indudable que cualquier prestador de servicios por medios digitales tendrá que guardar un especial cuidado en cumplimiento de estas normas.
- c. Derechos de autor: Se debe destacar el papel de la Ley sobre el Derecho de Autor (Decreto Legislativo N° 822). Este cuerpo normativo está compuesto de reglas que afectan directamente al nivel de contenidos, ya que determina los derechos que tienen los autores

y otros sujetos sobre las obras soportadas en formatos físicos o digitales. Las disposiciones de esta ley serán de especial importancia para aquellos proveedores del sector legal tech que ofrezcan servicios relacionados al relevamiento de información producida por terceros u ofrezcan servicios de registro de información, siempre que ésta incluya obras susceptibles de reconocimiento según esta normativa.

Un aspecto particular sobre el cual es necesario reparar ha sido establecido mediante los artículos 39° y 116° de la ley en cuestión, ya que a través de estos se establece responsabilidad solidaria entre los infractores de los derechos de autor y de los proveedores del espacio de almacenamiento o difusión de la obra cuyos derechos están siendo infringidos. Ello implica, por ejemplo, que si un usuario difunde una obra protegida mediante una plataforma digital sin autorización del autor, tanto el usuario como el proveedor de la plataforma serán responsables solidarios. Esto puede elevar mucho los costos de los proveedores al tener que hacerse responsables por todo contenido que sea transmitido mediante su plataforma, ya que al no haberse implementado ningún mecanismo similar al *notice and takedown* no es posible limitar la responsabilidad.

- d. Firma electrónica avanzada: Un aspecto fundamental para la digitalización dentro del sector legal, tanto en fuero público como privado, es contar con un marco regulatorio que admita la identificación y firma digital de las personas. Es en este sentido que el Perú cuenta con la Ley de Firmas y Certificados Digitales (Ley N° 27269) y con su reglamento (Decreto Supremo N° 052-2008-PCM). Tales normas establecen que la firma electrónica tiene la misma validez y eficacia jurídica que la firma manuscrita u otra análoga, para lo cual determinan algunos requisitos a cumplir. También distinguen a la firma electrónica de la digital, de las cuales la última exige mayores niveles de seguridad ya que se define como una firma electrónica generada mediante una técnica de criptografía asimétrica.

Es importante incluir en esta relación de normas a la Ley que regula la expresión de la voluntad por medios electrónicos (Ley N° 27291), ya que desarrolla un importante avance en el proceso de digitalización, toda

vez que modifica explícitamente el Código Civil peruano (mediante los artículos 141, 141-A y 1374 del Código Civil), permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la manifestación de voluntad y la utilización de la firma electrónica.

- e. **Blockchain y cripto activos:** Se debe partir señalando que en el Perú no existe ninguna ley que regule el desarrollo o uso de la tecnología blockchain ni de las criptomonedas. Sin embargo, sí se han encontrado menciones muy específicas sobre la materia por parte de instituciones como el Banco Central de Reserva del Perú, el cual informó mediante un documento público (Oficio N° 0022-2022-BCRP) lo siguiente:
- i. las denominadas criptomonedas o cripto activos en general no constituyen moneda de curso legal y no cumplen plenamente las funciones del dinero como medio de cambio, unidad de cuenta y reserva de valor. Por su elevada volatilidad, las criptomonedas son activos digitales riesgosos, que utilizan inversionistas privados para especular (BCRP, 2022).

Sin perjuicio de ello, la Superintendencia del Mercado de Valores recordó mediante otra comunicación de advertencia sobre la adquisición de monedas virtuales o criptomonedas en las llamadas ofertas iniciales o ICOs que:

de acuerdo al artículo 2° de la Ley 30050, Ley de Promoción del Mercado de Valores toda publicidad sobre activos financieros (...) con el fin de obtener dinero del público a cambio de un retorno financiero, un derecho crediticio, o de participación en el capital, (...) empleando medios masivos de comunicación, (...) en territorio nacional o extranjero (...), solo puede realizarse por sujetos autorizados o supervisados por la SMV o por la SBS (SMV).

- f. **Fintech:** En relación al sector fintech, se debe señalar que, a la fecha, en el Perú solo existe una regulación específica para un tipo de fintech, a saber, el crowdfunding. Esta se materializó a través del Decreto de Urgencia que promueve el financiamiento de la MIPYME, emprendimientos y startups (Decreto de Urgencia N° 013-2020). Tal normativa establece requisitos para la operación de plataformas de financiamiento participativo (o crowdfunding), otorgando un plazo para el registro y adecuación a la normati-

va de todas las entidades que operan como plataformas de contacto entre receptores que solicitan financiamiento a nombre propio e inversionistas que esperan obtener un retorno financiero.

Por otra parte, se encuentra la Ley que regula las características básicas del dinero electrónico como instrumento de inclusión financiera (Ley N° 29985), y su reglamento (Decreto Supremo N° 090-2013-EF). Estas regulaciones establecen los criterios de validez del dinero electrónico y requisitos mínimos para operar como un emisor de dinero electrónico en el mercado peruano.

2.2 La digitalización en los servicios jurídicos tradicionales

Una vez comprendido el estado actual del proceso de transformación digital del Perú en sus distintas esferas, procederemos a revisar cuál es el nivel de digitalización que ha logrado alcanzar la esfera jurídica profesional. Ahora bien, advertimos que esta será una revisión breve sobre todo porque las cifras producidas como un mecanismo para comprender la evolución de esta profesión son poco abundantes; lo cual a su vez puede ser tomado como un síntoma de un sector profesional poco avanzado en el proceso de transformación digital.

En primer lugar, se identificó que en el año 2014, el número de abogados colegiados en el país se encontraba alrededor de 130 000 aproximadamente. Ello es equivalente a un abogado colegiado por cada 234 habitantes, o, dicho de otra forma, equivalente a cerca de abogados por cada 10 mil habitantes (La Ley, 2014). Lamentablemente no se cuenta con datos mucho más actualizados, sin embargo, si esta proporción se ha mantenido estable en el tiempo, se podría estimar que para el año 2022 existen alrededor de 142 720 abogados colegiados en todo el Perú.

Cabe destacar que, si bien la colegiatura de los abogados no es totalmente obligatoria para el ejercicio de la profesión, sí lo es para ejercer la defensa de cualquier representado ante el Poder Judicial, tal como queda establecido en el numeral 4 del Artículo 285 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Legislativo N° 767). Por lo tanto, si bien es un número cercano al total de abogados con los estudios requeridos para ejercer como tales, no se puede dejar de considerar a quienes se dedican a la asesoría jurídica privada, investigación, docencia u otros espacios profesionales que no le exigen al



abogado interactuar directamente con el Poder Judicial. Asimismo, a diferencia de otros países, para ser un agremiado del Colegio, el abogado no está obligado a dar ningún examen, prueba de conocimiento o tiempo de servicio, bastará con presentar el título profesional de abogado obtenido de una institución educativa oficialmente reconocida y pagar las cuotas correspondientes.

En cuanto a la tramitación de procesos judiciales, que ocupa buena parte del quehacer jurídico de la mayoría de operadores del Derecho, se encontró que, para diciembre del 2021, el total de expedientes pendientes por resolver en las instancias superiores del Poder Judicial era de 5 803 010. La gran mayoría de estos, equivalente al 99% de los expedientes, corresponden a las Cortes Superiores de todo el país, mientras que poco más de 50 mil procesos corresponden a la Corte Suprema (Sub Gerencia de Estadística, 2021, p.10).

Una propuesta importante a mencionar es el denominado Expediente Judicial Electrónico, aún en fase piloto, que busca la implementación progresiva de un proceso judicial totalmente digital a través de las Cortes Superiores del país especializadas para litigios comerciales, tributarios, mercantiles y laborales bajo la aplicación de la Nueva Ley Procesal de Trabajo Propuesta.

Se debe indicar que, aunque el desarrollo de esta propuesta se implementó con bastante lentitud al inicio la crisis ocasionada por la pandemia y las consecuentes medidas de confinamiento obligatorio, se hizo imposible continuar con los procesos judiciales a través de los mecanismos tradicionales, por lo que tuvieron que digitalizarse en muchos sentidos. Prueba de ello es la aprobación del Protocolo Temporal para Audiencias Judiciales Virtuales durante el Período de Emergencia Sanitaria (Resolución Administrativa N° 000173-2020-CE-PJ), el cual establece los procedimientos y requisitos técnicos mínimos necesarios para participar en las audiencias virtuales en el marco de un proceso judicial.

Dicho protocolo se ha mantenido vigente durante todo el periodo de emergencia sanitaria y, por lo tanto, seguirá rigiendo mientras esta se siga prorrogando. En tal sentido, es importante mencionar que la última prórroga al periodo de emergencia sanitaria, decretada a partir del 29 de agosto de 2022, se extiende por un plazo de ciento ochenta (180) días calendario, como se indica en el Decreto Supremo N° 003-2022-SA.

Dado que los fueros más tradicionales de la abogacía no han emprendido más que esfuerzos acotados con miras a su digitalización (ej. la progresividad del Expediente Judicial Electrónico o la transitoriedad de las audiencias virtuales), o han hecho muy poco por modernizar su funcionamiento (ej. los colegios de abogados), se puede decir que la digitalización del sector ha sido incipiente y en muchas formas incluso más limitado que el resto del ecosistema digital peruano. Sin embargo, para poder emitir un veredicto completo, no basta con observar el desempeño de los espacios más tradicionales, sino que también se requiere analizar el estado actual de los espacios de emprendimiento y disrupción del sector legal.

3. El desarrollo de las empresas legaltech en el Perú

Para comprender el desarrollo de las empresas en el sector legaltech, resulta conveniente establecer una definición que nos permita identificar a este tipo de entidades de forma clara. Desde un punto de vista, los términos “legal” y “tech” nos remiten directamente al uso de la tecnología dentro de las actividades típicamente realizadas por los operadores del Derecho. Sin embargo, será apropiado recurrir a algunas definiciones más precisas para evitar cualquier confusión conceptual que resulte problemática.

Así, tal como explica una investigación de la Universidad de Turín (2016), el campo de legaltech abarca todo aquello que está relacionado con el uso de la tecnología de la información, así como diversas aplicaciones derivadas, en el ejercicio del Derecho, lo cual incluye actividades como el almacenamiento y búsqueda automática de información jurídica, la automatización en los despachos de abogados y muchas otras actividades propias de la administración judicial (bases de datos, sistemas de información, programas educativos, sistemas expertos, redacción jurídica asistida, etc.) (Pradroux et al., 2016). Por otra parte, también se puede rescatar la definición establecida por Legal Tech Index (2022), según la cual este concepto debe tener en cuenta a todas aquellas tecnologías destinadas a reforzar el cumplimiento de las leyes y facilitar el derecho de acceso a la justicia.

En tal sentido, el término legaltech será tomado como una forma de emprendimiento digital que apunta al uso y aplicación de las nuevas tecnologías en la cotidianidad jurídica que ejercen los operadores del Derecho, incluyendo aquellos destinados a facilitar el derecho de acceso a la justicia.

3.1 Análisis del sector del emprendimiento digital peruano

Partiendo de la definición de legaltech previamente establecida, podemos encontrar que el desarrollo de este sector está estrechamente ligado al progreso del emprendimiento digital en general. Por ello, antes de ingresar a análisis directo de los servicios legaltech ofrecidos en el Perú, conviene detenernos por un momento para comprender la situación general de los emprendimientos digitales.

En cuanto al perfil del emprendimiento general en el país, según se indicó en el CADE Ejecutivo 2021, el Perú cuenta con 1 empresa formal por cada 12 personas, lo cual equivale a 2.8 millones de empresas registradas. Al incluir a las empresas informales, la cifra alcanza a 6.2 millones de empresas, lo que implica la presencia de una empresa por cada 5 habitantes; de las cuales el 99.5% son consideradas pequeñas. Ahora bien, este escenario genuinamente interesante contrasta con los múltiples retos a los cuales se tienen que enfrentar las nacientes empresas del sector digital.

De acuerdo al estudio realizado por USAID, *Digital Ecosystem Country Assessment (DECA) Peru* (2022), uno de los espacios más importantes de la economía digital, el comercio electrónico de bienes y servicios, se encuentra dominado, fundamentalmente, por actores internacionales y regionales. Ello ocurre debido a que tecnologías clave siguen estando fuera del alcance de la gran base empresarial del país, compuesta por micro, pequeñas y medianas empresas informales. Es en este escenario, atiborrado de retos, donde la mayoría de emprendimientos digitales están dando sus primeros pasos. A pesar de ello, los desafíos que estas deben enfrentar suelen reducirse a:

- (1) la adopción de tecnologías de bajo costo para ampliar la difusión de su oferta, (2) pobres niveles de infraestructura en zonas rurales y urbanas desconectadas de las capitales, (3) un marco normativo inadecuado tanto para emprendimientos como para generar confianza en los consumidores y, (4) oportunidades limitadas de acceso al financiamiento. (Corbera et al., 2022, p. 12)

En cuanto al último punto de los señalados, la investigación revela que la falta de financiación es identificada como un obstáculo recurrente para los nacientes emprendimientos en el país. De este modo se señala que tan solo alrededor del 4% de las microempresas logran acceder a un préstamo, lo cual presenta una gran diferencia con las peque-

ñas, medianas y grandes empresas, de las cuales el 45%, el 62% y el 72% de ellas, respectivamente, obtienen el financiamiento requerido. Sin embargo, es posible que este obstáculo particular pueda ser superado en el corto plazo. Ello se debe a que se pudo observar que entre 2019 y 2020 la inversión en startups peruanas se duplicó, alcanzando los 46 millones de dólares. Asimismo, el Ministerio de la Producción continuó con el patrocinio del programa de financiamiento para startups llamado *StartUp Perú*; a lo cual se puede añadir la presentación del primer Fondo de Fondos de Capital de Riesgo del país (FCEI) promovido por este Ministerio en colaboración con la Banca de Fomento Nacional (COFIDE) (Corbera et al., 2022, p. 60).

Sin perjuicio de aquello previamente explicado, se debe resaltar la necesidad de una acción más decidida en este campo, ya que, según datos del Banco Mundial, el Perú dedicó tan solo el 0.13% de su PIB a investigación y desarrollo (I+D) en 2018. Tomando en cuenta que el promedio de la región de Latinoamericana y caribeña es de 0.67% y que el promedio de los países pertenecientes a la OCDE es de 2.6%, es claro se requiere elevar el nivel de inversión en el I+D. La subinversión en tecnología e innovación se presenta como una limitación adicional a la posibilidad de desarrollar emprendimientos digitales exitosos; lo cual, además de restar competitividad, incrementa la dependencia a la transferencia de tecnología y el acceso a desarrollos de innovación extranjera a precios más elevados (Corbera et al., 2022, p. 60).

Finalmente, también se debe señalar la escasa disponibilidad de profesionales con las competencias requeridas para producir y desarrollarse dentro de una economía digital. Este escenario frena drásticamente a las empresas emergentes que, habiéndose consolidado, están dispuestas a seguir escalando dentro del territorio. Incluso se llegaron a encontrar declaraciones autorizadas en la materia indicando que, hasta hace muy poco, muchas empresas digitales se veían forzadas a buscar gran parte de su personal especializado en otros países (Corbera et al., 2022, p. 60).

3.2 Soluciones y aplicaciones de legaltech disponibles en el mercado peruano

La explicación aportada sobre el actual escenario del emprendimiento digital en el Perú permite establecer un marco general útil para comprender cómo se ha venido desarrollando el campo legaltech en específico. Por ello, para proceder con este análisis, se incluirá un listado de las herramientas y soluciones



Soluciones y herramientas legaltech disponibles en Perú

Nombre	Descripción	Categoría ¹
LexMax	Software de gestión de cumplimiento corporativo.	Cumplimiento normativo
George	Software de la firma legal CMS con sede en Perú, ofrecido para fortalecer los sistemas corporativos de gestión de cumplimiento regulatorio.	Cumplimiento normativo
LegalUp	Plataforma dedicada a la automatización de contratos inmobiliarios, laborales, comerciales, entre otros.	Automatización de documentos
Legaly.pe	Plataforma dedicada a la automatización de diversos tipos de trámites, incluyendo aquellos relacionados a la constitución de empresas.	Automatización de documentos
Notariza	Plataforma digital para la automatización de trámites notariales y relacionados a la constitución de empresas.	Automatización de documentos
Treclamo	Ofrece la automatización de procesos de reclamación por servicios de transporte, agua, luz o telefonía, bancarios, de seguros, comercio electrónico o servicios y productos en general mediante una plataforma web.	Automatización de documentos
CEDE	Plataforma de educación asincrónica dirigida a la formación profesional en materia jurídica.	Educación jurídica
V&T Cursos (Vinatea & Toyama Estudio Jurídico)	Plataforma de educación asincrónica dirigida a compartir conocimientos de carácter jurídico para una aplicación práctica.	Educación jurídica
VLex Perú	Servicio de información jurídica normativa centrada en proveer un repositorio actualizado de normas y jurisprudencia peruanas.	Investigación legal
Teleley	Plataforma web de información normativa y jurisprudencial dirigida a profesionales e investigadores del campo legal	Investigación legal
Normas legales online (Gaceta Jurídica)	Servicio de información jurídica normativa que ofrece una base de datos de normas actualizadas e históricas.	Investigación legal
Galileo Sistema de Información Legal	Portal web de información normativa, jurisprudencial y doctrinaria desarrollado por la Editorial Economía y Finanzas.	Investigación legal
Linkea tu abogado	Plataforma digital diseñada para ofrecer un marketplace de servicios jurídicos prestados por abogados especializados en diversas materias.	Marketplace legal
Lawful	Plataforma desarrollada por la Sociedad Peruana de Derecho que ofrece un servicio de suscripción mensual para acceder a un marketplace jurídico donde abogados de diversas especialidades podrán responder a las consultas realizadas.	Marketplace legal
Quest Legal	Plataforma dirigida para facilitar el contacto entre personas con consultas legales y abogados de diversas especialidades.	Marketplace legal
Simplifica Law	Marketplace de abogados dirigido a personas naturales y micro o pequeñas empresas.	Marketplace legal
ALEX	Software para la administración y gestión tanto de casos como de proyectos legales, ofreciendo además sistemas de comunicación amigable con los clientes.	Administración
Despacho.pe	Software para la organización, seguimiento y gestión de expedientes jurídicos dirigido a empresas o firmas de abogados.	Administración
Sonar Legal	Software de gestión de expedientes y proyectos jurídicos especializado para firmas de abogados y áreas legales. Además ofrecen un sistema de vigilancia de marcas y patentes para la protección de derechos de propiedad intelectual.	Administración
Bigdavi	Plataforma multi software diseñada para el almacenamiento, seguimiento y gestión digitalizada de documentos y certificados digitales.	Administración
Keynua	Plataforma que ofrece soluciones para firma electrónica y verificación de identidad en contratos y otros documentos legales.	Otros
Leftherian	Plataforma web que ofrece un sistema de registro de obras protegidas por derechos de autor en una red blockchain.	Otros

1 Se tomaron las categorías utilizadas por la Universidad de Stanford, (<http://techindex.law.stanford.edu/>), consultado en abril 2019.

legaltech disponibles en el actual mercado peruano. Cabe indicar que la información que se incluye a continuación corresponde a aquellas empresas o soluciones que han sido razonablemente identificadas y han mostrado cierta actividad pública reciente. Por ello, debido al dinamismo de este sector digital es posible que los emprendimientos en el mercado nacional se incrementen o disminuyan.

3.3 Análisis del sector Legaltech

Desde una mirada inicial al listado que se acaba de presentar destacan los aspectos que se detallan a continuación. En primer lugar, todos los servicios identificados se enfocan, por un lado, en alguna forma de información jurídica, (ej. bases de información legal, automatización documentaria, gestión de procesos o educación legal) o, por otro lado, en la creación de espacios o mecanismos digitales para facilitar el acceso a la oferta de servicios legales (ej. cumplimiento normativo, marketplaces de abogados, etc.).

En segundo lugar, es llamativo que la mayor cantidad de servicios utilizan desarrollos tecnológicos relativamente sencillos, fundamentalmente a través de programaciones simples que no incluyen tecnologías emergentes como inteligencias artificiales de mayor complejidad o redes de blockchain (salvo en un único caso). En tercer lugar, destaca que de las 22 soluciones y empresas digitales listadas la gran mayoría se enfoca en la oferta de servicios principalmente a profesionales del derecho, encontrando en este campo a 4 empresas del sector de cumplimiento normativo, 2 en educación jurídica, 4 de investigación legal y otras 4 de administración. Mientras que para el público en general tan solo se encontraron 4 servicios calificados como marketplaces jurídicos y otras 4 soluciones de automatización de documentos legales.

Finalmente, se debe señalar que los ejemplos listados previamente demuestran que el sector legaltech es un campo que todavía se encuentra en desarrollo dentro del Perú ya que muchas de las ofertas presentadas muestran un alto nivel de similitud y una propuesta de valor difícilmente distinguible. Asimismo, se identifica que varios de estos emprendimientos han sido desarrollados por empresas más tradicionales y con trayectoria previa. Ello es consistente con el clima general que impera en el ecosistema de emprendimientos digitales, donde resulta particularmente difícil acceder a fuentes de financiamiento para poner en marcha nuevas ideas y donde el I+D no es uno de los principales objetivos.

Dicho ello, resulta conveniente complementar el listado con la mención a la presencia de algunas organizaciones de la sociedad civil que, a pesar de no ofrecer directamente servicios o productos en el mercado peruano, también son parte del ecosistema legaltech.

- **Legal Hackers Lima y Legal Hackers Arequipa** : Es un espacio de encuentro entre abogados y profesionales de las comunidades tecnológicas en Perú. Tiene como objetivo principal propiciar la innovación en la práctica legal y facilitar el acceso a la justicia.
- **Lawgitec** : Organización sin fines de lucro dedicada a la difusión, educación e investigación de las diferentes relaciones entre el Derecho y la tecnología en la sociedad peruana y en toda Latinoamérica.
- **Hiperderecho** : Asociación civil peruana sin fines de lucro dedicada a investigar, facilitar el entendimiento público y promover el respeto de los derechos y libertades en entornos digitales.

Adicionalmente a ello, se pueden resaltar dos programas de estudios, enfocados tanto en el sector legaltech como en la innovación legal en general, que aún son brindados en instituciones educativas del país. El primero de ellos es el *Programa Ejecutivo Legal Tech* ofrecido por la Universidad San Ignacio de Loyola, el cual tiene como objetivo formar la cultura digital y de innovación necesarias para el desarrollo de nuevas soluciones legales. El segundo es el *Diploma Internacional en Derecho en el Entorno Digital* ofrecido por la Escuela de Posgrado de Negocios de la Universidad ESAN, el cual está dirigido a profesionales del Derecho con el objetivo de ofrecer un conocimiento amplio sobre el derecho digital y las nuevas tecnologías.

Un último aspecto de meritoria revisión en todo ecosistema digital es la presencia de incubadoras, en este caso específicamente pensadas para proyectos legaltech. Sin embargo, como ya se mencionó anteriormente, este no es un rasgo característico del mercado digital nacional. Aunque actualmente no existe ninguna incubadora especializada en este rubro, sí se tiene registro de una iniciativa realizada en el 2019, denominada “Legaltech Challenge”, un programa fomentado por Liquid Venture Studio y el estudio jurídico Rodrigo Elías & Medrano Abogados. Al final del programa, esta iniciativa ofreció una inversión en capital semilla, en un periodo de salida de hasta 5 años, a los tres mejores proyectos participantes (Legal Techies, 2020).



4. Conclusiones

El recorrido a lo largo de los principales elementos que conforman el ecosistema digital peruano, en su estado actual, resultó crucial para poder comprender a cabalidad los límites y potencialidades del sector legaltech en el Perú. Así, una de las primeras evidencias que se desprenden de la primera sección de esta investigación es que el proceso de transformación tecnológica en el Perú aún se encuentra en sus etapas más iniciales. Ello no se debe únicamente a que los primeros pasos dados en esta dirección datan de fechas que no exceden los 20 años de antigüedad, sino sobre todo porque muchos de los requisitos básicos para el despegue de la digitalización aún no han sido alcanzados (ej. infraestructura de telecomunicaciones, cultura de confianza digital, mecanismos regulatorios adaptados).

A pesar de ello, el país demuestra una tendencia, poco usual, hacia la constante creación de emprendimientos, lo cual contrasta con una estructura normativa poco favorable y escasas opciones de financiamiento tradicional para las micro empresas. Este escenario se suma al limitado esfuerzo realizado desde el sector público, donde la apuesta por el emprendimiento se circunscribe a un programa de financiamiento para startups de toda clase.

Por lo tanto, de acuerdo a lo explicado no es de extrañar que el desarrollo del sector legaltech se haya visto moldeado por las mismas limitaciones que encorsetan a todo el ecosistema digital, tanto en el sector público como en el privado. Ahora bien, desde la perspectiva de las potencialidades del sector debemos destacar el loable esfuerzo realizado por las iniciativas privadas, asociaciones civiles e instituciones públicas que, a pesar de las desventajas descritas, están jugando un rol clave en el proceso de transformación digital del país.

En tal sentido, como resultado de esta investigación, se recomienda que todos los actores involucrados en el sector legaltech sumen esfuerzos para trabajar en iniciativas que permitan 1) reforzar la confianza de los consumidores peruanos en los servicios digitales, 2) incrementar el tiempo y recursos destinados a la innovación de nuevas soluciones, 3) buscar nuevos espacios y formas de financiamiento

para los emprendimientos nacientes, 4) desarrollar de un sandbox regulatorio para analizar las normas vinculadas al sector legaltech y 5) diseñar servicios y productos teniendo en cuenta la realidad digital de sus consumidores y sus necesidades a corto y mediano plazo.

Referencias bibliográficas

- Corbera, G., Foelster, J., Guerrero, C., y S. Horton. (2022). Digital Ecosystem Country Assessment (DECA): Peru. USAID, 10-11. https://www.usaid.gov/sites/default/files/documents/USAID_Peru_DECA_2022.pdf
- Helbig-Marchena, Eluisa, et al. (2022). Legal Tech Index. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. <https://www.legaltechindex-latinamerica.org/>
- INEI. (2022). *Población peruana alcanzó los 33 millones 396 mil personas en el año 2022*. Nota de prensa N° 115. Lima, <https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/noticias/nota-de-prensa-no-115-2022-inei.pdf>
- Estadísticas de las Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares (2022)*. Informe técnico. N° 02. Junio. Lima. 2022, <https://m.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/boletines/02-informe-tecnico-tic-i-trimestre-2022.pdf>
- OCDE. (2019). *Going Digital: Shaping Policies, Improving Lives*. OECD Publishing, Paris, p. 18.
- Praduroux, S., De Paiva, V., & Di Caro, L. (2016). Legal tech start-ups: State of the art and trends. In *Proceedings of the Workshop on Mining and Reasoning with Legal texts (MIREL)*. 29th International Conference on Legal Knowledge and Information Systems.
- Vera, F. *Regulación internacional de Internet: una aproximación desde las capas de la red*. Revista Chilena de Derecho y Tecnología. Vol. 3 N° 2. 2013. p. 167. <https://adnz.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/35396/38482>

Normas sobre trazabilidad de los comerciantes en el entorno digital europeo

Rules on traceability of traders in the European digital environment

— Juan Flaquer Riutort* —

Resumen

La contratación por medio de plataformas digitales de intermediación ha experimentado un espectacular y continuado avance en los últimos años. Uno de los principales problemas a los que se enfrenta el consumidor en este campo es el de la identificación precisa de la persona con la que establece la relación de intercambio, puesto que, con relativa frecuencia, la propia intervención de la plataforma confunde al usuario acerca de la identidad real de la persona con la que verdaderamente se contrata o adquiere un determinado bien y/o servicio. En el presente trabajo, el autor analiza los nuevos deberes informativos impuestos en tal sentido a las plataformas en el marco europeo comunitario, orientados esencialmente a ofrecer un mayor grado de protección al consumidor, y entre los que cobran un especial relieve tanto la identificación precisa de la persona con la que se contrata, como su condición de comerciante o no, lo que resulta especialmente relevante a los efectos de la eventual aplicación de la normativa sobre protección al consumidor. Al mismo tiempo, se analiza el grado de cumplimiento que, con respecto a estos deberes informativos, se observa en alguna de las plataformas con mayor implantación en el mercado digital.

Palabras clave

Comercio digital, identificación del comerciante, protección del consumidor, responsabilidad de las plataformas, normativa europea comunitaria.

Abstract

Contracting through digital intermediation platforms has experienced spectacular and continuous progress in recent years. One of the main problems that consumers face in this field is the precise identification of the person with whom they establish the exchange relationship, since, relatively frequently, the intervention of the platform itself confuses the user about of the real identity of the person with whom a certain good and/or service is truly contracted or acquired. In this work, the author analyzes the new informative duties imposed in this sense on platforms in the European community framework, essentially aimed at offering a greater degree of consumer protection, and among which the precise identification of the person with whom you contract, such as their status as a merchant or not, which is especially relevant for the purposes of the eventual application of consumer protection regulations. At the same time, the degree of compliance that, with respect to these informative duties, is observed in some of the platforms with the greatest implementation in the digital market.

Keywords

Digital commerce, merchant identification, consumer protection, responsibility of the platforms, European community regulations.

* Catedrático de Derecho Mercantil. Universitat de les Illes Balears (España) j.flaquerr@uib.es ID ORCID: 0000-0002-3818-6176



1. Introducción

Uno de los motivos que ha contribuido al auge espectacular del comercio *online* ha sido la aparición y consolidación en el mercado de las plataformas digitales de intermediación, entendidas como punto de encuentro entre potenciales adquirentes y vendedores en el que poder llevar a cabo la correspondiente relación de intercambio. Desde este punto de vista, resulta fácilmente comprensible que la práctica y total universalidad en el uso de internet ha propiciado la creación de un, cada vez más, extendido mercado digital, en el que la adquisición de bienes, productos y/o servicios adquiere magnitudes y proporciones crecientes año tras año e impensables hace apenas unas décadas.

Si bien es cierto que, en sus inicios, estas plataformas de intermediación sentaron sus bases sobre la necesidad o el deseo de compartir, colaborar o cooperar entre particulares, la verdad es que, con el paso del tiempo, se ha venido observando un comportamiento mucho más profesionalizado en los vendedores o prestadores de un servicio. De esta forma, de unos inicios en los que la relación de intercambio se configuraba casi siempre entre particulares (P2P o *Peer-to-Peer*), se ha pasado a una situación, la actual, en la que es relativamente frecuente que la misma se establezca ya entre un empresario y un consumidor (C2B o *Consumer-to-Business*)¹, aunque, eso sí, con la intermediación previa de la plataforma.

Lo que sucede es que, en no pocas ocasiones, el adquirente *online* del bien o servicio desconoce realmente quién le presta el servicio o le suministra el bien deseado, hallándose en una situación de verdadero desamparo, tanto en lo referido a la identidad de quién se obliga frente a él, como en lo atinente a los derechos que, en su caso, como consumidor pudieran corresponderle. En este último sentido, no podemos ignorar que las plataformas de intermediación, en su condición de prestadoras de un servicio de la sociedad de la información², se hallan sujetas a la observancia de una serie de debe-

res de naturaleza informativa. Algunos de los cuales, como veremos, tratan de incidir precisamente en la necesidad de que el adquirente, en tanto que usuario del servicio prestado por ese mercado en línea, pueda tomar conciencia clara y adecuada de la identificación precisa de la persona que le va a facilitar o prestar el bien y/o servicio objeto de su interés —comúnmente conocido como prestador del servicio subyacente— así como, en su caso, del carácter de comerciante o no de la misma.

Esta última cuestión no es baladí, por cuanto de ella se derivan consecuencias verdaderamente importantes para el adquirente, cuya posición estará más o menos protegida en función de cada concreto supuesto. Sobre todo si se toma en consideración el amplio y variado elenco de normas de protección al consumidor a las que debe hacer frente todo comerciante. La experiencia nos enseña, además, como decíamos, que la persona que adquiere un determinado producto y/o servicio en un mercado en línea tiene verdaderas dificultades para saber con quién está contratando realmente, lo que se acentúa mucho más en aquellos casos en los que la plataforma aúna, a su condición de intermediaria, la de proveedora del bien y/o servicio objeto de adquisición, lo que no deja de ser un fenómeno relativamente frecuente³. Este es el caso, por ejemplo, de la conocida plataforma de ventas online AMAZON que, en amén de ofrecer al internauta bienes y/o servicios de otros comerciantes, posee también una amplia y variada gama de productos propios.

De ahí que la legislación europea comunitaria haya puesto un especial interés en el establecimiento de una serie de normas que tienen como objetivo esencial facilitar al adquirente, con carácter previo al momento de la compra o adquisición en la red, la información precisa acerca de la identidad de la persona con la que va a establecer esa relación de intercambio (artículo 6 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores). Este conjunto informativo que

- 1 Puede verse sobre esta interesante cuestión: Álvarez Moreno, M. T. (2021). *La contratación electrónica mediante plataformas en línea: modelo negocial (B2C), régimen jurídico y protección de los contratantes (proveedores y consumidores)*, Madrid.
- 2 Este tipo de plataformas están reguladas en el ámbito europeo comunitario en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. Esta importante regulación ha sido modificada muy recientemente con la aprobación del Reglamento (UE) 2022/2065, del Parlamento europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales, del que haremos cumplida referencia a lo largo del presente trabajo.
- 3 Véase, en este sentido: Winner, M. (2020). *La regulación jurídica de los contratos celebrados a través de plataformas: el Derecho europeo*. <https://almacendederecho.org/la-regulacion-juridica-de-los-contratos-celebrados-a-traves-de-plataformas-el-derecho-europeo>

debe proporcionarse, insistimos, antes de que el consumidor o usuario quede obligado en un mercado en línea y cuya carga de la prueba corresponde siempre al proveedor de ese servicio, le será facilitado de forma clara, comprensible y adecuada a las técnicas de comunicación a distancia utilizadas.

Lo que se pretende, en síntesis, es que se pueda trazar, con relativa sencillez y facilidad, el camino que permita al usuario, en caso de que su experiencia de compra o adquisición en la red no haya sido satisfactoria, llegar al responsable frente al que deba hacer uso de sus legítimos intereses y derechos, con particular intensidad en aquellos supuestos en los que se trate de un comerciante en el ejercicio de su labor o actividad profesional. Ese es, por consiguiente, el propósito fundamental de este tipo de normas: proporcionar al usuario de un servicio de compra o adquisición en línea la información precisa para hacer valer sus derechos en caso de sentirse insatisfecho por la compra o por cualquier otra incidencia que pudiera surgir con ocasión de la misma.

Pensemos, a este último respecto, que la misma posibilidad de comercializar productos y servicios a través de un intermediario digital sin hallarse sometido a mecanismos efectivos que verifiquen la identidad de quien los ofrece genera riesgos indudables relacionados con posibles falsificaciones, infracciones de derecho de marca ajenos o, con carácter más genérico, con la vulneración del marco de protección de los consumidores en la contratación a distancia (De Miguel, Asensio, 2022). De ahí precisamente que se haga ciertamente necesario establecer mecanismos y cauces que prevengan este tipo de situaciones. De lo que se trata, pues, es que el consumidor, antes de contratar, pueda ya cerciorarse de con quién contrata, lo que le servirá para conocer mejor el origen y la calidad de los productos y/o servicios, y contar con la información precisa que le permita llegar a ese prestador del servicio subyacente en caso de insatisfacción total o parcial con lo adquirido o comprado.

En las líneas que siguen, vamos a efectuar una especial referencia a las novedades que, con respecto a dicha cuestión, ha supuesto en el ámbito comunitario europeo la aprobación y entrada en vigor del Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (en adelante, RSD). Al mismo tiempo, trataremos de proyectar, por medio de un ejemplo concreto referido a una de las principales plataformas de

intermediación de alojamiento turístico (AIRBNB), el grado de cumplimiento que se aprecia en la práctica respecto de estos particulares deberes de información.

2. Las normas sobre trazabilidad de los comerciantes en el reglamento europeo de servicios digitales

Con carácter previo al análisis de la norma de referencia (RSD), conviene efectuar una especial mención a los deberes informativos adicionales para contratos celebrados en mercados en línea, que vienen recogidos en el artículo 6 bis de la Directiva 2011/83/UE de 25 de octubre sobre derechos de los consumidores. En particular, entre estos deberes, a los efectos que ahora nos interesan, cabe referirse a la obligación de indicar si el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital es un comerciante o no, con arreglo a la declaración de dicho tercero al proveedor del mercado en línea; y, caso de no serlo, el de aclarar expresamente que, en tales supuestos, los derechos de los consumidores derivados de la legislación de la Unión en materia de protección de los consumidores no son de aplicación al contrato.

Con ello, lo que se pretende es que el usuario tome plena conciencia, desde el momento previo a la contratación, del perfil profesional o no de la persona que le ofrece un determinado bien y/o servicio, así como de la ausencia de normas específicas de protección para el caso de que la contratación se lleve a cabo entre particulares. En este concreto marco, para el caso particular de contratación con un comerciante, se prevén mecanismos específicos que tratan de asegurar una adecuada trazabilidad de su existencia y de sus datos identificativos, cuestión esta a la que el reciente RSD presta una especial atención.

A los efectos de comprender mejor el sentido de esta nueva normativa comunitaria, se hace necesario traer a colación las reflexiones contenidas en los considerandos nº72 y 73 de la norma de referencia. Así, por un lado, se nos indica lo siguiente:

[...] para disuadir a los comerciantes de vender productos o servicios que infrinjan las normas aplicables, las plataformas en línea que permitan a los consumidores formalizar contratos a distancia con los comerciantes deben asegurarse de que dichos comerciantes puedan ser objeto de trazabilidad. (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2022, Reglamento (UE) 2022/2065, considerando nº72, p. 20)



Observemos pues, en primer lugar, la preocupación en que pueda visualizarse en todo momento la huella del empresario, al que se pretende disuadir de ampararse en el anonimato para ofrecer productos o servicios que no se ajusten a la legalidad. Resulta, por tanto, de crucial interés asegurar y confirmar, ante todo, la plena identidad del comerciante, así como el modo de llegar hasta él.

Por otro lado, el considerando nº73 del RSD nos explica también, en un evidente intento de confirmar la fiabilidad y veracidad de la información anterior, lo siguiente:

[...] sin imponer cargas desproporcionadas, los prestadores de plataformas en línea que permitan a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes deben hacer todo lo posible por evaluar la fiabilidad de la información proporcionada por los comerciantes afectados, en particular mediante el uso de bases de datos en línea e interfaces en línea oficiales de libre disponibilidad, como los registros mercantiles nacionales y el sistema de intercambio de información sobre el IVA, o solicitar a los comerciantes afectados que proporcionen documentos justificativos fiables, como copias de documentos de identidad, estados bancarios certificados de cuentas de pago, certificados empresariales y certificados del registro mercantil. (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2022, Reglamento (UE) 2022/2065, considerando nº72, p. 20)

Es importante recalcar con firmeza ambas aseveraciones, puesto que de las mismas se desprende no solo la necesidad de facilitar un determinado nivel de información que permita al adquirente del mercado en línea la identificación precisa de la persona con la que está contratando, sino que traslada también a los prestadores de estos servicios de intermediación un cierto nivel de responsabilidad: el de configurar sus sitios web de manera que se pueda dar cumplimiento a este especial deber informativo, responsabilizándoles, incluso, como veremos más adelante, en determinadas circunstancias y condiciones, de la veracidad o realidad de la información suministrada al usuario del servicio, aunque, eso sí, “sin imponer cargas desproporcionadas”.

En aplicación precisamente de estas consideraciones, el artículo 30 del RSD establece expresamente, en un precepto denominado significativamente

“Trazabilidad de los comerciantes”, que los prestadores de plataformas en línea deberán asegurarse de que los comerciantes solo pueden hacer uso de sus servicios si previamente han obtenido de ellos la siguiente información:

- a) el nombre, la dirección, el número de teléfono y la dirección de correo electrónico del comerciante.
- b) una copia del documento de identificación del comerciante o cualquier otra identificación electrónica tal como se define en el artículo 3 del Reglamento (UE) nº910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo.
- c) los datos de la cuenta de pago del comerciante.
- d) cuando el comerciante esté inscrito en un registro mercantil o registro público análogo, el registro mercantil en el que dicho comerciante esté inscrito y su número de registro o medio equivalente de identificación en el mismo.
- e) una certificación del propio comerciante por la que se comprometa a ofrecer exclusivamente productos o servicios que cumplan con las disposiciones aplicables del Derecho de la Unión. (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2022, Reglamento (UE) 2022/2065, Artículo 30, pp. 60-61)

Por consiguiente, observamos el deber de facilitar una serie de datos o extremos íntimamente ligados a la condición de comerciante⁴ que tienen como propósito esencial que el usuario puede tomar razón, con relativa sencillez, de la persona con la que realmente está contratando, de sus principales datos identificativos y de su compromiso de ofrecer tan solo bienes o servicios que se ajusten o adapten a las prescripciones aplicables en todo el territorio de la Unión Europea. Es importante insistir, en este sentido, que esta información debe ser proporcionada con anterioridad al uso del servicio prestado por la plataforma, de manera que solo se podrá acceder a ese mercado digital y, por consiguiente, al contacto con los potenciales clientes una vez cumplimentado este especial deber informativo.

En cualquier caso, lo relevante es que, una vez recibida la información por parte del comerciante, la

4 A tal efecto, resulta conveniente precisar que, de conformidad con la normativa comunitaria vigente, se entiende como comerciante “toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona que actúe en su nombre o en su representación, con fines relacionados con su actividad comercial, negocio, oficio o profesión” (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2022, Reglamento (UE) 2022/2065, Artículo 3, letra f, p. 42).

plataforma en línea hará todo lo posible por evaluar si esa información es fiable mediante el uso de cualquier base de datos en línea o interfaz en línea oficial de libre acceso puesta a disposición por un Estado miembro o por la Unión Europea, o incluso solicitando al comerciante que aporte documentos justificativos de fuentes fiables. Si se trata de comerciantes que ya venían utilizando estos servicios de intermediación con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Reglamento, la norma concede un plazo de doce meses a las plataformas para que hagan todo lo posible por obtener esa información, debiendo suspender la prestación de sus servicios en caso de que no se facilite la misma.

En el supuesto de que la plataforma obtenga indicaciones suficientes o tenga razones para creer que alguno de los datos facilitados es inexacto, incompleto o no está actualizado, deberá solicitar al comerciante que proceda a la corrección de dicha información, viéndose obligada igualmente a la suspensión de la prestación de su servicio en tanto no se corrija o complete la misma. En consecuencia, parece indudable que la nueva regulación europea debe significar una mayor implicación de las plataformas en la verificación del cumplimiento de estos deberes de información precontractual en los mercados en línea, puesto que ahora no será suficiente con albergar y facilitar al usuario final del servicio la información facilitada por el usuario profesional de la plataforma, sino que será preciso también llevar a cabo una cierta labor de control respecto de la fiabilidad de la misma. Con todo, cabe matizar, eso sí, que quedarán excluidas del mismo aquellas plataformas en línea que sean microempresas o pequeñas empresas en el sentido del anexo de la Recomendación 2003/361/CE de 6 de mayo de 2003 sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (artículo 29 del RSD)⁵.

El problema, como es natural, residirá en qué se entiende por hacer todo lo posible para evaluar esa fiabilidad y, particularmente, hasta qué punto dicha regla podrá implicar una quiebra significativa en la doctrina de puerto de seguro de la que hasta ahora se han beneficiado las empresas prestadoras de un servicio de la sociedad de la información. Debe recordarse, a estos efectos, que uno de los pilares en los que se sustenta el desarrollo del comercio electrónico lo constituye precisamente la exen-

ción de responsabilidad a cargo de los prestadores de un servicio de la sociedad de la información por el contenido que albergan en sus sitios web y que les ha sido facilitado por los usuarios del servicio (artículo 6 del RSD). Esta exención es la que ha justificado el no exigir tradicionalmente a estos prestadores un deber general de supervisión de la legalidad o licitud de los contenidos que albergan en sus sitios web. Con la aprobación y entrada en vigor del Reglamento, parece que se está dando un paso adelante en este sentido y la posición de estas plataformas no queda reducida a un mero sistema de alojamiento de datos, sin responsabilidad alguna por el contenido alojado.

Resulta ciertamente importante incidir en esta cuestión porque el prestador del servicio de intermediación que detecte una falla en este sistema de trazabilidad del comerciante se verá en la obligación de suspender la prestación de su servicio si sus indicaciones de subsanación no han sido correctamente atendidas. Sin embargo, no podemos ignorar, en última instancia, que el artículo 30.2 del RSD indica expresamente que, a efectos del presente, “los comerciantes serán responsables de la exactitud de la información facilitada” (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2022, Reglamento (UE) 2022/2065, Artículo 30.2, p. 61), por lo que sigue sin atribuirse un deber genérico de supervisión a las plataformas, a las que se exige tan solo “hacer todo lo posible” por evaluar si la información que se les ha facilitado es fiable. Y recordemos, además, en una nueva muestra del blindaje que se sigue ofreciendo a estos intermediarios que todo ello se inscribe en un marco que no implique la imposición de “cargas desproporcionadas”.

Siguiendo con la explicación del nuevo régimen legal establecido por el RSD, cabe consignar que, en el caso de que la plataforma tenga constancia de la inexactitud de alguno de esos datos que deben facilitar la trazabilidad del comerciante y dicha situación no se resuelva, deberá proceder, como ya hemos anticipado, a la suspensión del servicio de intermediación, decisión que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento (UE) 2019/1150 de 20 de junio sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, deberá motivarse en un soporte duradero recono-

5 El artículo 2.2 del Anexo citado en el texto define a la pequeña empresa como aquella que “ocupa a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones de euros”. Por su parte, el artículo 2.3 define a la microempresa como aquella “que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros” (Comisión de las Comunidades Europeas, 2003, p. 39).



ciéndose al comerciante afectado su derecho a presentar una reclamación con arreglo a los artículos 20 y 21 del RSD.

En este último sentido, se prevé la existencia de un sistema interno de gestión de reclamaciones (artículo 20 del RSD), de fácil acceso y manejo, que debe permitir al comerciante afectado por la suspensión del servicio esgrimir las razones por las que no se muestra de acuerdo con la decisión o, en todo caso, permitirle subsanar las deficiencias que se apreciaban con respecto de su trazabilidad, de manera que pueda revertirse dicha situación en caso de que se den los condicionantes para ello. Junto a este sistema interno de reclamación, el RSD prevé, asimismo, que la persona afectada por esa decisión de suspensión pueda acogerse, sin perjuicio de su derecho a interponer recurso ante un órgano jurisdiccional, a la intervención de cualquier órgano de resolución extrajudicial de litigios que haya sido certificado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.3 del RSD, en cuyo caso si el litigio se resuelve en su favor, podrá repercutir los gastos que se le hayan ocasionado a la plataforma que hubiera suspendido indebidamente la prestación de su servicio (artículo 21.5 del RSD).

Resulta necesario destacar también que la norma comunitaria presta igualmente una especial atención al carácter sensible de los datos personales que se suministran a estos prestadores de un servicio de la sociedad de la información en cumplimiento de los objetivos antes mencionados. Siendo ello así, se comprende que el artículo 30.5 establezca a su cargo un deber específico de conservación que se prolongará durante un periodo de seis meses a partir del fin de su relación contractual con el comerciante de que se trate, momento a partir del cual deberán proceder a suprimir la información de referencia.

De hecho, como no puede ser de otro modo, la naturaleza misma de esa información, y su carácter especialmente sensible, implica que la misma no pueda ser revelada a terceros, salvo que así lo requiera el derecho aplicable, incluidas las órdenes de entrega de información por parte de determinadas autoridades reguladas en el artículo 10 del RSD respecto de las que se exige para su atención o cumplimentación la concurrencia de las siguientes condiciones:

(i) una referencia al fundamento jurídico en Derecho de la Unión o nacional de la orden; (ii) información que identifique a la autoridad emisora [de la orden]; (iii) información clara que permita al prestador de servicios intermediarios identificar al destinatario o destinatarios específicos sobre los que se solicita información, como uno o varios nombres de cuenta o identificadores únicos; y (iv) una motivación en la que se explique con qué fin se requiere la información y por qué el requisito de entrega de la información es necesario y proporcionado para determinar el cumplimiento del Derecho de la Unión. (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2022, Reglamento (UE) 2022/2065, Artículo 10.2 letra a, p. 47)

3. La advertencia de inaplicabilidad de la normativa de protección del consumidor en supuestos de contratación con persona no comerciante

Una vez que nos hemos referido a estas reglas de trazabilidad de los comerciantes, consideramos oportuno hacer también una especial mención a la obligación que se impone a las plataformas de advertir claramente a los usuarios de su servicio que, en aquellos casos en que quien ofrece los bienes o servicios no sea comerciante, no será de aplicación al contrato, o a la relación que se entable, la normativa de protección de los consumidores y usuarios. Se trata esta de una norma de generalizada aplicación en el territorio de la Unión⁶, que trae causa directa del artículo 6 bis, en su última versión consolidada de fecha 28 de mayo de 2022 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores.

Esta indicación a la que nos acabamos de referir debe efectuarse de manera clara y comprensible de modo que no puede verse camuflada en las condiciones generales del contrato o en documentos de naturaleza similar, sino que debe resultar fácilmente accesible al consumidor. Consiste, en definitiva, en advertir al consumidor que la relación contractual que se va a establecer con el oferente es una relación C2C o *Consumer-to-Consumer*, con las indudables consecuencias que ello implica en punto a la protección de sus derechos. Aunque el precepto

⁶ Puede verse, por ejemplo, en el caso español, el artículo 97 bis 1. c) del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

no lo indique expresamente, cabe concluir que el deber del proveedor del mercado en línea se limita a informar al consumidor de la inaplicabilidad de la normativa protectora de su posición como tal sin que sea necesario, por consiguiente, enumerar los derechos específicos que le corresponden en caso de contratar con un empresario o comerciante⁷.

Precisamente, por las implicaciones que representa la citada información, entendemos que esta advertencia al consumidor debe ser, con mayor razón aún, facilitada de un modo claro y accesible, con especial atención en caso de tratarse de personas consumidoras vulnerables de manera que de la simple invitación a comprar o adquirir, el consumidor debe poder tomar conciencia de que está contratando en plano de igualdad y que, por consiguiente, no podrá disfrutar de ciertos mecanismos de defensa a los que tendría derecho de tratarse de una relación B2C o *Business-to-Consumer* (derecho de desistimiento en determinados casos, principio de integración del contrato *pro consumatore*, garantías y servicios postventa, falta de conformidad del bien o servicio, cláusulas abusivas, etc.).

Por lo que se refiere a las consecuencias del incumplimiento de este particular deber informativo conviene indicar, ante todo, que el titular de la plataforma debe atenerse, con relación a si el oferente del bien y/o servicio es o no comerciante, a lo que este le comunique, puesto que no podemos ignorar que, de conformidad con lo dispuesto en la normativa comunitaria sobre comercio electrónico, no existe un deber de verificación de la información suministrada por aquel⁸. De ahí que debamos concluir que, salvo el supuesto en que pueda acreditarse un conocimiento efectivo de dicha circunstancia, la plataforma no incurrirá en responsabilidad si se limita a trasladar la información recibida del proveedor del servicio subyacente. Ello nos obliga a concluir que persiste el riesgo de que el empresario no revele su verdadera condición, haciéndose pasar como “prosumidor” para evitar precisamente

la aplicación de la normativa sobre protección de consumidores (Jarne Muñoz, 2016).

En todo caso, lo relevante es que la plataforma debe poner dicha información a disposición del consumidor, de manera que, si el prestador del servicio subyacente no la facilita, debe impedirle o bloquearle el acceso a ese mercado en línea. Ahí reside precisamente el deber fundamental en este campo: procurar la mayor transparencia posible al consumidor, revelando en todo momento la condición de comerciante o no de quien desea poner sus bienes y/o servicios a disposición de aquel en un mercado en línea. Para ello, se hace preciso que las plataformas configuren sus sitios web de manera que los usuarios profesionales de su servicio puedan cumplimentar, de un modo sencillo y adecuado, la información que les identifica o no como comerciantes, a cuyo propósito responden las normas del RSD que se refieren específicamente al cumplimiento desde el diseño tal como se establece en su artículo 30 del RSD y, además, como se indica en el artículo 31.1⁹.

Sea como sea, la consecuencia del incumplimiento de cualquiera de los dos deberes reseñados aparece claramente establecida en la normativa comunitaria sobre protección al consumidor. Sin nos centramos, por ejemplo, en el caso español, el artículo 20.6 del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias aclara expresamente que dicho comportamiento será considerado práctica desleal por engañosa en iguales términos a los recogidos en el artículo 7 de la Ley 3/1991 de 10 de enero de Competencia Desleal (en adelante, LCD).

Por consiguiente, en el caso que nos ocupa, las plataformas digitales de intermediación están obligadas a que las ofertas que albergan en sus sitios web indiquen, de modo claro y preciso, al usuario de

7 En efecto, el considerando nº27 de la Directiva 2019/2161, por medio de la cual se añadió el actual artículo 6 bis de la Directiva 2011/83/UE, indica que “no debe exigirse a los proveedores de mercados en línea que enumeren los derechos específicos de los consumidores al informar a estos de su no aplicabilidad” (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2019, Directiva 2019/2161, p. 11).

8 Artículo 15 de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información.

9 Artículo 31.1 del RSD: “el prestador de plataformas en línea que permitan a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes garantizará que su interfaz en línea esté diseñada y organizada de manera que los comerciantes puedan cumplir con sus obligaciones en relación con la información precontractual, la conformidad y la información de seguridad del producto en virtud del Derecho de la Unión aplicable. En concreto, el prestador de que se trate garantizará que sus interfaces en línea permitan a los comerciantes proporcionar información sobre el nombre, la dirección, el número de teléfono y la dirección de correo electrónico del operador económico, según se establece en el artículo 3, punto 13, del Reglamento (UE) 2019/1020 y otros actos del Derecho de la Unión”.



esos mercados en línea, si el producto o servicio por el que se interesa es ofrecido por un comerciante y, en caso de no ser así, que al contrato que está a punto de celebrar no le son de aplicación las normas de protección del consumidor. De no configurar su sitio web de este modo, habrá que entender que la plataforma incurre en una conducta desleal y, por consiguiente, susceptible de que se ejerciten contra ella las acciones contempladas en la normativa comunitaria sobre competencia desleal¹⁰.

4. La información sobre el reparto de obligaciones entre la plataforma y el prestador del servicio subyacente

Resulta sobradamente conocido que la contratación en los mercados en línea, dejando de lado aquellos casos en que el proveedor del servicio presta también el servicio subyacente, se sustenta, por lo general, sobre la base de una relación triangular que une a la plataforma, al oferente del bien y/o servicio y al potencial adquirente o interesado en el mismo. En el marco de esta particular relación, adquiere una importancia esencial para el consumidor la identificación clara y precisa de las obligaciones que corresponden a cada uno de los otros intervinientes en la misma, a saber: las del proveedor del mercado en línea, en tanto que herramienta que le facilita el acceso al mercado digital; y las del oferente del bien y/o servicio, ya sea en su condición de comerciante o no.

A este respecto, el nuevo artículo 6 bis de la Directiva 2011/83/UE pretende aclarar a los consumidores, cuando ello proceda, cómo se reparten las obligaciones relacionadas con el contrato entre el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital (prestador del servicio subyacente) y el proveedor del mercado en línea, entendiéndose esta información sin perjuicio de cualquier responsabilidad que la plataforma o el tercero puedan tener en relación con el contrato en virtud de otra normativa de la Unión Europea o nacional.

Esta aclaración final resulta sumamente pertinente, por cuanto lo que no pueden hacer las partes es liberarse de las responsabilidades que a cada una de ellas corresponde de conformidad con la normativa imperativa vigente. Es precisamente a partir de ese mínimo inderogable a partir del cual, normalmente, el proveedor del mercado en línea podrá añadir un plus de protección al consumidor que

podrá consistir en diversos y variados aspectos, tales como una garantía comercial a las adquisiciones efectuadas en su plataforma, la gestión o trámite del desistimiento, apoyo logístico en las devoluciones, e incluso, por qué no, la asunción solidaria o subsidiaria de algunas de las obligaciones que, en virtud de la venta o suministro del bien o servicio, recaen en el tercero comerciante (Camacho Perera, 2021, p. 339).

En este reparto de obligaciones o de responsabilidades debe tenerse presente, además, la condición de empresa prestadora de un servicio de la sociedad de la información que caracteriza al proveedor del mercado en línea de la que deriva, como ya hemos visto, la exención de responsabilidad que para este tipo de empresas establece la normativa comunitaria sobre comercio electrónico, excepción hecha, claro está, de aquellos casos en los que pueda acreditarse un conocimiento efectivo de la ilicitud de los datos almacenados por un tercero, o bien de aquellos otros en los que la plataforma abandona su papel pasivo e influye decisivamente en la prestación del servicio subyacente.

Esta última cuestión reviste particular importancia, puesto que no podemos ignorar la existencia de plataformas que, por su especial relevancia e influencia en el mercado, generan un nivel tal de confianza en el consumidor que le inducen a pensar que ella misma responde del buen fin de la operación y de la veracidad de las declaraciones que se contienen en la invitación a comprar un determinado bien y/o servicio. En estos casos, cobra un especial sentido el deber al que nos estamos refiriendo, siendo preciso exigir una información clara y precisa al consumidor acerca de cuál es el papel asumido por el intermediario en línea y, de manera muy particular, de las obligaciones y responsabilidades que le corresponden.

En este último sentido, cobra especial relevancia la previsión contenida en el artículo 6 del RSD, en el que se establece un régimen de responsabilidad para las empresas prestadoras de un servicio de la sociedad de la información muy similar al recogido ya en la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico, aunque con una importante particularidad. En efecto, el apartado 3.º del citado precepto dispone que la exención de responsabilidad o puerto seguro no será de aplicación cuando las plataformas en línea que permitan que los

10 En el caso español, se trata de las acciones previstas en el artículo 32 de la LCD: a saber, y principalmente, la declarativa de deslealtad, la de cesación y la de remoción de los efectos causados por la conducta desleal.

consumidores formalicen contratos a distancia con comerciantes presenten la información de manera que pueda inducir a un consumidor medio y razonablemente informado a creer que esa información o el producto o servicio objeto de transacción son proporcionados por la misma plataforma o por un tercero que actúa bajo su dirección o control¹¹.

Por consiguiente, con la aprobación de esta norma, aplicable en este caso a toda empresa prestadora de un servicio de la sociedad de la información, con independencia de su volumen o tamaño¹², los proveedores de un mercado en línea deberán ser especialmente cuidadosos en el modo en que se presenta la información y las invitaciones a comprar en sus sitios web, ya que de ello puede depender, en última instancia, el mantenimiento o no de su exención de responsabilidad. En resumida síntesis, lo que pretende el legislador comunitario es proteger la apariencia que se crea en la mente del consumidor medio de productos y/o servicios digitales, de manera que si este, de un modo razonable y lógico, debido precisamente a la configuración misma de la oferta que recibe, asocia la misma a la propia plataforma, difícilmente podrá esta liberarse de su responsabilidad.

5. Un ejemplo práctico: el caso AIRBNB

Una vez que hemos visto los deberes atribuidos a los proveedores de un mercado en línea en este campo y las consecuencias que se pueden derivar de su incumplimiento, hemos considerado oportuno comprobar el grado de aplicación que tienen en la práctica real. Para ello, hemos visitado la página web del más conocido portal de alojamiento turístico entre particulares, AIRBNB, y hemos fijado nuestra atención en la temática referida al perfil y condición de los anfitriones, que son quienes, en última instancia y previa intermediación de la plataforma, ofrecen el servicio final al consumidor.

A tales efectos, hemos podido localizar un apartado concreto del sitio web de AIRBNB en el que, bajo el título genérico de “Ser un anfitrión responsable”, se formulan una serie de recomendaciones y consejos destinados a procurar que el anfitrión se familiarice con sus responsabilidades y pueda tener conocimiento de las diferentes leyes, normativas y

buenas prácticas que les pueden ser de aplicación. Entre las mismas, hay una referencia específica a la necesaria observancia de la legislación europea de protección al consumidor, según la cual, cuando se ofrecen bienes o servicios en línea con fines comerciales, debe proporcionarse al cliente cierta información específica (Airbnb, 2023a).

A este último respecto, el portal de la plataforma nos proporciona algunas herramientas tendentes a facilitar dicha tarea a los anfitriones: por un lado, pretende aclarar en qué circunstancias se considera que ser anfitrión de AIRBNB es una actividad comercial, a cuyo efecto, y con carácter general, se indica que lo es “si alquilas de forma habitual tu residencia principal o secundaria o si ofreces otros servicios a lo largo de un periodo largo de tiempo y con el fin de obtener beneficios” (Airbnb, 2023b). De ser así, el anfitrión tiene la obligación de declarar su condición de anfitrión de AIRBNB como una actividad comercial. Lo anterior nos obliga a deducir que la decisión última acerca de dicha comunicación recae siempre en el propio anfitrión, que deberá reflejar su condición de comerciante al editar sus datos en la configuración de su cuenta, lo que nos permite concluir que no siempre se actúa de modo transparente con los consumidores, especialmente, en lo referido a la necesaria consideración de la legislación protectora de sus derechos. Y, por otro lado, se especifica la información que debe proporcionar todo anfitrión que realiza una actividad comercial, a saber: (i) el nombre de la empresa; (ii) la dirección comercial, sin que sea suficiente un simple apartado de correos; (iii) los datos de contacto, incluida la dirección de correo electrónico y el número de teléfono; (iv) el número de inscripción y registro mercantil; (v) el número de identificación fiscal; y (vi), en su caso, los datos de autorización de la actividad y el nombre de la autoridad competente de autorización (Airbnb, 2023b).

En este último sentido, de cara al futuro, cobrará un especial interés la eventual aprobación de la Propuesta de Reglamento Europeo sobre la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración, por cuanto en su artículo 5 se detalla la información que han de presentar los anfitriones al objeto de su precisa identificación por parte de los huéspedes.

11 Puede verse sobre dicha cuestión: Martínez Nadal, A. (2022). Naturaleza (y responsabilidad) de las plataformas digitales: de la directiva de comercio electrónico a la propuesta de reglamento de servicios digitales. En M. Parra, A. Herrera y B. Sánchez, *Derecho digital y nuevas tecnologías* (pp. 387 y ss).

12 En efecto, no hay una exclusión expresa para las microempresas y pequeñas empresas de lo dispuesto en el artículo 6 del Reglamento de servicios digitales.



En resumidas cuentas, se percibe un cierto deseo de proporcionar al huésped una información adecuada acerca de la condición en la que actúa el anfitrión y, en el caso de que se lleve a cabo una actividad comercial, brindarle la información precisa para el ejercicio adecuado de sus derechos como consumidor. Sin embargo, la práctica nos demuestra que la realidad dista mucho de ese deseo y que no siempre se garantiza una adecuada comunicación de dicha circunstancia a los huéspedes al dejarse la misma enteramente en manos de los anfitriones, que deberán cumplimentar dicha información en el momento de rellenar o configurar su cuenta en la plataforma, lo que puede redundar en un déficit evidente de protección para el consumidor o usuario del servicio de alojamiento.

De hecho, hemos simulado la cumplimentación de un registro de anfitrión en la plataforma AIRBNB y hemos tenido ocasión de comprobar que, si bien se nos solicita si estamos actuando en nombre de una empresa, la confirmación de dicho dato se deja enteramente en nuestras manos hasta el punto de que se nos aclara que ello se solicita tan solo para adaptar las funciones a una concreta forma de hospedar, pero que dicha información no se mostrará a los huéspedes ni influirá en cómo aparece ese anfitrión en las búsquedas¹³.

Es cierto que no se puede imponer a la plataforma, como hemos advertido anteriormente, un deber general de supervisión que la obligue a revisar el contenido de todos sus anuncios y a asegurarse que la declaración del anfitrión, en lo referido a su condición de comerciante o no se corresponde con la realidad. No obstante, es igualmente cierto que, si procedemos a efectuar una búsqueda de alojamiento en la plataforma, no siempre se nos ofrece información acerca de ese carácter, de manera que se está incumpliendo de forma clara, en algunos casos, lo dispuesto en la normativa comunitaria sobre protección de los derechos del consumidor, que exige claramente a los proveedores de estos mercados en línea la identificación de dicho carácter.

Con independencia de lo anterior, se echa en falta, asimismo, una aclaración más precisa al usuario de que solo se beneficiará de la protección con arreglo a la normativa sectorial de consumo en sus relaciones con los proveedores que sean comerciantes, ya que nada de ello se indica en el resultado inicial de búsqueda, de manera que se deja en manos del

consumidor la capacidad o aptitud para deducir dicha consecuencia. Dichas objeciones son las que nos conducen a concluir que, en este particular extremo, se observan aún prácticas poco transparentes por parte de este tipo de plataformas.

Referencias bibliográficas:

Airbnb. (22 de diciembre de 2023a). *Determinar el tipo de anfitrión que eres en Airbnb*. <https://www.airbnb.es/help/article/1388/ser-un-anfitri%C3%B3n-responsable-en-esp%C3%B1a>

Airbnb. (22 de diciembre de 2023b). *Ser un anfitrión responsable en España*. <https://www.airbnb.es/help/article/1321/obligaciones-legales-de-los-anfitriones-que-realizan-una-actividad-comercial-en-la-ue-y-que-alquilan-alojamientos-o-que-ofrecen-otros-servicios-a-trav%C3%A9s-de-airbnb>

Camacho Perera, C. (2021). Reflexiones a la luz de los requisitos específicos de información exigidos al proveedor del mercado en línea en la contratación con consumidores. En A. Martínez Nadal, *Plataformas digitales: aspectos jurídicos* pp. 329 – 347

Comisión de las Comunidades Europeas. (2003). *Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas [notificada con el número C(2003) 1422]*. <https://www.boe.es/doue/2003/124/L00036-00041>

De Miguel Asensio, P. (25 de noviembre de 2022). *Reglamento de Servicios Digitales (V): obligaciones de las plataformas de contratación B2C*. <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2022/11/reglamento-de-servicios-digitales-v.html>

Jarne Muñoz, P. (2016). El prosumidor como figura clave en el desarrollo del Derecho del consumo derivado del mercado digital. *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, (19), pp. 41 y 51.

Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2019). *Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Di-*

13 <https://www.airbnb.es/become-a-host/room>

rectiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión. <https://www.boe.es/doue/2019/328/L00007-00028.pdf>

Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2022). *Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales).* <https://acortar.link/tyMP6Z>

Evolución de la Industria de las Telecomunicaciones en Chile

Evolution of the Telecommunications Industry in Chile

— Andrés Rodríguez Ariztía* · José Ignacio Ovalle Irrarrázaval** y Cristián Fabres Pfau*** —

Resumen

A partir de la década de los 80, Chile ha presenciado un notable desarrollo en su industria de las telecomunicaciones. Desde monopolios naturales, hasta una total apertura a la inversión extranjera y al arribo de nuevas tecnologías. Hoy Chile se posiciona como un HUB regional para nuevas tecnologías, presenciando notables transformaciones en la estructura de los negocios telco. Este artículo abordará el desarrollo de la industria de las telecomunicaciones desde dos ejes temáticos: (1) la evolución y regulación de la telefonía móvil en Chile; y, (2) la infraestructura de telecomunicaciones en el país. Lo anterior con miras a exponer los principales desafíos regulatorios en estas materias identificados tanto por la industria en general como por la autoridad regulatoria nacional, la Subsecretaría de Telecomunicaciones de Chile.

Palabras clave

Telecomunicaciones; Telefonía móvil; Infraestructura de Telecomunicaciones; Operador de servicios de infraestructura; Bandas de frecuencias del Espectro Radioeléctrico; Régimen Concesionario, Servicio público de telecomunicaciones, Servicios intermedios de telecomunicaciones.

Abstract

Since the 1980s, Chile has witnessed significant development in its telecommunications industry. From natural monopolies to a complete opening to foreign investment and the advent of new technologies, Chile is now positioned as a regional HUB for emerging technologies, witnessing remarkable transformations in the telco business structure. This article will address the development of the telecommunications industry from two thematic axes: (1) the evolution and regulation of mobile telephony in Chile; and (2) the telecommunications infrastructure in the country. The foregoing aims to expose the main regulatory challenges in these areas identified by both the industry in general and the national regulatory authority, the Subsecretariat of Telecommunications of Chile.

Keywords

Telecommunications; Mobile Telephony; Telecommunications Infrastructure; Infrastructure Services Operator; Radio Spectrum Frequency Bands; Concessionaire Regime, Public Telecommunications Service, Intermediate Telecommunications Services.

* Barros & Errázuriz, Socio, Santiago, Chile, Abogado, Magíster en Regulación, Pontificia Universidad Católica de Chile y Master of Laws de University College London, arodriguez@bye.cl.

** Barros & Errázuriz, Socio, Santiago, Chile, Abogado, Visiting Scholar de la Universidad de Columbia, jovalle@bye.cl.

*** Barros & Errázuriz, Asociado, Santiago, Chile, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, cfabres@bye.cl.

1. Introducción

Si nos remontamos a los orígenes de las telecomunicaciones en Chile, debemos mencionar el establecimiento de la primera empresa telefónica en 1880, en la ciudad de Valparaíso, a pocos años de patentado el invento del teléfono por Graham Bell, que fue la Compañía de Teléfonos Edison. Luego de ello, se formaron nuevas compañías como la West Coast Telephone en 1884 y la Chile Telephone Company en 1889. Importante resaltar que las acciones de esta última empresa fueron adquiridas en 1927 por la compañía norteamericana International Telephone and Telegraph (ITT), la que luego se constituyó como sociedad anónima chilena bajo el nombre de Compañía de Teléfonos de Chile (CTC) con cobertura para prestar servicio telefónico local y de larga distancia nacional e internacional en todo el territorio nacional, cuya existencia fue autorizada por Decreto Supremo N° 988 del Ministerio de Hacienda del año 1931 (Ovalle, 2001). Esta última empresa existe hasta el día de hoy bajo el nombre de “Telefónica Chile S. A.”, también conocida como “Movistar”.

Otra empresa que data también de los orígenes y que permanece vigente hasta el día de hoy, con presencia en el sur de Chile, específicamente en la Décima Región y en las ciudades de Temuco y Concepción, fue la “Compañía Nacional de Teléfonos S.A.”, también conocida como “CNT” y hoy como “Telefónica del Sur”. Esta fue creada en la ciudad de Valdivia el año 1893 y hoy forma parte del reconocido “Grupo GTD”, *holding* compuesto por varias empresas del sector de las telecomunicaciones.

En 1964 se formó la “Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A.”, también conocida como “ENTEL”, con el objeto de operar una red telefónica de larga distancia tanto nacional como internacional (Ovalle, 2001). Hoy en día ENTEL es uno de los principales actores en el rubro de las telecomunicaciones en Chile, siendo uno de los proveedores de servicios de telefonía fija, telefonía móvil, Internet, y TV de pago, más relevantes del mercado a nivel nacional; y que cuenta igualmente con una importante presencia en Perú.

Nos hemos enfocado en estas empresas, y no a tantas otras compañías, con el propósito de resaltar únicamente a aquellas que han sido pioneras de las telecomunicaciones en Chile, y cuya presencia permanece vigente al día de hoy (Ovalle, 2001).

Como parte de la evolución de las telecomunicaciones en nuestro país, es importante destacar el

concepto estatista que imperó en Chile entre 1960 y 1980, período en que por razones de orden estratégico, fue el Estado el que asumió el dominio y control de las empresas y medios de comunicación (Ovalle, 2001).

Fue así como en 1960 se aprobó la Ley Orgánica de Correos y Telégrafos, quedando la explotación de dichos servicios como monopolio del Estado. Luego, en 1971, se llevó a cabo la intervención de las empresas de telecomunicaciones por el Estado, llegando en 1974 a pertenecer a éste prácticamente todo el sector de las telecomunicaciones del país (Ovalle, 2001).

Pero la situación anterior comenzó a revertirse en 1974, año en que se publicó la Declaración de Principios del Gobierno de Chile, que consagró el principio de subsidiariedad de la función del Estado. Según este principio, al Estado sólo le corresponde asumir directamente aquellas funciones que los particulares o entidades intermedias no están en condiciones de cumplir adecuadamente, o bien, porque dada su importancia, exige que el Estado se haga cargo de ellas (Ovalle, 2001).

Por Decreto Supremo N° 423 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de fecha 5 de octubre de 1978, publicado en el Diario Oficial con fecha 21 de octubre de 1978, se aprobó la “Política Nacional de Telecomunicaciones” que contiene las políticas de largo plazo en materia de telecomunicaciones a las que deben sujetarse el Ministerio y los servicios, instituciones y empresas dependientes o relacionadas con el Estado, consagrándose expresamente la explotación de los servicios de telecomunicaciones por terceros distintos del Estado, a través de concesiones y permisos otorgados por este último (Ovalle, 2001).

Con la dictación de la Constitución Política de 1980 y la dictación de la Ley General de Telecomunicaciones en 1982, se consagran finalmente los principios y normas para el desarrollo y explotación de los servicios de telecomunicaciones por los particulares, a quienes se reconoce y garantiza el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas que regulen tal actividad, sin que el Estado pueda discriminar arbitrariamente en materia económica. De este modo, se habilita a los particulares la posibilidad de efectuar la instalación, operación y explotación de los servicios de telecomunicaciones a través de concesiones, permisos y licencias de telecomunicaciones otorgadas por el Estado (Ovalle, 2001).



Fue así como a finales de la década de 1970 y comienzos de la década de 1980, se da inicio en Chile al proceso de privatización de las empresas de telecomunicaciones que se encontraban en poder del Estado, otorgándose diversas concesiones a nuevas compañías a contar desde 1980 en adelante para la prestación de diversos servicios de telecomunicaciones.

Conforme a lo anterior, la Ley General de Telecomunicaciones ha encomendado, por medio de su artículo 6, la aplicación y control de dicha ley y sus reglamentos al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, a través de la Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel). Hoy en día Subtel es el principal órgano responsable de tramitar y otorgar las concesiones a las que nos referimos en el capítulo siguiente.

2. Régimen concesional chileno

A partir de la evolución detallada en la introducción del presente artículo, y sobre la base de las disposiciones de nuestra Ley 18.168 Ley General de Telecomunicaciones, publicada en el año 1982, en Chile se ha asentado un régimen concesional que contempla, a la fecha de hoy y luego de importantes modificaciones (especialmente en materia de infraestructura), los siguientes servicios de telecomunicaciones de acuerdo al artículo 3 de dicha norma:

- a) Servicios de telecomunicaciones de libre recepción o de radiodifusión, cuyas transmisiones están destinadas a la recepción libre y directa por el público en general. Estos servicios comprenden emisiones sonoras, de televisión o de otro género. Dentro de estos servicios, constituyen una subcategoría los servicios de radiodifusión de mínima cobertura.
- b) Servicios públicos de telecomunicaciones, destinados a satisfacer las necesidades de telecomunicaciones de la comunidad en general.
- c) Servicios limitados de telecomunicaciones, cuyo objeto es satisfacer necesidades específicas de telecomunicaciones de determinadas empresas, entidades o personas previamente convenidas con éstas.
- d) Servicios de aficionados a las radiocomunicaciones, cuya finalidad es la intercomunicación radial y la experimentación técnica y científica, llevadas a cabo a título personal y sin fines de lucro.

- e) Servicios intermedios de telecomunicaciones, constituidos por los servicios prestados por terceros, a través de instalaciones y redes, destinados a satisfacer las necesidades de los concesionarios o permisionarios de telecomunicaciones en general, o a prestar servicio telefónico de larga distancia internacional a la comunidad en general. Se contempla además la figura de “operador de infraestructura” que consiste en concesionarios de servicios intermedios de telecomunicaciones que únicamente proveen infraestructura física para telecomunicaciones.

Así, de acuerdo con el artículo 8 inciso segundo de la Ley 18.168, se requerirá de concesión otorgada por decreto supremo para la instalación, operación y explotación de estos servicios de telecomunicaciones que mencionamos, es decir, a) públicos; b) intermedios que se presten a los servicios de telecomunicaciones por medio de instalaciones y redes destinadas al efecto, y c) de radiodifusión sonora. Por su parte, los servicios limitados de televisión se registrarán por las normas del artículo 9° de esta ley, la que indica para estos servicios limitados que su instalación, operación y explotación, requerirán de permiso otorgado por resolución exenta de la Subsecretaría, los que tendrán una duración de diez años y serán renovables, a solicitud de parte interesada.

Volviendo al régimen concesional propiamente, el inciso tercero del artículo 8 establece que las concesiones se otorgarán a personas jurídicas. El plazo de las concesiones se contará desde la fecha en que el respectivo decreto supremo se publique en el Diario Oficial de Chile. Además, será de 30 años para los servicios públicos e intermedios de telecomunicaciones, renovable por períodos iguales, a solicitud de parte interesada; y de 25 años para las concesiones de radiodifusión respecto de las cuales la concesionaria gozará de derecho preferente para su renovación, de conformidad a los términos de esta ley.

Cabe mencionar brevemente que, respecto a los servicios intermedios de telecomunicaciones, el año 2010, a propósito de políticas de gobierno que buscaban reconstruir la infraestructura de telecomunicaciones que se vio afectada con el devastador terremoto que sacudió Chile en ese mismo año, se creó una nueva figura de concesionario de servicios intermedios de telecomunicaciones conocido comúnmente en la industria como operador de servicios de infraestructura. Este nuevo operador se creó a partir de los cambios introducidos en la Ley

General de Telecomunicaciones por la Ley 20.478 del año 2010.

En definitiva, se trata de “concesionarios de servicios intermedios de telecomunicaciones que únicamente provean infraestructura física para telecomunicaciones” a los cuales se les flexibiliza el régimen concesional, siéndoles exigibles a efectos de obtener, instalar, operar y explotar la concesión, solo aquellos requisitos a los que se refiere el Decreto 99 del año 2012 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, los que en definitiva son menos exigentes que aquellos contemplados por el régimen general de la Ley 18.168 para los demás concesionarios de servicios intermedios de telecomunicaciones. Sobre este punto nos detendremos en profundidad en un apartado más adelante de este artículo.

3. Telefonía móvil

El Plan General de uso del Espectro Radioeléctrico en Chile, fijado por el Decreto 127 del año 2006, actualizado por última vez durante el 2023, define a la telefonía como toda forma de telecomunicación destinada principalmente al intercambio de información por medio de la palabra (numeral 5.8, Sección V, Capítulo I).

La telefonía móvil, por tanto, consiste en esencia en un servicio de telecomunicaciones que, por medio de una red inalámbrica, permite la comunicación entre dispositivos móviles o teléfonos celulares, es decir, el intercambio de palabra a través de la conexión inalámbrica de estos, típicamente, a antenas instaladas para tal efecto a lo largo del territorio.

a) Despliegue y evolución de la telefonía móvil en Chile

De la mano y como consecuencia directa del proceso de privatización de las empresas de telecomunicaciones que se encontraban en poder del Estado al que nos referíamos anteriormente, en la década de 1980 se introduce por primera vez la telefonía móvil en Chile, cuyo desarrollo en esta primera etapa fue sumamente lento debido a los altos costos tarifarios y a la baja densidad existente en materia de infraestructura, la escasez de antenas que pudiesen soportar el servicio móvil se traducían en una baja cobertura a nivel nacional, a la cual solo algunos actores del mercado accedían, principalmente empresas.

Las dos primeras décadas de la telefonía móvil en Chile, hasta la entrada del siglo XXI, correspondió

a una etapa dominada –como indicamos– por la escasez de infraestructura que pudiese soportar un servicio móvil de alta cobertura, sumado a una política regulatoria en materia tarifaria que establecía altos precios por el cobro de los servicios a las empresas prestadoras de servicios de telefonía móvil, sumado a los altos costos de los equipos o terminales de usuario, es decir, los teléfonos celulares.

No fue sino hasta finales de la década de 1990 que la telefonía móvil experimentó un alza en cuanto a su demanda, desarrollándose como un servicio moderno y con características sumamente atractivas que prontamente se tradujo en operadores solicitando concesiones para prestar dicho servicio, pues el potencial de la telefonía móvil implicaba una oportunidad sin precedentes tanto para el prestador del servicio como para su consumidor.

La introducción y posteriores etapas de desarrollo de la telefonía móvil en Chile, y en el resto del mundo, pueden separarse fácilmente a partir de las distintas generaciones tecnológicas a las que se adosó la telefonía móvil. A la incipiente implementación de las tecnologías 5G que vemos hoy en día en distintos países, incluyendo Chile, naturalmente le precede una serie de generaciones cuyas características han ido evolucionando con el tiempo.

b) Primera generación (1G)

La primera generación de telefonía móvil (1G) corresponde a aquella utilizada por los primeros dispositivos móviles o teléfonos celulares que se lanzaron al mercado, todos ellos destacaban por su tecnología analógica. El 1G corresponde a la única generación que se valió de tecnología analógica para la provisión de telefonía móvil, siendo las generaciones posteriores portadoras de tecnología digital. Estos dispositivos llegaron a Chile a finales de la década de los 80, cuando en 1988 la CTC se alzó como concesionario para proveer servicios de telefonía móvil, pasando a ser el principal oferente de teléfonos celulares en el país.

El 1G utilizaba típicamente la banda de frecuencia de espectro correspondiente a los 800 MHz. Esta tecnología, hoy absolutamente obsoleta, solo permitía la recepción y salida de llamadas desde el dispositivo móvil, cuyas dimensiones excedían ampliamente a lo que hoy conocemos como *smartphone*, llegando a medir aproximadamente 30 cm de alto y 4,5 de ancho, y pesando cerca de 1 kilogramo. Como comentábamos anteriormente, el servicio móvil 1G correspondía a un servicio de baja cobertura debido a la carencia de infraestruc-



tura para soportar esta tecnología, principalmente, antenas. Por otra parte, la calidad de la llamada dejaba mucho que desear, las mismas propiedades del dispositivo móvil, junto con las cualidades de la banda 800 MHz, si bien permitieron las primeras llamadas móviles, en nada se asemejan a la calidad que se observó con las tecnologías que le sucedieron, incluso la generación inmediatamente posterior, el 2G y sus novedosos métodos: el GSM y sus sucesores GPRS y EDGE, tecnologías completamente digitales dentro de esta cadena de desarrollo del 2G.

c) Segunda generación (2G)

Como se adelantó en el párrafo anterior, la tecnología 2G significó un nuevo paso para la tecnología móvil, tanto en términos de calidad como de despliegue de infraestructura, teniendo igualmente especial relevancia la aparición de nuevos operadores y concesionarios del servicio móvil telefónico. El 2G permitió que la telefonía móvil se moviera de lo análogo a lo digital y masificó el uso de SMS (Subsecretaría de Telecomunicaciones [Subtel], 2023), esta tecnología imperó en el mercado chileno hasta mediados del año 2012 cuando se introdujo el 3G.

El 2G permitió duplicar la velocidad de datos que entregaba el 1G, pasando de 56 kbit/s a 114 kbit/s (SUMA Móvil Chile, s.f.), lo que catapultó los servicios de SMS e internet móvil (aunque permitía casi y exclusivamente solo la descarga de páginas de texto, siendo imposible la descarga de contenido multimedia), por medio del protocolo *Global System for Mobile* o “GSM” y luego su extensión desarrollada posteriormente, el *General Packet Radio Service* o “GPRS” que fue mejorada por el servicio EDGE o *Enhanced Data Rates for GSM of Evolution*. Para la provisión de estos servicios, se utiliza comúnmente la banda de espectro ubicada en los 900 MHz. Esta tecnología permanece vigente al día de hoy en muchos países, sin perjuicio de que varios otros ya han apagado totalmente esta red, como es el caso de México. En Chile, algunos operadores ya han anunciado fechas para completar el “apagón” de 2G, en este sentido, la Subtel ha anunciado que iniciará actividades de fiscalización a estas empresas para que no dejen a usuarios sin conectividad en el reemplazo de redes (Subtel, 2023).

El recambio tecnológico con la aparición de nuevas redes, como el 5G, ha desplazado a 2G a una posición minoritaria. Las estadísticas de Subtel señalan que al día de hoy existen poco más de 203 mil dispositivos conectados a esa red (a la red 4G hoy se conectan cerca de 20 millones de dispositivos

en Chile). Además, las redes 2G hoy se han vuelto ineficientes puesto que consumen mucho más energía que 4G o 5G, haciéndolas más caras para los beneficios limitados que entregan a los usuarios (Subtel, 2023). Es bastante común que nuestros dispositivos se conecten a esta red cuando nos encontramos en zonas aisladas o extremas donde la cobertura de 3G y 4G no ha sido alcanzada, ya sea por las características propias del territorio o por falta de emplazamiento de infraestructura que permita entregar estos servicios más avanzados.

d) Tercera generación (3G)

En el año 2009, la Subsecretaría de Telecomunicaciones lanzó las primeras bases para el concurso de licitación de bandas de espectro radioeléctrico para la provisión de servicios 3G. Desde ese minuto, la telefonía móvil en Chile vio un panorama destacado por la intervención de tribunales en la fijación de límites o *caps* de tenencia del espectro radioeléctrico por operador. En definitiva, desde el año 2009 hemos visto una tendencia a la judicialización de algunos procesos de concesión, especialmente en lo que se refiere a los concursos para prestar servicios de telefonía móvil, ello incluso ha destacado en el reciente concurso de 5G llevado a cabo en nuestro país.

Volviendo a las bases del concurso, este tenía por finalidad permitir la entrada de nuevas empresas al mercado para la provisión de servicios de telefonía e internet móvil, cuestión que era posible gracias a las cualidades de esta nueva tecnología 3G, que a diferencia de su antecesora, permitía un volumen de descarga de datos muy superior, lo que posibilitaba la habilitación de servicios de internet móvil de mayor calidad, junto con la descarga de contenidos multimedia. En otras palabras, se avanzaba hacia la convergencia de servicios de voz o sonido, imagen, texto y video en un mismo dispositivo: el teléfono celular.

El concurso adjudicó concesiones en la banda 1.700 – 2.100 MHz, conocida también como banda AWS. Fue en esta ocasión, y volviendo a referirnos al punto señalado en el párrafo anterior respecto a la judicialización de los procesos de concesión de telefonía móvil, que la Corte Suprema, contravirtiendo lo que había resuelto el TDLC (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia), estimó necesario fijar un tope máximo por operador para la asignación de espectro, por tratarse de un insumo esencial para proveer los servicios de telefonía móvil y así evitar favorecer a los actores que ya estaban en el mercado (Centro Competencia de

la Universidad Adolfo Ibáñez [CeCo], 2019). En esa ocasión se fijó un *cap* de 60 MHz por operador por sentencia de la Corte Suprema¹.

Este fallo ha sido objeto de gran controversia en nuestro país en cuanto dio paso a un procedimiento de reordenamiento de bandas del espectro radioeléctrico caracterizado por fallos relevantes por parte del TDLC y la Corte Suprema, avivados por una serie de reclamaciones y consultas de operadores y actores relevantes en el mercado de las telecomunicaciones, específicamente de la telefonía móvil. A esto debe sumarse igualmente, la decisión de la Subtel en el año 2018, por medio de su Resolución Exenta N°1289, en virtud de la cual dispuso que no otorgará nuevas autorizaciones ni recepciones de obras respecto de la Banda 3,5 GHz y ordenó la suspensión de las operaciones de todos los servicios de telecomunicaciones cuyo funcionamiento se encontrare autorizado en dicha banda, debiendo estos migrar a bandas de frecuencias alternativas. Ello, con el fin de estudiar en profundidad el uso eficiente que deberá darse a dicha banda (Centro de Estudios Libertad y Desarrollo, 2018). Todo lo anterior con miras a alcanzar lo que se ha definido por la autoridad como uso eficiente del espectro radioeléctrico.

e) Cuarta generación (4G)

Al desarrollo y posterior despliegue de la tecnología 3G le siguió, naturalmente, la tecnología 4G, método contemporáneo al que hoy, en su mayoría, nos conectamos todos los chilenos desde nuestros dispositivos móviles, y así igualmente, gran parte del mundo, pues el despliegue de tecnología 5G aún se encuentra mayoritariamente en una etapa incipiente, siendo utilizada principalmente de manera experimental y no masivamente como servicio en el mercado de las telecomunicaciones. Es más, son pocos los dispositivos móviles que al día de hoy pueden soportar esta tecnología.

Fue así como en el año 2011, la Subsecretaría de Telecomunicaciones hizo un llamado a las operadoras de telecomunicaciones a participar en el concurso público para otorgar concesiones de servicio público de transmisión de datos fijo y/o móvil en las bandas de frecuencia 2.505 - 2.565 Mhz y 2.625 y 2.685 Mhz (banda 2,6 GHz), más conocidas como frecuencias 4G. La adjudicación de estas bandas de frecuencia culminó en 2012, la premisa principal que sostuvo la Subtel en ese entonces se relaciona

con las palabras del subsecretario de entonces, el señor Jorge Atton, quien manifestó en 2011: “Establecimos mayores exigencias de calidad para los servicios, midiendo la cobertura real al interior de las casas y edificios; favorecimos la compartición de infraestructura que favorezca la entrada de operadores móviles virtuales y el uso de redes por terceros; privilegiamos el despliegue en las regiones y de la misma forma aseguramos servicio de internet en 560 localidades rurales que hoy no tienen conectividad y premiamos los menores tiempos de implementación” (Diario Financiero, 2011). Las nuevas redes de 4G permitieron la entrada de servicios de última generación, permitiendo esta tecnología la utilización de aplicaciones, contenidos de internet móvil, tv digital, *streaming*, videollamadas, entre otros servicios, en nuestros celulares.

Posteriormente, en el año 2013, se lanzó un segundo concurso de 4G en Chile, esta vez sobre la banda de 700 MHz (oportunidad que no estuvo exenta de controversia como veremos más adelante en nuestro apartado destinado al 5G), el cual tenía por finalidad mejorar la conectividad de esta tecnología, buscando alcanzar mayores velocidades de conexión y, a su vez, la reducción de precios al público. Vale mencionar además que este concurso incluyó como exigencia a las empresas entregar servicios de conectividad en 1.281 localidades aisladas o vulnerables, 503 escuelas y 854 kilómetros de rutas (Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones [MTT], 2015). Asimismo, la Subtel en ese minuto enfatizó en que la frecuencia de 700 MHz correspondía al rango de espectro más adecuado para la provisión de 4G, especialmente debido a su baja ubicación en el espectro, lo que permite más cobertura, especialmente en zonas rurales. Además, por sus características técnicas, esta banda permite un ahorro de costo en relación a la inversión requerida, lo que finalmente se ve reflejado en un aumento de la penetración de los servicios asociados (MTT, 2015). El resto es historia, desde entonces, la tecnología 4G ha sido el servicio de telefonía móvil con mayor penetración en los usuarios del territorio nacional, con casi 20 millones de usuarios a junio de 2021 (Subtel, 2021). En este sentido, la ministra de Transportes y Telecomunicaciones, Gloria Hutt, en 2021, concluyó respecto a la cobertura de este servicio destacando el impacto del despliegue de 4G –cuyo concurso público se realizó en 2013– el que permitió robustecer la cobertura en Chile e incrementar fuertemente la cantidad de usuarios móviles (Subtel, 2021).

1 Corte Suprema de Justicia de Chile. 27 de enero de 2009. Sentencia Rol N° 4797-2008.



f) Quinta generación (5G)

La tecnología 5G es hoy, el servicio más avanzado respecto a su implantación en las redes de telefonía móvil, con las velocidades de descarga más altas, gozando de baja latencia, permitiendo el internet de las cosas, entre otras cualidades. Sin duda alguna, una de sus características más destacables se relaciona con las velocidades de descarga, las que pueden alcanzar hasta 10 GBps, siendo hasta 10 veces más rápida que el 4G, y permitiendo la descarga de grandes volúmenes de datos en cuestión de segundos. Por otro lado, su baja latencia o “tiempo de respuesta en la red”, habilitará la conexión en tiempo real de una serie de dispositivos, –lo que conocemos como internet de las cosas– cuyas aplicaciones prácticas son casi infinitas, especialmente en materias de comunicación, entretenimiento, medicina, transporte, por nombrar algunas áreas que impacta esta tecnología.

Como anticipábamos, cuando nos referíamos a la tecnología 3G y 4G, su sucesor mediato e inmediato, respectivamente, el 5G y los procedimientos de licitación de bandas del espectro para su provisión, se han visto envueltos por un clima de judicialización y controversias. Como se mencionó, en el año 2009 la Corte Suprema fijó a propósito de la licitación de la banda AWS un *cap* de 60 MHz por operador. En ese entonces, la Corte estimó necesario fijar un tope máximo por operador para la asignación de espectro, por tratarse de un insumo esencial para proveer los servicios de telefonía móvil y así evitar favorecer a los actores que ya estaban en el mercado (CeCo, 2019). Años más tarde, en una causa contenciosa llevada adelante por la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios (Conadecus) (Rol C-275-2014) (CeCo, 2019) a raíz de las asignaciones del concurso en la banda de baja frecuencia de 700 MHz, la Corte Suprema estableció que el real alcance de este límite máximo de tenencia de 60 MHz por operador se extendía a todo el mercado, sin importar el tipo de banda, acogiendo la tesis de Conadecus. Por sentencia del 25 de junio de 2018, la Corte –nuevamente contra el criterio del TDLC– declaró que al participar y adjudicarse espectro en esta banda, los incumbentes habían infringido el *cap* vigente. Consiguientemente, ordenó a los operadores ajustarse a ese límite, a pesar de haber sido establecido para un concurso distinto, mediante el desprendimiento sucesivo de bloques de espectro en la misma cantidad que

habían adquirido para la banda de los 700 MHz (CeCo, 2019). En ese mismo año 2018, la Subtel dictó la Resolución Exenta N°1.289 según lo cual se dispuso que no se otorgarían nuevas autorizaciones ni recepciones de obras respecto de la Banda 3.400 – 3.800 (Banda 3,5 GHz) ordenando la suspensión de las operaciones de todos los servicios de telecomunicaciones funcionando en esa banda. Lo anterior, con el fin de estudiar el uso eficiente que se le daría a esa porción de espectro, justificando la Subtel en ese entonces que dicha medida sería relevante para el despliegue de la tecnología 5G.

Frente a esta decisión de la autoridad, Claro y Entel, respectivamente, interpusieron recursos de protección en contra de Subtel por la referida Resolución Exenta. Ambos recursos fueron acumulados por la Corte de Apelaciones de Santiago, causa que culminó con el desistimiento de ambas partes a su recurso, dándose por concluida esta². Dicho desistimiento se vio motivado en gran parte por la decisión de la Subtel de revertir parcialmente el congelamiento de la banda 3,5 GHz. Dicha decisión se materializó por medio de una resolución complementaria a esta (Resolución Exenta N°1.953 de 2018), en la cual se liberaba el 50% del espectro asignado originalmente para la banda 3,5 GHz.

En paralelo a lo anterior Subtel envió una consulta al Tribunal de Defensa de Libre Competencia (TDLC) para aumentar los límites de espectro fijados por la Corte Suprema en el año 2009, que correspondían a un *cap* de 60 MHz por operador.

Con fecha 4 de diciembre de 2019, el TDLC dictó la Resolución N°59/2019 recaída sobre la consulta de Subtel solicitando al Tribunal que se modificara el límite máximo de espectro radioeléctrico que puede tener en uso cada operador de servicio de telefonía móvil. En esta oportunidad el TDLC estableció que “correspondía revisar dicho límite, atendido que las condiciones de competencia han variado sustantivamente, tanto en términos del espectro asignado a los diversos servicios de telefonía móvil, como en cuanto a las nuevas tecnologías en uso, la estructura de los mercados relevantes y la penetración de servicios móviles en el país (datos y telefonía)”³. La resolución del TDLC fijó los siguientes límites o *caps*:

1. Macrobanda baja (inferior a 1 GHz): un límite de tenencia de espectro de 35% por operador.

2 Corte de Apelaciones de Santiago. 18 de octubre de 2018. Sentencia Rol. 50351-2018.

3 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 4 de diciembre de 2019. Resolución N°59/2019

2. Macrobanda media baja (entre 1 y 3 GHz): un límite máximo de 30% por operador.
3. Macrobanda media (entre 3 y 6 GHz): se fijaron una serie de medidas especiales para el corto, mediano y largo plazo en relación a la tenencia de espectro.
4. Macrobanda media alta (entre 6 y 24 GHz): no fijar límites atendida la ausencia de atribuciones y asignaciones para servicios móviles en las bandas que la componen.
5. Macrobanda alta (superior a 24 GHz): al igual que en la macrobanda media, igualmente se fijó una serie de medidas para el corto, mediano y largo plazo en relación a la tenencia de espectro.

A dicha resolución se presentaron recursos de reclamación por Netline y Conadecus, los que apuntaban a que la sentencia del TDLC no se correspondía con lo que habría sido el propósito de la política de competencia en el área. Sus críticas se centraron en reducir los *caps* fijados por el TDLC, de modo de aumentar el número de actores participantes en el mercado y en reestablecer las propuestas de medidas complementarias. Conadecus, por ejemplo, solicitaba a la Corte que permitiese una distribución homogénea en cada macrobanda, de modo de viabilizar la existencia de al menos seis operadores móviles de red ^(Cec, 2020). Sobre estos recursos se pronunció la Corte Suprema en la Causa Rol N°181-2020⁴.

En el año 2020, la Corte Suprema, respecto a los recursos de reclamación de Netline y Conadecus a la sentencia del TDLC, en definitiva, respaldó lo dictaminado por el Tribunal de la Libre Competencia (TDL), el cual fijó nuevos límites de espectro según las recomendaciones de la Subtel. Si bien no se mantuvo exacta, la decisión fija límites similares a lo propuesto por el TDLC según lo indicado anteriormente. Así, de acuerdo al fallo de la Suprema, las bandas bajas quedarían con 32%, las bajas medias y medias con 30% cada una y las bandas milimétricas con un 25%. En este sentido, la entonces subsecretaría de telecomunicaciones, Pamela Gidi, se refirió a la decisión del tribunal afirmando que “el fallo de la Corte Suprema además de poner reglas claras respecto de la capacidad espectral que pueden tener las empresas, elimina el último obstáculo para desarrollar el próximo con-

curso de espectro para el desarrollo de redes 5G” (Diario Financiero, 2020).

Ahora bien, además de modificar levemente los *caps* que había fijado el TDLC como se indicó en el punto anterior, el mismo fallo de la Suprema acogió parcialmente las reclamaciones de Netline y Conadecus, dictando cinco medidas complementarias, las que se resumen en:

1. Obligación para los operadores incumbentes (Claro, Entel y Movistar) que poseen una red de cobertura nacional de proporcionar roaming para entrantes debe ser general a todas las bandas y por tanto excederá al concurso o banda específica del mismo.
2. Obligación para los operadores incumbentes que poseen una red de cobertura nacional de mantener permanentemente disponible y actualizada una oferta de facilidades y de reventa de planes para Operadores Móviles Virtuales (OMV), que sea viable y que permita a éstos otorgar todos los servicios al público que resulten posibles de proporcionar por el operador incumbente. Estas ofertas y sus modificaciones deberán ser aprobadas por la Fiscalía Nacional Económica (FNE), previo informe de Subtel.
3. Ordenó el monitoreo permanente de las obligaciones anteriores bajo vigilancia de Subtel y la FNE.
4. En todo concurso que implique una concesión de uso sobre frecuencias radioeléctricas deberá exigirse a los asignatarios –con independencia del tiempo de despliegue técnico de red que se verifica en la recepción de obras– que comprometan un plan de uso efectivo (real) y eficiente (óptimo) con vigencia durante todo el plazo de duración de la concesión respectiva.
5. Antes de un concurso para la adjudicación de concesiones de uso de frecuencias radioeléctricas para la prestación de un nuevo servicio o tecnología, la autoridad deberá analizar si los operadores incumbentes pueden razonablemente ofrecerlo en sus frecuencias preexistentes de un modo inmediato o previa optimización de tales redes en las frecuencias disponibles en un plazo y costos también razonables.

4 Corte Suprema de Justicia de Chile. 13 de julio de 2020. Sentencia Rol N° 181-2020.



Posteriormente, en abril del 2020, la Subtel dictó su Resolución 547, mediante la cual derogó parcialmente la Resolución 1.289. Esta acción descongeló solo un breve tramo de la banda 3,5 GHz, específicamente las frecuencias 3,60 y 3,65 GHz, fijando la normativa técnica para su uso. Luego de a ello, el 12 de noviembre del mismo año, la Subtel inició el proceso de postulación para las bandas 700 MHz, AWS, 3,5 GHz Y 26 GHz, descongelando así la banda 3,5 GHz para la provisión de servicios 5G en los tramos que indican las bases de licitación. Este proceso culminó en 2021, otorgando bloques de la banda 3,5 GHz s a Entel, Telefónica y WOM.

Con ocasión de dicho concurso y posterior adjudicación, se abrió un nuevo frente el año 2022, cuando a propósito de la fusión entre Claro y VTR, la Subtel autorizó a estos a agregar servicios móviles a las concesiones de espectro que tenían sobre la banda 3,5 GHz, la cual originalmente había sido concedida para entregar servicios públicos telefónicos inalámbricos, un servicio distinto al que se estaba concediendo con este nuevo permiso de la Subtel a Claro VTR. Esta decisión habría sido respaldada por resolución dictada el 6 de enero de 2023 por el TDLC.

Lo anterior trajo consigo la interposición de un recurso de reclamación por parte de WOM en contra de la resolución del TDLC ante la Corte Suprema por estar infringiendo distintas normas: tanto la Ley General de Telecomunicaciones (en relación a la alteración de elementos de la esencia de las concesiones, y por tanto, inmodificables), como infracciones al concurso de 5G que inició en 2020 y culminó en 2021, pues se le estaba otorgando a Claro VTR la posibilidad de entregar servicios móviles sin haber participado del concurso, lo que iba en desmedro de los adjudicatarios que habían concursado.

Finalmente, el 7 de septiembre de 2023, la Corte Suprema se pronunció sobre la reclamación de WOM en la Causa 119432-2023, titulada Wom S.A. con Tribunal De Defensa de la Libre Competencia, acogiendo el recurso, y por tanto, impidiendo la entrada de Claro VTR como operador de servicios móviles en la banda 3,5 GHz.

Lo anterior motivó a que, en octubre de 2023, la Subtel llamara a un segundo concurso 5G para la licitación de la banda 3,5 GHz cuyo cierre de postulaciones está fijado para el 6 de febrero de 2024.

Es así como se ha llevado a cabo un procedimiento de licitación de 5G bajó un torrentoso panorama,

marcado por el pronunciamiento de nuestros tribunales respecto a la tenencia de espectro y las políticas de reordenamiento de este por parte de la Subtel. Esperamos ver como concluirá este segundo proceso de licitación para la banda 3,5 GHz.

f) Regulación del servicio de telefonía móvil en Chile

Como ya indicamos, el principal cuerpo normativo en materia de regulación de telecomunicaciones corresponde a la Ley 18.168, Ley General de Telecomunicaciones, la que para efectos de obtener y explotar una concesión de servicios de telecomunicaciones regula en su Título II “De las Concesiones y Permisos”, todo lo relacionado con las concesiones, permisos y licencias de telecomunicaciones, consagrándose el principio del libre e igualitario acceso a las frecuencias del espectro radioeléctrico. En este se establecen las normas para su otorgamiento, procedimientos de tramitación, concurso público requisitos, vigencia, renovación, modificación, transferencia, los elementos de la esencia de las concesiones se regulan los servicios complementarios, se fijan las normas de procedimiento, y se reglamentan las servidumbres y las causales de extinción de las concesiones y permisos (Ovalle, 2001).

Al alero de la Ley 18.168, podemos encuadrar el servicio de telefonía móvil como un servicio público de telecomunicaciones en los términos de su artículo 3 ya citado, es decir, aquellos servicios destinados a satisfacer las necesidades de telecomunicaciones de la comunidad en general.

Lo anterior no es en vano, pues los servicios públicos de telecomunicaciones en Chile cuentan con una densidad normativa muy superior a la de los otros servicios de telecomunicaciones que regula la Ley 18.168. Lo anterior principalmente debido a que los servicios se prestan a usuarios finales, a un consumidor final, cuyo interés la Ley protege con celo.

Hoy en día los servicios de telefonía móvil se encuentran principalmente regulados en las siguientes disposiciones normativas: en primer lugar, en la Ley 18.168, en cuanto corresponden a servicios públicos de telecomunicaciones. En segundo lugar, en el Decreto N°18 del año 2014 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que aprueba el reglamento de servicios de telecomunicaciones, conocido comúnmente como el “Reglamento de Servicios”. En tercer lugar, en el Decreto 194 de 2013 del mismo ministerio, que aprueba el regla-

mento sobre tramitación y resolución de reclamos de servicios de telecomunicaciones; y, finalmente, en varios otros decretos y resoluciones de la Subsecretaría de Telecomunicaciones que regulan aspectos técnicos de la telefonía móvil, tales como, los planes para numeración telefónica, planes sobre sistemas multiportadores, planes de señalización telefónica, el reglamento de homologación de aparatos telefónicos, entre otros.

A todo lo anterior, es importante agregar los Acuerdos, Convenios y Tratados Internacionales de telecomunicaciones vigentes en Chile (Ovalle, 2001), los que gozan de especial relevancia en lo que se refiere a los lineamientos en materia de uso de espectro radioeléctrico que han establecido las organizaciones internacionales expertas en la materia tales como la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), por medio de distintas resoluciones, y especialmente, a través de las famosas Conferencias Mundiales de Radiocomunicaciones. Este evento en mención se celebra cada tres o cuatro años y su labor consiste en examinar y, en caso necesario, modificar el Reglamento de Radiocomunicaciones, que es el tratado internacional por el cual se rige la utilización del espectro de frecuencias radioeléctricas y de las órbitas de los satélites geoestacionarios y no geoestacionarios (Unión Internacional de Telecomunicaciones [UIT], s.f.).

Todo lo anterior se ve reforzado por lo establecido en el artículo 4 de la Ley General de Telecomunicaciones, que establece en su primer inciso que la instalación, operación y explotación de los servicios de telecomunicaciones ubicados en el territorio nacional, incluidas las aguas y espacios aéreos sometidos a la jurisdicción nacional, se regirá por las normas contenidas en esta ley y por los acuerdos y convenios internacionales de telecomunicaciones vigentes en Chile.

4. Infraestructura de telecomunicaciones en Chile

Adentrándonos al segundo eje temático de este artículo, el despliegue de infraestructura necesario para proveer telecomunicaciones en Chile no vio cambios radicales en el incremento de la misma sino hasta la década de los 90's, en cuanto la política de telecomunicaciones en Chile entre 1990-2009 se sustentó sobre el principio de la competencia de redes, en mercados abiertos a la inversión privada; con una regulación liviana del Estado que asumía como propio un rol subsidiario, mientras las compañías luchaban con amplias libertades para llegar

primero con su cable o antena a los centros de mayor consumo (Subtel, s.f.).

Este modelo fue exitoso para fomentar el despliegue de redes y oferta de servicios por distintas empresas en sectores de altos ingresos y consolidar la posición de mercado de tres grandes operadores, pero no fue suficiente para proveer conectividad en condiciones competitivas en zonas rurales y estratos urbanos de bajos ingresos (Subtel, s.f.).

Sumado a lo anterior, se había germinado un oligopolio de empresas con altas tarifas a público en banda ancha y telefonía móvil, que no tenían justificación técnica ni económica en su estructura de costos, ubicando a Chile entre los miembros de la OCDE con los precios más elevados para estos servicios, dificultando el desarrollo y la inclusión digital del país (Subtel, s.f.).

Fue así como, en el año 2013, la Subsecretaría de Telecomunicaciones, encabezada por el entonces subsecretario de telecomunicaciones Jorge Atton, estableció una nueva Política Nacional de Telecomunicaciones, la que, dentro de los muchos puntos que alcanzaba, destacaba especialmente por el énfasis que hacía respecto a la necesidad de flexibilizar el despliegue de infraestructura en Chile para establecer redes de telecomunicaciones, eliminando barreras legales que obstaculizaban su instalación e introduciendo al mercado, como mencionábamos anteriormente, una nueva figura: el operador de servicios de infraestructura.

Lo anterior junto con nuevas políticas de comparación de infraestructura, para eliminar externalidades negativas que impactaban a zonas saturadas de instalaciones de telecomunicaciones. Esta nueva política permitiría “separar la infraestructura de los servicios, incentivar y facilitar la incorporación de empresas que vendan o arrienden infraestructura, más allá de los operadores tradicionales, optimizando el ritmo de instalación de sistemas de telecomunicaciones a menores costos, en beneficio de la comunidad y de las empresas” (Subtel, s.f.).

Como mencionábamos anteriormente, a propósito del terremoto del año 2010, se evidenciaron las debilidades del sistema de telecomunicaciones en Chile, principalmente en base a la infraestructura que lo soporta, siendo necesario contar con un sistema confiable y respaldado para responder ante situaciones de emergencia o catástrofe (Subtel, s.f.).

Desde entonces, el modelo de explotación e instalación de infraestructura en Chile se ha caracteriza-



do por ser más restrictivo en cuanto a los requisitos para instalar infraestructura y redes de telecomunicaciones, en comparación al modelo que describimos durante el periodo de 1990-2009, pero igualmente eficaz en lo que se refiere al despliegue de infraestructura. Ello en tanto que la creación del operador de servicios de infraestructura propició la instalación de redes para las telecomunicaciones, alcanzándose una cobertura de los servicios de telecomunicaciones a nivel nacional nunca antes vistos. En síntesis, si bien la política regulatoria en materia de instalación de infraestructura es más estricta, pues regula dicha instalación desde distintas dimensiones (como por ejemplo, impacto ambiental, obligación de compartición de infraestructura, retiro de cableado en desuso, coordinación con las direcciones de obras municipalidades, entre otras), ha permitido desplegar una serie de redes fiables, a las que se les exige una serie de requisitos técnicos para garantizar su calidad y operabilidad, especialmente ante situaciones de catástrofe, gozando Chile de un sistema cada vez más robustos en términos de cobertura, sin perjuicio de que aún queda mucho por avanzar y muchas localidades que conectar en nuestro país.

Sumado a todo lo anterior, cabe destacar, como anticipábamos al inicio de este artículo, que a consecuencia de las variaciones estructurales que ha sufrido el mercado telco, las empresas del rubro han optado, en su gran mayoría, por desprenderse de su infraestructura no-crítica. En sus inicios, por ejemplo, los operadores de telefonía móvil mantenían celosa y estratégicamente la propiedad de sus antenas, pero hoy eso ha cambiado, tomando fuerza la figura de los operadores neutros a quienes dichas torres han sido transferidas.

Al día de hoy, este fenómeno se ha invertido, siendo la tendencia el desprendimiento de infraestructura, pasando a ser ella administrada principalmente por operadores de infraestructura. De este modo, las empresas de telefonía móvil se han enfocado en núcleo o *core* de los servicios, dejando de lado la propiedad de la infraestructura. Esto se explica en gran parte, primero, por los cambios en la legislación en materia de compartición de infraestructura, promoviendo esta última; y segundo, en el interés de las empresas de telefonía móvil en reducir costos derivados de la tenencia de infraestructura y pasar a participar de redes comunes y neutras, lo que permite en gran parte a estas empresas a enfocarse netamente en el *core* de los servicios de telefonía móvil. Esto ha permitido el desarrollo continuado de mejoras a estos servicios debido a que los recortes a costos fijos por manutención de

infraestructura ahora pueden emplearse o ser invertidos en el servicio propiamente.

Principales leyes reguladoras de infraestructura en materia de telecomunicaciones en Chile

A continuación, haremos un breve recorrido por las principales normas que regulan la instalación y operación de infraestructura de telecomunicaciones en nuestro país.

Ley 18.168, Ley General de Telecomunicaciones

La Ley General de Telecomunicaciones contiene una serie de normas relevantes en esta materia, especialmente, en cuanto se refiere a la regulación de servicios intermedios de telecomunicaciones, los que corresponden de acuerdo con la norma a aquellos servicios prestados por terceros, a través de instalaciones y redes destinados a satisfacer las necesidades de los concesionarios o permisionarios de telecomunicaciones en general, o a prestar servicio telefónico de larga distancia internacional a la comunidad en general. Asimismo, y como veníamos adelantando anteriormente, con posterioridad al terremoto del año 2010 que se vivió en Chile, se crea la figura del operador de infraestructura, el que únicamente provee infraestructura física para telecomunicaciones, cuyos requisitos para obtener, instalar, operar y explotar la concesión respectiva, son menos estrictos a aquellos establecidos por la propia Ley 18.168 para los operadores a que se refiere el primer inciso de la letra e) del artículo 3 de dicho cuerpo normativo.

En definitiva, para el otorgamiento de una concesión de servicios intermedios de telecomunicaciones, en principio, se debe atender a lo dispuesto por la Ley General de Telecomunicaciones en sus artículos 8, 14, 15, 16 y siguientes para estos servicios. Estos detallan un procedimiento de otorgamiento de concesión de manera pormenorizada, destacando los requisitos con los que deben cumplir las solicitudes, sus planes técnicos, financieros; junto con una serie de publicaciones que deben ser realizadas para efectos de permitir la oposición de terceros al otorgamiento de la concesión.

Ahora bien, para el otorgamiento de una concesión a aquellos operadores que únicamente provean infraestructura física para telecomunicaciones, solo les serán exigibles, como indicábamos antes, para efectos de obtener, instalar, operar y explotar la concesión, aquellos requisitos que establezca el reglamento dictado al efecto por el Ministerio.

Este reglamento corresponde a aquel fijado por el Decreto 99 del año 2012 por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que establece los requisitos para obtener, instalar, operar y explotar concesiones de servicios intermedios para estos operadores. Lo anterior fue fijado por la Ley 20.478 que modificó la Ley General de Telecomunicaciones introduciendo esta nueva figura de operador que únicamente provee infraestructura física de telecomunicaciones.

Por último, con respecto a esta norma, no podemos dejar de mencionar que ella se basa fuertemente en la regulación de los “servicios” individualmente considerados, debiendo evolucionar hacia una regulación de las “redes”. Con ello nos referimos a que nuestra Ley General de Telecomunicaciones es una ley gestada en una época “pre-convergencia” de los servicios de telecomunicaciones, por lo que debiese avanzar hacia una regulación convergente de los servicios. Hoy en día los distintos servicios y redes de telecomunicaciones se desarrollan entrelazados entre ellos, es decir, se construyen por medio de otras redes y servicios de telecomunicaciones, dando así lugar a este fenómeno de convergencia.

Es por lo anterior que creemos que nuestra principal norma reguladora de las telecomunicaciones debiese adaptarse a la entrada de este fenómeno de convergencia, permitiendo el diseño y evolución coordinado de redes dependientes entre sí, que están en constante relación unas con otras en lo que se refiere a la provisión de servicios de telecomunicaciones. Ello tiene especial relevancia en lo que se refiere al régimen concesional que comentábamos en apartados anteriores, debiendo este modernizarse desde el lente o perspectiva de la convergencia en los servicios y redes de telecomunicaciones.

Decreto 99 de 2012 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones

El decreto en cuestión, como se indicó, fija el reglamento que establece los requisitos para obtener, instalar, operar y explotar concesiones de servicios intermedios de telecomunicaciones que únicamente provean infraestructura física para telecomunicaciones. En resumidas palabras, el reglamento establece un régimen menos estricto en relación a aquel régimen general de concesiones para servicios intermedios de telecomunicaciones establecidos por la Ley 18.168, agilizando así el despliegue de infraestructura física de telecomunicaciones. Por esta entendemos, de acuerdo a la letra b del artículo 2 del reglamento, aquella que se fije o se incorpore a un terreno o inmueble, en el subsuelo

o sobre él, destinada a la instalación y soporte de equipos, sistemas y redes de telecomunicaciones, tales como canalizaciones, ductos, postes, torres, cables, energía, respaldo y regeneración, pudiendo incluir aquellos sistemas y/o equipos de inteligencia necesarios para optimizar el uso de dicha infraestructura, incluyendo la gestión de red y la provisión de servicios estrictamente relacionados con la infraestructura de que disponga.

Ley 20.599

Luego de cuatro años de debate legislativo ante el Congreso Nacional de Chile, con fecha 11 de junio de 2012 se promulgó la Ley N° 20.599, que regula la instalación de antenas emisoras y transmisoras de telecomunicaciones, la cual modificó una serie de normas de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y la Ley General de Telecomunicaciones.

Esta ley da respuesta —particularmente— a una larga y anhelada aspiración ciudadana relativa a la instalación de antenas celulares, mediante una nueva normativa que regula su impacto urbanístico de forma retroactiva y hacia el futuro con mayores exigencias y cautela de forma preventiva la salud de las personas identificando zonas sensibles, ubicando a Chile entre los cinco países más estrictos del mundo en el control de emisiones electromagnéticas. Elimina, a su vez, barreras para la entrada de nuevas empresas al mercado, favoreciendo que torres puedan ser compartidas entre compañías y el ingreso de operadores de infraestructura no integrados; además de potenciar las facultades de los gobiernos locales junto al rol de los vecinos en el proceso de autorización e instalación de antenas, permitiendo la definición local de zonas preferentes en sus comunas. De esta forma, la nueva ley armoniza el respeto al entorno urbano y calidad de vida de los vecinos, con el indispensable despliegue de infraestructura para servicios de telecomunicaciones que demandan los usuarios y que necesita el país para su desarrollo (Subtel, s.f.).

De acuerdo con las modificaciones que incorporó esta ley tanto en la Ley General de Urbanismo y Construcciones y la Ley General de Telecomunicaciones, esta ley viene a regular por medio de una serie de requisitos, la instalación de antenas emisoras y transmisoras de telecomunicaciones, refiriéndose a las condiciones técnicas que estas deben reunir, las autorizaciones y avisos que deben ser gestionados ante la autoridad, algunas condiciones de armonización con el ambiente que deben reunir las



antenas, entre otros. De esta forma, la nueva ley armoniza el respeto al entorno urbano y calidad de vida de los vecinos, con el indispensable despliegue de infraestructura para servicios de telecomunicaciones que demandan los usuarios y que necesita el país para su desarrollo (Subtel, s.f.).

5. Conclusiones

La evolución de la industria de las telecomunicaciones en Chile ha presenciado un notable desarrollo desde la década de los 80's, cuyo paso a través de los años, hasta el día de hoy, se ha visto influenciado principalmente por el desarrollo de nuevas tecnologías, en especial, respecto a los servicios de telefonía móvil. De la mano con el desarrollo de estas tecnologías, ha sido necesaria la implementación de políticas públicas y leyes reguladoras en materia de infraestructura en Chile que permitan un despliegue e instalación de redes que puedan soportar los distintos servicios de telecomunicaciones que se proveen en nuestro país, velando por la estabilidad de las conexiones a estos servicios.

A partir del análisis que se ha realizado en este artículo, podemos concluir que tanto los servicios públicos de telecomunicaciones, como lo son los servicios de telefonía móvil; y los servicios intermedios de telecomunicaciones, dependen –para ser proveídos ya sea a la comunidad en general o a proveedores de servicios de telecomunicaciones, como lo es para el caso de los servicios intermedios– de un régimen concesional que pueda resolver de manera eficiente las solicitudes de aquellos operadores que desean explotar una concesión de telecomunicaciones. A propósito de esto, y en atención a la multiplicidad de cambios en la industria, especialmente en lo que se refiere al desarrollo constante de la tecnología, es que en Chile han despertado inquietudes tanto por parte del sector privado como por parte de las autoridades públicas para modernizar el régimen concesional chileno en materia de telecomunicaciones, de modo que este pueda responder a las necesidades de la comunidad en materias de provisión de los distintos servicios de telecomunicaciones que pueden ser ofrecidos en el mercado.

Es así como en octubre de 2023, Subtel ha convocado a distintos actores relevantes de la industria, para abordar cambios en el régimen concesionario actual. Dentro de estos actores destacan exsubsecretarios de Subtel y representantes de empresas de telecomunicaciones.

El pasado 24 de octubre de 2023, se realizó una primera reunión entre el actual subsecretario de te-

lecomunicaciones Claudio Araya y ex autoridades de Subtel, para iniciar conversaciones y establecer nuevos lineamientos respecto a lo que debiese contemplar un nuevo régimen concesional. En dicha ocasión, el actual subsecretario señaló que:

Los rápidos avances en tecnología nos obligan a actualizar nuestra regulación, la que debe responder además a las necesidades de comunicación de las personas. Gran parte de nuestra legislación fue creada en tiempos en que el acceso a las telecomunicaciones era un lujo y no un derecho básico, cómo lo es hoy. Por eso citamos a ex autoridades de Subtel para compartir algunas de nuestras propuestas y retroalimentarnos de su mirada regulatoria. Agradezco la participación de los ex subsecretarios y replicaremos estas reuniones con distintos actores, ya sean representantes de la industria, la sociedad civil, la academia, etc., para poder consensuar una reforma que permita que Chile actualice su regulación en materia de las autorizaciones requeridas para llegar con servicios de conectividad digital a las personas e instituciones.

Será interesante ver a dónde nos llevan estas nuevas políticas regulatorias, teniendo en consideración las necesidades y exigencias de conectividad de la población, y en especial, las condiciones base que requieren las nuevas tecnologías en materia de instalación de infraestructura, siendo necesario dejar atrás nociones de permisología en lo que será el nuevo régimen concesionario chileno en materia de telecomunicaciones.

Referencias bibliográficas

- Centro Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez. (26 de diciembre de 2019). *Claves para entender la travesía del espectro radioeléctrico en Chile*.
<https://centrocompetencia.com/claves-para-entender-la-travesia-del-espectro-radioelectrico-en-chile/>
- Centro Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez. (22 de julio de 2020). Espectro radioeléctrico ¿Deben ser los jueces quienes resuelvan?
<https://centrocompetencia.com/espectro-radioelectrico-deben-ser-los-jueces-quienes-resuelvan/>
- Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 18 de octubre de 2018. Rol N° 50351-2018.
- Corte Suprema de Justicia de Chile. Sentencia de 27 de enero de 2009. Rol N° 4797-2008.

<https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#modalDetalleSuprema>

Corte Suprema de Justicia de Chile. Sentencia de 13 de julio de 2020. Rol N° 181-2020. <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#modalDetalleSuprema>

Diario Financiero. (13 de julio de 2020). *Se despeja camino para el 5G: Corte Suprema respalda nuevos límites de espectro y fija condiciones para futura licitación.*

<https://www.df.cl/empresas/telecom-tecnologia/se-despeja-camino-para-el-5g-corte-suprema-respalda-nuevos-limites-de>

Diario Financiero. (2 de diciembre de 2011). *Subtel lanza concurso para que servicios 4G ingresen al país en el primer semestre de 2012.*

<https://www.df.cl/empresas/subtel-lanza-concurso-para-que-servicios-4g-ingresen-al-pais-en-el>

Libertad y Desarrollo. (14 de septiembre de 2018). *Congelamiento de banda 3,5 GHz versus desarrollo del 5G.*

<https://lyd.org/wp-content/uploads/2018/12/tp-1368-espectro-radioelectrico-5g.pdf>

Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. (7 de agosto de 2015). *Se inicia en Chile despliegue de banda 700 MHz que mejorará conectividad 4G.*

<https://www.mtt.gob.cl/archivos/11579>

Ovalle Irrázaval, J. (2001). *Las Telecomunicaciones en Chile*. Editorial Jurídica Conosur.

Subsecretaría de Telecomunicaciones. (24 de julio de 2023). *Adiós al 2G: SUBTEL fiscalizará que empresas no dejen usuarios sin conectividad en el reemplazo de redes.*

<https://www.subtel.gob.cl/adios-al-2g-subtel-fiscalizara-que-empresas-no-dejen-usuarios-sin-conectividad-en-el-reemplazo-de-redes/>

Subsecretaría de Telecomunicaciones. (s.f.). *Capítulo de Telecomunicaciones.*

https://www.subtel.gob.cl/images/stories/apoyo_articulos/notas_prensa/cta_publica_2010_2014/capitulo_telecomunicaciones_06012014.pdf

[ca_2010_2014/capitulo_telecomunicaciones_06012014.pdf](https://www.subtel.gob.cl/images/stories/apoyo_articulos/notas_prensa/cta_publica_2010_2014/capitulo_telecomunicaciones_06012014.pdf)

Subsecretaría de Telecomunicaciones. (24 de octubre de 2023). *SUBTEL convoca a ex subsecretarios dando inicio a un amplio debate para el cambio del actual régimen concesional de Telecomunicaciones.*

<https://www.subtel.gob.cl/subtel-convoca-a-ex-subsecretarios-dando-inicio-a-un-amplio-debate-para-el-cambio-del-actual-regimen-concesional-de-telecomunicaciones/>

Subsecretaría de Telecomunicaciones. (30 de septiembre de 2021). *Chilenos se inclinan por redes de alta velocidad: conexiones 4G se acercan a los 20 millones de usuarios a junio de 2021.*

<https://www.subtel.gob.cl/chilenos-se-inclinan-por-redes-de-alta-velocidad-conexiones-4g-se-acercan-a-los-20-millones-de-usuarios-a-junio-de-2021/>

Subsecretaría de Telecomunicaciones. (30 de octubre 2023). *SUBTEL y representantes de empresas de telecomunicaciones abordan reformas al régimen concesional.*

<https://www.subtel.gob.cl/subtel-y-representantes-de-empresas-de-telecomunicaciones-abordan-reformas-al-regimen-concesional/>

Suma Móvil S.A. (s.f.). *Glosario: ¿Qué es y cómo funciona un 2G/3G/4G?*

<https://sumamovil.cl/glosario/que-es-y-como-funciona-un-2g-3g-4g/>

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. (4 de diciembre de 2019). *TDLC resuelve consulta presentada por Subtel sobre la modificación del límite máximo del espectro radioeléctrico que puede tener en uso cada operador de servicio público de telefonía móvil, establecido en 60 MHz. Sentencia Rol N° 4.797-2008 de la Excm. Corte Suprema.*

<https://www.tdlc.cl/category/lexsoft/resoluciones/page/5/>

Unión Internacional de Telecomunicaciones. (s.f.). *Conferencias Mundiales de Radiocomunicaciones (CMR).*

<https://www.itu.int/es/ITU-R/conferences/wrc/Pages/default.aspx>