
FORO JURÍDICO - REVISTA DE DERECHO
ASOCIACIÓN ESTUDIANTIL FORO ACADÉMICO

Jorge Muñoz Siches | Antonio Santander Rengifo | Alberto Pulido Lock
Natalia Jara | María Ignacia Torres | Camilo Suarez Botero | Hernando Padilla
Paula Buriticá | Ximena González | Felipe Márquez | Enrique Zevallos Córdova
Claudia Barrero Lozano | David Beltrán Dávila | Raúl Alosilla Díaz
Giuliana Zúñiga Diaz | Pavel Flores Flores | Janny López Acosta
Ricardo Puccio Sala | Eduardo Rezkalah Accinelli | Jorge Cordova Mezarina

FORO JURÍDICO

Revista de Derecho

Año 18, Número 19 (2021)

DERECHO MERCANTIL: DESAFÍOS EN LA ERA DIGITAL

Jorge Muñiz Siches | Antonio Santander Rengifo

Alberto Pulido Lock | Natalia Jara | María Ignacia Torres

Camilo Suarez Botero | Hernando Padilla | Paula Buriticá

Ximena González | Felipe Márquez

Enrique Zevallos Córdova | Claudia Barrero Lozano

David Beltrán Dávila | Raúl Alosilla Díaz |

Giuliana Zúñiga Díaz | Pavel Flores Flores

Janny López Acosta | Ricardo Puccio Sala

Eduardo Rezkalah Accinelli | Jorge Cordova Mezarina



**FORO
ACADÉMICO**
Asociación Civil

Revista Foro Jurídico

Año XVIII - N° 19 – Diciembre 2021

Primera edición, Lima, Diciembre 2021

Revista editada en: Lima - Perú

Copyright © 2021. Asociación Civil Foro Académico

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N° 2004-1267

ISSN: 2414-1720 (impreso)

ISSN: 2520-9922 (en línea)

Diseño de Portada : Aleph Impresiones

Diagramación hecha por : Aleph Impresiones

Revista elaborada y editada por la Asociación Civil Foro Académico

Oficina: Av. Universitaria No 1801 San Miguel - Segundo Piso de la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP)

Teléfono: 626-2000, Anexo 5666

Correo electrónico: publicaciones@foroacademico.pe // forojuridico@pucp.edu.pe

Director de Publicaciones de la Asociación Civil Foro Académico: Piero Curi García - Editor Jefe

Revista impresa el diciembre de 2021

Aleph Impresiones SRL

Jirón Riso 580 Lince (Lima)

ibd@alepimpresiones.net

Tiraje: 100 ejemplares

Dirección Postal: Para el envío de artículos, solicitudes de suscripciones, canjes, informes, entre otros, escribir a:
publicaciones@foroacademico.pe

El contenido de los artículos publicados en la revista Foro Jurídico, así como las opiniones y posturas plasmadas en ellos, son de responsabilidad única y exclusiva de los autores.



Foro Jurídico es una Revista de Derecho de periodicidad anual, editada y publicada, tanto en formato impreso como electrónico, por parte de la Comisión de Publicaciones de la Asociación Civil Foro Académico, la cual está conformada por estudiantes de pregrado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). La revista se fundó en 2001 y cuenta con veinte (20) años difundiendo periódicamente el conocimiento jurídico de las distintas ramas del Derecho.

El contenido de la revista Foro Jurídico es pluritemático; sin embargo, en nuestras últimas ediciones se fueron desarrollando conceptos tales como publicar artículos de distintas disciplinas jurídicas enfocadas a un mismo eje temático, el cual varía con cada publicación anual que se realiza.

Foro Jurídico es una herramienta que permite al operador jurídico (abogado profesional, estudiante de Derecho y público académico en general) ampliar sus conocimientos a través de sus artículos, escritos por reconocidos profesores y abogados tanto a nivel nacional como internacional. De la misma manera, busca difundir estudios realizados en áreas no tan abordadas o poco comunes con la finalidad de generar mayor interés e investigación en las mismas.



FORO
ACADÉMICO

Asociación Civil

CONSEJO DIRECTIVO 2021

Consejo Directivo 2021-1 (enero-julio)

Presidente del Consejo Directivo: Andréé Luciano Tabraj Valdez

Director de Administración y Control: Simón Gonzales Astupiñan

Director de Imagen Institucional: Nilton Nestor Mitsuo Vasquez Cadillo

Directora de Actualidad Jurídica: Lesly Pacheco Chavarría

Directora de Eventos: Andrea Tovar Vera

Directora de Investigación Académica: Bárbara Stephanie López Cieza

Directora de Economía: Mayra Susana Huivin Villarreal

Director de Publicaciones: Piero Giancarlo Curi Garcia

Consejo Directivo 2021-2 (agosto-diciembre)

Presidente del Consejo Directivo: Andréé Tabraj Valdez

Director de Administración y Control: Simón Gonzales Astupiñan

Director de Imagen Institucional: Nilton Nestor Mitsuo Vasquez Cadillo

Directora de Actualidad Jurídica: Nadia Elizeth Ibarra Laurente

Directora de Eventos: Andrea Tovar Vera

Directora de Investigación Académica: Bárbara Stephanie López Cieza

Directora de Economía: Mayra Susana Huivin Villarreal

Director de Publicaciones: Piero Giancarlo Curi Garcia

COMISIONES 2021

Comisión de Imagen Institucional

Lizeth Sheyla Carpio Pantani
Fiorella Yvonne Arana Huarancca
Elba Yasire Villanueva Tello
Sofía Frida Bernabé Orihuela
Eliane Cecilia Andía Espinoza
Marcia Alessandra Gonía Farfán
Laura Ximena Rafaele Paucar

Comisión de Administración y Control

Enzo Rodrigo Gómez Rojas
Wendy Allison Vásquez Rodríguez
Silvana Esperanza Oriundo Melgar
Karla Ximena Poma Arrieta
María Stephanie Perales Ocampo

Comisión de Eventos

Juan Antonio Velapatiño Herrera
María Velazque Leiva
Thalía Jackelin Maquera Platero
José Manuel Espinoza Rocha
Anggie Nicolle Arellano Vela
Luis Arturo Castillo Rengifo
Guadalupe del Pilar Chucos Apumayta
Winy Marilyn Espinoza Flores
Diego Larico Vargas

Comisión de Economía

Rosario Lorena Flores Coria
Mauricio Rafael Copaja Chambilla
Adriana Alexandra Alvarado De La Cruz
Gianela Ivette Roque Valladares
Nicole Anthuanne Gómez Rojas
Zonia Aurelia Tutaya Romero
Deyvid Usco Rutti
Meyci Shessira Gambini Rojas

Comisión de Publicaciones

Valeria Ysela Viñas Moya
David Enrique Cox Cruz
Mónica Lizet Espinoza Granizo
Richard Alejandro Castellón García
Abigail Ana Quispe Rojas
Miguel Ángel Carpio Negrón
Rosa Irene Garavito Ruiz
Diana Sol Alcalá Espinoza
Medalit Stefanny Damian Yupanqui
Rosa Victoria Arteaga Pajares

Comisión de Investigación Académica

Iván Harol Bedriñana Livia
Karina Belén Cárdenas Pomalaza
Juan Ruben Quijano Calderon
María Josefina Cortez Medina
Julio César Vargas Llanos
Percy Paolo Ríos Villegas

Comisión de Actualidad Jurídica

Isavo Irina Vargas López
Gladys Ximena Torres Ventura
Indira Janet Salcedo Ramos
Jhoan Fredy Rivera Cabrera
Carolina Emperatriz Diaz Jurado
Maria de los Angeles Ramos Valverde
Diego Alejandro Salazar Rodriguez
Juana Guadalupe Núñez Samaniego
Marisol Caroline Tolentino Zelarayan
Briggite Alexandra Vilcapoma Apari
Katherine Camila Flores Zamudio

NUEVOS ASOCIADOS 2021

Abigail Quispe Rojas
Adriana Alvarado de la Cruz
Anggie Arellano Quiroz
Carolina Díaz Jurado
Diana Alcalá Espinoza
Diego Salazar Rodríguez
Eliane Andía Espinoza
Gianela Roque Valladares
Jhoan Rivera Cabrera
José Espinoza Rocha
Juana Núñez Samaniego
Julio Vargas Llanos
Karla Poma Arrieta
Luis Arturo Castillo Rengifo
Marcia Gonia Farfán
María Ramos Velarde
Josefina Cortez Medina
María Velasquez Leiva
Miguel Carpio Negrón
Paolo Ríos Villegas
Rosa Garavito Ruiz
Rubén Quijano Calderón
Silvana Oriundo Melgar
Sofía Bernabé Orihuela
Thalia Maquera Platero
Wendy Vásquez Rodríguez

EX – ASOCIADOS 2020-2021

Sully Gladys Vizcarra Sánchez
Sachenka Mercedes Vizcarra
Alexandra Fuster Neira
Fabricio Alegre Gago
Ronald Dextre Irigoyen
Dino Alonso Valenzuela Oviedo
Carlos Valencia Mesías
Amy Oyarse Muñoz
Manuel Renzo Valvas Roberto
Giannina Muñoz Aguirre
Aymé Huamán Palomino
José Díaz Galarza
Giannina Muñoz Aguirre
Indira Liliana Ruiz Gamarra
Mishell Alida Polo Quiroz
Elizabeth Cjumo Chumbs
Norely Grisell Hanco Rodríguez
Moisés López Pando
Katherine Rosa Saldarriaga Lozano
Lesly Pacheco Chavarría
Sonia Chuchon

EQUIPO EDITORIAL

Comisión de Publicaciones

Director: Piero Giancarlo Curi García
Valeria Viñas Moya
David Cox Cruz
Mónica Lizbeth Espinoza Granizo
Richard Alejandro Castellón García
Abigail Ana Quispe Rojas
Miguel Angel Carpio Negrón
Rosa Irene Garavito Ruiz
Diana Sol Alcalá Espinoza
Medalit Stefanny Damian Yupanqui
Rosa Victoria Arteaga Pajares

Consejo Asesor

Alex Sosa
Enrique Bardales
Melissa Guevara
Susan Castillo
Julio Durand
Tania Zúñiga

Árbitros

Fernando Cantuarias
Mario Reggiardo
Diego Gómez
Óscar Montezuma
Cristian Donayre
Anxo Tato Plaza
Daniel Peña
Kiomy Osorio
Juan José Hopkings
Catalina Medel
Hugo Gómez
Pablo Tristán
Verónica Sabtler
Jorge Zambrano
Juan Carlos Escudero
Rosmery Romero
Luis Ernesto Marín
Alejandra Santiestevan

ÍNDICE

SECCIÓN GENERAL

- Derecho Mercantil: Cambios legislativos del Perú en la era digital**
Jorge Muñoz Ziches 17
- Canvas Legal*: Una propuesta para la innovación de servicios legales en asesorías jurídicas internas**
Antonio Santander Rengifo 31
- Aproximación integral al contrato de *Cloud Computing* en la economía digital**
Alberto Pulido Lock; Natalia Jara; María Ignacia Torres 41
- Algunas divergencias en conceptos de Competencia Desleal y de Propiedad Industrial**
Camilo Andrés Suárez Botero 59

SOCIETARIO

- Consideraciones sobre el aporte de cripto activos a sociedades comerciales en Colombia, Chile y Perú**
Hernando Padilla; Paula Buriticá; Ximena González; Felipe Márquez 71
- Apuntes sobre la oponibilidad de los convenios societarios en la regulación peruana**
Enrique Zevallos Córdova 87
- El Régimen de conflicto de intereses en las Operaciones Intra Grupo – Retos Regulatorios**
Claudia Barrero Lozano ; David Beltrán Dávila 107

COMPETENCIA

- La imposición de condiciones en los procedimientos de evaluación previa de concentraciones empresariales a propósito de la entrada en vigencia de la Ley 31112**
Raúl E. Alosilla Díaz 127
- Una mirada al análisis de los actos de abuso de posición de dominio en mercados digitales: actualidad y desafíos**
Giuliana Zúñiga Díaz 149

PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

El auge del comercio electrónico: Reflexiones y discusiones entorno a la contratación y la protección al consumidor.

Pavel Flores Flores

171

PROPIEDAD INTELECTUAL

El procedimiento acelerado de patentes (PPH) en el Perú: a 5 años de su implementación

Janny López Acosta

187

El Derecho de Autor y las plataformas streaming

Jorge Córdova Mezarina

203

MISCELÁNEA

La prueba en el arbitraje internacional: Aspectos que pueden ser influenciados por aplicación de la ley peruana

Ricardo Puccio Sala

223

¿Es necesario un nuevo modelo económico? Una respuesta desde la Economía Social de Mercado y el principio de subsidiariedad.

Eduardo Rezkalah Accinelli

253

EDITORIAL

La Asociación Civil Foro Académico cumple 20 años de creación, en los cuales hemos venido cumpliendo con el objetivo que los pioneros de esta asociación tuvieron en mente: profundizar y difundir la cultura jurídica en todas sus ramas.

Es así como uno de los principales productos (sino el primero) de nuestra asociación es la Revista Foro Jurídico. A lo largo de los años, diversas personas han pasado por la fase de producción, edición y publicación de este producto, quedando en la historia todo el esfuerzo que han puesto en ella para cumplir con el objetivo mencionado.

Con este último número no solo pretendemos seguir cumpliendo dicho objetivo, sino también deseamos reafirmar nuestro compromiso con la difusión de contenido jurídico de alta calidad. Es por ello que, a partir de este número, empieza una nueva etapa en Foro Académico, en la cual garantizamos un alto nivel académico en el contenido de nuestra revista Foro Jurídico, implementando un sistema de revisión por pares al cual se someterá el contenido de cada revista.

Por otro lado, sobre el contenido temático de este nuevo número, conscientes de que las relaciones mercantiles han evolucionado en demasía, debido a la virtualización y digitalización de muchos servicios legales, presentamos a ustedes diversos artículos que discuten los desafíos que impone la era digital en el Derecho Mercantil.

Sin más, no nos quedan palabras para agradecer enormemente el apoyo de todas las personas que han hecho que esta nueva edición sea posible. En primer lugar, agradecer a los autores de esta edición que son nuestros actores principales. Sin ellos, nada de esto sería posible. A los árbitros que nos han acompañado a mejorar y aumentar la calidad de nuestra Revista. Al Consejo Asesor, por su invaluable guía.

En segundo lugar, resaltar el esfuerzo de nuestro presidente André Tabraj, quien nunca tuvo reparos en dar una mano cuando fue necesario. Agradecer también a los que formaron parte de la comisión de publicaciones en algún momento, como fueron Sonia Chuchón, Katherine Saldarriaga y Manuel Valvas. Por último, nuestro más enorme agradecimiento a quiénes se comprometieron con la Revista desde la comisión de publicaciones y fueron parte fundamental de todo este logro: Valeria Viñas, David Cox, Richard Castellón, Mónica Espinoza, Medalit Damián, Rosa Arteaga, Diana Alcalá, Rosa Garavito, Abigail Quispe y Miguel Carpio.

Finalmente, con este número, marcamos una nueva etapa en Foro Académico que involucra el trabajo de autores, árbitros y editores, quienes se han sumado y han puesto su esfuerzo para la producción de la Revista Foro Jurídico N° 19 y que, confiamos, será del agrado de todos sus lectores.

Director de Publicaciones

Piero Curi

Comisión de Publicaciones

Valeria Viñas

Mónica Espinoza

David Cox

Richard Castellón

Medalit Damián

Diana Alcalá

Rosa Arteaga

Rosa Garavito

Abigail Quispe

Miguel Carpio



**FORO
ACADÉMICO**

Asociación Civil

Derecho Mercantil: Cambios legislativos del Perú en la era digital

Commercial Law: Legislative developments in Peru during the digital era

Jorge Muñiz Ziches¹

Resumen. El artículo desarrolla un breve análisis de los principales cambios normativos experimentados en el derecho mercantil peruano, a raíz de la revolución digital de la sociedad de la información. Asimismo, se realiza una reflexión sobre si la legislación vigente es oportuna para el correcto desarrollo del comercio en la era digital.

Abstract. The article develops a brief analysis of the main regulatory changes experienced in Peruvian Commercial Law, as a result of the digital revolution in the information society. It also reflects on whether the current legislation is appropriate for the proper development of commerce in the digital era.

Palabras claves. Derecho mercantil, derecho comercial, sociedad de la información, era digital, firma digital, firma electrónica.

Key Words. Commercial law, information society, digital era, digital signature, electronic signature.

Sumario: 1.Introducción. 2. Modificaciones al Código Civil. 2.1. Modificaciones al artículo 141°. 2.2. Modificación del artículo 1374°. 2.3.Incorporación del artículo 141°-A. 3. Modificación de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades. 4. Ley N° 27287, Ley de Títulos Valores. 5. Código Procesal Civil. 6. Ley de Procedimiento Administrativo General. 7. Notificación de actos administrativos tributarios por medios electrónicos. 8. Ley de la Firma Electrónica y Certificados Digitales. 9. Apuntes Finales.

1. Introducción

Con el paso de los años, la globalización y la vigente revolución digital ha originado que, cada vez más, se desarrollen nuevas y mejores herramientas tecnológicas que favorezcan la expansión de la actividad comercial. En ese sentido, el derecho ha tenido la enorme tarea de actualizarse a estas nuevas tendencias aplicables en las relaciones comerciales nacionales e internacionales. Nuestra legislación no es ajena a dicho cambio, es por ello que, desde el año 2000 hasta hoy, se han promulgado distintos cuerpos normativos, así como, aplicado reformas legislativas específicas, con el objetivo concreto de adaptar el uso de las nuevas tecnologías a las relaciones comerciales entre privados y el Estado.

Si bien la normativa nacional vigente aún dista mucho de lo que se podría considerar como un marco jurídico adecuado para el comercio electrónico y los retos de la era digital, consideramos que los avances legislativos realizados son loables y son el inicio de una futura revolución en la normativa nacional.

A continuación, realizaremos una breve reseña de cómo se ha adecuado la legislación mercantil a la actual era digital.

¹ Ex Congresista de la República del Perú. Autor de la Ley N° 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales.

2. Modificaciones al Código Civil

El primer hito importante en la actualización legislativa se dio mediante la modificación del Código Civil de 1984, con el objetivo de permitir explícitamente la utilización de medios electrónicos para la manifestación de la voluntad necesaria al momento de celebrar un acto jurídico o negocio jurídico (en la doctrina internacional). De esta manera, se abría la puerta a la contratación mediante medios electrónicos, conocida también como contratación electrónica, la cual, a su vez, daría paso al desarrollo del comercio electrónico en el Perú.

En ese contexto, en junio del año 2000, se promulgó la Ley N° 27291, la cual modificaba los artículos 141° y 1374° del Código Civil, así como, agregaba el nuevo artículo 141°-A a dicho cuerpo normativo.

2.1 Modificación al artículo 141°

Originalmente, el artículo 141° del Código Civil regulaba lo referente a la forma en la que se podía manifestar la voluntad para celebrar un acto jurídico. Así, se establecía que la manifestación de la voluntad podría ser expresa o tácita. Es expresa, explica dicho artículo, cuando la manifestación de voluntad se formula “oralmente, por escrito o por cualquier otro medio directo”; mientras que, sería tácita cuando “la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia”. Asimismo, el último párrafo del artículo descarta la posibilidad de interpretar la manifestación tácita en aquellos casos en los que la ley, explícitamente, requería una declaración expresa de la voluntad.

En ese sentido, el texto original precisaba una inexacta diferencia entre el medio y la forma para expresar la manifestación de voluntad. En un primer aspecto, nos detalla que la manifestación de la voluntad tiene dos modos de materializarse: de manera expresa y de manera tácita. A su vez, resalta que en la primera modalidad existen medios para expresarla: por escrito, oralmente o “por cualquier otro medio directo”. Por su parte, en la segunda modalidad, se presume la voluntad del sujeto en base la actitud que toma o las acciones que realiza en un determinado momento.

De esta división inicial, nos queda claro que la manifestación de voluntad tiene dos modalidades y, a su vez, en el caso de la modalidad expresa, se puede expresar por tres medios: escrito, oral u otro medio directo. Sin embargo, esta apreciación no era la correcta, toda vez que la manifestación oral o escrita no es un medio para transmitir la voluntad, sino una forma de hacerlo. Siendo así, el medio para transmitir la voluntad se refiere al soporte en el cual se va a materializar esta manifestación de voluntad, pudiendo ser por medio manuscrito (papel), mecánico (texto escrito en una computadora), o electrónico (correo electrónico por internet).

En esa línea de ideas, el legislador decidió realizar la actualización del artículo comentado, precisando en su redacción que las dos formas de expresar la manifestación expresa, escrita u oralmente, se podría hacer a través de cualquier medio, sea este directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo². De esta manera, la normativa civil abre la posibilidad a la contratación electrónica, es decir, de aquella que se realiza utilizando medios electrónicos como el internet o el correo electrónico, lo cual, a su vez, abre la posibilidad a que se desarrolle adecuadamente el comercio

2 Artículo 141.- Manifestación de la Voluntad

La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual mecánico, electrónico u otro análogo (...)

electrónico. Asimismo, el legislador deja abierta la posibilidad de que, con el constante avance de la tecnología, se puedan implementar futuros medios para manifestar la voluntad.

Como vemos, la actual redacción del artículo deja clara cualquier duda que pudiera surgir sobre la manifestación de la voluntad a través de medios electrónicos. Así, resulta un soporte válido para que cualquier sujeto capaz pueda manifestar, expresamente, su voluntad al celebrar un negocio jurídico.

2.2 Modificación del artículo 1374º

Por su parte, el texto original del artículo 1374º del Código Civil era referido al sistema de conocimiento de información en la contratación entre ausentes. De acuerdo con ello, toda oferta contractual, su revocación, su aceptación o cualquier otra declaración contractual se considerarían conocidas en el momento en que llegaran a la dirección del destinatario, salvo que este pruebe que desconocía el contenido de la comunicación.

Al respecto, de acuerdo al derecho civil, los contratos quedan perfeccionados en el momento y lugar en el que la aceptación de la oferta es conocida por el oferente. En el caso de los contratos que son celebrados entre presentes, por ejemplo, dos personas que celebran un contrato de compraventa de un tarro de leche en una tienda de alimentos de primera necesidad, este acuerdo se perfecciona en el instante y lugar en que el comprador acepta la oferta del vendedor. En el ejemplo anteriormente mencionado, el contrato se perfeccionaría en el momento en el que el comprador acepte oralmente la oferta realizada por el vendedor del tarro de leche, y el lugar de celebración sería el

distrito o la ciudad donde se encuentre ubicada dicha tienda de alimentos.

Sin embargo, en el caso que los sujetos contratantes no se encuentren físicamente en el mismo lugar para celebrar el acuerdo, se configuraría lo que se conoce como la “contratación entre ausentes” o “contratación por correspondencia”. Bajo esta figura, la declaración contractual se envía por correspondencia y existe un tiempo considerable entre su envío y su aceptación. En este supuesto, la normativa ha señalado que se considerará conocida la comunicación contractual realizada por el destinatario en el momento en que esta haya llegado a su domicilio, salvo que pueda probarse lo contrario. Por ejemplo, en el caso en que el sujeto A envíe una carta con una oferta contractual al domicilio del sujeto B, esta oferta se entenderá como recibida y conocida por B en el momento en que la carta llegue a su domicilio.

No obstante, si queremos relacionar el ejemplo previamente mencionado con las prácticas comerciales vigentes, lo más probable es que la oferta contractual enviada por A hubiera sido remitida a B a través de un mensaje de correo electrónico que hubiera llegado a su respectiva dirección electrónica. Bajo este supuesto, el texto original del artículo 1374º no contemplaba la posibilidad de que la contratación entre ausentes pudiera materializarse en una relación comercial celebrada utilizando medios electrónicos como el internet y el correo electrónico. Cabe resaltar que, en principio, toda relación comercial celebrada utilizando medios electrónicos califica como contratación entre ausentes, básicamente porque existe un tiempo considerable entre el momento en que se envía la oferta contractual y el momento en que el destinatario toma conocimiento de la misma. No se ejecuta con la inmediatez que caracteriza a la contratación presencial. Por ello, el legislador procedió con la ac-

tualización del mencionado artículo, agregando un párrafo adicional donde se establecía el supuesto de la contratación electrónica³.

La actual redacción del artículo 1374° extiende su ámbito de aplicación a aquellos supuestos donde la contratación se realice utilizando medios electrónicos (como el correo electrónico) en cuyo caso se presumirá que la declaración contractual ha sido recibida por el destinatario cuando este emita el “acuse de recibo” para el remitente. El acuse de recibo, dentro de los usos y costumbres del comercio electrónico, es un sistema facultativo que sirve para que el servidor del correo electrónico emita una confirmación de recepción o apertura del mensaje al remitente del correo. Este mecanismo se puede automatizar, con el objetivo de que se active cada vez que el usuario reciba un correo electrónico. En ese preciso momento, el sistema enviará una confirmación de la recepción de un correo electrónico, mediante el envío de un breve mensaje de recepción o apertura del mensaje, por lo que el remitente podrá saber que su oferta ha sido debidamente recibida.

2.3 Incorporación del artículo 141°-A

Ahora bien, con las modificaciones anteriormente reseñadas a los artículos 141° y 1374° del Código Civil, podríamos señalar que la contratación electrónica se encuentra correctamente contemplada en las normas civiles peruanas. Sin embargo, es importante señalar que muchos de los negocios jurídicos contemplados en el Código Civil con-

tienen, para su celebración, alguna formalidad establecida cuyo incumplimiento es sancionado con la nulidad de dicho acto jurídico. Algunas de estas formalidades son, por ejemplo, celebrar el acto mediante una escritura pública o celebrarlo por escrito.

En ese sentido, el legislador consideró oportuno incorporar el artículo 141°-A al Código, con el objetivo de establecer que en aquellos supuestos donde la ley señala que la manifestación de voluntad debe hacerse a través de una formalidad determinada o exija la firma expresa de quien manifiesta la voluntad, esta pueda ser generada y validada a través de medios electrónicos⁴.

Por ejemplo, en el supuesto que la ley, explícitamente, establezca que un determinado acto jurídico deba formalizarse con la firma manuscrita de los contratantes, esta firma podría ser acreditada mediante la utilización de un sistema electrónico denominado “firma digital”, el cual tiene el mismo valor probatorio que una firma manual. Asimismo, en el supuesto de que la norma establezca como formalidad que el acto jurídico debe realizarse mediante escritura pública, el contratante podría suscribir dicha escritura pública utilizando su firma digital por medio de algún soporte electrónico proporcionado por la notaría. Naturalmente, en este caso, la notaría deberá estar preparada con la infraestructura y la tecnología necesaria para implementar esta técnica.

Finalmente, como una medida de seguridad, el legislador ha considerado que tratándose de ins-

³ Artículo 1374.- *Conocimiento y contratación entre ausentes a través de medios electrónicos*
(...)

Si se realiza a través de medios electrónicos, se presumirá la recepción de la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona, cuando el remitente reciba acuse de recibo.

⁴ Artículo 141-A

En los casos en que la ley establezca que la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, ésta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.

Tratándose de instrumentos públicos, la autoridad competente deberá dejar constancia del medio empleado y conservar una versión íntegra para su ulterior consulta.

trumentos públicos, como es la escritura pública, la autoridad competente deberá dejar constancia del medio que se ha empleado y conservar la versión íntegra de dicho medio en caso se necesite consultarlo.

3. Modificación de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades

Por su parte, la Ley General de Sociedades (en adelante LGS), norma matriz en el derecho societario peruano, también ha sido objeto de precisas modificaciones desde su promulgación en enero de 1998, acorde a las tendencias actuales del mercado digital. En específico, en lo referido a regular la realización de juntas de directorio y de accionistas no presenciales, a través de medios electrónicos.

En primer lugar, es importante mencionar que el texto original de la LGS ya contenía dos interesantes artículos que abrían la posibilidad a las sesiones no presenciales celebradas mediante medios electrónicos. El primero de ellos es el artículo 169° de la Ley, referido a las sesiones de directorio de las sociedades anónimas⁵.

Este artículo detalla el derecho a voto de todos los directores y cómo estos pueden adoptar acuerdos con determinados *quorums* o mayorías. Asimismo, se detalla que las decisiones tomadas fuera de sesión de directorio, pero por unanimidad de sus miembros, tienen la misma validez que las decisiones tomadas en sesiones presenciales. Sin embargo, lo más interesante del artículo es su último

párrafo, en el cual se detalla que el estatuto de la sociedad podría prever—facultativamente—la realización de sesiones no presenciales, utilizando para ello medios escritos, electrónicos o de otra naturaleza que sirva para este fin. Debemos entender por sesiones no presenciales, aquellas en las que no se encuentran físicamente reunidos los miembros del directorio; por el contrario, la reunión se celebra utilizando medios electrónicos o virtuales. No obstante, el último párrafo del artículo señala que, además de encontrar prevista la posibilidad en el estatuto de la sociedad, todos los directores deben estar de acuerdo con la realización de la sesión no presencial. En caso uno de los directores se oponga a dicha solicitud, podrá exigir que se realice la sesión de manera presencial.

Nos queda claro que la LGS deja abierta la posibilidad para que, en caso la sociedad lo incluya así en su estatuto, se puedan celebrar sesiones de directorio no presenciales a través de medios electrónicos y análogos, como podría ser un software de videochat, donde todos los directores estén conectados en la misma sesión. También podría ser el caso de que la sesión de directorio se realice por conferencia telefónica, por poner otro ejemplo.

Ahora bien, el artículo anteriormente comentado debe leerse sistemáticamente con el artículo 246° de la misma ley, el cual precisa la posibilidad de transmitir la voluntad social del accionista a través de cualquier medio electrónico o de similar naturaleza⁶. Podríamos decir que este artículo es un símil, dentro de la legislación societaria, del actual artículo 141° del Código Civil, en cuanto deja esclarecido que todas las decisiones que de-

⁵ Artículo 169.- Acuerdos. Sesiones no presenciales

(...)

El estatuto puede prever la realización de sesiones no presenciales, a través de medios escritos, electrónicos, o de otra naturaleza que permitan la comunicación y garanticen la autenticidad del acuerdo. Cualquier director puede oponerse a que se utilice este procedimiento y exigir la realización de una sesión presencial.

⁶ Artículo 246.- Juntas no presenciales

La voluntad social se puede establecer por cualquier medio sea escrito, electrónico o de otra naturaleza que permita la comunicación y garantice su autenticidad. (...)

cidan tomar, tanto la junta general de accionistas, como el directorio de la sociedad, se puede hacer utilizando medios electrónicos.

Posteriormente, en el año 2008, y por medio del Decreto Legislativo N° 1061, se añadió el artículo 21-A al texto de la LGS, con el objetivo de esclarecer que el derecho de voto por medio electrónico se deberá realizar mediante una firma digital o por medio postal con firmas legalizadas⁷. En el caso de uso de la firma digital, se deberá conservar el acta electrónica resultante de los acuerdos, con el fin de preservarla conforme señala la ley en la materia.

Ahora bien, teniendo claras las disposiciones señaladas por la LGS respecto a las sesiones no presenciales y el uso de medios electrónicos, identificamos dos principales problemas. El primero, es que las sesiones no presenciales son facultativas y, para su aplicación, debe haber un acuerdo total entre los miembros del directorio o de la junta general, respectivamente. Podríamos decir que esta figura está incluida para ser utilizada de manera excepcional y solo si hay unanimidad en su apli-

cación; sin embargo, en la realidad que nos encontramos no sería descabellado pensar que esta figura podría dejar de ser la excepción y volverse la regla general. El segundo problema identificado es que, como señala unánimemente la doctrina nacional, estas disposiciones solo podían ser incluidas en los estatutos de las sociedades anónimas cerradas, excluyendo a todos los demás tipos societarios regulados por la LGS.

Sin embargo, teniendo en cuenta estas falencias en la normativa societaria, y estando actualmente atravesando las nefastas consecuencias sociales y económicas causadas por la propagación del COVID-19, es que el legislador promulgó la reciente Ley 31194, la cual modifica el artículo 21-A de la LGS, además de señalar interesantes disposiciones complementarias⁸. El nuevo artículo resume más ordenadamente las disposiciones sobre realizar sesiones no presenciales a través de medios electrónicos, contenidas en los artículos 169° y 246° de la LGS.

No obstante, las tres disposiciones complementarias finales de la Ley agregan novedades al

7 Artículo 21-A.- Voto por medio electrónico o postal

Los accionistas o socios podrán para efectos de la determinación del quórum, así como para la respectiva votación y adopción de acuerdos, ejercer el derecho de voto por medio electrónico siempre que éste cuente con firma digital o por medio postal a cuyo efecto se requiere contar con firmas legalizadas.

Cuando se utilice firma digital, para ejercer el voto electrónico en la adopción de acuerdos, el acta electrónica resultante deberá ser almacenada mediante microforma digital, conforme a ley.

Cuando la sociedad aplique estas formas de voto deberá garantizar el respeto al derecho de intervención de cada accionista o socio, siendo responsabilidad del presidente de la junta el cumplimiento de la presente disposición. (...)

8 Artículo 21-A. Sesiones no presenciales y ejercicio de los derechos de voz y voto no presenciales

Los órganos de las sociedades podrán realizar sesiones no presenciales, con la misma validez que las sesiones presenciales, a través de medios electrónicos u otros de naturaleza similar, de conformidad con lo establecido en su estatuto, garantizando la identificación, comunicación, participación, el ejercicio de los derechos de voz y voto de sus miembros y el correcto desarrollo de la sesión, siendo su cumplimiento de responsabilidad del que conforme al estatuto y la ley le corresponda convocarla o presidirla. Esta disposición no es aplicable cuando exista una prohibición legal o estatutaria.

Las sesiones no presenciales podrán ser convocadas por medios electrónicos u otros de naturaleza similar que permitan la obtención de la constancia de recepción o a través de los demás mecanismos previstos en la presente ley. Las actas de las sesiones no presenciales deberán estar firmadas por escrito o digitalmente por quienes están obligados conforme a ley o su estatuto, e insertadas en el libro de actas correspondiente. Estas podrán estar almacenadas, adicionalmente, en medios electrónicos u otros de naturaleza similar que garanticen la conservación del soporte, así como la autenticidad y legitimidad de los acuerdos adoptados.

El ejercicio del derecho de voto no presencial, en sesiones presenciales o no presenciales, se podrá realizar a través de firma digital, medios electrónicos u otros de naturaleza similar, o por medio escrito con firma legalizada.

momento de aplicar la normativa societaria. La primera disposición⁹ introduce la posibilidad de que todas las sociedades actualmente constituidas puedan adecuar sus estatutos a los lineamientos de las sesiones no presenciales y celebradas por medios electrónicos, dejando de lado la exclusión original que tenía la LGS para aquellas sociedades distintas a una sociedad anónima cerrada. La norma señala que, con el objetivo de realizar la adecuación estatutaria respectiva, la sociedad podría celebrar la sesión de manera no presencial.

Por su parte, la segunda disposición complementaria¹⁰ contempla la posibilidad de que, estando en vigencia un régimen de excepción, como puede ser un estado de emergencia o un estado de sitio, los órganos de las sociedades podrán realizar sesiones no presenciales, conforme lo dispone el artículo 21-A, a pesar de que su estatuto no establezca dicha posibilidad.

Finalmente, la tercera disposición complementaria¹¹ precisa que el artículo 21-A, además, podría ser aplicable a las personas jurídicas contenidas en el Código Civil u otras leyes especiales, como podrían ser las asociaciones, fundaciones, comunidades campesinas, entre otros.

A modo de conclusión, creemos que, con la flamante Ley 31194^o, se ha completado la necesi-

ria actualización que requería la LGS en cuanto a la posibilidad de que los órganos de todas las sociedades puedan celebrar sesiones no presenciales, además de manifestar su voluntad por medios electrónicos debidamente registrados. Sin duda, esta modificación, que fue incluida con motivo del estado de emergencia, servirá para reducir costos y tiempo a aquellas sociedades que buscaban desesperadamente cambiar sus estatutos con el objetivo de poder aprovechar de esta nueva modalidad societaria que será masivamente utilizada con mira al futuro.

4. Ley N° 27287, Ley de Títulos Valores

Al respecto, la Ley de Títulos Valores ha tenido pocas modificaciones sustanciales desde su promulgación en junio del año 2000.

Desde su nacimiento, ha contemplado las disposiciones necesarias para poder implementar los avances tecnológicos requeridos por el mercado en las transacciones cambiarias de valores. Es por ello que su artículo 6° señala explícitamente que en todos los títulos valores, además de usar medios manuales de manifestación de voluntad, también se encuentran permitidos los medios mecánicos o

9 DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. – Adecuación de estatutos

Las sociedades constituidas que opten por realizar sesiones no presenciales podrán, según corresponda, adecuar sus estatutos a lo dispuesto en la presente ley. La sesión destinada a adecuar los estatutos podrá realizarse de manera no presencial con las mismas garantías a que se refiere el artículo 21-A de la Ley 26887, Ley General de Sociedades.

10 SEGUNDA. – Sesiones no presenciales durante la vigencia de un régimen de excepción

Durante la vigencia de un régimen de excepción, donde se suspende el ejercicio de derechos constitucionales que impiden la realización de sesiones presenciales, los órganos de las sociedades podrán realizar sesiones no presenciales conforme a las reglas previstas en el artículo 21-A de la Ley 26887, Ley General de Sociedades, aun cuando su estatuto no establezca la posibilidad de realizar sesiones no presenciales.

11 TERCERA. – Aplicación para personas jurídicas previstas en el Código Civil y leyes especiales

Las disposiciones contenidas en la presente ley podrán aplicarse, según corresponda, a las personas jurídicas reguladas en el Código Civil y otras leyes especiales.

electrónicos para su emisión, aceptación, garantía o endose¹².

Como sabemos, en principio, todos los títulos valores están sujetos al protesto en caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el título. El protesto funciona como un mecanismo para dejar constancia que el título valor no pudo ser cobrado o aceptado, antes de poder ejecutar la acción cambiaria. Sin embargo, es una figura opcional, por lo que, en caso las partes lo consideren oportuno, podrían prescindir del protesto. De cualquier forma, la Ley de Títulos Valores detalla en su artículo 78° que el protesto del título deberá ser recepcionado por el fedatario en actas o registros, los cuales podrán constar en medios mecánicos, manuales o electrónicos¹³. En ese sentido, si es que una notaría cuenta con la infraestructura y tecnología adecuada, un legítimo tenedor de un título valor podría realizar el protesto del mismo

desde la comodidad de su casa, utilizando su firma digital.

5. Código Procesal Civil

En lo que respecta a materia procesal, si bien no se han realizado todas las modificaciones oportunas al Código Procesal Civil de 1993, por ejemplo, la importante figura de la prueba electrónica, sí se han logrado avances en cuanto a la notificación electrónica. En primer lugar, contemplamos las modificatorias de los artículos 163° y 164° del código, efectuadas mediante Ley 27419 (Ley sobre notificación por correo electrónico), por la cual se actualizó los textos permitiendo que, la gran mayoría de las resoluciones judiciales puedan ser, a pedido de parte, notificadas por correo electrónico u otro medio idóneo hacia los sujetos procesales¹⁴.

12 Artículo 6.- Firmas y documento oficial de identidad en los títulos valores

6.1 En los títulos valores, además de la firma autógrafa, pueden usarse medios gráficos, mecánicos o electrónicos de seguridad, para su emisión, aceptación, garantía o transferencia.

6.2 Previo acuerdo expreso entre el obligado principal y/o las partes intervinientes o haberse así establecido como condición de la emisión, la firma autógrafa en el título valor puede ser sustituida, sea en la emisión, aceptación, garantía o transferencia, por firma impresa, digitaliza u otros medios de seguridad gráficos, mecánicos o electrónicos, los que en ese caso tendrán los mismos efectos y validez que la firma autógrafa para todos los fines de ley. (...)

13 Artículo 78.- Constancia de protesto

78.1 El fedatario mantendrá las constancias de las notificaciones que curse, conforme al artículo 77, en actas o registros, que podrán constar en libros, hojas sueltas u otros medios mecánicos o electrónicos, así como de los pagos o aceptaciones parciales, negación de firma u obligaciones que señalen las personas contra quienes se realice el protesto. Si el emplazado no se apersona al local de la Notaría o del Juzgado a cumplir la obligación requerida durante el día de la notificación o el siguiente día hábil, el fedatario procederá a dejar constancia de ello y dar por cumplido con el protesto, dejando constancia en el mismo título valor, mediante la cláusula "Documento Protestado" con indicación de la fecha en que se cursó la notificación, refrendada con su firma. (...)

14 Artículo 163.- Notificación por telegrama o facsímil, correo electrónico u otro medio

En los casos del artículo 157, salvo el traslado de la demanda o de la reconvenión, citación para absolver posiciones y la sentencia, las otras resoluciones pueden, a pedido de parte, ser notificadas, además, por telegrama, facsímil, correo electrónico u otro medio idóneo, siempre que los mismos permitan confirmar su recepción.

La notificación por correo electrónico sólo se realizará para la parte que lo haya solicitado. (...)

Artículo 164.- Diligenciamiento de la notificación por facsímil, correo electrónico u otro medio

El documento para la notificación por facsímil, correo electrónico u otro medio, contendrá los datos de la cédula.

El facsímil u otro medio se emitirá en doble ejemplar, uno de los cuales será entregado para su envío y bajo constancia al interesado por el secretario respectivo, y el otro con su firma se agregará al expediente. La fecha de la notificación será la de la constancia de la entrega del facsímil al destinatario. En el caso del correo electrónico, será, en lo posible, de la forma descrita anteriormente, dejándose constancia en el expediente del ejemplar entregado para su envío, anexándose además el correspondiente reporte técnico que acredite su envío.

Así pues, se introdujo por primera vez la notificación judicial por vía electrónica, con el objetivo de dotar de mayor celeridad y precisión a las notificaciones judiciales; además de ayudar a reducir costos operativos dentro del poder judicial, siempre que el usuario haya decidido adoptar esta nueva forma de notificación.

Posteriormente, en el año 2014, se promulgaría la Ley 30229, la cual modificaría artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código Procesal Civil, específicamente en materia de notificación electrónica. En cuanto a la Ley Orgánica del Poder Judicial se agregó el artículo 155-A a su Texto Único Ordenado, el cual reconoce a la notificación electrónica como medio alternativo a la notificación tradicional por cédula y estará obligatoriamente ligada a una casilla electrónica en todos los procedimientos del Poder Judicial. Asimismo, señala que la notificación electrónica deberá contar con la firma digital del órgano jurisdiccional, conforme a las disposiciones de la ley sobre la materia¹⁵.

En lo que respecta al Código Procesal Civil, la Ley 30229 modificó el artículo 157° del cuerpo normativo señalando que las notificaciones de resoluciones judiciales, en todas las instancias, se realizarían por vía electrónica mediante las casillas electrónicas ya implementadas¹⁶. Anteriormente, el artículo señalaba que la notificación se realizaría únicamente por cédula. De esta manera,

el Código Procesal Civil ha actualizado en parte sus disposiciones para que, en todos los procesos judiciales contenciosos o no contenciosos, se permita la notificación de resoluciones utilizando medios electrónicos como el correo electrónico del usuario.

6. Ley del Procedimiento Administrativo General

Las actualizaciones legislativas en materia digital también se encuentran en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), cuya última versión fue aprobada en enero de 2019. Si bien la norma en cuestión regula el desarrollo de los procedimientos administrativos seguidos por las entidades de la administración pública, tiene mucha repercusión hacia el sector empresarial o comercial, toda vez que muchos de los procedimientos, sean de oficio o de parte, que resuelve la administración pública involucra a diversos administrados, quienes en su mayoría son empresas dedicadas a distintas actividades económicas.

En primer lugar, la LPAG señala en su artículo 20° las modalidades de notificación dentro de un procedimiento administrativo, pudiendo ser estas de manera personal, mediante telegrama, telefax y por medios electrónicos, tales como el correo

15 Artículo 155-A. Notificación electrónica

La notificación electrónica es un medio alternativo a la notificación por cédula y se deriva a casilla electrónica de manera obligatoria en todos los procesos contencioso y no contenciosos tramitados ante los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial.

La notificación electrónica debe contar con firma digital y debe ser utilizada en el marco de la Ley 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, su reglamento, así como la normativa relacionada.

16 Artículo 157.- La notificación de las resoluciones judiciales

La notificación de las resoluciones judiciales, en todas las instancias, se realiza por vía electrónica a través de casillas electrónicas implementadas, de conformidad con lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo 017-93-JUS, con las excepciones allí establecidas.

electrónico brindado por el administrado¹⁷. Al igual que con los procedimientos judiciales, el administrado deberá dar su consentimiento expreso de que desea ser notificado por algún medio electrónico, brindando la información personal necesaria para atender su requerimiento.

No obstante, la disposición más importante en la LPAG respecto a materia digital no es la implementación de la notificación electrónica, sino la aprobación del conocido procedimiento administrativo electrónico¹⁸. Este procedimiento se encuentra regulado en el artículo 30° de la norma y dispone que, sin perjuicio del uso de medios tradicionales, los procedimientos administrativos podrán realizarse total o parcialmente a través de medios electrónicos, para lo cual la administración deberá contar con un expediente electrónico

que contenga todos los documentos presentados por el administrado o por terceros; así como los dispuestos por la autoridad y remitidos al administrado. Evidentemente, el procedimiento electrónico deberá respetar los principios, derechos y garantías del debido proceso aplicable a cualquier procedimiento general. La norma establece que los actos administrativos realizados por medios electrónicos, dígase una resolución, cuentan con la misma validez y eficacia que los actos elaborados en medios tradicionales, para comprobar esa validez se usará la firma digital conforme la normativa vigente.

Así pues, este nuevo formato de procedimiento, incluido en la LPAG en 2016, se ha utilizado con mucho éxito en los diversos procedimientos administrativos realizados por las entidades de la ad-

17 Artículo 20. Modalidades de notificación

20.1 Las notificaciones son efectuadas a través de las siguientes modalidades, según este respectivo orden de prelación:

20.1.1 Notificación personal al administrado interesado o afectado por el acto, en su domicilio.

20.1.2 Mediante telegrama, correo certificado, telefax; o cualquier otro medio que permita comprobar fehacientemente su acuse de recibo y quien lo recibe, siempre que el empleo de cualquiera de estos medios hubiese sido solicitado expresamente por el administrado.

20.1.3 Por publicación en el Diario Oficial o en uno de los diarios de mayor circulación en el territorio nacional, salvo disposición distinta de la ley. Adicionalmente, la autoridad competente dispone la publicación del acto en el respectivo Portal Institucional, en caso la entidad cuente con este mecanismo.

(...)

20.4. El administrado interesado o afectado por el acto que hubiera consignado en su escrito alguna dirección

electrónica que conste en el expediente puede ser notificado a través de ese medio siempre que haya dado su autorización expresa para ello. Para este caso no es de aplicación el orden de prelación dispuesto en el numeral 20.1. (...) Para la notificación por correo electrónico, la autoridad administrativa, si lo considera pertinente, puede emplear firmas y certificados digitales conforme a lo estipulado en la ley de la materia. La entidad que cuente con disponibilidad tecnológica puede asignar al administrado una casilla electrónica gestionada por esta, para la notificación de actos administrativos, así como actuaciones emitidas en el marco de cualquier actividad administrativa, siempre que cuente con el consentimiento expreso del administrado. Mediante decreto supremo del sector, previa opinión favorable de la Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, puede aprobar la obligatoriedad de la notificación vía casilla electrónica. (...)

18 Artículo 30.- Procedimiento Administrativo Electrónico

30.1 Sin perjuicio del uso de medios físicos tradicionales, el procedimiento administrativo podrá realizarse total o parcialmente a través de tecnologías y medios electrónicos, debiendo constar en un expediente, escrito electrónicos, que contenga los documentos presentados por los administrados, por terceros y por otras entidades, así como aquellos documentos remitidos al administrado.

30.2 El procedimiento administrativo electrónico deberá respetar todos los principios, derechos y garantías del debido procedimiento previstos en la presente Ley, sin que se afecte el derecho de defensa ni la igualdad de las partes, debiendo prever las medidas pertinentes cuando el administrado no tenga acceso a medios electrónicos.

30.3 Los actos administrativos realizados a través del medio electrónico, poseen la misma validez y eficacia jurídica que los actos realizados por medios físicos tradicionales. Las firmas digitales y documentos generados y procesados a través de tecnologías y medios electrónicos, siguiendo los procedimientos definidos por la autoridad administrativa, tendrán la misma validez legal que los documentos manuscritos.

30.4 Mediante Decreto Supremo, refrendado por la Presidencia del Consejo de Ministros, se aprueban lineamientos para establecer las condiciones y uso de las tecnologías y medios electrónicos en los procedimientos administrativos, junto a sus requisitos.

ministración pública. A manera de ejemplo, podemos señalar que el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) ha sido uno de las entidades públicas que ha venido trabajando durante mucho tiempo en efectuar sus procedimientos administrativos sancionadores de manera electrónica. Teniendo en cuenta eso es que, en julio de 2020, aprobaron el Reglamento del Sistema de Casilla Electrónicas del OEFA con el objetivo de acelerar la transición de sus procedimientos administrativos manuales a electrónicos, dotando de facilidades a los administrados.

7. Notificación de actos administrativos tributarios por medios electrónicos

Por su parte, la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria (SUNAT) también ha adaptado su normativa para permitir la notificación de los actos administrativos que emita, referentes a materia tributaria, a través de medios electrónicos. Cabe resaltar que esta facultad se deriva de lo dispuesto en el Texto Único Ordenado del Código Tributario, el cual, en su artículo 104° inciso b, permite que la notificación hacia el contribuyente de los diversos actos de la administración tributaria se realice utilizando medios electrónicos, los cuales deberán ser aprobados previamente por la SUNAT y cuyos efectos

se aplicarán el día hábil siguiente de la fecha de notificación¹⁹.

En ese sentido es que, en febrero de 2008, la SUNAT emitió la Resolución de Superintendencia N° 014-2008-SUNAT, mediante la cual dispone la aprobación de las Notificaciones SOL como un medio electrónico válido. A través de este, la administración tributaria estaba habilitada a notificar actos administrativos a los contribuyentes; así como, remitirles información y comunicaciones relacionadas con sus obligaciones tributarias o elementos no tributarios que estén a su cargo²⁰.

La mencionada Resolución señala que, para hacer llegar las notificaciones, se utilizará el buzón electrónico asignado al administrado, donde se enviará una copia del documento electrónico en formato de documento portátil (PDF), dejando constancia de la fecha de la notificación. Además, la Resolución establece la obligación del contribuyente de revisar periódicamente su buzón electrónico para tomar conocimiento de algún acto depositado por medio de las Notificaciones SOL.

Debemos resaltar que, para realizar la notificación por este medio electrónico, es requisito esencial que el administrado cuente con un buzón electrónico, para lo cual deberá ser usuario de SUNAT Operaciones en Línea, es decir, deberá tener un código de usuario y una contraseña, conocida

19 Artículo 104.- Formas de Notificación

La notificación de los actos administrativos se realizará, indistintamente, por cualquier de las siguientes formas:

(...)

b) Por medio de sistemas de comunicación electrónicos, siempre que se pueda confirmar la entrega por la misma vía.

Tratándose del correo electrónico u otro medio electrónico aprobado por la SUNAT u otras administraciones tributarias o el Tribunal Fiscal que permita la transmisión o puesta a disposición de un mensaje de datos o documento, la notificación se considerará efectuada el día hábil siguiente a la fecha del depósito del mensaje de datos o documento.

(...)

20 Artículo 2.- De la aprobación del medio electrónico

Apruébese Notificaciones SOL como un medio electrónico a través del cual la SUNAT, al amparo del inciso b) del artículo 104 del Código Tributario, puede notificar actos administrativos a los administrados y remitirles comunicaciones y otros respecto de los cuales se estime conveniente acreditar la fecha del depósito, relacionados con tributos o conceptos no tributarios cuya administración y/o recaudación esté a su cargo, incluyendo aquellos conceptos respecto de los cuales ejerce funciones.

como clave sol, en el sistema informático de la SUNAT. Este sistema fue aprobado por la administración tributaria mediante la Resolución de Superintendencia N° 109-2000-SUNAT, en la cual se detalla el procedimiento para la obtención y generación del código de usuario y la clave sol para acceder al buzón electrónico del administrado.

Estas herramientas proporcionadas por la administración tributaria buscan facilitar la notificación de actos administrativos tributarios tales como la resolución de determinación, la resolución de multa o una orden de pago.

8. Ley de la Firma Electrónica y Certificados Digitales

Finalmente, uno de los pilares fundamentales en la normativa comercial actualizada a la era digital es la Ley N° 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, promulgada en el año 2000. Esta regula la utilización de las firmas electrónicas, otorgándoles la misma validez y eficacia jurídica a la de una firma manuscrita.

Así pues, la Ley de Firmas y Certificados Digitales, y su reglamento, regulan conceptos muy importantes como la firma electrónica, la firma digital y el certificado digital. Estos conceptos son elementales para un mercado digitalizado, ya que, cuando nosotros celebramos un contrato electrónico, por ejemplo, una compraventa, prestación de servicios, suscripción a un servicio de *strea-*

ming; entre otros, es necesario expresar nuestra voluntad electrónicamente, mediante un acuerdo aceptando los criterios establecidos en el portal web, como pueden ser al aceptar los términos y condiciones del servicio, elegir el producto y definir un determinado método de pago.

El artículo 1° de la Ley de Firmas y Certificados Digitales define técnicamente a la firma electrónica como cualquier símbolo, basado en medios electrónicos, utilizado con el objetivo de autenticar un documento y expresar una determinada voluntad cumpliendo las funciones características de una firma manuscrita²¹. En otras palabras, la firma electrónica es cualquier símbolo usado en algún medio electrónico con la intención de vincularse en el contenido de un mensaje electrónico, generando así una relación jurídica determinada. De esta manera, podemos usar la firma electrónica, por ejemplo, al digitar nuestra clave secreta de la tarjeta de crédito o al comprar unas hamburguesas por medio de una página web de internet en la que tenemos que aceptar los términos y condiciones del servicio, o al crear un usuario en una red social con nuestro correo electrónico y contraseña.

Por otro lado, la norma también señala el concepto de la firma digital, en su artículo 3°.²² La define como aquella firma electrónica que utiliza una técnica específica de criptografía consistente en el uso de un par de claves únicas, una pública y la otra privada. Es decir, la firma digital es una especie de firma electrónica que cuenta con un mayor nivel de seguridad y control sobre esta. De

21 Artículo 1.- Objeto de la ley

La presente ley tiene por objeto regular la utilización de la firma electrónica otorgándole la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita u otra análoga que conlleve manifestación de la voluntad.

Entiéndase por firma electrónica a cualquier símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención precisa de vincularse o autenticar un documento cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita.

22 Artículo 3.-

La firma digital es aquella firma electrónica que utiliza una técnica de criptografía asimétrica, basada en el uso de un par de claves único; asociadas una clave privada y una clave pública relacionadas matemáticamente entre sí, de tal forma que las personas que conocen la clave pública no pueden derivar de ella la clave privada.

esta manera, podemos afirmar que toda firma digital siempre será electrónica, mas no toda firma electrónica será digital. La principal característica que la distingue es que, para su generación, se utiliza una técnica de criptografía asimétrica que permite su identificación y sirve como medida de seguridad para comprobar quien ha firmado el documento y si es que este ha sido modificado.

La técnica asimétrica es la también conocida criptografía de dos claves, puesto que se usan dos claves para este envío de mensajes, una que es pública y otra que es privada. La clave pública es de acceso libre a cualquier persona y sirve para cifrar el mensaje, mientras que, la clave privada es exclusiva del propietario de la firma digital y le servirá para descifrar el mensaje que, anteriormente, fue encriptado por la clave pública.

Ahora bien, la Ley también señala que la firma digital es generada mediante un certificado digital, el cual es un documento electrónico generado por una entidad encargada de la certificación, prestadora de servicios de certificación digital²³. Este certificado contendrá los datos que identifiquen al titular de la firma, las dos claves del titular, el número de identificación y su vigencia.

Las Entidades de Certificación, de acuerdo con la Ley, son las encargadas de emitir y cancelar los certificados digitales, además de brindar servicios propios del certificado, como podrían ser la rectificación de los datos que contiene este²⁴.

Sin embargo, las Entidades de Certificación no son las únicas encargadas de prestar los servicios de certificación digital. De acuerdo con el Regla-

mento de la Ley, aprobado por Decreto Supremo N° 052-2008-PCM, existen tres modalidades de prestadores de servicios de certificación digital: las entidades de certificación, las entidades de registro o verificación, y los prestadores de servicios de valor añadido.

Las primeras, como ya hemos señalado, se encargan principalmente de emitir y cancelar los certificados digitales solicitados por los usuarios. Las segundas son entidades encargadas de la identificación de los titulares del certificado digital, así como, de aprobar o denegar anticipadamente las solicitudes de emisión, modificación, suspensión o cancelación de los certificados digitales; sin embargo, para cumplir con esta función deberán mantener comunicación con la respectiva entidad de certificación. Finalmente, los prestadores de servicios de valor añadido se encargan básicamente de participar en la transmisión y envío de documentos firmados electrónicamente a solicitud del usuario; así como, de certificar los documentos electrónicos con fecha y hora cierta, de manera que se pueda garantizar la integridad del documento.

Estos tres distintos prestadores de servicios de certificación, que pueden ser empresas públicas o privadas que cumplan con los requisitos establecidos, están sujetos a la autorización y fiscalización de la autoridad administrativa competente en materia de certificación digital. De acuerdo con el reglamento de la Ley, la autoridad administrativa competente es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Entre sus principales funciones se encuentra las de accredi-

23 Artículo 6.-

El certificado digital es el documento electrónico generado y firmado digitalmente por una entidad de certificación, la cual vincula un par de claves con una persona determinada confirmando su identidad.

24 Artículo 12.-

La Entidad de Certificación cumple con la función de emitir o cancelar certificados digitales, así como brindar otros servicios inherentes al propio certificado o aquellos que brinden seguridad al sistema de certificados en particular o del comercio electrónico en general.

Las Entidades de Certificación podrán igualmente asumir las funciones de Entidades de Registro o Verificación.

tar a las entidades de certificación, entidades de registro o verificación, y prestadores de servicios de valor añadido. Asimismo, supervisar a dichas entidades y cancelar las acreditaciones otorgadas, en caso se incumpla con las obligaciones dispuestas en el Reglamento. Además, suscribir acuerdos con autoridades administrativas extranjeras que cumplan la misma labor que la autoridad nacional. Esto con el fin de poder convalidar los certificados digitales emitidos en otros países para que puedan ser utilizados válidamente en el territorio nacional.

9. Apuntes finales

Tras haber hecho este sucinto análisis de las principales normas y modificaciones legislativas realizadas en las diversas ramas del derecho, con el

objetivo de actualizar nuestro ordenamiento jurídico a los desafíos que representa la era digital en el mercado, nos queda claro que aún falta mucho por avanzar; más aún, teniendo en cuenta el constante progreso y evolución de los medios electrónicos y digitales, especialmente en su aplicación para hacer más eficiente y cómoda la participación de los agentes económicos en el mercado.

En ese sentido, creemos necesario que el legislador realice un compendio legislativo con las principales normas y modificaciones reseñadas en este artículo, con el fin de facilitar el conocimiento y aplicación de dicho marco jurídico relevante en materia electrónica. Solo de esa manera, se podrá mantener un orden de la normativa vigente, y su actualización será más precisa y oportuna facilitando así el correcto desempeño del derecho mercantil en la sociedad digital.

Canvas Legal: Una propuesta para la innovación de servicios legales en asesorías jurídicas internas

Canvas Legal: An approach for legal innovation in internal legal departments

Antonio Santander Rengifo¹

Resumen. La empresa privada es fundamental para el desarrollo de la sociedad, por lo que es muy importante que los ejecutivos tengan control de los aspectos más importantes de su modelo de negocio. Sin embargo, usualmente las empresas no reconocen las contingencias legales, ni aprovechan las herramientas que el Derecho ofrece para su éxito. Por ello, es importante innovar en la forma en que los servicios legales son prestados por las asesorías jurídicas internas de las empresas. La innovación legal es una herramienta muy poderosa para el desarrollo de los servicios legales, especialmente cuando tiene como objetivo principal convertirse en parte de la estrategia de la organización. En razón de ello, es necesario plantear opciones para reenfocar los servicios legales, utilizando herramientas clásicas de los negocios. En primer lugar, descubriremos los elementos más relevantes del modelo de negocio de la empresa a través del Business Model Canvas y, en segundo lugar, identificaremos y analizaremos los temas legales que impactan el modelo de negocio. Esto les permitirá reconocer los riesgos a los que se exponen y las oportunidades disponibles para el éxito de la empresa, e implementarlas.

Abstract. *The private company is essential for the development of society, so it is very important that executives control the most important aspects of their business model. However, usually companies do not recognize legal contingencies, nor do they take advantage of the tools that the Law offers for their success. For this reason, it is important to innovate in the way in which legal services are provided by the companies' internal legal departments. Legal innovation is a very powerful tool for the development of legal services, especially when its main objective is to become part of the organization's strategy. Therefore, it is necessary to propose options to refocus legal services, using classic business tools. First, we will discover the most relevant elements of the company's business model through the Business Model Canvas and, second, we will identify and analyze the legal issues that impact the business model. This will allow them to recognize the risks to which they are exposed and the opportunities available for the success of the company, and to implement them.*

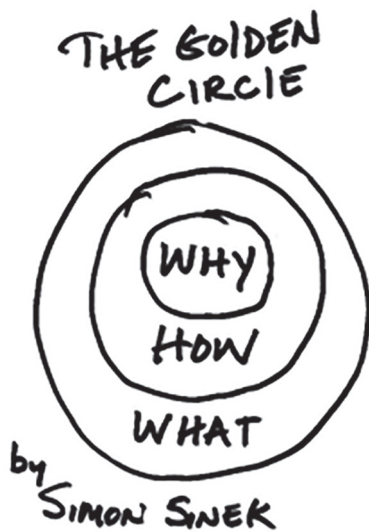
Palabras clave. Canvas Legal / Innovación legal / Asesorías jurídicas internas / Equipos legales / Servicios legales

Key Words. *Canvas Legal / Legal innovation / Legal departments / Legal teams / Legal services*

Sumario: 1. ¿Por qué proponemos innovar?. 2. ¿Cómo proponemos innovar? 3. ¿Qué proponemos innovar?.

1 Antonio Santander Rengifo es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y MBA por la Universidad del Pacífico. Especialista en *Legal Operations* por ESADE (España). Tiene un Máster en Derecho de la Contratación Pública por la Universidad Castilla La Mancha (España) y una Especialización en *Compliance* y Buenas Prácticas Corporativas por la Universidad del Pacífico. Cuenta con más de 16 años de experiencia profesional. Actualmente es Gerente Legal y Oficial de Cumplimiento de Laboratorios AC Farma y también profesor del curso "Marco legal de los negocios" del MBA de la Universidad del Pacífico. Ha sido Jefe Legal de Multimedical Supplies y Asesor Legal de Niisa Corporation. Participó en el Programa de Inmersión en Silicon Valley organizado por SV LINKS. santander_antonio@hotmail.com.

Si estamos de acuerdo con que todo proceso de innovación implica principalmente un cambio de mentalidad, “*Empieza con el porqué*”², el aclamado libro del autor y speaker internacional, Simon Sinek, es un referente necesario para exponer cualquier propuesta de este tipo. Esto se hace aún más importante cuando estamos ante una propuesta innovadora relacionada con la prestación de servicios jurídicos en las asesorías jurídicas internas³, de modo que sea comprendida por todos y los inspire a complementarla y aplicarla. Esta propuesta busca poner sobre la mesa una forma de enfocar la prestación de servicios legales dentro de las asesorías jurídicas internas de las empresas independientemente de su tamaño, del sector donde se desarrolle y de su estructura corporativa. Así, haciendo uso del Círculo Dorado que este libro propone, estructuraremos el análisis del *Canvas Legal*, en tres partes: (A) ¿Por qué proponemos innovar?; (B) ¿Cómo proponemos innovar?; y, (C) ¿Qué proponemos innovar?



Fuente: Simon Sinek, *Empieza con el porqué. Cómo los grandes líderes motivan a actuar* (Madrid: Ediciones Urano, 2018).

1. ¿Por qué proponemos innovar?

Las empresas son el motor del desarrollo económico y social del país. Su importancia es tal que de su éxito dependen las esperanzas de sus propietarios, el trabajo de millones de personas, la recaudación de impuestos, y nuestro desarrollo como sociedad. Sin embargo, los gestores de dichas empresas enfrentan el grave problema de la falta de control de aspectos legales de su negocio, del que muchas veces no son conscientes, lo que compromete su éxito y supervivencia.

Esta falta de control produce un doble problema. En primer lugar, permanecen expuestas a riesgos que en el futuro se pueden convertir en serios problemas; y, en segundo lugar, no aprovechan las herramientas jurídicas que les permitirían crear, explotar y mantener sus ventajas competitivas. Lamentablemente, esta situación les impide operar con total tranquilidad. Por ello, es necesario que las empresas puedan reconocer los temas legales que les impactan, ponerles atención y gestionarlos profesionalmente.

Si bien las empresas aceptan que los aspectos legales son muy importantes, existe desidia y poco interés por ellos. Así, el acercamiento al Derecho se produce solo cuando es inevitable, es decir, cuando ya se registran problemas, y las empresas necesitan buscar, no con mucho agrado, asistencia legal. Pero ¿cuál es esa dificultad?, ¿por qué se ve al Derecho de una manera reactiva?, o, dicho de otro modo, ¿qué les impide ver el Derecho de una manera más proactiva? En mi experiencia, los gestores de las empresas ven al Derecho como ajeno, difícil de entender, muy disperso y cambiante, pero, sobre todo, poco productivo.

² Simon Sinek, *Empieza con el porqué. Cómo los grandes líderes motivan a actuar* (Madrid: Ediciones Urano, 2018).

³ Cuando en este trabajo mencionamos a las asesorías jurídicas internas nos referimos a los profesionales que prestan servicios legales en las empresas privadas. Así, dependiendo del tamaño y estructura corporativa de cada empresa, esta categoría incluye a los departamentos legales, áreas legales, equipos legales e, incluso, el abogado o abogada encargados de los temas legales dentro de una empresa.

Mi visión es que el problema radica en la forma en que el Derecho alcanza a estos gestores, pues regularmente lo hace a partir de los problemas que aparecen, y casi nunca en función a los problemas que evita o las oportunidades que genera. Además, los servicios legales y temas jurídicos son explicados desde la perspectiva de los abogados, organizados por ramas jurídicas (civil, penal, administrativo, laboral, entre otras) o partiendo de instituciones jurídicas que buscan interpretar la realidad de un problema específico (contratos, procedimientos administrativos, obligaciones, registros, entre otros), y no a partir de las características del propio negocio o su impacto en él. Normalmente, el Derecho no es abordado desde la perspectiva de la empresa, no es explicado como parte de un todo donde lo importante es el negocio, y, por tanto, no es entendido como un elemento primordial del desarrollo de la empresa.

Proponer las mejoras necesarias en la prestación de servicios legales de asesorías jurídicas internas para resolver los problemas antes descritos requiere de un proceso de innovación. Lamentablemente, tal como apunta Destefano, regularmente los abogados no resuelven problemas de forma creativa ni cuentan con habilidades de innovación⁴, situación que dificulta la implementación de soluciones a estos problemas. Si bien implementar mejoras en el desempeño del trabajo legal también supone usar herramientas como *Trello*, *Monday*, *Slack* o *Microsoft Teams*, no puede agotarse ahí, sino que se necesita generar un cambio más profundo, centrado en la propia empresa.

La innovación del sector jurídico pasa por satisfacer las necesidades de la empresa para lo cual, según Susskind, es necesario prescindir de gran parte de la industria legal artesanal actual y reinventar la for-

ma en que se prestan los servicios legales⁵. Por ello, el reto de las asesorías jurídicas internas es innovar, ejercer el Derecho de manera en que no se ha hecho antes⁶, estando dispuestas a pensar un poco diferente sobre ellas mismas y sobre las necesidades de la empresa. Ese cambio ya está sucediendo y debemos adaptarnos a él, proponiendo reformas importantes, siendo agentes de cambio, apasionados por la transformación de la práctica legal, para ponerse de pie y formular ideas innovadoras⁷.

En el caso de las asesorías jurídicas internas, el reto es particularmente especial, pues se encuentran dentro de una estructura corporativa más grande, y tiene la obligación de integrar su visión, objetivos, actividades y resultados a los de la empresa. Por eso, una carrera como abogado de asesoría jurídica interna debería atraer a aquellos que quieren ser parte del *core* de la organización, y no solo realizar trabajo legal.

Actualmente, el sector jurídico se encuentra en transformación y esto se ha producido básicamente por el impulso de las asesorías jurídica internas, las que, de manera sostenida, se han visto obligadas a asumir más trabajo y responsabilidades, pero con menos recursos. Así, impulsadas por los recortes de presupuesto y una mayor complejidad regulatoria, se les exige hacer más con menos. Debido a ello, es importante ser más selectivos con el trabajo, debiendo establecer metodologías y mecanismos de trabajo que permitan ser más eficientes en el cumplimiento de los objetivos de la asesoría jurídica interna. En consecuencia, es indispensable formular e implementar ideas que nos permitan hacer las cosas de manera distinta, es decir, innovar.

Por ello, las asesorías jurídicas internas deben funcionar como intraemprendedores, innovado-

4 Michele Destefano, *Legal upheaval. A guide to Creativity, Collaboration, and Innovation in Law* (Chicago: American Bar Association, 2018), 60.

5 Richard Susskind, *Tomorrow's lawyers. An Introduction to your future* (New York: Oxford University Press, 2017), XIX.

6 Susskind, *Tomorrow's...*, 15.

7 Jack Newton, *The Client Centered Law Firm. How to Succeed in an Experience-Driven World* (Toronto: Blue Check Publishing, 2020), 58.

res que tienen las cualidades y habilidades de un emprendedor, pero buscan crear innovación internamente, dentro de la organización de la cual forman parte⁸.

Pero ahora, si estamos decididos en ser parte de esta transformación, ¿cómo lo hacemos?

2. ¿Cómo proponemos innovar?

Creemos que es necesario reenfocar la forma en que se abordan los temas legales, haciendo resaltar su importancia dentro de la dinámica del propio negocio de la empresa. Este acercamiento debe ser natural, intuitivo y orgánico, haciendo uso de herramientas visuales y un lenguaje sencillo, en base a una estructura construida a partir del propio modelo de negocio. Ciertamente, ya existe una herramienta que hace esto posible: el *Business Model Canvas* (BMC).

El BMC es una herramienta visual que permite describir y analizar el modelo de negocio de la empresa. En realidad, se trata de un concepto simple, relevante y fácilmente comprensible que, al mismo tiempo, no simplifica en exceso el complejo funcionamiento de la empresa⁹, describiendo el modelo de negocio, dividiéndolo en nueve módulos.



Fuente: Alexander Osterwalder y Yves Pigneur, *Generación de modelos de negocio* (Lima: Editorial Planeta Perú, 2019).

Esta herramienta se ha consolidado como un lenguaje compartido que permita fácilmente describir y gestionar los diversos modelos de negocio, y que nos servirá como marco de trabajo para analizar los aspectos legales de la empresa y desarrollar la propuesta de innovación de servicios jurídicos internos. A través del BMC, es posible no solo identificar los aspectos relevantes de su negocio, sino también, a partir de ella, descubrir, identificar y analizar los más importantes temas legales que afectan el modelo de negocio, pues éstos se superponen al propio negocio, y no fuerzan su conocimiento o gestión. De esta manera, el gestor de la empresa encuentra sentido a los temas legales y reconoce su importancia dentro del propio modelo de negocio, tomando consciencia de las contingencias a las que se expone y las oportunidades que le ofrece el Derecho para el desarrollo de sus operaciones. Esta es una de las formas cómo los abogados pueden ser vistos como socios del negocio.

Es importante tener en cuenta que, tal como señaló Susskind, el primer obstáculo para los gestores de la empresa, que no son abogados, es el reconocimiento, es decir, el proceso por el cual alguien sin formación legal se percató que se beneficiaría de la ayuda legal. Sin embargo, los no abogados podrían no saber que están en una situación en la cual hay un problema a ser resuelto, contenido, evitado, o que hay algún beneficio que aprovechar¹⁰.

En este sentido, el *Canvas Legal* es una propuesta para innovar en la prestación de servicios legales que integra el BMC con el Derecho. Para ello, es necesario, primero, conocer los elementos más

8 Destefano, *Legal...*, 25.

9 Alexander Osterwalder y Yves Pigneur, *Generación de modelos de negocio* (Lima: Editorial Planeta Perú, 2019), 15.

10 Susskind, *Tomorrow's...*, 95.

importantes del modelo de negocio en base al BMC, y, después, identificar los temas legales que afectan. Ahora mostramos un prototipo que sirve de modelo para que se adapte a la realidad de cada empresa, incluso de cada sector:

1. **Segmentos de clientes:** Este módulo define los diferentes grupos de personas y organizaciones a los que se dirige una empresa, debidamente agrupados según sus atributos comunes. Así, identificando sus necesidades y características, la empresa puede definir qué le ofrecerá y cómo hacerlo¹¹. Considerando ello, se pueden identificar los temas legales relevantes en función al tipo de clientes que se atiende.

- **¿Estamos protegiendo a nuestros clientes?:** La protección del consumidor, relación de consumo, información, idoneidad, contrato de consumo, cláusulas abusivas.
- **¿Con la segmentación estamos discriminando?:** Discriminación en el consumo y trato preferente.
- **¿Cómo usar legalmente los datos de nuestros clientes, proveedores y colaboradores?:** Las bases de datos y la protección de datos personales.
- **¿Qué debemos tomar en cuenta para contratar con una empresa?:** Elementos del contrato con clientes-empresa.
- **¿Cómo contratamos con Entidades del Estado?:** Registro Nacional de Proveedores - RNP, Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - SEACE y fases del procedimiento de selección.

2. **Propuesta de valor:** El módulo central del BMC describe a los productos o servicios ofrecidos a los segmentos de clientes elegidos,

buscando solucionar sus problemas o satisfacer sus necesidades. Aquí es muy importante distinguir entre aquella que significa una propuesta innovadora o una ya existente en el mercado¹². Aquí es indispensable tomar en cuenta los aspectos legales que afectan directa o indirectamente a la propuesta de valor, especialmente si ésta tiene un carácter innovador o distintivo frente a su competencia.

- **¿Cómo protegemos nuestras innovaciones?:** Patentes de invención y modelos de utilidad, y su rentabilidad.
- **¿Cómo protegemos nuestra distintividad frente a la competencia?:** Signos distintivos, marca, nombre comercial, lema comercial, entre otros.
- **¿Cómo protegemos nuestras obras intelectuales?:** Derechos de autor.
- **¿Cómo promueve el Estado la innovación empresarial?:** Incentivos tributarios a la inversión en innovación.

3. **Canales de distribución:** Una parte muy importante de todo modelo de negocio es la forma en la cual la empresa proporciona su propuesta de valor a los clientes, definiendo los canales de comunicación, distribución y venta, para dar a conocer los productos y servicios, permitir su compra y ofrecer un servicio de atención posventa¹³. Puede ser muy diversa la manera en la que la propuesta de valor llega hasta los segmentos de clientes elegidos, siendo de mucha importancia asegurar legalmente que la propuesta de valor alcanzará efectivamente y de manera sostenible a los clientes. Por ello, las asesorías jurídicas internas deben prestar principal atención a los tipos de canales utilizados.

11 Osterwalder, *Generación...*, 20.

12 Osterwalder, *Generación...*, 22.

13 Osterwalder, *Generación...*, 26

- **¿Cómo gestionamos nuestras tiendas físicas?:** Características y cláusulas principales para la compraventa y arrendamiento de inmuebles y asociación con tiendas de terceros.
 - **¿Podemos usar el comercio electrónico como canal?:** Comercio electrónico, contratación electrónica, firma digital, términos y condiciones del portal de comercio electrónico, política de privacidad, política de *cookies*, autorización de contacto comercial.
 - **¿Qué opciones tenemos para realizar nuestras entregas?:** Gestión Logística de entrega, condiciones generales de uso y contratación de plataformas y servicios de entrega.
4. **Relaciones con los clientes:** Este módulo describe los distintos tipos de relaciones de la empresa con sus clientes, que pueden buscar captarlo, fidelizarlos o estimular las ventas¹⁴, como la publicidad, marketing y gestión de los reclamos. Las actividades realizadas por la empresa para lograr relacionarse más efectivamente con los clientes se encuentran reguladas a través de distintos dispositivos normativos que requieren de un análisis particular para lograr el efecto esperado.
- **¿Cómo hacemos publicidad evitando riesgos?:** Normas sobre publicidad y competencia desleal.
 - **¿Qué nos está permitido en la promoción de ventas?:** Normas sobre promoción de productos servicios.
 - **¿Nuestras prácticas comerciales son agresivas o engañosas?**
 - **¿Cómo gestionamos los reclamos de los clientes?:** Gestión de los reclamos de los clientes y el Libro de Reclamaciones.
5. **Flujo de ingresos:** El flujo de caja generado por las operaciones de la empresa en los segmentos de mercado elegidos permitirá la sostenibilidad del modelo de negocio, siendo necesario definir con claridad el origen de dichos ingresos y los mecanismos de fijación de precios¹⁵. La dinámica de los ingresos generados por el modelo de negocio debe ser cuidadosamente protegido desde la perspectiva legal, cubriendo aquellos aspectos que pueden impactar en ellos, ya sea como riesgos o como ventajas a aprovechar.
- **¿Estamos gestionando correctamente los pagos de nuestros clientes?:** Características del pago, moneda de pago, interés moratorio e interés compensatorio, tarjetas de crédito.
 - **¿Cómo reducimos el riesgo de no pago?:** Hipoteca, garantía mobiliaria y títulos valores.
 - **¿Cómo logramos liquidez en las ventas?:** Factura y recibo por honorario negociable y órdenes de compra de entidades del Estado.
6. **Recursos clave:** El funcionamiento del modelo de negocio también depende de la identificación y protección de los recursos clave de la empresa que permiten crear y ofrecer la propuesta de valor, alcanzar y establecer relaciones con los mercados elegidos y percibir ingresos. Estos recursos claves dependen de la realidad y dinámica de cada empresa, estando entre ellos el propio personal, los equipos, el capital, los insumos, las patentes registradas o adquiridas, entre otros¹⁶. La protección de estos recursos clave debe ser una prioridad en la empresa, por lo que es sumamente importante identificarlos y gestionarlos a través del

14 Osterwalder, *Generación...*, 28.

15 Osterwalder, *Generación...*, 30.

16 Osterwalder, *Generación...*, 34.

cumplimiento de la normativa legal que los regula.

- **¿Cómo protegemos nuestro recurso clave más importante, los colaboradores?:** Relación laboral, contrato de trabajo, reglas generales, beneficios laborales, terminación y despido, contratos de trabajo sujetos a modalidad.
- **¿Qué otras opciones de fuerza de trabajo tenemos para desarrollar nuestras actividades?:** Tercerización laboral, intermediación laboral, locación de servicios.
- **¿Qué opciones tenemos para adquirir maquinarias y equipos?:** Leasing (arrendamiento financiero).
- **¿Cómo gestionamos los acuerdos con terceros que nos ofrecen valor?:** Franquicia y contratos de distribución exclusiva.

7. **Actividades clave:** Este módulo analiza cuáles son las acciones más importantes que debe realizar la empresa para que el modelo de negocio funcione y tenga éxito. Al igual que en el caso del módulo anterior, las actividades clave deben permitir sostener la propuesta de valor, llegar y relacionarse efectivamente con los clientes y ayudar al flujo de ingresos¹⁷.

- **¿Cómo evitamos que nuestras actividades clave sean conocidas por la competencia?:** Acuerdos de confidencialidad, convenios de permanencia, pactos de no competencia.
- **¿Tenemos actividades que pueden ser protegidas como secreto empresarial?:** Normas sobre secreto empresarial.

8. **Asociaciones clave:** En la actualidad las empresas no dependen solo de sus recursos y actividades propios, siendo indispensable gestionar una red de proveedores y socios para el

desarrollo del modelo de negocio. Este tipo relaciones se formalizan a través de alianzas o acuerdos que buscan optimizar los procesos, reducir riesgos y gestionar recursos¹⁸.

- **¿Cómo colaborar estratégicamente entre empresas?:** Contrato de asociación en participación y contrato de consorcio.
- **¿A qué opciones de fuentes de financiamiento podemos acceder?:** *Crowdfunding*, inversores ángeles, *venture capital*, *private equity*.
- **¿Cómo financia el Estado a los emprendimientos?**
- **¿Cómo relacionarnos más efectivamente entre socios?:** Regímenes societarios, pacto social y estatutos, cláusulas de *vesting*, *tag along*, *drag along*.
- **¿Cómo nos relacionamos éticamente con funcionarios públicos, competidores, proveedores y clientes sin poner en riesgo la sostenibilidad?:** *Compliance* anticorrupción, prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, libre competencia.

9. **Estructura de costos:** Este módulo final describe los costos más importantes que genera el funcionamiento del modelo de negocio, los cuales pueden variar según el sector y la específica ventaja competitiva desarrollada¹⁹.

- **¿Qué opciones tenemos para reducir legalmente los costos laborales?:** Régimen laboral de la microempresa, de la pequeña empresa y régimen general.
- **¿Qué opciones tenemos para reducir legalmente los costos tributarios?:** Nuevo régimen único simplificado, régimen especial de renta, régimen Mype tributario, régimen general.

17 Osterwalder, *Generación...*, 36.

18 Osterwalder, *Generación...*, 38.

19 Osterwalder, *Generación...*, 40.

- **¿Cuándo y cómo pagar tasas administrativas al Estado?:** Texto único de procedimientos administrativos (TUPA) y barreras burocráticas.

El *Canvas Legal* permite analizar y aplicar los temas legales desde una perspectiva estratégica y de *management*, directamente dirigida a la protección del modelo de negocio de la empresa. Lo importante es proponer desde los servicios legales internos, metodologías de trabajo y de negocios mucho más ágiles y que puedan brindar mejores soluciones a la empresa, no enfocado en una tarea en particular sino en la visión empresarial. Para ello se necesita conocer y enfocarse en el funcionamiento, las necesidades y los objetivos del negocio, debidamente estructurados en los nueve módulos del BMC.

En este mismo sentido, Destefano señala que ya existe un hastío de que las asesorías legales no tomen en cuenta el negocio en particular, considerando que los abogados hoy deben enfocarse en la empresa, dando consejos de negocios, no solo jurídicos²⁰. El nuevo rol de los abogados debe ser como agentes que trabajen colaborativamente con distintas áreas de la empresa, pero no solo resolviendo problemas, sino también identificando oportunidades²¹. En efecto, si bien se considera clásicamente que el trabajo de las asesorías jurídicas internas se limita a resolver problemas, esta visión ya no se ajusta a la realidad actual, ya que ahora es absolutamente necesario también ayudar a que los gestores de nuestras empresas entiendan mejor sus problemas²², para lo cual es muy importante que conozcamos el modelo de negocio.

Actualmente existe consenso de la necesidad de que los servicios legales deben centrarse en el cliente²³ y, en el caso de las asesorías jurídicas internas, centrarse en el cliente, significa centrarse en el modelo de negocio, y en la forma en la que sus directivos y gestores lo han diseñado. Es sumamente importante analizar cómo el negocio opera, enfocando el trabajo legal en la gestión de riesgo regulatorio legal y explorar las oportunidades que el Derecho ofrece para la sostenibilidad de la empresa. De este modo, el servicio de las asesorías jurídicas internas aporta verdadero valor a la empresa y logra relaciones más sólidas con las áreas, ya que estará más integrado a ellas y al negocio. Esta evolución llevará a considerarlas como aliadas del negocio o *business partners*, y no solo como prestadoras de servicios internos.

Las expectativas de la mayoría de los líderes de los equipos legales, según Susskind, es lograr organizarse para volverse más selectivos, de modo que puedan moverse de ser excesivamente reactivos, a ser más proactivos, anticipándose a los problemas antes que aparezcan, evitando las disputas en lugar de resolverlas²⁴. Justamente la identificación de los temas legales que impactan en los aspectos más importantes del modelo de negocio a través del *Canvas Legal*, y enfocar los esfuerzos en ellos, creemos que les brinda a los equipos legales aquella selectividad que se anhela.

Tal como se puede ver, es perfectamente posible que herramientas de negocios ampliamente conocidas, como el BMC, puedan ser aprovechadas en la prestación de servicios legales de las asesorías jurídicas internas. En buena cuenta, innovar es usar algo nuevo o ya conocido, pero de una manera diferente o dentro de un contexto diferente.

20 Destefano, *Legal...*, 32-37.

21 Destefano, *Legal...*, 39.

22 Destefano, *Legal...*, 142

23 Pueden revisar el libro: Jack Newton, *The Client Centered Law Firm. How to Succeed in an Experience-Driven World* (Toronto: Blue Check Publishing, 2020).

24 Susskind, *Tomorrow's...*, 72.

En palabras de Kennedy, la innovación raramente significa algo completamente nuevo, en la mayoría de los casos, toma ideas existentes y las combina de nuevas formas²⁵. Esto es justamente de lo que se trata el *Canvas Legal*, ya que se construye sobre el BMC, que permite determinar los elementos más importantes del modelo de negocio, y se identifica una red de temas legales que se alinean a éste.

Finalmente, es importante tener en cuenta la propuesta del *Canvas Legal*, que permite gestionar efectivamente los riesgos de la empresa, a partir de su modelo de negocio, y, dentro de este contexto, las asesorías jurídicas internas aportan valor de manera significativa para la sostenibilidad de la empresa.

3. ¿Qué proponemos innovar?

La prestación de servicios legales de las asesorías jurídicas internas a través del *Canvas Legal* exige realizar una labor en tres etapas:

1. **Primera Etapa: Desarrollo del BMC de la empresa.** En caso de que la empresa no cuente con un BMC desarrollado, el equipo legal debe coordinar espacios de trabajo y coordinación con las distintas áreas de trabajo, a fin de identificar los elementos más relevantes del modelo de negocio. En esta etapa, el equipo legal podrá conocer de mejor manera el funcionamiento de la empresa, cómo genera valor y los factores determinantes de su sostenibilidad. Este será el marco de referencia indispensable para que se presten los servicios jurídicos, por lo que es la labor que exige mayor importancia. Aquí se encuentra el reto más grande de las asesorías jurídicas internas.

2. **Segunda Etapa: Desarrollo del *Canvas Legal* de la empresa.** Una vez conocidos los aspectos más relevantes del modelo de negocio, inicia el trabajo jurídico del equipo legal, que consiste en identificar y analizar los temas legales más importantes que impactan el modelo de negocio. Esta labor incluye el análisis de los riesgos que afectan al modelo de negocio y las oportunidades que pueden surgir de la normativa legal aplicable, de modo que puedan ser gestionados eficientemente.

3. **Tercera Etapa: Implementación del *Canvas Legal* de la empresa.** Realizado el *Canvas Legal* de la empresa, ahora corresponde iniciar el trabajo de planificación de su implementación. Esto implica medir la magnitud del trabajo, organizarlo y priorizar los temas, tomando en cuenta las propias prioridades de la empresa, en función a su BMC. De manera progresiva se van haciendo los cambios y propuestas que correspondan, de manera ordenada y llevando el control respectivo de los avances hasta completar todo el *Canvas Legal*.

Si bien este puede ser un trabajo complejo y desafiante, el *Canvas Legal* puede ser gestionado, por las asesorías jurídicas internas, a través del *legal project management*. En efecto, el desarrollo del *Canvas Legal* en la empresa puede ser implementado como un proyecto con contenido legal, de modo que su estructura y dinámica sea ordenada en fases de planeación, definición, ejecución y cierre, etapas clásicas del *project management*.

De manera similar, y siguiendo los mismos principios, el *Canvas Legal* tiene aplicación en la práctica de firmas legales externas y proveedores de servicios legales alternativos (Alternative Legal Service Providers – ALSPs). A través del *Canvas Legal* se puede brindar servicios legales de manera

25 Dennis Kennedy, *Successful Innovation Outcomes in Law. A Practical Guide for Law Firms, Law Departments and Other Legal Organizations* (Columbia: Dennis Kennedy, 2019), 19.

innovadora y centrada en el modelo de negocio de los clientes. Asimismo, el *Canvas Legal* tiene plena aplicación en capacitaciones a equipos legales y gestores de negocio a fin de que sepan identificar los temas legales que puedan impactar el modelo de negocio de sus organizaciones.

El *Canvas Legal* es una propuesta de innovación de servicios legales de asesorías jurídicas internas que puede tener muchas aplicaciones, pues se adapta a la realidad de cada empresa. Además, es solo el punto de partida de una nueva forma de prestación de servicios jurídicos centrada en el modelo de negocio de la empresa, que viene siendo una exigencia recurrente. Es menester ahora de todos los abogados y abogadas analizar la metodología, complementándola a través de un proceso de mejora continua.

El camino de la innovación de los servicios legales es arduo y complicado, pero es necesario transitarlo, aunque pueda implicar cambios en la percepción de nuestro trabajo. Romper ciertos paradigmas o el *status quo* de una labor tan clásica siempre es difícil, pero es necesario asumir ese compromiso, incluso a pesar de que el sendero no sea tan claro, ni se cuente con resultados garantizados. Como bien escribe Michele Destefano, la innovación implica asumir riesgos, significa compartir ideas que no están completas en lugar de aquellas perfectamente desarrolladas, y también ejecutar ideas que son lo suficientemente buenas, a pesar de no ser perfectas²⁶. La innovación es el presente de nuestra profesión, y debemos comprometernos con ella.

Bibliografía

Simon Sinek, *Empieza con el porqué. Cómo los grandes líderes motivan a actuar* (Madrid: Ediciones Urano, 2018).

Michele Destefano, *Legal upheaval. A guide to Creativity, Collaboration, and Innovation in Law* (Chicago: American Bar Association, 2018), 60.

Richard Susskind, *Tomorrow's lawyers. An Introduction to your future* (New York: Oxford University Press, 2017), XIX.

Jack Newton, *The Client Centered Law Firm. How to Succeed in an Experience-Driven World* (Toronto: Blue Check Publishing, 2020), 58.

Alexander Osterwalder y Yves Pigneur, *Generación de modelos de negocio* (Lima: Editorial Planeta Perú, 2019), 15.

²⁶ Destefano, *Legal...*, 151.

Aproximación integral al contrato de *Cloud Computing* en la economía digital

Comprehensive approach to the Cloud Computing contract in the digital economy

Alberto Pulido Lock, Natalia Jara¹ y María Ignacia Torres²

Resumen: En el mundo actual, la transformación digital de las empresas es un paso necesario e impostergable, para que estas sobrevivan en un nuevo mercado digital y golpeado por los cambios que nos trajo la pandemia del coronavirus. En este contexto, la implementación de nuevas soluciones tecnológicas como el *cloud computing*, son claves para facilitar estos procesos de transformación, porque permiten a los clientes almacenar grandes cantidades de datos en una nube que está disponible en todo momento, desde cualquier dispositivo con acceso a la red.

Sin embargo, los contratos que regulan la implementación de esta solución tecnológica no siempre son estudiados con detenimiento, para efectos de determinar los riesgos y ventajas que ofrecen las distintas modalidades de *cloud*. Por esta razón, en este artículo, se propone analizar los riesgos y ventajas de los contratos de almacenamiento en la nube, analizando su naturaleza jurídica desde un enfoque integral que incluya comprender la solución tecnológica y los activos de las empresas que están en juego, específicamente los datos, para identificar y mitigar adecuadamente los riesgos de esta tecnología, a través de una adecuada regulación contractual.

Abstract: *In today's world, the digital transformation of companies is a necessary and unpostponable step, for them to survive in a new digital market hit by the changes brought to us by the coronavirus pandemic. In this context, the implementation of new technological solutions such as cloud computing, are key to facilitate these transformation processes, because they allow customers to store large amounts of data in a cloud that is available at all times, from any device with access to the network.*

However, the contracts that regulate the implementation of this technological solution are not always fully studied, to determine the risks and advantages offered by the different cloud modalities. For this reason, this article proposes to analyze the risks and advantages of cloud storage contracts analyzing its legal nature from a comprehensive approach that includes understanding the technological solution and the company assets at stake, specifically the data, in order to identify and adequately mitigate the risks of this technology through appropriate contractual regulation.

Palabras clave: Computación en la nube - Datos - Datos Personales – Contratos de suministro en la nube – Transformación digital

Keywords: *Cloud Computing - Data - Personal Data - Cloud Supply Contracts - Digital Transformation*

Sumario: 1. Introducción. 2. Almacenamiento en la Nube: Aproximaciones técnicas y jurídicas. 3. Naturaleza Jurídica del Contrato de *Cloud*. 4. El valor de la información en la era de los datos masivos. 5. Datos: El fin último de los contratos de cloud computing. 6. Ventajas y riesgos de la transición a la computación en la nube. 7. Conclusiones.

¹ Abogada de la Universidad de Chile. Asociada del equipo de Energía y TMT en Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría. Diplomado en Protección de Datos Personales de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado Entendiendo China del Instituto de Relaciones Internacionales de la Universidad de Chile. Contacto: Email, natalia.jara@ppulegal.com.

² Abogada de la Pontificia Universidad de Católica de Chile. Asociada del equipo de Corporativo y M&A en Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría. Contacto: Email: mariaignacia.torreso@ppulegal.com.

1. Introducción

La transformación digital es un proceso que se ha visto fuertemente acelerado por la urgencia y necesidad que impuso la pandemia del COVID-19. El confinamiento obligatorio llevó a empresas de todos los rubros a implementar el teletrabajo, muchas sin tener una planificación o estudio previo sobre cómo adoptar exitosamente esta nueva modalidad. Sin embargo, este proceso de implementación fue exitoso, en la mayoría de los casos, gracias a la flexibilidad, la posibilidad de adaptación, la agilidad, el dinamismo y la tecnología que es, y seguirá siendo, nuestro mejor aliado.

De hecho, los nuevos desarrollos tecnológicos y la pandemia cambiaron para siempre la manera cómo trabajamos, pues ahora es muy difícil de imaginar volver a un trabajo cien por ciento presencial, sin tener todas los documentos y herramientas tecnológicas a nuestra disposición, en cualquier momento y desde cualquier lugar. Por esto, la conectividad pasó a ser un aspecto fundamental para toda empresa, ya que hemos aprendido a trabajar en forma remota durante meses prescindiendo de documentos físicos.

La relevancia de la transformación digital de las empresas ha aumentado a niveles tan grandes, que un estudio de *International Data Corporation*³ (*IDC*) *FutureScape: Worldwide IT Industry 2021 Predictions*⁴ indicó que el 65% del PIB mundial estará digitalizado en 2022, impulsando un gasto en TI de 6.8 billones de dólares entre 2020 y 2023. En efecto, Latinoamérica va en camino a tener el 40% de su PIB digitalizado para el 2022, generando un gasto en TI de 460 mil millones de dólares entre 2020 y 2023, del cual un 35%, estará relacionado con la nube.

Por esta razón, Rick Villars, vicepresidente del grupo de investigación mundial de *International Data Corporation*, concluyó: “*la pandemia COVID-19 puso de manifiesto que la capacidad de adaptarse y responder rápidamente a las interrupciones imprevistas del negocio será un factor determinante del éxito en nuestra economía cada vez más digitalizada. Un gran porcentaje de los ingresos de una empresa futura depende de la capacidad de respuesta, escalabilidad y resistencia de su infraestructura, aplicaciones y recursos de datos*”⁵. Es decir, la economía y las empresas, requieren implementar, rápidamente, un proceso de transformación digital y, en dicho proceso, deberán contratar nuevas tecnologías, como el almacenamiento en la nube o “*cloud*”, para transitar exitosamente hacia un nuevo modelo de trabajo con conectividad total.

Por consiguiente, este artículo tiene por objetivo demostrar que el análisis conjunto de la solución tecnológica a implementar, específicamente el modelo de servicio a contratar (SaaS, PaaS, IaaS) con el tipo de datos que se almacenarán en la nube, son fundamentales al momento de elegir o negociar las condiciones del contrato de *cloud*. Pues, independiente que se trate de un contrato libremente negociado o de adhesión, es esencial tener una mirada integral entre solución tecnológica y los activos de la empresa, para escoger adecuadamente al proveedor del servicio de *cloud* y satisfacer realmente las necesidades de la empresa.

Para lograr este objetivo, en la primera sección, se expondrán las características del *cloud computing* y el contrato que regula la implementación de esta tecnología. Asimismo, se analizará el contrato de almacenamiento en la nube con las figuras contractuales civiles y comerciales típicas, para efectos de facilitar su comprensión e interpreta-

³ *International Data Corporation*, la principal firma mundial en inteligencia de mercado, servicios de consultoría y eventos para los mercados de Tecnologías de la Información, Telecomunicaciones y Tecnología de Consumo.

⁴ Rick Villars y otros, 2021. “*IDC FutureScape: Worldwide IT Industry 2021 Predictions*” *International Data Corporation*. Acceso 28 de mayo de 2021. Disponible en: <https://www.idc.com/getdoc.jsp?containerId=US46942020&pageType=PRINTFRIENDLY>

⁵ *Ibid.*

ción en casos complejos. Posteriormente, en la segunda sección, se desarrollará un breve análisis de los datos como activos valiosos para la empresa y que, dependiendo de su contenido, pueden existir otros elementos normativos a considerar en el contrato de *cloud*. Por último, en la tercera sección, se realizará un análisis sobre el impacto de comprender los riesgos de la solución tecnológica, en conjunto con los riesgos de la transacción, originados por el tipo de dato de que se trate.

2. Almacenamiento en la Nube: Aproximaciones técnicas y jurídicas.

En el contexto de la transformación digital, tecnologías como la nube o “*cloud*” son claves, porque nos permiten transformar digitalmente a empresas y espacios de trabajo gracias a una gran capacidad de almacenamiento de datos e información, disponible en todo momento, desde cualquier dispositivo con acceso a la red.

En este contexto, según distintos especialistas, actualmente la nube es infraestructura crítica necesaria para operar una empresa. Sin embargo, ¿en qué consiste exactamente esta nueva tecnología que revolucionó la capacidad de almacenamiento y el acceso de la información? El Instituto Nacional de Estándares y Tecnología (“NIST”) de Estado Unidos, define la computación en nube como “*un modelo que permite el acceso en red, cómodo y a la carta, a un conjunto compartido de recursos informáticos configurables (por ejemplo, redes, servidores, almacenamiento, aplicaciones y servicios) que pueden ser rápidamente aprovisionados y liberados con un mínimo esfuerzo de gestión o interacción con el proveedor de servicios*”⁶.

En otras palabras, consiste en un servicio digital por el cual un proveedor pone a disposición del usuario recursos informáticos a través de internet, permitiéndole procesar, gestionar, compartir, acceder y almacenar su información, datos o aplicaciones conforme a sus necesidades en tiempo real, a modo de autoservicio, sin que el usuario deba adquirir o mantener la infraestructura soporte física ni digital.

En la literatura, el *cloud computing* es una tecnología que posee cinco características esenciales. Primero, es un tipo de **autoservicio bajo demanda**, porque el consumidor dispone unilateralmente de las capacidades informáticas, según sus necesidades. Segundo, por entregar **acceso a la red on-demand**, se puede acceder a sus servicios a través de mecanismos estándar como computadores, *tablets* o teléfonos móviles. Tercero, la **puesta en común de recursos**, que permite a múltiples consumidores servirse de la plataforma mientras que los recursos son asignados de manera dinámica en función de la demanda de los consumidores, esto implica que el cliente del sistema de almacenamiento generalmente no tiene control sobre la ubicación exacta de los recursos que se le proveen. Cuarto, **elasticidad rápida**, que implica que las capacidades pueden aprovisionarse y liberarse rápidamente o incluso automáticamente, para escalar hacia dentro o fuera en función de la demanda. Quinto, es un **servicio medido**, que controla y optimiza automáticamente el uso de recursos aprovechando su capacidad de medición según un nivel de servicio, como el almacenamiento, procesamiento, ancho de banda o cuentas de usuario activas⁷.

Por otro lado, cabe destacar que la nube o *cloud computing* usualmente se provee en tres modali-

6 Mell, Peter; Grance, Timothy. 2011 “*The NIST Definition of Cloud Computing*”. Instituto Nacional de Estándares y Tecnología. Acceso 27 de mayo de 2021. Disponible en: <http://faculty.winthrop.edu/domanm/csci411/Handouts/NIST.pdf>

7 Mell, Peter; Grance, Timothy. 2011 “*The NIST Definition of Cloud Computing*”. Instituto Nacional de Estándares y Tecnología. Acceso 27 de mayo de 2021. Disponible en: <http://faculty.winthrop.edu/domanm/csci411/Handouts/NIST.pdf>

dades de implementación, según el tipo de servicio que se está contratando. A saber:

1. **Infraestructura como Servicio** (“IaaS”): Esta modalidad consiste en proporcionar al cliente la infraestructura y otros elementos de hardware desde una modalidad virtual. Es decir, se facilita la maquinaria y los servidores, para que el cliente pueda almacenar en forma virtual sus archivos y datos digitales en una infraestructura que administra el proveedor del servicio *cloud*⁸. En este caso, el cliente no gestiona, ni controla, la infraestructura de la nube, pero sí tiene control sobre los sistemas operativos, el almacenamiento y las aplicaciones desplegadas, e, incluso en ciertos casos, posiblemente un control limitado de determinados componentes de red.
2. **Plataforma como Servicio** (PaaS): Esta modalidad permite desplegar en la nube aplicaciones creadas o adquiridas por el cliente, utilizando herramientas soportadas por el proveedor⁹. El cliente no gestiona ni controla la infraestructura de la nube, pero sí las aplicaciones y, posiblemente, los ajustes de configuración del alojamiento de aplicaciones.
3. **Software como servicio** (SaaS): En esta modalidad se contrata un software ofrecido como un servicio. Es decir, contrata un “*entorno operativo completo con aplicaciones, administración o interfaz del usuario*”¹⁰.

Entre estos modelos de *cloud*, existe una clara tendencia a preferir el modelo SaaS. En efecto, para el año 2018 -pre pandemia- se preveía un 59% de los servicios de almacenamiento en la nube como

SaaS, frente a un 28% de modalidad IaaS y 13% de la modalidad PaaS.

Por consiguiente, podemos concluir que, en esencia, la nube es una tecnología que permite al usuario almacenar información, compartirla y acceder a ella en todo momento. Asimismo, permite procesar la información almacenada, permitiendo generar bases de datos, reproducir aplicaciones y también desarrollar softwares y aplicaciones. Sin perjuicio de ello, los modelos de *cloud* se distinguen según la capacidad de almacenamiento y gestión de datos e información que se le entrega al usuario, los servicios que puede acceder y el nivel de control sobre los sistemas operativos de la nube y configuraciones.

Atendido lo anterior, si bien, la clasificación evidencia que el contrato de *cloud* puede tomar distintas formas, todos tienen una misma base. Así, se puede definir como aquel instrumento jurídico que regula la modalidad de *cloud* elegida por el usuario, estableciendo los derechos y deberes del prestador de la solución tecnológica y su cliente. No obstante, no se encuentra regulado en la legislación chilena y, por ende, es necesario caracterizarlo conforme a las clasificaciones del derecho civil y mercantil, para comprender los derechos y obligaciones de las partes.

3. Naturaleza Jurídica del Contrato de *Cloud*

Como veníamos adelantando, el objeto del contrato de *cloud*, la prestación, será diferente según tipo de servicio que se le entrega al cliente. La distinción que realizamos anteriormente, en cuanto a si es un contrato que provee de infraestructura

8 Navas Navarro, Susana, 2016. “El almacenamiento de los datos “*cloud computing*” al ADN Sintético”. En: Mercado Digital Principios y Reglas Jurídicas. Tirant Lo Blanch, p. 42.

9 *Ibid.*

10 Navas Navarro, Susana. *El almacenamiento de los datos “cloud computing” al ADN Sintético*. En: Mercado Digital Principios y Reglas Jurídicas. Tirant Lo Blanch, p. 42. 2016.

(IaaS), plataforma (PaaS) o software (SaaS) tiene implicancias jurídicas además de técnicas.

El tipo de servicio contratado determinará en gran medida la distribución de obligaciones y responsabilidades entre proveedor y cliente. Aunque no será un tema estático, pues no existe un modelo único para cada tipo de servicio, y porque, al ser un servicio tecnológico, está en constante evolución y desarrollo. Los servicios descritos (SaaS, PaaS e IaaS) no son los únicos modelos que existen, además en la práctica en un mismo contrato puede convenirse la prestación mixta de servicios. Sin embargo, aun con sus diferencias, tienen un elemento en común: la contratación de recursos computacionales de forma escalable, a los cuales se accede a través de Internet, y que se gestiona a modo de autoservicio.

Si bien no existe regulación específica, nacional o internacional, para determinar el alcance de las obligaciones en este contrato, las normas generales del derecho comercial y civil nacionales son plenamente aplicables. Con lo cual, debemos analizar las características del contrato y sus figuras afines. De este modo, podremos establecer cuáles son sus puntos más relevantes, los cuales pueden cambiar toda la estructura de derechos y obligaciones que emanan del contrato de *cloud*.

Para llegar a la naturaleza jurídica del contrato de *cloud*, dividiremos este capítulo en dos. Primero, veremos los contratos típicos que guardan similitudes con el contrato de *cloud*, para dirimir qué normas podrían aplicarle por medio de una interpretación analógica de la ley. Luego, estudiaremos desde la perspectiva de la clasificación de los contratos, las características particulares de los contratos de *cloud*, para enmarcar los derechos, obligaciones y responsabilidad aplicables.

No obstante, desde ya, adelantamos que, en nuestra opinión, el contrato de *cloud* se configura por una figura atípica y compleja de prestación de ser-

vicios que, si bien guarda semejanzas con contratos típicos, tiene una naturaleza distinta de la que emanan derechos y obligaciones propias. Estos tendrán matices o grados de exigibilidad en atención al tipo de servicio contratado, los datos que han de almacenarse en la nube, y las necesidades y recursos del cliente.

3.1 Figuras afines al Contrato de *cloud*

Antes de comenzar esta sección, es menester aclarar que, si bien existen otras figuras contractuales asimilables al contrato de *cloud*, como el contrato de *outsourcing* tecnológico, el contrato de host, o el contrato de suministros mercantil, para efectos de este artículo solo analizaremos las semejanzas del contrato de *cloud* con los contratos de depósito y arrendamiento, dado que son los que se encuentran regulados en el marco jurídico chileno.

Esta comparación la haremos tomando el objeto del contrato de *cloud* para determinar qué contratos típicos tienen una regulación similar y, por ende, podrían dar luces en casos complejos para interpretar el contrato de almacenamiento. Esto sin perder de vista de que el objeto del contrato está íntimamente relacionado con el valor de la información y los datos que se subirán a la nube.

Como mencionamos anteriormente, el objeto del contrato de *cloud* se configura por los servicios que se contratan a través de él. Estos se pueden sintetizar en lo siguiente: procesar, gestionar, compartir, acceder y almacenar su información, datos o aplicaciones a través de Internet.

El primer contrato típico que analizaremos tiene relación con el servicio de almacenamiento de cosas, las cuales deben cuidarse y restituirse al término del contrato. Esta figura existe en nuestro derecho como depósito, regulado en la ley civil y mercantil. El artículo 2211 del Código Civil Chileno define el depósito como aquel “*contrato en el*

*que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie*¹¹.

En la definición anterior encontramos dos elementos que coinciden con el contrato de *cloud*. Por un lado, el *confiar* una cosa, en una persona para que esta la *guarde*, por otro lado, la obligación de custodia y debido cuidado que ha de tener el depositante para luego restituir las cosas en especie.

No obstante, el contrato de depósito recae sobre cosas corporales, y bien sabemos que, en el contrato de *cloud*, la cosa que se entrega para su guarda y custodia son bienes inmateriales¹², y la entrega consiste en la migración de datos desde un ordenador a otro. A pesar de las evidentes diferencias entre ambos contratos, y las limitaciones del clásico contrato de depósito para contener lo complejo del contrato de *cloud*, la comparación nos parece útil a efecto de vislumbrar el estándar de responsabilidad que tiene el proveedor de *cloud* respecto de los datos almacenados en la nube.

En ese sentido, el artículo 248 del Código de Comercio¹³ establece que el depositario es responsable de la custodia y conservación de los efectos que se pongan bajo su cuidado, tiene la obligación de indemnizar cualquier daño o pérdida que se produzca mientras las cosas existen en su poder, y solo puede exonerarse de responsabilidad probando que el daño se produjo a causa de un

caso fortuito o por vicio inherente a las mismas mercaderías. Esta norma podría sernos útil en un caso de pérdida o daño a la información almacenada por un contrato de *cloud*, en caso de que la materia no esté específicamente regulada por el propio contrato.

Por otra parte, la ley mercantil establece que “*el depositario que hace uso de la cosa depositada, aun en los casos que se lo permita la ley o la convención, pierde derecho a la retribución estipulada o la usual*”¹⁴. Este artículo es interesante de analizar en el caso de un contrato de *cloud*, porque en caso de aplicarse, el proveedor de los servicios perdería derecho a su retribución si es que llegase a utilizar los datos guardados en la nube, cosa que es bastante usual en los contratos de *cloud* y que en la mayoría de ellos se permite expresamente al proveedor hacer uso de la información para variados fines¹⁵.

Sin embargo, el contrato de *cloud* es mucho más complejo que el de depósito, pues nos permite acceder y gestionar las cosas almacenadas en la nube. En este sentido, mediante el contrato de *cloud*, el cliente accede a una infraestructura digital, aspecto que, en ningún caso, podría ser parte del contrato de depósito. En otras palabras, almacenar contenido en la nube es uno de los elementos esenciales del contrato de *cloud*, pero no es el único, ya que también son cosas esenciales a este

11 Código Civil Chileno, Artículo 2211.

12 En general, los datos son difíciles de clasificar desde el punto de vista civil, porque no son cosas corporales, ya que, no tienen un ser real, capaz de ser percibido por los sentidos; pero tampoco son una cosa incorporeal, porque no consisten en meros derechos. Artículo 565 del Código Civil. Sin embargo, para efectos del presente artículo, sólo nos limitaremos a reconocer que los datos son bienes o activos inmateriales, porque no son corpóreos. y tampoco consisten en meros derechos.

13 Este artículo que regula las obligaciones del comisionista es aplicable al depósito mercantil según lo dispuesto en el artículo 808 del Código de Comercio.

14 Código de Comercio Chileno, Artículo 810.

15 A modo de ejemplo, citamos la licencia de uso de la información del usuario que exige Google en los Términos y Condiciones de sus aplicaciones, incluida su nube o “Google Drive”: “*Esta licencia abarca su contenido está protegido por derechos de propiedad intelectual. Esta licencia permite a Google: alojar, reproducir, distribuir, comunicar y usar su contenido; por ejemplo, para guardarlo en nuestros sistemas y acceder a él desde cualquier lugar*”. Disponible en: <https://policies.google.com/terms?hl=es-419>

tipo de contrato la posibilidad de acceder, compartir, gestionar y procesar la información.

Por eso, otro contrato típico que es equiparable a este tipo de servicio es el contrato de arrendamiento. En este caso, lo arrendado es el espacio virtual, la infraestructura, que permitirá al cliente acceder, gestionar y compartir los datos como estime conveniente. Recordemos que este espacio virtual es también un espacio físico o centro de datos (servidores). Un lugar que puede estar ubicado en cualquier lugar del mundo al que el cliente accede solo a través de un dispositivo con conexión a internet.

Recordemos que el arrendamiento es un contrato por el cual se concede el goce sobre una cosa, que puede ser corporal o incorporeal, mientras pueda usarse sin consumirse¹⁶. La calificación del contrato de *cloud* como un arrendamiento de cosa, tiene, a su vez, interesantes posibilidades a la hora de interpretar el alcance de las obligaciones de las partes en este tipo de relación comercial. Respecto del proveedor, es útil el artículo 1924 del Código Civil, que establece las obligaciones del arrendador (proveedor en este caso), las cuales son: (i) La entrega de la cosa; (ii) mantenerla en estado de servir; y, (iii) librar al arrendatario (usuario) de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada.

Nos parece acertado que a un proveedor de servicios en la nube se le exija garantizar el acceso a la nube en todo momento, o “mantenerla en estado de servir”, y también librar al usuario de toda turbación en el servicio. Si en el contrato de *cloud* no se establecen estas obligaciones para el proveedor, podríamos entender que son elementos de la naturaleza del contrato y que, por tanto, se encuentran incluidos en él sin necesidad de mención expresa. Así, el cliente podría argumentar que una falla en el servicio o una caída del sistema le da

derecho a ser indemnizado de todo perjuicio. Lo anterior, es de gran relevancia si consideramos que los sistemas computacionales son esenciales para el funcionamiento de la empresa moderna y que este tipo de riesgos pueden producir importantes pérdidas para cualquier negocio.

Sin embargo, este contrato tampoco es suficiente para abarcar todas las implicancias que tiene un contrato de *cloud*, sobre todo considerando la importancia de la información que el cliente resguarda en la nube. En un contrato de arriendo típico no existe un deber de cuidado para con las cosas que se guarden dentro de la infraestructura arrendada, lo cual resulta inconcebible si pensamos en la importancia que tienen los datos para una empresa.

En conclusión, el contrato de *cloud* es complejo y no encaja perfectamente en ninguna figura contractual tradicional, aunque si tiene ciertos elementos comunes con ciertos contratos típicos. Por esta razón, hay quienes postulan que se trata de un contrato híbrido, que combina elementos de distintos contratos. No obstante, la variabilidad de servicios que pueden ofrecerse a través de este contrato hacen que la única solución sea determinar que es un contrato completamente independiente de otros, atípico y complejo, con su propia naturaleza jurídica.

3.2 Características y clasificación del contrato de *cloud*

Para desentrañar esta naturaleza jurídica particular, y así establecer los elementos de la esencia, naturaleza y accidentales del contrato de *cloud*, a continuación, realizaremos un breve estudio de las características del contrato, enmarcándolo dentro de las clasificaciones generales del contrato contenidas en los artículos 1439 y siguientes del

16 Código Civil Chileno, Artículos 1915 y 1916.

Código Civil, y otras clasificaciones doctrinarias relevantes.

En primer lugar, es un contrato bilateral, pues las partes se obligan recíprocamente. Por el lado del proveedor, es claro que este se obliga a prestar los servicios de *cloud* según la modalidad pactada. El cliente, por otro lado, estará obligado a utilizar la plataforma del servicio conforme a las condiciones de uso del propio proveedor y la ley. Otro tipo de obligaciones para el cliente varían según cada contrato, por ejemplo, puede pactarse una prestación de dinero a cambio por los servicios.

Sin perjuicio de ello, la bilateralidad del contrato de *cloud* no implica que las partes estén en igualdad de condiciones para negociar las prestaciones a las que quedarán obligados. Es por esta desigualdad en las condiciones de las partes que, muchas veces, los contratos de *cloud* toman la forma de contrato de adhesión, en el cual el cliente no tendrá poder para negociar las cláusulas del contrato. Por lo tanto, en este punto es relevante reconocer que, en ciertos casos, la única libertad que tendrá el cliente del servicio de *cloud* será la de celebración y no del contrato. Por lo mismo, si la modalidad no le satisface sus necesidades, lo recomendable será cambiar de proveedor y optar por aquel que ofrezca mejores condiciones.

En tercer lugar, el contrato de *cloud* es oneroso porque “*tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro*”¹⁷. Como ya adelantábamos, en muchos de los casos el cliente pagará una suma de dinero por el servicio, ya sea con un pago único o, lo que es más común, mediante un cargo periódico (similar a un arrendamiento). Sin embargo, muchos proveedores parecen ofrecer el acceso “gratuito” a la nube, ya que no debe pagarse una suma de dinero. No obstante, esto no quiere decir que el contrato sea, en esencia, gratuito, pues el provee-

edor sí obtendrá alguna utilidad a partir del contrato, por ejemplo, el acceso o una licencia de uso sobre los datos del cliente, lo cual, como se explicará en la siguiente sección, puede ser aún más valioso que un pago en dinero.

En cuarto lugar, el carácter mercantil o civil del contrato va a depender de quién sea el cliente. Por lo tanto, no es de la esencia del contrato de *cloud* el ser caracterizado como mercantil. De hecho, muchos los proveedores de *cloud* contratan con privados no comerciantes, en cuyo caso, el contrato será civil. Si el cliente es una empresa, en cambio, el contrato será de naturaleza mercantil, pues se integrará a su actividad empresarial. Si bien esta clasificación no es parte de la esencia del contrato de *cloud*, es relevante para distinguir la normativa aplicable al momento de interpretar sus disposiciones.

Por último, es relevante destacar que es un contrato de tracto sucesivo, es decir, tiene un cumplimiento que se va desarrollando durante un lapso prolongado de tiempo, produciendo una relación contractual de cierta permanencia. En efecto, es usual que en los contratos de *cloud* se incluya una cláusula de “tácita reconducción”, por la cual, los efectos del contrato se van renovando por periodos similares de tiempo si las partes nada dicen en sentido contrario.

Esta característica es relevante, porque un problema común para los clientes de este servicio es la dependencia de sus proveedores, y la poca claridad en cuanto a la terminación del contrato o expiración de los servicios. Una posible estrategia para mitigar este riesgo de dependencia puede ser el de contratar servicios de varios proveedores, de modo que ninguno tenga el poder de dismantelar o eliminar sus cuentas con todos los datos dentro.

3.3 Labor interpretativa.

17 Código Civil Chileno, Artículo 1440.

Al finalizar nuestro análisis sobre la naturaleza jurídica del contrato de *cloud*, hemos podido apreciar cómo sus distintas interpretaciones pueden generar efectos muy diferentes en cuanto al régimen de derechos y obligaciones de las partes. De ahí la importancia de la labor interpretativa de las cláusulas del contrato, con foco en el tipo de servicios que van a requerirse y los datos que van a almacenarse.

En consecuencia, es posible concluir que el contrato de *cloud* es un contrato de prestación de servicios atípico complejo, pues sus prestaciones no pueden enmarcarse en ningún contrato regulado, porque tiene una naturaleza propia y compleja en cuanto a su estructura base y combinaciones. Sin embargo, por sus características principales y las normas generales en la clasificación de los contratos, hemos podido definir sus elementos esenciales, de la naturaleza y accidentales. Con esta estructura base, podremos evaluar con mayor detalle las necesidades del cliente en particular y cómo satisfacerlas mitigando los riesgos que existen al entregar a un tercero la custodia de datos y sistemas claves en el funcionamiento de la empresa.

4. El valor de la información en la era de los datos masivos.

Actualmente, el valor de la información ha aumentado exponencialmente gracias a los importantes avances tecnológicos vinculados con la recopilación y almacenamiento de todo tipo de datos, los cuales pueden provenir de todo tipo de fuentes, como sensores, *smartwatches*, *smartphones*, correos electrónicos, etc. Asimismo, se han desarrollado importantes avances en las tecnologías de procesamiento, las cuales permiten realizar tratamientos de grandes volúmenes de datos -también conocido como “macrodatos”-, a una

gran velocidad, lo cual permite obtener información de gran valor para automatizar procesos, ofrecer productos y servicios en forma customizada a los clientes y, en general, potenciar un modelo de negocios preexistente en el contexto del mercado digital.

En este contexto, es imprescindible reconocer que los datos se han transformado en un activo intangible de gran valor para las empresas, porque permiten a cualquier negocio que se desenvuelve en una economía digital, prosperar, obtener ventajas competitivas, mejorar sus procesos, optimizar las experiencias de los clientes, etc; y, en consecuencia, garantizar su adecuada protección y almacenamiento es fundamental para resguardar la integridad de un modelo de negocios o la posición de un actor en el mercado.

Atendido lo anterior, cuando se negocien y celebren contratos de *cloud computing*, no solo será necesario tener presente la naturaleza jurídica o las obligaciones que nacen del instrumento que regula la relación entre el proveedor del servicio y el usuario, sino también el valor de los datos que se almacenará en la nube, ya que el nivel de confidencialidad, protección o niveles de acceso a la información son elementos relevantes al momento de determinar los términos y condiciones del servicio que se contrata.

5. Datos: El fin último de los contratos de cloud computing.

En general, los datos se han definido como la “*información sobre algo concreto que permite su conocimiento exacto o sirve para deducir las consecuencias derivadas de un hecho*”¹⁸. De esta manera, existe una directa relación entre el concepto dato con la información, ya que el dato es la forma en que

18 Real Academia Española, s.v. “dato”, actualización 2020, <https://dle.rae.es/dato>.

un conocimiento, comunicación o contenido, se expresa en algo comprensible o interpretable.

Ahora bien, en virtud de la propia definición de dato, es posible concluir que estos pueden provenir de cualquier fuente – como encuestas, sitios web, drones, dispositivos conectados a la red, etc.- y, pueden expresarse mediante diversos soportes –imágenes, libros, videos, mensajes, pedidos, visitas a un sitio web-. Por ende, tienden a acumularse en la medida que los avances tecnológicos facilitan su recolección y procesamiento¹⁹.

Sin embargo, para otorgarles valor y transformarlos en un activo de utilidad para una empresa, estos datos necesariamente deben ser recopilados, organizados y procesados, de forma que faciliten la extracción de información. Para esto, generalmente se utilizan “metadatos”, los cuales se definen como una “*descripción estandarizada de las características de un conjunto de datos*”²⁰, para que sea posible “ubicar” y extraer conocimientos de valor, según las preguntas o necesidades del interesado en el procesamiento de los datos recolectados.

En este punto, surge el denominado “ciclo de vida del dato”, el cual consiste en un proceso que tiene por objeto transformar datos en información, dicha información en conocimiento y, finalmente, dicho conocimiento en comprensión, mediante diversas actividades de procesamiento. Todo procesamiento de datos responde a una pregunta o necesidad determinada por una empresa, investigador, u órgano público, que busca conocer de mejor forma su propia realidad y, en definitiva, explicar y gestionar el mundo a través de los datos²¹. Por tanto, dependiendo de las capacidades

y el objetivo que tenga la persona o entidad que realice el procesamiento de datos, el conocimiento extraído puede variar e incluso, puede mejorar o ser utilizado en contra de quien originalmente había realizado una recopilación de información para su negocio.

Por esta razón, para efectos del presente artículo, es relevante tener presente que cualquier persona que tenga acceso a una base de datos, incluido un proveedor de servicios *cloud*, puede realizar un procesamiento no autorizado de los datos, lo cual puede generar, en sí mismo, un perjuicio para el dueño de la base de datos. Pues, toda información puede ser utilizada en favor o en contra de quien originalmente tenía un derecho sobre esta. De esta manera, cuando se celebre un contrato de *cloud* será necesario evaluar cuáles serán los estándares de seguridad de la información que asumirá el proveedor del servicio y, regular expresamente, cuáles son los límites que se le exigirán al proveedor, en términos del acceso y uso de la información almacenada en la nube.

Con todo, previo a desarrollar el alcance de las obligaciones de un proveedor de un servicio *cloud*, es necesario exponer brevemente cómo pueden clasificarse los datos que una empresa recopila en el desarrollo de su negocio. El objetivo de esta exposición es identificar si existen riesgos asociados a ciertas categorías de datos que deben ser mitigados en los contratos de *cloud*, así como identificar algunas exigencias normativas especiales asociadas al contenido de los datos almacenados en la nube.

19 En la literatura se habla de un verdadero de “diluvio de datos”, el cual se acrecienta por el desarrollo de tecnologías como el Internet de las Cosas, redes sociales, plataformas digitales, etc.

Puyol, Javier, 2015, *Aproximación jurídica y económica del Big Data*, Tirant Lo Blanch, 2015, p. 9.

20 Real Academia Española, s.v. “metadatos”, actualización 2020, <https://dpej.rae.es/lema/metadato>.

21 Datificación: Es una tendencia tecnológica relacionada con el Big Data en virtud de la cual se busca gestionar el mundo desde la información.

Puyol, Javier, Op. Cit., p. 10.

5.1 Clasificación según su importancia o sensibilidad.

Por otra parte, los datos se pueden clasificar según su nivel de importancia o sensibilidad, conforme a los perjuicios que podría generar su filtración, divulgación no autorizada, pérdida o robo. Este criterio, se puede expresar de diversas formas, ya que, las instituciones o empresas son libres de clasificar en base a los niveles de criticidad o confidencialidad de la información.

Para ilustrar el ejercicio de clasificar los datos según su importancia, se tomarán como referencia las categorías utilizadas por el Instituto Nacional de Estándares y Tecnología (“NIST”) de Estado Unidos, en la cual se identifica la criticidad baja, media y alta. Sin perjuicio que, como se advertía anteriormente, existen distintos criterios de clasificación igualmente válidos²².

Los datos de **criticidad baja** son aquellos que son comúnmente conocidos por cualquier persona o empleado de organización y, cuya modificación no autorizada, puede ser reparada fácilmente sin comprometer los intereses de una organización²³. La **criticidad media**, consiste en aquellos datos e información que la propia organización la cataloga como “reservada”, porque es utilizada por algunos empleados dentro de la organización, sin ser este grupo necesariamente “selecto”. Es decir, es reservada para los terceros y en general, para diversos empleados de la empresa que no necesitan conocer su contenido para realizar sus labores²⁴. Este nivel de criticidad supone un mayor riesgo que el leve para organización, porque el uso no

autorizado puede comprometer los intereses de la empresa y, en caso de pérdida (temporal o definitiva), puede generar daños significativos sus operaciones. Por último, la **criticidad alta** está relacionada con un secreto, que solo es conocido por un grupo selecto de la organización -por ejemplo, altas gerencias, jefes de áreas o proyectos-, ya que, tanto su divulgación no autorizada, como pérdida, puede generar daños significativos y permanentes a la organización²⁵.

Por consiguiente, se puede concluir la importancia de preparar la celebración de un contrato de *cloud* considerando el valor de la información que el cliente busca almacenar en la nube. En efecto, es trascendental conocer la importancia de los datos, el nivel de confidencialidad que se debe guardar en virtud de su contenido, cuáles son los niveles de acceso a la información disponible en la nube, y si será necesario exigir respaldos de seguridad para evitar pérdidas económicas relevantes para la empresa si los datos sufren daños irreparables²⁶.

5.2 Clasificación según su contenido.

Por último, también es relevante clasificar los datos de la empresa según su contenido, específicamente si consisten en bases de datos personales, pues esto impone un marco normativo más exigente para el responsable de los datos, que, en este caso, corresponderá al cliente que busca almacenar sus datos en la nube. De esta manera, a diferencia de lo que ocurre cuando se tratan datos no personales, las legislaciones normalmente exigen obligaciones adicionales que serán relevantes

22 Esta clasificación ha sido implementada por los departamentos de seguridad en Estados Unidos y en Reino Unido (se distingue en este caso entre la información oficial, secreto y alto secreto).

Información disponible en: Almagro, Luis, 2019: “La clasificación de los datos”, *Revista White Paper Series*, Edición 6, 10-11.

23 Almagro, Luis, 2019, “La clasificación de los datos”, *Revista White Paper Series*, Edición 6, 12.

24 *Ibid.*

25 *Ibid.*

26 Amazon Web Services (AWS), *Data Classification* (Amazon, 2020), https://d1.awsstatic.com/whitepapers/compliance/AWS_Data_Classification.pdf

en los contratos de *cloud*, como el consentimiento previo y por escrito del titular de los datos personales o que la empresa responsable informe a los titulares sobre las condiciones de su tratamiento, incluida la posibilidad de que estos sean almacenados en una nube, cuyos servidores podrían encontrarse en el extranjero.

Atendido lo anterior, es necesario definir el concepto de datos personales para distinguirlos de aquellos datos cuyo tratamiento no tiene una regulación normativa especial. Para esto, tomaremos la definición del Reglamento General de Protección de Datos, con el objeto de optar por un instrumento referente en esta materia, independiente que puedan presentar variaciones mínimas respecto del resto de las legislaciones en Latinoamérica. Así pues, los **datos personales** consisten en *“toda información sobre una persona física identificada o identificable; se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador²⁷”*. Por ende, lo esencial es que se trate de información que identifique o permita identificar la identidad de una persona natural, como su imagen, su número de identificación nacional, el número de un pasaporte, nombre, domicilio, nacionalidad, sexo, hábitos de compra, dirección IP, etc.

A *contrario sensu*, serán **datos no personales** toda información que no identifica o no permita identificar -ni aún con ingeniería inversa- a una persona natural. Por ejemplo, información de las empresas o modelos de negocios, contabilidad de una empresa, datos anonimizados, datos estadísticos, estudios científicos, etc.

En general, el tratamiento de la información no personal no siempre se encuentra regulada en las legislaciones. Sin perjuicio que, en ciertas circuns-

tancias, los datos no personales pueden ser tanto o más valiosos que los datos personales, como en los casos que están protegidos por secretos empresariales, constituyen un *know-how* valioso de la empresa, consisten en información financiera, etc. Por lo mismo, pese a que su procesamiento no requiere de una fuente de licitud, ni tampoco tiene otro tipo de limitaciones -como requisitos para su transferencia internacional o derechos de acceso, información, rectificación, etc.-, es igualmente importante entender que su contenido puede requerir de medidas especiales en un contrato de almacenamiento en la nube.

5.3 Tratamiento de datos personales

Ahora bien, retomando la importancia del marco normativo que regula el contenido de los datos personales, en este punto, es necesario desarrollar algunos aspectos esenciales a considerar en el tratamiento en este tipo de datos y, otras medidas que permiten facilitar el tratamiento de datos, como la “anonimización”, cuando el objetivo del procesamiento no necesite identificar a personas naturales. De igual forma, se relacionarán los conceptos “responsable del tratamiento” y “encargados del tratamiento” de datos personales, con las partes de un contrato de *cloud*, ya que, como se explicará a continuación, el almacenamiento en la nube será una de las tantas formas en que se puede realizar el tratamiento de datos personales.

El **tratamiento de datos** se define como *“cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión,*

27 Reglamento General de Protección de Datos (“GDPR”), Artículo 4, N°1.

*limitación, supresión o destrucción*²⁸”. Es decir, el tratamiento de datos puede consistir en cualquier actividad sobre los datos, desde la recolección hasta su transferencia, ya que el objetivo es ofrecer un concepto lo suficientemente amplio, capaz de incluir todo tipo de acciones y ofrecer mayor protección a los titulares de dichos datos.

En este punto, cabe señalar que, precisamente, un contrato *cloud*, a través del cual se regula el almacenamiento de datos personales en la nube, cae dentro de la definición del tratamiento de datos personales y, como tal, debe ajustarse a las exigencias impuestas por la legislación aplicable. Asimismo, como consecuencia de esta calificación, necesariamente debemos concluir que la relación entre las partes del contrato de *cloud* adquirirá una nueva dimensión si se almacenan datos personales, pues el cliente de los servicios de *cloud* será el responsable del tratamiento y, el proveedor del servicio será un encargado del tratamiento.

En efecto, el responsable del tratamiento es la “*persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento*”²⁹ y, el encargado de los datos es la “*persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento*”³⁰. En virtud de estas definiciones, en la mayoría de las jurisdicciones, se regula la relación entre el responsable y el encargado del tratamiento, como un **mandato** mediante el cual, el primero le encarga al segundo, la realización de una determinada gestión, como el almacenamiento de dichos datos en la nube³¹.

Como consecuencia de lo anterior, el responsable del tratamiento y, para efectos de este artículo, el cliente del servicio de *cloud*, será el único obligado a cumplir con los requisitos de licitud del tratamiento o garantizar, a los titulares de los datos, el ejercicio oportuno de sus derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición³² (en adelante, derecho “ARCO”). Sin perjuicio que, en este artículo, no se tratarán específicamente los requisitos para realizar un tratamiento de datos personales adecuado, pues no es el objeto de estudio de la investigación, sí es relevante destacar las obligaciones que le empecen al responsable del tratamiento. Esto porque, por una parte, no son exigibles al encargado del tratamiento que, en este caso concreto, será el proveedor de servicios de *cloud*; y, por otra parte, porque naturalmente invita a considerar ciertas medidas de disponibilidad de la información en la nube, para que el responsable pueda cumplir en forma eficiente y eficaz con las obligaciones impuestas en las legislaciones de protección de datos personales. Por ejemplo, será conveniente asegurar en el contrato que la información de la nube se encuentre disponible, en todo momento, si contiene datos personales, considerando los plazos que establecen las distintas legislaciones para dar respuesta al ejercicio de los derechos ARCO.

Por otro lado, otro aspecto relevante a considerar en materia de contratos de *cloud*, cuando recaigan sobre el almacenamiento de datos personales, es el hecho de que esto constituya una transferencia internacional de datos. En general, las legislaciones exigen requisitos especiales cuando se realice una transferencia de datos de un país a otro, o a una organización internacional, por ejemplo, que esto sea conocido y autorizado expresamente por

28 Reglamento General de Protección de Datos (“GDPR”), Artículo 4, N°2.

29 Reglamento General de Protección de Datos (“GDPR”), Artículo 4, N°7.

30 Reglamento General de Protección de Datos (“GDPR”), Artículo 4, N°8.

31 En Chile, esta figura está regulada en el artículo 8 de la Ley N°19.628 sobre la “Protección de datos de carácter personal”.

32 En general, se habla de los derechos ARCO. Sin embargo, en legislaciones más avanzadas en estas materias, como la Unión Europea, existen otros derechos como el de información, limitación del tratamiento, derecho al olvido, etc.

su titular. Sin embargo, en la normativa chilena vigente, esto aún no se encuentra regulado, por lo que no representa un aspecto relevante, pese a que una buena práctica de tratamiento de datos personales igualmente impone al responsable del tratamiento, la obligación de informar sobre esta posible transferencia a los titulares de los datos personales.

Con todo, sobre este punto cabe destacar que una **transferencia internacional de datos** en un contrato de *cloud* es bastante probable, porque usualmente los servidores de la nube se encuentran en un país distinto al del cliente y, en especial, de donde provienen los datos personales recolectados por el responsable del tratamiento. Por tanto, pese a la falta de corporalidad de la información ubicada en la nube, el simple hecho de que el servidor se encuentre en un país distinto implica, para algunas legislaciones, una transferencia internacional de datos. Por ende, esta información debe ser considerada antes de celebrar el contrato de *cloud* para evitar que el cliente del servicio de almacenamiento infrinja las normas de protección de datos personales al subir la información a la nube.

Por último, también es necesario mencionar que, en virtud de todas las exigencias impuestas para el tratamiento de datos personales, en ciertas ocasiones, los clientes de servicios *cloud* pueden optar por transformar sus datos personales en datos no personales, para mitigar los riesgos jurídicos en su procesamiento. En efecto, es posible, a través de un proceso de **anonimización de datos**, en virtud del cual, se efectúan procesos irreversibles que impiden volver a identificar a una persona natural; y, una vez que esto ocurre, ya no es objeto de la regulación especial.

Atendido lo anterior, es posible concluir que, comprender el alcance de la computación de nube y la naturaleza jurídica del contrato que la regule, no es suficiente para mitigar todos los riesgos que puedan producirse cuando se contrata esta solución tecnológica. En efecto, debido al gran valor de los datos y la información que se puede extraer de ellos, es absolutamente indispensable considerar sus características al momento de celebrar un contrato de *cloud*. Pues, el soporte, la importancia y el contenido de los datos, nos pueden orientar para exigir mejores condiciones en los contratos de *cloud*, ya sea cuando elegimos un proveedor y modalidad de almacenamiento de nube, negociamos el contrato -si es posible- o, nos encontramos en la fase de ejecución del contrato de *cloud*.

De esta manera, en la siguiente sección, se desarrollarán las ventajas y riesgos presentes en la figura de *cloud*, para finalizar exponiendo las principales herramientas jurídicas a considerar en los contratos de *cloud*, para mitigar los riesgos identificados, tanto desde el punto de vista de la solución tecnológica, como desde los datos almacenados en la nube.

6. Ventajas y riesgos de la transición a la computación en la nube

El constante aumento de demanda y gasto en recursos de TI, por parte de las empresas, responde a una necesidad inmediata de estas a transitar hacia un modelo basado en lo digital que les permita mantenerse vigentes y competitivas en su industria. De hecho, el estudio de *International Data Corporation* prevé que, para finales de este año, 2021, el 75%³³ de las grandes empresas latinoamericanas implementarán un cambio hacia infraestructuras y aplicaciones centradas en la nube.

33 Villars, Rick y otros, 2021. "IDC FutureScape: Worldwide IT Industry 2021 Predictions" *International Data Corporation*. Acceso 28 de mayo de 2021. Disponible en: <https://www.idc.com/getdoc.jsp?containerId=US46942020&pageType=PRINTFRIENDLY>

Con las cifras anteriores a la vista, está claro que los servicios de *cloud* son beneficiosos para las compañías. Dentro de las ventajas de contratar este tipo de servicios encontramos: (i) La posibilidad de externalizar servicios de IT a bajo costo, pues el cliente paga conforme a su nivel consumo; (ii) Servicio flexible, que permite escalar y aumentar o disminuir el consumo de acuerdo con las necesidades reales de la empresa; (iii) Servicio de fácil acceso, no se necesita, en general, invertir en la instalación de softwares sofisticados para comenzar a trabajar con ellos.

No obstante, también existen riesgos asociados a este tipo de solución tecnológica, que debemos tener en cuenta al momento de contratar servicios de *cloud*. El problema se origina en que un tercero, completamente ajeno a la empresa, puede tener el control de la plataforma en que se gestiona toda su información relevante o sensible de una organización, genera una serie de alertas, sobre todo en materia de seguridad.

Otro riesgo para las empresas, derivado de la naturaleza de la tecnología empleada, es la dependencia que se genera con el proveedor de los servicios de almacenamiento. Pues, al tratarse de contratos de largo plazo, o de tracto sucesivo que se renuevan automáticamente, se genera una dependencia con el proveedor de los servicios al aumentar el volumen de información almacenada en la nube, lo que hace difícil resolver o terminar anticipadamente la relación contractual en caso de incumplimientos a las obligaciones de seguridad o confidencialidad del proveedor. Además de los costos asociados a la implementación de nuevos sistemas de trabajo colaborativo, que conllevan inversión en capacitación de personal y la respectiva fase de “marcha blanca” hasta que el entorno de trabajo se acostumbre a los cambios.

Por lo mismo, para mitigar este tipo de riesgos asociados a la naturaleza de la tecnología contratada, se recomienda estudiar el alcance de la mo-

dalidad de *cloud*, en función del tipo de datos e información que se busca almacenar. Pues, como ha sido explicado en la primera sección, no es indiferente que la empresa, usuaria de la nube, solo contrate el uso de una infraestructura o un servicio para procesar y almacenar sus datos.

Asimismo, es diferente someterse a un régimen de términos y condiciones que no se puede negociar e impone al usuario, que el proveedor del servicio pueda acceder o usar la información almacenada en la nube confidencial. Por lo tanto, es indispensable comprender la naturaleza de la modalidad de *cloud*, el tipo de información que se busca almacenar y los objetivos de la empresa para negociar -si es que es posible- o celebrar un contrato que regule este tipo de servicio informático en la forma más eficiente posible.

En primer lugar, si toda o parte de la información que se pretende almacenar en la nube es confidencial y no debe ser conocida por el proveedor del servicio, sea porque contiene datos sensibles o datos personales sobre los cuales no se tiene autorización para compartir información con tercero, se recomienda comprobar si existe una cláusula que limite el acceso del prestador del servicio a la información, si el contrato no se puede negociar. Por el contrario, en caso de que el contrato de *cloud* pueda ser libremente discutido entre las partes, ya sea porque se está contratando una solución customizada o porque existe mayor igualdad entre los futuros contratantes, se recomienda incorporar esta limitación respecto del acceso la información del proveedor.

En segundo lugar, considerando el nivel de importancia de la información almacenada en la nube, también se recomienda regular -en la medida de lo posible- el nivel de cuidado que se le exigirá al prestador del servicio frente a posibles filtraciones, pérdidas o robos de los datos almacenados. Pues, a mayor nivel de importancia, naturalmente se debiese exigir mayor diligencia para

cumplir con su deber de conservación de la cosa “entregada”. De igual forma, será relevante definir los alcances de las obligaciones del prestador del servicio vinculadas con las copias de seguridad, reacción o notificación en caso de incidentes de seguridad y situaciones en imprevistas, que pongan en riesgo la integridad de la información almacenada en la nube, porque en la mayoría de los casos, el proveedor de *cloud* es el único encargado de generar copias de seguridad de la información almacenada en la nube.

En tercer lugar, considerando el contenido de los datos almacenados en la nube, también se recomienda tomar medidas de seguridad para proteger datos cuya filtración es más grave según la normativa vigente. Por ejemplo, en el caso de los datos personales, la negligencia del proveedor de servicios de *cloud* puede significar una infracción normativa a la Ley de Protección de Datos Personales.

Por otro lado, el ejercicio de los derechos de los titulares de datos personales, que consagran las normas sobre protección de datos personales, también le impone al usuario de los servicios de *cloud* la necesidad de exigir al proveedor del servicio que asegure el acceso ininterrumpido de la información almacenada en la nube, pues, de esta forma, se puede responder dentro de plazo el ejercicio del derecho de acceso de un titular. A su vez, la ubicación del servidor puede implicar una transferencia internacional de datos personales, lo cual, en ciertas jurisdicciones, requiere autorización expresa del titular.

Por último, aunque no menos importante, como vimos en el apartado sobre tratamiento de datos personales, dado que la relación de un contrato de *cloud* necesariamente se transformará en un mandato para realizar tratamiento de datos personales, por cuenta y riesgo del cliente del servicio de almacenamiento en la nube, también es recomendable celebrar el mandato por escrito, que en la generalidad de los casos debiera incluirse en el mismo texto

del contrato *cloud*. Sin perjuicio de los deberes que impone la Ley de Protección de Datos Personales al responsable del tratamiento de datos, como la obtención del consentimiento, informar sobre las condiciones y objetivos del tratamiento, etc.

7. Conclusiones

La transformación digital ha incrementado la importancia de analizar el contrato de *cloud* desde una perspectiva integral, que incluya tanto los aspectos jurídicos, como el valor de la información que se busca almacenar en la nube, porque justamente el traslado de los activos intangibles más valiosos a espacios virtuales, privados o públicos, impone la necesidad de definir estrategias adecuadas para proteger dichos bienes y regular el servicio de almacenamiento en la nube.

En este sentido, en el presente artículo se ha demostrado que contratar una infraestructura o un servicio de nube, establecer obligaciones de confidencialidad, seguridad, respaldos de información o restricción de acceso a los datos por parte del proveedor del servicio son solo un ejemplo de cómo una mirada integral al servicio de almacenamiento en la nube permite identificar y mitigar riesgos asociados a la filtración, pérdida o robo de información.

Por consiguiente, es primordial considerar en el análisis de los contratos de este tipo de servicio informáticos, las condiciones de la nube, las necesidades tecnológicas de la empresa, el tipo de datos que se estarán alojando en la nube y las normas civiles o mercantiles que puedan ser aplicables en la prestación de este servicio informático. Pues, los términos y condiciones del contrato de *cloud* no sólo se traducen en las normas contractuales que resguardan el activo más valioso en la era digital, los datos e información, sino también en la forma en que el usuario de este servicio puede cumplir

con obligaciones legales íntimamente relacionadas con el contenido o tipo de dato objeto del servicio de almacenamiento en la nube. Por ejemplo, el cumplimiento de obligaciones relacionadas con el ejercicio de derechos de los titulares de datos personales o el respaldo y confidencialidad de información sensible o crítica para el funcionamiento de una empresa.

En consecuencia, es posible concluir que, el contrato de *cloud* no puede analizarse en forma aislada al valor de los datos del usuario del servicio y de las exigencias normativas que están sujetos los mismos, toda vez que estos son un activo de la empresa, que cada vez adquiere mayor valor en la economía digital. Por ende, deben tenerse a la vista al momento de determinar qué requisitos o prestaciones se les exigirán a los prestadores de servicios y, especialmente, cuál va a ser el estándar de cuidado del proveedor de este servicio informático, ya que, solo de esa manera, podremos obtener el mayor provecho de las ventajas de este tipo de soluciones tecnológicas.

Bibliografía

Villars, Rick, Holly Muscolino, Wayne Kurtzman, Ritu Jyoti, Dan Vesset, Mario Morales, Jennifer Cooke, Deepak Mohan, Jonathan Lang, Mickey North Rizza, Ashish Nadkarni, Carrie MacGillivray, <<Worldwide IT Industry 2021 Predictions>>. *IDC FutureScape* (2021) Disponible en: <https://www.idc.com/getdoc.jsp?containerId=US46942020&pageType=PRINTFRIENDLY>. 2021. International Data Corporation.

Mell, Peter, Timothy Grance. <<The NIST Definition of Cloud Computing>>. *Instituto Nacional de Estándares y Tecnología* (2011). Acceso 27 de mayo de 2021. Disponible en: <http://faculty.winthrop.edu/domanm/csci411/Handouts/NIST.pdf>

Navas, Susana. <<El almacenamiento de los datos “cloud computing” al ADN Sintético>> En *Mercado Digital Principios y Reglas Jurídicas* (2016). Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 42.

Ontiveros, Emilio, Verónica López. <<Economía de los Datos>>. *Riqueza 4.0* (2017). Madrid: Ediciones por Ariel y Fundación Telefónica.

Jones, Brian, *Digitaliza tus datos analógicos para un trabajo más rápido y eficiente*. (Microsoft, 2019) <https://www.microsoft.com/es-cl/microsoft-365/blog/2019/05/29/insert-data-from-picture-take-analog-data-digital/> .

Puyol, Javier. <<Aproximación jurídica y económica del Big Data>> *En Tirant Lo Blanch* (2015), p. 9, 10.

Almagro, Luis <<La clasificación de los datos>> *Revista White Paper Series* (2019), Edición 6, 12.

Amazon Web Services (AWS), *Data Classification* (Amazon, 2020), https://d1.awsstatic.com/whitepapers/compliance/AWS_Data_Classification.pdf



FORO
ACADÉMICO
Asociación Civil

Algunas divergencias en conceptos de Competencia Desleal y de Propiedad Industrial

Conceptual divergences in Unfair Competition and Industrial Property

Camilo Andrés Suárez Botero¹

Resumen. Las disciplinas de competencia desleal y propiedad industrial, más allá de regular comportamientos diferentes y diferenciables, tutelan intereses jurídicos también disímiles. Por un lado, tenemos la protección dispensada, a título monopólico, a derechos intelectuales de aplicación industrial y, por el otro, está la protección al adecuado funcionamiento concurrencial del mercado mediante la observancia de las reglas generales de buena fe y usos honestos en el mercado. A pesar de las marcadas diferencias entre uno y otro sistema, ello no impide ni mucho menos significa que ambos regímenes compartan entre sí algunas nociones normativas, tanto a nivel sustancial como en el plano procesal. Algunos ejemplos de esta aparente unidad conceptual entre uno y otro régimen son las nociones de “confusión” y de “reputación” que en algunos casos, y con variados matices, son regladas y desarrolladas harto diferente, según el sistema normativo aplicable. El objetivo de este documento es el de identificar los conceptos a partir de sus definiciones, contrastando las diferencias en uno y otro sistema jurídico.

Abstract. *The disciplines of unfair competition and industrial property, beyond regulating different and differentiable behaviors, protect also dissimilar legal interests. On the one hand, we have the protection provided on a monopoly basis to intellectual rights of industrial application and on the other there is the protection of the proper concurrent functioning of the market through the observance of the general rules of good faith and honest uses in the market. Despite the marked differences between one system and the other, this does not mean that both regimes share some normative notions with each other both at the substantial level and at the procedural level. Some examples of this apparent conceptual unity between one regime and the other are the notions of “confusion” and “reputation” that in some cases and with various nuances, are regulated and developed quite differently according to the applicable regulatory system. The objective of this document is to identify the concepts based on each’s definitions, contrasting their differences in both legal systems.*

Palabras clave. Confusión, reputación ajena, notoriedad marcaria, acción de competencia desleal, acción por infracción a derechos de propiedad industrial

Keywords. *Confusion, third party’s reputation, well-known status of a trademark, unfair competition action, industrial property rights infringement action.*

Sumario: 1. Introducción. 2. El instituto jurídico de la “confusión”. 2.1. La confusión en materia registral. 2.2. La confusión en materia de infracción a derechos de propiedad industrial. 2.3. La confusión en materia de competencia desleal. 3. Los conceptos de renombre y notoriedad en derecho mar-

¹ Abogado de la Universidad del Rosario en Colombia y especialista en Derecho Procesal de la misma Universidad. Tiene una Maestría en Competencia Desleal y Propiedad Industrial de la Universidad de la Rioja de España y, actualmente, se desempeña como asociado principal miembro del equipo de Propiedad Intelectual de Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría. Su ejercicio profesional se centra en la práctica litigiosa y recaudo probatorio en asuntos relativos a Propiedad Industrial e Intelectual, así como en materia de Competencia Desleal. Cuenta con más de 14 años de experiencia profesional en estos campos, asesorando a clientes nacionales y extranjeros y, asimismo, actuando en calidad de apoderado de los mismos ante diferentes autoridades judiciales, arbitrales y administrativas, tanto nacionales como internacionales. Camilo se ha desempeñado como profesor titular e invitado en las Universidades del Rosario, El Bosque y de los Andes en Colombia y ha fungido como expositor o panelista invitado a diferentes foros, a nivel nacional e internacional. Teléfono: + 57 3162583668; Correo: Camilo.suarez@ppulegal.com Camilo_suarez1@hotmail.com

cario y su contraste con la reputación en el régimen de competencia desleal.

1. Introducción

Si bien es cierto, la Propiedad Industrial y el sistema de represión de la Competencia Desleal amparan intereses jurídicos diferentes e independientes, no son pocas las ocasiones en las que ambos regímenes normativos tienen cabida coetánea. Esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando el titular de un derecho marcario se opone al registro de una marca presentada por un tercero, porque, a su juicio, ese potencial registro (o incluso la sola solicitud²), tiene aptitud objetiva para llegar a consolidar un acto desleal en el mercado³. En este supuesto, se puede tener por desleal, a título estrictamente sumario e indiciario, el comportamiento consistente en presentar el registro de una marca ajena o semejante a una ajena, pues

ese acto bien podría considerarse como obstruccionista⁴ y, por ende, el examinador administrativo entraría a aplicar los principios orientadores de la normativa de competencia en un foro de registro. Lo anterior supone naturalmente que al no ser este un quehacer judicial, bastaría acreditar la idoneidad figurada del comportamiento para negar el registro.

Cambiando el panorama, también pueden llegar a tener cabida las disposiciones legales consagradas en la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, en el marco de procesos judiciales promovidos por la presunta realización (activa u omisiva) de conductas de competencia desleal. En estos casos, podría decirse que algunos de los cánones, que configuran normativamente los supuestos de deslealtad concurrencial, requieren, para su adecuada interpretación judicial, de la hermenéutica subsidiaria y supletiva de normas sustanciales propias del régimen de propiedad industrial. Tal es el caso, por ejemplo, de los actos desleales de “confusión”⁵ y de “explotación de la

2 Sobre el particular, consultar la Sentencia 11 de 2006 dictada por la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia que en lo pertinente dispuso: “[...] consideramos entonces que la razón de ser de una marca es la de diferenciar determinados productos o servicios de una persona o empresa en el tráfico mercantil y que con la concesión de su registro se adquiere la obligación de usarlas de forma efectiva en el mercado (aun cuando sean marcas registradas defensivamente), es dable afirmar que, aunque la solicitud de registro de una marca no está condicionada a que el peticionario acredite competir en ese momento en el mercado, su presentación constituye un acto mercantil que comunica implícitamente a tercero que quien solicita el trámite con la finalidad para la cual fue concebido legalmente, tiene la intención de concurrir al mercado con productos o servicios a ser identificados por la marca que aspira sea registrada”.

3 Artículo 37 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina: “Cuando la oficina nacional competente tenga indicios razonables que le permitan inferir que un registro se hubiese solicitado para perpetrar, facilitar o consolidar un acto de competencia desleal, podrá denegar dicho registro.”

4 Artículo 7 de la Ley 256 de 1996 (Ley Colombiana de Competencia Desleal): “Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial. En concordancia con lo establecido por el numeral 2o. del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado.”

5 Artículo 10 de la Ley 256 de 1996 (Ley Colombiana de Competencia Desleal): “En concordancia con lo establecido por el punto 1 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.”

reputación ajena”⁶. Cuando quiera que se invoque una de las normas antes mencionadas como presuntamente violentada en el ámbito del devenir comercial, el reclamante acudirá a la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina para nutrir, sustantivamente, la imputación jurídica que formula, tanto en casos de confusión de signos como en aquellos relacionados con el uso indebido de los mismos, cuando tal uso tiene por propósito, el expolio injustificado del prestigio de aquel.

Ante esta latente y regularmente frecuente aplicación de disposiciones legales autónomas, pero estrechamente vinculadas en razón de las circunstancias del mercado al cual se dirigen, surgen dudas a la hora de diferenciar los elementos sustanciales que las integran y definen. En efecto, si bien parece que por su sola denominación, nociones y conceptos como la “confusión” y la “reputación” tienen un mismo alcance y se reprimen en idénticas circunstancias, indistintamente de la estirpe del injusto que se les endilga, veremos que ello no siempre es así y que, dependiendo del sistema legal al cual deba integrarse la noción concreta, pueden surgir variaciones importantes a la hora de delimitar su transcendencia y operatividad.

2. El instituto jurídico de la “confusión”

Tienen dicho la ley, la jurisprudencia y la doctrina especializada que la confusión, en términos jurídicos, es un fenómeno que se reprocha -como en materia penal a las conductas peligrosas-, tanto por la posibilidad de que llegue a materializarse (denominando a esta especial circunstancia como riesgo), tanto por su efectiva concreción en una

situación específica, es decir, confusión creada de manera cierta en el plano de la realidad.

La cuestión del “riesgo” es diferenciable, por supuesto, de la cuestión del “efecto”, pues en la primera la sanción dependerá de cuán latente e idónea es la conducta para- y aquí ya se empiezan a avizorar las complejidades de orden práctico, dependiendo del tamiz a través del cual se estudie la figura, propiciar el fenómeno, sin que sea preciso exigir su realización. Por su parte, la cuestión de la confusión “efecto” corresponde con aquella que trasciende el riesgo jurídicamente desaprobado (nuevamente apoyándonos en la dogmática penal), y se traduce en un resultado muy puntual y concreto que despliega secuelas trazables en el mercado (esta situación, bastante improbable de demostrar, por ejemplo, en un foro de registro al que nos referiremos más adelante).

Podría decirse que la anterior diferenciación es la parte sencilla o, cuando menos, la que ofrece menor nivel de dificultad a la hora de enfrentarse a la noción de la confusión en los varios escenarios de la realidad legal en la que aquella puede manifestarse. Lo aseguramos de esta manera porque, resaltadas las claras diferencias “teórica” y “práctica” que existen entre la cuestión del “riesgo” y la cuestión del “efecto” en materia de confusión, los posibles embrollos estriban o empiezan a surgir, posteriormente, a la hora de establecer el significado y alcance de la noción, en al menos dos vertientes:

1. Cuando se fija el ámbito procesal en el seno del cual debe aplicarse la figura. Aquí delimitaremos nuestro análisis a los siguientes 3 foros: (a) escenario administrativo de una solicitud de registro de marca a la cual se le hace

6 Artículo 15 de la Ley 256 de 1996 (Ley Colombiana de Competencia Desleal): “Se considera desleal el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Penal y en los tratados internacionales, se considerará desleal el empleo no autorizado de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas o engañosas aunque estén acompañadas de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como “modelo”, “sistema”, “tipo”, “clase”, “género”, “manera”, “imitación”, y “similares”

frente a través de una demanda de oposición; (b) un proceso judicial por presunta infracción a derechos de propiedad industrial en la que se imputan los comportamientos descritos en los literales *a)* y *d)* del artículo 155 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina⁷; y, (c) un proceso judicial por presumibles actos desleales de confusión (que para el caso de Colombia, estarían normados por el artículo 10 de la Ley de Competencia Desleal y cuando aquellos actos comportan la instrumentalización o afectación de derechos de propiedad industrial, también serían de aplicación las previsiones contenidas en el literal *a)* del artículo 259⁸ de la ya mencionada Decisión 486 de la Comunidad Andina)

2. Cuando, una vez determinado el escenario, dentro del cual el letrado y el operador jurídico deben interpretar y fijar, respectivamente, el alcance de la noción bajo estudio, se descompone el concepto de confusión dependiendo de su naturaleza (no ya de su prospección como vimos previamente). En este análisis, abarcaremos las 3 modalidades tradicionales: (a) Confusión directa: esta ocurre, bien por vía de riesgo o de forma material, cuando el consumidor, invenciblemente, toma una prestación mercantil por otra, sustituyendo la primera por la segunda de forma irregular, pues cree que esta última es la de

su predilección, (b) Confusión indirecta y (c) Confusión por asociación⁹.

Establecido el panorama que queremos desarrollar, a continuación, entraremos al fondo de la controversia, analizando de manera concurrente los escenarios y conceptos expuestos en los párrafos (i) y (ii) que preceden a este:

2.1 La confusión en materia registral

A menudo, nos encontramos ante decisiones administrativas proferidas en el marco de procedimientos de registro de signos distintivos en los que la implementación de la confusión no es la más afortunada, pues en lugar de erigirse como un fundamento jurídico bien estructurado y perfilado, se usa como una suerte de pretexto teórico para desestimar solicitudes de registro, sin atender ni consultar el entorno real de las circunstancias de mercado con alto grado de certidumbre.

Como ya vimos, indistintamente del escenario al cual deba aplicarse la noción, la “confusión” es reprochable por generar riesgo y mucho más cuando es real su materialización. En el plano registral, es ciertamente improbable, aunque no imposible, que un examinador, a la hora de cotejar signos confrontados, pueda valerse de evidencia práctica que le demuestre que ya se ha suscitado

7 Artículo 155.- El registro de una marca confiere a su titular el derecho de impedir a cualquier tercero realizar, sin su consentimiento, los siguientes actos:

aplicar o colocar la marca o un signo distintivo idéntico o semejante sobre productos para los cuales se ha registrado la marca; sobre productos vinculados a los servicios para los cuales ésta se ha registrado; o sobre los envases, envolturas, embalajes o acondicionamientos de tales productos;

(...)

d) usar en el comercio un signo idéntico o similar a la marca respecto de cualesquiera productos o servicios, cuando tal uso pudiese causar confusión o un riesgo de asociación con el titular del registro. Tratándose del uso de un signo idéntico para productos o servicios idénticos se presumirá que existe riesgo de confusión;

8 Artículo 259.- Constituyen actos de competencia desleal vinculados a la propiedad industrial, entre otros, los siguientes:

a) cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;

9 Sobre el riesgo de asociación, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se ha pronunciado de la siguiente manera: “[...] El riesgo de asociación es la posibilidad de que el consumidor, que aunque diferencia las marcas en conflicto y el origen empresarial del producto, al adquirirlo piense que el productor de dicho producto y otra empresa tienen una relación o vinculación económica” (Proceso 70-IP-2008)

confusión en el mercado por el uso simultáneo de las marcas enfrentadas. Por esta y otras razones, como que la mayoría de los trámites implican un amplio debate argumentativo más no probatorio, el análisis de registrabilidad que se despliega sobre el signo objeto de trámite, tiende a ser eminentemente teórico, cuestión que, a nuestro juicio, puede ser peligrosa por facilitar, en algunos eventos, una desconexión entre lo que refleja el entorno mercantil y lo que señala el criterio hipotético que utiliza la administración.

En efecto, el hecho de que, en materia de registro, no sea indispensable contar con evidencia que acredite la inminencia de que el riesgo de “confusión” pueda llegarse a concretar, no implica que el examinador quede relevado de hacer un análisis que no se supedite exclusivamente al contraste semántico de expresiones o al de la impresión de diseños, en función de la cobertura de productos o servicios para los cuales se solicitó la marca. Por el contrario, el examinador-operador administrativo debe construir su razonamiento con fundamento, no solo en las reglas de cotejo marcario, sino con apego a las reglas de la sana crítica¹⁰, pues la experiencia, entendida como una rutina alimentada por trayectorias, comportamientos y vivencias subjetivas y sociales, trasciende a la contrastación automática de caracteres y símbolos a partir de su mera semblanza.

En ese orden de ideas, la práctica imperante enseña que el examinador, en fase registral, compara los signos prevalentemente en función de su composición silábica, tratándose de marcas denominativas, y también a partir de su estructura gráfica como ingrediente adicional- cuando se trata de marcas mixtas, por ejemplo- y todo ello, aunado a las coberturas de productos o servicios, según se trate.

La mayoría de las veces, el parecido semántico entre los signos basta para que se desestime un registro bajo el argumento de su aparente aptitud para propiciar la prenotada confusión de la que venimos hablando. Se parte del supuesto de que el consumidor medio es muy desprevenido, situándolo en una desequilibrada y algunas veces, inexistente posición de indefensión frente al actor del mercado. Esta situación se presume, sin que obedezca en todos los casos a una constatación de realidad, por la exaltación que, históricamente, se ha hecho acerca de la aparente inexperiencia o ingenuidad con que el consumidor concurre al mercado.

Por lo anterior, podemos concluir que el estudio de “confusión”, que se desarrolla en la etapa administrativa de registro de marcas, tiene una fisonomía singularmente teórica, en la que predomina la protección tuitiva del consumidor frente al peligro que entraña el “riesgo” de confusión, lo que implica que el estándar bajo el cual se lleva a cabo el análisis en estos casos es de estirpe argumentativa.

2.2 La confusión en materia de infracción a derechos de propiedad industrial

Es indudable que, entre el régimen de propiedad industrial y algunos comportamientos desleales, existe una relación asociativa. Este vínculo se hace patente, entre otros factores, teniendo en cuenta que la normativa andina contempla, además de las actuaciones tradicionalmente infractoras de derechos, acciones que se reputan desleales, en tanto se realizan en desmedro de derechos de propiedad industrial. También, de manera autónoma, el régimen de competencia desleal colombiano consagra específicas cláusulas comportamentales que se ponderan sobre la báscula de la deslealtad

10 «Hugo Alsina dice que *“Las reglas de la sana crítica, no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y en el espacio”*», En Joel González, << La fundamentación de las sentencias y la sana crítica>>. Revista Chilena de Derecho (2006), vol. 33, número 1. Acceso el 19 de junio de 2021, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&cpid=S0718-34372006000100006#4

concurrential, por suponer el uso de derechos de propiedad industrial ajenos.

No obstante, el nexo familiar, que vincula ambas disciplinas, es escindible cuando se definen y analizan los objetos e intereses jurídicamente tutelados por una y otra, pues no solamente son diferenciables, sino que para la configuración de un comportamiento infractor y uno desleal (en este caso, por confusión), no necesariamente deben reunirse los mismos requisitos formales y materiales.

En materia de infracción a derechos de propiedad industrial y específicamente de signos distintivos, el rasero bajo el cual se analiza la confusión como detonante de la infracción al derecho, no siempre requiere de un uso de calado comercial. Es así como, por ejemplo, el literal *f*) del artículo 155 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina¹¹, de manera textual, concibe como infractor del derecho, el uso de un signo “similar” (es decir, que pueda llegar a general la impresión de ser otro) a una marca notoria, aún para propósitos ajenos al quehacer comercial, y condiciona su configuración a que tal uso -por las particularidades en las que se da tales como medios de difusión, contexto de uso, etc - pueda llegar a diluir la marca, por empañamiento del prestigio, por debilitamiento de su poder distintivo o porque comporte un indebido aprovechamiento de su reconocimiento (trayectoria, posicionamiento, etc).

Por supuesto, es un apartado normativo excepcional, pues los que le anteceden, por la forma en que están redactados y por las finalidades que persiguen, naturalmente, requieren de una ejecución comercial del comportamiento para que la infracción pueda desarrollarse. Así, por ejemplo, el literal *d*), de manera expresa, cataloga que la infracción se da por el “uso en el comercio”. Sin

embargo, en el marco de un proceso judicial no es una ritualidad requerida la comprobación de que el titular del derecho presumiblemente usurpado, participe en el mercado y, es más: ni siquiera es un presupuesto de legitimación el que el demandante acredite tener ánimo concurrential, lo que implica que la marca registrada e infringida, bien podría no usarse en modo alguno sin que ello pueda ser óbice para que prospere una pretensión orientada a neutralizar la sola infracción. Podría decirse, en consecuencia, que el uso de la marca infringida por parte de su titular o licenciatario, constituye un elemento relevante, pero no para calificar el mérito de la acción, sino, por ejemplo, para determinar la existencia y quantum de los eventuales perjuicios que se reclamen como colofón del ilícito.

Esta, como veremos más adelante, es una diferencia angular pues el supuesto habilitador de la acción de represión por infracción marcaria, por ejemplo, es su registro, su existencia formal como derecho. De ahí que podamos concluir que la acción de infracción sobre signos distintivos, sea de linaje objetivo y por ende, desprovista (insistimos, al menos de cara al juicio de legitimación activa inicial) de análisis relativos a la condición subjetiva del demandante, que no necesariamente debe ser un comerciante con intereses cifrados en el comercio, sino que puede ser desde una persona natural que no ejerza al comercio, hasta una fundación cuyas actividades carecen de ánimo lucrativo.

2.3 La confusión en materia de competencia desleal

Lo primero que debemos advertir es que la norma no exige, y es lógico que así sea, que el vehículo utilizado para consolidar el acto desleal de confusión sea un derecho de propiedad industrial.

11 [...] *f*) usar públicamente un signo idéntico o similar a una marca notoriamente conocida, aun para fines no comerciales, cuando ello pudiese causar una dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial o publicitario de la marca, o un aprovechamiento injusto de su prestigio.

Por el contrario, la disposición es bastante amplia pues pone cualquier comportamiento, en la medida en que tenga por objeto o como efecto la creación de la prenotada confusión. Pero más allá de lo anterior, tratándose de acciones de competencia desleal, las particularidades adjetivas de que debe estar revestida la confusión para ser pasible de castigo judicial (y que no son iguales a aquellas requeridas para que se dicte condena por confusión en el ámbito de una infracción a derechos de propiedad industrial), son las siguientes:

1. En competencia desleal la confusión es la materia sobre la cual habrá pronunciamiento de fondo por la autoridad, es decir, se sitúa como eje central de la decisión sustantiva, de modo que, de hallarse probada la latencia o materialización de la confusión, puede decirse que hay un comportamiento desleal. Por su parte, en el marco del proceso de infracción a derechos, la confusión no deja de ser un condicionante, mas no la esencia angular sobre la cual se emitirá la decisión. Quiere ello decir que, en el plano de infracción a derechos, la confusión se analiza como un factor que contribuye a demostrar la existencia de la infracción, más no es aquella que es objeto de juzgamiento de fondo, pues la causa corresponde a una en la que se deberá determinar si, estando presente el riesgo de confusión, por ejemplo, existió o no usurpación al derecho de propiedad industrial. Dicho de otro modo, mientras en el escenario de competencia, la existencia de confusión es lo que determina, objetivamente, la existencia de un comportamiento desleal, tratándose de infracción a derechos, la confusión no deja de ser un rasgo muy indicativo de la ejecución de un acto infractor, pero no mucho más que eso, esto es, un atributo significativo, pero que no es el objeto de la acción perseguida.
2. El riesgo de confusión creado o la confusión materializada deben suscitarse en un entorno

mercantil en el que se disputa la clientela en el mercado, siendo indiferente el que entre comerciantes haya vínculo competitivo directo. Quiere esto decir que tanto el reclamante, como el reclamado, deben participar o tener interés por participar en el mercado y de ahí que se exija el elemento concurrencial del comportamiento, siendo innecesaria para su prosperidad, como ya dijimos, una relación de competencia directa entre las partes en contienda. Es decir, la confusión es desleal en tanto se produzca en un foro mercantil, en el que dos extremos que mercadean prestaciones de productos o servicios, guarden o no relación de competencia entre ellos, concurren.

3. Como dejamos dicho previamente, el riesgo de confusión creado o la confusión materializada sí requieren de un componente subjetivo del cual está desprovista la acción judicial en el foro de infracción y que, en este caso, sí constituye un elemento legitimador de la acción: que el demandante (titular del derecho de propiedad industrial que se ve afectado o erosionado) participe en el mercado, dando por descontado que el demandado, y a instancia del cual se genera la confusión, también lo haga.
4. Mientras que la norma de infracción a derechos de propiedad industrial tutela la protección del derecho inmaterial registrado y lesionado por el uso abusivo que le da un tercero, la norma de competencia desleal, en materia de confusión, propende por tutelar también al consumidor, más allá del titular registral. Es decir, mientras la norma de infracción parece tener un cariz mucho más subjetivista y protector del derecho monopólico que se concentra en el propietario de la marca objeto de defraudación, el espectro de resguardo que ofrece la norma de competencia tiene por prohijado adyacente al consumidor, al usuario, al agente de selección en el mercado. Sobre este punto,

la doctrina reconoce la doble proyección de la acción judicial por competencia desleal, de la siguiente manera: “*La necesidad de ampliar el espectro de los comportamientos a conductas desligadas, por lo menos en esencia, del uso de bienes de propiedad industrial ocurre por la misma naturaleza de la norma de competencia desleal, que si bien nace como un instrumento para proteger a los titulares por el uso abusivo de estos bienes, tiene una naturaleza que va más allá y cobija también el interés de los consumidores, quienes no deben ver truncado el derecho a ejercer su libertad de elección mediante actos en los que, por las circunstancias que los rodean, se les induzca a confusión directa o indirecta*”¹²

Esta diferencia puede notarse, por ejemplo, en que la confusión en el ámbito de la infracción, si bien supone que la misma se verifique (tanto en modalidad de riesgo como de comprobación) entre los consumidores, no son estos los llamados a ejercer la acción legal respectiva y, por lo mismo, acreditar la idoneidad de dicha confusión es un ingrediente o elemento más para que el reclamante acredite, al momento de argumentar las circunstancias de configuración del acto infractor. A su turno, y por oposición a lo anterior, la acción de competencia desleal edificada en torno al supuesto de confusión, puede llegar a ser promovida, eventualmente, a instancia del consumidor tal y como lo prevé la misma Ley de Competencia Desleal¹³. En otras palabras, el consumidor,

presumiblemente confundido, bien puede fungir como testigo en un foro procesal en el que se debata una infracción marcaria mientras que, con limitaciones, como vimos, este mismo consumidor podría llegar a formular la acción judicial de competencia desleal, edificada en torno al acto de confusión. Lo anterior tiene sentido, pues marca una diferencia relevante en lo que hace a la órbita de amparo que ofrecen uno u otro régimen, siendo predominantemente individualista el de infracción marcaria y (aunque no de forma antagónica) acentuadamente colectivista el de represión a la competencia desleal.

Como epílogo bastante aclaratorio y que facilita la ilustración dogmática de las divergencias que hemos venido desarrollando, conviene sintetizar los comentarios que sobre el particular plantea el profesor Massaguer al respecto: “[...] *Atendiendo el sustrato común, la dualidad normativa y su complementariedad se explica porque cada sistema desempeña cometidos diferentes. El derecho de marca se ocupa preminentemente de favorecer la implantación de las marcas en el mercado y garantizar la seguridad jurídica característica de un mecanismo registral mediante derechos de exclusiva cuyo ámbito y alcance se define en abstracto (...) por su parte el derecho contra la competencia desleal pone el acento en el reconocimiento jurídico de los valores representados de facto por los signos distintivos en el tráfico o, si se prefiere, en la represión de falsas o incorrectas representaciones de la realidad acerca de la identidad*

12 Dionisio de la Cruz, *La Competencia Desleal en Colombia, un estudio sustantivo de la ley* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014) 89 y 90.

13 Artículo 7 de la Ley 256 de 1996 (Ley Colombiana de Competencia Desleal). *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.

*o características de la actividad desarrollada por un agente económico, sus prestaciones o establecimientos*¹⁴

3. Los conceptos de renombre y notoriedad en derecho marcario y su contraste con la reputación en el régimen de competencia desleal.

Fenómenos semejantes a los que venimos de reseñar en materia de confusión, acaecen con las nociones de reputación, renombre y notoriedad, siendo estos dos últimos institutos de aplicación preferente y predilecta en el ámbito del derecho marcario. Partamos, entonces, por fijar el alcance dogmático de cada noción para adentrarnos, posteriormente, en las complejidades de orden práctico que pueden surgir a la hora de aplicarlos concurrentemente.

La notoriedad de la marca es un atributo singular que alude esencialmente a su posicionamiento y niveles de penetración y, sobre todo, recordación, en la mentalidad de quienes son usuarios, consumidores y, en general, de todos aquellos involucrados en las actividades y giros ordinarios propios de un sector comercial determinado. Dentro de las varias y reiteradas interpretaciones prejudiciales rendidas por el Tribunal de Justicia de la CAN, podemos extraer la siguiente definición: “*De conformidad con lo establecido en el artículo 224 de la Decisión 486, la marca notoria es conocida por el sector pertinente; esto es, por los consumidores reales o potenciales del tipo de productos o servicios a los que se aplique; las personas que participan en los canales de distribución o comercialización del tipo de productos o servicios a los que se aplique; o, los círculos empresariales que actúan en giros relativos al tipo*

de establecimiento, actividad, productos o servicios a los que se aplique.”¹⁵

Por otra parte, aunque en línea de principio íntimamente vinculada con el concepto sustancial de la notoriedad marcaria, tenemos la existencia de la marca renombrada, si bien no reconocida textualmente por la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, sí por la jurisprudencia que la ha desarrollado. Podría decirse que esta figura se ubica en un peldaño superior a la marca notoria, tanto en términos de proyección social cognitiva (puesto que supone un mayor nivel de conocimiento de la marca abarcando incluso sectores disímiles e incluso apartados a aquellos propios en el seno de los cuales ocurre el desenvolvimiento habitual del producto o servicio de que se trate), así como en términos del ejercicio del monopolio de exclusión, pues tratándose de esta especial categoría de marcas, la ruptura del principio de especialidad ocurre de manera absoluta y no relativa. Es decir, la marca renombrada, que carece de tipificación en el régimen de propiedad industrial andino, es reconocida como una especie de signo ciertamente célebre, definitivamente afamado y protegido de manera ultra-activa, más allá de los linderos prefijados por la naturaleza de los productos o servicios para los cuales se utiliza. Veamos lo que sobre esta especie de marcas ha dicho el Tribunal de Justicia de la CAN: “*La marca renombrada (...) es conocida prácticamente por casi todo el público en general, por diferentes tipos de segmentos de consumidores y proveedores, incluso por aquellos que no consumen, ni fabrican, ni comercializan el producto o servicio identificado por la marca renombrada*”¹⁶.

A manera de colofón de lo anterior, guardadas diferencias entre una y otra figura, nos encontramos ante mecanismos adjetivos que amplifican la pro-

14 José Massaguer, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal* (Madrid: Civitas Ediciones S.L., 1999), 169.

15 Interpretación Prejudicial rendida dentro del proceso 92-IP-2019

16 Ibidem.

tección de la marca ordinaria o tradicional, maximizando sus dispositivos de protección naturales con fundamento en los altos, aunque diferentes en cuanto a su radio de amplitud, niveles de reconocimiento en el mercado.

A su turno, la reputación es un concepto más genérico si se quiere, puesto que no se contrae el prestigio o reconocimiento que puedan tener ciertos signos distintivos, sino que comprende elementos muchos más amplios y, sobre todo, materiales (si se tiene en cuenta que los signos han sido de antaño reconocidos como atributos “formales” que acompañan a las prestaciones “materiales” objeto del devenir mercantil)¹⁷. Es así como la reputación, entendida como una noción clásicamente aplicable en el entorno del derecho de la competencia, es una característica adjetiva que se predica de las prestaciones ofrecidas por un agente mercantil, así como de su establecimiento.

Cuando la norma califica el comportamiento como desleal, lo hace partiendo de la base de que el agente imputable quiere valerse ilegalmente, para provecho propio o de un tercero, del prestigio que ha adquirido un tercero. Hasta aquí el comportamiento en estricto sentido; sin embargo, agrega como condicionante que dicho prestigio tenga vocación comercial, es decir, que haya surgido y se verifique en un entorno mercantil y establece, aunque no otorga mayores luces hermenéuticas al respecto, que el prestigio, usufructuado indebidamente, puede ser industrial, comercial o profesional. Tal vez lo más relevante del comportamiento es que la reputación que se explota no está limitada a una sola, de ahí que sea correcto asegurar que el “good will” expoliado puede recaer lo mismo en un producto, en un servicio, en una marca, en una persona, en una compañía, entre otros varios casos. El catálogo no

es exhaustivo y, por ende, a diferencia de lo que ocurre con las nociones de notoriedad y renombre que se circunscriben resolutivamente sobre marcas, la explotación de la reputación ajena es desleal cuando tal reputación tiene connotación comercial y se acredita su existencia respecto de los bienes o servicios objeto de oferta por parte del agente o sobre este último atendiendo rasgos y atributos tales como trayectoria, profesionalismo, calidad, entre muchos otros.

Ahora bien, son diferencias neurálgicas entre estas 3 nociones que venimos de exponer, las siguientes:

1. La notoriedad debe probarse. No existe una “tarifa legal” que establezca cómo debe gestionarse la actividad probatoria; sin embargo, hay un catálogo, suficientemente amplio, contemplado por el artículo 228 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, que recoge, de forma enunciativa, más que los medios de convicción conducentes, cuáles son los elementos pertinentes que deben ser objeto de los primeros.
2. No es dable reclamar el reconocimiento de la notoriedad como pretensión principal de un proceso administrativo ni judicial pues, por sí sola, no subsiste procesalmente. La notoriedad infortunadamente está relegada en el plano administrativo a fungir como mecanismo exceptivo para fundamentar una demanda de oposición, por ejemplo. En el caso de las acciones de cancelación por notoriedad, la pretensión principal es justamente la supresión gubernativa de la marca semejante a la notoria, por lo que el ejercicio probatorio nuevamente se adelanta para que contribuya a solventar la petición primigenia.

17 República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia de diciembre 19 de 2005. Magistrado ponente. Dr. Pedro Octavio Munar Cadena. Exp. 4018: “Como es sabido, a las creaciones materiales se oponen las creaciones formales, que están enderezadas no a la satisfacción de necesidades técnicas o estéticas de las personas, sino a diferenciar, mediante los signos distintivos, las distintas ofertas de quienes concurren al mercado.”

3. El carácter renombrado de una marca no requiere de prueba pues como la misma jurisprudencia lo indica, “[...] se trata de un “hecho notorio”. Y es que los hechos notorios” se conocen de oficio y no requieren actividad probatoria (*notoria non egent probatione*), no son objeto de prueba.”¹⁸. Esta especial característica, a nuestro juicio, ofrece dificultades en materia de garantías procesales equidistantes que, aunque no son materia de este escrito, vale la pena plantear someramente: Darle pábulo y asidero a esta afirmación, habilita dos cuestiones potencialmente controversiales que amenazarían el equilibrio de las partes y el principio de “igualdad de armas” así: por un lado, el funcionario administrativo o judicial estaría fallando la causa en función de su conocimiento privado, el cual no está sujeto a debate ni contradicción; por otra parte, la connotación de “renombrado” de la marca, podría decirse, adquiriría naturaleza esencialmente equiparable a la de una presunción de hecho. Nos apartamos con cautela de lo categórico que puede ser permitir la operatividad fáctica de una suposición como esta, pues los derroteros garantistas y civilistas de nuestra tradición jurídica enseñan que *incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*.¹⁹

4. La reputación de un producto, de un servicio, de una compañía, de una persona, inclusive, deben demostrarse en juicio como *conditio sine qua non* para poder, correlativa y consecuentemente, alegar que existe una explotación de aquella. La premisa es básica y completamente lógica: ante la ausencia de prueba que acredite la existencia del prestigio, mal puede pretenderse condenar al demandado por su injustificado saqueo. En ese sentido, a diferencia de lo que ocurre con la notorie-

dad (que se acredita en un segundo plano para satisfacer una solicitud de mayor entidad) y de lo que sucede con el renombre marcario (que como vimos una vez alegado, exonera al denunciante de la carga de probarlo) la reputación del demandante es una pretensión autónoma, principal, sin cuya mediación el fallo debe ser desestimatorio por carencia de objeto y para soslayar el riesgo de incurrir en fallos incongruentes.

Así las cosas, y tal y como ocurre con la cuestión de la confusión analizada al principio de este escrito, resulta común darle un alcance a menudo heterogéneo al significado que entraña el renombre o la notoriedad de un signo que identifica un producto o un servicio en el mercado y aquel que pueda tener el prestigio, reconocimiento o reputación de un empresario o de las prestaciones materiales que este ofrece. Lo cierto es que, como se vio, estos conceptos, indudablemente parecidos, mantienen distancias evidentes en lo que hace, entre otros, a la forma de demostrarse y, más sustancialmente, en lo que respecta al objeto mismo sobre el cual se predica la existencia del prestigio que se quiere invocar en uno u otro caso.

Bibliografía

De la Cruz , Dionisio, *La Competencia Desleal en Colombia, un estudio sustantivo de la ley*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

18 Ibidem

19 Código General del Proceso de Colombia. Artículo 167.

González, Joel, << La fundamentación de las sentencias y la sana crítica>>. Revista Chilena de Derecho (2006), vol. 33, número 1.

Acuerdo de Cartagena n° 3753, Lima, Perú, 06 de septiembre de 2019

Massaguer, José, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: Civitas Ediciones S.L., 1999.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: Interpretación Prejudicial rendida dentro del proceso 92-IP-2019, Gaceta Oficial del

Consideraciones sobre el aporte de cripto activos a sociedades comerciales en Colombia, Chile y Perú

Considerations regarding contribution of crypto assets to Colombian, Chilean and Peruvian companies

Hernando Padilla¹; Paula Buriticá²; Ximena González³; Felipe Márquez⁴

Resumen. El presente artículo incluye algunas consideraciones jurídicas y prácticas relacionadas con el aporte de cripto activos a sociedades comerciales en Colombia, Chile y Perú. Los cripto activos han hecho su aparición en el comercio mundial y esto requiere revisar su regulación legal. Aunque en Colombia, Chile y Perú aún no existe una regulación de cripto activos, distintas autoridades gubernamentales en estos tres países han puesto sus ojos en los cripto activos, y han emitido pronunciamientos sobre la naturaleza de estos, su volatilidad y los riesgos que implican para quienes invierten en ellos. Sin embargo, no existe regulación que prohíba las transacciones con cripto activos o su uso en el tráfico comercial de nuestros países, incluyendo su aporte al capital social de sociedades comerciales. Sin perjuicio de su viabilidad jurídica, el aporte de cripto activos a sociedades comerciales supone una serie de retos prácticos y riesgos jurídicos que deberán sortear las sociedades que acepten este tipo de aportes de parte de sus socios, así como los administradores y asociados de las mismas.

1 Abogado de la Universidad de los Andes (1997). Tiene una especialización en Contratación Internacional de la Universidad de los Andes (1997), un LLM de Northwestern University School of Law (1999) y un Certificate of Management de Kellogg School of Management (1999). El Sr. Padilla está admitido a la práctica en Colombia y en el estado de Nueva York. Socio de PPU experto en Mercado de Capitales y Fusiones y Adquisiciones. Su práctica se centra en asuntos relacionados con temas Financieros de Mercado de Capitales y Corporativo / M&A. Recientemente ha asesorado a clientes locales y extranjeros en fusiones y adquisiciones, Private Equity y otros asuntos corporativos tanto en Colombia como en Estados Unidos, incluyendo Platinum Equity Partners, Tecnoglass, Grupo Energía de Bogotá y General Atlantic. El Sr. Padilla también es miembro de la práctica de Financiero donde ha asesorado a colocadores internacionales en múltiples emisiones de bonos por parte de TPL, BBVA, Promigas y Ecopetrol, así como sponsors e instituciones financieras en el financiamiento de proyectos viales 4G. Teléfono: (571) 3268600. Correo electrónico: hernando.padilla@ppulegal.com.

2 Abogada con opción en economía de la Universidad de Los Andes (2009). Cuenta con un LL.M. con honores de la Northwestern University Pritzker School of Law (2013) y un Certificado en Administración de Empresas del Kellogg School of Management (2013). Miembro del grupo de Corporativo/M&A y Derecho Financiero, Bancario y Mercado de Capitales. Su ejercicio profesional se centra en asuntos corporativos, fusiones y adquisiciones y financiaciones. Ha actuado como asesora de clientes nacionales e internacionales en diversas operaciones de fusiones y adquisiciones, financiaciones corporativas y financiaciones de proyectos. Teléfono: (571) 3268600. Correo electrónico: paula.buritica@ppulegal.com.

3 Abogada de la Universidad Externado (2016). Cuenta con una especialización en Legislación Financiera de la Universidad de Los Andes (2017). Miembro del grupo de Bancario, Financiero y Mercado de Capitales y Corporativo/M&A. Su práctica profesional se centra en la asesoría relacionada con la constitución de fondos de inversión colectiva y fondos de capital privado, temas contractuales y corporativos, así como en la estructuración y negociación de fusiones y adquisiciones y contratos de crédito. Teléfono: (571) 3268600; Correo electrónico: ximena.gonzalez@ppulegal.com.

4 Abogado de la Universidad de Los Andes (2016). Miembro del grupo de Corporativo/M&A. Su ejercicio profesional se centra en la asesoría de clientes corporativos en la elaboración, revisión y negociación de contratos y el permanente acompañamiento en materia de obligaciones societarias y regulatorias. Ha desarrollado constantemente memorandos sobre investigaciones en materia de cumplimiento regulatorio de diferentes ámbitos, incluyendo regulación en tecnología, infraestructura y telecomunicaciones entre otras. En el ámbito transaccional, ha asesorado a diversas empresas en un amplio rango de industrias, incluyendo sectores inmobiliarios, financieros, consumo y tecnológico. También, ha asistido en la estructuración de transacciones, incluyendo fusiones y adquisiciones nacionales e internacionales, compraventas de acciones y activos, entre otras operaciones complejas, además de asistir en la negociación y estrategia de las mismas para llegar a cierres exitosos. Teléfono: (571) 3268600; Correo electrónico: felipe.marquez@ppulegal.com.

Abstract. *This article includes certain legal and practical considerations regarding the contribution of crypto assets to Colombian, Chilean and Peruvian companies. Crypto assets are a reality in Latin America. Although Colombia, Chile and Peru have not regulated crypto assets, the trade and use of these digital assets in our countries is a reality. Different governmental authorities in Colombia, Chile and Peru have set their eyes on this technology, have issued opinions regarding the nature of these assets, their volatility and the risks involved for those who invest in them. However, there is no regulation prohibiting transactions with crypto assets or their use in commercial activities in our countries, including the contribution of these assets to companies. Without prejudice to the above, the contribution of crypto assets poses practical and legal challenges that need to be addressed by companies accepting this type of contributions, as well as by their directors and equity holders.*

Palabras clave. *cripto activos, derecho societario, aportes de capital.*

Keywords. *crypto assets, corporate law, capital contributions.*

Sumario: 1. Introducción. 2. Colombia. 2.1. Pronunciamientos de autoridades sobre cripto activos. 2.2. Régimen de aportes en especie. 3. Chile. 3.1. Pronunciamientos de autoridades sobre cripto activos. 3.2. Régimen de aportes en especie. 4. Perú. 4.1. Pronunciamientos de autoridades sobre cripto activos. 4.2. Régimen de aportes en especie. 5. Reflexiones sobre algunos retos prácticos y jurídicos del aporte de cripto activos. 6 Bibliografía.

1. Introducción

La descripción de la tecnología detrás de los cripto activos y la diferenciación entre los distintos tipos de cripto activos existentes en el mercado excede el alcance de este artículo. Sin embargo, para efectos del presente documento, cuando nos referimos a cripto activos estaremos hablando de una representación digital de valor que puede ser negociada o transferida digitalmente, y que puede ser usada como medio de pago o para propósitos de inversión⁵.

La tecnología *blockchain* y otros desarrollos tecnológicos han soportado la creación y crecimiento del mercado de cripto activos a nivel mundial. El *blockchain* son bloques de información, asegurados mediante criptografía, que se comparten entre fuentes diferentes dentro de una red y dicha información nunca puede ser borrada o modificada sin que quede registro⁶. Esta tecnología permite que se lleven a cabo transacciones verificables sin la necesidad de intermediarios (p.ej. bancos y entidades financieras)⁷. Lo anterior ha permitido, entre otras cosas, el desarrollo del mercado de cripto activos⁸. Según el portal Statista, se estima que el tamaño del mercado de la tecnología *blockchain* en el mundo es de 1.2 billones de dólares⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior, en este artículo quisimos analizar un tema de interés en relación con este tipo de activos, a saber, la posibilidad de aportarlos a sociedades comerciales. Para estos efectos, nos preguntamos en primer lugar si el

5 «Financial Action Task Force», Virtual Assets And Virtual Asset Service Providers, acceso el 16 de junio de 2021, <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/RBA-VA-VASPs.pdf>

6 «Entiendo los Criptoactivos», Cámara de Comercio de Bogotá, acceso el 5 de octubre de 2021, <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/22729/5%20Entiendo%20los%20cripto%20activos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

7 «Blockchain y criptomonedas: bienvenidos al nuevo paradigma», CaixaBank, acceso el 5 de octubre de 2021, <https://www.caixabank-research.com/es/economia-y-mercados/politica-monetaria/blockchain-y-criptomonedas-bienvenidos-al-nuevo-paradigma-0>

8 «'Blockchain': las claves para que tú también lo entiendas», Banco Santander, acceso el 5 de octubre de 2021, <https://www.santander.com/es/sala-de-comunicacion/dp/blockchain-las-claves-para-que-tu-tambien-lo-entiendas>.

9 «Cryptocurrencies - statistics & facts», Statista, acceso el 16 de junio de 2021. https://www.statista.com/topics/4495/cryptocurrencies/#-dossierSummary__chapter1

aporte de cripto activos está permitido o prohibido por los ordenamientos de Colombia, Chile y Perú. A la fecha de redacción de este artículo, en los tres países objeto de estudio no existe regulación que prohíba el uso de los cripto activos. Entre otras cosas, no existe normativa que prohíba la posibilidad de que estos activos sean aportados para la constitución o capitalización de sociedades comerciales en ninguno de los tres países.

Ahora bien, en el tráfico comercial algunos cripto activos son utilizados como medio de pago de bienes y servicios. Otros, por sus características, han sido equiparados a bienes escasos que representan una reserva de valor¹⁰. En ese sentido, los cripto activos que son utilizados como medios de pago tienen un comportamiento que comercialmente puede equipararse a una moneda de curso legal. Sin embargo, los pronunciamientos de entidades regulatorias de Colombia, Chile y Perú han sido claros en establecer que los cripto activos no son una moneda de curso legal, ni una moneda extranjera, ni un título valor o título de crédito. Estos pronunciamientos se basan en que los cripto activos no están respaldados por un banco central y, por esta razón, es que se sigue aceptando como medio de pago las monedas de curso legal. Lo anterior tiene una implicación jurídica importante en materia societaria, pues los aportes de cripto activos no son aportes en dinero y, por lo tanto, deben regirse por las normas de aportes en especie.

El presente artículo se divide en cuatro partes. En las secciones dos a cuatro de este documento se resumirán brevemente algunos de los pronunciamientos de las entidades gubernamentales de Colombia, Chile y Perú sobre los cripto activos, así como ciertos aspectos relevantes en materia del régimen de aportes en especie en estos países. La quinta parte de este artículo resume algunas consideraciones prácticas y jurídicas que consideramos deben ser tenidas en cuenta a la hora de realizar aportes de cripto activos a sociedades comerciales en Colombia, Chile y Perú. Esto último tomando en consideración la naturaleza de estos activos y el hecho de que los aportes de estos activos deben regirse por las normas de aportes en especie.

2. Colombia

2.1 Pronunciamientos de autoridades sobre cripto activos

La Superintendencia Financiera (SF), el Banco de la República de Colombia (BR), la Superintendencia de Sociedades (SS) y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) han emitido conceptos en relación con cripto activos, cuyas consideraciones principales se resumen a continuación. Bajo la legislación colombiana, los cripto activos no son considerados como moneda de curso legal, divisas, efectivo o valores¹¹. En consecuencia, las personas naturales y jurídicas colombianas no están obligadas a recibir cripto activos como forma de pago de bienes u obliga-

10 Brett Munster, «Why Bitcoin is a superior store of value», Road Less Ventured, acceso el 20 de junio de 2021, <https://medium.com/road-less-ventured/why-bitcoin-is-a-superior-store-of-value-e5464d5fd619>. Vale la pena aclarar que esta visión de la capacidad de algunos cripto activos (como Bitcoin) de servir como reserva de valor es controversial. A diferencia de lo que consideran algunos analistas de mercado, varios reguladores han cuestionado la capacidad de los cripto activos de ser una reserva de valor, y se han pronunciado en sentido totalmente contrario, diciendo que estos activos no son una buena reserva de valor por su alta volatilidad.

11 Ver: Colombia. Superintendencia Financiera, Carta Circular 29 del 26 de marzo de 2014 y Carta Circular 52 de 22 de junio de 2017; Colombia. Banco de la República de Colombia, Concepto No. JDS-19261 del 8 de octubre de 2018; Colombia. Superintendencia de Sociedades, Oficio No. 220-037681 del 2 de mayo de 2019; y Colombia. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Oficio No. 000314 del 7 de marzo de 2018.

ciones, como ocurrirían con monedas de curso legal¹².

Las entidades también han indicado que la negociación de cripto activos es altamente riesgosa y volátil, dado que no están respaldados por bancos centrales o gobiernos¹³. Igualmente han advertido que las plataformas de cripto activos pueden estar domiciliadas en múltiples jurisdicciones, y aquellas plataformas que no se encuentren domiciliadas en Colombia no están sujetas a la ley colombiana, como tampoco a la vigilancia de las entidades gubernamentales de Colombia¹⁴.

Adicionalmente, la SF ha establecido que las entidades sujetas a su vigilancia (bancos, fiduciarias, comisionistas de bolsa, compañías de seguros, entre otras) no pueden recibir, custodiar, invertir, intermediar, operar, negociar o prestar asesoría con respecto a cripto activos, excepto por aquellas actividades que se desarrollen en el marco de los *sandboxes*¹⁵ regulatorios promovidos por el go-

bierno y en los términos estipulados en la regulación de estos espacios de prueba¹⁶. Asimismo, las operaciones con cripto activos en Colombia están prohibidas cuando, a través de ellas, se lleven a cabo actividades de captación masiva y habitual de recursos por entidades que no están autorizadas por la SF para hacerlo¹⁷.

Por su parte, la SS en un primer momento conceptuó que los cripto activos no podían ser objeto de aporte en especie al capital de sociedades comerciales en Colombia¹⁸. Sin embargo, pocos meses después, cambió su posición con respecto de la legalidad del aporte de cripto activos al capital de sociedades comerciales. En esta oportunidad, la entidad concluyó que sí era posible hacer aportes de cripto activos al capital de sociedades comerciales en la forma de aportes en especie y cumpliendo todas las formalidades que corresponden a este tipo de aportes¹⁹. En este caso, la SS fundamentó su conclusión en el hecho de que la DIAN ha considerado los cripto activos como

12 Colombia. Banco de la República de Colombia. Concepto C20-29529 del 1 de junio de 2020.

13 Colombia. Superintendencia Financiera. Carta Circular 29 del 26 de marzo de 2014 y Carta Circular 52 de 22 de junio de 2017.

14 Colombia. Superintendencia Financiera. Carta Circular 29 del 26 de marzo de 2014 y Carta Circular 52 de 22 de junio de 2017.

15 El “*sandbox*” regulatorio es un espacio creado por el Gobierno de Colombia en virtud del Decreto 1234 de 2020, mediante el cual las personas y empresas que hayan desarrollado productos o servicios Fintech pueden probarlos de manera temporal bajo la supervisión de la Superintendencia Financiera de Colombia. El resultado de estas pruebas puede ser el otorgamiento de una licencia para que estos productos o servicios puedan ser ofrecidos y operar en el mercado colombiano.

16 Debe tenerse en cuenta que con posterioridad a la Carta Circular 52 del 22 de junio de 2017 de la Superintendencia Financiera de Colombia, donde esta manifestó que las entidades vigiladas “*no se encuentran autorizadas para custodiar, invertir, intermediar ni operar con estos instrumentos, así como tampoco permitir el uso de sus plataformas para que se realicen operaciones con monedas virtuales*”, se expidió el Decreto 1234 de 2020. Este decreto creó el “*sandbox*” regulatorio de la Superintendencia Financiera. El “*sandbox*” es una iniciativa regulatoria de la SF en donde esta entidad otorga licencias provisionales a empresas del sector fintech para que, durante un término de 2 años, prorrogable por 2 años adicionales, prueben el desarrollo de su actividad económica y posteriormente obtengan una licencia definitiva o se liquiden. Adicionalmente, la SF lanzó un proyecto piloto “*cash in y cash out*” para probar la efectividad de algunos programas tecnológicos como plataformas de intercambio de cripto activos.

17 Según lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 1981 de 1988, la captación masiva y habitual de recursos ocurre cuando una persona tenga obligaciones con 20 o más personas y/o tenga más de 50 obligaciones en conjunto resultantes de la captación de fondos en forma de depósitos sin adquirir una obligación de proporcionar bienes y/o servicios a cambio de dichos depósitos (independientemente del tipo de contrato o acuerdo celebrado por las partes). También ocurre en el evento en que una persona haya celebrado más de 20 contratos de mandato con el objeto de administrar dineros de sus mandantes bajo la modalidad de libre administración o para invertirlos en títulos o valores a juicio del mandatario, o haya vendido títulos de crédito o de inversión con la obligación para el comprador de transferirle la propiedad de títulos de la misma especie, a la vista o en un plazo convenido, y contra reembolso de un precio.

18 Colombia. Superintendencia de Sociedades, Oficio No. 220-196196 del 30 de septiembre de 2020.

19 Colombia. Superintendencia de Sociedades, Oficio No. 100-237890 del 14 de diciembre de 2020.

bienes inmateriales²⁰ y que el Consejo Técnico de la Contaduría Pública de Colombia conceptuó que los cripto activos cumplen con la definición de activos intangibles según las Normas Internacionales Contables²¹.

La SS ha advertido que el aporte de cripto activos al capital de sociedades comerciales, entendidos estos como bienes inmateriales, es permitido siempre y cuando: (i) sean clasificados contablemente como inventarios o intangibles y se describa detalladamente en las notas de los estados financieros el hecho económico relacionado con estos; (ii) se dé cumplimiento estricto a las normas que regulan el aporte en especie establecidas en el artículo 122 y siguientes del Código de Comercio; y (iii) los asociados aprueben el avalúo comercial de los cripto activos, momento a partir del cual responden solidariamente por el valor que le hayan atribuido a dichos activos.

2.2 Régimen de aportes en especie

En Colombia, los asociados pueden hacer aportes al capital de una sociedad comercial en bienes en especie diferentes del dinero, sin importar el tipo societario. Estos aportes se pueden hacer al momento de la constitución de la sociedad o una vez que esta ha sido constituida.

En el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, el avalúo de los aportes en especie que se hagan al momento de constitución de la sociedad debe ser aprobado por unanimidad de votos de los socios. Los aportes que se hagan con posterioridad a la constitución de la sociedad deben ser

aprobados con el voto favorable del sesenta por ciento de las cuotas sociales, sin tener en cuenta los votos de los aportantes de los bienes en especie²². En la sociedad anónima y en la sociedad por acciones simplificada, el avalúo de los aportes en especie puede aprobarse por la asamblea general de accionistas o por la junta directiva, según se establezca en los estatutos de la sociedad. En caso de que la decisión sea potestad de la asamblea de accionistas, ésta podrá adoptarse por mayoría simple de los votos presentes en la reunión, salvo que se pacte una mayoría diferente en los estatutos²³.

El órgano corporativo correspondiente, al determinar el valor que se le otorgará al aporte en especie, debe establecer las razones por las cuales le otorga dicho valor. La SS ha establecido que los asociados pueden acudir a cualquiera de los métodos de valoración de activos comúnmente utilizados en el mercado (valor en libros, valor de mercado, valor comercial etc.) para efectos de determinar el valor del bien a aportarse²⁴. Lo anterior, entre otras cosas, tiene como propósito proteger a los terceros que tienen relaciones con la sociedad, en particular en aquellas sociedades de capital donde la responsabilidad de los asociados frente a terceros se limita al monto de sus aportes. Si una sociedad valora un activo muy por encima del valor real que este tiene en el mercado, la capacidad de la sociedad de responder frente a terceros por sus obligaciones con estos activos puede verse comprometida y generar perjuicios a los terceros. De otra parte, estas normas también cumplen el propósito de proteger a los asociados, pues el valor del aporte de un asociado determina, por regla general, sus derechos de votación y su derecho a recibir dividendos.

20 Colombia. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Oficio No. 20436 del 2 de agosto de 2017 y Oficio No. 000314 del 7 marzo de 2018. En estos oficios se clasifican los cripto activos como bienes “*de carácter incorporal o inmaterial susceptible de ser valorado*”, según definición efectuada con base en los artículos 653, 664 y 665 del Código Civil.

21 Colombia. Consejo Técnico de la Contaduría Pública, Concepto 2018-472 del 28 de mayo de 2018.

22 Colombia. Código de Comercio. Artículo 132.

23 Colombia. Código de Comercio. Artículo 398; Ley 222 de 1995. Artículo 68; y Ley 1258 de 2008. Artículo 45.

24 Colombia. Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 220-038617 del 27 de junio de 2010.

Todos los asociados que hayan aprobado el avalúo serán solidariamente responsables por el valor atribuido a los aportes en especie en la fecha en que estos fueron aportados²⁵. Esto significa que, si existe una diferencia entre el valor real del aporte y la valoración realizada por los asociados, éstos deben cubrir dicha diferencia²⁶.

El aporte en especie al capital de una sociedad se entiende perfeccionado cuando la tradición del bien se hace de conformidad con la ley. Al ser los cripto activos bienes inmateriales, la tradición de estos se verificará cuando, según la tecnología del respectivo cripto activo, se pueda entender que la sociedad es titular del activo. Hasta ese momento, estará a cargo del aportante la conservación y riesgo de la cosa²⁷.

3. Chile

3.1 Pronunciamientos de autoridades sobre cripto activos

El Banco Central de Chile (BCC) ha indicado que los cripto activos no pueden ser considerados como moneda de curso legal o divisas. Asimismo, en términos similares a las autoridades colombianas, el BCC ha indicado que, al no ser reconocidas como moneda de curso legal de ningún país, nadie está obligado a recibirlos como medio de pago para extinguir obligaciones.

También, ha advertido, entre otras cosas, el riesgo de su volatilidad, su falta de respaldo y las dificultades de la mitigación del riesgo operacional y de ciberseguridad que se derivan de que las en-

tidades que custodian e intermedian con estos activos pueden constituirse en cualquier jurisdicción. Igualmente, esta entidad ha manifestado las preocupaciones que su uso genera de cara a la prevención de actividades relacionadas con el lavado de activos y financiación del terrorismo, entre otras razones, por la dificultad de identificar a los propietarios de las cuentas o billeteras virtuales donde se almacenan estos activos. No obstante lo anterior, el BCC ha indicado que en Chile no existen impedimentos para que las personas acepten convencionalmente cambiar bienes o servicios por cripto activos²⁸.

De otra parte, la Comisión para el Mercado Financiero de Chile (CMF) ha establecido que los cripto activos no pueden ser considerados como valores y, por lo tanto, no corresponde a la CMF la regulación de los cripto activos²⁹.

3.2 Régimen de aportes en especie

La doctrina chilena sostiene que, a pesar de la carencia de un régimen que los regule, los cripto activos no están prohibidos. Esto porque, aunque no puedan ser considerados como una moneda de curso legal, serían por defecto una “cosa” y, por lo tanto, objeto de comercio humano. Así las cosas, si bien no existe una disposición expresa que lo permita y no ha habido pronunciamientos puntuales de entidades gubernamentales que analicen la posibilidad de realizar aportes de cripto activos a sociedades comerciales, concluimos que este tipo de aportes estaría permitido. Ahora bien, al igual que en Colombia, estos aportes serían aportes en especie y no en dinero.

25 Colombia. Código de Comercio. Artículo 135.

26 Colombia. Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 220-187120 del 6 de septiembre de 2020.

27 Colombia. Código de Comercio. Artículo 128.

28 Chile. Banco Central de Chile, Informe de Estabilidad Financiera, Primer Semestre 2018. <https://www.bcentral.cl/contenido/-/detalle/informe-de-estabilidad-financiera-primer-semestre-2018-11>. Acceso el 17 de junio de 2021.

29 Chile. Comisión para el Mercado Financiero. Oficio Ord. N° 3517 del 1 de febrero de 2019.

De conformidad con el artículo 2055 del Código Civil de Chile, los asociados de una sociedad pueden aportar bienes muebles a su capital. En las sociedades anónimas la valoración de los aportes al capital que no consistan en dinero se debe indicar en la escritura pública de constitución de la sociedad³⁰. Los accionistas deben aprobar el hecho de que el aporte se haga en bienes diferentes al dinero, y la valoración de este aporte, con el voto favorable de las dos terceras partes de las acciones emitidas y con derecho a voto de la sociedad³¹. Salvo que los accionistas por unanimidad decidan otra cosa, los aportes en especie deberán ser evaluados por peritos³².

Para el caso de las sociedades por acciones, otro tipo societario que contempla la legislación chilena, el valor que se le asigne a los aportes que consistan en bienes muebles diferentes al dinero se debe indicar en la escritura social. También, se deberá indicar en la escritura social la forma en que deban valorarse dichos aportes en el evento en que a estos no se les haya asignado un valor al momento de la constitución³³. En este tipo de sociedades, los accionistas pueden pactar una mayoría diferente para aprobar la valoración de los aportes en especie diferente a la establecida en el caso de las sociedad anónimas. No obstante lo anterior, en el evento en que los estatutos no establezcan regulación alguna respecto de la mayoría para aprobar los aportes en especie y su valoración, se aplicarán supletoriamente las normas que regulan las sociedades anónimas³⁴ y, consecuentemente, el aporte en especie y su valoración deberán ser aprobados con el voto favorable de las dos terceras partes de las acciones emitidas y con derecho a voto³⁵.

Respecto de las sociedades de responsabilidad limitada también pueden los asociados hacer aportes en especie al capital de la sociedad y su valoración deberá ser aprobada por unanimidad de los asociados³⁶. En el evento en que la escritura social no establezca el valor de los aportes en especie, esta deberá indicar la forma en que se debe calcular el valor de dichos aportes.

En el caso de las sociedades anónimas, por acciones y limitadas en Chile, los asociados no son responsables de ninguna forma por la valoración que les otorguen a los aportes en especie. En el caso de las sociedades anónimas, en el evento en que los directores y el gerente acepten el pago de acciones en una forma diferente a la establecida en los estatutos, éstos serán solidariamente responsables del valor de las acciones pagadas en dicha forma³⁷.

Al igual que en el caso colombiano, consideramos que el aporte de cripto activos al capital de una sociedad se perfeccionará cuando, según la tecnología del respectivo cripto activo, se entienda que la sociedad es titular de este y hasta ese momento el aportante deberá correr con el riesgo de la cosa.

4. Perú

4.1 Pronunciamientos de autoridades sobre cripto activos

De manera similar a la situación en Colombia y en Chile, el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP) ha señalado que los cripto activos son activos financieros que no se encuentran regulados.

30 Chile. Ley de Sociedades Anónimas. Artículo 3, Numeral 5.

31 Chile. Ley de Sociedades Anónimas. Artículo 64, Numeral 6.

32 Chile. Ley de Sociedades Anónimas. Artículo 15.

33 Chile. Código de Comercio de Chile. Artículo 352, Numeral 4.

34 Chile. Ley 20.190. Artículo 17.

35 Chile. Ley de Sociedades Anónimas. Artículo 67, Numeral 6.

36 Chile. Código de Comercio. Artículo 352. Numeral 4.

37 Chile. Ley de Sociedades Anónimas. Artículo 15.

Adicionalmente, ha establecido que estos activos no tienen la condición de moneda de curso legal, ni son respaldadas por bancos centrales y no cumplen las funciones de ser medio de cambio, unidad de cuenta o reserva de valor³⁸.

Lo anterior teniendo en cuenta que el artículo 42 del Decreto Ley 26123, Ley Orgánica del BCRP del 30 de diciembre de 1992, establece que la emisión de billetes y monedas es facultad exclusiva del Estado, quien la ejerce por medio del BCRP³⁹. Adicionalmente, los cripto activos no son considerados un instrumento de pago⁴⁰. Sin perjuicio de lo anterior, este tipo de activos puede ser utilizado como medio o mecanismo de pago de forma consensual entre partes.

Por su parte, la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) ha advertido que no hay una regulación en Perú sobre la oferta o promoción de criptomonedas, las cuales no cuentan con el respaldo de autoridades financieras o entidades gubernamentales. Asimismo, ha señalado que según el artículo 2 de la ley 30050, la publicidad u ofrecimiento de compra, venta o suscripción de activos financieros utilizando medios masivos de comunicación solo puede realizarse por empresa autorizadas o supervisadas por la SMV o la Superintendencia de Bancas,

Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS)⁴¹.

Finalmente, la SBS ha indicado que las criptomonedas se encuentran al margen de todo tipo de registro, y que, si bien las personas están en todo su derecho de invertir en estas monedas, ello no corresponde a una actividad que esté regulada, por lo cual la SBS ha exhortado al público a informarse y ser cuidadosos al momento de adquirirlas⁴². Adicionalmente, la SBS ha destacado la necesidad de emitir una regulación sobre esta materia, sin que a la fecha de este artículo exista algún proyecto de regulación⁴³.

4.2 Régimen de aportes en especie

Teniendo en cuenta que en Perú no hay una norma que regule o prohíba el uso de los cripto activos, consideramos que es posible que este tipo de activos sea objeto de aporte en especie a una sociedad. Lo anterior teniendo en cuenta que el artículo 25 de la ley 26887 (Ley General de Sociedades) señala que es posible el aporte de bienes muebles a una sociedad.

Ahora bien, de acuerdo con la Ley General de Sociedades, la valoración del aporte en especie debe realizarse de manera previa al mismo e insertar-

38 . «Riesgos de las Criptomonedas». Banco Central de Reserva del Perú, acceso el 14 de junio de 2021, <https://www.bcrp.gob.pe/sistema-financiero/articulos/riesgos-de-las-criptomonedas.html>.

39 Es importante tener en cuenta que en Perú los cripto activos tampoco pueden ser considerados títulos valores, teniendo en cuenta que no se encuentran regulados en la Ley de Títulos Valores (Ley 27287).

40 Esto teniendo en cuenta que (i) según la ley 29440, los instrumentos de pago son aquellos utilizados en el marco de un sistema de pagos o de liquidación de valores que se encuentran reconocidos de manera expresa por dicha ley o son reconocidos como tales por el BCRP o la SMV, y (ii) a la fecha los cripto activos no han sido reconocidos por la legislación peruana o declarados por el BCRP como un sistema de pagos.

41 «Comunicado Advertencia sobre adquisición de monedas virtuales o criptomonedas y la participación en esquemas de financiamiento mediante el uso de unidades de valor denominadas Tokens», Superintendencia de Mercado de Valores, acceso el 14 de junio de 2021, https://www.smv.gob.pe/Uploads/Comunicado_Criptomonedas_ICO.pdf

42 Karen Guardia, «SBS alerta uso de las criptomonedas para estafar bajo el cuento de “ganancias extraordinarias”», *Gestión*, 8 de marzo de 2019, acceso el 14 de junio de 2021, <https://gestion.pe/tu-dinero/sbs-alerta-criptomonedas-estafar-cuento-ganancias-extraordinarias-260731-noticia/?ref=gesr>

43 Karen Guardia, «SBS realiza diagnóstico sobre el uso de bitcoins en Perú para su posterior regulación», *Gestión*, 26 de marzo de 2020, acceso el 14 de junio de 2021, <https://gestion.pe/economia/sbs-realiza-diagnostico-sobre-uso-de-bitcoins-en-peru-para-su-posterior-regulacion-noticia/?ref=gesr>

se en un informe de valorización que contenga la descripción del bien, los criterios empleados y el valor asignado a estos. Adicionalmente, dentro de los 60 días siguientes contados a partir de la fecha en que se hizo el aporte, el directorio deberá revisar la valoración de los aportes y dentro de los 30 días siguientes al plazo anterior, los accionistas podrán solicitar que se compruebe judicialmente la valoración por parte de un perito. Antes de los plazos mencionados anteriormente, no será posible que se emitan acciones que correspondan a los aportes que están siendo revisados. En el evento que el valor del bien aportado llegare a ser menor en más de un 20% con respecto a la cifra de la valoración inicial, el socio aportante deberá optar entre la anulación de las acciones correspondientes a la diferencia en la valoración, su retiro del pacto social o el pago en dinero de la diferencia.

Por otra parte, la citada Ley General de Sociedades, señala que el riesgo del bien aportado en propiedad (como sería el caso de aportes en cripto activos) es de cargo de la sociedad desde el momento en que se verifique su entrega. En línea, con lo indicado en los casos de Colombia y Chile, el aporte del cripto activo se entenderá perfeccionado a partir de que, de acuerdo con la tecnología de este, se entienda que este es propiedad de la sociedad.

Finalmente, es importante tener en cuenta que en Perú no hay un régimen de mayorías especiales requeridas para los aportes no dinerarios, motivo por el cual para el aporte de criptomonedas solo es necesario el voto a favor de la mayoría absoluta de las acciones representadas en la junta⁴⁴.

5. Reflexiones sobre algunos retos prácticos y jurídicos del aporte de cripto activos

Como se indicó en los acápites anteriores, en Colombia, Perú y Chile no existe norma que pro-

híba el aporte de cripto activos a sociedades comerciales. De acuerdo con los pronunciamientos de las distintas autoridades gubernamentales, y teniendo en cuenta que por lo pronto los cripto activos no pueden considerarse como una moneda de curso legal, divisa, o título valor o título crediticio, cuando se aportan cripto activos a una sociedad, se entenderá que estos corresponden a aportes en especie. Lo anterior supone una serie de complejidades prácticas y riesgos que deben tenerse en cuenta por los asociados y administradores de la sociedad a la hora de decidir si se acepta un aporte de cripto activos.

En primer lugar, consideramos que quienes están llamados a tomar la decisión de aceptar un cripto activo como aporte deben entender si más allá de la posibilidad jurídica de recibir el aporte, es posible en la práctica que la sociedad sea titular de este activo de acuerdo con la tecnología que lo gobierna, además del uso que le puede dar la sociedad a dicho activo. Entre otras cosas, habrá que preguntarse y obtener una respuesta a los siguientes interrogantes ¿Cuál es la tecnología de este activo? ¿Permite esta tecnología que el titular del bien sea una persona jurídica? Si es posible ¿Cuáles serían los requisitos para poder tomar posesión del activo? Por ejemplo, para cripto activos que requieran la creación de una billetera virtual donde estos se almacenen ¿Permite el *host* de esta billetera que la cuenta no esté asociada a una persona natural plenamente identificada? ¿Si es necesario que la cuenta esté asociada a una persona natural, el aportante continuará siendo para efectos prácticos el titular de la cuenta? Si este último es el caso, por lo menos debería existir un acuerdo con el aportante sobre las reglas de juego acerca de en qué momento se entenderá transferido el activo (p.ej. cuando el aportante entregue los datos de cuenta y se modifique la clave de acceso para que la billetera sea administrada por quien la sociedad designe). Asimismo, sería con-

44 Perú. Ley 26887 Ley General de Sociedades. Artículo 257.

veniente acordar desde un inicio las reglas sobre las responsabilidades, tanto para el asociado como para la sociedad, si alguno de ellos incumple con los acuerdos prestablecidos sobre el manejo de la cuenta generándole un perjuicio al otro.

De otra parte, habría que analizar qué gastos y comisiones pueden generarse con ocasión del aporte del cripto activo, incluidos, por ejemplo, los que se generen por la apertura de la billetera virtual y sistemas de seguridad contra *hackers*. En nuestra opinión, todos los costos necesarios para que se perfeccione el aporte del asociado deberían ser asumidos por el aportante y no por la compañía.

El segundo reto práctico que identificamos es la valoración del bien. Como lo han advertido las autoridades de los distintos países, los cripto activos (o por lo menos una parte de ellos)⁴⁵ son altamente volátiles. Algunos de los cripto activos más populares, tales como Bitcoin, Ether o Dogecoin, no solo no están respaldados por algún banco central, sino que tampoco están vinculados a ningún otro activo subyacente. Por lo anterior, su valor depende exclusivamente de las leyes de oferta y demanda, y en especial de la utilidad que le dé el mercado a dicho cripto activo (que tanto se tranza con el mismo). Así las cosas, un anuncio de algún jugador importante en el mercado respaldando el cripto activo puede disparar su precio, y una noticia en sentido contrario puede hacer que su precio caiga vertiginosamente⁴⁶. Un ejemplo reciente fue el anuncio de la República Popular de China en el cual manifestó que no aceptaba cripto activos como monedas de pago,

lo cual resultó en un descenso en la cotización de los mismos.

Lo anterior tiene varias implicaciones jurídicas cuando se pretenda hacer aportes de cripto activos de alta volatilidad. Una de ellas es que el ejercicio de valoración necesario para poder aprobar el aporte puede resultar rápidamente obsoleto. Esta situación puede jugar en contra de la sociedad si el valor del cripto activo disminuye, o en contra del aportante, si el valor aumenta. En uno y otro caso, el balance económico que debería existir entre el valor del aporte y el número de acciones que reciba el aportante puede fácil y rápidamente romperse. Lo anterior genera a la vez una inseguridad jurídica para los involucrados en el proceso de aprobación de la valoración y aceptación del aporte. Por ejemplo, los directores que tengan que aprobar valoraciones de este tipo de aportes tendrán una carga extra a la hora de desplegar sus deberes fiduciarios en relación con la aprobación de este tipo de aportes. Esto pues, de lo contrario, podrían estar sujetos a reclamaciones por parte de accionistas e incluso terceros si el aporte perjudica a la sociedad. Muchas veces la información sobre estos activos es escasa y su volatilidad muy alta. La misma premisa se predica de los asociados que aprueben estos aportes en Colombia, teniendo en cuenta la responsabilidad solidaria que tienen los asociados por el valor atribuido al aporte. Incluso en Perú, donde las normas que regulan los aportes en especie establecen mecanismos que permiten el reajuste del equilibrio económico del aporte, la revisión que se puede realizar en un periodo de tiempo puede resultar insuficiente a efectos de evaluar el verdadero beneficio o perjuicio que su-

45 Debemos advertir que no todos los cripto activos son igual de volátiles. Existen cripto activos cuyo valor está respaldado por activos subyacentes. Estos *stablecoins*, del cual el Tether es un ejemplo, están vinculados a una moneda o activo valioso (por ejemplo, el oro). Así, en caso de algún malfuncionamiento del cripto activo, por ejemplo (un error tecnológico o fraude), en teoría el dueño de los mismos podría reclamar al emisor de este cripto activo el monto en el activo subyacente a cambio de los tokens de la moneda virtual. En ese orden de ideas, el valor del cripto activo se mantiene en el tiempo. Ver: Rieff, Nathan. «Gold-Pegged vs. USD-Pegged Cryptocurrencies». En: <https://www.investopedia.com/tech/goldpegged-vs-usdpegged-cryptocurrencies>. Acceso el 19 de junio de 2021.

46 Por ejemplo, en septiembre de 2020 el precio de Bitcoin se ubicaba sobre los USD \$10,000, para marzo de 2021 se había posicionado por encima de los USD \$50,000 y en mayo del mismo año su precio cayó hasta los USD\$37,000.

fre la sociedad con el aporte. Por lo anterior, la posibilidad de que se generen controversias por la valoración del activo es en todo caso alta.

Ahora bien, la sociedad y el aportante podrían llegar a acuerdos para mitigar, por lo menos parcialmente, los riesgos derivados del aporte de cripto activos de alta volatilidad. Por ejemplo, podrían pactarse mecanismos de ajuste de la participación del aportante de acuerdo con un valor promedio del activo en el tiempo, o de acuerdo con los beneficios recibidos por la sociedad por el aporte. En efecto, si el aportante aportó un cripto activo que fue valorado en USD 20.000, pero su valor promedio en dos años resultó ser USD 10.000, podría acordarse que el aportante pague la diferencia o se reduzca su número de acciones. En todo caso, la forma de instrumentar estos acuerdos deberá analizarse a la luz de las normas contables, corporativas y fiscales aplicables, de tal forma que su implementación sea viable.

Otro aspecto que deberá tenerse en cuenta al analizar la conveniencia de recibir cripto activos como aportes, tiene que ver con las posibles limitaciones en el uso de estos activos en el comercio y las posibles cargas regulatorias que puede implicar para una sociedad poseer estos activos en nuestros países. No es secreto que los entes reguladores miran con mucho recelo este tipo de activos al no tener un respaldo real y no seguir las reglas de los sistemas monetarios tradicionales. Como se ha señalado a lo largo de este documento, los cripto activos no son reconocidos como medio de pago en Chile, Colombia o Perú. Lo anterior implica que no es posible obligar a una parte bajo un contrato oneroso a recibir el pago en cripto activos. Esto supone una serie de dificultades para la sociedad que recibe este tipo de activos como aporte de capital, pues, aunque la aceptación del uso de cripto activos en la región parece ir en ascenso y existe un alto potencial de crecimiento, todavía

estamos lejos de que los cripto activos sean medios de pago altamente aceptados en el comercio.

Ahora bien, consideramos que este análisis sobre la conveniencia de aceptar cripto activos de cara a las limitaciones a su uso deberá hacerse caso a caso, y dependerá de la industria de la sociedad que recibe el aporte. Por ejemplo, es distinto que una sociedad desarrolladora de aplicaciones en una plataforma digital en la que se pueda utilizar criptomonedas como medio de pago reciba como aporte una de las monedas recibidas en las transacciones realizadas en dicha plataforma, a que una sociedad productora de zapatos reciba esa misma criptomoneda. Mientras que en el primer caso la sociedad fácilmente podrá utilizar el cripto activo en el desarrollo de su actividad comercial, este mismo activo puede ser de menor o ninguna utilidad para la segunda, en la medida en que no puede usarlo como medio de pago de los bienes y servicios que adquiere.

De otra parte, una de las advertencias recurrentes de las autoridades acerca de los cripto activos es el riesgo de que estas sean usadas para actividades ilegales. Es por eso que no debe extrañarnos que las regulaciones que se expidan sobre cripto activos impongan a las sociedades que poseen, transan y usan estos activos cargas regulatorias encaminadas a prevenir estos riesgos. Por ejemplo, en Colombia recientemente se expidió una regulación que obliga a las compañías que realicen actividades de intercambio de cripto activos, transferencia, custodia o que reciban aportes en cripto activos, a implementar un sistema de autocontrol y gestión del riesgo integral de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y de la proliferación de armas de destrucción masiva (SAGRILAF)⁴⁷. Dicha regulación comprende, entre cosas, procesos de debida diligencia con respecto a las personas de quienes la sociedad recibe los cripto activos y procesos de monitoreo perma-

47 Colombia. Superintendencia de Sociedades. Circular externa 100-000016 del 24 de diciembre de 2020.

nente sobre estos. Este tipo de regulaciones impone a la vez una carga en cabeza de los administradores de las sociedades que poseen, usan, transan o custodian estos activos, de mantener e implementar las medidas requeridas por la ley, so pena de incurrir en responsabilidades civiles e incluso penales. La expedición de regulaciones como el citado ejemplo, si bien imponen una carga adicional a las sociedades, puede propiciar una mayor confianza en el mercado, que a su turno puede aumentar el número de personas y empresas que estén dispuestas a recibir estos activos como medio de pago.

Los gobiernos y poderes legislativos de Chile, Perú y Colombia han reconocido la necesidad de regular los cripto activos para su correcto uso dentro del mercado. Como respuesta a lo anterior, en Colombia se está tramitando el proyecto de ley No. 033/2020C *“Por la cual se regulan los servicios de intercambio de cripto activos ofrecidos a través de las plataformas de intercambio de cripto activos”*. Este proyecto busca regular la operación y funcionamiento de los prestadores de servicio de intercambio de cripto activos a través de plataformas de intercambio de cripto activos. De igual modo, en Chile, la CMF propuso al Ministerio de Hacienda un proyecto de ley Fintech para su aprobación. El proyecto incluye una nueva definición de instrumentos financieros donde incluirá a los cripto activos como parte de estos y se regularán, al igual que en Colombia, las plataformas de intercambio de estos activos. Respecto de Perú no se encontró algún proyecto de ley formal que actualmente se encuentre en trámite para el uso de cripto activos en el mercado peruano. Sin embargo, el departamento de Supervisión de Riesgo Operacional de la SBS, mediante la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) ha reconocido que es necesario adoptar una regulación aplicable al sector de cripto activos para evitar, entre otras cosas, el lavado de activos.

Una regulación de estos activos puede ayudar a mitigar algunos de los riesgos que han sido identificados por las autoridades y como consecuencia de ello brindar una mayor seguridad jurídica que ayude a profundizar el mercado de estos. Lo anterior puede contribuir a mitigar algunos de los riesgos de aceptar aportes en cripto activos, como la capacidad de la sociedad receptora de utilizar dichos activos. Sin embargo, estas regulaciones no resolverían otros de los retos acá identificados, como la dificultad de valorar estos activos y la potencial inequidad económica si no hay mecanismos de revisión de la valoración del activo.

Por las consideraciones incluidas en líneas anteriores consideramos que, si bien el aporte de cripto activos es viable jurídicamente en Colombia, Chile y Perú, es fundamental que la sociedad, los administradores de la sociedad y sus accionistas evalúen en detalle la conveniencia de recibir este tipo de aportes. Adicionalmente, es oportuno que se establezcan mecanismos para mitigar o superar los inconvenientes prácticos y los potenciales riesgos jurídicos (como responsabilidades de los administradores o asociados por la valoración del aporte) que pueden derivarse del aporte de cripto activos a sociedades comerciales de forma previa a la aceptación de este tipo de aportes.

Bibliografía

- ABC. «What to know about ‘stablecoins,’ the ‘bridge’ between cryptocurrencies and traditional money». Acceso el 5 de octubre de 2021, <https://abcnews.go.com/Business/stablecoins-bridge-cryptocurrencies-traditional-money/story?id=79500575>
- Agustín, Barroilhet Díez. «Criptomonedas, economía y derecho». *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 8 (2019): 29-67. DOI 10.5354/0719-2584.2019.51584
- Banco Central de Reserva del Perú. «Riesgos de las Criptomonedas». Acceso el 14 de junio de 2021, <https://www.bcrp.gob.pe/sistema-financiero/articulos/riesgos-de-las-criptomonedas.html>
- Banco Santander. «‘Blockchain’: las claves para que tú también lo entiendas». Acceso el 5 de octubre de 2021, <https://www.santander.com/es/sala-de-comunicacion/dp/blockchain-las-claves-para-que-tu-tambien-lo-entiendas>
- BBVA. «¿Qué son las ‘stablecoins’ y para qué sirven?». Acceso el 5 de octubre de 2021, <https://www.bbva.com/es/que-son-las-stablecoins-y-para-que-sirven/>
- Caixa Bank. «Blockchain y criptomonedas: bienvenidos al nuevo paradigma» Acceso el 5 de octubre de 2021, <https://www.caixabankresearch.com/es/economia-y-mercados/politica-monetaria/blockchain-y-criptomonedas-bienvenidos-al-nuevo-paradigma-0>
- Cámara de Comercio de Bogotá. «Entiendo los Criptoactivos». Acceso el 5 de octubre de 2021, <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/22729/5%20Entiendo%20los%20cripto%20activos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Chile. Código de Comercio.
- Chile. Comisión para el Mercado Financiero. Oficio Ord. No. 3517 del 1 de febrero de 2019.
- Chile. Consejo de Estabilidad Financiera. *El Consejo de Estabilidad Financiera advierte al público sobre los riesgos asociados a la adquisición y tenencia de las denominadas criptomonedas*. 5 de abril de 2018.
- Chile. Ley 18.840/1989, del 10 de octubre. Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile. (Diario Oficial del 10 de octubre de 1989).
- Chile. Ley 20.190/2007, del 17 de mayo. Introduce cambios tributarios e institucionales para el fomento de la industria de capital de riesgo. (Diario Oficial del 5 de junio de 2007).
- Chile. Servicio de Impuestos Internos Oficio 963 del 14 de mayo de 2018
- Colombia. Banco de la República de Colombia. Concepto C20-29529 del 1 de junio de 2020.
- Colombia. Banco de la República de Colombia. Concepto No. JDS-19261 del 8 de octubre de 2018.
- Colombia. Consejo Técnico de la Contaduría Pública. Concepto 2018-472 del 28 de mayo de 2018.
- Colombia. Decreto 410/1971, de 27 de marzo, por el cual se expide el Código de Comercio (Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971).
- Colombia. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Oficio No. 000314 del 7 de marzo de 2018.

- Colombia. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Oficio No. 20436 del 2 de agosto de 2017 y Oficio No. 000314 del 7 de marzo de 2018.
- Colombia. Ley 222/1995, de diciembre 20, por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones (Diario Oficial No. 42.156, de 20 de diciembre de 1995).
- Colombia. Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 100-237890 del 14 de diciembre de 2020.
- Colombia. Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 220-037681 del 2 de mayo de 2019.
- Colombia. Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 220-038617 del 27 de junio de 2010.
- Colombia. Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 220-187120 del 6 de septiembre de 2020.
- Colombia. Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 220-196196 del 30 de septiembre de 2020.
- Colombia. Superintendencia Financiera. Carta Circular 29 del 26 de marzo de 2014.
- Colombia. Superintendencia Financiera. Carta Circular 52 del 22 de junio de 2017.
- Guardia, Karen. «SBS alerta uso de las criptomonedas para estafar bajo el cuento de “ganancias extraordinarias”», *Gestión*, 8 de marzo de 2019. Acceso el 14 de junio de 2021, <https://gestion.pe/tu-dinero/sbs-alerta-criptomonedas-estafar-cuento-ganancias-extraordinarias-260731-noticia/?ref=gesr>
- Guardia, Karen. «SBS realiza diagnóstico sobre el uso de bitcoins en Perú para su posterior regulación», *Gestión*, 26 de marzo de 2020. Acceso el 14 de junio de 2021, <https://gestion.pe/economia/sbs-realiza-diagnostico-sobre-uso-de-bitcoins-en-peru-para-su-posterior-eregulacion-noticia/?ref=gesr>
- Marsh. «El mercado de criptomonedas de Latinoamérica se está disparando». Acceso el 20 de junio de 2021 <https://www.marsh.com/co/insights/research/criptomonedas-latinoamerica.html>
- Munster, Brett. «Why Bitcoin is a superior store of value». *Road Less Ventured*, 29 de diciembre de 2020. Acceso el 20 de junio de 2021, <https://medium.com/road-less-ventured/why-bitcoin-is-a-superior-store-of-value-e5464d-5fd619>
- Pérez Abarca, Rubén Ignacio. *El Régimen Jurídico del Contrato de Permutación en la Jurisprudencia*. (Santiago: Universidad de Chile, 2015).
- Perú. Decreto Supremo 55-90/1990 de 17 de agosto.
- Perú. Decreto Supremo 179-2004/2004, de 8 de diciembre.
- Perú. Ley 26887/1997, de 9 de diciembre, Ley General de Sociedades.
- Perú. Ley 27287/2000, de 6 de junio, Ley de Títulos Valores.
- Perú. Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo.
- Perú. Superintendencia de Mercado de Valores. «Comunicado Advertencia sobre adquisición de monedas virtuales o criptomonedas y la participación en esquemas de financiamiento mediante el uso de unidades de valor denomi-

nadas Tokens». Acceso el 14 de junio de 2021. https://www.smv.gob.pe/Uploads/Comunicado_Criptomonedas_ICO.pdf

Rieff, Nathan. «Gold-Pegged vs. USD-Pegged Cryptocurrencies». Acceso el 19 de junio de 2021. <https://www.investopedia.com/tech/goldpegged-vs-usdpegged-cryptocurrencies>

Statista. «Cryptocurrencies - statistics & facts». Acceso el 16 de junio de 2021. https://www.statista.com/topics/4495/cryptocurrencies/#-dossierSummary__chapter1

Statista. «How common is Crypto?». Acceso el 20 de junio de 2021. <https://www.statista.com/chart/18345/crypto-currency-adoption/>

Virtual Assets And Virtual Asset Service Providers. «Financial Action Task Force». Acceso el 16 de junio de 2021 <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/RBA-VA-VASPs.pdf>



FORO
ACADÉMICO
Asociación Civil

Apuntes sobre la oponibilidad de los convenios societarios en la regulación peruana

Notes on the opposability of shareholders' agreements under Peruvian law

Enrique Zevallos Córdova¹

Resumen. En el presente artículo se analizan las problemáticas que surgen a partir de la regulación actual de los convenios societarios en la Ley General de Sociedades vigente. Entre estas, por ejemplo, se tiene la poca claridad de los alcances de dicha oponibilidad y los límites que debe interpretarse que tiene la oponibilidad en ciertos casos. A fin de efectuar dicho análisis, se hace primero un recuento de las principales características de los convenios societarios y de la oponibilidad de estos a las sociedades no cotizadas en la regulación peruana. También se aborda la regulación comparada de la oponibilidad de estos acuerdos en otros ordenamientos importantes como el español, el estadounidense y el brasileño.

Abstract. *In this paper the author analyzes the problems of the regulation of shareholders' agreements in the current General Companies Law. Among these, for example, the lack of clarity of the scope of their opposability and the limits that must be construed the opposability has in certain cases. In order to carry out this analysis, first, it is made a recount of the main characteristics of the shareholders' agreements and their opposability to non-public companies under the Peruvian law, and it is also addressed a comparative law analysis of the opposability of these agreements in other relevant legal systems such as Spanish, American and Brazilian.*

Palabras clave. convenios societarios, oponibilidad, sociedades anónimas, regulación comparada, terceros adquirentes.

Keywords. *shareholders' agreements, opposability, corporations, comparative law, transferees.*

Sumario: 1. Introducción. 2. El rol de los convenios societarios en las sociedades. 3. Sobre la oponibilidad jurídica. 4. Breves apuntes sobre la regulación de la oponibilidad de los convenios societarios en el derecho comparado. 4.1. El ordenamiento español. 4.2. El ordenamiento brasileño. 4.3. El ordenamiento estadounidense. 5. La regulación peruana de los convenios societarios y su oponibilidad a la sociedad. 6. Problemáticas e interpretación de la oponibilidad en la LGS vigente. 7. Consideraciones finales.

1. Introducción

Los convenios societarios, comúnmente denominados “convenios de accionistas”, son contratos cada vez más usados en la práctica corporativa peruana. Es tal la frecuencia con la que aparecen estos convenios en

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado de Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados. Profesor adjunto de la Pontificia Universidad Católica del Perú en cursos de Derechos Reales y Seminario de Integración en Estrategia Procesal y Litigación Oral.

la práctica profesional, que se ha llegado a señalar que se acuerdan en virtualmente todas las sociedades que tienen como accionistas a no vinculados².

A través de estos acuerdos se regulan distintos aspectos relacionados a una sociedad, desde reglas internas de organización hasta el ejercicio de derechos de los accionistas derivados de su titularidad sobre acciones o participaciones. En parte es dicha versatilidad del objeto de los convenios que hace que su uso sea generalizado.

Los convenios societarios, también llamados convenios o pactos de accionistas parasociales o parasocietarios, se pueden definir como acuerdos tomados entre los socios, o entre estos y terceros, a través de los cuales se regula la organización social, o el ejercicio de derechos, deberes o facultades con las que cuentan los miembros de la sociedad en virtud de su titularidad de acciones en la sociedad³. En este trabajo, al igual que en reciente doctrina nacional⁴, denominaremos a este tipo de acuerdos como “convenios societarios”⁵.

Estos convenios pueden ser acordados en cualquier tipo de sociedad⁶; sin embargo, en esta oportunidad me enfocaré en sociedades anónimas no cotizadas⁷. Este es el tipo social más usado en nuestro país, y en estas sociedades la concentración del capital suele ser más elevada, por lo que la utilización de convenios societarios es usual.

Uno de los aspectos más relevantes de los convenios societarios es la relación que estos crean entre las partes que los celebran y la sociedad objeto de su regulación. La manera en la que una sociedad y/o uno de sus órganos sociales pueden quedar obligados frente a sus accionistas o terceros, por un acuerdo pactado por estos. Dicha oponibilidad de los convenios societarios a la sociedad es y sigue siendo un aspecto discutido tanto en doctrina nacional como comparada.

En el Perú, esta discusión es especialmente interesante teniendo en cuenta que el artículo 8 de la Ley General de Sociedades vigente, aprobada por la Ley 26887 (la “LGS”), establece que estos pactos son oponibles a la sociedad bajo determinados presupuestos. Esta postura normativa se alejó de

2 Luis Enrique Palacios y Andrés Pesaque, «IBA Guide on Shareholders Agreements - Perú», acceso el 25 de agosto de 2021, https://www.ibanet.org/LPD/Corporate_Law_Section/Clsly_Held_Growing_Busi_Entprs/shareholderagreements.aspx. Quizás esta afirmación resulte un poco exagerada, pero lo cierto es que, a partir de la práctica profesional, es muy común que se mantengan este tipo de acuerdos en sociedades con patrimonios significativos que tengan dos o más accionistas no vinculados.

3 Esta definición intenta resumir las características más relevantes de los convenios societarios comentadas por la doctrina, por lo que se pueden encontrar semejanzas con conceptos ensayados por diversos autores.

4 Joe Navarrete, «Los convenios societarios y las operaciones de adquisición de empresas», en *Fusiones y Adquisiciones* coordinado por Carlos Soto (Lima: Instituto Pacífico, 2018), 321-353.

5 A pesar de que este tipo de convenios son usualmente denominados en la práctica profesional como convenios de accionistas, la terminología utilizada en doctrina se suele alejar de dicha denominación ya que estos convenios pueden ser potencialmente utilizados en sociedades distintas a las anónimas. Así, la terminología utilizada en doctrina nacional y comparada es muy diversa, y se han empleado distintos fundamentos para ello. Por ejemplo, Paolo Franco en un trabajo reciente optó por “convenios parasocietarios” debido a que la palabra “convenio” es utilizada en la ley peruana, y “parasocietarios” porque, como resalta principalmente la doctrina española, estos pactos son paralelos a la regulación societaria. Paolo Franco, «Ejercicio del Derecho de Desistimiento regulado en el Artículo 1365 del Código Civil en los Convenios Parasocietarios» (Tesis para optar a Título Profesional de Abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, 2016).

6 En este trabajo se opta por “convenios societarios” porque, a causa de la regla de oponibilidad que puede aplicar a los convenios en Perú, parece que el carácter paralelo de los convenios al contrato social no es tan tajante como en otros ordenamientos (por ejemplo, el español).

7 La misma regulación nacional parece fundamentar esto, ya que regula los convenios societarios en el artículo 8 de la LGS, el cual se encuentra en una sección aplicable a todos los tipos sociales.

8 Esto incluye tanto las sociedades anónimas cerradas, como las sociedades anónimas que no cuentan con acciones inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores.

regulación comparada que anteriormente nuestro ordenamiento había tomado de referencia, en particular, la normativa española. Diversos países de la tradición jurídica continental establecen, como regla general, que los convenios no son oponibles a la sociedad, por lo que en su momento se vio este viro normativo como una adhesión a la visión anglosajona de los convenios de accionistas⁸.

Si bien, desde la promulgación de la LGS actual, la oponibilidad se ha visto como un paso en la dirección adecuada, la doctrina también ha manifestado ciertos reparos y aspectos que podrían ser problemáticos en su aplicación. En este trabajo abordo de forma general estos problemas que se han resaltado respecto a la oponibilidad de los convenios societarios en nuestro país. Bajo esa línea, doy mi posición respecto a la forma en la que creo se debe interpretar la oponibilidad de estos acuerdos.

A efectos de realizar dicho análisis, en este trabajo repaso primero el rol de los convenios societarios en las sociedades actualmente (sección 2). Luego efectúo algunos apuntes sobre la oponibilidad jurídica en general para entender la forma en la que funciona dicha figura jurídica en el derecho contractual (sección 3). Posteriormente, hago un breve resumen de la oponibilidad jurídica en otros ordenamientos (sección 4), para luego entrar a la descripción de nuestro ordenamiento (sección 5).

Finalmente, en la sección 6 de este trabajo abordo el análisis de distintas problemáticas de la regulación de la oponibilidad de los convenios societa-

rios en la LGS como la poca claridad del alcance de la oponibilidad a la sociedad y sus órganos internos, los límites o requisitos que deberían imponerse a la oponibilidad de ciertos tipos de convenios (e.g., convenios de organización), y los límites de la oponibilidad de los convenios societarios a terceros adquirentes de acciones.

2. El rol de los convenios societarios en las sociedades

Antes que nada, es importante entender qué son los convenios societarios y su rol en las sociedades, teniendo en cuenta la existencia de otros cuerpos de reglas vinculados con una sociedad: el pacto social y el estatuto. Si bien estos son los cuerpos de reglas básicos de toda sociedad, no son los únicos que los accionistas pueden acordar para regular sus relaciones en el marco social. A través de convenios extraestatutarios entre accionistas, o entre estos y terceros, también se podrá regular el funcionamiento interno de la sociedad, así como el ejercicio de derechos y deberes derivados de la titularidad de acciones de la sociedad⁹.

Los convenios societarios aparecen como una respuesta ante el problema del nivel razonable de adaptabilidad y protección que debe brindar la regulación de la sociedad ante actitudes oportunistas de los mayoritarios o minoritarios¹⁰. Así, estos convenios constituyen una alternativa eficiente para solucionar algunos de los problemas que tienen los accionistas en estas sociedades y para

8 En palabras de Enrique Elías: “la nueva LGS opta categóricamente por la corriente anglosajona. La sociedad está obligada a respetar la validez de los convenios entre socios y entre estos y terceros, en todo aquello que le concierne (...)”. En: Enrique Elías, *Derecho Societario Peruano* (Lima: Gaceta Jurídica, 2015); 85.

9 En el mismo sentido, Joe Navarrete ha señalado: “La contratación mediante convenios contribuye a ajustar el modelo legal ofrecido por el legislador a las necesidades y exigencias de las partes contratantes. Sería imposible que un producto estándar como es el o los modelos de sociedad ofrecidos por el ordenamiento jurídico puedan cubrir todas las expectativas de los socios o las contingencias que puedan surgir en el devenir de la Sociedad”. Joe Navarrete, «Los convenios societarios y las operaciones de adquisición de empresas», 299.

10 Molano-León, Ricardo. «Shareholders agreements in close corporations and their enforcement in the United States of America», acceso el 25 de agosto de 2021, http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602008000300009

satisfacer o proteger ciertos intereses concretos de los accionistas y terceros.

En cuanto al objeto de los convenios societarios, debe tenerse en cuenta que estos constituyen una categoría jurídica que engloba bajo un común denominador diferentes tipos de pactos¹¹. Dicho común denominador será la regulación de derechos, obligaciones y otras situaciones jurídicas derivadas de la titularidad de acciones o participaciones en una sociedad. De esta forma, debajo del paraguas de la definición de convenio societario puede encontrarse tanto un convenio que regule supermayorías para acuerdos en junta, como uno en el que el accionista mayoritario le otorga a un tercero un derecho de opción de compra respecto de sus acciones (*call option*).

Un convenio societario, entonces, podrá definirse como un contrato mediante el cual los socios establecerán una reglamentación adicional al ordenamiento estatutario, respecto a su relación social y su relación con terceros respecto a sus derechos en la sociedad. Visto desde esa perspectiva, un convenio societario se constituye como parte del ordenamiento privado de la sociedad, conviviendo con otros instrumentos como la regulación estatutaria.

3. Sobre la oponibilidad jurídica

De manera general la “oponibilidad” es una característica jurídica que puede aplicarse a distintos tipos de derechos. Se presenta tanto en el plano de los derechos reales como en el de los derechos personales. Por ello, el análisis de la oponibilidad se ha realizado desde distintas perspectivas según la materia de estudio.

Así, por ejemplo, se ha abordado el concepto de oponibilidad como *property rule*; se ha estudiado extensamente en el ámbito de los derechos reales ligada a la inscripción de derechos en registros públicos; y se ha revisado también en el derecho de contratos como excepción a la relatividad contractual¹².

De forma general, la oponibilidad significa la primacía de una situación jurídica¹³ frente a otra en el plano de los efectos jurídicos¹⁴. En el marco del derecho de contratos, se entiende como una excepción al principio de relatividad contractual dispuesto en el artículo 1363¹⁵ del Código Civil peruano¹⁶.

El criterio o razonabilidad detrás de la relatividad contractual es que la esfera jurídica de una persona no puede verse afectada sin su consentimiento¹⁷. Por lo tanto, el acuerdo entre las partes no podrá tener

11 Según Jorge Feliú, se trata de “una relación jurídica que puede englobar de forma singular o bajo una estructura compleja un conjunto más o menos amplio de contratos(s) típico(s), aderezado, completado o acompañado por cláusulas particulares”. Jorge Feliu, *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas* (España: Marcial Pons, 2012); p. 132.

12 Gerson Barboza ha realizado un estudio pormenorizado de dichas distintas perspectivas en desde las que se ha abordado la oponibilidad: Gerson Barboza, «La oponibilidad de derechos en general», *Actualidad Jurídica*, n° 267 (2016): 88-109.

13 El concepto de situación jurídica (subjética) ha sido definido por el profesor Gastón Fernández como “todo hecho o acontecer de la vida social, que resulta trascendente para el Derecho, al merecer juridicidad por parte del Ordenamiento Jurídico, el interés sometido al mismo”. Gastón Fernández, «La obligación: apuntes para una dogmática jurídica del concepto», *Themis – Revista de Derecho*, n° 27-28 (1994): 46.

14 Gerson Barboza, «La oponibilidad de derechos en general», 107.

15 Artículo 1363 del Código Civil: “Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no trasmisibles”.

16 Gerson Barboza, «La oponibilidad de derechos en general», 108. El profesor Julio Salas también desarrolla el concepto de oponibilidad de los convenios como una excepción al principio de relatividad contractual: Julio Salas, «Los convenios de accionistas en la Ley General de Sociedades y la autonomía de la voluntad», *Ius et Veritas*, n° 36 (2008), 87.

17 Principio que puede verse, por ejemplo, en la regulación del Código Civil respecto a los contratos a favor de terceros: “Artículo 1458.- El derecho del tercero surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato. Empero, será necesario que el tercero haga conocer al estipulante y al promitente su voluntad de hacer uso de ese derecho, para que sea exigible, operando esta declaración retroactivamente.

La declaración del beneficiario puede ser previa al contrato.” (subrayado agregado).

efectos en la esfera jurídica de terceros que no han participado del contrato.

La relatividad contractual es un escenario de no oponibilidad del contrato ante terceros ajenos a la relación contractual¹⁸. *Contrario sensu*, en caso un contrato sea “oponible” a un tercero, significará que la esfera jurídica de dicho tercero se ha visto modificada en cierto sentido. En virtud de dicha modificación, en la esfera jurídica del tercero surgirá una determinada situación jurídica subjetiva, pudiendo ser esta un deber, un derecho subjetivo, un derecho potestativo, u otra de cualquier tipo. Ello dependerá del tipo de acuerdo del que se trate.

Partiendo de lo anterior, se deduce que la oponibilidad de los convenios societarios a la sociedad implicará, entonces, una modificación de su esfera jurídica. La sociedad y/o sus órganos internos pasarán a tener ciertos deberes, derechos, u otras situaciones jurídicas subjetivas en virtud de dichos convenios. Es la oponibilidad la que termina integrando la regulación del convenio al ordenamiento societario particular. En principio, las reglas incluidas en el convenio societario serán tan relevantes para la sociedad y sus órganos internos, como la regulación estatutaria, siempre y cuando esta no la contravenga.

Ahora, teniendo lo anterior en consideración, la forma concreta en la que la esfera jurídica de la sociedad varía cuando se le hace oponible un convenio societario dependerá del tipo de convenio que se haga oponible a la sociedad y los pactos que este convenio haya incorporado.

4. Breves apuntes sobre la regulación de la oponibilidad de los convenios societarios en el derecho comparado

18 Gerson Barboza, «La oponibilidad de derechos en general», 89.

19 Reconocimiento adicional a dichos pactos también se hace en los artículos 530 y siguientes de la misma norma, los cuales regulan la publicidad de los pactos parasociales en las sociedades cotizadas.

Como es evidente, la relación de la regulación acordada en los convenios societarios con la sociedad y sus otros cuerpos de reglas internos como el estatuto y el pacto social, varía según los ordenamientos jurídicos particulares. A continuación, se detallan algunos apuntes particulares respecto a la forma en la que algunos ordenamientos extranjeros abordan la oponibilidad de los convenios societarios a las sociedades.

4.1 El ordenamiento español

La revisión del ordenamiento español es relevante porque es usualmente la base de muchas de las disposiciones societarias que se han adoptado en el Perú. Es a su vez evidente la influencia doctrinaria que han tenido diversos autores españoles de la mera revisión de la doctrina nacional.

En España, si bien a comienzos del siglo pasado se consideraban los convenios societarios prohibidos, se ha aceptado su validez tanto jurisprudencial como normativamente. Así, la discusión hace unas décadas ha dejado de ser si estos pactos son válidos o no, a si son oponibles a la sociedad o no.

Desde la regulación la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 (artículo 7.1) y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995 (artículo 11.2), la regulación ha optado por hacer los convenios inoponibles a la sociedad. Actualmente, la Ley de Sociedades de Capital española, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010 del 2 de julio de 2010, establece en su artículo 29 que “*los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad*”¹⁹. Dicha norma recogió lo dispuesto en la anterior normativa de la Ley de Sociedades Anónimas (Real Decreto Legislativo 1564/1989) y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Ley 2/1995).

De acuerdo a la doctrina y jurisprudencia mayoritarias españolas, un pacto reservado es todo pacto no incluido en los estatutos; afirmación a partir de la cual ciertos autores y la jurisprudencia deducen que, si todo pacto no incluido en los estatutos sociales es un pacto reservado, todo pacto no incluido en los estatutos sociales es inoponible a la sociedad²⁰. Se parte del principio de relatividad contractual, considerándose a la sociedad como un tercero que no puede ver su esfera social afectada por un pacto entre accionistas, especialmente teniendo en cuenta que los convenios societarios no cuentan con los mismos requisitos procedimentales de aprobación y publicidad que la normativa interna de la sociedad (estatutos y pacto social)²¹.

Debido a la rigidez del ordenamiento español (y de la forma en la que los tribunales lo han interpretado) en cuanto a la ineficacia de los convenios frente a la

sociedad, en la práctica, cierta la jurisprudencia ha buscado a lo largo del tiempo, a través de distintos argumentos, que los convenios sean oponibles en situaciones donde parece que sería injusto o ilógico lo contrario. Ello únicamente en supuestos donde existieron pactos acordados por todos los accionistas, y que fueron incumplidos con posterioridad sustentándose en la existencia de la inoponibilidad.

En jurisprudencia se ha argumentado²², por ejemplo, el levantamiento del velo societario²³, la ficción de una junta general de accionistas²⁴, y la existencia de abuso de derecho²⁵. A su vez, diversos autores han abogado recientemente por una revisión de la oponibilidad de los convenios societarios omnilaterales, argumentando que en la actualidad la inoponibilidad total de estos convenios no se ajusta a la realidad mercantil internacional²⁶, y jurisprudencia en los últimos años parece haber adoptado ese criterio²⁷.

20 Aránzazu Pérez, «La necesaria revisión de la eficacia de los pactos parasociales omnilaterales o de todos los socios», *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto* 61, n° 2 (2003): 275.

21 En palabras de Jorge Feliu: “(...) en virtud del principio de relatividad, la sociedad, por ostentar una personalidad jurídica independiente de los socios que la constituyeron, es, a los efectos del pacto parasocial suscrito por los socios, un tercero. Del mismo modo, y de forma resumida, los pactos establecidos por los socios, al no revestir la forma y seguir el procedimiento de adopción y cumplir con los requisitos de publicidad establecidos en la legislación societaria, no son oponibles a la sociedad”. Feliu, *Los pactos parasociales...*, 186.

22 Véase para una revisión doctrinaria de la mayoría de los casos citados: Cándido Paz-Ares, «El *enforcement* de los pactos parasociales», *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, n° 5 (2003): 33-35.

23 Caso Hotel Atlantis Playa, según sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 24 de setiembre de 1987 (Ar. 6194).

24 Caso Mundaka, según sentencias del Tribunal Supremo español de fechas 26 de febrero de 1990 (Ar. 1600) y de 10 de febrero de 1992 (Ar. 1204).

25 Caso Promociones Keops, según Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de octubre de 1989 (ar. 7050).

26 Aránzazu Pérez ha señalado, por ejemplo: “*las decisiones jurisprudenciales ya citadas han planteado la necesidad de revisar la tradicional eficacia obligacional de los pactos parasociales, al menos para el caso en el que todos los socios de la sociedad han tomado parte en ellos*”. Aránzazu Pérez, «La necesaria revisión de la eficacia de los pactos parasociales omnilaterales o de todos los socios», 285. Por su parte, Cándido Paz-Ares también ha argumentado extensamente la necesidad de no considerar la regla de inoponibilidad en los casos donde participan todos los socios. Cándido Paz-Ares, «El *enforcement* de los pactos parasociales», 36 y siguientes.

27 En la Sentencia del Tribunal Supremo STS 659/2016, de fecha 25 de febrero de 2016, el tribunal deja entrever que, en base a jurisprudencia anterior, los pactos parasociales omnilaterales sí pueden ser oponibles en determinadas circunstancias, y el considerando noveno de la sentencia señala, respecto al caso en concreto, que el demandante: “*Infringe las exigencias derivadas de la buena fe la conducta del socio que ha prestado su consentimiento en unos negocios jurídicos, de los que resultó una determinada distribución de las acciones y participaciones sociales, en los que obtuvo ventajas (la adquisición de la nuda propiedad de determinadas acciones y participaciones sociales) y en los que se acordó un determinado régimen para los derechos de voto asociados a esas acciones y participaciones (atribución al usufructuario de las acciones y participaciones sociales transmitidas), cuando impugna los acuerdos sociales aprobados en la junta en que se hizo uso de esos derechos de voto conforme a lo convenido. Quienes, junto con el demandante, fueron parte este pacto parasocial omnilateral y constituyen el único sustrato personal de las sociedades, podían confiar legítimamente en que la conducta del demandante se ajustara a la reglamentación establecida en el pacto parasocial*”.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina española, ante la falta de normativa clara al respecto, ha generado distintos tipos de análisis a fin de sustentar la oponibilidad extraordinaria de los convenios societarios. En particular, en los supuestos de convenios en que existe identidad entre los accionistas y los participantes del convenio. No obstante, fuera de ese ámbito, en el ordenamiento español, se entendería que los convenios societarios serían inoponibles a la sociedad.

4.2 El ordenamiento brasileño

En el ordenamiento brasileño, el artículo 118 de Ley de Sociedades por Acciones (*Lei de Sociedades por Ações*, Ley No 6.404 del 15 de diciembre de 1976)²⁸ dispone la posibilidad de que ciertos tipos de convenios sean oponibles a la sociedad:

“Artículo 118. Los acuerdos de accionistas, sobre la compra y venta de sus acciones, prefe-

rencia para adquirirlas, ejercicio del derecho a voto, o del poder de control deberán ser observados por la compañía cuando se archiven en su sede.

§ 1º Las obligaciones o cargas derivadas de estos acuerdos solamente serán oponibles a terceros, después de ser anotados en los libros de registro y en los certificados de las acciones, si se emiten.

§ 2º Estos acuerdos no podrán ser invocados para eximir al accionista de responsabilidad en el ejercicio del derecho de voto (artículo 115) o del poder de control (artículos 116 y 117).

§ 3º En las condiciones previstas en el acuerdo, los accionistas podrán promover la ejecución específica de las obligaciones asumidas.

28 Artículo 118 de Ley de Sociedades por Acciones (*Lei de Sociedades por Ações*, Ley No 6.404 del 15 de diciembre de 1976), el cual fue modificado mediante la Ley No. 10.303 de 2001:

“Art. 118. Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede.

§ 1º As obrigações ou ônus decorrentes desses acordos somente serão oponíveis a terceiros, depois de averbados nos livros de registro e nos certificados das ações, se emitidos.

§ 2º Esses acordos não poderão ser invocados para eximir o acionista de responsabilidade no exercício do direito de voto (artigo 115) ou do poder de controle (artigos 116 e 117).

§ 3º Nas condições previstas no acordo, os acionistas podem promover a execução específica das obrigações assumidas.

§ 4º As ações averbadas nos termos deste artigo não poderão ser negociadas em bolsa ou no mercado de balcão.

§ 5º No relatório anual, os órgãos da administração da companhia aberta informarão à assembleia-geral as disposições sobre política de reinvestimento de lucros e distribuição de dividendos, constantes de acordos de acionistas arquivados na companhia.

§ 6º O acordo de acionistas cujo prazo for fixado em função de termo ou condição resolutiva somente pode ser denunciado segundo suas estipulações.

§ 7º O mandado outorgado nos termos de acordo de acionistas para proferir, em assembleia-geral ou especial, voto contra ou a favor de determinada deliberação, poderá prever prazo superior ao constante do § 1o do art. 126 desta Lei.

§ 8º O presidente da assembleia ou do órgão colegiado de deliberação da companhia não computará o voto proferido com infração de acordo de acionistas devidamente arquivado.

§ 9º O não comparecimento à assembleia ou às reuniões dos órgãos de administração da companhia, bem como as abstenções de voto de qualquer parte de acordo de acionistas ou de membros do conselho de administração eleitos nos termos de acordo de acionistas, assegura à parte prejudicada o direito de votar com as ações pertencentes ao acionista ausente ou omissão e, no caso de membro do conselho de administração, pelo conselheiro eleito com os votos da parte prejudicada.

§ 10º Os acionistas vinculados a acordo de acionistas deverão indicar, no ato de arquivamento, representante para comunicar-se com a companhia, para prestar ou receber informações, quando solicitadas.

§ 11º A companhia poderá solicitar aos membros do acordo esclarecimento sobre suas cláusulas”.

§ 4º Las acciones anotadas en los términos de este artículo no podrán ser negociadas en bolsa o en el mercado de valores.

§ 5º En el informe anual, los órganos de la administración de la compañía abierta informarán a la Asamblea General las disposiciones sobre política de reinversión de beneficios y distribución de dividendos, que consten en acuerdos de accionistas archivados en la compañía.

§ 6º El acuerdo de accionistas cuyo plazo se fije en función de término o la condición resolutive sólo puede ser denunciado según sus estipulaciones.

§ 7º El mandato otorgado en los términos de acuerdo de accionistas para proferir, en asamblea general o especial, voto en contra o a favor de determinada deliberación podrá prever un plazo superior al que figura en el parágrafo 1 del art. 126 de esta ley.

§ 8º El presidente de la asamblea o del órgano colegiado de deliberación de la asamblea de la compañía no computará el voto proferido con infracción de acuerdo de accionistas debidamente archivado.

§ 9º La no asistencia a la asamblea o a las reuniones de los órganos de administración de la compañía, así como las abstenciones de voto de cualquier parte de acuerdo de accionistas o de miembros del consejo de administración elegidos en los de

acuerdo de accionistas, garantiza a la parte perjudicada el derecho de votar con las acciones pertenecientes al accionista ausente y, en el caso de miembro del consejo de administración, por el consejero electo con los votos de la parte incumplidora.

§ 10 Los accionistas vinculados a un acuerdo de accionistas deberán nombrar, en el acto de archivado, a un representante para comunicarse con la compañía, para prestar o recibir información, cuando sea solicitada.

§ 11 La compañía podrá solicitar a los miembros del acuerdo de aclaración sobre sus cláusulas²⁹.

Al amparo de esa norma, únicamente podrán ser oponibles los convenios que versen sobre compra-venta de acciones, derechos de adquisición preferente, ejercicio de derechos de voto y control de la compañía, siendo el resto de convenios societarios inoponibles, pero válidos y eficaces entre las partes. No podría, en ese sentido, ser oponible un convenio que disponga, por ejemplo, el número de directores que deberá tener la sociedad. Se entiende que esa regla debe ser parte de la regulación estatutaria³⁰.

La oponibilidad limitada de los convenios societarios relativos a las materias específicas antes mencionadas ha sido criticada por la doctrina, proponiendo determinados autores una redacción que abarque todos los derechos derivados de la titularidad de acciones en la sociedad³¹.

29 Traducción libre del portugués.

30 Glauco Da Rocha, «A Execução Específica dos Acordos de Acionistas: Uma análise sobre o § 3º do artigo 118 da Lei 6.404 de 1.976» (Trabajo de investigación para optar el Grado de Bachiller en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2010), 41 y 42.

31 Véase por ejemplo lo señalado por Celso Barbi Filho: "(...) seria oportuno que, em uma nova reforma da Lei, seu texto fosse mais amplo, referindo-se a acordos sobre o exercício regular de todos os direitos decorrentes da titularidade das ações vinculadas ao pacto, acabando-se com a restrição hoje existente". Celso Barbi, «Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal», *Revista de informação legislativa*, volumen N° 38, n° 152 (2001): 252.

El alcance de la regulación de la normativa brasileña resulta interesante, porque establece a detalle distintos aspectos no incluidos en otra normativa (incluyendo la peruana), como, entre otros, las consecuencias específicas de que se incumpla un convenio societario de voto (parágrafos 8 y 9), o el deber de las partes del convenio de nombrar a un representante ante la sociedad (parágrafo 10).

4.3 El ordenamiento estadounidense

La oponibilidad de los convenios societarios en los sistemas del *common law* está más aceptada que en los pertenecientes a la tradición jurídica del derecho continental. Es interesante ver la forma en la que estos convenios son regulados por los dispositivos normativos estadounidenses en comparación con los de otras legislaciones, incluyendo la peruana.

Un ejemplo de ello es el *Model Business Corporation Act* (MBCA), modelo legal preparado por la *American Bar Association* en el cual se basan las leyes de sociedades de al menos treinta estados de Estados Unidos. En el apartado 7.32 del MBCA

(*Shareholders Agreements*) se señala que serán oponibles a la sociedad y a los accionistas, a pesar de que puedan ser contrarios a las disposiciones del MBCA, los acuerdos entre todos los accionistas al momento del acuerdo, siempre que se cumplan con los requisitos ahí establecidos³².

El referido parágrafo lista los tipos de acuerdos que pueden ser incluidos en este tipo de acuerdos, los cuales incluyen la eliminación del directorio, políticas de dividendos, acuerdos de designación y nombramiento de directores, términos y condiciones sobre la transferencia de propiedad o provisión de servicios entre las sociedades y sus vinculadas, entre otros. Los tipos de convenios societarios listados encajan en el tipo de convenios societarios denominados de organización, los cuales implican una incidencia directa en la operativa interna de la sociedad.

Ahora, si bien se listan específicamente dichos acuerdos, en el acápite (8) del literal (a) se señala, como cajón de sastre, que también se encontrarán regulados por este artículo los convenios que “*regulen el ejercicio de poderes corporativos o administración del negocio y asuntos de la sociedad o la*

32 Parágrafo 7.32 del MBCA: “§ 7.32 Shareholder Agreements

(a) *An agreement among the shareholders of a corporation that complies with this section is effective among the shareholders and the corporation even though it is inconsistent with one or more other provisions of this Act in that it:*

(1) *eliminates the board of directors or restricts the discretion or powers of the board of directors;*

(2) *governs the authorization or making of distributions, regardless of whether they are in proportion to ownership of shares, subject to the limitations in section 6.40;*

(3) *establishes who shall be directors or officers of the corporation, or their terms of office or manner of selection or removal;*

(4) *governs, in general or in regard to specific matters, the exercise or division of voting power by or between the shareholders and directors or by or among any of them, including use of weighted voting rights or director proxies;*

(5) *establishes the terms and conditions of any agreement for the transfer or use of property or the provision of services between the corporation and any shareholder, director, officer or employee of the corporation or among any of them;*

(6) *transfers to one or more shareholders or other persons all or part of the authority to exercise the corporate powers or to manage the business and affairs of the corporation, including the resolution of any issue about which there exists a deadlock among directors or shareholders;*

(7) *requires dissolution of the corporation at the request of one or more of the shareholders or upon the occurrence of a specified event or contingency; or*

(8) *otherwise governs the exercise of the corporate powers or the management of the business and affairs of the corporation or the relationship among the shareholders, the directors and the corporation, or among any of them, and is not contrary to public policy.*

(b) *An agreement authorized by this section shall be:*

(1) *as set forth (i) in the articles of incorporation or bylaws and approved by all persons who are shareholders at the time of the agreement, or (ii) in a written agreement that is signed by all persons who are shareholders at the time of the agreement and is made known to the corporation; and*

(2) *subject to amendment only by all persons who are shareholders at the time of the amendment, unless the agreement provides otherwise (...).*”

*relación entre los accionistas, los directores y la sociedad, o entre cualquiera de ellos, y no sean contrarios a las políticas públicas*³³.

A su vez, de acuerdo con el literal (b) del mismo apartado, estos convenios serán válidos solo si son acordados en el pacto social y el estatuto “*articles of incorporations* y *by-laws*”, o en un documento suscrito por todos los accionistas comunicado a la sociedad. Mediante esta normativa, se regulan de forma conjunta, entonces, tanto los pactos incluidos en el estatuto como los estipulados fuera de este. Así, se iguala la regulación estatutaria a la extraestatutaria para el caso de los pactos relacionados con la sociedad, que, incluso, puedan contravenir la ley.

Por otro lado, de conformidad con el literal (c) del apartado 7.32 bajo análisis, debe dejarse constancia de la existencia de estos acuerdos en los certificados de acciones correspondientes a fin de que los futuros adquirentes puedan conocer los convenios societarios acordados³⁴. Los adquirentes de acciones podrán rescindir la compra de acciones en caso no tengan conocimiento de un convenio societario y este no haya sido adherido en el certificado de acciones, y/o no se le haya informado del mismo.

El sistema regulado por el MBCA tiene coherencia ya que, si determinada regulación orgánica extraestatutaria de la sociedad es aprobada por todos los accionistas y puede ser conocida por terceros adquirentes, entonces no tiene sentido que se limite su validez y eficacia. No tendría lógica que la regulación estatutaria prime sobre la extraestatutaria, ya que ambas han sido aprobadas y conocidas por todos los socios. No existe motivo por el cual esta regulación no deba ser vinculante.

En los comentarios oficiales de la *American Bar Association* se menciona respecto de la necesidad que estos pactos sean unánimes lo siguiente: “*La sección 7.32 (b) requiere aprobación unánime de los accionistas respecto del convenio independientemente de sus derechos de voto. Dicha unanimidad es requerida porque un convenio regulado bajo esta sección 7.32 puede generar cambios materiales en la estructura y operación de la sociedad, y en los derechos y obligaciones de los accionistas*”³⁵.

Por lo tanto, la misma normativa reconoce que para que ciertos convenios tengan una oponibilidad que alcance a la sociedad, a los demás accionistas, e, incluso, a futuros adquirentes, estos deben ser tomados por todos, y, además, deben ser publicitados en los mismos certificados de las

33 (8) (...) *governs the exercise of the corporate powers or the management of the business and affairs of the corporation or the relationship among the shareholders, the directors and the corporation, or among any of them, and is not contrary to public policy.*

34 Sección 7.32(c) del MBCA: “(c) *The existence of an agreement authorized by this section shall be noted conspicuously on the front or back of each certificate for outstanding shares or on the information statement required by section 6.26(b). If at the time of the agreement the corporation has shares outstanding represented by certificates, the corporation shall recall the outstanding certificates and issue substitute certificates that comply with this subsection. The failure to note the existence of the agreement on the certificate or information statement shall not affect the validity of the agreement or any action taken pursuant to it. Any purchaser of shares who, at the time of purchase, did not have knowledge of the existence of the agreement shall be entitled to rescission of the purchase. A purchaser shall be deemed to have knowledge of the existence of the agreement if its existence is noted on the certificate or information statement for the shares in compliance with this subsection and, if the shares are not represented by a certificate, the information statement is delivered to the purchaser at or before the time of purchase of the shares. An action to enforce the right of rescission authorized by this subsection shall be commenced within the earlier of 90 days after discovery of the existence of the agreement or two years after the time of purchase of the shares.*”

35 “*Section 7.32(b) requires unanimous shareholder approval of the shareholder agreement regardless of entitlement to vote. Unanimity is required because an agreement authorized by section 7.32 can effect material organic changes in the corporation’s operation and structure, and in the rights and obligations of shareholders.*”. «Model Business Corporation Act (2016 Revision)», Corporate Laws Committee Of The American Bar Association, 143, acceso el 25 de agosto de 2018, https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/business_law/corplaws/2016_mbc.a.authcheckdam.pdf

acciones. Esto hace que, como se ha mencionado, según el literal (c) antes referido, si una persona adquiere acciones que no tengan publicitado el convenio en sus certificados, tendrá derecho a rescindir la compraventa.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que, según la *American Bar Association*, los acuerdos relativos a la compraventa de acciones no se tienen que basar en esta sección de la MBCA³⁶. Ello también es lógico, ya que en esos casos la unanimidad exigida por el apartado 7.32 no parece ser necesaria. En dichos casos los únicos interesados serían los participantes de la compraventa.

En adición al referido apartado 7.32, los apartados 7.30 (*Voting Trusts*) y 7.31 (*Voting Agreements*) tratan específicamente sobre convenios relativos al ejercicio de derechos de voto. En el primero de estos se regulan de forma específica los *voting trusts*, mecanismos a través de los cuales los accionistas pueden sindicarse para votar en un sentido determinado a través de un síndico o *trustee*. Por su parte el apartado 7.32 regula específicamente los pactos de voto (*voting agreements*), estableciendo, en su literal (b) que estos podrán tener una ejecución específica³⁷. En ambos apartados, 7.30 y 7.31, no se hace referencia a la necesidad de que estos convenios tengan que ser unánimes. De esta forma, estos pactos serán oponibles sin tener el mismo estándar que los otros.

Por lo tanto, se puede concluir que el MBCA recoge una regla de oponibilidad de los convenios,

poniendo requisitos particulares a determinados tipos de convenios que parecen tener una incidencia en el funcionamiento interno general y la organización de la sociedad.

5. La regulación peruana de los convenios societarios y su oponibilidad a la sociedad

En el caso particular del ordenamiento peruano, tanto la regulación contractual general como la regulación societaria, tienen incidencia en los convenios societarios. En cuanto a la regulación contractual, ya que los convenios societarios son, antes que nada, acuerdos contractuales, estos resultan vinculados a la normativa civil contractual establecida en el Código Civil peruano y demás normativa general aplicable (e.g., normas constitucionales sobre contratos). A pesar de ello, los convenios societarios no son regulados por la normativa contractual de forma específica, lo cual es natural teniendo en cuenta que, tal como se ha señalado, los convenios son una categoría jurídica que engloba distintos tipos de pactos específicos.

Por otro lado, debido a la incidencia de los convenios societarios en el plano societario, estos son regulados por la normativa del derecho de sociedades. La regulación de los convenios societarios en la LGS tiene la intención de poner parámetros a los particulares, brindándoles, a su vez, una herramienta para que autorregulen sus intereses lo

36 «Model Business Corporation Act (2016 Revision)», Corporate Laws Committee Of The American Bar Association, 141, acceso el 25 de agosto de 2018, https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/business_law/corplaws/2016_mbca.authcheckdam.pdf.

37 Es interesante notar que, de acuerdo con los comentarios oficiales de la *American Bar Association*, este literal reconoce que la indemnización no es un remedio apropiado para el incumplimiento de pactos de voto. “Section 7.31(b) recognizes that damages are not likely to be an appropriate remedy for breach of a voting agreement.” «Model Business Corporation Act (2016 Revision)», Corporate Laws Committee Of The American Bar Association, 139, acceso el 25 de agosto de 2018, https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/business_law/corplaws/2016_mbca.authcheckdam.pdf

más eficaz y eficientemente posible. El artículo 8 de la LGS³⁸ establece lo siguiente:

“Artículo 8.- Convenios entre socios o entre éstos y terceros

Son válidos ante la sociedad y le son exigibles en todo cuanto le sea concerniente, los convenios entre socios o entre éstos y terceros, a partir del momento en que le sean debidamente comunicados.

Si hubiera contradicción entre alguna estipulación de dichos convenios y el pacto social o el estatuto, prevalecerán estos últimos, sin perjuicio de la relación que pudiera establecer el convenio entre quienes lo celebraron”.

Un primer punto que resaltar a partir de dicho artículo es que se reconoce normativamente que los convenios societarios pueden ser celebrados entre los socios, o entre estos y terceros. Así, si bien suelen ser más comunes los convenios societarios que involucran únicamente a miembros de la sociedad, también es posible la participación de terceros ajenos al contrato social.

Por ejemplo, un acuerdo por el que los accionistas se obliguen frente a un financiero de la sociedad a no votar a favor de reducciones de capital constituiría un convenio societario. Ello porque el contenido del acuerdo sería la regulación de un

derecho derivado de la titularidad de las acciones de la sociedad³⁹.

Un segundo aspecto que se desprende del mencionado artículo, y sin duda el más relevante, es la oponibilidad de los convenios societarios a la sociedad, siempre que estos le sean comunicados. De acuerdo con la primera línea del artículo 8, los convenios “*son válidos ante la sociedad y le son exigibles en todo cuanto le sea concerniente (...) a partir del momento en que le sean debidamente comunicados*”.

Evidentemente la referencia a la “validez” del convenio ante la sociedad es en realidad una alusión a su oponibilidad. Como el mismo artículo 8 señala, no todo convenio societario será oponible, sino que solo los que hayan sido debidamente comunicados gozarán de esta característica. Es importante notar esto porque sus efectos y ejecutabilidad variarán en uno y otro caso.

La oponibilidad de los convenios societarios regulada por la LGS es bastante amplia, siendo el único requisito para que aplique que el convenio sea comunicado a la sociedad, y que no contravenga el estatuto. Esta fórmula general, como se ha visto anteriormente en la sección 4, no se encuentra en otros ordenamientos en los que también se ha adoptado de alguna forma una regla de oponibilidad.

38 Es cierto que, como ha sido señalado por diversos autores, la LGS parece regular dos tipos de convenios de accionistas, o por lo menos ha diferenciado una variante, en el artículo 8, y el artículo 55 literal b; sin embargo, dicha diferenciación no es relevante para efectos del análisis planteado en este trabajo. Ello porque los convenios societarios tal como se han definido se encuentran regulados en el sentido expresado en el artículo 8. Para un análisis más detallado sobre la diferenciación la regulación de los convenios regulados por dichos artículos véase: Julio Salas, «Los convenios de accionistas en la Ley General de Sociedades y la autonomía de la voluntad», 70-73.

39 Respecto del caso particular de los convenios societarios celebrados con terceros que regulan el ejercicio de derechos de voto, cierto sector de la doctrina comparada ha planteado reparos respecto de su validez, o por lo menos de lo que puede regularse en estos. Dicho sector ha argumentado que estos pactos son inválidos debido a que estarían en contra del deber de lealtad de los socios, y contra el carácter inescindible del derecho de voto de la condición de socio. A su vez, se ha señalado que estos pactos no podrían regular cambios estructurales de la sociedad ya que en ese caso se perjudicaría el principio de autonomía estatutaria de los socios. Tal como argumenta David Pérez, dichos argumentos no parecen ser realmente sostenibles, debiendo permitirse la posibilidad de pactar con terceros convenios societarios que regulen pactos de voto. Véase: Pérez, David. «Pactos parasociales con terceros». *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil* (2011): 1-21.

Por otro lado, como se ha visto en la sección 3, la oponibilidad, en el plano contractual, se entiende como una excepción al principio de relatividad contractual, por lo que se debe concluir que un convenio societario que sea oponible a la sociedad implica una modificación de la esfera jurídica de dicha sociedad. Dicha modificación dependerá del tipo de convenio societario del que se trate.

Los convenios societarios que generan los efectos más evidentes son aquellos en los que se acuerdan derechos a favor de la sociedad (convenios de atribución). Un acuerdo, por ejemplo, en el que los accionistas pactan que el accionista mayoritario no competirá con la sociedad en la venta de un producto. En ese caso, según la oponibilidad referida en el artículo 8 de la LGS, con la sola comunicación del derecho a la sociedad, este derecho ya habría surgido en la esfera jurídica de la compañía⁴⁰.

En otros tipos de convenios, la oponibilidad se manifestará de forma diferente según lo que se regule. Estos son casos más complejos porque no regulan expresamente derechos o deberes que correspondan a la esfera jurídica de la sociedad, sino que regulan situaciones jurídicas de titularidad de los accionistas o reglas del funcionamiento social. Será por la vinculación del contenido de los convenios con la sociedad que esta tendrá deberes o derechos específicos.

Por ejemplo, en un convenio de accionistas en el que las partes regulen un derecho de adquisición preferente no se regulará expresamente un deber de la sociedad. Será más bien un derecho potestativo del beneficiario, frente al que otorgó el derecho, quien se encontrará en estado de sujeción. Sin perjuicio de ello, el hecho que este pacto sea oponible a la compañía causará que surjan deberes en la esfera jurídica de la sociedad.

Sobre este punto, el profesor Julio Salas opinaba que un convenio societario únicamente será exigible u oponible “*cuando las partes hayan previsto con claridad y precisión la forma en que las estipulaciones deberán ser cumplidas por la sociedad y, a su vez, exigidas por esta a quien corresponda*”⁴¹. Esta parece ser también la posición adoptada por cierta doctrina reciente⁴².

En mi opinión, dicha posición no es convincente, en especial teniendo en cuenta la amplitud de la norma, y la práctica corporativa actual. Esta lectura limitaría la oponibilidad únicamente a los casos en los que las partes del convenio regulen de forma específica los efectos que tendrá el acuerdo en la sociedad, lo cual no es exigido por la norma, ni es común en muchos casos en la práctica.

Si bien podría ser deseable que exista esta regulación particular, ello no siempre se dará, y, además, en ocasiones será difícil para las partes prever todos los deberes y situaciones jurídicas que pue-

40 Es interesante notar que esta regla es un poco distinta a la referida en el artículo 1458 del Código Civil respecto a los contratos a favor de terceros en general: “*Artículo 1458 del Código Civil.- El derecho del tercero surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato. Empero, será necesario que el tercero haga conocer al estipulante y al promitente su voluntad de hacer uso de ese derecho, para que sea exigible, operando esta declaración retroactivamente.*”

La declaración del beneficiario puede ser previa al contrato.”

De acuerdo con esta norma, el derecho surgirá de forma retroactiva al momento en que se realice el contrato, siempre que el tercero haya hecho conocer a las partes su interés en ejercer dicho derecho.

41 Julio Salas, «Los convenios de accionistas en la Ley General de Sociedades y la autonomía de la voluntad», 94.

42 Por ejemplo, Amaranta Chuquihuara señala: “(...) *solo cuando las partes hayan previsto con claridad y precisión la forma en que las estipulaciones deberán ser cumplidas por la sociedad y, a su vez, exigidas por esta a quien corresponda, la finalidad requerida por el artículo 8º de la LGS podrá ser cabalmente cumplida por esta en resguardo de los intereses de las partes del convenio*”. Amaranta Chuquihuara, «Convenios parasocietarios: ¿Existen alternativas para reforzar su oponibilidad y exigibilidad?» *Enfoque Derecho*, acceso el 5 de junio de 2021, <https://www.enfoquederecho.com/2020/12/01/convenios-parasocietarios-existen-alternativas-para-reforzar-su-oponibilidad-y-exigibilidad/>

dan surgir en la sociedad a causa de los convenios. Asimismo, el que las partes tengan que regular en el convenio todas las consecuencias que deriven de su oponibilidad a la sociedad haría su contratación mucho más costosa (y, por tanto, menos eficiente)⁴³.

En muchos casos no existirá un detalle de los efectos para la sociedad, sin embargo, no podría afirmarse que aquellos convenios no son “oponibles”. En dichos supuestos la sociedad sí se verá afectada por el convenio, existiendo obligaciones que deberá cumplir a partir de este.

Por ejemplo, en el mismo supuesto de un convenio que regule un derecho de adquisición preferente, la sociedad deberá desconocer una transferencia que no haya respetado dicho derecho de preferencia. Este es un auténtico deber que la sociedad deberá cumplir a través de sus órganos de administración (*e.g.*, directorio, gerencia general), por lo que estos podrán tener responsabilidad en caso se incumpla⁴⁴.

Sin perjuicio de lo señalado, en muchos casos será más conveniente que las partes establezcan una regulación específica sobre el funcionamiento del convenio, los deberes de la sociedad, y demás aspectos que tienen incidencia en su cumplimiento y ejecutabilidad. En base a su autorregulación, los participantes en el convenio pueden mejorar en gran medida el funcionamiento y ejecutabilidad del convenio a través de su regulación contractual, lo cual no significará que un convenio que no incluya dicha regulación no podrá también tener efectos en la esfera jurídica de la sociedad.

El papel de los administradores de la sociedad también será relevante a efectos de poder aclarar cualquier duda que puedan tener sobre los efectos del convenio societario para la sociedad. Estos deberán solicitar cualquier aclaración a los participantes del convenio societario que crean conveniente, porque son finalmente estos los que, en representación de la sociedad, deberán dar cumplimiento al convenio, en cuanto le sea oponible.

Finalmente, el artículo 8 regula en el segundo párrafo que, en caso de contradicción del convenio societario con el estatuto o el pacto social, primarán estos últimos. Esta ha sido la opción escogida por nuestro sistema, teniendo en cuenta que los estatutos y el pacto social tienen reglas particulares de publicidad y de modificación.

6. Problemáticas e interpretación de la oponibilidad en la LGS vigente

Una primera interrogante que se puede plantear respecto a la oponibilidad de los convenios societarios es si es que debería adoptarse una regla de oponibilidad o no. ¿Se debería dar oponibilidad a los convenios societarios frente a la sociedad? En mi opinión sí, como regla general. Los convenios societarios son una herramienta más que tendrán los privados a su disposición para plasmar su autonomía privada en el marco de la regulación de una sociedad, y la oponibilidad les otorga a estos una mayor fuerza vinculante y posibilidad de ejecución, lo cual disminuye la posibilidad de oportunismo de alguna de las partes.

Ahora bien, establecer la regla de oponibilidad en la LGS de la forma antes señalada trae con-

43 Esto se basa en la teoría de los contratos incompletos y los costos transaccionales antes referidos.

44 En el caso de la gerencia, por ejemplo, el artículo 190 de la LGS señala lo siguiente:

“Artículo 190.- Responsabilidad

El gerente responde ante la sociedad, los accionistas y terceros, por los daños y perjuicios que ocasione por el incumplimiento de sus obligaciones, dolo, abuso de facultades y negligencia grave” (subrayado agregado).

sigu ciertas problemáticas⁴⁵. Un primer ejemplo es que, en casos concretos, puede surgir una discusión respecto a cuál es el alcance del deber o actuación específica que debe realizar la sociedad. Respecto a este punto, se deberá analizar caso por caso aplicándose reglas generales de interpretación, y teniendo como guía principal la cláusula normativa general de la buena fe⁴⁶. Sin perjuicio de ello, soy de la opinión que sí podría ser útil que la ley especifique de qué forma deben afrontar la sociedad y sus órganos ciertos tipos de convenios en concreto, como, por ejemplo, los convenios de voto⁴⁷.

Por otro lado, surge la pregunta de si la sociedad debe ser responsable o no por el incumplimiento de un convenio societario, ya que si lo fuera podría existir una afectación indirecta a socios no firmantes del convenio o al propio accionista resarcido. En cuanto a este segundo problema, como regla general, la aplicación de, y la oponibilidad de, los convenios societarios, no debe afectar antijurídicamente a terceros no participantes en el acuerdo. A pesar de ello, dependerá del caso concreto, y existirán supuestos en los que un tercero accionista podrá verse afectado por el cumplimiento o el incumplimiento de un convenio por parte de la sociedad⁴⁸. En cuanto al hecho de que cualquier indemnización realizada por la sociedad terminaría afectando indirectamente al propio resarcido, este es un efecto económico que las partes deberán tener en consideración al

momento de pactar el convenio societario, y de ser el caso, incluir penalidades o mecanismos que busquen resarcir de forma adecuada a la eventual parte indemnizada.

Asimismo, es importante notar que en ciertos casos la oponibilidad implicará que un órgano social pueda ser responsable en caso de no cumplir con cierta obligación vinculada a la sociedad. Por ejemplo, si el gerente general anota una transferencia de acciones realizada en contravención de un convenio, este podrá ser objeto de reclamos por parte del accionista o tercero afectado. Sin perjuicio de ello, actualmente la normativa no es clara de qué órganos societario es específicamente el que debe velar por los convenios que se comuniquen a la sociedad, por lo que resulta conveniente que ello se pacte en el mismo convenio, o, incluso, en el estatuto.

Lo anteriormente señalado dependerá del supuesto ante el que se encuentren las partes, y estará relacionado al hecho de cuándo una sociedad puede verse afectada o vinculada por un acuerdo de sus accionistas o de estos y terceros. Si bien la LGS no hace referencia a requisitos adicionales para que los convenios societarios sean oponibles, se debe interpretar que la oponibilidad no se puede dar de forma automática en todos los casos. Por ejemplo, un convenio que establezca la conformación del directorio o que estipule reglas particulares sobre distribución de dividendos no debería poder ser

45 Estos problemas son apuntados por diversos autores, entre ellos véase: Daniel Abramovich, «Una aproximación práctica a los convenios de accionistas en la sociedad anónima», *Ius et Veritas*, n° 20 (2000): 156-157.

46 Artículo 1362 del Código Civil: “*Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes*”.

47 El anteproyecto publicado de una nueva ley general de sociedades curiosamente sí pone atención a este problema, regulándose lo siguiente: “(...) 7.5 *En los convenios que obliguen a las partes a alguna manifestación de voluntad en sentido determinado, o a algún comportamiento o actuación específicos, lo estipulado en tales convenios prevalecerá frente a la sociedad aun si la parte obligada, incumpliendo su obligación, se manifiesta, comporta o actúa en sentido contrario a lo indicado en estos (...)*”. Si bien no hace referencia expresa a los convenios de voto, esta regla aplicaría para estos.

48 Los convenios societarios que vinculan a la sociedad podrán tener efectos indirectos frente a los demás accionistas no participantes en el convenio. En determinadas normativas no queda duda respecto a estos efectos, e, incluso, la regulación del MBCA señala expresamente que se vincula a los accionistas y terceros adquirentes.

oponible en caso sea acordado por accionistas titulares del 80% del capital.

Ciertos tipos de acuerdos requerirán ser adoptados por todos los socios para llegar a ser válidos y oponibles, siendo estos los que establezcan, principalmente, reglas internas en la sociedad o aspectos que en principio afectan a todos los accionistas. Esto ya ha sido apuntado por la doctrina nacional, habiéndose señalado que los límites de la eficacia de los convenios societarios “*parecerían ser menores en aquellos casos en los que existe una identidad subjetiva plena entre los socios y las partes del convenio*”⁴⁹.

No obstante, sobre los convenios societarios celebrados por todos los socios se ha criticado justamente que el artículo 8 de la LGS es muy rígido en su segundo párrafo al señalar que la regulación estatutaria primará siempre sobre los convenios societarios⁵⁰. En los casos en los que no exista un tercero afectado, ¿podría un accionista escudarse en dicha norma para evitar el cumplimiento de un convenio societario por todos los accionistas? Si bien pareciera que, en virtud de la buena fe, esto no debería ser factible, de una lectura literal de la norma no parece poder realizarse una lectura en contra.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante tener en cuenta las diferencias de la regulación estatutaria de lo estipulado en un convenio. La regulación estatutaria se inscribe en registros públicos y tiene procedimientos particulares de modificación y aprobación. La publicidad de esta regulación hace que se presuma su conocimiento por todos, a di-

ferencia de los convenios societarios que tienen naturaleza privada. Es por estas diferencias que el legislador ha decidido darle preferencia al estatuto, preferencia que parece necesaria a efectos de evitar que exista más de una regulación aplicable a cierto aspecto de la sociedad. Los agentes en el mercado, al momento de elaborar un convenio, debemos tener en cuenta la regulación estatutaria, de forma que esta converse de la mejor forma posible con el convenio societario. Que puedan complementarse ambas regulaciones y evitar contradicciones que devengan en que la sociedad deba preferir lo estipulado por el convenio, dejando desprotegido al accionista perjudicado por el incumplimiento del convenio.

Otros autores nacionales han criticado la oponibilidad general que ha dispuesto la norma por la falta de claridad de sus efectos. Estos incluso argumentan que los convenios que no sean acordados por todos los socios no deberían ser oponibles en ningún caso⁵¹. Una afirmación de este tipo, además de ser contraria al texto expreso de la norma vigente, no parece conveniente. La problemática reside en que se deberá diferenciar en qué casos un convenio debería ser oponible a pesar de no contar con la totalidad de socios, y en qué casos no. La regla debería apuntar a que sean oponibles todos los convenios en los que se regulen derechos y deberes de los que los accionistas puedan disponer.

Por ejemplo, ¿por qué no sería oponible un pacto de adquisición preferente entre dos accionistas minoritarios si es que están pactando sobre derechos disponibles, y no se está afectando ilegí-

49 Joe Navarrete, «Los convenios societarios y las operaciones de adquisición de empresas», 303. Además de ello, doctrina comparada también ha reconocido esta misma posición.

50 Joe Navarrete, «Los convenios societarios y las operaciones de adquisición de empresas», 303.

51 Para Luis Rocca, “*los pactos parasocietarios que obligan únicamente a parte de los socios de la sociedad no pueden tener eficacia frente a la sociedad, a los socios no participantes en ellos, y tampoco frente a terceros, excepción hecha para aquellos pactos que se realicen ante la universalidad de los socios, fuera del contexto de una junta universal. La sociedad representa su voluntad a través de la universalidad de socios*”. Luis Rocca, «Los pactos parasocietarios: entre un adecuado marco de autorregulación y los peligros de esta» (Trabajo de investigación para optar el Grado Académico de Magister en Derecho Empresarial, Universidad de Lima, 2016), 39.

timamente a otros accionistas, a la sociedad, o a terceros? Los convenios que usualmente son clasificados como de “relación” podrían por lo general ser perfectamente opuestos sin afectar de forma ilegítima a ningún tercero.

En los supuestos en los que podrían surgir inconvenientes se presentan en los convenios usualmente catalogados como de organización: convenios societarios que establecen o modifican reglas generales de organización interna. Como se ha señalado, estos sí deberían ser adoptados por todos los accionistas para que puedan ser opuestos a la sociedad⁵². Debe resaltarse que el MBCA estadounidense justamente establece este requisito de unanimidad de los accionistas para la oponibilidad de un convenio societario de estas características frente a la sociedad, los demás accionistas y eventuales terceros adquirentes. Creo que una regla de este tipo, si bien no es expresamente señalada en la LGS, debe interpretarse.

El caso de los convenios de voto, si es que se los clasifica entre los convenios de organización, es particular. Esto porque los derechos que se regulan en dichos convenios son, en principio, de titularidad exclusiva de las partes que están pactando el convenio. El hecho que estos convenios sean oponibles a la sociedad significará únicamente que la sociedad y los órganos societarios correspondientes deberán adoptar una actitud positiva dirigida a garantizar su cumplimiento. Esta oponibilidad no implicará una afectación ilegítima de los otros accionistas, sino el hecho que se deba respetar la voluntad ya vertida por las partes en el convenio societario.

Otro ejemplo de la poca claridad de los efectos y consecuencias de adoptar una regla como la del artículo 8 de la LGS es el caso de los efectos ante terceros adquirentes. Como ha sido señalado

anteriormente por doctrina nacional, los convenios societarios son contratos que crean, por lo general, vínculos obligacionales entre los que lo suscriben, y no derechos reales. Esto hace que, en principio, no puedan ser opuestos a terceros, con la excepción de la sociedad por regla especial contenida en el artículo 8 de la LGS.

En ese sentido, en caso un accionista participante en un convenio societario vendiera sus acciones en la sociedad, el adquirente no quedaría vinculado por el convenio. Como se ha visto, existen otras regulaciones, como la del MBCA, en las que sí se aborda este punto de forma específica, señalando que el convenio será oponible a los adquirentes, siempre y cuando se cumplan determinadas circunstancias (que se deje constancia del convenio en los certificados o se le haya informado al adquirente del mismo).

Ante la ausencia de una regla como la anterior en nuestro ordenamiento, los contratantes de un convenio societario suelen incluir obligaciones específicas de las partes e incluso de la sociedad. Por ejemplo, se suele incluir cláusulas que señalan que la sociedad no podrá anotar la transferencia de las acciones a favor de terceros, salvo en los casos en los que el tercero se haya adherido al convenio societario. Esta regulación privada del convenio trae, de esta forma, consecuencias para terceros que no participaron en el mismo, ello sin la necesidad de que la norma extienda sus efectos a estos.

No obstante, lo anterior, considero que sería positivo que la normativa establezca una regla de oponibilidad a terceros adquirentes en caso que el convenio sea anotado en la matrícula de acciones y se deje constancia de estos en los certificados de acciones, tal como en el caso de las cargas y gravámenes a las acciones. A su vez, podría también incorporarse una regla específica que, en caso el

52 Como se ha visto en la sección 4.3 precedente, esta es la regla que acoge la normativa estadounidense para el caso de este tipo de convenios societarios.

tercero adquirente no haya tenido conocimiento de un convenio societario que afecta las acciones, este pueda rescindir la compraventa, como lo establecido en el MBCA.

7. Consideraciones finales

La oponibilidad de los convenios societarios es una de las características centrales de este tipo de acuerdos. Esta tendrá incidencia en cómo un convenio societario puede ser ejecutado, así como para determinar responsabilidades en caso de su incumplimiento. Sin duda la oponibilidad ayuda a que los convenios societarios puedan ser cumplidos en mayor medida, ya que un incumplimiento no solo podría traer consecuencias para la parte incumplidora, sino también para la sociedad y sus órganos de administración.

A mi criterio, la adopción de la regla de la oponibilidad de los convenios societarios a las sociedades fue una decisión correcta. No obstante, la normativa puede mejorarse en distintos aspectos, varios de los cuales se abordan en el Anteproyecto de la Ley General de Sociedades publicado el 4 de abril de 2018, elaborado por el Grupo de Trabajo conformado por Resolución Ministerial N° 0108-2017-JUS. En un siguiente trabajo ahondaré en estos aspectos.

Es importante que los agentes en el mercado tengamos en cuenta estas problemáticas a fin de poder tratarlas de la mejor forma que podamos en los mismos convenios societarios y estatutos sociales. La autonomía privada como poder jurídico de los particulares les permitirá poder paliar o contrarrestar algunos de los problemas que suelen surgir de la escasa regulación legal. Como se suele afirmar en el ámbito societario, en aras de la eficiencia, la autonomía privada debe ser la fuerza fundamental que permita a las personas, que son

las que finalmente tienen pleno conocimiento de sus intereses, regular sus relaciones en la sociedad.

Bibliografía

Abramovich, Daniel. «Una aproximación práctica a los convenios de accionistas en la sociedad anónima». *Ius et Veritas*, n° 20 (2000): 149-157.

Barbi, Celso. «Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal». *Revista de informação legislativa*, volumen N° 38, n° 152 (2001): 243-267.

Barboza, Gerson. «La oponibilidad de derechos en general». *Actualidad Jurídica*, n° 267 (2016): 88-109.

Chuquihuara, Amaranta. «Convenios parasocietarios: ¿Existen alternativas para reforzar su oponibilidad y exigibilidad?» *Enfoque Derecho*, acceso el 5 de junio de 2021, <https://www.enfoquederecho.com/2020/12/01/convenios-parasocietarios-existen-alternativas-para-reforzar-su-oponibilidad-y-exigibilidad/>

Corporate Laws Committee Of The American Bar Association. «Model Business Corporation Act (2016 Revision)», acceso el 25 de agosto de 2018. https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/business_law/corplaws/2016_mbca.authcheckdam.pdf

Da Rocha, Glauco. «A Execução Específica dos Acordos de Acionistas: Uma análise sobre o § 3º do artigo 118 da Lei 6.404 de 1.976». Trabajo de investigación para optar el Grado de Bachiller en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2010.

- Elías, Enrique, *Derecho Societario Peruano*. Segunda edición (edición revisada, actualizada y aumentada). Lima: Gaceta Jurídica, 2015.
- Feliu, Jorge. *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*. España: Marcial Pons, 2012.
- Fernández, Gastón. «La obligación: apuntes para una dogmática jurídica del concepto». *Themis – Revista de Derecho*, n° 27-28 (1994): 41-56.
- Franco, Paolo. «Ejercicio del Derecho de Desistimiento regulado en el Artículo 1365 del Código Civil en los Convenios Parasocietarios». Tesis para optar a Título Profesional de Abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, 2016.
- Molano-León, Ricardo. «Shareholders agreements in close corporations and their enforcement in the United States of America», acceso el 25 de agosto de 2021, http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602008000300009
- Navarrete, Joe. «Los convenios societarios y las operaciones de adquisición de empresas». En: *Fusiones y Adquisiciones* coordinado por Carlos Soto, 321-353. Lima: Instituto Pacífico, 2018.
- Palacios, Luis Enrique y Andrés Pesaque. «IBA Guide on Shareholders' Agreements - Peru», acceso el 25 de Agosto de 2021, https://www.ibanet.org/LPD/Corporate_Law_Section/Classy_Held_Growing_Busi_Entprs/shareholder-agreements.aspx
- Paz-Ares, Cándido. «El enforcement de los pactos parasociales». *Actualidad Jurídica Uribe & Menéndez*, n° 5 (2003): 19-43.
- Pérez, Aránzazu. «La necesaria revisión de la eficacia de los pactos parasociales omnilaterales o de todos los socios». *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto* 61, n° 2 (2003): 261-296.
- Pérez, David. «Pactos parasociales con terceros». *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil* (2011): 1-21.
- Rocca, Luis. «Los pactos parasocietarios: entre un adecuado marco de autorregulación y los peligros de esta». Trabajo de investigación para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho Empresarial. Universidad de Lima, 2016.
- Salas, Julio. «Los convenios de accionistas en la Ley General de Sociedades y la autonomía de la voluntad». *Ius et Veritas*, n° 36 (2008), 64-102.

El Régimen de conflicto de intereses en las Operaciones Intra Grupo – Retos Regulatorios

The regime of Conflict of Interests in Intragroup Transactions – Regulation Challenges

Claudia Barrero Lozano¹; David Beltrán Dávila²

Frase destacada. “La regulación del conflicto de intereses no debe ser de tal magnitud que le quite incentivos al inversionista para entrar a un negocio, ni como mayoritario ni como minoritario, sino que otorgue las herramientas que le permitan a las partes alinear sus intereses en pro del negocio, sin que exista abuso de parte y parte.”

Resumen. Este artículo analiza el régimen legal de los conflictos de intereses de los administradores cuando se enfrentan a la autorización o celebración de operaciones que vinculan a la sociedad que representan y a sus socios, particularmente al socio controlante o a empresas del mismo grupo. El objetivo del artículo es, desde la comparación de distintos regímenes legales, reconocer algunas falencias de las regulaciones actuales, particularmente en lo que tiene que ver con el entendimiento de lo que constituye un conflicto de intereses. Consecuentemente, formular ciertas alternativas legales que puedan, en el escenario latinoamericano de sociedades cerradas y con gran concentración de capital, reconocer los intereses del socio mayoritario sin que se pierda el incentivo de los minoritarios de participar en el capital de una sociedad.

Abstract. This article analyzes the legal regime of conflicts of interest for administrators when faced the authorization or execution of operations that bind the company that they represent and its shareholders, particularly the controlling shareholder or companies of the same group. The objective of the article is, from the comparison of different legal regimes, to recognize some shortcomings of the current regulations, particularly in what has to do with the understanding of what constitutes a conflict of interest. Consequently, to formulate as in the of Latin American scenario, with closed companies and with a great concentration of capital, certain legal alternatives that may recognize the interests of the majority shareholder without losing the incentive of minority shareholders to participate in the capital of a company.

Palabras clave. conflicto de intereses, administradores, socios mayoritarios, control, grupo

Keywords. *conflict of interests, directors, majority shareholders, control, group.*

Sumario: 1. Introducción. 2. Marco Teórico. 2.1. El conflicto de intereses. 2.2. Del escrutinio de los actos en conflicto de intereses. 2.3. De la regulación del conflicto de intereses intra grupo. 2.4. Discusión sobre el mejor modelo. 3. Conclusiones.

1 Abogada de la Universidad Externado de Colombia (1992). Cuenta con una especialización en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes en Colombia (1994), y una Maestría en *International Business Legal Studies* de la Universidad de Exeter, Reino Unido (1996). Socia de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría. Se especializa y tiene amplia experiencia en fusiones y adquisiciones, operaciones del mercado público de valores y proyectos de infraestructura y privatización en Colombia. claudia.barrero@ppulegal.com, teléfono +5713268400.

2 Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia (2006). Cuenta con una especialización en Derecho de Sociedades de la misma institución (2008) y una Maestría en *International Business Law* de la Universidad de Tilburg, Países Bajos (2011). Asociado principal de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría en el área de derecho corporativo y M&A. david.beltran@ppulegal.com, teléfono +5713268400.

1. Introducción

En el mercado latinoamericano existe una significativa concentración de capitales, y en materia societaria predominan las sociedades cerradas y las sociedades familiares³. Este fenómeno apareja también la existencia de bloques controlantes de sociedades, en donde el accionista mayoritario y/o sus familiares o delegados son miembros de la administración social tratándose de sociedades de familia, o son a su vez administradores simultáneamente en distintas sociedades que hacen parte del grupo empresarial, o tienen una gestión administrativa positiva en varias sociedades del grupo.

En uno y otro caso, el querer del controlante se refleja en toda la estructura social. Ese esquema tampoco escapa a las sociedades listadas, pues aun cuando haya cierta dispersión del capital en la sociedad controlante, su forma de administración viene a irradiarse en las sociedades del grupo así controladas⁴.

Sin perjuicio de los beneficios o no que pueda tener la coexistencia de directores de manera vertical, o lo que en la doctrina internacional se conoce como *interlocking directorates*⁵, por la forma en que las normas legales se encuentran redactadas en distintas jurisdicciones, y dada la aplicación de las pautas de interpretación incluidas en distintos pronunciamientos judiciales que tratan de llenar esos vacíos legales, puede llegar a interpretarse que existe un conflicto de intereses para los administradores en todos los eventos en que las sociedades sujetas a un control común celebran negocios entre sí, o en las operaciones con un controlante y su sociedad controlada.

Esa situación de conflicto de los administradores en operaciones que vinculan a empresas del mismo grupo que puede llegar a tener profundos impactos en materia de la validez de las mismas, e incluso respecto de la responsabilidad de los administradores que participan en ellas, también puede generar una carga importante de formalidades para el perfeccionamiento de operaciones para aquellos que llegan a entender la existencia del fenómeno. Esto último se traduce en complejas discusiones de tipo legal, posiciones exegéticas defendiendo o no la tesis de la existencia del conflicto. No obstante, al final, en una notable carga y esfuerzos tanto de tipo legal como económico para los intervinientes en la operación que, tal vez, con una regulación legal más precisa, podrían ser evitados.

Este artículo se centrará en analizar el conflicto de intereses en operaciones que involucran empresas que hacen parte de un grupo empresarial o se encuentran bajo control común. Asimismo, versará sobre la regulación actual en distintas jurisdicciones y en formular posibles alternativas para el manejo de esas situaciones. En suma, se busca que estas últimas lleven una regulación societaria más clara y más segura para sus intervinientes y contribuya a que haya más celeridad en el tráfico mercantil.

2. Marco teórico

2.1 El conflicto de intereses

3 Jacelly Céspedes, Maximiliano González y Carlos A. Molina, «*Ownership and capital structure in Latin America*», *Journal of Business Research* 63 (2010), 290, acceso el 1 de mayo de 2021, disponible en <https://ssrn.com/abstract=1755785>.

4 Alberto Chong, Florencio López-de-Silanes, «*Corporate governance in Latin America*», Inter-American Development Bank, 2007, Working Paper #591, 7, acceso el 1 de mayo de 2021, disponible en <https://publications.iadb.org/en/publication/corporate-governance-latin-america>.

5 Entendido como el evento en que un administrador o director ocupa posiciones administrativas en distintas compañías que tienen relaciones de dependencia entre sí.

Para entender la naturaleza del problema, es importante hacer un corto repaso de lo que se entiende por un conflicto de intereses. Sin perjuicio del análisis que se presentará sobre la regulación de este asunto en distintas legislaciones, desde ya vale la pena indicar que buena parte de las distintas aproximaciones que hay o puede haber sobre la interpretación de la existencia de un conflicto de intereses, y particularmente en operaciones “*intra grupo*”⁶, se genera por el sencillo hecho de que, en general, por las características propias de los sistemas legales, las leyes no se detienen a definir qué es un conflicto de intereses⁷. Por el contrario, se limitan a hacer planteamientos generales con los que se pretende abarcar un gran número de situaciones que puedan ser abarcadas o reguladas por ese “tipo regulatorio”, dejando a la labor de los intérpretes y de las cortes determinar la casuística de lo que es el conflicto de intereses.

En efecto, la mayoría de las legislaciones que más adelante se estudiarán regulan ciertos deberes de los administradores que se pueden ver involucrados en un conflicto de intereses o cuáles son los efectos legales de no cumplir con esos deberes, pero carecen de una definición sobre lo que es ese tipo de conflictos, y se limitan a hacer referencia a los deberes fiduciarios de los administradores para solucionar ese tema. Así las cosas ha sido labor de los intérpretes judiciales dilucidar qué es el conflicto de intereses.

En materia de conflictos de intereses existen variadas definiciones doctrinales, por ello traemos a colación una definición de tipo “descriptivo”

acuñada por Davis y Stark. Los autores indican que “*un conflicto de intereses es una situación en la que una persona P (ya sea un individuo o un órgano social) se encuentra frente a una o varias decisiones. Desde un punto de vista general, P tiene un conflicto de intereses si y sólo si (I) P tiene una relación frente a una persona en virtud de la cual debe actuar en nombre de aquella, y (II) P tiene un interés (especial) que puede tener la capacidad de interferir con el debido discernimiento de su juicio frente a esa relación*”⁸.

En materia jurisprudencial, son más los fallos en que los jueces han descrito según la casuística qué situación puede catalogarse como un conflicto de intereses, más que definir en sí mismo qué es un conflicto. No obstante, podemos hacer mención de un fallo de la Delegatura de Prácticas Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades en Colombia, que de mano de la doctrina, menciona que habrá un conflicto de intereses cuando quiera que existe una situación respecto de la cual “*el administrador cuenta con un interés que pueda nublar su juicio objetivo en el curso de una operación determinada. Para el efecto, deben acreditarse circunstancias que representen un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido*”⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior, proponemos una definición según la cual el conflicto de intereses ocurre cuando una persona, individualmente o como miembro de un cuerpo colegiado, se enfrenta a la toma de una decisión, y debiendo proteger (por un deber legal o convencional) los intereses

6 Entendido el grupo empresarial como una comunidad de sociedades relacionadas entre sí con ocasión de la existencia de un controlante común, que es una persona o grupo de personas que tienen la capacidad de determinar las políticas y lineamientos de negocio de todas las sociedades por ellas controladas.

7 José Miguel Mendoza, «*La Definición de Conflictos de Intereses en el Derecho Societario Colombiano*», *UNA - Revista de Derecho*, Vol. 1: 2016, 6, acceso el 14 de mayo de 2021, <https://una.uniandes.edu.co/index.php/ediciones/volumen-1/42-mendoza-j-m-la-definicion-de-conflictos-de-interes-en-el-derecho-societario-colombiano>.

8 Michael Davis, *Introducción*, en *Conflict of Interests in the Professions*, editado por Michael Davis y Andrew Star (Nueva York: Oxford University Press, 2001), 3-22.

9 Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Prácticas Mercantiles, Sentencia 800-00020 de 2016.

de una persona a quien representa, se interponen o pueden interponerse en su proceso de decisión sus propios intereses, o los de un tercero, cuando esos otros intereses tienen tal relevancia como para generar dudas razonables sobre cuál interés debe privilegiar durante ese proceso de decisión.

Como toda definición, la que proponemos tampoco está exenta de problemas interpretativos. En efecto, quisimos incluir un elemento adicional que, a nuestro juicio, podría ayudar a entender mejor el fenómeno. Este está relacionado con la relevancia del interés contrapuesto en aras de determinar si en efecto existe un conflicto para ese “agente” o mandatario que se enfrenta a una decisión, lo cual, como se explicará tiene una importancia mayor en materia de operaciones con accionistas, controlantes o compañías de un mismo grupo. Y es que en efecto, no cualquier interés contrapuesto debería tener la entidad de generar un conflicto de intereses. Por el contrario, como analizaremos más adelante, los intereses alineados (así sea en representación de dos personas distintas) deberían eventualmente estar exentos de escrutinio judicial.

2.2 Del escrutinio de los actos en conflicto de intereses

Se debate tanto judicialmente como en la doctrina si todo acto respecto del cual puede predicarse la existencia de un conflicto de intereses debe ser prohibido *per se* o no, o por lo menos si con independencia de lo beneficioso que pueda resultar para las partes debe someterse al escrutinio de los intervinientes en la operación. Esa es una discu-

sión no menor, pues a partir de ella podrían tomarse decisiones en el campo legal que pueden incidir en el proceso de formación de los actos en que puede reputarse que hay un conflicto de intereses.

A manera de ejemplo, en los Estados Unidos, si bien puede interpretarse que la ley no prohíbe *per se* los actos respecto de los cuales se presente este tipo de conflictos lo cierto es que existen normas inspiradas en la protección de competencia que conducirían a afirmar que hay una prohibición de ley a participar o celebrar actos cuando existen administradores comunes de las empresas intervinientes si son compañías competidoras. En efecto, el artículo 8 de la *Clayton Act* prohíbe el fenómeno de los *interlocking directorates* cuando se trata de relaciones horizontales, conducta que se reputaría anticompetitiva, dando a entender que en esas condiciones los actos que realicen esos administradores “entrelazados” deberían ser prohibidos.

Ahora bien, parecería que algunas legislaciones europeas y latinoamericanas han tomado una aproximación menos drástica, no prohibiendo *per se* los actos en los que pueda reputarse que existe ese tipo de conflictos, pero sometiendo a dos tipos de escrutinio. Uno inicial por parte de los interesados en el acto, de manera que se le exige a los administradores discernir si tienen un conflicto¹⁰, abstenerse de participar en el acto respecto del que crean estar conflictuados e informar de la situación al máximo órgano de la sociedad¹¹. Esto último para que aquel decida si el acto es beneficioso o no para la sociedad y si se autoriza o no al administrador a participar en el negocio¹².

10 Situación que generalmente definirán con su asesor legal.

11 Algunas legislaciones defieren ese poder a la Junta Directiva, Directorio o máximo órgano administrativo, (como es el caso peruano), y otros a la asamblea general (Colombia y Chile, por ejemplo). La primera aproximación puede suscitar un problema, y es qué ocurre si todos los “directores” están conflictuados, pues en ese caso sería muy difícil autorizar o no participar en el acto; la segunda aproximación defiere el poder de decisión sobre la autorización al administrador conflictuado para actuar a los accionistas, pero en ese caso ¿debe regularse entonces un deber fiduciario al socio controlante al aprobar la decisión?

12 Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Prácticas Mercantiles, Sentencia 800-00030 de 2018.

Creemos que esa última es una posición mucho más razonable que una prohibición *per se*, pues como lo discute tanto la doctrina como la jurisprudencia, ni todos los actos con los que haya un conflicto de intereses son necesariamente malos para los intervinientes. Por el contrario pueden traer significativos beneficios para aquellos, pero si es necesario que estas situaciones se revelen debidamente para que exista pleno conocimiento de los negocios de la sociedad en los que va a intervenir un administrador conflictuado y así se verifique en debida forma el cumplimiento de sus deberes frente a la sociedad y los accionistas.

No obstante, esa posición tiene dos problemas de interpretación, que pueden llevar también a importantes implicaciones en materia de responsabilidad de los administradores sociales.

En primer lugar, es necesario entender en cuáles eventos puede autorizarse o no al administrador para participar en, o ejecutar el acto sobre el que pueda existir un conflicto de intereses. Como se verá más adelante, las distintas legislaciones no tienen una aproximación unánime al fenómeno o pueden no ser muy claras en su aproximación. Algunas interpretaciones judiciales buscan a partir de elaboraciones legales dar una respuesta a este problema, y pueden distinguirse dos vertientes: una según la cual debe privilegiarse el interés de los accionistas, y otra según la cual se debe privilegiar el interés de la sociedad (según lo que se interprete como interés social).

A manera de ejemplo, las interpretaciones judiciales de Delaware¹³ hacen referencia a la existencia o no de deberes fiduciarios frente a los accionistas. Por su parte, algunas legislaciones europeas¹⁴ así como la legislación colombiana¹⁵ y la peruana¹⁶, privilegian el interés social, e incluso pueden llegar a exigirle al órgano que aprueba la participación del administrador conflictuado en el acto que demuestre que ese acto es beneficioso para la sociedad o que no le causa un perjuicio como condición para aprobar al administrador participar en ese caso específico, teniendo en cuenta que el conflicto no desaparece, pero hay un voto de confianza en el administrador¹⁷.

En segundo lugar, es importante entender en qué momento debe otorgarse esa autorización, ya sea solamente para ejecutar el acto, o incluso desde el momento de sus negociaciones. Todas las legislaciones que se analizarán en este documento regulan de inicio una obligación de información al máximo órgano social.

En adición, la mayoría de las legislaciones que adelante se analizan regulan una obligación de abstención de participar de cualquier forma en el acto, lo cual puede comprender naturalmente la etapa de las tratativas preliminares salvo autorización previa del órgano competente. Esa aproximación naturalmente hace sentido, como quiera que es justo cuando se está formando el acto cuando se manifiesta o puede tener mayor incidencia el conflicto de intereses. No obstante, esa aproxi-

13 John K. Wells, <<Multiple Directorships: The Fiduciary Duties and Conflicts of Interest that Arise When One Individual Serves More Than One Corporation>>, 33 J. Marshall L. Rev. 561 (2000), 561.

14 Paul Krüger Andersen et al, <<European Model Company Act (EMCA), First Edition, 2017>>, Nordic & European Company Law Working Paper No. 16-26, acceso el 1 de mayo de 2021, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2929348>.

15 Ley 222 de 1995, Artículo 23.

16 Ley N° 26.887, Artículo 139.

17 La Ley 225 de 1995 en su artículo 23 numeral 7 indica que “la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad”; y por su parte la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades menciona que “[E]l máximo órgano social al adoptar la decisión no puede perder de vista que el bienestar de la sociedad es el objetivo principal de su trabajo y de su poder, razón por la cual habrá lugar a la autorización cuando el acto no perjudique los intereses de la compañía. Por tanto, para determinar la viabilidad de la misma, la junta o la asamblea evaluarán, entre otros, los factores económicos, la posición de la sociedad en el mercado y las consecuencias del acto sobre los negocios sociales.”

mación parte de un posible contrasentido, y es que para entender por qué se está conflictuado ya debe haberse conocido el acto de alguna forma, lo que puede suponer que ya se haya participado en sus tratativas previas.

Finalmente, la última fórmula de escrutinio es la de la intervención judicial, es decir, revisar los efectos o cumplimiento de obligaciones del administrador luego de que se ha celebrado el acto. Esto con la finalidad de determinar si aquel carece de validez o no según la forma en que se haya abordado el conflicto de intereses, o adoptar decisiones relacionadas a la responsabilidad del administrador que participó en ese acto habiendo estado conflictuado.

Aquí reviste mucha importancia la ausencia de la definición de lo que es un conflicto de intereses, pues los jueces deben entonces interpretar si se presenta o no un conflicto, y a partir de esa definición juzgar si se cumplió con una obligación de información, de obtener autorización del órgano competente, o finalmente de abstención de participar en el acto. Lo particular es que a partir de estas interpretaciones *ex post* se va a analizar el proceso intelectual del administrador para entender si no se percató de que existía un conflicto (lo que supone una violación de sus deberes legales), si cumplió con los deberes que le correspondían de revelar y obtener autorización o abstenerse de participar en el acto, y finalmente, un uno y otro caso, si debe responder por ese tipo de incumplimientos.

Las decisiones de la Delegatura de Prácticas Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades de Colombia abren una vertiente de debate muy interesante sobre este asunto¹⁸: De una parte, y pudiendo parecer excesivo, mencionan que sin importar el tipo de conflicto de intereses, si el acto podía o no reportarle un beneficio a la sociedad, de ejecutarse sin cumplir el procedimiento de revelación y autorización previo estaría viciado de nulidad¹⁹, creando una carga muy importante para el administrador que se ve sujeto a discusiones casi metafísicas para no comprometer su responsabilidad. De otra parte, han relevado de responsabilidad al administrador si el acto respecto del cual se reputaba el conflicto finalmente fue celebrado aún sin haberse revelado u obtenido la autorización requerida, en efecto, resultó de beneficio para la sociedad.

Lo que debe entenderse en todo caso, es que en materia de conflicto de intereses, lo primordial es discernir si la participación del administrador conflictuado reputa o no un riesgo para los intereses de la sociedad. Con ello, si puede en esas condiciones dársele una autorización para que como administrador, esto es, como persona que debe velar por los mejores intereses de la sociedad y accionistas en conjunto, participe en el acto velando justamente por esos intereses.

2.3 De la regulación del conflicto de intereses intra grupo

Como analizaremos en este acápite, no encontramos en la ley una aproximación directa sobre el

18 Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Prácticas Mercantiles, Sentencia 801-00035 de 2013.

19 En Colombia el artículo 5 del Decreto 1925 de 2009 indica que en ese caso se trata de una nulidad absoluta, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponderles a los administradores si causan un perjuicio. En Chile no se prevé expresamente una sanción similar, no obstante de la aplicación de las normas generales del Código Civil podría llegarse a una interpretación de nulidad absoluta. En el caso peruano el artículo 179 de la Ley General de Sociedades indica que “*El director que contravenga las disposiciones de este artículo es responsable de los daños y perjuicios que cause a la sociedad y puede ser removido por el directorio o por la junta general a propuesta de cualquier accionista o director*”; y en materia de nulidad de los actos, habría una mención directa a la nulidad de las decisiones sociales aprobadas en conflicto de intereses cuando ese tipo de decisiones “*se oponga al estatuto o al pacto social o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad*”.

fenómeno de los conflictos de intereses en actos que se realizan entre sociedades pertenecientes a un mismo grupo o que se encuentran bajo control común, incluso respecto de actos celebrados por una sociedad con sus accionistas en los eventos en que no existe control por parte de cualquiera de esos accionistas. En efecto, este es un tema de discusión académica, particularmente importante entre aquellos que defienden la necesidad de regular el fenómeno de la *sociedad leonina*²⁰, en el interés de limitar legalmente el poder del accionista controlante en beneficio de los “minoritarios”.

En Colombia, esa preocupación se ha manifestado en los dos últimos intentos de reforma al régimen de sociedades. En el año 2015, en un proyecto promovido por la Superintendencia de Sociedades se proponían condiciones específicas en las cuales podrían realizarse operaciones entre matriz y controlante sin que pudiera predicarse un conflicto de intereses, manteniéndose en todo caso el derecho de los minoritarios a ser reparados si esas operaciones en efecto les causaban perjuicios, existiendo un régimen subsidiario según el cual las operaciones en las que hubiera un conflicto de intereses que no estuvieran autorizadas de manera general deberían agotar un procedimiento de revelación y autorización previa al administrador²¹.

De igual forma, durante el año 2020 circuló un anteproyecto de Ley²², en el cual se incluyeron dos disposiciones particulares, una según la cual

siempre que una persona sea titular, directa o indirectamente, del 100% del capital de las subordinadas y esa situación esté inscrita en el registro mercantil, las operaciones entre las sociedades que conforman el grupo estarían exentas de dar cumplimiento a obligaciones del régimen de conflictos de intereses²³, pero de otra parte se abría un antecedente muy discutible sobre el conflicto de intereses en cabeza del accionista controlante, según el cual “[E]l asociado controlante que tenga un conflicto de intereses respecto a la realización de determinado negocio, deberá revelarlo al máximo órgano social de manera previa a su celebración y sólo podrá impartir su aprobación si se realizare en condiciones de plena competencia”²⁴.

Perú tampoco es extraño a este fenómeno. En el documento denominado “*Exposición de motivos de las disposiciones para la aplicación del Literal c) del artículo 51 de la Ley del Mercado de Valores (resolución SMV N° 029-2018-smv/01)*” se presentó una discusión muy importante sobre la necesidad de regular ciertas pautas para entender el régimen del conflicto de intereses, en materia de sociedades listadas. En este se recomendaba regular como evento de conflicto de intereses el acto en el que participa un accionista mayoritario de una lista²⁵ y su subsidiaria²⁶.

Así las cosas, en este acápite presentaremos una breve reseña del estado actual de ciertas legislaciones en lo que tiene que ver con la interpretación de los conflictos de intereses en operaciones entre

20 Aquella sociedad en donde se privilegia el interés de uno o varios accionistas, en demérito del interés de otros accionistas de percibir utilidades sociales.

21 Artículo 25 del proyecto.

22 Finalmente no se ha presentado al Congreso, pero sí suscitó discusiones académicas relevantes.

23 Artículo 20, Ídem.

24 Artículo 29, Ibidem.

25 Entendido aquel como un accionista propietario de más del diez por ciento del capital de la sociedad listada.

26 Silvia Sotomayor y Carlos Rivero, <<Marco legal aplicable sobre conflictos de intereses y exposición de motivos sobre las Disposiciones para la aplicación del literal c) del artículo 51 de la Ley del Mercado de Valores, aprobada por Resolución SMV N° 029-2018-SMV/01 (norma sobre transacciones entre partes vinculadas)>>, acceso el 17 de mayo de 2021, disponible en <https://www.smv.gob.pe/Uploads/ExposiciondeMotivosDispliteralcart51LMV.pdf>.

controlantes y subordinadas, para revisar en el siguiente acápite algunas alternativas que consideramos convenientes para su regulación.

2.3.1 Estados Unidos

El conflicto de intereses que se origine en operaciones entre partes vinculadas ha sido predominantemente objeto de análisis jurisprudencial. En las primeras etapas de desarrollo, hacia finales del Siglo XIX, se llegó a la conclusión de que los contratos entre compañías con intereses antagónicos serían anulables. Ello independientemente de que la transacción fuera o no justa o recíproca entre las partes, como lo mencionó la Corte de Apelaciones de Nueva York en *Munson v. Syracuse Geneca & Corning*²⁷ en la que se menciona que no importa si la transacción es “*fair or unfair*”.

Esa postura evolucionó con el tiempo, para llegar a la denominada prueba de “*fairness*” durante el inicio del Siglo XX, según el cual las Cortes no anularían un contrato en que participaran dos compañías con un administrador común bajo la base de que el contrato fuera proporcional o recíproco “*fair*”, situación que debería ser en todo caso acreditada por aquellos que quisieran sostener la validez del contrato²⁸.

Posteriormente, el análisis se ha reconducido a la revisión de los deberes fiduciarios de los administradores, de manera que el estándar que se revisará no será tanto el mérito de la operación, sino que se determinará si el administrador tiene un

deber que cumplir en el caso específico y cómo dio cumplimiento a ese deber.

Hacia la década de los sesenta, dos fallos de las cortes de Delaware²⁹ indicaron, de una parte, que el hecho de que un administrador actué conjuntamente en dos sociedades que van a suscribir un acto tiene un deber de cuidado de los intereses de ambas sociedades³⁰. De otra parte, que en cualquier evento en que ocurra una transacción que involucre a una controlante y su subsidiaria, el administrador de la controlante tiene un deber fiduciario respecto de los socios minoritarios de la subsidiaria que se traduce en que debe darles un trato sin favoritismo o discriminación³¹, deber que sólo se entendería violado si existe una evidente actuación discriminadora o abusiva (lo que constituyó un nuevo test de “*fairness*”).

No obstante, en un fallo posterior esa teoría evolucionó nuevamente con las decisiones de las cortes de Delaware que desarrollaron la teoría del “*Intrinsic Fairness Test*”, según la cual en el evento de una transacción que involucre a una controlante y su controlada siempre existe un deber fiduciario de la controlante a favor de la controlada. Sin embargo, si además implica un beneficio de la controlante respecto de minoritarios en la controlada (“*insider dealing*”), deberá entonces evaluarse la operación misma para determinar que haya información adecuada, precio adecuado, y que no exista trato discriminatorio o abusivo frente a esos minoritarios, y de no existir *insider dealing* entonces la operación sólo sería juzgada con la aplicación de la regla del buen juicio empresarial (“*business judgement rule*”)³².

27 Wells, *Multiple Directorships: The Fiduciary Duties and Conflicts of Interest that Arise When One Individual Serves More Than One Corporation*, 564.

28 Ver *Geddes v. Anaconda Mining Co.*, 245 U.S., 590, 599 1921.

29 Wells, *Multiple Directorships: The Fiduciary Duties and Conflicts of Interest that Arise When One Individual Serves More Than One Corporation*, 565.

30 Ver *Warshaw v. Calhoun*, 221 A.2D 487, 488 (Del. 1966).

31 Ver *Meyerson v. El Paso Natural Gas Co.*, 246 A.2d 789, 794 (Del. Ch. 1967).

32 Ver *Sinclair Oil Copr. v. Levien*, 280 A.2d 717 (Del. 1971).

Finalmente, este desarrollo jurisprudencial se complementó con decisiones adoptadas a partir de la década de los años 80, en las cuales se sostuvo que cuando quiera que existe un control total de la propiedad de las acciones de la subsidiaria. Entonces, la controlante no tiene deber fiduciario alguno a favor de la beneficiaria, ni los administradores de la controlante tienen deber fiduciario alguno a favor de “potenciales” o “futuros” accionistas de la controlada³³.

2.3.2 Alemania

En el caso alemán, vale la pena reseñar el precepto contenido en el artículo 323 de la ley de sociedades anónimas (“AktG”), según la cual la compañía controlante tiene derecho a dar instrucciones a la compañía controlada bajo la condición de que se forme un “grupo económico”. Lo anterior en todo caso supone que se cumplan las siguientes condiciones³⁴:

- Según el artículo 308 de la AktG, se deben establecer de antemano reglas contractuales entre la controlante y la controlada en virtud de las cuales la controlante “repare” las pérdidas que ocurran a la controlada por su actuar, y en esas condiciones las instrucciones de la controlante deben ser seguidas por los administradores de la controlada, quienes en todo caso pueden negarse a seguir las si generan un detrimento evidente a la controlante misma o a las afiliadas del grupo;
- La controlante, en el caso de ser la accionista única de la controlada, deberá indemnizar

zar a los acreedores por las pérdidas que les genere con ocasión de sus instrucciones;

- La controlante deberá indemnizar, incluso por vía de derechos de salida de la sociedad, a los minoritarios por los daños que les genere con ocasión de sus instrucciones.

Esa doctrina tiene aplicación en otros países de Europa continental.

2.3.3 Francia

En el caso francés se basa en un interesante desarrollo jurisprudencial, conocido como la doctrina “*Rozenblum*”, según la cual existe un derecho de la controlante para impartir instrucciones a la controlada y que deberán ser acatadas por los administradores de la subsidiaria, bajo los siguientes parámetros³⁵:

- Debe existir un grupo declarado, con claros lazos de negocios entre sus intervinientes;
- Los administradores deben obrar bajo el convencimiento de que están privilegiando los intereses del grupo;
- No debe existir un evidente desbalance en las prestaciones recíprocas; y
- Las decisiones de la controlante no deben generar la insolvencia de la controlada.

2.3.4 Países Bajos

El caso neerlandés tiene una particularidad que lo distingue de otras legislaciones europeas continentales. De acuerdo con la ley siempre que los

33 Ver *Anadarko Petroleum Corp. v. Panhandle Eastern Corp.*, 545 A.2d 1171 (Del. 1988).

34 Klaus J. Hopt, <<*Conflict of Interest, Secrecy and Insider Information of Directors - A Comparative Analysis*>>, *European Company and Financial Law Review (ECFR)*, Vol. 10, No. 2, pp. 167-193, junio de 2013, Max Planck Private Law Research Paper No. 13/26, 8, acceso el 20 de abril de 2021, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2313697.

35 Martin Winner, <<*Group Interest in European Company Law: an Overview*>>, *Acta Univ. Sapientiae, Legal Studies*, 5, 1, 2016, 85-96, acceso el 20 de abril de 2021, disponible en <http://www.acta.sapientia.ro/acta-legal/C5-1/legal51-06.pdf>.

estatutos de la compañía controlada así lo prevean, los administradores deberán acatar las instrucciones impartidas por la controlante³⁶.

Según las decisiones de las Cortes de los Países Bajos, existe un deber fiduciario de los administradores de la controlante que se refleja a todas las empresas del grupo, de manera que deberán velar por los intereses del grupo, al punto que se genera además un deber de la controlante misma de actuar en beneficio del grupo (*concernleidingsplicht*)³⁷.

En adición, las Cortes de Ámsterdam igualmente han mencionado que:

- Las empresas controlantes tendrán un deber de reparar a los acreedores de las subsidiarias, cuando quiera que por las instrucciones que impartan afecten a esos acreedores (caso Comsys Holding, 2009);
- En los eventos en que una persona es accionista controlante y a la vez administrador de distintas compañías en un mismo grupo, se entiende que en esa persona se concentran todos los intereses del grupo, por lo que sería muy difícil establecer que respecto de esa persona pueda predicarse un conflicto de intereses (caso Bruil, 2007)³⁸.

2.3.5 Colombia

En Colombia, las leyes que regulan el régimen de los conflictos de intereses se enfocan particularmente en sus efectos y la forma en que deben ser atendidos por el administrador tal y como se regula en el artículo 23 numeral 7 de la Ley 222, el

cual se reglamentó por el Decreto 1925 de 2009. Esas normas se aplican indistintamente a sociedades que negocien sus valores en el mercado público o no.

Ahora bien, la ley le dio facultades a una autoridad administrativa de policía como lo es la Superintendencia de Sociedades para fijar “criterios de aplicación de la ley”, que bien pueden interpretarse como obligatorias bajo el régimen legal colombiano.

En desarrollo de esas facultades la Superintendencia de Sociedades en su Circular Básica Jurídica fijó algunas definiciones de lo que es un conflicto de intereses así como ejemplos de ese tipo de conflictos, de la siguiente manera:

“Existe conflicto de intereses cuando no es posible la satisfacción simultánea de dos intereses, a saber: el radicado en cabeza del administrador y la sociedad, bien sea porque el interés sea del primero o de un tercero”

Y ante la amplitud de la definición, esa misma Superintendencia fijó algunos ejemplos de eventos en los que habría un conflicto de intereses para los administradores, así:

- a. Cuando un pariente del administrador contrata con la sociedad o tiene un interés económico en la operación.*
- b. Cuando el administrador celebra operaciones con personas naturales jurídicas con las cuales, tenga una relación de dependencia.*
- c. Cuando el administrador demanda a la sociedad, así dicha demanda sea atendida por el representante legal suplente;*

36 Wells, *Multiple Directorships: The Fiduciary Duties and Conflicts of Interest that Arise When One Individual Serves More Than One Corporation*, 566.

37 Paul Krüger Andersen et al, *European Model Company Act (EMCA)*, First Edition, 2017.

38 Steef Bartman, <<From Autonomy of Interests to Concurrence of Interests in Dutch Group Company Law>>, *European Company Law Journal*, Vol. 4, No. 5, Octubre de 2007, acceso el 15 de mayo de 2021, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1548383>.

- d. Cuando el administrador celebra conciliaciones laborales a su favor;
- e. Cuando el administrador como representante legal gira títulos valores de la compañía a su favor;
- f. Cuando los miembros de la junta directiva aprueban la determinación del ajuste del canon de arrendamiento de bodegas de propiedad de dichos administradores;
- g. Cuando los miembros de la junta directiva aprueban sus honorarios si dicha facultad no les ha sido expresamente delegada en los estatutos.”

Ninguno de esos ejemplos regula el evento del conflicto de intereses en operaciones intragrupo o con un controlante, excepto si se interpreta que se genera en las contrataciones con personas con las que el administrador tiene una relación de dependencia, a lo que haremos referencia en otro acápite de este documento.

Ahora bien, frente a ese vacío legal ha sido la jurisprudencia colombiana la que ha venido a desarrollar pautas. En materia de conflictos de intereses, en operaciones entre compañías de un mismo grupo, la Delegatura de Prácticas Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades desarrolló una tesis según la cual siempre puede reputarse que existe un conflicto de intereses en esos eventos, con ocasión del poder que tiene el controlante de designar o remover administradores:

“Debe entonces insistirse en que la celebración de contratos con los accionistas mayoritarios le representa un manifiesto conflicto de intereses a los administradores que participaron en el respectivo negocio. En efecto, la relación de dependencia que existe entre controlantes y administradores es de suficiente entidad como para comprometer el juicio objetivo de estos funcionarios en el curso de una operación determinada. (...)

(...)

“El referido trámite también deberá cumplirse cuando se celebren operaciones entre compañías

sujetas al control de una misma persona. Esta postura encuentra sustento, igualmente, en la influencia que puede ejercer el accionista controlante sobre los administradores de tales sociedades. (...)

Así las cosas, siempre que una compañía pretenda celebrar operaciones con su accionista controlante o con sociedades controladas por ese mismo sujeto, deberá surtir el trámite previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. De no cumplirse con esta obligación, podrá solicitarse la nulidad absoluta del respectivo negocio jurídico, tal y como se ha reconocido expresamente en el Decreto 1925 de 2009. En el artículo 5 del Decreto en cita se dispone, además, que ‘declarada la nulidad, se restituirán las cosas a su estado anterior (...). También podrá hacerse efectiva la responsabilidad del respectivo administrador, por la violación expresa de los deberes legales a su cargo. En los términos del ya citado artículo 5, ‘el administrador que obre contrariando lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, será condenado a indemnizar a quien hubiese causado perjuicios’.

Nótese que esa posición no hace diferencia sobre el grado de control que tenga una persona frente a una subsidiaria. En efecto, ese fallo parte de la premisa de que el administrador siempre tendrá un conflicto de intereses porque puede ser removido por el controlante. Ello excepto en los casos en que existan derechos de veto o mayorías calificadas que no le permitan al controlante remover al administrador que no cumple con sus designios.

2.3.6 Chile

Chile optó por un sistema de derecho positivo. En materia de sociedades anónimas cerradas, la Ley de Sociedades Anónimas (“LSA”) en su artículo 44 (según fue reemplazado por el artículo

27 de la Ley 20.382), introdujo un régimen dual, similar en parte al de los Países Bajos, así³⁹:

- La sociedad podrá realizar actos que “*involucren montos relevantes en los que uno o más directores tengan interés por sí o como representantes de otra persona*”, siempre que se haya revelado previamente ese interés, la participación de la sociedad haya sido aprobada por el directorio (sin tener en cuenta el voto del director conflictuado), y las operaciones se ajusten a condiciones de mercado;
- El trámite del agotamiento del conflicto de intereses no será obligatorio “*si la operación ha sido aprobada o ratificada por la junta extraordinaria de accionistas con el quórum de 2/3 de los accionistas con derecho a voto*”, lo que apareja la posibilidad de ejercer el control societario en esas condiciones;
- Puede existir una autorización previa por vía estatutaria a ese tipo de operaciones, lo que puede suponer que por allí se canaliza el interés del controlante, en cuyo caso no se debe agotar en lo sucesivo el procedimiento de revelación y aprobación.

Como particularidad, el mencionado artículo de la LSA hace las siguientes precisiones:

- Se definen eventos en los que habrá conflicto de intereses así: *(i) él mismo, su cónyuge o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; (ii) las sociedades o empresas en las cuales sea director o dueño, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, de un 10% o más de su capital; (iii) las sociedades o empresas en las cuales alguna de las personas antes*

mencionadas sea director o dueño, directo o indirecto, del 10% o más de su capital, y (iv) el controlador de la sociedad o sus personas relacionadas, si el director no hubiera resultado electo sin los votos de aquél o aquéllos.

- Así las cosas, se presume el conflicto de intereses en las operaciones con la controlante, en el entendido que los directores conflictuados fueron elegidos con los votos de aquella.
- La operación que importa para efectos del escrutinio es aquella que involucre montos relevantes, esto es “*todo acto o contrato que supere el 1% del patrimonio social, siempre que dicho acto o contrato exceda el equivalente a 2.000 unidades de fomento y, en todo caso, cuando sea superior a 20.000 unidades de fomento*”⁴⁰;
- El no agotar el trámite del conflicto de intereses, cuando es obligatorio, no afectará la validez de la operación, no obstante lo cual “*sin perjuicio de las sanciones que correspondan, otorgará a la sociedad, a los accionistas y a los terceros interesados, el derecho de exigir indemnización por los perjuicios ocasionados*”. En esos eventos le corresponderá al demandado probar que el acto “*se ajustó a condiciones de mercado o que las condiciones de negociación reportaron beneficios a la sociedad que justifican su realización*”.

Finalmente, en materia de sociedades anónimas abiertas, es decir, listadas, los artículos 146 y siguientes de la LSA regulan procedimientos muy precisos para aprobar y ejecutar transacciones entre una compañía listada y sus afiliadas, partiendo de un deber de revelación previa, autorización por el directorio (para lo cual se excluirá el voto del director conflictuado) y, en caso de ser aplicable,

39 Carlos Andrés Arcila Salazar, <<Conflicto de intereses en el contexto societario: regulación colombiana y derecho comparado>>, Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 19, núm. 2, 2017, acceso el 1 de mayo de 2021, disponible en <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5245>.

40 Es una unidad de liquidación de moneda chilena, para expresar el valor de esa moneda en el tiempo de manera que no pierda su poder adquisitivo como consecuencia de la inflación. Actualmente una unidad de fomento equivale a USD 41,77.

una aprobación por parte de la junta de accionistas. En esos eventos la autorización sólo puede impartirse si se privilegia el interés social y la operación está en estándares de mercado⁴¹.

Ese procedimiento no deberá agotarse, en los siguientes eventos:

- Si la operación no tiene un monto relevante (definición que ya se explicó anteriormente);
- “*Aquellas operaciones que, conforme a políticas generales de habitualidad, determinadas por el directorio de la sociedad, sean ordinarias en consideración al giro social*”, en cuyo caso las políticas generales de la sociedad se deben manejar como información relevante para el mercado y publicarse; y
- “*Aquellas operaciones entre personas jurídicas en las cuales la sociedad posea, directa o indirectamente, al menos un 95% de la propiedad de la contraparte*”, lo que destaca la importancia que la ley chilena le da a las decisiones del controlante.

2.3.7 Perú

Perú también acogió un sistema de regulación positivo. La ley peruana no define qué es el conflicto de intereses. Por el contrario, la Ley 26887 – Ley General de Sociedades (“LGS”)-, regula los siguientes aspectos:

- En su artículo 179, indica que “*El director sólo puede celebrar con la sociedad contratos que versen sobre aquellas operaciones que normalmente realice la sociedad con terceros y siempre que se concerten (sic) en las condiciones del mercado. La sociedad sólo puede conceder crédito o préstamos a los directores*

u otorgar garantías a su favor cuando se trate de aquellas operaciones que normalmente celebre con terceros.” En caso de que no se cumplan esas condiciones, “*el administrador deberá obtener autorización del directorio, tomada con el voto de al menos dos tercios de sus miembros*”.

- El su artículo 180, la LGS indica que “*Los directores no pueden adoptar acuerdos que no cautelen el interés social sino sus propios intereses o los de terceros relacionados, ni usar en beneficio propio o de terceros relacionados las oportunidades comerciales o de negocios de que tuvieren conocimiento en razón de su cargo. No pueden participar por cuenta propia o de terceros en actividades que compitan con la sociedad, sin el consentimiento expreso de ésta*”, consentimiento en el que no debe participar el director conflictuado, y que de no obtenerse y sin embargo participar en el acto, compromete su responsabilidad.

A diferencia de la ley chilena, la Ley N° 26887 (Ley General de Sociedades) no hace referencia a los efectos de anulación del acto en violación del régimen de conflictos de intereses, y se limita a hacer una referencia al régimen de responsabilidad de administradores. Nótese que no hace una referencia específica a las operaciones entre controlante y controlada.

De manera general, con ocasión de una iniciativa pública privada se expidió el Código de Buen Gobierno para las sociedades peruanas, que indica en relación con negocios con partes relacionadas es recomendable que el Directorio establezca “*políticas y procedimientos para la valoración, aprobación y revelación de determinadas operaciones entre la sociedad y partes vinculadas, incluyendo las operaciones intragrupo, así como para conocer las relaciones*

41 Jaime Salas, <<Nueva Normativa sobre Gobiernos Corporativos: Un Análisis>>, Serie Informe Legislativo No. 30, 2010, acceso el 1 de mayo de 2021, disponible en https://archivos.lyd.org/other/files_mf/SIL-30-Nueva-Normativa-sobre-Gobiernos-Corporativos-Un-analisis-JSalas-Marzo2010.pdf.

comerciales o personales, directas o indirectas, que los directores mantienen entre ellos, con la sociedad, con sus proveedores o clientes, y otros grupos de interés”, y que para evaluar “operaciones de especial relevancia o complejidad, se puede considerar la intervención de asesores externos independientes para su valoración.”

Por su parte, la Ley del Mercado de Valores peruana regula en su artículo 51 ciertas pautas para entender el régimen del conflicto de intereses, así:

- Prohibición para los directores y gerentes de recibir bienes o préstamos de la sociedad para sí mismo o para terceros vinculados, sin autorización del directorio;
- Prohibición para los directores de su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o terceros vinculados, cuando esas actividades vayan en contra del “interés social”;
- *“Para la celebración de cada acto o contrato que involucre al menos el cinco por ciento de los activos de la sociedad emisora con personas naturales o jurídicas vinculadas a sus directores, gerentes o accionistas que directa o indirectamente representen más del diez por ciento del capital de la sociedad, se requiere la aprobación previa del directorio, sin la participación del director que tenga vinculación”;*
- En materia de negocios con empresas bajo control común de una persona, además de la aprobación del directorio *“se requiere adicionalmente la revisión de los términos de dicha transacción por parte de una entidad externa a la sociedad emisora”* que sea autorizada por la Superintendencia del Mercado de Valores.
- De no cumplirse con este tipo de condiciones, cualquier beneficio recibido debe ser restituido a la sociedad, sin perjuicio de

acciones civiles y penales contra el administrador.

Así las cosas, la ley peruana no reconoce entonces abiertamente derechos a la controlante. Por el contrario, parecería tener una sospecha adicional en las operaciones que se celebren entre grupos.

2.4 Discusión sobre el mejor modelo

En este acápite discutiremos algunas propuestas de cómo afrontar los retos regulatorios que surgen del régimen legal de los conflictos de intereses, particularmente en las operaciones que vinculan a la sociedad, a sus accionistas o su controlante o sociedades del grupo al que pertenecen.

2.4.8 Aproximación general

Como se ve del análisis presentado, son variadas las alternativas que la ley, la jurisprudencia y la doctrina han formulado a efectos de abordar la cuestión sobre si las operaciones que involucran a los accionistas y la sociedad, a la controlante y a la sociedad, o a la sociedad y el grupo económico al cual pertenece implica para los administradores de la sociedad un conflicto o no que conlleve una obligación de abstención para actuar, que deba ser revelado o autorizado, y que la ausencia de ese procedimiento puede conllevar la responsabilidad del administrador, del controlante y en últimas del administrador que actúa en esos eventos.

Por nuestra parte, consideramos que, como lo menciona Jacobs⁴², no se trata de una cuestión de importar regímenes legales y adaptarlos a la legislación local sin más, sino que para definir esta cuestión debe tenerse en cuenta factores, tales como la concentración de mercados o la liquidez

42 Michael E. Jacobs, <<Combating Anticompetitive Interlockings: Section 8 of the Clayton Act as a Template for Chile and Similar Emerging Economies>>, Fiscalía Nacional Económica Working Paper, 37 Fordham International Law Journal 643 (2014), acceso el 20 de abril de 2021, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2353703.

de las acciones, la capacidad que da el mercado mismo para contar con administradores sociales y el costo que ello implica, la capacidad del Estado de impartir justicia, y en el territorio latinoamericano la forma en que los sistemas jurídicos tienen la capacidad de atraer la inversión tanto local como extranjera.

Si bien se trata de muchas variables, creemos que hay consensos mínimos que se reflejan en todas las jurisdicciones analizadas, que si bien no resuelven el problema legal, si dan luces para un tratamiento mínimo estándar que podría ser el siguiente:

2.4.8.1 Definición legal de lo que es un conflicto de intereses

Como se pudo establecer, en general las legislaciones carecen de una definición legal de lo que es un conflicto de intereses, y, por el contrario, se sustentan en casuística legal o precedentes judiciales a efectos de tratar la materia. En ese orden de ideas, para poder dar un inicio de solución a la problemática de interpretar qué es un conflicto de intereses, y particularmente en las operaciones que involucran a los accionistas y la sociedad o a su controlante y la sociedad, creemos adecuado que las legislaciones se ocupen de definir, por lo menos, el conflicto de intereses desde su fundamento básico. Esto es, la contraposición de intereses a la que se ve sujeto un administrador en un caso concreto.

En efecto, como lo mencionan Hansmann y Kraakman⁴³, dentro de las cinco condiciones básicas que tienen las sociedades universalmente está la posibilidad para el accionista de invertir en una sociedad en la que pueda tener administradores

que guíen sus negocios. De otra parte, dentro de los objetivos de la regulación esta impedir el abuso del mayoritario. Así las cosas la regulación del conflicto de intereses no debe ser de tal magnitud que le quite incentivos al inversionista para entrar a un negocio, ni como mayoritario ni como minoritario, sino que otorgue las herramientas que le permitan a las partes alinear sus intereses en pro del negocio, sin que exista abuso de parte y parte.

Un siguiente ejemplo puede ilustrar esta última situación: una sociedad con tres accionistas requiere de una financiación para un proyecto, y esos tres accionistas están dispuestos a prestar garantías personales para que la sociedad pueda obtener la financiación. En este tipo de casos, algunas normas y precedentes judiciales han indicado que existe *per se* un conflicto de intereses para el administrador social, pues en su parecer no sabrá si privilegiar el interés del garante o el de la sociedad prestamista, pese a que, por el contrario, podría interpretarse todo lo contrario. Esto es que en efecto sí existen intereses alineados de todos los intervinientes, y que en ese caso no se ve realmente enfrentado el administrador a discernir entre intereses contrapuestos.

Así las cosas, que la ley se ocupe de indicar que el conflicto de intereses surge, en efecto, cuando un administrador en un caso específico se ve personalmente enfrentado a discernir entre dos intereses contrapuestos que ese mismo administrador representa o que debe proteger, sería la base para un mejor entendimiento de la figura legal, lo cual impediría que se interprete que existen prohibiciones *per se*, y, por el contrario, permitiría un más ágil tráfico mercantil al reconocer que cuando no hay intereses contrapuestos no hay lugar a prohibiciones.

43 Henry Hansmann y Reinier Kraakman, <<*The End of History for Corporate Law*>>, Yale Law School Program for Studies in Law, Economics, and Public Policy Law and Economics Working Paper No. 235, New York University Center for Law and Business Law and Economics Working Paper No. 013, Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics, and Business Discussion Paper No. 280, Yale International Center for Finance Working Paper No. 00-09, 2000, acceso el 20 de abril de 2021, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=204528.

2.4.8.2 Deber de revelación

No es extraño a las jurisdicciones analizadas que los actos en que exista o se crea que existe un conflicto de intereses deban ser revelados. Creemos que ese principio debe mantenerse, independientemente de que la ley establezca o no que el administrador requiere de autorización previa para actuar si existe un conflicto de intereses. Y es que creemos que la revelación, tanto previa como *ex post* en los estados financieros, genera un incentivo importante para los intervinientes de evaluar debidamente su actuar y de adecuarlo a estándares legales.

En efecto, la revelación implica un esfuerzo importante de entender la operación, su racionalidad económica, y la forma en que debe realizarse, lo que de entrada debería generar un incentivo para el administrador de no improvisar, y de entender debidamente la necesidad y estructura del acto, lo que de suyo le permite entender adecuadamente si hay o no intereses contrapuestos que deban ser considerados. Naturalmente, ese deber de revelación debería ser exigible judicialmente, y tener primordialmente consecuencias frente a la responsabilidad del administrador que lo omite.

2.4.9 Responsabilidad del administrador

En todas las jurisdicciones analizadas existe un juicio sobre la responsabilidad del administrador, lo cual no es exótico, pues genera un incentivo muy importante para adecuar la actuación del administrador⁴⁴. No obstante, esa responsabilidad debe estar balanceada de alguna forma, pues de lo contrario se generan cargas desproporcionadas

para el administrador, así como incentivos perversos para socios minoritarios “beligerantes” o para terceras partes interesadas en intervenir ilegítimamente en los negocios sociales.

En efecto, el escrutinio a la actuación del administrador debe ir más de la mano de revisar el proceso de preparación para la toma de decisiones, que frente al cumplimiento de formalidades o deberes hipotéticos que sean secundarios a su actuar.

2.4.10 Reconocer el poder del controlante, con algunas limitaciones

Quien invierte en un negocio tiene necesariamente un razonabilidad económica para participar en él. Un socio controlante decide invertir en una sociedad por los beneficios que el control le proporcionan⁴⁵. Un minoritario también tiene razones económicas para invertir, por ejemplo, aprovechando las capacidades instaladas de un negocio ya existente, o los beneficios que le reportan a su inversión asociarse con un controlante determinado.

Los intereses de uno y otro pueden cambiar en el tiempo, no obstante quien invierte más en un negocio naturalmente es quien está asumiendo mayor riesgo, por lo que creemos que sin duda la ley debería darle un especial reconocimiento a ese esfuerzo.

Para el caso que nos ocupa, ese reconocimiento debe estar dado en la posibilidad de impartir lineamientos con relación al desarrollo del negocio, limitado naturalmente en que no se trate de

44 Yuval Feldman, Adi Libson, Adi y Gideon Parchomovsky, <<*Corporate Law for Good People*>>, Northwestern University Law Review, Vol. 115, 2020, Bar Ilan University Faculty of Law Research Paper No. 20-03. Acceso en 17 de mayo de 2021, disponible en <https://ssrn.com/abstract=3512377>.

45 Szymon Kaczmarek, Satomi Kimino & Annie Pye, <<*Interlocking directorships and firm performance in highly regulated sectors: the moderating impact of board diversity*>>, J Manag Gov 18, 2014, 347–372. Acceso en 1 de mayo de 2021, disponible en <https://doi.org/10.1007/s10997-012-9228-3>.

actos que busquen intencionalmente hacer daño a otros asociados.

De otra parte, creemos que una excesiva capacidad de escrutinio de los actos ordenados o impulsados por el accionista mayoritario, sin que existan parámetros claros para ese escrutinio, genera un incentivo nocivo para socios minoritarios “beligerantes”, lo que puede traducirse en un abuso de minorías, que es algo que la ley también prohíbe.

Así las cosas, consideramos que pueden existir parámetros legales que permitan balancear ese tipo de situaciones, pero que a su vez incentiven la participación en las sociedad de capital:

1. En el caso de sociedades de propiedad única de un controlante, la realización de actos entre la sociedad y el controlante, o de acuerdo con las instrucciones del controlante, no debería generar un conflicto de intereses para el administrador, excepto porque con ese tipo de actos se estén violando políticas del grupo, o estén encaminados a causar un perjuicio a un tercero, en cuyo caso el administrador debería tener la posibilidad de objetar el acto, o los terceros de reclamar responsabilidad al controlante, tal como sucede en la legislación chilena.
2. En operaciones que involucren al controlante o a cualquier accionista, cuando el controlante o accionista no sean dueños del cien por ciento del capital de la sociedad, deberían distinguirse las siguientes situaciones:
 - Si los actos tienen un monto relevante, deberían ser objeto de autorización previa, sustentado en parámetros de ausencia de abuso o discriminación al minoritario, como sería el *Intrinsic Fairness Test*.
 - Si los actos no tienen un monto relevante, o son accidentales, no debería tener escrutinio previo;
 - Si el acto fue autorizado de antemano, esto es, si por ejemplo fue incluido en un presupuesto anual que ya fue debatido por los accionistas, no debería ser objeto de escrutinio posterior por falta de autorizaciones. Creemos que una autorización mucho más general, por ejemplo de tipo estatuario, podría no proteger adecuadamente a los intervinientes frente a actos abusivos posteriores, por lo que en principio no debería ser tan extensamente autorizado excepto porque haya sido objeto de amplia discusión de los socios en un acuerdo de socios o acuerdo *para social* que goce de publicidad.
3. En todos los casos, sin excepción, debe mantenerse el deber de revelación previo a la realización del acto, y también debe ser objeto de revelaciones suficientes en los estados financieros.

2.3.11 Posibles estrategias societarias

En muchas ocasiones se busca evitar un conflicto de intereses, acudiendo a administradores que bajo la casuística legal no estén conflictuados para actuar. Esa es una medida de *última ratio*, pero que puede resultar limitada, no obstante lo cual, creemos relevante analizar algunas particularidades de esa opción que permitieran dar fluidez a los negocios sociales.

En materia de grupos empresariales es común la existencia de directores entrelazados⁴⁶, por su experiencia, por su capacidad de alimentar las discusiones dentro del grupo, o simplemente para mantener el control de las sociedades. Una forma de evitar conflictos podría ser que el grupo incen-

46 Wells, *Multiple Directorships: The Fiduciary Duties and Conflicts of Interest that Arise When One Individual Serves More Than One Corporation*, 570.

tive políticas para que el entrelazamiento de directores no sea tan frecuente, no obstante lo cual ello puede resultar costoso, y en la práctica no tan eficiente.

En todo caso, las medidas de gobierno corporativo que se implementen en los grupos puede hacer mucho más eficiente el modelo. Por ejemplo, limitando efectivamente los conflictos de intereses innecesarios, o generando un mayor nivel de conocimiento y revelación de las operaciones al interior del grupo; lo que puede contribuir a que el cumplimiento de los procedimientos para autorizar a los administradores conflictuados a actuar sea mucho más dinámico y menos costoso, como puede ser, por ejemplo, si la asamblea general autoriza de manera simultánea distintas operaciones o un presupuesto para varias operaciones entre vinculadas, evitando el desgaste administrativo de citar a una reunión por operación.

Por lo anterior, la definición de mejores parámetros legales para entender la existencia o no del conflicto, puede solucionar de antemano limitaciones prácticas que pueden hacer inoperante a un grupo, particularmente cuando los intereses del grupo están bien definidos.

3. Conclusiones

- El conflicto de intereses para los administradores en transacciones de las sociedades en las que participan con socios, con controlantes, o con otras empresas de un mismo grupo requiere sin duda de una mayor elaboración legal, partiendo desde la misma “génesis” de lo que debe entenderse por el conflicto en sí mismo, reconociendo que sólo hay conflicto cuando hay intereses divergentes para el administrador respecto de un mismo acto.

- En materia de grupos, la ley no puede desconocer la relevancia que tiene el controlante, y que aun cuando se le impongan algunas limitaciones. Estas últimas deben estar alineadas de tal forma que mantenga su incentivo de invertir sin someterse a excesivas restricciones, y que, a su vez, existan protecciones suficientes para que también los minoritarios estén incentivados a invertir justamente con ese controlante.
- Cualesquiera que sean los mecanismos legales que se busquen para hacer más eficiente la contratación entre compañías de un grupo, de cara al régimen de conflictos de intereses, resulta de vital importancia diseñar esquemas de revelación eficiente de las operaciones. Así, también, es importante contar con un balance adecuado de las medidas ex ante y ex post (limitaciones, y régimen de responsabilidad) para que el desarrollo de las operaciones no se trunque en formalismos excesivos, pero protegiendo de manera proporcional los intereses de minoritarios según lo ya señalado.
- En materia de política regulatoria puede pensarse (i) en escenarios en donde ciertas operaciones entre controlante y controlada no tengan la necesidad de cumplir con procedimientos de conflictos de intereses, tal como sería el caso de negocios entre la matriz y sociedades cien por ciento controladas, en la medida en que en dichas operaciones no habría riesgo para minoritarios; o (ii) existiendo minoritarios, que respecto de operaciones que no sean relevantes y que sean realizadas en condiciones de mercado o en condiciones que resulten incluso beneficiosas para la controlada no sea necesario *per se* tener un régimen de autorización previa, de manera que en estos casos se eviten costos económicos y administrativos a la sociedad.
- Finalmente, los miembros del grupo también pueden considerar alternativas de go-

bierno corporativo que limiten los eventos en los que se generarían conflictos de intereses, naturalmente teniendo en cuenta los costos y cargas que pueda tener un esquema administrativo complejo, pero a su vez con los beneficios que reporta un esquema de gobierno corporativo sólido.

Bibliografía

- Andersen, Paul Krüger et al, <<*European Model Company Act (EMCA), First Edition, 2017*>>, Nordic & European Company Law Working Paper No. 16-26, doi: <https://ssrn.com/abstract=2929348>.
- Arcila, Carlos, <<*Conflicto de intereses en el contexto societario: regulación colombiana y derecho comparado*>>, Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 19, núm. 2, 2017, doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5245>.
- Bartman, Steef, <<*From Autonomy of Interests to Concurrence of Interests in Dutch Group Company Law*>>, European Company Law Journal, Vol. 4, No. 5, Octubre de 2007, doi: <https://ssrn.com/abstract=1548383>.
- Céspedes, Jacelly; González, Maximilaino y Molina, Carlos, «*Ownership and capital structure in Latin America*», Journal of Business Research No. 63, 2010, 248–254, doi: <https://ssrn.com/abstract=1755785>.
- Chong, Alberto y López-de-Silanes, Alfredo, «*Corporate governance in Latin America*», Inter-American Development Bank 2007, Working Paper 591, doi: <https://publications.iadb.org/en/publication/corporate-governance-latin-america>.
- Davis, Michael, *Introducción*, en *Conflict of Interests in the Professions*, editado por Michael Davis y Andrew Star, Nueva York: Oxford University Press, 2001.
- Feldman, Yuval; Libson, Adi y Parchomovsky, Gideon, <<*Corporate Law for Good People*>>, Northwestern University Law Review, Vol. 115, 2020, Bar Ilan University Faculty of Law Research Paper No. 20-03, doi: <https://ssrn.com/abstract=3512377>.
- Hansmann, Henry y Kraakman, Reinier, <<*The End of History for Corporate Law*>>, Yale Law School Program for Studies in Law, Economics, and Public Policy Law and Economics Working Paper No. 235, New York University Center for Law and Business Law and Economics Working Paper No. 013, Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics, and Business Discussion Paper No. 280, Yale International Center for Finance Working Paper No. 00-09, 2000, doi: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=204528.
- Hopt, Klaus J., <<*Conflict of Interest, Secrecy and Insider Information of Directors - A Comparative Analysis*>>, European Company and Financial Law Review (ECFR), Vol. 10, No. 2, pp. 167-193, junio de 2013, Max Planck Private Law Research Paper No. 13/26, doi: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2313697.
- Jacobs, Michael E , <<*Combatting Anticompetitive Interlockings: Section 8 of the Clayton Act as a Template for Chile and Similar Emerging Economies*>>, Fiscalía Nacional Económica Working Paper, 37 Fordham International Law Journal 643 (2014), doi: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2353703.

- Kaczmarek, Szymon; Kimino, Satomi y Pye, Annie, <<*Interlocking directorships and firm performance in highly regulated sectors: the moderating impact of board diversity*>>, *J. Manag. Gov* 18, 2014, 347–372, doi: <https://doi.org/10.1007/s10997-012-9228-3>.
- Mendoza, José Miguel, «*La Definición de Conflictos de Intereses en el Derecho Societario Colombiano*», *UNA Revista de Derecho*, Vol. 1: 2016, doi: <https://una.uniandes.edu.co/index.php/ediciones/volumen-1/42-mendoza-j-m-la-definicion-de-conflictos-de-interes-en-el-derecho-societario-colombiano>.
- Sotomayor, Silvia y Rivero, Carlos, <<*Marco legal aplicable sobre conflictos de intereses y exposición de motivos sobre las Disposiciones para la aplicación del literal c) del artículo 51 de la Ley del Mercado de Valores, aprobada por Resolución SMV N° 029-2018-SMV/01 (norma sobre transacciones entre partes vinculadas)*>>, doi: <https://www.smv.gob.pe/Uploads/ExposiciondeMotivosDispliteralcart51LMV.pdf>
- Wells, John K., <<*Multiple Directorships: The Fiduciary Duties and Conflicts of Interest that Arise When One Individual Serves More Than One Corporation*>>, 33 *J. Marshall L. Rev.* 561 (2000), 561.
- Winner, Martin, <<*Group Interest in European Company Law: an Overview*>>, *Acta Univ. Sapientiae, Legal Studies*, 5, 1, 2016, 85–96, doi: <http://www.acta.sapientia.ro/acta-legal/C5-1/legal51-06.pdf>
- Jurisprudencia:
- Geddes v. Anaconda Mining Co., 245 U.S., 590, 599 1921.
- Warshaw v. Calhoun, 221 A.2D 487, 488 (Del. 1966).
- Meyerson v. El paso Natural Gas Co., 246 A.2d 789, 794 (Del. Ch. 1967).
- Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717 (Del. 1971).
- Anadarko Petroleum Corp. v. Panhandle Eastern Corp., 545 A.2d 1171 (Del. 1988).
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Prácticas Mercantiles, Sentencia 801-00035 de 2013.
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Prácticas Mercantiles, Sentencia 800-00020 de 2016.
- Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Prácticas Mercantiles, Sentencia 800-00030 de 2018.

**La imposición de condiciones en los procedimientos de evaluación
previa de concentraciones empresariales
a propósito de la entrada en vigencia de la Ley 31112**

*The imposition of conditions in merger control proceedings
Regarding the entry into force of Law 31112*

Raúl E. Alosilla Díaz¹

Resumen. *El presente artículo aborda, de manera descriptiva e introductoria, las cuestiones relevantes y reglas jurídicas asociadas con las condiciones que el Indecopi puede imponer, al tiempo que autoriza una transacción sujeta a control previo. Asimismo, plantea los principios que orientan el diseño de remedios, recorre los tipos de remedios, así como las principales ventajas y desventajas asociadas a ellos.*

Abstract. *Under a descriptive and introductory approach, this paper discusses the relevant issues and legal rules related to the conditions Indecopi may impose to transactions subject to a merger control regime. We also propose guiding principles for the design of remedies, discuss types of remedies, as well as the main advantages and disadvantages associated with them.*

Palabras clave. Condiciones, Remedios, Proporcionalidad, Competencia, Control de concentraciones

Key words. *Conditions, Remedies, Proportionality, Competition, Merger control*

Sumario. 1. Introducción. 2. Premisas Iniciales. 3. Principios aplicables a la imposición de remedios. 4. Tipos de remedios 5. Conclusiones

1. Introducción

En una gran mayoría de países, la política de defensa de la libre competencia suele incluir el denominado control previo de operaciones de concentración empresarial (en adelante, “sistemas de control previo”). Esta consiste en una regulación preventiva por la cual ciertas transacciones que permiten la toma de control de una empresa² y que superan un umbral determinado en la ley, requieren ser autorizadas por una autoridad de competencia, con anterioridad a su cierre y ejecución. Dependiendo de los mercados invo-

1 El autor es abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con títulos de máster en Marco Institucional y Crecimiento Económico, así como en Economía de la Escuela Austriaca; ambos grados otorgados por la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Es autor de diversos trabajos de investigación y ponencias en materias de Derecho y Economía, Derecho de la Libre Competencia, Historia Económica y Políticas públicas. Preside el Comité de Competencia y Consumo de la Universidad Norbert Wiener, es miembro fundador del Instituto de Competencia y Regulación y actualmente se desempeña como profesor en la Escuela de Posgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Cel. 992777024. Calle Las Begonias 475, Sexto Piso, San Isidro, Lima. ralosilla@munizlaw.com.

2 En adelante, denominaremos “transacciones” a las fusiones y adquisiciones (*mergers and acquisitions*), así como a cualquier otra operación que, mediante relaciones de propiedad o de gestión, permita la toma de control de una empresa.

lucrados y del análisis realizado por la autoridad, ésta puede: (i) autorizar, (ii) autorizar bajo condiciones o (iii) prohibir la transacción. En otras palabras, estamos ante una regulación que propone una etapa de filtro burocrático previo al cierre de ciertas transacciones.

Los sistemas de control previo limitan sustancialmente la libertad de contratación de las empresas, incrementan los costos de transacción asociados a los procesos de adquisición de empresas, y ciertamente no responden a ninguna conducta infractora en las que las empresas involucradas pudieran haber incurrido. Sin embargo, sus proponentes sustentan la necesidad de este tipo de regulación preventiva debido a que algunas operaciones de concentración empresarial podrían restringir la competencia efectiva mediante la reducción de participantes en el mercado, creando o fortaleciendo posiciones dominantes, incrementando las barreras de entrada existentes, provocando riesgos de posibles prácticas colusorias, entre otros riesgos que afectan la libre competencia³.

En el caso del Perú, la Ley 31112, Ley de Control Previo de Operaciones de Control Empresarial, ha entrado en vigor el 14 de junio de 2021 junto con su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 039-2021-PCM. Estas normas reemplazaron el sistema de control previo que se aplicaba únicamente al sector eléctrico⁴, y disponen un sistema de aplicación general a todos los sectores de la economía, en el cual la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi (en adelante, la “Comisión”) ha sido premunida de la atribución de autorizar las transacciones sujetas a evaluación, autorizarlas bajo condiciones o denegarlas.

Sin perjuicio de la discusión legítima sobre la conveniencia y efectos de los sistemas de control previos⁵, cabe señalar que, una vez implementados, se reconoce que las autoridades de competencia pueden autorizar tales operaciones con sujeción a determinadas condiciones, las cuales deberán ser cumplidas por los agentes económicos intervinientes en la transacción.

3 Puede verse una síntesis de las posiciones que participaron en el proceso legislativo que generó el sistema general de control previo para Perú, en el dictamen del 3 de octubre de 2018 emitido por la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, por el cual se recomendó la aprobación de los Proyectos de Ley 353/2016-CR, 36712016-CR, 2398/2017-CR, 2431 /2017-CR, 2558/2017-CR, 2567 /2017-CR, 2604/2017-CR, 2634/2017-CR, 2654/2017-CR y 2660/2017-CR, mediante texto sustitutorio.

4 La Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, establecía un sistema de control previo por el cual aquellas operaciones horizontales o verticales realizadas entre empresas dedicadas a actividades reguladas del sector eléctrico debían solicitar una autorización previa a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, siempre que superaran un determinado umbral medido en participación de mercado. Esta ley y sus reglamentos (Decreto Supremo N°017-98-ITINCI y Decreto Supremo N°087-2002-EF) fueron derogados el 1 de marzo de 2021, con la entrada en vigor del Decreto de Urgencia 019-2020, Decreto de Urgencia que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial. Este decreto de urgencia fue, sin embargo, rápidamente sustituido por la Ley 31112.

5 Durante décadas se discutió en la academia peruana sobre la necesidad o pertinencia de implementar un sistema general de control previo de concentraciones empresariales. Para una revisión de la historia de las ideas sobre el particular, puede revisarse: Beatriz Boza, “Por qué no es conveniente para el Perú contar con una política general de fusiones”, en: *Políticas de Competencia y el proceso de Reformas Económicas en América Latina* (Lima: Indecopi, 1998); Eduardo Quintana Eduardo. (1999) “¿Rezando entre Tinieblas?: el Credo del Control de Concentraciones Empresariales”, *Thémis* 39 (1999); José Távora y Luis Diez Canseco, “Estabilizando el péndulo: control de fusiones y concentraciones en el Perú”, *Thémis* 47 (2003); Paul Phumpiu, Alberto Rebaza y José Távora, “¿Por qué existe aún el control de fusiones en el mercado peruano?”, en: *La Evolución de la Libre Competencia en el Perú*, ed. por Thémis (Lima: Themis, 2004); Teresa Tovar, “A propósito del control de fusiones: Algunas lecciones de la experiencia norteamericana”, *Ius et Veritas* 30 (2005); Juan Francisco Rojas, “El control de las concentraciones empresariales en la perspectiva del Derecho de la Competencia”. En: José Otero Lastres y Juan F. Rojas Leo y Lorena Ramírez Otero, *Temas actuales de derecho de la empresa* (Lima: Palestra Editores, 2006); Alfredo Bullard, Alejandro Falla y Nicole Roldán, “In god we trust, all other bring data. ¿Debe haber un control de fusiones empresariales en el Perú?”, *Thémis* 62 (2012); Luis Diez Canseco, Alejandro Falla, Eduardo Quintana y José Távora, “Mesa Redonda: Control de fusiones y concentraciones empresariales en el Perú”, *Ius et Veritas* N°44 (2012); Tania Zúñiga, “El Control de Concentraciones empresariales en el Perú: Bases fundamentales para su regulación”, *Ius et Veritas* 56 (2018).

El presente artículo aborda, de manera descriptiva e introductoria, las cuestiones relevantes y reglas jurídicas asociadas con las condiciones que la Comisión puede imponer, al tiempo que autoriza una transacción.

2. Premisas iniciales

Como primera premisa, debemos decir que, cuando una transacción se sujeta a evaluación previa por parte de la Comisión, ésta puede decidir entre las siguientes opciones, en función del riesgo de afectación a la competencia generado por la transacción:

Gráfico N° 1



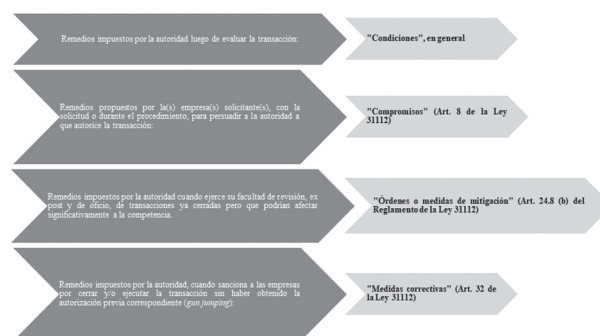
Fuente: Ley 31112
Elaboración: Propia

Se aprecia que una transacción es aprobada con condiciones, cuando genera un riesgo de afectación significativa a la competencia, pero éste es mitigable mediante la adopción de ciertas medidas. No hay ninguna discusión sobre condiciones cuando la autoridad de competencia concluye que los riesgos no pueden mitigarse pues, en este último caso, la autoridad simplemente prohibirá la transacción.

Como segunda premisa, es necesario realizar algunas aclaraciones terminológicas: ¿Da igual referirnos a condiciones, remedios, cargas, medidas

de mitigación, compromisos, etc.? El concepto que engloba a todos estos términos es el de “remedio” o “medida de mitigación”, ambos sinónimos, los cuales aluden a un contrapeso o corrección dirigidos contra un riesgo de afectación a la libre competencia que, de una evaluación prospectiva, pudieran detectarse como efecto de la transacción. En función de las circunstancias en las que se originan, la Ley 31112 se refiere a los remedios como:

Gráfico N° 2



Fuente: Ley 31112 y Reglamento
Elaboración: Propia

Una tercera premisa consiste en aclarar la naturaleza del remedio, en función de su obligatoriedad. El remedio, sea diseñado e impuesto por la autoridad, o diseñado y propuesto como compromiso por la empresa, está necesariamente asociado con la habilitación legal de la transacción evaluada, y no es de obligatorio cumplimiento *per se*.

Cuando el remedio está diseñado para su cumplimiento *antes* del cierre de la transacción -i.e. como medida habilitante para llevarla a cabo- su cumplimiento es potestativo. Tal es así que, en caso las empresas intervinientes decidan no proseguir con el cierre de la transacción y no cumplir así con el remedio asociado, dictado por la autoridad de competencia, no podría existir ninguna consecuencia sancionatoria; no existiría un incumplimiento de deber. Piénsese, por ejemplo, en el caso que la empresa A adquiriera activos de la empresa B y el remedio impuesto consista en

que se excluya del paquete de activos los derechos sobre una marca. Esa exclusión no es obligatoria en sí misma, pero se mantendrá como una *obligación condicional* para las empresas intervinientes en tanto deseen cerrar la transacción.

Cuando el remedio está diseñado para su cumplimiento *después* del cierre de la transacción, su cumplimiento es obligatorio, si y sólo si la transacción se cierra. Por ejemplo, en el contexto de una fusión por absorción entre las empresas A -fabricante- y B -proveedora de insumos para A-, el remedio podría consistir en que A no discrimine a otros posibles proveedores de insumos en favor de B y en perjuicio de terceros (potenciales discriminados). Si la transacción se cierra, la prohibición de discriminación es obligatoria sólo a partir del cierre. En ese punto, ya no se puede hacer referencia a una obligación condicional, sino a un auténtico deber jurídico, cuyo incumplimiento sí resulta sancionable.

Puestas las premisas, a modo de ilustración, describiremos cómo luce una autorización sometida a remedios:

El caso corresponde a una adquisición anunciada en 2009 que se llevaría a cabo entre dos grandes empresas del mundo del entretenimiento en los Estados Unidos. Por un lado, la empresa Ticketmaster Entertainment, Inc. (en adelante, “Ticketmaster”), una empresa líder en el mercado de boletaje (*ticketing*), con una participación aproximada de entre 70 y 80%, así como dedicada a la operación y/o gestión de artistas; y, por otro lado, Live Nation, Inc. (en adelante, “Live Nation”), dedicada a la promoción y organización

de conciertos y festivales, operadora de grandes locales para eventos (anfiteatros, clubs, explanadas, etc.), que -además- había iniciado recientemente un negocio *start up* de *ticketing*)⁶. Esta adquisición recibió mucha oposición de parte de diversos tipos de agentes del mercado, tales como representantes de artistas, empresas organizadoras de eventos y propietarios de espacios para conciertos, quienes veían con preocupación que el negocio de los conciertos podría resultar concentrarse en torno a esta nueva entidad producto de la transacción.

El riesgo denunciado era que Ticketmaster expandiría su control en el mercado de boletaje eliminando a un competidor viable (la *start up* de Live Nation), así como que la transacción crearía un solo agente dominante verticalmente integrado sobre toda la cadena del negocio de los conciertos, desde la gestión de artistas, pasando por la promoción y producción de conciertos, hasta la venta y reventa de boletos⁷:

Ticketmaster ha decidido hacer algo para proteger su dominio del mercado. Una vez que Live Nation inició un servicio rival de venta de boletos, que amenazó con quitarle el 15% del negocio de Ticketmaster, Ticketmaster eligió no competir sino devorarlo.

*Este no es el sueño “americano”, como los declarantes de la empresa podrían hacer creer. Parece ser, simple y llanamente, un comportamiento monopolístico. El único competidor que tuvo la oportunidad de competir es quitado de la foto.*⁸

Contrariamente, de parte de las empresas involucradas en la operación, la consecuente integración

6 Caso 1:10-cv-00139. Puede consultarse la decisión final del 30 de julio de 2010 en: <https://www.justice.gov/atr/case-document/final-judgment-180>. Asimismo, cabe señalar que esta decisión fue materia de un procedimiento de revisión en 2020. Puede consultarse los documentos de dicha revisión aquí: <https://www.justice.gov/atr/case/us-et-al-v-ticketmaster-entertainment-inc-et-al>

7 Ticketmaster había adquirido la empresa de reventa de boletos, TicketsNow.com.

8 Senador Charles Schumer, ante el Subcomité de Antitrust, Competition Policy and Consumer Rights del Senado de los Estados Unidos. Ver: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-111shrg54048/html/CHRG-111shrg54048.htm>, que contiene, además, las presentaciones de los representantes de Ticketmaster y de Live Nation.

vertical generaba incentivos para preservar una competencia robusta en varios mercados asociados. Así, dado que Ticketmaster se beneficia fundamentalmente del hecho de que los consumidores adquieran boletos, era claro que dicho negocio dependía de la existencia de artistas y bandas de alta calidad, de promotores eficientes y responsables, de locales adecuados y, en general, de una serie de insumos que aseguraran la producción de eventos altamente demandados al menor costo posible.

El caso se resolvió mediante la negociación y diseño de un conjunto de compromisos muy específicos:

1. En primer lugar, se obligaba a la nueva entidad a licenciar su software principal de boletaje a favor de AEG (Anschutz Entertainment Group), un competidor en la promoción de conciertos, a fin de que el naciente *start up* que Live Nation había iniciado y que podría haber generado competencia efectiva a Ticket Master continúe desarrollándose por su cuenta y permita la existencia de un competidor que, eventualmente, pueda resultar una alternativa para los demás operadores u organizadores de conciertos.
2. En segundo lugar, las empresas se comprometieron a vender su unidad de negocios Paciolan a un tercero Comcast-Spectacor. Paciolan permitía a los locales de eventos generar un servicio de boletaje en sus propias páginas web, promoviendo así una integración entre los locales y el boletaje; que es distinta a la integración entre el promotor y el boletaje, representada por AEG. Ambas integraciones representaban modelos de negocio alternativos que podrían competir con la nueva entidad integrada Ticketmaster – Live Nation. Así, los actores independientes podrían elegir entre el modelo Ticketmaster – Live Nation,

el modelo AEG, el modelo Paciolan u otro de su propio diseño.

3. Adicionalmente, se impusieron remedios conductuales por diez años, los cuales consistieron básicamente en prohibiciones de conductas anticompetitivas:
 - La nueva entidad no podría implementar esquemas de empaquetamiento forzoso para apalancar su posición en un mercado hacia otros mercados. Así, por ejemplo, no podría condicionar el acceso al servicio de boletaje de Ticketmaster a la aceptación de los servicios de promoción de Live Nation, o viceversa.
 - Tampoco podría tomar represalias (por ejemplo, negarse a contratar o contratar bajo términos menos favorables) contra los propietarios de locales que contratasen con rivales en la provisión de servicios de boletaje.
 - Asimismo, la nueva entidad estaba prohibida de utilizar la información recabada en la provisión de los servicios de boletaje a terceros, en sus propias actividades de promoción, o gestión de artistas o locales.

El caso expuesto, como podemos ver, ilustra una serie de medidas preparadas para caso concreto que nos ayudan a entender cómo es que transacciones con riesgo de impacto significativo en la competencia de uno o más mercados pueden ser autorizadas bajo medidas de mitigación; en este caso, compromisos.

3. Principios aplicables a la imposición de remedios

Las legislaciones que regulan los sistemas de control previo no suelen desarrollar con detalle los remedios que deben imponerse en cada tipo de caso, pues se asume que éstos deben diseñarse en

función de las características particulares de los mercados involucrados. En este sentido, les basta con otorgar a las autoridades de competencia las facultades necesarias para diseñarlos e imponerlos.

No obstante, es una práctica común de las autoridades de competencia emitir sus propios documentos guía o lineamientos, que no sólo orientan su propio accionar, sino que permiten que los administrados puedan tener algún nivel de predictibilidad respecto de lo que la autoridad podía imponer como remedio; y, mejor aún, permiten que ellos mismos puedan adelantarse y diseñar sus propios remedios, con la finalidad de proponerlos ante la autoridad desde el inicio del procedimiento de autorización.

Algunos de estos documentos más relevantes -por su influencia y/o proximidad geográfica- son los siguientes, que desarrollan principios y reglas aplicables al diseño, implementación y monitoreo de remedios:

- Estados Unidos: *Merger Remedies Manual* (2020), emitido por la división Antitrust del Departamento de Justicia
- Unión Europea: *COMMISSION NOTICE on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under*

Commission Regulation (EC) No 802/2004 (2008), emitido por la Comisión Europea

- Reino Unido: *Merger Remedies* (2018), emitido por la Competition & Markets Authority
- Alemania: *Guidance on Remedies in Merger Control* (2017), emitido por la Bundeskartellamt
- Brasil: *Guia Remédios Antitruste* (2018), publicado por el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE)
- Chile: *Guía de Remedios* (2017), emitida por la Fiscalía Nacional Económica.

A la fecha, Perú no tiene lineamientos sobre remedios, lo cual es entendible, por ahora, porque el sistema general de control previo es de reciente data; sin embargo, ya cuenta con sus *Lineamientos para el cálculo de Umbrales de Notificación*.⁹

Dicho ello, para dar contexto a principios sobre diseño e imposición de remedios, debe recordarse que éstos importan la restricción de derechos preexistentes que, en ausencia de la transacción evaluada y de sus riesgos asociados, podrían ser ejercidos legítimamente por el(los) solicitante(s) y su grupo(s) económico(s). Asimismo, consumen recursos y tienen consecuencias económicas importantes.¹⁰

⁹ Disponible aquí:

<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1922701/Lineamientos%20para%20el%20C%C3%A1culo%20de%20los%20Umbrales%20de%20Notificaci%C3%B3n.pdf>

¹⁰ No solo se consume tiempo y esfuerzo en el diseño de remedios por parte de las autoridades de competencia y de cada una de las partes involucradas, así como sus respectivos equipos de asesores, sino que la necesidad de monitorear el cumplimiento de los remedios ha generado un mercado de servicios (supervisión de cumplimiento); y, en ocasiones, los remedios de enajenación se vuelven inmensas transacciones en sí mismas: “La importancia económica de las reparaciones se evidencia en el tamaño de algunas transacciones de desinversión. Las desinversiones, el tipo de solución más común en el control de concentraciones de la [Unión Europea], a veces constituían transacciones muy importantes en sí mismas. Como el tamaño y el alcance geográfico de las fusiones han crecido, de igual modo ha crecido el tamaño y la complejidad de las desinversiones. En 2018, por ejemplo, Bayer, un Multinacional con sede en Alemania, acordó desinvertir parte de su negocio como remedio para obtener la autorización por la adquisición de la empresa estadounidense de semillas Monsanto. La venta resultante, que tenía un valor de 7,6 mil millones de euros, fue una de las mayores desinversiones en la historia de la [Unión Europea] y los Estados Unidos. Otras ofertas recientes han también resultaron en desinversiones muy importantes, incluidos casos como AB InBev / SAB Miller, Dow / DuPont, GE / Alstom, Holcim / Lafarge20 y Ball / Rexam”. Traducción libre de: Simon Vande Walle, *Remedies in EU Merger Control – An Essential Guide*, (2021), working paper disponible aquí: <https://ssrn.com/abstract=3782333>

Así, por ejemplo, la venta de un paquete de activos impuesta como condición a la empresa A para cerrar la adquisición de la empresa B importa una clara intromisión en la libertad contractual de A. ¿Por qué tendría que vender un paquete de activos si no desea hacerlo? En el marco de los sistemas de control previo, se entiende que esa intromisión está justificada en tanto permite mitigar una afectación a otro bien jurídico: la libre competencia. Por ende, los remedios no son sino regulaciones con efectos particulares, aplicables únicamente al solicitante de la autorización; y, siendo ello así, debieran someterse al conocido Test de Proporcionalidad¹¹ y los principios de calidad regulatoria, en cuanto le sean aplicables¹².

De hecho, los remedios pueden entenderse como regulación si se toma en cuenta que ambos enfrentan problemas comunes, en particular, cuando es-

tamos ante posibles remedios conductuales¹³: (i) Asimetría de información, por la que el regulador o la agencia tiene menos información que las empresas respecto de alguna acción posible y, en consecuencia, tiene menos previsión de posibles impactos en la competencia; (ii) Aspectos de la transacción que resulten difíciles de determinar explícitamente, que terminen por acotar el ámbito de protección del remedio; (iii) Existencia de incentivos no alineados entre el regulador/agencia y las empresas; (iv) En mercados dinámicos, siempre es posible la generación de nuevas oportunidades para la competencia, pero también de nuevas estrategias anticompetitivas.

En la experiencia peruana, en los pocos casos que han merecido la imposición de remedios bajo el régimen de la Ley 26876, la Comisión¹⁴ ha dejado claro que la facultad de imponer remedios está

11 En reiteradas ocasiones, el Tribunal Constitucional ha emitido sentencias en las que ha descrito e identificado los elementos del análisis de razonabilidad de normas o decisiones emanadas de los poderes públicos. La premisa de tales sentencias es que toda norma o decisión emitida por las entidades públicas que limite o restrinja un derecho fundamental debe satisfacer el principio de proporcionalidad (en su acepción clásica de “prohibición de exceso”) que incluye a su vez tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto: “56. El test de razonabilidad o proporcionalidad se realiza a través de tres subprincipios: 1º subprincipio de idoneidad o de adecuación; 2º subprincipio de necesidad; y 3º subprincipio de proporcionalidad strictu sensu, criterios que en su momento fueran utilizados por este Colegiado en las STC N° 0016-2002-AI y 0008-2003-AI, entre otras.

a) Subprincipio de Idoneidad o Adecuación: De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.

b) Subprincipio de Necesidad: Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.

c) Subprincipio de Proporcionalidad strictu sensu: Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental.”

Ver: Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional del 6 de junio de 2005, recaída en el Expediente 001-2005-PI/TC, Proceso de Inconstitucionalidad interpuesto por don José Alfredo Chinchay Sánchez, Procurador Público Municipal del Gobierno Provincial de Huarney, antes Municipalidad Provincial de Huarney, contra los artículos 29 y 30 de la Ley N° 27181.

12 Ver: OCDE, *Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance* (2005), disponible aquí: <https://www.oecd.org/ft/reformereg/34976533.pdf>. En Perú, puede consultarse: Javier Coronado Saleh, Jean Sánchez Campos y Pamela Fuentes Ramos, *Principios, Definiciones y Estándares del Análisis de Calidad Regulatoria*, (Lima: Indecopi, 2017); Oscar Súmar, ed. *Más allá del análisis económico de la regulación. Mejora regulatoria y enfoques multidisciplinarios* (Lima: Thémis, 2018).

13 John Kwoka y Diana Moss (2012) “Behavioral merger remedies: Evaluation and implications for Antitrust Enforcement”, *Antitrust Bulletin* 57 (4). Págs. 979 y ss.

14 Ver Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC del 16 de noviembre de 2006 y 007-2020/CLC-INDECOPI del 27 de marzo de 2020.

sujeta al principio de razonabilidad previsto en el Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG)¹⁵, y que éste puede asimilarse -efectivamente- al ya aludido Test de Proporcionalidad, aplicado de manera recurrente por el Tribunal Constitucional.

A partir de estas referencias, a continuación, planteamos los principios aplicables al diseño e imposición de remedios:

3.1 Principio del riesgo altamente probable

La facultad de diseñar e imponer remedios requiere la acreditación previa de una futura afectación significativa a la competencia. Además, dado que los efectos de una transacción se evalúan prospectivamente, dicho análisis debe sustentarse con pruebas positivas de hechos y tendencias, y no con meras conjeturas, alegaciones (dichos) o escenarios remotos.

El riesgo debe ser claramente previsible e inminente. Sólo en este escenario puede decirse, en el marco de un sistema de control previo, que *algún* remedio es *necesario*.

El reconocimiento de este principio enlaza con la urgencia de definir un estándar de prueba claro y transparente, que le permita a la Comisión y a los administrados determinar que ciertos efectos negativos se van a producir con un alto grado de probabilidad, a menos de que se apliquen reme-

dios. Sobre este punto, se ha llamado la atención de que existe una injusta *asimetría* en el estándar de prueba requerido para acreditar las eficiencias de una transacción, y el estándar utilizado para acreditar los riesgos de impacto significativo en la competencia. Esta asimetría implícita tiene efectos importantes para el sistema en general, pues no solo dificulta la consecución de adquisiciones socialmente deseables, sino que indirectamente podría facilitar la autorización de algunas adquisiciones socialmente no deseables.¹⁶

3.2 Principio de Especificidad

Los remedios siempre deben estar asociados a riesgos que han sido identificados como efectos de la transacción evaluada, es decir, riesgos inherentes a la transacción, y no a otras situaciones con impacto en la libre competencia que no sean provocadas por la transacción.

Bajo este principio, la autoridad de competencia, al analizar no sólo la transacción sino todo(s) el(los) mercado(s) relevante(s) involucrados, estaría impedida de aprovechar el procedimiento de autorización para examinar la imposición de alguna medida destinada a mejorar el desempeño del mercado en general o de los administrados en particular. A modo de ilustración, un razonamiento en línea con este principio puede encontrarse en la evaluación realizada por la Fiscalía Nacional Económica (FNE) en Chile, entidad encargada de administrar este sistema en el país vecino, al evaluar la concentración entre Luxottica Group

15 TUO de la Ley 27444

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

[...]

1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

16 Daniel Crane, "Rethinking Merger Efficiencies" *Michigan Law Review* 110, N° 3 (2011) Págs. 347-91.

(empresa de productos ópticos) y Essilor International (empresa del mismo rubro). En 2018, la FNE emitió un informe en el que identificaba un riesgo de afectación a la libre competencia -en ese caso, la posibilidad de bloquear insumos a otros agentes del mercado (*foreclosure*)- pero que, como dicho riesgo existía previa e independientemente de la transacción, no resultaba adecuado imponer remedios al respecto:

“Esta División considera que actualmente Luxottica cuenta con la habilidad y los incentivos para realizar un bloqueo de insumos. Sin perjuicio de lo anterior, este incentivo y habilidad no se genera producto de la Operación, por lo que no parece adecuado tomar medidas al respecto”¹⁷

Vale recordar que una transacción puede tener impactos en más de un mercado relevante y, dentro del mismo mercado relevante, algunos supuestos hipotéticos pueden implicar más riesgos que otros. En tal sentido, al diseñar un remedio, deberá aislarse ambas variables: (i) el mercado relevante y el mercado afectado; y (ii) las conductas y/o efectos específicos que son materia de preocupación en tales mercados.

Definidas estas variables, es posible utilizar la siguiente pregunta operativa: ¿el riesgo identificado (en el mercado y conducta ya aislados), pre-existe o existe al margen de la operación que está siendo evaluada? Si la respuesta es afirmativa, entonces no estaríamos ante un riesgo inherente de la operación y, como consecuencia de ello, no puede imponerse un remedio.

En este mismo sentido, la División Antitrust del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, con ocasión del caso TicketMaster / Live Nation

antes referido, ha señalado que en los sistemas de control previo la autoridad de competencia tiene un rol *limitado*: “al margen de cómo quisiéramos que luzca un mercado, una operación de concentración no nos brinda una invitación abierta a reestructurar la industria o el modelo de negocio de una empresa para hacerlas más amigable frente a los consumidores [...]. Aunque nosotros, en la División Antitrust, trabajamos arduamente para entender e incorporar las tendencias de la industria en nuestro análisis, nuestras facultades de aplicación de la normativa sobre fusiones están limitadas a la transacción que está frente a nosotros. Nosotros trabajamos en el contexto de realidades del mercado; no podemos intentar cambiarlas ni deshacerlas. En un caso particular, la cuestión consiste en determinar si la transacción bajo análisis plantea preocupaciones referidas a la competencia.”¹⁸. En suma, los remedios deben ser idóneos para la mitigación de -únicamente- los riesgos *inherentes* a la transacción evaluada.

3.3 Principio de Idoneidad

La idoneidad o adecuación importan que la restricción en el derecho -en este caso, el remedio- resulte pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar -en este caso, para mitigar el riesgo identificado.

Algunos de los supuestos riesgosos más comunes que pueden identificarse en los mercados relevantes y afectados, a consecuencia de una transacción, son los siguientes:

- La creación o consolidación de una posición dominante (i.e. sin sustitutos razonables, que enfrente únicamente competi-

17 Informe de aprobación del 31 de enero de 2018. Rol FNE F85-2017, emitido por el Jefe de División de Fusiones. Disponible aquí: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/02/inap_F85_2017.pdf

18 Varney, Christine A. (Assistant Attorney General de la División Antitrust del Departamento de Justicia) (2010): *The Ticketmaster/Live Nation merger review and consent decree in perspective*. Disponible en: <https://www.justice.gov/atr/speech/ticketmasterlive-nation-merger-review-and-consent-decree-perspective>

dores precarios y con recursos, tecnología o influencia limitados. La dominancia importa la capacidad de ejercer poder de mercado (incrementar precios), restringir producción y otras conductas explotativas¹⁹

- La capacidad e incentivos para adoptar conductas aptas para inhibir o frenar la entrada al mercado de nuevos competidores o la expansión de competidores incumbentes
- El favorecimiento de conductas coordinadas²⁰ entre los competidores remanentes sea mediante el ejercicio de la dominancia conjunta (colusión tácita) o prácticas colusorias explícitas. Por ejemplo, la reducción de la presión competitiva debido al menor número de competidores resultante por efecto de la transacción, lo que podría generar un incremento del nivel de precios o un desmejoramiento de las condiciones comerciales existentes. Así también, el favorecimiento de mecanismos de monitoreo de un posible acuerdo y medidas de sanción ante sus desvíos (incumplimientos).
- En transacciones que importan concentraciones verticales²¹, la capacidad e incentivos para bloquear o dar acceso restringido a posibles competidores, respecto de insumos, infraestructura, redes, tecnología o información de propiedad de la empresa concentrada, e incluso clientes, que resulten necesarios para competir de manera efectiva.²²

- La distorsión del proceso competitivo mediante la adquisición desleal de información confidencial.

Cada uno de estos riesgos debe ser adecuadamente delimitado, de modo que la medida de mitigación adecuada sea coherente y justa, además de útil.

En algunos casos, el riesgo está relación con el particular marco regulatorio del sector analizado. Y, en esos casos, la medida a diseñar deberá ser especialmente inteligente. Por ejemplo, mediante Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC, en el marco de la aplicación de la Ley 26876 (ya derogada), la Comisión determinó que la toma de control de la empresa CTM (Consorcio Transmantaro S.A.) por parte de ISA (Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P.) produciría una integración horizontal un total de 3 empresas en el mercado peruano de transmisión de energía eléctrica. Dado que la operación del sistema eléctrico interconectado nacional es coordinada por un comité donde participan todas las empresas del sector eléctrico (COES), el riesgo detectado era que el grupo concentrado ejerza sus 3 votos, pudiendo tener una injerencia preponderante en las decisiones del subcomité de transmisores, conformado -en ese entonces (2005)- por 5 empresas. Así, el riesgo es era que las decisiones resulten sesgadas en favor de sus intereses particulares y no del mejor funcionamiento del sistema. En ese sentido, una de las condiciones establecidas fue que el grupo

19 Ver: Eleanor Fox, *The Competition Law in the European Union. In comparative perspective* (Nueva York: Thomson Reuters, 2009). Estos efectos son llamados “unilaterales” o “no coordinados”.

20 Ídem.

21 Operaciones verticales son las realizadas entre agentes económicos que participan en niveles distintos de la misma cadena productiva o de valor.

22 Ver: OCDE, *Vertical Mergers, Policy Roundtables* (2007). Disponible en: <https://www.oecd.org/competition/mergers/39891031.pdf>

ISA sólo ejerza 1 de los 3 votos que le tocaban en el marco de las decisiones al interior del COES.²³

En suma, la idoneidad del remedio importará que su implementación esté directamente -pero también únicamente- orientada a evitar los riesgos de competencia detectados; o que, aceptando su ocurrencia, los efectos en la competencia provocados por la transacción no sean significativos.

3.4 Principio de proporcionalidad

Señala Sullivan que el principio general aplicable a los remedios en los casos de conductas anticompetitivas es que el remedio debe ser proporcional a la infracción²⁴. *Mutatis mutandi*, en los sistemas de control previo, el remedio debe ser proporcional al riesgo identificado.

En línea con este principio y siguiendo el juramento hipocrático de no hacer daño, las autoridades de competencia no sólo debieran preocuparse de que el remedio sea insuficiente frente al riesgo detectado²⁵, sino que de que el remedio pudiera ser demasiado costoso. Esto no sólo para la empresa solicitante sino también para la sociedad en general, estimado en el costo de oportunidad derivado de un remedio innecesariamente excesivo.

Como vimos antes, los beneficios del remedio se visibilizan por su idoneidad para mitigar los riesgos anticompetitivos detectados. No obstante, en relación con los posibles costos del remedio, resulta especialmente importante considerar los siguientes costos:

- Para los administrados: Costo de implementación, ejecución y monitoreo interno del remedio (por ejemplo, en remedios conductuales), así como la pérdida de valor (en caso de enajenaciones que pudieran terminar ventas a precios por debajo de su precio de mercado), de eficiencia productiva (cuando se enajena parte de un negocio que gozaba de sinergias) e innovativa (por ejemplo, cuando los remedios son prohibiciones de hacer).
- De hecho, en mercados de alta innovación y de cambios rápidos, remedios muy severos o agresivos -i.e. de un mayor nivel de afectación de derechos como la desinversión- pueden inhibir innecesariamente los incentivos para competir agresivamente, convirtiéndose en factores retrasantes para la generación de valor y con el consecuente costo de oportunidad social. En ese tipo de mercados (v.g. *big tech*), la interoperabilidad puede resultar un remedio menos gravoso que la partición de empresas.²⁶

23 La Resolución 081-2006-INDECOPI/CLC estableció 2 condiciones, siendo la primera de ellas:

“[que el Grupo ISA no] ejerza la totalidad de sus opciones en la toma de acuerdos, en cualquier instancia de decisión al interior del Comité de Operación Económica del Sistema - COES, por lo tanto, las empresas pertenecientes al grupo económico liderado por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. podrán utilizar de forma conjunta un único voto de los que le hayan sido asignados, teniendo que abstenerse de utilizar los votos restantes o votar absteniéndose.

Esta condición resulta idónea, necesaria y proporcional en tanto busca asegurar que la operación del Comité de Operación Económica del Sistema – COES, en todos sus niveles de decisión, no responda a los intereses particulares de una empresa determinada sino a la mejor operación del sistema eléctrico, lo que finalmente, redundará en mejores condiciones de competencia y en beneficio de los consumidores y/o usuarios de energía eléctrica”.

24 E. Thomas Sullivan, *Comparing Antitrust Remedies in the U.S. and E.U.: Advancing a Standard of Proportionality*, Antitrust Bulletin, 48, 377 (2003)

25 Por ejemplo, el *Merger Remedies Manual* (2020), emitido por la división Antitrust del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, señala como uno de sus principios que “*los paliativos temporales no deben ser utilizados para remediar daños permanentes*”.

26 Herbert Hovenkamp, *Antitrust remedies for Big Tech*, disponible aquí: <https://www.theregreview.org/2021/01/18/hovenkamp-antitrust-remedies-big-tech/>

- Para la sociedad: La búsqueda de estructuras competitivas en el corto plazo a través de los sistemas de control previo puede desincentivar la entrada, la innovación en productos o servicios, canales de distribución o métodos de producción que requieran una mayor escala o integración con servicios agregados o conexos. Este desincentivo puede impactar la competencia en el mediano y largo plazo, provocando un costo de oportunidad para la sociedad.
- Piénsese en mercados donde existen economías de red. Si un mercado se caracteriza porque el servicio ofrecido es más valioso mientras más usuarios lo adopten, pero -a la vez- la autoridad de competencia ve con prejuicios el tamaño de los actores que han logrado una escala determinada, los incentivos para entrar a dicho mercado -o para innovar promoviendo el *multi homing* u otras alternativas- son menores.
- Para la autoridad de competencia: Costo de supervisar y fiscalizar el cumplimiento del remedio.

Además de anotar los costos de los remedios, cabe traer a colación también el “Subprincipio de Necesidad”, que forma parte del ya aludido Test de Proporcionalidad, por el cual no debe existir ninguna otra medida que sea igual de idónea y que sea menos gravosa. Este subprincipio exige la comparación entre medidas alternativas, debiendo optarse por la menos intrusiva.

4. Regulación de los principios para remedios en Perú

La Ley 31112 reconoce expresamente que los principios establecidos en el artículo IV del Título Preliminar de la LPAG son aplicables al procedimiento administrativo de autorización; y, adicionalmente, menciona los principios de proporcionalidad, transparencia y confidencialidad²⁷.

4.1 Tipos de remedios

Los remedios adoptados son esencialmente de dos tipos: estructurales y conductuales²⁸. Los prime-

²⁷ Ley 31112

Artículo 4. Principios del procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial.

En el procedimiento de control previo, la autoridad tiene en cuenta, además de los principios establecidos en el artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, los siguientes principios:

1. Principio de proporcionalidad: Las decisiones de los órganos competentes, cuando establezcan condiciones, obligaciones de hacer o de no hacer, califiquen infracciones, impongan sanciones o alguna otra medida de restricción de un derecho relativo a la operación de concentración, guardan conformidad con los límites de la facultad atribuida por ley manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba proteger a fin de que respondan a lo estrictamente necesario.

2. Principio de transparencia e independencia: Los órganos competentes actúan en el desarrollo del procedimiento de control previo de manera transparente y con absoluta imparcialidad política, económica o de cualquier otra índole, demostrando independencia respecto de sus apreciaciones personales, o de influencias de intereses económicos o políticos. Las entidades o autoridades, funcionarios o servidores públicos o terceros están prohibidos de oponerse, interferir o dificultar el ejercicio de las funciones y atribuciones conferidas por el de la presente ley a los órganos competentes.

3. Principio de confidencialidad: Los órganos competentes guardan reserva respecto de la información a la que tengan acceso en el procedimiento de control previo, otorgándole, en su caso, el carácter de confidencial, evitando que se ponga en peligro el interés legítimo de las empresas o de las personas naturales involucradas. Están prohibidos de divulgar el secreto empresarial, comercial o industrial de los agentes económicos o hacer uso indebido de dicha información, bajo responsabilidad.

[Énfasis y subrayado agregados]

²⁸ También se conocen las medidas semi-estructurales o cuasi-estructurales, que son aquellas “que persiguen restablecer la competencia por la vía de permitir a competidores de la empresa fusionada acceder en términos apropiados a los insumos, infraestructura, redes, tecnología o información de propiedad de esta última que resulten necesarios al efecto”. Ver: Fiscalía Nacional Económica de Chile, *Guía de Remedios* (2017). Pág. 20.

ros son medidas que modifican la estructura de control de empresas, actividades y activos existente, por lo que importan una intervención mucho más intensiva, y típicamente consisten en la enajenación de unidades de negocio enteras²⁹ o de paquetes de activos que tienen la potencialidad de crear o consolidar a un competidor con capacidad de desafiar la posición de la nueva entidad integrada producto de la transacción. Por ejemplo, frente al riesgo de que una fusión genere que el nuevo agente concentrado gane posición de dominio con un 70% de participación de mercado, bajo ciertas condiciones es posible que una medida de enajenación de un bloque patrimonial resulte idónea para que: (i) el agente concentrado sólo llegue a un 50% de participación, mientras que el adquirente de dicho bloque patrimonial se convierta en un competidor efectivo que abarque, digamos, el 40% del mercado.

Las medidas conductuales, por otra parte, son aquellas que no modifican la estructura de control de empresas, actividades y activos existente; sin embargo, sí regulan el ejercicio de los derechos de propiedad y libertad de contratación, mediante obligaciones de dar, hacer o no hacer.

Cabe señalar que la línea entre ambos tipos de medidas puede ser borrosa en la práctica; y, de hecho, es común que las transacciones autorizadas “bajo condiciones” o “con compromisos”, en realidad estén sometidas a un conjunto de medidas de ambos tipos y de diversa intensidad.

Cada uno de estos tipos de remedios cuenta con ventajas y desventajas que deben analizarse y balancearse en el caso concreto, en función de las características del mercado, sus barreras a la entrada y su evolución, entre otros factores. Es común encontrar que los problemas asociados a un

determinado tipo de remedio resultan en ventajas del otro:

| Remedios estructurales | Remedios conductuales |
|---|--|
| Objetivos | |
| Se busca la creación de una nueva entidad competitiva o la consolidación de los competidores existentes. | Buscan controlar el posible ejercicio del poder dominante: explotativo o exclusivo. |
| Remover vínculos entre competidores. | |
| Algunos problemas con este tipo de remedios (que resultan en ventajas del otro) | |
| Son irreversibles | Son más complejos de diseñar |
| No garantizan la viabilidad económica del bloque o negocio enajenado | Son costosas de implementar debido a que requieren de un monitoreo interno |
| La asimetría de información en relación con el paquete de enajenación ideal puede distorsionar la efectividad del remedio | Mayores costos de fiscalización para la autoridad de competencia o terceros designados |
| Riesgos de conductas anticompetitivas entre el nuevo competidor y el competidor concentrado | Es difícil medir su efectividad cuando los bienes o servicios son complejos y el mercado es dinámico |

29 Para evitar que se pierdan eficiencias productivas, es recomendable que la enajenación de una unidad de negocio sea integral y no parcial. Sin embargo, esto debe evaluarse en el caso concreto.

Riesgo de que el adquirente de los activos (licitante ganador) no sea el competidor más fuerte o idóneo

Riesgo de pérdida de eficiencia productiva, innovativa y asignativa

Los remedios se podrían limitar a mitigar únicamente aquellas conductas lesivas de la competencia que resulten previsibles al momento de la decisión, dejando por fuera nuevas estrategias de las empresas, no anticipadas por la autoridad.

Como se indica en el cuadro, los remedios estructurales son irreversibles, lo cual acarrea un riesgo y costo de error no podrá corregirse en el futuro; en cambio, los remedios conductuales pueden y suelen ser revisables después de un período de tiempo razonablemente largo. De hecho, en el Perú, la Ley 31112 y su reglamento prevén dos procedimientos de revisión para medidas conductuales:

- Procedimiento de revisión de condiciones por cambio de circunstancias (Art. 19 del Reglamento): Cuando haya ocurrido un cambio en las condiciones de competencia durante el plazo establecido para la revisión de la condición impuesta, la Comisión o la parte afectada con la condición puede iniciar un procedimiento para que ésta sea dejada sin efecto, o modificada.
- Procedimiento de revisión por expiración de la condición impuesta por la autoridad (Art. 18 del Reglamento): Al vencimiento del plazo de la condición, la Comisión debe evaluar si resulta pertinente mantener, modificar o dejar sin efecto la referida condición conductual impuesta.

En el caso de medidas estructurales, éstas no garantizan la viabilidad de mercado de aquellos pa-

quetes de activos enajenados por las partes que llevan a cabo la transacción. Los establecimientos comerciales y plantas de producción, los derechos (patentes, permisos, derechos contractuales, etc.), las marcas, entre otros activos enajenados podrían no sobrevivir en el mercado en manos de sus nuevos titulares (los adquirentes); y, en ese sentido, existe el riesgo de que pierdan valor e incluso, que el comprador termine saliendo del mercado involucrado, sea por mala asunción de riesgos o gestión, ejercicio incorrecto del juicio empresarial o simplemente por efecto del daño concurrencial.

Incluso si el adquirente no sale del mercado, existe riesgo de que algunas eficiencias derivadas de la integración del paquete de activos con sus anteriores titulares -i.e. los involucrados en la transacción- genere pérdidas de eficiencia (ahorros explícitos de costos, *know how*, cultura organizacional, entre otros), lo que importaría una desventaja competitiva y posible debilidad frente al agente concentrado.

De hecho, en nuestra consideración, para hacer una evaluación retrospectiva sobre los efectos de los remedios estructurales frente a los de los conductuales, es preferible realizar estudios de caso frente a agregaciones estadísticas. Un ejemplo puede ayudar a aclarar este punto. Kwoka³⁰ se refiere a uno de los principales estudios retrospectivos para Europa³¹ elaborado por la Dirección General para la Competencia de la Unión Europea y que aborda el período 1996 a 2000, y recoge de dicho reporte que “*el 81% de los casos de enajenación, es decir, medidas estructurales, fueron efectivos o parcialmente efectivos*”. Esta afirmación podría llevar a pensar que los remedios estructurales realmente mitigaron el riesgo detectado. Sin embargo, cuando se examina con cuidado la data y la metodología utilizada, nos encontramos con

30 John Kwoka, *Mergers, Merger control and Remedies. A retrospective analysis of U.S. policy* (Cambridge/London, MIT Press, 2015) Pág. 131-2.

31 European Union Directorate General for Competition, *Merger Remedies Study*, 2005. Disponible aquí: https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf

que los términos “efectivos” o “parcialmente efectivos” se refieren a que, después de 5 años, la empresa que compró todavía estaba en el mercado y que era financieramente sostenible. Este criterio no resulta un buen indicador para determinar si es que ese remedio fue mejor que una medida conductual, porque no explica si es que atenuó o no el riesgo que se había detectado y si es que lo atenuó de la manera menos gravosa posible, que es el estándar que se debería utilizar.

Otro de los problemas que pueden presentarse en el diseño y ejecución de remedios estructurales es la falta de interés de los posibles compradores. Este problema se torna serio cuando la transacción -sometida a dicho remedio- corre el riesgo de no concretarse si no puede realizar la venta del paquete de activos en un plazo razonable. En la práctica, en los sistemas de control previo se aceptan compromisos “alternativos”, a modo de plan B, que consisten en añadir al paquete de desinversión inicial o preferente otros activos no relacionados, pero altamente valorados (llamados “joyas de la corona”), que aumentan el interés por el paquete de desinversión en su conjunto. Por ejemplo, contratos importantes, derechos de propiedad intelectual o instalaciones que no se relacionan con los mercados relevantes donde se detectaron riesgos.

Por el otro lado, existen también problemas inherentes a los remedios conductuales, ya que éstos son más complejos de diseñar, implementar y monitorear. En el caso de los remedios estructurales, una vez que se lleva a cabo la enajenación, en teoría, el problema de competencia estaría resuelto. De otro lado, los remedios conductuales requieren identificar las posibles estrategias de riesgo de parte del agente concentrado, así como cuáles serían exactamente los “*do's and don'ts*” que deberán ser observados por el agente concentrado.

Piénsese, por ejemplo, en una transacción en la que el fabricante del producto P adquiere un distribuidor D1 que, a su vez, compite con otros distribuidores del mismo producto P (D2, D3, etc.). Un primer riesgo previsible puede consistir en que el fabricante le otorgue ciertas ventajas comerciales a ese distribuidor que ahora controla (D1), por lo que un remedio conductual podría consistir en la prohibición de un trato discriminatorio de ese tipo. No obstante, también es posible que ciertas funciones administrativas de ambas empresas (fabricante y D1) sean compartidas en un mismo back office, y que, como consecuencia de ello, ocurra un flujo de la información sensible de los demás distribuidores (D2, D3, etc.) hacia D1 -por ejemplo, ventas, condiciones comerciales, incentivos y metas-, otorgándole así una ventaja competitiva frente a éstos.

Si el remedio no prevé explícitamente una prohibición de compartición de información sensible, la compartición podría darse sin que ello constituya un incumplimiento del remedio. Al contrario, en caso el remedio sí prevea la prohibición de compartición de dicha información, no sólo será necesario organizar y ejecutar un programa de cumplimiento permanente con medidas que aseguren la muralla china (por ejemplo, evitar la concentración de ciertas funciones en las mismas personas), sino que deberá documentarse continuamente para efectos de informar a la autoridad fiscalizadora.

Este problema de capacidad de previsión puede agravarse si los bienes o servicios son complejos y los mercados involucrados son relativamente más dinámicos que el resto, ya que en ellos existe mayor incertidumbre las estrategias defensivas de las empresas incumbentes concentradas, de modo que los remedios pueden convertirse en insuficientes.

Sin embargo, este tipo de argumento llama la atención pues, en la discusión de la política pú-

blica relativa a tener o no un sistema de control previo, sus proponentes dan por sentado que si es posible aproximarse razonablemente a la situación del mercado en el futuro (i.e. post transacción) mediante el estudio de tendencias de oferta y demanda, de las barreras actuales y ciertas asunciones sobre su permanencia, así como de los incentivos y conductas pasados para su extrapolación al futuro.

De hecho, mercados relativamente más dinámicos también pueden generar cambios en los contornos de los mercados relevantes definidos y analizados en el presente (con lo cual puede surgir competencia potencial y efectiva, sin que ello sea estrictamente previsible o medible), así como posibles nuevas estrategias de entrada y captación de clientes.

Un ejemplo de ello son los mercados digitales y de tecnología, donde las transacciones no encajan tan rápidamente en las categorías de concentraciones horizontales, verticales o de conglomerado y, por ende, la “pérdida de un competidor en el mercado” como riesgo de libre competencia resulta forzado y, por ende, la medida estructural parece menos idónea. En estos mercados dinámicos, caracterizados por ser plataformas de dos o más lados y con servicios que evolucionan rompiendo permanentemente los contornos de mercados relevantes firmemente definidos, los riesgos de libre competencia están asociados a la forma cómo interactúan esos mercados y sus respectivos actores, de modo que, remedios conductuales tales como obligaciones de acceso o interoperabilidad, portabilidad de datos o prohibición de trato discriminatorio hacen más sentido. Los múltiples be-

neficios configurados en los cambiantes servicios de estos mercados hacen que los remedios estructurales corran el riesgo de generar una pérdida de valor inmensa para los consumidores.

Un reciente caso vinculado al mercado de tecnología (fabricación de semiconductores, chips y procesadores de aplicativos), ilustra que remedios conductuales bien diseñados (propuestos, en este caso), pueden resultar suficientes: Qualcomm, que tenía la intención de adquirir al fabricante de semiconductores NXP, se obligó ante la Comisión Europea a licenciar a terceros las patentes de NXP, a licenciar la tecnología MIFARE (plataforma de tecnología de seguridad “sin contacto”), a no vender las patentes a terceros sin informar de ello a la autoridad y asegurar que los remedios conductuales sean cumplidos por los compradores, a asegurar la interoperabilidad entre sus productos, los de NXP y los de terceros con determinada tecnología, entre otros remedios conductuales³².

En contexto de bienes y servicios complejos, la flexibilidad de los remedios conductuales es una ventaja. Desde la imposición de un acuerdo de compra, implementación de muralla china, acceso a infraestructura esencial, prohibición de discriminar o de atar bienes o servicios, hasta la limitación de participación accionarial o la inhibición para ejercer derechos de voto, este tipo de remedios pueden adecuarse a cada mercado³³.

Es más, los remedios conductuales pueden ser los mecanismos de corrección temporal, que resultan suficientes cuando se espera que la competencia ingrese al mercado en el mediano plazo. Al respecto, Vande Walle³⁴ narra cómo Francia, Polonia

32 Ver Caso M.8306 – Qualcomm / NXP Semiconductors. Decisión de la Comisión Europea, del 18/01/2018, disponible en: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8306_3479_3.pdf

33 En este mismo sentido, puede revisarse el amplio uso de los remedios conductuales de la autoridad de competencia francesa. Ver: Autorité de la Concurrence, Behavioural Remedies (2019), disponible aquí: https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2020-01/eng_comportementaux_final_en.pdf

34 Simon Vande Walle, *Remedies in EU Merger Control - An Essential Guide*, Working paper (2021), disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3782333>

e incluso Alemania (que cuenta con una dura política pro remedios estructurales), y luego Italia, se sumaron a urgir a la Comisión Europea para que reconsidere el uso de remedios conductuales, en especial cuando las condiciones de competencia pueden cambiar pronto. Estos llamados fueron una respuesta a la decisión de la Comisión consistente en prohibir la concentración entre *Siemens y Alstom* (2019), dos grandes empresas ferroviarias en Europa. Estas empresas señalaban que la su alianza era necesaria para enfrentarse a un potencial competidor chino, CRRC (*China Railroad Rolling Stock Corporation*); sin embargo, los compromisos ofrecidos fueron rechazados por considerarse complejos y conductuales, y debido a que la Comisión consideró que la entrada de CRRC no era probable. No obstante, en este caso, los remedios conductuales parecían particularmente atractivos para los gobiernos que apoyaron la alianza entre *Siemens y Alstom*, pues tales remedios serían una forma preservar la competencia en el ínterin hasta que la competencia de China se materialice, al tiempo que permitirían que las empresas concentradas permanezcan intactas para competir con dicho rival.³⁵

Hemos planteado algunas ideas respecto de los pros y contras de los remedios estructurales y conductuales con el objeto de disipar a la diseminada idea de que los remedios estructurales deben ser preferidos *a priori*. Esta idea puede corroborarse a partir de la revisión de las guías sobre remedios emitidas por la Unión Europea, los Estados Unidos, Reino Unido, Brasil o Chile (ver Anexo I), que es referente para el Perú³⁶.

Como cada transacción y mercado tiene sus particularidades, es más razonable que las medidas de mitigación a adoptar se evalúen con amplitud

de criterio sin una preferencia de entrada o por *default* por algún tipo de remedio. Así, por ejemplo, recientemente se anunció en Europa que la operación de concentración entre EssilorLuxottica, distribuidor mayorista de las marcas líderes en el mercado de productos ópticos, y una de las más importantes cadenas de ópticas en dicho continente, GrandVision, fue autorizada bajo remedios principalmente estructurales, complementados con remedios conductuales.³⁷

El riesgo de afectación a la competencia surgía, de acuerdo con el análisis de la Comisión Europea, debido a que el principal distribuidor mayorista se estaba concentrando con un importante comercializador minorista de productos ópticos, lo que podría generar capacidad e incentivos para: (i) Que el nuevo agente concentrado excluya del mercado a competidores minoristas, evitando o dificultando su acceso a estas marcas importantes, incrementándoles el precio mayorista o limitando sus opciones de compra de productos; y (ii) Incrementar los precios a los consumidores en sus propias tiendas minoristas (ópticas), en particular, en Italia.

Estos riesgos fueron resueltos a través de compromisos aceptados por la Comisión. Básicamente, los compromisos consistían en vender una serie de tiendas en 3 países claves en donde se había identificado estas situaciones riesgosas: Bélgica, Italia y los Países Bajos:

- En Bélgica, 35 tiendas de la cadena “GrandOptical”, de GrandVision, serían vendidas sin la marca.
- En Italia, la entidad concentrada ofreció enajenar un total de 174 ópticas, tanto de EssilorLuxottica (cadena “VistaSi”) como

35 Ídem.

36 Es más, de la revisión de la guía de remedios de Chile, bien podría llamarse “guía de remedios estructurales”, porque lo que dedica a los remedios conductuales es un 5% de todo el documento.

37 Caso M.9569, disponible para seguimiento en:

https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_9569

de GrandVision (cadena “GrandVision by”), incluyendo la venta de la marca “VisitaSi”.

- En los Países Bajos, se venderían 142 tiendas de la cadena “EyeWish”, junto con la marca. La entidad concentrada podría mantener su propia cadena de ópticas, siempre que le asigne un nuevo nombre comercial.

Finalmente, a efectos de ilustrar el diseño de un remedio conductual puro, podemos mencionar un reciente caso peruano (2020), consistente en la adquisición del control de la empresa Luz del Sur por el grupo China Three Gorges (CTG)³⁸. Luz del Sur es una empresa distribuidora de energía eléctrica, que cuenta con una concesión monopólica para abastecer a Lima Sur y su capacidad de compra de energía para abastecer a usuarios regulados representa un porcentaje significativo.

Antes de la transacción, Luz del Sur ya estaba integrada con una empresa generadora de energía eléctrica (Inland Energy), mientras que CTG controlaba dos empresas generadoras más (Empresa de Generación Huallaga e Hydroglobal), por lo que, según el análisis de la autoridad de competencia peruana, el riesgo a la competencia consistía en que Luz del Sur -con una capacidad de compra importante- podría abastecerse preferencialmente de sus propias generadoras de energía vinculadas mediante contratos directos (llamados bilaterales) y no mediante licitaciones, lo que limitaría el acceso a generadores competidores. En opinión de la autoridad, esto no sólo afectaría la competencia en el segmento de generación, sino que también podría impactar en las tarifas que pagan los usuarios regulados en el mediano y largo plazo.

Esta transacción fue autorizada bajo un remedio conductual puro, acotado al riesgo identificado:

Por 10 años (hasta el año 2030), Luz del Sur no podrá adquirir potencia y energía directamente de las generadoras de su propio grupo económico. En caso quisiera hacerlo, la distribuidora estaría obligada a implementar un procedimiento de licitación, de tal modo que, en caso sus generadoras vinculadas le vendiesen energía eléctrica, esa venta sería consecuencia de un proceso competitivo.

5. Conclusiones

1. En las relaciones entre Derecho y Economía, siempre se ha señalado que el análisis económico le pone límites a lo que los juristas y/o promotores de políticas públicas quieren diseñar como normas jurídicas. No todo lo que se quiere hacer, se puede hacer.
2. Sin embargo, un límite igual de importante es el que el Derecho puede imponer al libre diseño de remedios, sobre la base de la defensa de principios jurídicos básicos. No todo lo que se puede hacer, se debe hacer.
3. Dicho lo anterior y más allá de la discusión legítima sobre la conveniencia y efectos de los sistemas de control previo de concentraciones empresariales, lo cierto es que una vez implementados (como ha sucedido en el Perú a partir de la vigencia de la Ley 31112), se reconoce que las autoridades de competencia pueden autorizar tales operaciones de concentración sujetándolas a determinadas condiciones o remedios, cuando se identifican riesgos de afectación significativa a la competencia.
4. El diseño de remedios debe regirse por principios inspirados en la razonabilidad y el respeto de derechos fundamentales. Así, los principios de Riesgo altamente probable, Especificidad, Idoneidad y Proporcionalidad orientan los es-

38 Ver Resolución 007-2020/CLC-INDECOPI del 27 de marzo de 2020.

fuerzos de la autoridad de competencia para cumplir con la Ley 31112.

5. Los remedios pueden ser de dos tipos: estructurales y conductuales. Aunque muchas agencias de competencia han establecido expresamente su preferencia por los remedios estructurales, cada uno de estos tipos de remedios cuenta con ventajas y desventajas que deben analizarse y balancearse en el caso concreto, en función de las características del mercado, sus barreras a la entrada y su evolución, entre otros factores.

ANEXO 1

Unión Europea. Comisión Europea, *Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004* (2008):

“commitments which are structural in nature, such as the commitment to sell a business unit, are, as a rule, preferable from the point of view of the Merger Regulation’s objective, inasmuch as such commitments prevent, durably, the competition concerns which would be raised by the merger as notified, and do not, moreover, require medium or long-term monitoring measures. [...]”

Estados Unidos. U.S. Department of Justice, *Merger Remedies Manual* (2020):

“To best achieve the goal of preserving the competition that would have been lost as a standalone business, because it has demonstrated success competing in the relevant market.

[...]

Structural Relief Is the Appropriate Remedy for Both Horizontal and Vertical Mergers Structural remedies are strongly preferred in horizontal and vertical

merger cases because they are clean and certain, effective, and avoid ongoing government entanglement in the market. A carefully crafted divestiture decree is simple, relatively easy to administer, and sure” to preserve competition. Almost all merger remedies are structural. There are limited circumstances, however, when conduct remedies may be appropriate.”

Reino Unido. CMA, *Merger Remedies* (2018):

“Impact on SLC and resulting adverse effects. [...] Restoring this process of rivalry through structural remedies, such as divestitures, which re-establish the structure of the market expected in the absence of the merger, should be expected to address the adverse effects at source. Such remedies are normally preferable to measures that seek to regulate the ongoing behaviour of the merger parties [...]”

Brasil . CADE, *Guia Remédios Antitruste* (2018)

“2.2.1 Preferência por remédios estruturais

Remédios estruturais devem ser considerados prioritariamente, visto que a origem do problema concorrencial reside em mudança na configuração da estrutura de um mercado relevante, em ACs horizontais e ACs verticais. Nesse sentido, um remédio estrutural, tal como um desinvestimento, tende a ser mais efetivo, visto que direciona a causa do dano concorrencial de forma mais direta. Além disso, remédios estruturais trazem menor custo de monitoramento e menor risco de distorções do mercado pelos remédios impostos na operação.”

Chile. FNE, *Guía de Remedios* (2017):

“35. Sin perjuicio de que cada operación de concentración será evaluada conforme a sus propios méritos y circunstancias, por lo general, la FNE exigirá que tratándose de operaciones de concentración horizontal las medidas de mitigación propuestas por las partes impliquen la desinversión de activos a un comprador adecuado. Ello no obsta a que se adopten

otros remedios como complemento a las medidas de desinversión.

[...]

38. Por el contrario, tratándose de los riesgos asociados a operaciones de concentración verticales y de conglomerado, la FNE estará más abierta a considerar medidas de mitigación distintas de la desinversión a un comprador adecuado. Sin embargo, incluso a propósito de este tipo de operaciones la FNE podría preferir la realización de desinversiones cuando aquellas resulten proporcionales.” Págs. 9-10.

BIBLIOGRAFÍA

CADE (Brasil), Guia Remédios Antitruste (2018)

Comisión de Defensa de la Libre Competencia: Resoluciones 081-2006-INDECOPI/CLC (2006) y 007-2020/CLC-INDECOPI (2020).

Comisión Europea, *Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004* (2008)

Competition and Markets Authority (Reino Unido), Merger Remedies (2018)

Daniel Crane, “Rethinking Merger Efficiencies” Michigan Law Review 110, N° 3 (2011) Págs. 347-91.

E. Thomas Sullivan, Comparing Antitrust Remedies in the U.S. and E.U.: Advancing a Standard of Proportionality, Antitrust Bulletin, 48, 377 (2003)

Eleanor Fox, The Competition Law in the European Union. In comparative perspective (Nueva York: Thomson Reuters, 2009).

European Union Directorate General for Competition, Merger Remedies Study, 2005. Disponible aquí: https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf

Fiscalía Nacional Económica (Chile), Guía de Remedios (2017)

Herbert Hovenkamp, Antitrust remedies for Big Tech, disponible aquí: <https://www.theregreview.org/2021/01/18/hovenkamp-antitrust-remedies-big-tech/>

Javier Coronado Saleh, Jean Sánchez Campos y Pamela Fuentes Ramos, Principios, Definiciones y Estándares del Análisis de Calidad Regulatoria, (Lima: Indecopi, 2017)

John Kwoka y Diana Moss (2012) “Behavioral merger remedies: Evaluation and implications for Antitrust Enforcement”, Antitrust Bulletin 57 (4). Págs. 979 y ss.

John Kwoka, Mergers, Merger control and Remedies. A retrospective analysis of U.S. policy (Cambridge/London, MIT Press, 2015) Pág. 131-2.

OCDE, Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance (2005), disponible aquí: <https://www.oecd.org/fr/reforme-reg/34976533.pdf>

OCDE, Vertical Mergers, Policy Roundtables (2007). Disponible en: <https://www.oecd.org/competition/mergers/39891031.pdf>

Oscar Súmar, ed. Más allá del análisis económico de la regulación. Mejora regulatoria y enfoques multidisciplinares (Lima: Thémis, 2018).

Simon Vande Walle, Remedies in EU Merger Control - An Essential Guide, Working pa-

per (2021), disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3782333>

Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el Expediente 001-2005-PI/TC, Proceso de Inconstitucionalidad interpuesto por don José Alfredo Chinchay Sánchez, Procurador Público Municipal del Gobierno Provincial de Huarney, ante Municipalidad Provincial de Huarney, contra los artículos 29 y 30 de la Ley N° 27181.

U.S. Department of Justice (Estados Unidos), Merger Remedies Manual (2020)

Varney, Christine: The Ticketmaster/Live Nation merger review and consent decree in perspective (2010). Disponible en: <https://www.justice.gov/atr/speech/ticketmasterlive-nation-merger-review-and-consent-decree-perspective>

Una mirada al análisis de los actos de abuso de posición de dominio en mercados digitales: actualidad y desafíos

A glance at the analysis of abuse of dominance in digital markets: Relevance and challenges

Giuliana Zúñiga Díaz¹

Resumen. El presente trabajo busca brindar al lector una mirada introductoria a las características que presentan los mercados digitales y el impacto que estas tienen sobre el análisis de actos de abuso posición dominio. En ese sentido, se analizan los retos que estas características combinadas implican a la definición del mercado relevante, a la determinación de la existencia de una posición de dominio y al análisis de los efectos de la conducta a la luz de la experiencia internacional plasmada en reporte de autoridades públicas, casuística y propuestas normativas. Asimismo, se explora –de modo expositivo– algunas propuestas de ajustes a las herramientas existentes, la creación de nuevas herramientas y el análisis de conductas de abuso de posición de dominio bajo las categorías clásicas, así como bajo nuevas categorías de abuso de posición de dominio específicas para mercados digitales.

Abstract. This paper seeks to provide an introductory look at the characteristics of digital markets and the impact they have on the analysis of of abuse of dominance. In this sense, it analyzes the challenges that these combined characteristics imply for the definition of the relevant market, the determination of the existence of a dominant position and the analysis of the effects of the conduct in the light of the international experience reflected in the reports of public authorities, case law and bills. It also explores adjustments to existing tools, the creation of new tools and the analysis of abuse of dominance theories of harm under traditional categories, as well as under new categories of abuse of dominance specific to digital markets.

Palabras clave. actos de abuso de posición de dominio, mercados digitales, efectos de red, *gatekeeper*, *Big Data*, competencia, mercado relevante

Keywords. *abuse of dominance, digital markets, network effects, gatekeeper, Big Data, competition, relevant market*

Sumario: I. Introducción, II. Características de los mercados digitales, 1. Incremento extremo de economías de escala, 2. Efectos de red 3. Data como ventaja competitiva 4. Incremento extremo de economías de alcance y creación de Ecosistemas. III. Principales retos y propuestas en el análisis de los actos de abuso de posición en los mercados digitales. 1. Definición de mercado relevante. 2. Indicadores de la existencia de una posición de dominio. IV. Actos de abuso de posición de dominio en mercados digitales. V. Reflexiones Finales.

¹ Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) con segunda especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno. Master of Laws (LL.M.) in Business, Competition and Regulatory la Freie Universität de Berlin. Ha sido Docente Adjunta en el Programa de Segunda Especialidad de la PUCP. Actualmente es Ejecutivo Legal en la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia del Indecopi. Miembro del Laboratorio de Datos, Inteligencia Artificial, Innovación y Gobierno Digital del Grupo de Investigación del Derecho Público y Buen Gobierno de la PUCP.

1. Introducción

Los productos y servicios digitales han significado una revolución en el modelo tradicional de diversos negocios y, ciertamente, han creado numerosas oportunidades de crecimiento, innovación y eficiencia, generando grandes beneficios para los consumidores.

No obstante, existe una creciente preocupación entre diversas autoridades internacionales respecto de las características de los mercados digitales como extremas economías de escala, los efectos de red, la *Big Data* como ventaja competitiva y la creación de ecosistemas digitales que conlleven a la necesidad de un nuevo enfoque en el análisis de los actos de abuso de posición de dominio por parte de las autoridades de competencia que se adecue a las características particulares que muestran estos mercados.

En ese sentido, en el presente trabajo analizaremos a través de la revisión de los reportes elaborados por diversas autoridades y casuística sobre el tema, las principales características que ostentan los mercados digitales y los principales retos que estas presentan de cara a la delimitación del mercado relevante, a la determinación de la existencia de una posición de dominio y a la evaluación de los efectos de la conducta de abuso de dicha posición.

Asimismo, se plantearán –de forma expositiva y sucinta– las principales propuestas que se han presentado desde distintos flancos para enfrentar estos retos. Estas incluyen el ajuste o la creación de nuevas herramientas mediante propuestas normativas, así como el análisis de casos e investiga-

ciones en curso bajo categorías tradicionales de abuso de posición de dominio o bajo categorías novedosas aplicadas específicamente a mercados digitales.

2. Características de los mercados digitales

Los reportes emitidos por diversas autoridades han hecho énfasis en una serie de características que despliegan los mercados digitales las que tienen un impacto directo sobre el análisis de los actos de abuso de posición de dominio².

Entre estas características encontramos un incremento extremo de las economías de escala y alcance, el rol de la *Big Data* como ventaja competitiva y los efectos de red. Si bien estas características no son completamente nuevas, pues se presentan también en menor medida en otros mercados, lo más resaltante es que, en los mercados digitales, estas características se presentan todas de forma simultánea y con mucha mayor intensidad que en los mercados tradicionales³.

Como veremos más adelante, las características combinadas de los mercados digitales pueden conllevar a que estos mercados puedan ser poco contestables y generar barreras de entrada⁴, lo que tendrá un impacto sobre el análisis del mercado relevante, la posición de dominio y los efectos de un acto de abuso de posición de dominio.

A continuación, explicaremos cada una de las características de los mercados digitales:

2 Ibáñez Colomo, Pablo. (2021). The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis. Extraído de: <https://ssrn.com/abstract=3790276>. p. 2

3 Nadler, J y David Cicilline (2020) Investigation in Digital Markets. Majority Staff Report and Recommendations. Subcommittee on Antitrust Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary. p. 37

4 Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (2016) Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era. Background note by the Secretariat. Extraído de: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf) p.17.

2.1 Incremento extremo de economías de escala

Las economías de escala implican que el costo total promedio de producir cierto bien (es decir, el costo total de producir cada unidad) va disminuyendo a medida que va aumentando la producción.

Ahora bien, el costo total está compuesto por los costos fijos y variables. Los primeros son aquellos que se mantienen constantes en el tiempo y no dependen de la cantidad producida (p.e la implementación y mantenimiento de maquinaria, alquiler del local o el sueldo del personal). Por otro lado, los costos variables son en los que se incurre por la producción de cada unidad adicional, como, por ejemplo, los insumos de producción o la contratación de nuevo personal⁵.

Algunas de las industrias tradicionales caracterizadas por la presencia de economías de escala son la industria automovilística o aeronáutica. Ello en la medida que requieren grandes inversiones en costos fijos (equipos, maquinarias, fábricas) para iniciar con la producción de bienes⁶. De este modo, a medida que una industria de este sector produce a mayor escala, los costos fijos se distribuyen entre un mayor número de unidades y, por tanto, el costo promedio por unidad disminuye.

Asimismo, estas industrias deben también invertir en importantes costos variables por la compra de insumos para la fabricación de sus productos (p.e aluminio para fabricar los aviones o acero para fabricar los autos), los que se van reduciendo conforme produce a mayor escala, pues puede comprar al por mayor o tener mejor posición de negociación con los proveedores.

No obstante, en los mercados digitales las economías de escalas se incrementan al extremo en la medida que los costos fijos son sumamente altos; y, además, los costos variables (es decir, por atender a cada usuario adicional) son sumamente bajos y en ocasiones prácticamente nulos⁷. En efecto, a diferencia de industrias tradicionales en que los insumos para producir un bien adicional pueden significar un costo importante, las plataformas digitales trabajan con información (data) que puede ser transmitida de manera rápida a un gran número de usuarios prácticamente al mismo costo una vez que la plataforma ya ha sido instalada.

Así, por ejemplo, en la demanda presentada por el Departamento de Justicia de Estados Unidos (en adelante, el DOJ por sus siglas en inglés) contra Google, se resaltó que los costos fijos de participar en el mercado de búsqueda general con un motor de búsqueda como *Google Search* es sumamente alto, pues demanda una primera inversión de billones de dólares y, además, los costos de mantenimiento significan cientos de millones de dólares anuales. Sin embargo, una vez implementado el motor de búsqueda *Google Search*, este puede atender prácticamente al mismo costo a cientos o miles de usuarios adicionales.⁸

Teniendo en cuenta que las plataformas digitales pueden atender a una gran base de usuarios, los altos costos fijos en los que se incurren en un inicio para su implementación y mantenimiento se distribuyen entre todos los usuarios, por lo que el costo promedio (es decir, el costo por atender a cada usuario) disminuye significativamente y la plataforma alcanza una alta rentabilidad.

5 Krugman, Paul y Robin Wells (2015) *Economics*. Worth Publishers: 4ta Ed. p.348

6 Ídem.

7 Crémer, Jacques, Montjoye Yves-Alexandre y Heike Schweitzer (2019) *Competition Policy for the digital era*. Publications Office of the European Union, Luxembourg. Extraído de: https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation_2018/report_en.html. p. 2.

8 Ibidem. p. 20.

De esta manera, teniendo en cuenta que la entrada a los mercados digitales requiere altos costos fijos iniciales, el mercado será más favorable a la plataforma que ya se encuentra establecida y cuenta con una base importante de usuarios, dificultando así la entrada de potenciales competidores que puedan desafiar a estas grandes plataformas⁹. En efecto, tanto la Comisión Europea en el caso *Google Android* como la demanda del *DOJ* contra Google resalta que el incremento extremo de las economías de escala es una de las razones por las que el motor de búsqueda de Google enfrentaría muy poca competencia.

2.2 Efectos de red

Los efectos de red pueden ser directos e indirectos. En primer lugar, los efectos de red directos se refieren a que el valor de la red aumenta para una persona conforme más usuarios se unen a la misma¹⁰. Estos se encuentran presentes en mercados de comunicaciones, mercados de transporte y, por supuesto, los mercados digitales. Así, por ejemplo, el valor de un teléfono aumenta conforme más personas también adquieran dicho aparato y, por tanto, exista más gente con la que pueda establecerse comunicación.

Del mismo modo, los efectos de red directos cobran especial importancia en los mercados digitales, en particular, en las plataformas de redes sociales. Por ejemplo, mientras más usuarios se unen a la red de Facebook, más contenido e interacciones van a generarse, lo que, ciertamente, otorgará más valor a dicha red. En esa línea, los

efectos de red directos en los mercados digitales conllevan a un *feedback loop* o retroalimentación positiva, también conocido como “efecto arrastre” en el que, si un gran número de usuarios utilizan una red social, es más probable que otras personas lo hagan también¹¹. En efecto, nadie querrá estar solo o ser el primero en una red social.

De otro lado, los efectos de red indirectos son característicos de las denominadas “plataformas de dos lados”, la que se distinguen por conectar o facilitar la interacción virtual de dos o más grupos distintos de usuarios¹². En este tipo de plataformas, los efectos de red indirectos ocurren cuando al menos uno de los dos lados de la plataforma se ve beneficiado con el incremento de usuarios del otro lado¹³.

Por ejemplo, en el caso de la plataforma de comercio electrónico Amazon (*Marketplace*), de un lado (lado “A”) encontramos a los compradores, los que se verán beneficiados de que al otro lado de la plataforma (lado “B”) existan más *retailers online*. Esto pues tendrán a su disposición mayores opciones de productos a elegir. Del mismo modo, los *retailers online* que se encuentran en el lado “B” de la plataforma se verán beneficiados de que existan más compradores en el lado “A”, pues así tendrán mayores exposición y opciones de concretar la venta de sus productos.

Asimismo, los efectos de red indirectos permiten que muchas plataformas basen su modelo de negocios en publicidad online como, por ejemplo, el motor de búsqueda *Google Search* o Facebook, quienes en conjunto concentran más del 80%

9 Nadler, J y David Cicilline. *Op cit.* p.156

10 Krugman, Paul y Robin Wells. *Op cit.* p.482.

11 Ídem

12 Evans, David y Richard Schmalensee (2015). The Industrial Organization of markets with Two-Sided Platforms. Extraído de: <https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2015/04/Evans-Schmalensee-The-Industrial-Organization-of-Markets-with-Two-Sided-Platforms-2007.pdf> p. 151

13 Haucap, J y Ulrich Heimshoff. (2013). Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet driving competition or market monopolization. Dusseldorf Institute for Competition Economics Discussion Paper. No83. p. 3

del mercado publicidad online en el Reino Unido¹⁴. Así, de un lado de la plataforma (lado “A”), encontramos a los usuarios que cuentan con un perfil en Facebook y que, al interactuar en la plataforma, consienten la recolección de su data para el despliegue de anuncios personalizados. Del otro lado (lado “B”), encontramos a los anunciantes quienes se benefician de que sus anuncios publicitarios sean mostrados de forma personalizada a los usuarios mientras estos interactúan en la plataforma de Facebook.

En esa línea, los efectos de red indirectos –junto con el valor de la data, como veremos más adelante– conllevan a un fenómeno denominado *zero price*, característico de las plataformas de dos lados, en los que, para atraer a más usuarios al lado “A” de la plataforma se les cobra un precio monetario “cero” en la medida que la presencia de estos usuarios es altamente valorada por el lado “B” de la plataforma¹⁵.

De esta manera, si bien estos servicios parecerían ser “gratis” para el lado “A” de la plataforma, en realidad están siendo solventados de forma indirecta por el lado “B”, por ejemplo, a través del *fee* que pagan los *retailers* a Amazon por cada venta que realizan a través de la plataforma o por los ingresos publicitarios que pagan los anunciantes a Facebook por el despliegue de los anuncios personalizados en su plataforma¹⁶.

En ese sentido, debido a los efectos de red indirectos, mientras más usuarios existan en el lado “A”

de la plataforma más usuarios de lado “B” (p.e. anunciantes o *retailers*) la considerarán valiosa y se verán atraídos a invertir en la misma, lo que generará que la plataforma obtenga mayor participación en el mercado y dificultará la entrada de nuevos competidores que no tengan una gran base de usuarios¹⁷.

Por ello, podrá generarse el escenario que –debido a los efectos de red directos e indirectos– entre dos productos o servicios competidores, sea el que tenga una red de usuarios más grande –y no necesariamente el que ofrezca el mejor producto o servicio– el que obtenga una participación más significativa en el mercado¹⁸.

Por ello, se ha propuesto el *multihoming* y la interoperabilidad como mecanismos para promover la competencia mercados digitales que se caractericen por tener efectos de red importantes, como veremos a continuación¹⁹.

2.1 Multihoming

El *multihoming* es entendido como la posibilidad de usar en paralelo dos plataformas; así, por ejemplo, un usuario, además del motor de búsqueda de Google, puede utilizar en simultáneo los motores de búsqueda *Bing* (producto Microsoft) o *Duck Duck Go* (enfocado en la protección de la privacidad de sus usuarios)²⁰.

Sin embargo, el *multihoming* no es en la práctica tan sencillo para los usuarios debido a que existen

14 Competition Markets Authority (CMA) (2020) Online platforms and digital advertising. Market study final report. Extraído de: <https://www.gov.uk/cma-cases/online-platforms-and-digital-advertising-market-study>. p. 9.

15 Crémer, Jacques, Montjoye Yves-Alexandre y Heike Schweitzer. *Op cit.* p. 22

16 CMA. *Op cit.* p.8.

17 Digital Regulation Platforms. Competition and Economics. Explanation of externalities in digital platforms. En: <https://digitalregulation.org/explanation-of-externalities-on-digital-platforms/>

18 Krugman, Paul y Robin Wells. *Op cit.* p.482.

19

20 Shapiro C & Varian, H (1999) Information Rules. A Strategic Guide to the Network Economy. Harvard Business School Press. p. 184

“costos de migración colectivos”²¹, los mismos que se encuentran referidos a la dificultad que tienen los usuarios para coordinar de forma masiva la migración a una nueva plataforma, lo cual reduce además los pocos incentivos que tienen para hacerlo debido al “efecto arrastre” que comentamos anteriormente.

Asimismo, si bien el *multihoming* entre motores de búsqueda pareciera, en principio, no tener restricciones, los usuarios podrían ser alentados sistemáticamente a permanecer en la misma plataforma —o, al menos, dificultar su migración— mediante el uso de opciones por defecto²². Así, por ejemplo, en el caso Google *Android*, la Comisión Europea tomó en cuenta en su análisis los sesgos que tenía los usuarios por el “*status quo*” y su tendencia a permanecer en la *app* del motor de búsqueda que estuviera preinstalado por defecto en sus dispositivos móviles.

2.2 Interoperabilidad

La interoperabilidad se encuentra referida a la posibilidad de conectar plataformas a través de *Application Program Interfaces* (APIs). En ese sentido, los APIs funcionan como un “traductor” que permite que dos plataformas que hablan dos lenguajes informáticos distintos puedan comunicarse entre sí²³. Por citar un ejemplo, desde la adquisición de Instagram por parte de Facebook, vemos como ambas plataformas han alcanzado cierto grado de interoperabilidad en la medida que un usuario puede “postear” fotos y subir “*stories*” de manera simultánea tanto en Instagram como Fa-

cebook e, incluso, tiene la opción de comunicarse mediante mensajes entre ambas plataformas.

En relación con ello, se ha propuesto que la implementación de obligaciones específicas de interoperabilidad en mercados digitales podría reducir los costos de migración, así como la ventaja competitiva que proporcionan los efectos de red a las plataformas que cuentan con una gran base de usuarios establecida²⁴. Estas propuestas, recuerdan las obligaciones de interoperabilidad impuestas a las operadoras de telefonía (que operan en mercados también caracterizados por efectos de red) para garantizar la comunicación entre los usuarios de las distintas compañías²⁵.

Asimismo, cabe precisar que existen antecedentes de que, hace algunos años, Facebook buscó limitar la interoperabilidad de su plataforma. En efecto, una *start-up* denominada *Power Ventures* creó una novedosa plataforma que interconectaba diversas redes sociales —entre las que estaba Facebook— y a la que un usuario podía ingresar con una clave única. Sin embargo, en el 2008, Facebook demandó a *Power Ventures* alegando que dicha plataforma vulneraría sus políticas de privacidad, logrando que el juez ordenara a dicha *start-up* pagarle más de 3 millones de dólares como indemnización por daños y perjuicios²⁶.

2.3 Data como ventaja competitiva

La data es un insumo muy valorado en diversos sectores e industrias tradicionales, en particular, la data de los clientes actuales y potenciales. Así,

21

22 OCDE. 2016. *Op cit.* p.17

23 Stigler Center Study of the Economy & the State, Chicago Booth, Final Report. 2019, Extraído de: <https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digital-platforms-final-report>. p. 16

24 Rogerson, William y Howard Shelanski (2020). Antitrust Enforcement, Regulation and Digital Platforms. *University of Pennsylvania Law Review*. [Vol. 168: 1911-1940]. p. 1927.

25 Stigler Center Study of the Economy & the State, Chicago Booth. *Op cit.* p. 16

26 No. C 08-5780 JF (RS) (2009, Facebook, Inc. v. Power Ventures, Inc., WL 3429568, at *2 (N.D. Cal. Oct. 22, 2009)

por ejemplo, el *score* crediticio es importante en el sector financiero para evaluar el riesgo de otorgar un crédito; y, el uso de la data de los clientes para segmentar sus preferencias y patrones de consumo es importante para el ofrecimiento promociones y publicidad personalizada²⁷.

No obstante, en los mercados digitales la data ha cobrado un rol fundamental, siendo incluso considerada el “petróleo” de la economía digital. Ello se debe a que los mercados digitales no solo se basan en la data sino en la *Big Data*. Si bien no hay una definición establecida de Big Data en la literatura, suele ser explicada en base cuatro elementos que la caracterizan, conocidos como las 4 “V”s: (i) Volumen, (ii) Variedad; (iii) Velocidad y (iv) Valor²⁸.

De este modo, la Big Data se caracteriza por la recolección de grandes cantidades de data (volumen), (ii) proveniente de diversas fuentes (variedad), (iii) recolectada y transmitida con mucha rapidez, incluso en tiempo real (velocidad); y, lo más importante, que gracias a tecnología específica y al análisis de datos, puede extraerse de la data un inmenso valor comercial²⁹.

En ese sentido, en los mercados digitales la Big Data se ha convertido en un insumo esencial de la inteligencia artificial y, por tanto, para la creación y desarrollo de nuevos productos, servicios y procesos, lo que ciertamente le otorga una importante ventaja competitiva.³⁰

Del mismo modo, la Big Data en conjunto con los efectos de red crean un “*feedback loop*” o “bucle

de retroalimentación” en la medida que una plataforma con una gran base de usuarios recolectará más data con la que podrá mejorar la calidad de su producto o servicio, lo que, a su vez, le permitirá atraer más usuarios. Así, por ejemplo, mientras un motor de búsqueda cuenta con más información sobre búsquedas realizadas por los usuarios podrá perfeccionar sus algoritmos para que arrojen resultados más precisos y relevantes y, gracias a ello, continuar atrayendo más usuarios³¹.

Por ello, la explotación de la *Big Data* tiene un gran valor comercial y genera una gran ventaja competitiva tanto a quien la recolecta y procesa ya sea para invertirla en sus propios productos y servicios o para monetizarla a través de la comercializarla a terceros.

2.4 Incremento extremo de economías de alcance y creación de Ecosistemas

Las economías de alcance también están presentes en las industrias tradicionales y se refieren a que, una vez que una empresa ofrece un servicio, será más eficiente al incursionar en mercados adyacentes en la medida que puede hacer uso de los recursos de los que ya dispone como, por ejemplo, infraestructura, maquinaria, personal, etc³².

Ahora bien, en los mercados digitales las economías de alcance adquieren una dimensión mucho más importante, principalmente debido al valor que extraen de la Big Data. Esto último pues la gran cantidad de data recolectada en una determinada línea de negocios puede ser también utili-

27 European Data Protection Supervisor (2014) Preliminary Opinion. Privacy and competitiveness in the age of big data. Extraído de: https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/privacy-and-competitiveness-age-big-data_en p.8

28 Andrea de Mauro, Marco Greco and Michele Grimaldi (2016). A Formal Definition of Big Data Based on its Essential Features”, Library Review, Vol. 65., No 3. p. 123

29 Stucke, Maurice y Allen Grunes. *Op. cit.* p. 23

30 Crémer, Jacques, Montjoye Yves-Alexandre y Heike Schweitzer. *Op cit.* p. 22

31 OCDE (2016). *Op cit.* p.10

32 Crémer, Jacques, Montjoye Yves-Alexandre y Heike Schweitzer. *Op cit.* p. 33

zada por una empresa para mejorar sus algoritmos y tecnología a fin de expandirse a mercados adyacentes con mayor facilidad y a un precio relativamente bajo³³.

Así, por ejemplo, podemos mencionar los modelos de negocios de Google y Facebook que crean grandes ecosistemas de productos complementarios y servicios alrededor de un servicio principal. En efecto, si bien el servicio principal de Google es el motor de búsqueda “*Google Search*” tiene además presencia en los mercados de navegadores (a través de *Chrome*), sistemas operativos (a través de *Android*) y de *streaming* de video (a través de *Youtube*). De la misma forma, Facebook mantiene como su línea de negocio principal su plataforma de red social; sin embargo, ha logrado expandirse también a mercados adyacentes como mensajería, juegos online y *retail*³⁴.

Si bien los ecosistemas implican eficiencias y mejoras significativas en la experiencia del usuario; las empresas pueden desplegar estrategias que creen efectos “*lock-in*” o efectos “*de bloqueo*” para que los usuarios permanezcan dentro del ecosistema, dificultando o haciendo más costosa su salida. Dichas estrategias pueden incluir dificultar la posibilidad de que los usuarios realicen *multihomeing* o no permitir que los productos y servicios del ecosistema sean interoperables con productos fuera del mismo³⁵.

Así, por ejemplo, en el caso *Google Android* la Comisión Europea sancionó a Google porque a través de distintas estrategias anticompetitivas habría utilizado su sistema operativo *Android* como

un vehículo para consolidar la posición de dominio de otro producto de su ecosistema en el mercado de búsqueda general: el motor de búsqueda “*Google Search*”.

3. Principales retos y propuestas en el análisis de los actos de abuso de posición en los mercados digitales

3.1 Definición de mercado relevante

El primer paso para determinar un supuesto abuso de posición de dominio consiste en la definición del mercado relevante. En efecto, el análisis de la posición de dominio de la empresa investigada será realizada en base al mercado relevante previamente determinado. Dicha definición, se basará en el (i) mercado de producto relevante, el que se encuentra determinado por la demanda de un producto específico y sus sustitutos cercanos; y, por (ii) el mercado geográfico, el que responde al espacio geográfico en el cual interactúan la oferta y la demanda respecto de un determinado producto o servicio³⁶.

Ahora bien, se ha sostenido que las características particulares de los mercados digitales ameritan repensar las herramientas tradicionales para la definición de mercado³⁷. En efecto, las herramientas tradicionales suelen basarse en parámetros de precios para la definición de mercado, por lo que difícilmente podrán ser utilizadas con la misma

33 Nadler, J y David Cicilline. *Op cit.* p. 40.

34 CMA. *Op cit.* p. 18.

35 Crémer, Jacques, Montjoye Yves-Alexandre y Heike Schweitzer. *Op cit.* p. 48

36 Figari, Hugo Gómez y Mario Zúñiga (2005). Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio. Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual p.160

37 Comisión Federal de Competencia Económica -COFECE (2018) Repensar la Competencia en la Economía Digital. Extraído de: https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/03/repensarlacompetenciaenlaeconomiadigital_01022018.pdf. p.50

eficacia en mercados digitales que presentan “precios cero”³⁸.

Así las cosas, una de las herramientas metodológicas más importantes para definir el mercado relevante es el test del monopolista hipotético (SSNIP, por sus siglas inglés). Este requiere que para determinar el mercado relevante, la autoridad analice a qué otros productos irían los consumidores si se produce un incremento de precio “pequeño pero significativo y no transitorio” en el producto investigado³⁹.

Por ejemplo, en el caso *Google Shopping* (2017) la Comisión Europea optó por no utilizar el SSNIP test en la medida que Google brindaba sus servicios de búsqueda general (a través de su motor de búsqueda) de manera gratuita a sus usuarios⁴⁰. En ese sentido, resaltó que, en la medida que en los mercados de búsqueda general se caracterizan por tener “precio cero”, resultaba preferible tener en cuenta otros parámetros para la definición del mercado relevante y el análisis de sustituibilidad del producto, entre los que se encontraban el nivel de relevancia de los resultados, la velocidad con que los resultados eran provistos y si la interfaz era atractiva para los usuarios.

De la misma manera, en el caso *Google Android* (2018), la Comisión Europea decidió no utilizar el SSNIP test para definir el mercado de sistemas operativos móviles con licencia y, en su lugar, utilizó el SSNDQ test (por su siglas en inglés), una herramienta que se basa en parámetros de calidad para determinar el mercado relevante y que implica analizar a qué otros productos sustitutos irían

los consumidores si se produce una **reducción de calidad** “pequeña pero significativa y no transitoria” en el producto investigado⁴¹.

En esa misma línea, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, OCDE) ha resaltado la importancia de introducir parámetros de competencia distintos al precio al momento de delimitar el mercado relevante en mercados digitales como, por ejemplo, la innovación, la calidad o privacidad. Sin embargo, también reconoce que este análisis puede ser complejo y el acceso a data insuficiente, por lo que es importante contar con evidencia sobre las reacciones de los consumidores ante cambios en los parámetros mencionados, ya sea a través de encuestas informes o documentación interna⁴².

Además, debe tenerse en cuenta que la definición del mercado geográfico normalmente considera para su análisis las barreras geográficas y barreras al comercio. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que los mercados digitales permiten acceder a productos o servicios desde lugares lejanos a donde son producidos a un costo muy bajo, por lo que el ámbito geográfico puede ampliarse en gran medida, dificultando así su delimitación.⁴³

Asimismo, otro aspecto importante para la definición de mercado relevante en mercados digitales es la presencia plataformas de dos lados caracterizadas por efectos de red directos e indirectos. En ese sentido, existe un consenso en que una definición del mercado relevante debería considerar ambos lados de las plataformas y la interacción

38 Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos – OCDE (2020) Abuse of Dominance in Digital Markets. Extraído de: <https://www.oecd.org/dafl/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf>. p.14

39 Figari, Hugo Gómez y Mario Zúñiga (2005). *Op cit.* p.161

40 Comisión Europea. Caso AT.39740. *Google Shopping* (2017), numeral 245.

41 Caso AT.40099, *Google Android*, (2018), numeral 266.

42 OCDE (2020). *Op cit.* p.14

43 COFECE. *Op cit.* p. 51

que estos tienen entre sí, así como los efectos de red involucrados⁴⁴.

No obstante, se ha criticado que en el análisis de casos de mercados digitales resueltos por la Comisión Europea (p.e *Google Shopping*), esta autoridad únicamente hace referencia a que se trata de plataformas de dos lados, sin incorporar la interrelación entre ambos lados de la plataforma en la definición del mercado relevante⁴⁵.

De igual manera, se ha propuesto que la definición de mercado relevante considere la importancia de los ecosistemas digitales y los mercados que lo conforman. Esto teniendo en cuenta que son estos bastante dinámicos y se interrelacionan entre sí, por lo que sus límites no suelen estar del todo definidos y pueden ser variables con el tiempo⁴⁶.

Por lo expuesto, las características particulares de los mercados digitales como efectos de red, múltiples lados y ecosistemas digitales podrían dificultar en gran medida una delimitación clara del mercado relevante bajo las herramientas tradicionales. En atención a ello, es importante que la autoridad de competencia considere las características particulares de los mercados digitales al definir

el mercado relevante y, de ser necesario, adapte las herramientas tradicionales para dicho fin.⁴⁷

Es en esa línea que la Comisaria de Competencia de la Comisión Europea, Margrethe Vestager, anunció recientemente que la Comisión Europea se encontraba revisando las directrices relativas a la definición de mercado relevante⁴⁸ –que data de 1997– a fin de que estos se adecuen a la características y retos de los mercados digitales, teniendo en consideración que las herramientas tradicionales podrían necesitar ser ajustadas para poder delinear de mejor manera los mercados digitales.⁴⁹

3.2 Indicadores de la existencia de una posición de dominio

Una empresa cuenta posición de dominio cuando tiene la posibilidad de restringir o afectar las condiciones de oferta o demanda en el mercado relevante, comportándose de manera independiente a su competidores, clientes y proveedores, sin que estos puedan contrarrestar dicha posibilidad⁵⁰.

Es importante resaltar que el solo hecho de que una empresa ostente posición de dominio no constituye una conducta ilícita o anticompetitiva, sino únicamente el abuso que se haga dicha posi-

44 Crémer, Jacques, Montjoye Yves-Alexandre y Heike Schweitzer. *Op cit.* p. 45.

45 Robertson, Viktoria H.S.E (2020) Antitrust Law and Digital Markets: A Guide to the European Competition Law Experience in the Digital Economy. Extraído de: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3631002>. p.6

46 Robertson, Viktoria H.S.E (2021) Antitrust Market Definition for Digital Ecosystems. *Concurrences* N° 2-2021. I Competition policy in the digital economy. Extraído de: <https://ssrn.com/abstract=3844551> p.4

47 Federal Ministry for Economic Affairs and Energy. A new competition framework for the digital economy. Report by the Commission “Competition Law 4.0” Extraído de: https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/a-new-competition-framework-for-the-digital-economy.pdf?__blob=publicationFile&v=2 p. 31

48 Comisión Europea. “Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia”. Diario Oficial N° C 372 de 09/12/1997 p. 0005 - 0013

49 Margrethe Vestager. “*Defining Markets in a new age*”. Discurso pronunciado en “Chillin’ Competition Conference”, Bruselas, el 9 de diciembre de 2019.

50 Caso 85/76 *Hoffmann-La Roche v Commission* EU :C:1979:36. Esa misma línea, el artículo 7° del Texto Único Ordenando de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas señala que una empresa ostenta posición de dominio en un mercado relevante cuando “(...) *tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad*”.

ción para afectar o restringir la competencia en el mercado relevante (acto de abuso de posición de dominio).

Para determinar la posición de dominio, se tomarán en cuenta diversos factores o indicadores, encontrándose entre los más importantes que la empresa cuente con una participación significativa en el mercado relevante, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios investigados, el desarrollo tecnológico de los productos o servicios involucrados, la existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económico o estratégico, entre otros.

Ahora bien, las características de los mercados digitales que hemos desarrollado en la sección “II” del presente trabajo, en particular, los efectos de red y la data como ventaja competitiva podrían generar que la posición de dominio en estos mercados se despliegue de un modo distinto a cómo sucede en mercados tradicionales. En ese sentido, los indicadores que tradicionalmente se utilizan para medir la posición de dominio podrían requerir adecuarse a las características propias de los mercados digitales como veremos a continuación.⁵¹

3.2.1 Escenario “*the winner takes it all*” o el “ganador se lleva todo”

La combinación de las características de los mercados digitales descritas en la sección “II” del presente trabajo conlleva a que los mercados digitales sean propensos a hacer “*tipping*” o estar “inclinados”, es decir, a alcanzar un punto de inflexión en el que el mercado tenderá naturalmente hacia

una única empresa, la que ostentará una ventaja significativa en el mercado o mercados involucrados⁵². Este escenario es conocido como “*the winner takes it all*” o “*el ganador se lleva todo*”.

Así, el proceso competitivo cambia de una competencia “*en*” el mercado a una competencia “por el mercado”⁵³, en el que las empresas compiten por convertirse en la “ganadora” del mercado. Ello implica que consumidores solo podrán beneficiarse de la competencia, entre diversas empresas, en el mercado digital involucrado por un periodo relativamente corto hasta que una de estas empresas incumbentes adquiera una ventaja significativa en el mercado.⁵⁴

Ahora bien, este escenario no será necesariamente perjudicial mientras exista competencia “por el mercado”, esto es, que la empresa “ganadora” del mercado enfrente presión competitiva por parte de potenciales entrantes (mercados contestables), dado que así tendrá incentivos para continuar mejorando sus productos y servicios y, así, evitar la entrada de otra empresa innovadora al mercado que pueda terminar desplazándola⁵⁵.

Sin embargo, como desarrollamos en la sección “II”, algunas de las características de los mercados digitales como efectos de red, economías de escala y la explotación de la *Big Data*, propiciarían mercados digitales poco contestables y con altas barreras de entrada que dificultarían el ingreso de nuevos competidores. Asimismo, dichas características tenderían a crear efectos *lock-in* o de “bloqueo”, a fin mantener a los usuarios dentro los ecosistemas digitales y, así, proteger la base de usuarios que le otorga a la empresa la ventaja competitiva.⁵⁶

51 Robertson, Viktoria (2021). *Op cit.* p.49

52 Stigler Center Study of the Economy & the State, Chicago Booth. *Op cit.* p. 8

53 *Ibidem.* p. 29

54 Stigler Center Study of the Economy & the State, Chicago Booth. *Op cit.* p. 35

55 COFECE (2018) *Op cit.* p 19.

56 CMA (2020) *Op cit.* p. 31

En ese sentido, se sugiere que la poca contestabilidad de estos mercados –pese a la alta rentabilidad que estos ofrecen– puede deberse a la concentración y altas barreras de entrada que estos erigen, debido a la combinación particular de sus características, las que se verían reforzadas –como veremos más adelante– por potenciales conductas exclusorias a fin de mantener su posición de dominio en el mercado⁵⁷.

Por ello, resulta fundamental que, al momento de analizar si determinada empresa ostenta una posición de dominio, la autoridad de competencia tome en cuenta las características particulares de los mercados digitales, como los efectos de red, las economías de escala y alcance y la explotación de la Big Data, así como el impacto que estas tienen, combinadas, sobre sus competidores (actuales y potenciales), proveedores y clientes⁵⁸.

En esa línea, el parlamento alemán realizó en el 2017 la novena reforma de su Ley de Competencia (en adelante, GWB por sus siglas en alemán) con el objetivo de hacer frente a los nuevos desafíos de los mercados digitales. En ese sentido, incluyó en el artículo 18 (3) del GWB los siguientes indicadores para determinar la posición de dominio en mercados de dos lados y plataformas: (i) los efectos de red directos e indirectos, (ii) la existencia de *multihoming* y los costos de migración, (iii) las economías de escala y los efectos de red, (iv) el acceso a data como ventaja competitiva; y, (v) la presión competitiva que enfrenta la empresa a través de la innovación.

Así, por ejemplo, en el caso llevado a cabo por el *Bundeskartellamt* (autoridad de competencia alemana) contra Facebook, por abuso de posición de dominio, se tomaron en consideración los indicadores del artículo 18 (3) del GWB⁵⁹ para deter-

minar la posición de dominio de dicha empresa en el mercado de redes sociales.

En ese sentido, consideró que Facebook tenía posición de dominio en el mercado de redes sociales en la medida que, además de tener una cuota del 95% en el territorio alemán, presentaba las siguientes características (i) existían externalidades directas e indirectas que generaban barreras de entradas pues debía alcanzarse un número crítico de usuarios para que la red social sea atractiva en el mercado; (ii) no se evidenciaba la existencia de *multihoming*; y, (iii) Facebook tiene un importante acceso a data relevante que permitía mejorar el diseño de la plataforma y monetizar el servicio a través de publicidad online.

De esta manera, concluyó que el mercado de redes sociales era un mercado que había hecho *tiping* favor de Facebook, la que se habría erigido como un monopolista o “casi” monopolista en dicho mercado.

Asimismo, en el caso *Google Shopping*, la Comisión Europea consideró que Google tenía posición de dominio en el mercado de búsqueda general online, para lo cual tomo en consideración, además de las cuotas de mercado, las barreras de entrada y expansión, la falta de *multi-homing*, entre otros factores⁶⁰.

3.2.2 Plataformas *Gatekeepers* o guardianas de acceso.

Las grandes plataformas pueden llegar a obtener un gran poder de intermediación, control o influencia entre empresas que brindan servicios digitales (usuarios profesionales) y los usuarios finales. Estas plataformas son llamadas *gatekeepers* o

57 Stigler Center Study of the Economy & the State, Chicago Booth. *Op cit.* p.34

58 Robertson, Viktoria (2020). *Op cit.* 10.

59 Bundeskartellamt. (2019) Caso Facebook. B6-22/16.

60 Comisión Europea (2017) Caso AT.39740. *Google Shopping*.

“guardianas de acceso”, en tanto funcionan como las principales vías de acceso para que las empresas digitales puedan acceder a usuarios o clientes potenciales⁶¹.

Así, por ejemplo, la plataforma de Amazon (*Marketplace*) funciona como la puerta de acceso al comercio online para los *retailers* independientes (usuarios profesionales) que buscan vender en internet sus productos a potenciales clientes (usuarios finales). De la misma manera, la tienda de aplicaciones de Apple, “*Istore*” funciona como la puerta de acceso para que los desarrolladores de aplicaciones (usuarios profesionales) puedan poner a disposición de los usuarios de *Iphone* (usuarios finales) sus aplicaciones para descarga.

Ahora bien, el reporte del Subcomité en Antitrust de la Cámara de Representantes destaca que las plataformas “GAFA” (Google, Amazon, Facebook y Apple) tendrían un rol de *gatekeepers* en canales de distribución cruciales en sus respectivos mercados⁶², y podrían estar utilizando dicha posición para mantener su poder de mercado⁶³.

En esa línea, en enero de 2021, el parlamento alemán realizó la décima reforma al GWB, en la cual se incorporó como un indicador de posición de dominio en mercados de múltiples lados el que la empresa cuente con “poder de intermediación”. Es decir, el GWB tomará como un indicador de posición de dominio el que la plataforma cumpla con un rol de *gatekeeper* en atención a la importancia que ello implica para el acceso a determinado mercado o mercados,

Ahora bien, la Comisión Europea presentó, en diciembre de 2020, una propuesta normativa de

nominada “Ley de Mercado Digitales” (en adelante, DMA por sus siglas en inglés), la que buscaría abordar los presuntos efectos negativos en la competencia que producirían las plataformas *gatekeepers*, debido a las características que presentan, tales como efectos de red, economías de escala y data como ventaja competitiva.⁶⁴ En ese sentido, el DMA tendrían como objetivo asegurar la contestabilidad de dichos mercados, es decir, que no se impida o dificulte la entrada de nuevos competidores.⁶⁵

De acuerdo con la propuesta, la Comisión Europea determinará que una plataforma califica como *gatekeeper* en base a tres criterios objetivos: (i) impacto significativo en el mercado, (ii) importante poder de intermediación entre una gran base de usuarios profesionales y finales y, (iii) una posición duradera y estable en el mercado. Así, las empresas calificadas como *gatekeepers* estarán sujeta a una serie de obligaciones y prohibiciones, entre las que se encuentran prohibiciones como realizar *self-preferencing* o autofavorecimiento y la preinstalación de aplicaciones, así como a obligaciones específicas de interoperabilidad y acceso a data relevante en casos específicos, entre otras.

Sin embargo, dicha propuesta parece alejarse del derecho de la competencia y acercarse más a un régimen *ex ante*, ejercido por la Comisión Europea, en tanto no será necesario definir un mercado relevante o analizar la posición de dominio para determinar la condición de *gatekeeper*, sino que esta será determinada en base a criterios objetivos previamente establecidos en la norma, y en mérito de la cual se le impondrá una serie de obligaciones y prohibiciones, sin posibilidad de presentar una justificación de eficiencias.

61 Stigler Center Study of the Economy & the State, Chicago Booth. *Op cit.* p 105

62 Nadler, J y David Cicilline. *Op cit.* p. 6

63 Ídem.

64 Ibáñez Colomo, Pablo (2021). *Op cit.* p. 2

65 El texto completo de la propuesta puede revisarse en: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_en

En una línea similar, la décima reforma al GWB introdujo una nueva herramienta en la sección 19 (a) su Ley de Competencia que apuntaría a los agentes con una “importancia primordial en los mercados” y permitiría imponerle una serie de medidas como la prohibición de *self-preferencing* o autofavorecimiento, así como de impedir el acceso a data relevante para la competencia.

Dicha herramienta, ha sido también denominada como un “poder de mercado de una nueva naturaleza”, en tanto no se basaría en los indicadores de posición de dominio tradicionales, sino en la posición especial que tienen los *gatekeepers* para determinar el acceso al mercado de otras empresas y para determinar cómo interactúan entre ellas.⁶⁶

Finalmente, cabe precisar que, en contraposición con el DMA, la herramienta prevista en el GWB sí mantiene un análisis *ex post*, característico del análisis de los actos de abuso de dominio y, en ese sentido, permite que la empresa pueda justificar las eficiencias que tendría su conducta en el mercado, a fin de que ello pueda ser evaluado por la autoridad de competencia⁶⁷.

4. Actos de abuso de posición de dominio en mercados digitales

Una vez se hubiera determinado que una empresa cuenta con posición de dominio en el mercado relevante, corresponde analizar si dicha empresa ha incurrido en actos que impliquen el abuso de dicha posición y que tengan como efecto una restricción indebida de la competencia.

Conforme mencionamos en la sección anterior, la posición de dominio en sí misma no es ilícita, sino que solo lo será cuando implique un abuso de dicha posición para generar efectos negativos sobre la competencia⁶⁸. En ese sentido, el análisis de los efectos de la conducta cobra especial relevancia en el análisis que realiza la autoridad de competencia de un acto de abuso de posición de dominio.

Si bien no existe una lista cerrada de actos que pueden constituir un abuso de posición de dominio, existen ciertas categorías o modalidades “tradicionales” que han sido ejemplificadas en la normativa o han sido recogidas por la jurisprudencia como, por ejemplo, las ventas atadas, la discriminación, los contratos de exclusividad, entre otros. Ahora bien, dicha lista no es exhaustiva, por lo que la autoridad de competencia puede también analizar conductas novedosas que constituyan un abuso de posición de dominio, pero que no calcen dentro de las categorías “tradicionales” mencionadas.⁶⁹

En ese sentido, a efectos del análisis de casos de abuso de posición de dominio en mercados digitales, la autoridad de competencia puede encausar las conductas en las categorías tradicionales ya establecidas de abuso de posición de dominio o desarrollar nuevas categorías en el contexto específico de los mercados digitales⁷⁰.

Por ello, en esta sección, exploraremos los principales tipos de conductas de abuso de posición de dominio en mercado digitales en base a la casuística de distintas agencias de competencia, in-

66 Brook, Or y Eben, Magali (2021) Abuse without dominance and monopolisation without monopoly (2021). Akman, Brook, Stylianou (eds.) Research Handbook on Abuse of Dominance and Monopolization (Edward Elgar Publishing, próximo a publicarse). Extraído de: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=>. pp. 17-18

67 Ídem

68 OECD (202). *Op cit.* p.11

69 Robertson, Viktoria (2020). *Op cit.* p. 13

70 Ibidem. p 14

cluyendo casos resueltos, demandas presentadas e investigaciones en curso.

4.1 Ventas atadas (Google Android)

El caso Google Android⁷¹ ejemplifica cómo pueden ser aplicadas categorías tradicionales de abuso de posición de dominio en el análisis de actos de abuso de posición de dominio en mercados digitales. En este caso, la Comisión Europea sancionó a Google con la multa más alta impuesta hasta la fecha por dicha entidad (4,34 billones de euros), en la medida que, desde el 2011, impuso restricciones ilegales a los fabricantes de dispositivos Android y operadores de redes móviles a fin de consolidar la posición dominante de su motor de búsqueda *Google Search*

Ahora bien, la Comisión Europea determinó que, en este caso, debían considerarse tres mercados relevantes en los que Google tenía posición de dominio: (i) el mercado de servicios de búsqueda general, en el que Google tenía posición de dominio con su motor de búsqueda *Google Search*; (ii) el mercado de sistemas operativos móviles, en el que Google tenía posición de dominio con su sistema operativo *Android*; y, (iii) el mercado de tiendas de aplicaciones, en el que Google era dominante con su tienda de aplicaciones *Play Store*.

Una vez realizada la definición de mercado relevante y determinada la posición de dominio, la Comisión Europea analizó tres conductas de Google que habrían constituido actos abuso de su posición de dominio. Para efectos del presente trabajo, nos centraremos en la conducta realizada por Google, que fue calificada por la Comisión Europea como una “venta atada”, consistente en condicionar a los fabricantes de dispositivos *An-*

droid la licencia de la aplicación *Play Store* a la preinstalación previa de las aplicaciones *Google Search* (motor de búsqueda) y *Chrome* (navegador)⁷².

Así, Google ofrecía la licencia de sus aplicaciones *Google Search*, *Chrome* y la *Play Store* a los fabricantes de dispositivos móviles como un paquete, no siendo posible adquirir estas por separado. Al respecto, un dato clave es que la tienda de aplicaciones *Play Store* no podía ser descargada legalmente por los usuarios, por lo que estos requerían adquirir el equipo con la aplicación de la *Play Store* ya instalada en el mismo. De esta manera, con dicha “atadura” Google buscaba que las aplicaciones *Google Search* y *Chrome* fuera también preinstaladas en conjunto con la *Play Store* en todos los dispositivos móviles *Android*.

Con relación al análisis de los efectos de la conducta, la Comisión Europea consideró que con la venta atada de las aplicaciones *Play Store*, *Google Search* y *Chrome*; Google buscaba consolidar la posición de dominio de su motor de búsqueda *Google Search* en el mercado de búsqueda general. En efecto, asegurando la preinstalación de las aplicaciones *Google Search* y *Chrome* en los dispositivos móviles Android, Google buscaba que el tráfico de búsquedas generales, realizadas a través de estos dispositivos, fuera dirigido a la aplicación de su motor de búsqueda (*Google Search*) o a la de su navegador (*Chrome*), pues este último mostraba a *Google Search* como motor de búsqueda por defecto en su página de inicio.

Al respecto, la Comisión Europea tomó en consideración que los usuarios mostraban una tendencia o sesgo por mantenerse en el *status quo* o en la opción predeterminada que venía preinstalada con su equipo, siendo muy limitado el *multihom-*

71 Comisión Europea (2018) Caso AT.40099. *Google Android*.

72 Las otras dos conductas consistieron en (i) realizar pagos ilegales para la preinstalación exclusiva de *Google Search* a operadores y fabricantes, entre los que se encontraba Apple; y, (ii) acuerdo *anti-forking*, para la obstrucción al desarrollo y distribución de sistemas operativos competidores de Android (forks), pese a que era un sistema de código abierto.

ming. En efecto, en los dispositivos con sistema operativo *Android* en los que las aplicaciones móviles *Google Search* y *Chrome* estaban preinstaladas, más del 95 % de todas las búsquedas se realizaban a través del motor de búsqueda de Google. En contraste, en los dispositivos con sistema operativo *Windows Mobile*, que tenía preinstalada la aplicación del motor de búsqueda *Bing* (de Microsoft), solo el 25 % de todas las búsquedas se realizaron a través del motor de búsqueda de Google.

De este modo, la Comisión consideró que la conducta anticompetitiva de Google generó efectos negativos sobre el mercado, al reducir los incentivos de los fabricantes para preinstalar aplicaciones de búsqueda y de navegación competidoras, así como también redujo los incentivos de los usuarios para descargar aplicaciones distintas a las de Google y hacer *multihoming* con otros motores de búsqueda.

En relación con las ventas atadas en los mercados digitales, la OCDE ha destacado que, en atención a las características que presentan estos mercados, la conducta resultaría atractiva para las plataformas incumbentes dado que puede ser implementada con relativa facilidad (p.e creando una interfaz que permita conectar ambos productos)⁷³. Asimismo, dada la importancia de los efectos de red en mercados digitales, existirían incentivos para incurrir en ventas atadas a fin de ampliar la base de usuarios del producto o servicio atado y, de esta manera, trasladar la posición de dominio a otros productos o servicios que formen parte de su ecosistema⁷⁴.

Finalmente, cabe mencionar que, recientemente, el DOJ de Estados Unidos demandó a Google,

entre otras cosas, por monopolización (el equivalente en la legislación norteamericana al abuso de posición de dominio), en la categoría de ventas atadas, al condicionar la licencia de la *Play Store*, a que sea preinstalada, en paquete, con las aplicaciones Google, Gmail, Maps y Youtube, sin brindar la opción a que sean desinstaladas.⁷⁵

4.2 *Self preferencing* y *Google Shoooping*

A grandes rasgos, el “*self-preferencing*” o “autofavorecimiento” implica que una empresa o plataforma busque expandir su posición de dominio a otro mercado mediante el favorecimiento de sus propios productos⁷⁶. El caso más relevante, en el cual se analizó esta conducta de abuso de posición de dominio, es el caso llevado a cabo por la Comisión Europea “*Google Search (Shopping)*”.

En el 2017, luego de más siete años de investigación, la Comisión Europea sancionó a Google con 2.42 billones de euros por incurrir un abuso de posición al utilizar su motor de búsqueda general *Google Search* para autofavorecer a su propio producto, el comparador de compras *Google Shopping*; y, de esta manera, excluir a los comparadores de compras competidores. En el presente caso, la Comisión Europea analizó el mercado relevante y la existencia de una posición de dominio de la siguiente manera:

1. Mercado de servicios de búsqueda general: La Comisión determinó que Google contaba con posición de dominio en el servicio de búsqueda con su motor de búsqueda “*Google Search*”. Dicho mercado abarca las búsquedas realizadas por un usuario a través de *Google Search* cuando ingresa una palabra clave (a

73 OECD (2020). *Op cit.* p 42

74 Ídem

75 Ver texto completo de la demanda en: <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1328941/download>

76 Paemen, Dieter y Aleksander Tombiński. The Google comparative shopping case. A critical take on the arguments. Competition Law Insight. Extraído de: https://www.cliffordchance.com/briefings/2017/10/cpi_article_on_thegooglecomparativeshoppin.html. p 3

“*query*”) y, en función a determinados algoritmos, se le muestra una variedad de resultados que abarcan distintas categorías entre los que se muestran resultados genéricos y especializados, siendo que estos últimos pueden incluir resultados correspondientes a comparadores de compras.

2. El mercado de servicios de comparación de compras: Comprende plataformas que brindan servicios de búsqueda especializados que: (i) permiten a los usuarios comparar los precios y características de determinado producto a través de las distintas ofertas de los *retailers* en línea; y (ii) proporcionan enlaces que conducen a los sitios web de dichos *retailers online*. Entre los compradores de Google más conocidos en Europa se encuentran *Google Shopping* (comparador de compras de Google), *Le Guide* y *Shopzilla*.

Una vez realizada la definición de mercado y la determinación de la existencia de una posición de dominio, la Comisión Europea analizó la conducta que habrían constituido el abuso de posición de dominio. Así, la Comisión Europea consideró que Google había incurrido en una conducta de abuso de posición de dominio novedosa y distinta a las categorías tradicionales denominada “*self-preferencing*” o “autofavorecimiento”.

La conducta de Google consistió en que, cada vez que un usuario realizaba una búsqueda especializada relacionada con la compra de un producto a través del motor de búsqueda *Google Search*, este arrojaba entre los primeros resultados a su comparador de compras *Google Shopping* y relegaba a los últimos lugares a los servicios de comparación de compras competidores. Así, Google habría abusado de su posición de dominio en el mercado de búsqueda general para favorecer su propio comparador de compras.

Es importante mencionar que, para analizar los efectos anticompetitivos de la conducta, la Comisión Europea tomó en cuenta los sesgos cognitivos de los usuarios. Así, encontró que los usuarios mostraban un sesgo o tendencia a hacer *click* en los resultados de búsqueda que aparecían en mejor posición. En efecto, estudios mostraban que los diez resultados de la primera página eran los que recibían el 95% de *clicks* de los usuarios y el resultado que aparecía en primer lugar recibía el 35% de los *clicks*. A criterio de la Comisión, ello explicaría por qué el tráfico de los rivales de *Google Shopping* se redujo en 85% en Reino Unido, 92% en Alemania y 80% en Francia, mientras duró la conducta.

De esta manera, la Comisión Europea consideró que el *self preferencing* o autofavorecimiento, que Google brindaba a su propio servicio de comparación de compras, generaba una desviación ilícita de la demanda hacia su propio producto en la medida que lograba que los comparadores de precios competidores tuvieran menor tráfico a sus plataformas. En ese sentido, dicha conducta habría privado a los consumidores de los beneficios de la innovación y de contar con una mayor competencia en el mercado.

Finalmente, cabe precisar que la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos inició también una investigación contra Google, en paralelo a la que realizó la Comisión Europea por el tratamiento que otorgaba el motor de búsqueda *Google Search* a los servicios de comparación de compras competidores de *Google Shopping*.

No obstante, en el caso americano se decidió archivar la investigación, en el año 2013, al considerar que los cambios introducidos en el algoritmo de Google, para relegar a los compradores de competidores de *Google Search* a los últimos lugares, tuvieron finalmente efectos positivos sobre los consumidores, pues incrementaron la ca-

lidad de los resultados del motor de búsqueda de Google⁷⁷.

4.3 *Free-riding* forzoso y Amazon

La OCDE ha identificado otra conducta novedosa, distinta a las categorías tradicionales, denominada *forced-free riding* o “free riding forzoso”, enfocada principalmente en las plataformas digitales gatekeeper que sirven de acceso o son intermediarias entre usuarios profesionales y los usuarios finales⁷⁸ y que, además, se encuentran verticalmente integradas y participan en la plataforma con sus propios productos y servicios. Así, esta conducta implica que la plataforma se apropie o utilice la innovación (por ejemplo, data) de la empresa (usuario profesional) que participa en su plataforma, y la utilice ilícitamente para beneficiar sus propios productos y servicios, restringiendo la competencia en dicho mercado.

Así, por ejemplo, Amazon participa en el mercado de *e-commerce* a través de su plataforma (*Marketplace*), mediante la cual conecta *retailers* independientes con compradores; y, a su vez, también participa como un *retailer* más dentro de su propio *Marketplace*. En ese sentido, se habría identificado que Amazon podría estar utilizando la data que recolecta de los *retailers* independientes que participan en su plataforma (p.e. data sobre qué productos son los más vendidos, quiénes son los principales clientes, a qué partes del mundo despacha, etc) y aprovecharla para mejorar su propia

oferta de productos, excluyendo, de este modo, a los *retailers* independientes competidores⁷⁹.

En esa línea, en julio de 2019, la Comisión Europea inició una investigación contra Amazon por el uso de la data sensible que recolecta de los *retailers* independientes que participan en su *Marketplace*, vulnerando la normativa en libre competencia⁸⁰. Posteriormente, en noviembre de 2020, la Comisión Europea presentó sus resultados preliminares, señalando que Amazon accede a grandes cantidades de data de los *retailers* independientes que participan en su *Marketplace* —la cual recolecta y procesa, a través de sistemas automatizados— y la utiliza para adecuar las ofertas de sus propios productos *retail* y sus decisiones estratégicas en dicho mercado, en perjuicio de los *retailers* independientes que participan en su plataforma⁸¹.

Asimismo, el Subcomité en Antitrust de la Cámara de Representantes resaltó que había recibido múltiples reclamos a lo largo de su investigación con relación a que Amazon estaría utilizando la data de los *retailers* independientes que participan en su *Marketplace* para identificar y luego replicar los productos más populares que se venden en la plataforma con la finalidad de excluir a sus competidores.⁸²

5. Reflexiones Finales

La combinación de las características de los mercados digitales, como el incremento extremo de

77 Solano Díaz, Pablo (2017). La decisión de la Comisión Europea en el asunto Google Search. La última frontera del derecho de la competencia. Actualidad Jurídica Uría Menéndez N° 46. pp. 101-102

78 OECD (2020). *Op cit.* p 54

79 Khan, Lina (2017), “Amazon’s Antitrust Paradox”, *Yale Law Journal*, Vol. 126, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2911742, p. 782.

80 Comisión Europea (2019). Antitrust: Commission opens investigation into possible anti-competitive conduct of Amazon. Nota de Prensa. Extraído de: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pl/ip_19_4291

81 Comisión Europea (2020). Antitrust: Commission sends Statement of Objection to Amazon for the use of non public independent seller data and opens second investigation into e-commerce business practices. Extraído de: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_2077

82 Nadler, J y David Cicilline. 2020. Investigation in Digital Markets. *Op cit.* p 276

las economías de escala, los efectos de red directos e indirectos, la Big Data como ventaja competitiva y, las economías de alcance y los ecosistemas digitales, presentan desafíos al análisis tradicional de los actos de abuso de posición de dominio llevado a cabo por las autoridades de competencia.

En ese sentido, hemos revisado cómo el derecho de la competencia ha ido adaptándose para poder enfrentar dichos retos y está demostrando ser lo suficientemente flexible para poder enfrentarlos mediante el ajuste de herramientas metodológicas para la definición del mercado relevante, la creación de nuevas herramientas para la determinación de la existencia de una posición de dominio y la creación de nuevas categorías específicas para mercados digitales, incorporando dentro su análisis de casos elementos particulares aplicables a dichos mercados.

Si bien consideramos que estos primeros pasos son importantes y se orientan en una dirección correcta, es necesario que las autoridades de competencia procuren reflejar en sus propuestas normativas y análisis de casos un adecuado conocimiento de la dinámica de estos mercados, así como brindar una respuesta celeré que pueda restablecer a tiempo la competencia en mercados altamente dinámicos y cambiantes.

Bibliografía

Brook, Or y Magali Eben. 2021. Abuse without dominance and monopolisation without monopoly. Akman, Brook, Stylianou (eds.) Research Handbook on Abuse of Dominance and Monopolization (Edward Elgar Publishing, próximo a publicarse). Extraído de: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=>.

Comisión Europea. “Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria

en materia de competencia”. Diario Oficial N° C 372 de 09/12/1997 p. 0005 - 0013

Comisión Federal de Competencia Económica -COFECE (2018) Repensar la Competencia en la Economía Digital. Extraído de: https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/03/repensarlapcompetenciaenlaeconomiadigital_01022018.pdf.

Competition Markets Authority (CMA). 2020. Online platforms and digital advertising. Market study final report. Extraído de: <https://www.gov.uk/cma-cases/online-platforms-and-digital-advertising-market-study>.

Crémer, Jacques, Yves-Alexandre de Montjoye y Heike Schweitzer. *Competition Policy for the digital era*. (Luxembourg: Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2019). Extraído de: https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation_2018/report_en.html

De Mauro, Andrea, Marco Greco and Michele Grimaldi. 2016. <<A Formal Definition of Big Data Based on its Essential Features>>. Library Review, vol. 65, n° 3.

<<Explanation of externalities in digital platforms>>, Digital Regulation Platforms. Competition and Economics. En: <https://digitalregulation.org/explanation-of-externalities-on-digital-platforms/>

European Data Protection Supervisor. 2014. Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor. Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy. Extraído de: https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/privacy-and-competitiveness-age-big-data_en

- Evans, David y Richard Schmalensee. 2015. <<The Industrial Organization of markets with Two-Sided Platforms>>. Competition Policy International, vol. 3, n°1. Extraído de: <https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2015/04/Evans-Schmalensee-The-Industrial-Organization-of-Markets-with-Two-Sided-Platforms-2007.pdf>
- Figari, Hugo, Hugo Gómez y Mario Zúñiga. 2005. <<Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio>>. Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual.
- Haucap, Justus y Ulrich Heimshoff. 2013 <<Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet driving competition or market monopolization>>. International Economics and Economic Policy, n°83. p. 3
- Ibáñez, Pablo. 2021 <<The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis>>. London School of Economics- Law Department. Extraído de: <https://ssrn.com/abstract=3790276>.
- Khan, Lina. 2017. <<Amazon's Antitrust Paradox>>. Yale Law Journal, vol. 126. Extraído de: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2911742.
- Krugman, Paul y Robin Wells (2015). Economics. Worth Publishers: 4ta Ed.
- Nadler, J y David Cicilline (2020) Investigation in Digital Markets. Majority Staff Report and Recommendations. Subcommittee on Antitrust Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary.
- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (2016) Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era. Background note by the Secretariat. Extraído de: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf)
- Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos – OCDE (2020) Abuse of Dominance in Digital Markets. Extraído de: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf>
- Paemen, Dieter y Aleksander Tombiński. The Google comparative shopping case. A critical take on the arguments. Competition Law Insight. Extraído de: https://www.cliffordchance.com/briefings/2017/10/cpi_article_on_thegooglecomparativeshoppin.html
- Robertson, Viktoria H.S.E (2020) Antitrust Law and Digital Markets: A Guide to the European Competition Law Experience in the Digital Economy. Extraído de: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3631002>.
- Robertson, Viktoria H.S.E (2021) Antitrust Market Definition for Digital Ecosystems. Concurrences N° 2-2021. I Competition policy in the digital economy. Extraído de: <https://ssrn.com/abstract=3844551>
- Rogerson William y Howard Shelanski. Antitrust Enforcement, Regulation and Digital Platforms. University of Pennsylvania Law Review. [Vol. 168: 1911-1940. p. 1927.
- Shapiro C & Varian, H. 1999. Information Rules. A Strategic Guide to the Network Economy. Harvard Business School Press.
- Solano Díaz, Pablo (2017). La decisión de la Comisión Europea en el asunto Google Search. La última frontera del derecho de la competencia. Actualidad Jurídica Uría Menéndez N° 46

Stigler Center Study of the Economy & the State, Chicago Booth, Final Report. 2019, Extraído de: <https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digital-platforms-final-report>

Tucker, D & Wellford, H (2014) Big Mistakes Regarding Big Data. Antitrust Source, American Bar Association. In: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2549044>

Casos consultados:

No. C 08-5780 JF (RS), 2009, Facebook, Inc. v. Power Ventures, Inc., WL 3429568, at *2 (N.D. Cal. Oct. 22, 2009)

Caso 85/76 *Hoffmann-La Roche v Commission* EU :C:1979:36

Comisión Europea (2017),. Caso AT.39740. *Google Shopping*

Caso AT.40099, *Google Android*, (2018), numeral 266.

Bundeskartellamt.(2019) Caso Facebook. B6-22/16.

El auge del comercio electrónico: Reflexiones y discusiones entorno a la contratación y la protección al consumidor.

The rise of electronic commerce: Reflections and discussions about the procurement and consumer protection

Pavel Flores Flores¹

Resumen. El exponencial crecimiento del comercio electrónico, en los últimos meses, ha permitido identificar una serie de desafíos entorno al cumplimiento contractual y la protección al consumidor, lo que determina una discusión dual entorno a la genealogía de la contratación y la implementación de nuevas herramientas electrónicas con vistas a observar la protección de los derechos del consumidor en las nuevas relaciones de consumo generadas bajo este medio. En este sentido, las siguientes líneas esgrimen una serie de reflexiones sobre los espacios de comercio electrónico, su incidencia en la práctica contractual, la aplicación de las herramientas tecnológicas y la promoción de modelos innovadores de negocios, lo que trae consigo una nueva discusión sobre el fomento del consumo por medios electrónicos y los niveles de protección al consumidor, tomándose en consideración la viabilidad de las propuestas normativas y las decisiones jurisprudenciales.

***Abstract.** The exponential growth of e-commerce in recent months, identifies a number of challenges to contractual compliance and consumer protection, which determines a dual discussion around the genealogy of contracting and the implementation of new electronic tools with a view to observing the protection of consumer rights in the new consumption relations generated through this medium. The following lines propose a series of reflections on e-commerce spaces, their impact on contractual practice, the application of technological tools and, the promotion of innovative business models, resulting in a new discussion on the promotion of consumption by electronic means and levels of consumer protection, taking into account the feasibility of legislative proposals and case-law decisions.*

Palabras clave. Buena fe, Comercio electrónico, Contrato Mercado digital, Protección al consumidor, Relación de consumo.

Keywords. Good faith, E-commerce, Contract Digital market, Consumer protection, Consumer relation.

Sumario: 1. Introducción. 2. El comercio electrónico y su prospección en el mercado. 2.1. ¿Qué es comercio electrónico? 2.2. Sobre la formación del contrato. 2.3. Sobre el incumplimiento contractual. 2.4. Sobre las cláusulas generales de contratación. 3. ¿Qué nos dice el Código de Protección y Defensa del Consumidor sobre la contratación electrónica? 4. Reflexiones finales.

¹ Abogado y magíster en Educación e Investigación por la Universidad de San Martín de Porres. Estudios de maestría en Educación e Investigación por el ICED. Estudios de especialización en contratos y consumo en la Universidad de Salamanca, España. Especialista y coordinador legal de la Subdirección de Transporte Especial de la Autoridad de Transporte Urbano. Miembro del Centro de Estudios en Políticas de Protección al Consumidor y la Sociedad Peruana de Derecho. Premio Darío Herrera Paulsen 2017. Premio Mario Alzamora Valdés 2020. pavelflores.202@gmail.com.

1. Introducción

*“(…) se ha comenzado a hacer las compras por computadora, a través de esa pantalla que será la ventana por la que los hombres sentirán la vida. Así de indiferente e intocable”. Ernesto Sábato.*²

En el último año, se ha presenciado el auge del comercio electrónico en el Perú, esto en relación con el advenimiento de la pandemia y la crisis mundial a causa del covid-19, lo que, en efecto, provocó espacios de comercialización y la utilización de canales virtuales que permitiesen el suministro de los diversos bienes y servicios, al mismo tiempo que, se presenciaba nuevas formas de llevar a cabo la actividad económica por parte de muchas empresas, las cuales tuvieron que adaptarse a nuevos espacios o potenciar los que tenían previamente constituidos.

En este contexto, se observó particularidades sobre las relaciones de consumo, que, en definitiva, también sufrieron el impacto de la intensificación de las herramientas electrónicas, de tal manera que se abrió paso a nuevas modalidades de contratación, así como a una variedad de productos y servicios que permitieron reforzar determinados sectores relacionados, por ejemplo, a los productos destinados a cumplir las necesidades básicas.

Desde la perspectiva del consumidor, se hace latente un estado de vulnerabilidad más amplio que en el contrato de consumo ordinario, esto

en sentido que se enfrenta a un nuevo escenario³ -con sus ventajas y desventajas- y que, en efecto, permite hacer una disgregación selectiva, por un lado, aquellos que podrían acentuar su vulnerabilidad frente a la dinámica virtual, que recién conocen y en muchos casos, no entienden; y, por otro lado, aquellos, que podrán acceder de manera idónea y se muestran proclives a tal modalidad de contratación. Una ambivalencia que, desde diversos dispositivos -normativos, jurisprudenciales o políticos-, debe reducirse, sin afectar la nueva modalidad de contratación.

Se alude entonces a la posibilidad de partir de diversas premisas entorno a la protección al consumidor y su relación con el proveedor, donde se evidencia un grado de desigualdad técnica, jurídica y fáctica⁴; situación que se agrava dentro de la contratación electrónica; lo acompaña datos sobre reclamos y denuncias interpuestas ante la autoridad administrativa, la cual tiene como gran desafío, proponer nuevas vertientes de solución a problemas prácticos y, por supuesto, establecer una relación adecuada entre la jurisprudencia existente y aquella derivada de los nuevos conflictos.

Lo expuesto, impregnado bajo el matiz Constitucional⁵, que determina la defensa del interés del consumidor, y en referencia a un principio rector de la política social y económica del Estado, como es la protección de los derechos de los

2 Ernesto Sábato, *La resistencia* (Buenos Aires: Editorial Planeta, 2000), 17.

3 En referencia a la vulnerabilidad, y la secuencia de eventos que puede desencadenar una desprotección al consumidor véase Cesar Carranza Álvarez, <<De la tutela constitucional del consumidor al reconocimiento de su vulnerabilidad por el Código de Protección y Defensa del consumidor peruano. Primera exploración jurisprudencial>>, en *Derecho del consumidor. Temas actuales*, coor. por Cesar Carranza Álvarez (Lima: Editorial Normas Jurídicas, 2017), 99.

4 Julio Durand Carrión, <<El Derecho del consumidor y sus efectos en el Derecho Civil, frente a la contratación de consumo de mercado>>, *Vox Juris*, N.º 24(2) (2012): 108, hace referencia al déficit de negociación, reflexión e información, lo que se traduce como un estado de inferioridad material del consumidor frente al proveedor al momento de la contratación.

5 Véase el artículo 65 de la Constitución Política del Perú, sobre la defensa del interés del consumidor, convirtiéndose en pilar del régimen de economía social del mercado establecido en el artículo 58 del mismo cuerpo normativo, el cual debe tomarse en consideración a través de la actuación del Estado en las políticas públicas, decisiones ejecutivas, propuestas legislativas, criterios jurisprudenciales, entre otros supuestos.

consumidores⁶, lo que permite sustentar que tales derechos son de “orden público de protección u orden público social”.⁷ Lorenzetti alude a un orden racional que se propone regular diversas latitudes⁸.

Solo así se puede apreciar cómo el derecho vigente soluciona -o pretende buscar soluciones-, pero no extingue los conflictos de consumo, siendo el auge del comercio electrónico, una nueva incertidumbre que impacta en la aplicación e interpretación jurídica, no solo por su importancia actual en la comercialización de productos reduciendo el contacto físico, acelerando los procesos de compra y facilitando las transacciones desde el hogar⁹, sino por su crecimiento sostenido y perpetuidad.

Así, el objetivo del artículo, es analizar la práctica del comercio electrónico desde la perspectiva de la protección al consumidor y las aristas que involucran la promoción de la contratación electrónica, virtualización de procedimientos, vacíos normativos sobre el tema, la labor de la autoridad tutelar, entre otros supuestos que se han suscitado a lo largo de este tiempo y que merecen ciertas discusiones y reflexiones que aborden no solo las incidencias ante el incumplimiento contractual, sino aquellas que se producen desde la formación contractual. Este aspecto no solo tiene un alcance teórico entre el derecho del consumidor y el derecho común, sino que toma mayor relevancia en su matiz práctica.

Para desarrollar las siguientes líneas, se ha seleccionado fuentes de información que permiten

abordar una investigación de carácter descriptivo y enfoque cualitativo, mostrándose instituciones, conceptos y teorías, contrastadas con la realidad material y casos hipotéticos, dando como resultado aquello que es observable, y que resulta la tesis central de la investigación: la tecnología ha facilitado y permitido la contratación de bienes y servicios, pero al mismo tiempo, el consumidor se ha enfrentado a un nuevo escenario donde es más vulnerable, por lo que más allá de una necesaria regulación normativa y criterios jurisprudenciales sólidos, se necesita del compromiso de los agentes del mercado para viabilizar el cumplimiento de los contratos, mejorar las relaciones de consumo, reducir la asimetría informativa y promover los derechos del consumidor de manera íntegra y equitativa.

2. El Comercio electrónico y su prospección en el mercado

Si se alude al comercio electrónico del último año, es imposible continuar sin las cifras que dan cuenta de su evolución y crecimiento. Se observan las siguientes:

Existió un crecimiento del 50% al cierre del año 2020, lo que significó ventas por más de \$6,000.00 millones de dólares el mismo año.¹⁰ Al mismo tiempo, se conoce que el número de compradores online ascendió a 11.8 millones de personas, mientras que los negocios online llegaron a un total de 263, 200 empresas o emprendimien-

6 Véase el artículo I del Código de Protección y Defensa del Consumidor

7 Tamara Adrián Hernández, *La protección jurídica del consumidor y los criterios objetivos que determinan la aplicación de dicha protección* (Caracas: UCV, 1996), 45.

8 Ricardo Lorenzetti, <<La descodificación y fractura del Derecho Civil>>, *La Ley*. Año. LVIII. n.º 153. (1994): 74.

9 La crisis mundial producto de la pandemia causada por el brote del covid-19 impone exigencias funcionales a los operadores del mercado, quienes se han apoyado en las herramientas tecnológicas, como aplicativos de celular o páginas web, para continuar comercializando productos y prestando servicios, cumpliendo con los requerimientos dispuestos por el gobierno central.

10 <<Perú: Las ventas e-commerce alcanzaron los USD 6,000 millones en el 2020>>, Perú Retail, acceso 10 de mayo de 2021, <https://www.peru-retail.com/peru-las-ventas-e-commerce-alcanzaron-los-usd-6000-millones-en-el-2020/>

tos, constituyéndose en un 5% de penetración del *e-commerce* sobre el total del comercio.¹¹

En este contexto, también existió un incremento de reclamos y denuncias ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual -en adelante, INDECOPI-. En el reciente Documento de gestión denominado “Propuestas para la protección del consumidor en el comercio electrónico y la seguridad de productos”, elaborado por la autoridad administrativa, se detalla que solo los reclamos concluidos fueron de 38, 144, cifra que representa el 43% del total de reclamos reportados a nivel nacional.¹² Estos números se complementan con los más de 200, 000 reportes ciudadanos registrados a través del Centro Especial de Monitoreo del Indecopi (CEMI)¹³; así, los principales problemas relacionados a la entrega del producto, se presentan en referencia al plazo acordado, el reembolso del dinero ante la cancelación de la compra y la falta de identidad en el objeto de la relación de consumo.

Por supuesto, que los niveles de consumo – realmente superiores a cualquier año pre aislamiento social- son hábitos que los consumidores han adquirido con el tiempo, pero que, sin lugar a dudas, se consolidan por la necesidad de acceder a determinados productos, procurando no poner en riesgo su salud. En el último año se han demostrado avances significativos en relación al comercio electrónico, cifras que quizá se hubiesen calculado en cinco o siete años; en paralelo, tam-

bién se busca fortalecer este aspecto, con la finalidad de mitigar riesgos, generar mayor confianza en el consumidor e implementar herramientas de transparencia en el mercado. A continuación, se revisarán algunas cuestiones matriciales que emprenden el análisis del presente artículo.

2.1 ¿Qué es comercio electrónico?

Como cualquier labor de conceptualización, no es, *per se*, finalista, de hecho, dada la amplitud de los términos que se abarcan, solo tendremos aquella definición que sea útil para los efectos explicativos que se buscan. Dreyzin, citando a Pardini, nos señala que el comercio electrónico se trata de “aquel en el cual toda la transacción se materializa en un entorno electrónico”¹⁴, en la misma línea, Guisado, con una cosmovisión contractualista, precisa que tal concepto abarca una serie de transacciones comerciales a través de soportes electrónicos proporcionados por las nuevas tecnologías de la información y comunicación.¹⁵

Dentro de una postura institucional, la Organización Mundial del Comercio -en adelante, OMC-, en referencia a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, define al comercio electrónico como “la venta o compra de bienes o servicios que se realiza a través de redes informáticas con métodos específicamente diseñados para recibir o colocar pedidos”¹⁶, al mismo tiempo, precisa que las transacciones electrónicas no se basan en las características de los productos, sino que abarcan las compras en línea, tanto de

11 CAPECE, *Reporte oficial de la industria ecommerce en Perú. Impacto del covid-19 en el comercio electrónico en Perú y perspectivas al 2021* (Lima: CAPECE, 2021), edición en PDF, 15.

12 INDECOPI, *Documento de trabajo institucional del INDECOPI. Propuestas para la protección del consumidor en el comercio electrónico y la seguridad de productos* (Lima: INDECOPI, 2021), edición en PDF, 23.

13 << Más de 200 mil reportes ciudadanos fueron registrados durante la pandemia a través del Centro Especial de Monitoreo del Indecopi (CEMI)>>, INDECOPI, acceso 10 de mayo de 2021, <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/345041-mas-de-200-mil-reportes-ciudadanos-fueron-registrados-durante-la-pandemia-a-traves-del-centro-especial-de-monitoreo-del-indecopi-cemi>

14 Adriana Dreyzin de Klor, <<Derecho aplicable al comercio electrónico>>, *Revista Sequência*, n.º 50 (2005): 278.

15 Angela Guisado Moreno, *Formación y perfección del contrato en Internet* (Madrid: Marcial Pons, 2004), 59.

16 OMC, *Panorama del comercio electrónico. Políticas, tendencias y modelos de negocio*. (Ciudad de México: Asociación Mexicana, 2020), 17.

bienes como de servicios, no dependiendo de un modo de entrega específico o de un formato concreto del producto, y mucho menos de un método de pago específico.¹⁷

Esto explicaría la implicancia del concepto a diferentes mecanismos que se observan en la realidad, como las compras por páginas web y aplicativos móviles, o la posibilidad de comprar bienes materiales o electrónicos, pagando a través de procedimientos virtuales, sin dejar de mencionar, el hecho que el consumidor puede recoger el producto en la tienda o esperar su entrega a domicilio. Se añade, al respecto, que el proveedor podría ser directo o a través de un intermediario, lo que, en sustancia, no varía la noción sobre comercio y contratación electrónica, y mucho menos el marco institucional de los derechos del consumidor.

Una concepción similar se ha establecido por la Comisión de Protección al Consumidor, en la Resolución N° 2329-2015/CC2, la cual ha indicado, hace algunos años, que la contratación electrónica es aquella donde la oferta y el pedido del bien o servicio deben efectuarse a través de la internet en formatos o sitios virtuales acondicionados para ello, no siendo necesario que el pago y la entrega o prestación final de los bienes o servicios se realicen en línea.

En contexto, los consumidores ahora pueden acceder a los mecanismos electrónicos a través de las redes informáticas y realizar una transacción a escala internacional o nacional –dependiendo del país del proveedor–, dentro de un amplio mercado competitivo, lo que, *per se*, se convierte en un aspecto favorable para el propio consumidor, en tanto su margen de elección sobre los bienes y servicios, y la posibilidad de acceder a estos, se amplía.

2.2 Sobre la formación del contrato

Se discutía si, dentro del entorno digital, se hace posible determinar la categorización de la contratación electrónica, es decir, si se está ante una especie contractual propia y autónoma; sin embargo, gradualmente, la doctrina ha dado respuesta al debate, en tanto se considera un modelo de contratación y no una categoría o especie de contrato, así, los derechos referidos a la contratación de consumo y contratación en general serán de aplicación extensiva al comercio electrónico, específicamente a la contratación por estos medios.

En el mismo sentido, es conveniente hacer la diferenciación entre la contratación electrónica, es decir, por medios informáticos, de aquella referida a la contratación informática, aquella sobre bienes informáticos. Así, se ha precisado que la primera utiliza como medio las herramientas electrónicas, virtuales o informáticas, mientras que, en la segunda, este medio constituye el objeto de la contratación.¹⁸

Habiéndose detallado dos cuestiones matriciales sobre la temática que se aborda, se hace necesario precisar el marco normativo de aplicación a la modalidad contractual

Por regla general, el contrato, según el Código Civil –en adelante, CC–, se perfecciona en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente; mientras que, para la contratación denominada “entre ausentes”, se aplica lo dispuesto en el artículo 1374, estableciéndose la regla: “*si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo*”.

17 OMC, *Panorama...*, 19.

18 Alfonso García Campo, <<La contratación electrónica. Aspectos jurídicos>>, en *Encuentros sobre Informática y Derecho*, coor. por Miguel ángel Dávila (Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 1995), 63.

Observamos la importancia del juego entre la oferta y aceptación en la contratación electrónica, más aún si consideramos la preocupación de autores como De Miguel¹⁹ o Scotti²⁰, quienes precisan que la aplicación de las reglas generales de la contratación puede ser insuficiente para salvaguardar la seguridad jurídica, si se tiene en cuenta que el ordenamiento exige requisitos de forma específicos, resquebrajando la confianza de los contratantes por la falta de garantías sobre ciertos elementos, tales como la identidad del producto, los lugares de recepción, el ámbito de jurisdicción, entre otros.

Esto permite reflexionar sobre tres aspectos: las cuestiones genealógicas de la formación del consentimiento, la problemática ante el incumplimiento; y, el régimen de las cláusulas generales de contratación. Solo teniendo tales presupuestos –no siempre interconectados, pero de relevancia práctica– se podrá proponer soluciones y perspectivas que mejoren el *statu quo* actual.

Al respecto, sobre la instrumentalización de la autonomía de la voluntad a la aplicación de la legislación común, se le suma el régimen especial, de tal manera que se considera la integración de la publicidad a la oferta, regla que, por lo demás, se toma en cuenta con mayor preponderancia, ante la abundante invasión de publicidad expuesta en las páginas web –por colocar un ejemplo–. Se había dicho, en palabras de Sirvent, que el derecho a la información –sacrosanto en las relaciones de consumo– está estrechamente relacionado con el control de la publicidad.²¹

En referencia a ello, el control se realiza a través de las leyes específicas, en nuestro país, principalmente el Decreto Legislativo 1044- Ley de represión de la competencia desleal, aunado a la finalidad que cumple esta norma, la publicidad cumple con sus funciones ontológicas, el persuadir hacia el consumo y el suministrar información, como tal, influye en la decisión del consumidor. Se aplica, a razón de ello, lo expuesto en el artículo 46 del CPDC, en tanto el contenido de la oferta, promoción o publicidad, las características y funciones propias del producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas obligan a los proveedores y son exigibles por los consumidores, aun cuando no figuren en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido.

Tal caso debe tenerse presente aún con la utilización de medios electrónicos, sin descuidar la cúpula de información que al consumidor le interesa, aquella relevante, como, por ejemplo, la identidad del producto, el precio, el plazo de entrega. Sin embargo, habrá cuestiones que se deberán tomar con la misma importancia –aunque no siempre suceda–, como las relacionadas a la protección de datos personales, reputación del proveedor, mecanismos de solución de controversias, garantías, entre otros.²²

Cualquier intención de ofertar sin respaldo material consistirá en una vulneración de los derechos del consumidor y los principios de transparencia y buena fe, así como cualquier intención de resolución unilateral del contrato, más cuando se ha recibido el acuse de recibo, dando lugar a la perfección del negocio jurídico. En general, se

19 Pedro Alberto De Miguel Asencio, *Derecho Privado de internet* (Madrid: Editorial Civitas, 2003), 88.

20 Luciana Scotti <<La contratación electrónica en el código civil argentino: una mirada al derecho internacional>>, *Lecciones y Ensayos*, n.º. 90 (2012):130-132.

21 Jorge Sirvent García, *La oferta en los contratos de consumidores* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2009), 15.

22 Tapias menciona los riesgos a los que se presenta el consumidor en este tipo de operaciones, señalando que algunos de esos son: la suplantación de identidad o de sitios web, la manipulación indebida de datos personales, la vulneración a derechos fundamentales, la creación de softwares maliciosos para fraudes y engaños en línea, entre otros. Véase en Natalio Tapias Torres, <<La protección al consumidor en el comercio electrónico>> *Escritos en la facultad*, año.12 (2016): 43.

aplica lo dispuesto para la protección mínima en el contrato de consumo y las sanciones para las cláusulas abusivas.

Así, dentro de los márgenes de aplicación del derecho común y especial, al consentimiento en la contratación electrónica, se puede afirmar que se le aplica la presunción de conocimiento -igual que en la contratación típica- considerando la presunción de conocimiento que existe al momento que el oferente proveedor recibe la aceptación del consumidor.

Sobre esto, conviene hacer dos precisiones: a) En el mismo sentido que lo describe De la Puente y Lavalle²³, la recepción de la aceptación del aceptante no implica la posibilidad de cognoscibilidad, sino el efectivo conocimiento por parte del oferente, es por ello que la presunción se destruye, no con la falta de conocimiento sino con la imposibilidad de conocer; y, b) Para evitar discusiones de tal tipo, es conveniente que, una vez se haya emitido la aceptación del contrato por parte del consumidor, se envíe una notificación a su bandeja – correo o usuario de la plataforma- que da cuenta de la aceptación de este, habiéndose la conformidad del contrato.

2.3 Sobre el incumplimiento contractual

Otro aspecto relevante es el relacionado al incumplimiento. Las bondades de la contratación electrónica también traen consigo una serie de riesgos que pueden conllevar al incumplimiento de las obligaciones contractuales, y, por otro lado, la exigencia coactiva ante un proveedor en particular.

Esto se agrava si consideramos que, en el actual contexto, muchos consumidores han dejado de subutilizar las herramientas electrónicas, y las han vuelto verdaderas opciones para la adquisición de productos o servicios, es decir, podemos estar ante una exigencia creada por una realidad que invita a tal determinación.

Al respecto, ante los problemas que, eventualmente, pueden suscitar en el comercio electrónico, se esgrimen una serie de soluciones que, dentro del marco normativo o dentro de las acciones que tomase cada proveedor, buscan dar solución ante los reclamos de los consumidores.

En primer lugar, se puede hablar de los mecanismos de auto ejecución. Para De la Maza se tratan de mecanismos implementados para contratos cuyo objeto son bienes o servicios de información, abundantes en la internet, por ejemplo, películas, música, *e-books*, entre otros.²⁴

Esto permite que los proveedores puedan identificar, a través de un software, la utilización de los productos y sus contenidos, de manera que evitan su uso prohibido como, por ejemplo, copias o impresiones a material protegido por derecho de autor; y, por otro lado, ante cualquier reclamo, permiten identificar la condición de los productos virtuales y ser fácilmente reemplazados.

En segundo lugar, se puede referir a todas aquellas herramientas relacionadas con la reputación del proveedor. Esta se convierte en un valor para los proveedores que tiende a generar la confianza necesaria para que los consumidores prefieran determinadas marcas. Esto implica una serie de variables relacionadas, por ejemplo, a los aspectos de calidad, atención de reclamos, inmediatez de

23 Manuel De la Puente y Lavalle, *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil* (Lima: Editorial Palestra, 2017), 425.

24 Íñigo Andrés De la Maza Gazmuri, <<Contratos electrónicos: el problema del incumplimiento. Soluciones a la sombra de la ley>> *Los contratos en el Derecho Privado*, edit. por Fabricio Mantilla Espinosa y Francisco Terner Barrios (Bogotá: Legis Editores y Universidad del Rosario, 2007), 886.

entrega, y otras conexas como relaciones laborales, cuidado del medio ambiente, buenas prácticas de gobierno corporativo y responsabilidad social empresarial²⁵.

Las variables se relacionan con la entrega de información y la conducta del proveedor, es decir, se reúne y publica información sobre las acciones de los proveedores ante determinados supuestos, que no solo se reducen al cumplimiento contractual, sino que se extienden a los deberes *ex ante* y *ex post*. Los consumidores tendrán mayor confianza en aquellas plataformas donde puedan acceder con facilidad a los términos y condiciones, botones sobre garantías y seguridad, cumplimiento de medidas sobre protección de datos personales, libro de reclamaciones virtual, canales de comunicación y atención de reclamos, entre otros elementos que también pueden ser fácilmente replicados en las compras por aplicativo.²⁶

En tercer lugar, se puede tomar en consideración a aquellos mecanismos que la autoridad administrativa ha puesto a disposición de los consumidores, algunos de ellos, implementados en época de aislamiento social, y otros ya existentes. Se llega a la utilización de los mismos, ante la no respuesta o insatisfacción del consumidor sobre la atención recibida por parte del proveedor ante un reclamo.

En estos casos, a través las herramientas virtuales²⁷, se busca que el administrado pueda ejercer

sus derechos ante la autoridad, donde se ofrezcan las alternativas de solución o las vías administrativas para la interposición de la denuncia. En general, si bien se han “virtualizado” las etapas y procedimientos, en el fondo, los esquemas –tanto virtual como físico– responden al mismo modelo, y con similares resultados prácticos.

El usuario observa el seguimiento de su reclamo, recibe la asesoría profesional, se comunica ante el proveedor, se reducen los costos de desplazamiento, y los riesgos que conlleva la movilización, entre otros beneficios que se han identificado. Sin embargo, ha de considerarse los plazos como una preocupación no menor, toda vez que, aún con los mecanismos virtuales, el tiempo invertido en la búsqueda de una solución es extendido. Stiglitz y Stiglitz, sobre el acceso del consumidor a la justicia han mencionado que “*en la mayor parte de los casos, una justicia lenta, aunque esté bien administrada, es una justicia ineficaz*”.²⁸

2.4 Sobre las cláusulas generales de contratación

Conviene precisar argumentos sobre la utilización de las cláusulas generales de contratación en la contratación electrónica.

Las cláusulas se convierten en un tema crucial en la contratación de consumo, por lo que no es in-

25 Pavel Flores Flores, << Reflexiones en torno a la naturaleza jurídica de la marca y su relación con el consumidor >> *Actualidad Jurídica*, n°. 301 (2018): 183; se considera que existen variables positivas que inciden en la elección del consumidor y su relación con la marca del bienes o servicios, al mismo tiempo que las malas prácticas empresariales, más aún cuando estas se relacionan a temas medio ambientales o de alto impacto social, tienden a incidir en la decisión de consumo, pese a no discutirse la calidad del producto o servicio.

26 Un ejemplo particular, es el *marketplace*; aquellas plataformas virtuales que permiten albergar a diversos proveedores, así, comúnmente se establecen mecanismos de evaluación sobre la atención y calidad de productos o servicios, lo que permite otorgar un puntaje que el proveedor puede utilizar como variable de reputación al momento de escoger entre la diversidad de proveedores. Los comentarios y las puntuaciones pueden seleccionarse entre positivos, neutrales o negativos.

27 Se conocen la plataforma de *Reclama Virtual* y *Concilia fácil*. Es necesario precisar que los canales telefónicos y de correo electrónico, sirven para alertar o comunicar al INDECOPI sobre reclamos o denuncias. Se considera que, dada su viabilidad y alta demanda, superado el estado de emergencia, se seguirán utilizando y promoviendo.

28 Rubén Stiglitz y Gabriel Stiglitz, *Contratos por adhesión: cláusulas abusivas y protección al consumidor* (Buenos Aires: Ediciones De Palma, 1985), 252.

diferente, en el ámbito del uso de las herramientas tecnológicas, más aún, si se trata del verdadero contenido de los alcances y restricciones del contrato.

En primer lugar, todos los contratos electrónicos incorporan cláusulas generales de contratación, por lo que estas deberían ponerse a la disposición del consumidor en todo momento, es decir, no únicamente cuando este decida contratar determinado bien o servicio -para lo cual deberá acceder fácilmente al clausulado-, sino que también, estas condiciones deben consultarse libremente en la página web, aplicaciones, u otros²⁹.

Esto evitaría que el consumidor haya quedado desprovisto de la posibilidad de conocer las cláusulas, no solo porque se asegura conocerlas al momento de la contratación, sino que, *per se*, están disponibles todo el tiempo para que este puede descargarlas, leerlas, e, incluso, compartirlas las veces que considere necesario³⁰. En este sentido, la posibilidad de que se envíe el clausulado al correo electrónico - conjuntamente con el contrato- constituye una práctica importante para asegurar el conocimiento del mismo.

En segundo lugar, se debe reconocer que, pese a colocar las cláusulas generales de contratación a disposición del consumidor, quizá este no las lee y tome conocimiento de su contenido, como suele suceder. Así para mitigar tal situación, el proveedor debe buscar herramientas -como, por ejemplo, la aparición de *pop ups*- que muestren cuando menos la siguiente información: a) las acciones que realizará el consumidor conforme las etapas para la contratación, b) los medios para reducir y contrarrestar errores en el cumplimiento de los pasos o en la manipulación, c) las principales con-

diciones contractuales relacionadas al producto o servicio, y, d) aquello relacionado a la protección de datos personales.

3. ¿Qué nos dice el Código de Protección y Defensa del Consumidor sobre la contratación electrónica?

Como se había dejado entrever, la alusión al comercio o contratación electrónica es muy poca en nuestro Código, esto en razón de dos supuestos: a) quizá el legislador no vio necesario legislar sobre temas específicos dejando la aplicación general de las reglas en ese alcance; o, b) quizá el legislador no pudo prever el auge de la contratación electrónica con tanta prontitud. Cualesquiera que hayan sido las motivaciones, lo cierto es que con el transcurrir del tiempo se hace necesario la complementariedad necesaria a los dispositivos normativos vigentes para lograr un mayor alcance de protección al consumidor.

Algunas disposiciones están relacionadas a la atención de reclamos vía web. Así el artículo 24 precisa que, si el proveedor cuenta con una plataforma de atención en línea a través de “*algún medio electrónico u otros similares para dicha finalidad, debe asegurarse que la atención sea oportuna y que no se convierta en un obstáculo al reclamo ante la empresa*”. La existencia de la plataforma es una modalidad frecuente en las páginas web, sin embargo, la atención varía dependiendo de la gestión del proveedor.

Sobre las reglas generales de la contratación de consumo, el artículo 47 inciso c) indica que los consumidores tienen el derecho de utilizar los

29 Apolonia Martínez Nada, <<Comercio electrónico>> *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, coor. por Gema Alejandra Botana García y Miguel Ruiz Muñoz (Madrid: McGraw Hill, 1999), 256.

30 Sheraldine Pinto Oliveros, *El Consumidor en el Derecho Comparado* (Lima: ARA Editores, 2011), 151, ha resaltado que el punto central de los contratos fuera de establecimiento, entre los que se incluyen, los contratos celebrados a través de herramientas electrónicas es la información pre contractual.

mismos mecanismos y medios utilizados, tanto para la contratación, como para desvincularse de ellos, tomándose como ejemplo “*la vía telefónica, cualquier medio electrónico u otro análogo*”. En principio, tales supuestos tenían un gran campo de acción en el sector telecomunicaciones y bancarios, pero en la actualidad la práctica se ha ampliado a diversos sectores.

Se recuerda que este artículo fue modificado al texto que se expresa, tomando en consideración que, en muchos casos, el consumidor podía celebrar un contrato de manera rápida y sencilla, pero su desvinculación se hacía onerosa y agobiante. Tales actos no eran iguales –en términos de complejidad–, y terminaban por formar parte de los derechos del consumidor, por lo que este artículo buscó corregir tal supuesto.

La última oración del artículo también menciona que “*esta facultad comprende la contratación de prestaciones adicionales o complementarias*”, por lo que, el consumidor puede ejercer tal derecho incluso a todo tipo de prestación incluida en el contrato. No se establece en la norma la posibilidad de modificar el contenido contractual.

El artículo 47 también regula un supuesto de contratación electrónica en el inciso e), exigiéndose la entrega de la documentación completa al consumidor concerniente a los actos jurídicos celebrados por escrito, y, “*en el caso de contratación electrónica, el proveedor es responsable de acreditar que la información fue puesta oportunamente a disposición del consumidor*”

En efecto, el proveedor debe seleccionar, enviar y resguardar tal información, así como acreditar oportunamente la existencia de la documentación ante requerimiento de la autoridad o del consumidor. Al respecto, el artículo 41 del Reglamento de Transparencia de información y contratación con usuarios del sistema financiero establece que

las empresas pueden celebrar contratos por canales presenciales o no presenciales, y precisa:

1. La contratación se realizará por teléfono o a través de medios electrónicos.
2. La empresa deberá contar con los adecuados mecanismos para garantizar la seguridad de la contratación (...)
3. Las empresas entregarán a los usuarios, en un plazo no mayor a quince (15) días posteriores a la celebración del contrato, dicho documento, incluyendo la cartilla de información u hoja resumen y cronograma; así como de cualquier otra información que corresponda, de acuerdo al marco normativo vigente, en la forma convenida por las partes. La referida entrega puede realizarse en el domicilio del cliente o por medios electrónicos, siempre que permitan su lectura, impresión, conservación y reproducción sin cambios.

Al respecto, se observa con claridad, una reproducción específica –sector financiero– de la norma de aplicación general contenida en el Código.

Sobre los métodos comerciales coercitivos, el artículo 56.2, señala que las limitaciones del listado enunciativo del artículo 56.1 se aplican a “*todas las ofertas de productos o servicios, sean estas efectuadas dentro o fuera de establecimientos comerciales o mediante métodos de contratación a distancia, cualquiera sea el medio de comunicación empleado para ello*”. Al respecto, se debe considerar que la redacción del texto puede entenderse sobre la contratación a distancia y que su aplicación se circunscribe a los métodos comerciales coercitivos; sin embargo, no se debe olvidar que en su totalidad el Código debe ser aplicado independientemente de la modalidad de contratación.

Finalmente, sobre los métodos comerciales agresivos o engañosos, en particular el artículo 58 establece que se encuentra prohibido:

(...)

4. Realizar visitas en persona al domicilio del consumidor o realizar proposiciones no solicitadas, por teléfono, fax, correo electrónico u otro medio, de manera persistente e imperinente, o ignorando la petición del consumidor para que cese este tipo de actividades.
5. Emplear centros de llamada (*call centers*), sistemas de llamado telefónico, envío de mensajes de texto a celular o de mensajes electrónicos masivos para promover productos y servicios, así como prestar el servicio de telemarketing, a todos aquellos números telefónicos y direcciones electrónicas de consumidores que no hayan brindado a los proveedores de dichos bienes y servicios su consentimiento previo, informado, expreso e inequívoco, para la utilización de esta práctica comercial. Este consentimiento puede ser revocado, en cualquier momento y conforme a la normativa que rige la protección de datos personales.

El inciso e) fue producto de una modificación, justificada en el hecho de considerarse una práctica muy extendida para atraer clientes, pero que se realizaba con extrema insistencia, causando fastidio a los consumidores y una vulneración a su intimidad.

Conviene en este punto, analizar el derecho de arrepentimiento, institución que se ha propuesto por parte del INDECOPI, en el documento

de trabajo institucional denominado “Propuestas para la protección del consumidor en el comercio electrónico y la seguridad de productos”, y que se justifica en el hecho que el consumidor no tiene la posibilidad de “manipular, probar o ver directamente el producto, lo que no implica que renuncien a adquirir un producto idóneo, que cumpla con sus expectativas, considerando la publicidad o las descripciones realizadas por el proveedor”.³¹

Algunos autores, como Pinto, han señalado que, a diferencia de los contratos en establecimientos presenciales, donde el consumidor entra en un establecimiento, presumiblemente sabe lo que quiere, se informa sobre lo que busca y, además, espera que el vendedor haga las exaltaciones del producto y su perfecta armonía con el futuro comprador, en los contratos a distancia tales supuestos se reducen, pudiéndose considerar que existe un factor sorpresa.³²

Al respecto, es necesario realizar algunos apuntes. En primer lugar, la figura en análisis involucra, en palabras de Momberg, una especie de “resolución potestativa” recaída en el acreedor³³. Así, se está frente a la posibilidad que tiene el consumidor -y solo él- de terminar con el contrato durante el término señalado por la normativa, constituyéndose un mecanismo jurídico radical frente a la supervivencia del negocio jurídico.³⁴

En este sentido, su diagramación normativa debe circunscribirse a determinados supuestos y no a todos, en tanto, extender su ámbito de discrecional, implicaría una serie de efectos diversos que impactarían en los costos de mercado, específicamente, en los costos de las transacciones. Es por ello que se hace bien enunciar determinados su-

31 INDECOPI, *Documento...*, 38-39.

32 Sheraldine Pinto Oliveros, *El consumidor...*, 153.

33 Rodrigo Momberg Uribe, *Derecho del consumo: Recurso de protección, retracto extemporáneo e intervención judicial del contrato* (Santiago: LexisNexis, 2014), 305.

34 Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, *Tratado de Contratos*. Tomo II (Valencia: Tirant lo Blanch, 2009), 1493.

puestos³⁵ que no involucrarían la posibilidad de ejercer el derecho de arrepentimiento.

En segundo lugar, se pretende establecer la posibilidad de poner término unilateralmente al contrato en un plazo máximo de quince (15) días calendario, contados desde la recepción del producto o desde la contratación del servicio.

Al respecto, no se observa, en el documento, la justificación para determinar los quince días; sin embargo, a la luz de la legislación comparada se pueden identificar distintos plazos entre los que se encuentran cinco días hábiles (Argentina, Colombia o México), siete días (Brasil), diez días calendario (Chile), o, incluso, catorce días (Unión Europea). Lo importante es determinar cuándo se computa el plazo.

La propuesta señala que se toma en cuenta desde la “recepción del producto” o desde la “contratación del servicio”. En razón a esto, se hace evidente que existe un cómputo distinto por la naturaleza o el tipo de necesidad a satisfacer. Mientras que, para un producto, es determinante el que llegue al hogar del consumidor, y así comprobar su idoneidad, características y uso³⁶; en el caso de los servicios, se toma en consideración, al momento de la contratación, quedando, así, la posibilidad que, si resultase un servicio no idóneo, el consumidor pueda hacer efectiva la denuncia por los canales correspondientes, ya que no puede arrepentirse, en tanto el servicio ya fue prestado.

Como se puede inferir, pese a que la propuesta haga indicación de la no necesidad de justificar la decisión de resolver el contrato, lo cierto es que, en el caso de los productos, la causa subjetiva del consumidor puede tratarse del no convencimiento del bien que el proveedor ofertó, porque, final-

mente, lo observa, lo prueba y compara; mientras que, en los servicios, tal causa no existe en tanto el consumidor no podrá comprobar la falta de idoneidad antes de la prestación efectiva del servicio contratado. Ello determina por qué, para el segundo supuesto, el cómputo del plazo se contabiliza desde la contratación del servicio, siendo la causa subjetiva del consumidor -al menos, se infiere- un no convencimiento externo al propio servicio, una relectura de las condiciones, una mejor comparación con otras ofertas similares, o simplemente, el no querer el servicio.

4. Reflexiones finales

La contratación electrónica se ha convertido, en la actualidad, en una modalidad que requiere la atención del derecho, en específico la de nuestra legislación y jurisprudencia. Como se sabe, no es un fenómeno nuevo; sin embargo, en los últimos meses, ha tenido un crecimiento cuantitativo exponencial.

Un primer análisis nos muestra que el marco normativo, en general, no regula supuestos en específico sobre el tema, lo que no significa, en extenso, una desprotección o falta de regulación. Sobre ello, se tiene que tomar en consideración, ciertas cuestiones que merecen apartados textuales, como aquellas relacionadas al ofrecimiento de información, la publicidad, los procesos de confirmación contractual, los pagos, los procedimientos de atención a problemas, la educación digital, la privacidad y seguridad de los datos personales.

Habrà que mirar cómo se desenvuelven estos elementos dentro de un mercado digital creciente, a la par que se muestra el potencial de las nue-

35 Véase INDECOPI, *Documento...*, 53, anexo que incluye la propuesta legislativa de modificación del CPDC en lo relacionado al artículo 48-E.

36 Olga Alcántara Francia, << No me gusta lo devuelvo. El Derecho de desistimiento en el marco de una operación de consumo >>, en *Derecho del consumidor. Temas actuales*, coor. por Cesar Carranza Álvarez (Lima: Editorial Normas Jurídicas, 2017), 228

vas formas de protección y la relación con la libre autonomía de los consumidores, dentro de un sistema de valores y principios que tiende a configurar una nueva perspectiva dentro del Derecho Privado.

Una vez más, el Código deberá aplicarse, interpretarse o extender su alcance en paralelo con el reflejo del comportamiento del consumidor y el nivel de cultura de consumo de nuestra sociedad. Su defensa y mejoramiento debe corresponder a su propia naturaleza, es decir, a compendiar los principales derechos que nos atañen como consumidores, evitando disquisiciones superfluas, teorías antojadizas y debates descontextualizados, que no hacen más que retrasar su verdadero desarrollo hacia temas importantes como las relaciones de consumo en los mercados digitales. De ahí que, establecer estándares mínimos de protección entorno al comercio electrónico, es crucial para coadyuvar con el fortalecimiento y promoción de esta nueva modalidad contractual.

En adelante, quizá se debe hacer una actualización al Código³⁷; sin embargo, debe prevalecer su contextualizada aplicación por parte de los tribunales administrativos y judiciales, a la luz de la aceptación de los principios que propone el respeto a los consumidores y sus derechos, y el rechazo a la inoperancia de las instituciones y los actores comprometidos con la promoción de los derechos del consumidor.

Se debe recordar que una legislación adecuada debe, no solo fomentar el crecimiento de los proveedores a través de la promoción del uso de la tecnología, sino también establecer con precisión

y claridad los elementos técnicos y dispositivos que garanticen una adecuada protección al consumidor.

Haciéndose alusión a Bobbio³⁸, al respecto de nuestra disciplina, siendo que la historia de los derechos del consumidor es la de tiempos largos, siempre ha ocurrido que, mientras los profetas de desgracias anuncian la desdicha que está por venir, los profetas de los tiempos felices miran lejos e invitan a construir. No hay mejor manera de sintetizar estas líneas.

Bibliografía

Adrián Hernández, Tamara. *La protección jurídica del consumidor y los criterios objetivos que determinan la aplicación de dicha protección*. Caracas: UCV, 1996.

Alcántara Francia, Olga << No me gusta lo devuelvo. El Derecho de desistimiento en el marco de una operación de consumo>>. En *Derecho del consumidor. Temas actuales* coordinado por Cesar Carranza Álvarez, 87-120. Lima: Editorial Normas Jurídicas, 2017.

Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. *Tratado de Contratos. Tomo II*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

CAPECE. *Reporte oficial de la industria e-commerce en Perú. Impacto del covid-19 en el comercio electrónico en Perú y perspectivas al 2021*. Lima: CAPECE, 2021. Edición en PDF.

37 El INDECOPI ya ha propuesto un esquema normativo dentro del Documento de Trabajo Institucional sobre las “Propuestas para la protección del consumidor en el Comercio electrónico y la seguridad de productos”, mismo que busca modificar artículos del CPDC para fomentar la confianza en las transacciones comerciales electrónicas y ampliar el margen de protección al consumidor; parte de estas propuestas han sido discutidas a lo largo del presente artículo.

38 Citado en Aldo, Schavello, *Repensar el tiempo de los derechos*, trad. por Cesar Moreno More (Lima: Editorial Zela, 2019), 31; cuya redacción en italiano es: “*la storia dei diritti dell'uomo, meglio non farsi illusioni, è quella dei tempi lunghi. Del resto, è sempre accaduto che mentre i profeti di sventure annunciano la sciagura che sta per avvenire e invitano a essere vigilanti, i profeti dei tempi felici guardano lontano*”

- Carranza Álvarez, Cesar. <<De la tutela constitucional del consumidor al reconocimiento de su vulnerabilidad por el Código de Protección y Defensa del consumidor peruano. Primera exploración jurisprudencial>>. En *Derecho del consumidor. Temas actuales* coordinado por Cesar Carranza Álvarez, 87-120. Lima: Editorial Normas Jurídicas, 2017.
- De la Maza Gazmuri, Iñigo Andrés. <<Contratos electrónicos: el problema del incumplimiento. Soluciones a la sombra de la ley>>. *Los contratos en el Derecho Privado*. Editado por Fabricio Mantilla Espinosa y Francisco Ternera Barrios. Bogotá: Legis Editores y Universidad del Rosario, 2007.
- De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Lima: Editorial Palestra, 2017.
- De Miguel Asencio, Pedro Alberto. *Derecho Privado de internet*. Madrid: Editorial Civitas, 2003.
- Dreyzin de Klor, Adriana. <<Derecho aplicable al comercio electrónico>>. *Revista Sequência*, n.º 50 (2005): 273-299.
- Durand Carrión, Julio. <<El Derecho del consumidor y sus efectos en el Derecho Civil, frente a la contratación de consumo de mercado>>. *Vox Juris*, n.º. 24(2) (2012): 97-124.
- Flores Flores, Pavel << Reflexiones en torno a la naturaleza jurídica de la marca y su relación con el consumidor>>. *Actualidad Jurídica*, n.º. 301 (2018): 179-184.
- García Campo, Alfonso. <<La contratación electrónica. Aspectos jurídicos>>. En *Encuentros sobre Informática y Derecho*. Coordinado por Miguel ángel Dávora. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 1995.
- Guisado Moreno, Angela. *Formación y perfección del contrato en Internet*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- INDECOPI. *Documento de trabajo institucional del INDECOPI. Propuestas para la protección del consumidor en el comercio electrónico y la seguridad de productos*. Lima: INDECOPI, 2021. Edición en PDF.
- INDECOPI. <<Más de 200 mil reportes ciudadanos fueron registrados durante la pandemia a través del Centro Especial de Monitoreo del Indecopi (CEMI)>>. Acceso 10 de mayo de 2021.
- <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/345041-mas-de-200-mil-reportes-ciudadanos-fueron-registrados-durante-la-pandemia-a-traves-del-centro-especial-de-monitoreo-del-indecopi-cemi>
- Lorenzetti, Ricardo. <<La descodificación y fractura del Derecho Civil>> *La Ley*. Año. LVIII. Núm. 153. (1994): 78-93.
- Martínez Nada, Apolonia. <<Comercio electrónico>>. *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*. Coor. por Gema Alejandra Botana García y Miguel Ruiz Muñoz. Madrid: McGraw Hill, 1999.
- Momberg Uribe, Rodrigo. *Derecho del consumo: Recurso de protección, retracto extemporáneo e intervención judicial del contrato*. Santiago: LexisNexis, 2014.
- OMC. *Panorama del comercio electrónico. Políticas, tendencias y modelos de negocio*. Ciudad de México: Asociación Mexicana, 2020.
- Perú Retail. <<Perú: Las ventas e-commerce alcanzaron los USD 6,000 millones en el 2020>>. Acceso 10 de mayo de 2021. <https://www.pe>

ru-retail.com/peru-las-ventas-e-commerce-alcanzaron-los-usd-6000-millones-en-el-2020/

Pinto Oliveros, Sheraldine. *El consumidor en el Derecho Comparado*. Lima: ARA Editores, 2011.

Sábato, Ernesto. *La resistencia*. Buenos Aires: Editorial Planeta, 2000.

Schavello, Aldo. *Repensar el tiempo de los derechos*. Traducción de Cesar Moreno More. Lima: Editorial Zela, 2019.

Scotti, Luciana. <<La contratación electrónica en el código civil argentino: una mirada al derecho internacional>>. *Lecciones y Ensayos*, n°. 90. (2012): 129-169.

Sirvent García, Jorge. *La oferta en los contratos de consumidores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

Stiglitz, Rubén y Stiglitz, Gabriel. *Contratos por adhesión: cláusulas abusivas y protección al consumidor*. Buenos Aires: Ediciones De Palma, 1985.

Tapias Torres, Natalio. <<La protección al consumidor en el comercio electrónico>> *Escritos en la facultad*, año.12 (2016): 43-45.

El procedimiento acelerado de patentes (PPH) en el Perú: a 5 años de su implementación

Patent prosecution highway (PPH) in Peru: 5 years after its implementation

Janny López Acosta¹

Resumen. *A través de este artículo, haremos un repaso histórico de cómo ha sido el proceso de implementación del Procedimiento Acelerado de Patentes en el Perú desde que se suscribió el primer memorando de entendimiento con la Oficina Española de Patentes en el año 2016 hasta la suscripción del acuerdo más reciente con la Oficina Europea de Patentes y de los resultados que este viene obteniendo desde su aplicación; asimismo, se intentará realizar un breve análisis jurídico de dicho mecanismo dentro del marco de la Decisión 486 que regula el Régimen Común sobre Propiedad Industrial de la Comisión de la Comunidad Andina con el objetivo de verificar si su aplicación contraviene la referida norma.*

Abstract. *Through this article, we will review the history of the implementation process of the PATENT PROSECUTION HIGHWAY (PPH) in Peru since the first memorandum of understanding was signed with the Spanish Patent Office in 2016 until the signing of the most recent agreement with the European Patent Office and the results that it has been obtaining since its application; likewise, an attempt will be made to carry out a brief legal analysis of said mechanism within the framework of Decision 486 that regulates the Common Regime on Industrial Property of the Andean Community Commission in order to verify whether its application contravenes the aforementioned Decision.*

Palabras clave. *Procedimiento Acelerado de Patentes. Patentes. Principio “Mottainai”. Decisión 486. Decreto Legislativo 1075. Examen de Patentabilidad. Cooperación en materia de patentes*

Keywords. *Patent Prosecution Highway. Patent. Principle “Mottainai”. Decision 486. Legislative Decree 1075. Substantive examination. Patente Cooperation*

Sumario. I. Introducción. II. El PPH y el principio “Mottainai”. III. Concepto de PPH. IV. Acuerdos firmados por el Perú. V. Marco Jurídico. VI. Consideraciones para la presentación de solicitudes PPH. VII. Solicitudes PPH presentadas en Perú. VIII. Conclusiones.

¹ Abogada por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (UIGV), con Estudios de Maestría en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ha participado en el curso sobre Variedades Vegetales organizado por Korea International Cooperation Agency (KOICA) en República de Corea del Sur y en el entrenamiento sobre los procedimientos de las oficinas receptoras bajo el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT), llevado a cabo por el Instituto Nacional de Propiedad Industrial de Chile. Con diversos cursos en Propiedad Intelectual impartidos por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Trabajó en el INDECOPI en diversas áreas de Propiedad Intelectual y fue pasante en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en Ecuador. Actualmente, labora en el área de Propiedad Intelectual del Estudio Díez Canseco Competencia & PI.

1. Introducción

En los últimos 5 años, se ha evidenciado un incremento importante de solicitudes de patentes en el Perú. Si bien la mayoría de las solicitudes de patentes provienen del extranjero, se ha visto también un incremento en las solicitudes peruanas.

Durante el año 2018, la Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías (en adelante, la DIN) del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI), otorgó 832 patentes de invención y de modelos de utilidad a nacionales, cifra que significó un incremento de 30% respecto de las patentes otorgadas durante el 2017².

En el 2019, las solicitudes de patentes de invención se incrementaron en un 3% en relación con las solicitudes presentadas el 2018, siendo en su mayoría solicitudes extranjeras.

Asimismo, el INDECOPI viene promoviendo a través de distintos programas y concursos los beneficios del sistema de sistema de propiedad industrial y fomentando la protección de patentes, lo cual también ha contribuido a que más personas y empresas se interesen en acceder al sistema, traduciéndose tal interés en nuevas solicitudes de protección.

La tramitación de una solicitud de una patente es regularmente por su complejidad un proceso que puede tener una duración considerable para el solicitante interesado en obtener una pronta protección de su invención.

Las etapas de un procedimiento de registro de patente, puede dividirse en cuatro momentos; i) presentación de la solicitud de patente en la que la Oficina de Patentes realiza un examen formal de la solicitud; ii) publicación de la solicitud, en la cual se brinda la oportunidad para que terceros puedan formular oposición contra la solicitud por un plazo determinado; iii) examen de patentabilidad o de fondo, en el cual el examinador analizará si la patente cumple o no con los requisitos para su protección y, iv) emisión de resolución de otorgamiento o denegatoria.

En la tercera etapa, la evaluación que realiza el examinador de patentes suele ser un examen exhaustivo y complejo que requiere de un alto empleo de esfuerzos y de tiempo, lo cual, podría implicar, dependiendo de los recursos de cada Oficina de Patentes, demora en la emisión de la resolución de otorgamiento o denegatoria de la patente.

De acuerdo con la práctica en nuestro país, la tramitación de una patente de invención hasta la emisión de resolución puede tomar un tiempo de entre 4 a 5 años en Primera Instancia; mientras que, para el caso de una patente de modelo de utilidad, puede tomarse un tiempo 2 a 3 años.

En el 2019, el INDECOPI recibió 1259³ solicitudes de patentes nacionales y extranjeras. Asimismo, de acuerdo con data proporcionada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante, la OMPI) en el 2018, la DIN cuenta con 29 examinadores de patentes, mientras que, por ejemplo, la oficina de patentes colombiana cuenta con 49 examinadores⁴, es decir prácticamente el doble de examinadores peruanos.

2 INDECOPI. «Los registros de patentes de invención crecieron en el Perú en 30% y los registros de diseños industriales en 72% en comparación con el 2017». Acceso el 1 de mayo de 2021. <https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/6629/NP%20190123%20Balance%20DIN%202018.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

3 INDECOPI. «Anuario de Estadísticas Institucionales 2019». Acceso el 1 de mayo de 2021.

4 World Intellectual Property Organization «World Intellectual Property Indicators 2019». Acceso el 10 de mayo de 2021. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2019.pdf.

Haciendo un ejercicio matemático, de acuerdo con la información anterior, cada examinador peruano tendría al menos a su cargo el análisis de aproximadamente 43 solicitudes de patentes. Ello sin contar con las solicitudes que fueron ingresadas en años anteriores y que se encuentran en trámite.

Ahora bien, desde hace poco más de 5 años, en el Perú entró en vigor el Primer Programa Piloto del Procedimiento Acelerado de Examen de Patentes (*Patent Prosecution Highway – PPH*) (en adelante, PPH) con España. Posteriormente, el Perú suscribió acuerdos de PPH con las oficinas de patentes de los países miembros de la Alianza del Pacífico, la Oficina de Japonesa de Patentes, con las oficinas de patentes de los países miembros de PROSUR, Global PPH y EPO, cuyo detalle desarrollaremos más adelante.

El procedimiento Acelerado de Examen de Patentes es un instrumento que viene siendo utilizado por muchos países a nivel mundial que permite a un solicitante de patente de invención que haya obtenido un examen de fondo positivo o el otorgamiento del registro de una patente, requerir la aceleración del trámite de solicitud de protección para la misma invención ante otra Oficina de Patentes con la cual se haya suscrito un acuerdo sobre PPH. Esto siempre que se cumpla con determinadas condiciones y pasos establecidos en las directrices respectivas.

Así, el objetivo de este artículo es revisar cómo ha sido el proceso de implementación de este programa en el Perú y de los resultados que este viene obteniendo desde su aplicación. Así, realizar un breve análisis jurídico de dicho mecanismo a la luz de lo establecido en la Decisión 486 que regula el Régimen Común sobre Propiedad Industrial de La Comisión de la Comunidad Andina (en adelante, la Decisión 486) y el Decreto Legislativo 1075, que regula aspectos no contemplados por la referida Decisión que constituyen las normas nacionales sobre materia de propiedad industrial, para así poder determinar si el PPH contraviene o no dichas normas.

El PPH y el principio “Mottainai”

El término “Mottainai” es una palabra de origen japonés que es utilizado para instar a no desaprovechar nada. De ahí que el principio llamado “*Monttainai*” constituya una concepción japonesa que busca la eficiencia de recursos ha tenido una fuerte presencia también en la creatividad y la innovación, tratando de encontrar formas creativas de reducción del gasto de recursos⁵.

Este principio ha servido de inspiración para dar origen al Procedimiento Acelerado de Patentes, en la medida que el objetivo de este programa es precisamente utilizar de manera más provechosa la labor de los examinadores de las Oficinas de Propiedad Industrial que forman parte de este procedimiento⁶.

5 López Aranguren, J. L. «El globalismo como herramienta para potenciar la creatividad y la innovación de Japón en un mundo globalizado, en *Mirai. Estudios Japoneses*», 4, 2020, 11-22. https://zaguan.unizar.es/record/95447/files/texto_completo.pdf. Acceso el 1 de mayo de 2021.

6 Este principio ha sido reconocido expresamente en los Lineamientos para la aplicación del Programa Piloto del Procedimiento Acelerado de Patentes entre Perú y PROSUR: “El PPH tendrá como base el principio *Mottainai*, que permite que cuando la Oficina de Examen Anterior (OEA) haya evaluado la patentabilidad de una solicitud de patente de invención (incluyendo solicitudes internacionales PCT que ingresan a fase nacional), la Oficina de Examen Posterior (OEP) deberá asegurar que el solicitante cuente con el beneficio de un examen acelerado de la solicitud correspondiente, siempre y cuando se cumplan con los requisitos establecidos para tal efecto”. Resolución N° 752-2016/DIN-INDECOPI del 20 de julio de 2016 Acceso el 1 de mayo de 2021. <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20791/368017/Lineamiento+PPH+Peru-AP.pdf/ae4a05ad-f3ec-4e41-ac19-f0e865443906>. También fue reconocido expresamente en el memorando de entendimiento suscrito con los países de la Alianza del Pacífico.

Es importante considerar que habitualmente los solicitantes están interesados en proteger su invención en varios países de manera simultánea, considerando, claro está, los plazos establecidos en el Convenio de París y utilizando el Sistema de presentación de Patentes PCT que permite en buena cuenta la extensión del plazo de prioridad para el ingreso en fase nacional de las solicitudes. Sin embargo, debido a las particularidades de cada procedimiento nacional y de acuerdo con la legislación de cada país, es probable que los exámenes de patentabilidad sean emitidos en distintos momentos.

Bajo la utilización del principio “*Monttainsai*” en el PPH, un solicitante que decida proteger simultáneamente su invención podría utilizar el examen de patentabilidad emitido por una oficina con anterioridad en otra oficina con la que se haya celebrado un acuerdo de aplicación de PPH, con lo cual habría una mejor utilización en términos de eficiencia del primer examen de patentabilidad.

Recordemos que este procedimiento con base en el principio japonés se inició como un acuerdo suscrito en 2006 entre la Oficina de Patentes y Marcas de Estados Unidos (USPTO) y la Oficina Japonesa de Patentes (JPO). Esto es, dos de las oficinas más grandes del mundo y hoy constituye una herramienta utilizada por diversas oficinas de patentes.

El mecanismo puede tener dos orígenes explicativos: de un lado, la falta de consenso, en 2005, para adoptar multilateralmente mecanismos de armonización de patentes, tales como el Sustantive Patent Law Treaty (splt), y de otro, el impulso inicial de Japón, por medio de su oficina de patentes, para resolver las demoras en la obtención de patentes por sus nacionales en Estados Unidos,

principal mercado de sus exportaciones (Lizarazo y Lamprea, 2014).

La adopción de estos mecanismos por las distintas oficinas puede deberse a que efectivamente se reduce de manera significativa los esfuerzos al realizar un examen de patentabilidad. Esto último pues las solicitudes posteriores utilizan los resultados obtenidos en las oficinas anteriores, sin necesidad de hacerlo desde cero, siempre y cuando se cumplan los requerimientos descritos en los lineamientos establecidos por cada oficina.

1.1 Concepto de PPH

De acuerdo con lo que ha señalado el INDECOPI, el procedimiento Acelerado de Patentes (PPH) es un acuerdo suscrito entre diferentes oficinas de patentes del mundo que implica la posibilidad de que cuando el solicitante de una patente haya obtenido una opinión favorable sobre la patentabilidad de una invención en una de las oficinas de patentes de un país que forma parte del acuerdo, las demás oficinas puedan utilizar los resultados de ese examen, sin necesidad de hacerlo desde cero, siempre y cuando se cumplan los requerimientos establecidos en los lineamientos elaborados por cada país. El primer país que realiza un examen de patentabilidad con resultados positivos beneficia al segundo país donde se solicita la misma patente, pues permite realizar el examen en menor tiempo⁷.

La mayoría de las oficinas de Propiedad Industrial del mundo han referido al PPH como un instrumento por el cual todo solicitante de patente de invención que cuente con un examen de fondo positivo o el otorgamiento del registro respectivo de la patente por parte de una Oficina de Propiedad Industrial determinada, tiene la posibilidad de requerir la aceleración de sus trámites de

7 INDECOPI, «Guía Procedimiento Acelerado de Patentes PPH para titulares de Patentes» (Lima: INDECOPI 2019), <https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3494758/guia+pph+sq.pdf/739c22bb-4d3a-1d47-0ee2-76db07274c10>.

solicitud de protección para la misma invención ante otra Oficina de Patentes con la cual se haya firmado un PPH, siempre que se cumpla con determinados condiciones y pasos establecidos en las directrices respectivas.

Cabe precisar que la condición de fondo más importante para esta herramienta recae en el hecho de que las reivindicaciones de las dos solicitudes tengan una correspondencia suficiente (sean iguales), ya que esto constituye la esencia de dicho programa, además de no contravenir ninguna disposición respecto de la legislación de cada país.

En ese sentido, no se trataría de una aplicación automática de los resultados positivos obtenidos en los exámenes anteriores. Muy por el contrario, el examinador posterior se encuentra en la obligación de revisar las reivindicaciones que fueron otorgadas a efectos de verificar, además, si efectivamente corresponden a las reivindicaciones que han sido solicitadas ante la Oficina Posterior, si cumplen con los requisitos de patentabilidad y que no se encuentran incursas dentro de las prohibiciones establecidas por cada legislación para que puedan ser objeto de protección.

1.2 Acuerdos firmados por el Perú

Hasta el momento, el Perú, a través del INDECOPI, ha suscrito 6 acuerdos PPH, los cuales pasaremos a revisar brevemente.

1. **Perú y España.** - El 5 de octubre de 2015, en Ginebra, la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM) y el INDECOPI suscribieron un Memorando de Entendimiento relativo al establecimiento de un Procedimiento Acelerado entre las Oficinas de Patentes respectivas, el cual comenzó a regir el 1

de enero de 2016⁸. Mediante Resolución N° 269-2016/DIN-INDECOPI del 23 de marzo de 2016 el INDECOPI fijó los lineamientos para este PPH.

En la tercera cláusula del memorando de entendimiento en mención, se estableció que la duración de este programa sería de dos años prorrogables automáticamente por periodos sucesivos según la voluntad de las partes, de manera tal que a la fecha dicho acuerdo continúa vigente.

A la fecha, no se han presentado solicitudes de acogimiento al PPH bajo este acuerdo⁹.

2. **Perú y Alianza del Pacífico.** - El 14 de diciembre de 2015, el INDECOPI suscribió el Memorandum de Entendimiento sobre PPH con las oficinas de Propiedad Industrial que forman parte de la Alianza del Pacífico, esto es, con el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial de los Estados Unidos Mexicanos, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia y el Instituto Nacional de Propiedad Industrial de Chile.

En dicho memorandum se estableció que la duración de este PPH sería de tres años con la posibilidad de prorrogarse hasta por un período adicional de un año, mediante acuerdo de los Participantes, formalizado por escrito. Este comenzaría a contabilizarse a partir de la fecha de la última firma de los suscribientes.

Mediante Resolución N° 752-2016/DIN-INDECOPI del 20 de julio de 2016, el INDECOPI aprobó los lineamientos “Guía para la aplicación del Programa Piloto del Procedimiento Acelerado de Patentes para establecer las condiciones, procedimientos y requisitos”.

8 INDECOPI. «Memorando de entendimiento del PPH INDECOPI-OEPM». Acceso el 1 de mayo de 2021. <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20791/368017/Memorando+de+entendimiento.pdf/c496f456-17ce-4e3e-8f2f-eae212d28996>

9 Fuente: Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías del INDECOPI. Carta N° 24-2021-DIN/INDECOPI del 17 de mayo de 2021.

Sobre su vigencia, a la fecha no ha sido posible verificar la existencia de un documento que expresamente señale que dicho acuerdo se encuentra vigente. No obstante, de acuerdo con la data proporcionada por la DIN, en el 2020, se solicitaron 2 pedidos de acogimiento de pedido PPH bajo el marco de la Alianza del Pacífico, de lo cual se infiere, que este acuerdo se encuentra vigente.

3. **Perú y Prosur.**- El 5 de julio de 2012, los representantes del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial de Argentina (INPI), el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial de Brasil (INPI), el Instituto Nacional de Propiedad Industrial de Chile (INAPI), la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (SIC) el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual de Ecuador (IEPI), la Dirección Nacional de Propiedad Intelectual de Paraguay (DINAPI), la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial de Uruguay (DNPI) y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de Perú (INDECOPI) suscribieron un Acuerdo de Cooperación que establece el Sistema de Cooperación Regional en Propiedad Industrial PROSUR-PROSUL, el cual tiene como objetivo la cooperación en las áreas de marcas, patentes, modelos de utilidad, dibujos y diseños industriales.

El 6 de mayo de 2016, con la finalidad de consolidar la cooperación técnica e institucional entre las Oficinas de Propiedad Industrial, las oficinas en mención suscribieron el Protocolo que reafirma el Acuerdo de Cooperación que establece el Sistema de Cooperación Regional en Propiedad Industrial PROSUR-PROSUL, a través del cual se reafirma el Acuerdo suscrito en el año 2012.

Asimismo, en la misma fecha, en Río de Janeiro, suscribieron el “Memorándum de Entendimiento sobre el Programa Piloto del Procedimiento Acelerado de Patentes entre las Oficinas de Propiedad Industrial que integran el Sistema de Cooperación en Propiedad Industrial PROSUR-PROSUL”.

En dicho memorándum, se dispuso en su artículo 3 que los países deberán formular las Guías para la operación del Programa Piloto en el cual se establecerán las condiciones, procedimientos y requisitos para la operación de este. Así, mediante Resolución N° 2245-2016/DIN-INDECOPI del 30 de diciembre de 2016, el INDECOPI aprobó los lineamientos para la aplicación de este PPH.

En cuanto a la vigencia de este programa, en el artículo 6.1. de memorándum en referencia, se estableció un plazo de duración de 3 años, con la posibilidad de prorrogarse por un año más. Ello siempre y cuando medie acuerdo de las partes y se formalice por escrito.

En relación con su vigencia, igual que para el caso de la Alianza del Pacífico a la fecha no ha sido posible obtener un documento que expresamente señale que dicho acuerdo se encuentra vigente y que se encuentre plenamente implementado en el Perú. No obstante, de acuerdo con la data proporcionada por la DIN, en el 2020, se solicitaron 3 pedidos de acogimiento de pedido PPH bajo esta modalidad¹⁰, de lo cual se infiere, que este se encuentra vigente.

4. **Perú y Japón.** - El 3 de octubre de 2017, los representantes de la Oficina Japonesa de Patentes (JPO) y el INDECOPI suscribieron la Declaración Conjunta de Intención para la implementación del Programa Piloto del Pro-

10 Fuente: Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías del INDECOPI. Carta N° 24-2021-DIN/INDECOPI del 17 de mayo de 2021.

cedimiento Acelerado de Patentes. En dicha declaración se estableció que el programa se iniciaría el 10 de noviembre de 2017.

Mediante Resolución N° 2017-2400/DIN-INDECOPI del 31 de octubre de 2017, se aprobó los lineamientos para la aplicación del Programa Piloto del Procedimiento Acelerado de Patentes (PPH) entre la Oficina Japonesa de Patentes (JPO) y el INDECOPI.

Durante el periodo 2017 al 2010, solo se han registrado 3 solicitudes pedido PPH bajo esta modalidad¹¹.

5. **Perú y Global PPH.** - El 10 de noviembre de 2018, la Oficina Japonesa de patentes, en su calidad de secretaria del Programa Piloto del Procedimiento de Acelerado de Patentes Global (Global PPH), señaló que, a partir del 6 de enero de 2019, el INDECOPI formaba parte del mencionado Programa.

Este programa se encuentra integrado por 27 países, entre los cuales podemos encontrar a las oficinas de patentes más importantes del mundo: Alemania (DPMA), Australia (IP Australia), Austria (APO), Canadá (CIPO), Colombia (SIC), Corea (KIPO), España (OEPM), Estados Unidos de América (USPTO), Dinamarca (DKPTO), Estonia (EPA), Finlandia (PRH), Hungría (HIPO), Instituto Nórdico de Patentes (NPI), Islandia (IPO), Israel (ILPO), Japón (JPO), Noruega (NIPO (IPONZ), Nueva Zelanda (IPONZ) Polonia (PPO), Portugal (INPI), Reino Unido (UKIPO), Rusia (ROSPATENT), Singapur (IPOS) Suecia (PRV), Chile (INAPI), Instituto de Patentes de Visegrado (VPI) que re-

úne a República Checa, Hungría, Polonia y la República Eslovaca, así como al Instituto Nórdico de Patentes conformado por Dinamarca, Islandia y Noruega.

Mediante Resolución N° 3368-2018/DIN-INDECOPI del 31 de diciembre de 2018, se aprobó los lineamientos para la aplicación del Programa Piloto del Procedimiento Acelerado de Patentes Global PPH.

Sobre la vigencia de este programa, no se establecido una vigencia determinada. No obstante, en los Lineamientos se ha dispuesto que en caso de un eventual número excesivo de solicitudes PPH que impidan su correcto funcionamiento, el programa puede ser suspendido siempre y cuando dicha intención sea comunicada formalmente a las otras oficinas 3 meses antes de que la suspensión se haga efectiva.

Actualmente, esta modalidad de PPH es la que más solicitudes ha presentado. Desde su entrada en vigor, se han presentado 42 solicitudes de acogimiento PPH¹², lo cual representa más del 50% de las solicitudes de acogimiento PPH presentadas en el periodo 2017 al 2020 en el Perú.

6. **Perú y Oficina Europea de Patentes (EPO).** - El 2 de enero de 2020, entró en vigor por tres años, el Programa Piloto con la Oficina Europea de Patentes, que involucran a 38 oficinas de patentes europeas. Las intenciones de suscribir este programa fueron anunciadas el 18 de octubre 2019¹³.

11 Fuente: Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías del INDECOPI. Carta N° 24-2021-DIN/INDECOPI del 17 de mayo de 2021.

12 Fuente: Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías del INDECOPI. Carta N° 24-2021-DIN/INDECOPI del 17 de mayo de 2021.

13 EPO. «Patent Prosecution Highway pilot programme between the European Patent Office and the National Institute for the Defense of Competition and Intellectual Property Protection (Peru) based on PCT and national work products» Acceso el 28 de mayo de 2021 <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/official-journal/2019/12/a107.html>.

A la fecha de emisión de este artículo, no ha sido posible acceder al memorando de entendimiento celebrado por el INDECPI y la EPO ni tampoco a la Resolución que aprueba las directrices para su aplicación.

2.3 Marco jurídico

Para analizar la naturaleza jurídica del mecanismo PPH, es importante considerar los documentos suscritos por el INDECOPI con las distintas oficinas con las que se ha celebrado estos acuerdos, de modo tal que revisaremos los documentos denominados “memorandos de entendimiento” y “lineamientos”.

Con relación a los memorandos de entendimiento suscritos por el INDECOPI¹⁴, se podría decir que dichos documentos establecen las cláusulas generales que dan origen a los acuerdos PPH. En ellos, encontramos las siguientes características en común:

- Se refieren al PPH como programas piloto, con lo cual se puede inferir que se trata de programas sujetos a “prueba”.
- Se establece como principal objetivo reducir los tiempos de examinación de las patentes, así como evitar la duplicidad de esfuerzos en la elaboración de los exámenes de patentabilidad, sin poner en riesgo la calidad de dichos exámenes.
- Se establece la posibilidad de suspender el procedimiento, previa comunicación, en caso se presente un número excesivo de solicitudes si ponen en riesgo su buen funcionamiento.

- Como requisito de procedibilidad se establece como condición principal, la correspondencia de las reivindicaciones de las dos solicitudes, esto es las reivindicaciones presentadas ante la Oficina de Examen Anterior (OEA) con las reivindicaciones presentadas ante la Oficina de Examen Posterior (OEP).

En los lineamientos, se han establecido básicamente los requisitos formales para la aplicación de PPH, los cuales son muy similares en los acuerdos analizados.

Del estudio tanto del memorando como los lineamientos, observamos que no se ha realizado un desarrollo expreso del marco legal que sustenta la adopción de dichos acuerdos.

De algún modo lo anterior denotaría que las oficinas han señalado que la suscripción de este tipo de acuerdos tendría un sustento principalmente en la cooperación de las oficinas de patentes. Esto es, un sustento más práctico que legal, en la medida que se justifica la implementación de este mecanismo en aras de acelerar la evaluación de las solicitudes de patentes evitando la duplicidad de esfuerzos y, con ello, reducir el tiempo de tramitación de una solicitud de patente.

Para Lizarazo y Lamprea, la aplicación del PPH puede no ser compatible con el Derecho Andino, pues no favorece la aplicación de los requisitos sustanciales de patentabilidad previstos en la norma andina, ni cumple la exigencia de la Decisión 486 consistente en que los países deben garantizar “la mejor aplicación de las disposiciones contenidas en la Decisión”¹⁵.

14 Para dicho análisis se han tenido en cuenta los memorandos de entendimiento respecto de los acuerdos señalados en los literales a), b), c), y d) del acápite IV.

15 Lizarazo-Cortés, Ó. y N. Lamprea Bermúdez, «Implementación del Procedimiento Acelerado de Patentes (pph) en Colombia. Análisis jurídico, técnico y efectos iniciales», Revista La Propiedad Inmaterial N.º 18, Universidad Externado de Colombia, noviembre de 2014, pp. 314.

En ese sentido, ante esta poca claridad legal, se pasará a revisar si el PPH encuentra su sustento en la Decisión 486 y el Decreto Legislativo 1075, que regula aspectos no contemplados por la referida Decisión que constituyen las normas nacionales sobre materia de propiedad industrial.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 278 de la Decisión 486, los Países Miembros de la Comunidad Andina se comprometen, entre otros, a fortalecer, propender a la autonomía y modernizar las oficinas nacionales competentes y los sistemas y servicios de información relativos al estado de la técnica.

Por su parte, el artículo 279 del mismo cuerpo legal dispone que los Países Miembros podrán suscribir acuerdos de cooperación en materia de propiedad industrial que no vulneren la Decisión, tales como el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes.

Con respecto a esta disposición, cabe precisar que el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes conocido como Sistema PCT, cuya compatibilidad con la Decisión 486 es expresamente establecida, es en buena cuenta un sistema de presentación de patentes a nivel internacional y no un sistema de otorgamiento de patente. En esa línea, si bien dentro de este procedimiento se podrían generar adelantos de opiniones respecto de la patentabilidad de las invenciones, dichas opiniones no tienen carácter vinculante.

En materia de patentes, rige el principio de territorialidad, lo cual significa que la protección que se le brinda a una invención se limita a una determinada jurisdicción. Con ello se garantiza que el análisis de patentabilidad que realiza cada una de las Oficinas de Patentes sea autónomo e independiente con base a la legislación vigente de cada país.

Para que una invención pueda obtener protección, en la mayoría de las legislaciones, se exige que esta cumpla con tres requisitos sustanciales: i) novedad, ii) nivel inventivo y iii) aplicación industrial.

Si bien los requisitos de novedad y aplicación industrial suelen ser los más armonizados a nivel internacional, lo mismo no ocurre con el requisito de nivel o altura inventiva, toda vez que existen matices en las interpretaciones o criterios en cuanto a su definición o aplicación. En ese sentido, es perfectamente posible concluir que lo que para una oficina puede resultar una patente con nivel inventivo, para otra oficina no.

Por su parte, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 de la Decisión 486, no está permitida la protección de invenciones que versen sobre: i) plantas, animales y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos; ii) métodos terapéuticos o quirúrgicos para el tratamiento humano o animal, así como los métodos de diagnóstico aplicados a los seres humanos o a animales, entre otros; y los usos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 de la Decisión 486 y su Interpretación por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el Proceso 89-AI-2000, que solo considera patentable los productos o procedimientos, más no los usos¹⁶.

De manera que si una patente solicitada en el Perú se encuentra incurso en el algunas de las prohibiciones establecidas en los artículos mencionados en el párrafo anterior, esta no podrá obtener su protección aun cuando el solicitante presente un examen favorable emitido por la Oficina de Examen Anterior, acogándose al pedido PPH.

16 Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 722 del 12 de octubre del 2001.

Sin perjuicio de que existe un expreso reconocimiento de la autonomía de las oficinas de patentes, esto es, que existe la obligación por parte del examinador de evaluar íntegramente la patentabilidad de una invención, la Decisión 486, en su artículo 46, contempla la posibilidad de que la oficina nacional competente pueda requerir el informe de expertos o de organismos científicos o tecnológicos que se consideren idóneos, para que emitan opinión sobre la patentabilidad de la invención. Asimismo, cuando la oficina nacional competente lo estime conveniente, podrá requerir informes de otras oficinas de propiedad industrial.

Inclusive, de ser necesario, a efectos de realizar el examen de patentabilidad y a requerimiento de la oficina nacional competente, el solicitante proporcionará, en un plazo que no excederá de 3 meses, entre otros, solicitudes extranjeras referidas total o parcialmente a la misma invención que se examina: i) copia de los resultados de exámenes de novedad o de patentabilidad efectuados respecto a esa solicitud extranjera; ii) copia de la patente u otro título de protección que se hubiese concedido con base en esa solicitud extranjera.

Asimismo, establece que la oficina nacional competente podrá reconocer los resultados de los exámenes referidos a copia de los resultados de exámenes de novedad o de patentabilidad efectuados respecto a esa solicitud extranjera como suficientes para acreditar el cumplimiento de las condiciones de patentabilidad de la invención.

De lo anterior, se desprende que la Decisión 486 no niega la posibilidad de que el examinador al momento de evaluar la patentabilidad de una invención pueda tomar en consideración informes u opiniones de otras oficinas de propiedad industrial. Inclusive, la Decisión 486 establece la facultad de la oficina nacional para reconocer resultados de ciertos exámenes de patentabilidad que

tengan la finalidad de acreditar el cumplimiento de las exigencias de la invención.

En ese sentido, el considerar exámenes u informes de otras oficinas de patentes es una facultad o alternativa reconocida por la propia Decisión 486; por lo tanto, no existiría razón por la cual la aplicación del PPH podría resultar incompatible con la norma andina.

Además, el PPH encuentra su sustento en la labor que tienen los Países Miembros en la tarea de modernizar las oficinas nacionales competentes y en la posibilidad de suscribir acuerdos de cooperación siempre y cuando no trasgredan la Decisión, tal como ocurre claramente con el PCT, del cual forman parte Colombia, Ecuador y Perú, tres países de los cuatro países de la Comunidad Andina.

Cabe precisar que el PPH no constituye un mecanismo de aprobación automática, sino que está sujeta a la evaluación autónoma, independiente e integral que realice la Oficina de Examen Posterior. Al respecto, en el entendimiento suscrito con la Oficina Japonesa de Patentes se señala expresamente que “las oficinas reafirman la autonomía que tienen para aplicar su propia legislación y políticas públicas”.

En atención a las consideraciones expuestas, es posible concluir que el PPH no resulta incompatible con la Decisión 486, toda vez, no obstante que no existe una definición expresa de la naturaleza jurídica de esta figura y más bien parece tener un origen mucho más práctico que legal al buscar evitar dobles esfuerzos, este mecanismo garantiza la autonomía e independencia de los examinadores de patentes de cada oficina nacional, quienes finalmente deberán evaluar si las patentes que han sido otorgadas por las Oficinas de Examen pueden o no, de acuerdo con la legislación nacional, pueden ser protegidas.

2. Consideraciones para la presentación de solicitudes PPH

A través de los lineamientos emitidos por el INDECOPI para cada tipo de PPH, se han establecido los requisitos para la tramitación de una solicitud de acogimiento al PPH, los cuales, como ya lo mencionamos, contienen requisitos muy similares, los cuales han sido consolidados mediante el documento denominado “Guía Procedimiento Acelerado de Patentes PPH para titulares de Patentes”. En ese sentido, a continuación, haremos una revisión de los requisitos necesarios para que la DIN admita a trámite el pedido de PPH.

Para que una patente tramitada en el Perú pueda acceder al programa PPH, la solicitud de patente debe haber sido publicada en la Gaceta Electrónica de Propiedad Industrial del INDECOPI, con lo cual el plazo para formular oposición debe haber vencido. Como segundo requisito, se establece que la patente no debe contar con ningún examen de patentabilidad.

Si la solicitud de patente cumple con estos requisitos, entonces el solicitante podrá formular el pedido de acogimiento PPH.

1. Primera fase: Solicitud de acogimiento al PPH. El solicitante deberá presentar los siguientes documentos:

- Formato para acogerse al programa PPH en español. - Este formato es proporcionado por el INDECOPI y debe ser completado con la información correspondiente y debidamente suscrito por el solicitante o su representante.
- Ejemplar de las reivindicaciones otorgadas y de su traducción al español.

- Copia de todo examen, documento o pronunciamiento emitido sobre la patentabilidad de la solicitud.
- Copia de los antecedentes, información, referencias o documentos citados por el examinador, incluyendo la literatura no patente.

Actualmente, el pedido PPH no involucra ningún costo para el solicitante, lo cual puede resultar bastante beneficioso para el solicitante.

2. Segunda fase: Análisis del pedido de acogimiento al PPH

Una vez presentada toda la documentación mencionada en el literal a), la DIN realizará una revisión de esta a efectos de verificar si cuenta con la información necesaria para admitir el pedido de acogimiento al PPH. En el caso que la DIN determine que la documentación presentada resulta insuficiente, en la práctica, viene otorgando un plazo de días hábiles¹⁷ para que el solicitante cumpla con presentar la documentación correspondiente. De no cumplir con este requisito, el pedido de acogimiento al PPH será rechazado. No obstante, ello no impide que el solicitante pueda solicitar nuevamente el acogimiento al PPH una vez cuente con la documentación respectiva.

3. Tercera fase: Examen de patentabilidad

Admitido el pedido PPH, el examinador pasará a realizar el análisis de patentabilidad de la invención en trámite para lo cual revisará la documentación presentada con la solicitud de acogimiento al PPH, la correspondencia

¹⁷ De acuerdo con lo establecido en el artículo 143 del Texto único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, Decreto Supremo N° 004-2019-US, a falta de plazo establecido por ley expresa, las actuaciones para actos de cargo del administrado requeridos por la autoridad, como entrega de información, respuesta a las cuestiones sobre las cuales deban pronunciarse, deben producirse en un plazo de 10 días.

de las reivindicaciones otorgadas en la Oficina de Examen Anterior (OEA) con relación a las reivindicaciones presentadas ante la DIN, para luego determinar si, de acuerdo con la legislación peruana, dichas reivindicaciones pueden ser protegidas.

De manera que, el examinador está obligado a realizar un examen autónomo de la patente con el objeto de verificar que esta i) cuente con los requisitos de patentabilidad (novedad, nivel inventivo y aplicación industrial) y ii) no se encuentre incurso dentro de las prohibiciones para su protección.

En el caso de que el examinador determine que las reivindicaciones no contravienen lo dispuesto en la Decisión 486, la DIN emitirá una resolución de otorgamiento y, consecuentemente, el título de concesión correspondiente.

3. Solicitudes PPH presentadas en Perú

De acuerdo con la información proporcionada por la DIN, desde el año 2017 al 2020, se han presentado un total de 89 de solicitudes de acogimiento al PPH, evidenciándose un incremento del 240% de las solicitudes presentadas en el año 2020 con relación a las solicitudes presentadas en año 2017¹⁸. Este último es el año en el que inician efectivamente las presentaciones de las solicitudes de acogimiento PPH.

Otro dato por destacar es que en todo el periodo 2017-2020, la mayoría de las solicitudes corresponden a solicitudes bajo el acuerdo Global PPH, habiéndose presentado 14 solicitudes en las 2019 y 28 solicitudes en el 2020. Asimismo, en

el periodo 2017 al 2020, las solicitudes de acogimiento de PPH que han sido presentadas corresponden a dos campos técnicos: i) farmacia y biotecnología con 23 solicitudes y ii) ingeniería con 66 solicitudes.

Las Oficinas examen anterior respecto de las solicitudes de acogimiento de PPH han provenido de las siguientes oficinas (orden de mayor a menor solicitudes):

1. USPTO (Estados Unidos de América): 31 solicitudes
2. SIC (Colombia): 19 solicitudes
3. INAPI (Chile): 14 solicitudes
4. IMPI (México): 11 solicitudes
5. IP AUSTRALIA (Australia): 5 solicitudes
6. JPO (Japón): 3 solicitudes
7. CIPO (Canadá): 4 solicitudes
8. DPMA (Alemania): 1 solicitud
9. ROSPATENT (Rusia): 1 solicitud

Respecto de la admisión de las solicitudes de acogimiento al PPH, ninguna de las 89 solicitudes ha sido denegadas; es decir, las 89 solicitudes han sido admitidas a trámites.

Citando un caso práctico, podemos observar que en el caso de la solicitud entrada fase nacional N° 827-2019/DIN, con título “Proceso de Separación De Minerales”, esta solicitud fue ingresada ante la DIN el 15 de abril de 2019, siendo que el pedido PPH fue presentado el 30 de abril de 2020 y la resolución de otorgamiento fue emitida

18 En el 2017, mediante Resolución N° 566-2017/DIN-INDECOPI del 28 de marzo de 2017, recaída en el Expediente N° (...), se otorgó la patente de invención para “Método de pavimentación de caminos o senderos de bajo tráfico y losa de hormigón para realizar dicha pavimentación”. Dicho otorgamiento significó a primera patente concedida bajo el programa PPH.

el 12 de noviembre de 2020, es decir, esta solicitud de patente fue otorgada en menos de dos años, cuando la estimación de tramitación es de 5 años.

Esta información nos permite concluir que la implementación del PPH en el Perú viene siendo una herramienta eficaz para la aceleración de la tramitación de patentes, siendo que además de haberse logrado una reducción de en promedio 6 meses, según data del INDECOPI hasta la emisión de una resolución, el 100% de las patentes que accedieron a este programa han sido otorgadas.

4. Conclusiones

El análisis jurídico realizado permite concluir que la aplicación del PPH en nuestro país no es incompatible con la Decisión 486, por dos razones fundamentales. La primera debido a que la propia Decisión establece la posibilidad de que el examinador se haga valer de informes u opiniones de examinadores de otras oficinas y la segunda debido a que el Examen Oficina de Examen Posterior no está obligado a aplicar de manera automática el informe de la Oficina Anterior, sino que deberá efectuar la evaluación de la solicitud de patente a fin de determinar si cumple o no con los requisitos para la protección.

Como consideraciones complementarias, podemos señalar que la Decisión establece la posibilidad también de que los países miembros suscriban acuerdos de cooperación siempre y cuando no sean compatible, así como la obligación de fortalecer, propender a la autonomía y modernizar las oficinas nacionales competentes y los sistemas.

Habiéndose establecido la incompatibilidad del PPH con la Decisión 486, podemos advertir que la implementación de este mecanismo en el Perú viene siendo eficiente.

En efecto, a la fecha contamos con seis acuerdos suscritos con las principales oficinas de patentes del mundo. Si bien en estos 5 años no se ha presentado un número exorbitante de solicitudes de acogimiento, lo cierto es que resulta importante, sobre todo para el solicitante extranjero que es el que más utilizada este mecanismo debido a que la mayoría de las solicitudes en Perú son presentadas por estos, que el número total de solicitudes hayan sido admitidas y que las solicitudes de patentes hayan sido otorgadas, lo que podría traducirse en un incentivo para atraer la inversión extranjera.

Sin perjuicio de ello, esta herramienta también puede ser muy útil para el solicitante nacional que ha presentado simultáneamente su solicitud en otro país que forme parte de los acuerdos sobre PPH. Toda vez que el examen obtenido en cualquiera de estos países podría ser considerado ante la DIN para el acogimiento al PPH.

Bibliografía

Normas

Convenio de Paris

Decisión Andina 486 de 2000

Decreto Legislativo 1075

Texto único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, Decreto Supremo N° 004-2019-US

Textos y documentos

López Aranguren, J. L. «El globalismo como herramienta para potenciar la creatividad y la innovación de Japón en un mundo globalizado, en Mirai. Estudios Japoneses», 4, 2020, 11-22. https://zaguan.unizar.es/record/95447/files/texto_completo.pdf. Acceso el 1 de mayo de 2021.

Lizarazo-Cortés, Ó. y N. Iamprea Bermúdez, «Implementación del Procedimiento Acelerado de Patentes (pph) en Colombia. Análisis jurídico, técnico y efectos iniciales», Revista La Propiedad Inmaterial N.º 18, Universidad Externado de Colombia, noviembre de 2014, pp. 281-321.

Salazar Gutiérrez, Juan. El derecho globalizado de cooperación en patentes (PCT Y PPH): análisis de la eficacia de los procedimientos administrativos. Universidad Nacional de Colombia Sede Bogotá Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Departamento de Derecho. Montevideo: 2017.

INDECOPI. «Anuario de Estadísticas Institucionales 2018». Acceso el 1 de mayo de 2021.

INDECOPI. «Anuario de Estadísticas Institucionales 2019». Acceso el 1 de mayo de 2021.

World Intellectual Property Organization «World Intellectual Property Indicators 2019». Acceso el 10 de mayo de 2021. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2019.pdf

INDECOPI.

INDECOPI, «Guía Procedimiento Acelerado de Patentes PPH para titulares de Patentes» (Lima: INDECOPI 2019), <https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3494758/guia+pph+sq.pdf/739c22bb-4d3a-1d47-0ee2-76db07274c10>.

INDECOPI. «Memorando de entendimiento del PPH Indecopi-OEPM» octubre 2015, Ginebra.

INDECOPI. «Lineamientos para acceder al PPH en Indecopi» marzo 2016, Lima

INDECOPI «Memorando de entendimiento del PPH Indecopi-Alianza del Pacífico» octubre, 2015, Ginebra.

INDECOPI. «Lineamientos para acceder al PPH en Indecopi» julio 2016, Lima

INDECOPI «Memorando de entendimiento del PPH Indecopi-PROSUR» mayo, 2016, Rio de Janeiro.

INDECOPI. «Lineamientos para acceder al PPH en Indecopi» diciembre 2016, Lima

INDECOPI «Memorando de entendimiento del PPH Indecopi-Japón» octubre, 2017, Ginebra.

INDECOPI. «Lineamientos para acceder al PPH en Indecopi» octubre 2017, Lima

INDECOPI. «Lineamientos para acceder al Global PPH» diciembre 2018, Lima

EPO. «Patent Prosecution Highway pilot programme between the European Patent Office and the National Institute for the Defense of Competition and Intellectual Property Protection (Peru) based on PCT and national work products» Acceso el 28 de mayo de 2021 <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/official-journal/2019/12/a107.html>.

INDECOPI. RESOLUCIÓN N° 1389-2020/DIN-INDECOPI de fecha 12 de noviembre de 2020, recaída en el Expediente N° 000827-2019/DIN. Patente ingreso en fase nacional PCT para “PROCESO DE SEPARACIÓN DE MINERALES”.

Carta N° 24-2021/DIN emitida por la Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías sobre las solicitudes al Procedimiento Acelerado de Patentes entre los años 2017 y 2020.

El Derecho de Autor y las plataformas streaming

Copyright and streaming platforms

Jorge Córdova Mezarina¹

Resumen. El presente artículo analiza el derecho de los autores, artistas, productores fonográficos y organismos de radiodifusión respecto del uso de sus producciones en plataformas *streaming*, así como las principales infracciones que se cometen a través de dichas plataformas. Finalmente, revisamos las decisiones más recientes que ha emitido la Comisión de Derecho de Autor del Indecopi con relación al bloqueo de páginas web que brindan el servicio de *streaming* en el Perú.

Abstract. *This article analyzes the right of authors, artists, phonographic producers and broadcasting organizations in relation with the use of their productions through streaming platforms, as well as the main infringements that the users are committed in this platforms. Finally, we review the most recent decisions issued by the Indecopi Copyright Commission in relation to the blocking of websites that provide the streaming service in Peru.*

Palabras clave. Derecho de Autor, Internet, *streaming*, responsabilidad solidaria, bloqueo de páginas web.

Keywords. *Copyright, Internet, streaming, vicarious liability, blocking of websites.*

Sumario: I. Introducción. II. El derecho de autor y su relación con el internet. III. Las plataformas *streaming*: ¿Un nuevo medio para la difusión de obras?. IV. Las plataformas *streaming* y el Derecho de Autor. V. La responsabilidad solidaria por las infracciones al Derecho de Autor a través de las plataformas *streaming*. VI. Bloqueos de plataformas *streaming* por parte del Indecopi. VII. Comentarios Finales

1. Introducción.

Desde la década de los noventa, Internet se ha convertido en el mayor escenario de explotación de obras protegidas por el Derecho de Autor gracias, en gran medida, a que por esos años se desarrolló el formato de audio denominado Mp3, lo cual facilitó su almacenamiento en las computadoras, así como su transmisión en línea.

Es así que por aquellos años Internet supuso el mayor reto al cual se había enfrentado el Derecho de Autor en toda su historia, pues los internautas empezaron a compartir de forma masiva obras musicales utilizando una tecnología novedosa en aquella época: el sistema “peer to peer” (en adelante P2P).

¹ Abogado y Magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Derecho de la Propiedad Intelectual por la Universidad de Castilla ¿ La Mancha (España). Becario por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en cursos de especialización en Ginebra, Madrid, Ciudad de Panamá y Santiago de Chile. Estudios de Posgrado en Propiedad Industrial en la Universidad de Buenos Aires. Autor de artículos relacionados con su especialidad y docente contratado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Universidad del Pacífico.

Así, a través del sistema P2P, los usuarios de Internet podían intercambiar archivos de obras musicales y audiovisuales con la sola instalación de un software en su computadora o dispositivo móvil, lo cual no sólo aumentó el tráfico de dichas creaciones en línea, sino que supuso una gran preocupación para la industria del entretenimiento, especialmente para las productoras fonográficas y cinematográficas.

En ese escenario, con la irrupción de esta nueva tecnología los usuarios dejaban de ser meros receptores de obras para convertirse también en proveedores, pues compartían entre sí grabaciones de música y video que tenían guardadas en sus discos duros.

La plataforma más popular en el mundo a finales de los 90 era *Napster* y contra ella la industria del entretenimiento inició uno de los casos más emblemáticos en la historia del Derecho de Autor.

Así, en el año 1999 la empresa estadounidense Napster Inc. lanzó por Internet un programa de ordenador denominado *Napster*, el cual podía ser descargado de manera gratuita a fin de ser instalado en cualquier computadora. A través de este programa se facilitó el intercambio de archivos Mp3 de obras musicales entre sus usuarios utilizando la tecnología P2P.

Ello propició que un gran número de usuarios de Internet intercambien a través de este sistema un inmenso catálogo de obras musicales, a lo cual se atribuyó una abrupta caída en las ventas de discos compactos, generándose así la preocupación de la industria fonográfica la cual inició una acción legal contra Napster Inc. por violación a sus derechos².

El asunto en discusión era la presunta responsabilidad de una empresa que no utilizaba directamente fonogramas musicales pero que, sin embargo,

facilitaba el intercambio de estas producciones a través del sistema que ofrecía por Internet.

Si bien luego de un largo proceso judicial Napster Inc. fue encontrada responsable indirecta de las infracciones cometidas por sus usuarios utilizando su software, ello no frenó el desarrollo de numerosas plataformas similares a través de las cuales se intercambiaba libremente archivos de obras musicales y audiovisuales, tales como: *Morpheus*, *Kazaa*, *Ares*, entre otras.

Sin embargo, han transcurrido más de 20 años desde que *Napster* fuera lanzada y, como se dice coloquialmente, “muchacha ha corrido bajo el puente”, por lo que la industria del entretenimiento, especialmente la musical y audiovisual, se ha tenido que adaptar a las nuevas exigencias de sus consumidores.

Así, hoy comprar discos compactos es algo del pasado para muchos. De hecho, en una ciudad tan grande como Lima, hay muy pocos negocios dedicados a esta actividad y los que sobreviven se encuentran orientados más bien a satisfacer necesidades puntuales de melómanos y coleccionistas.

En este escenario, la industria del entretenimiento, principalmente fonográfica y audiovisual, ahora ofrece sus productos a través de plataformas en línea que permiten acceder a canciones y películas de forma individual, a fin de poder disfrutarlas en una computadora, un celular o una tablet.

Ello debido a que desde principios de siglo, los consumidores de música y video prefieren tener a su disposición únicamente las obras que más les gusta y, a partir de estas, armar sus propias listas o “*playlists*”, a las cuales pueden entrar desde su teléfono celular, tablet o computadora en cualquier momento y lugar.

2 Caso Número 00-16401. A&M Records y otros contra Napster Inc.

Pero eso no es todo, pues también se ha generado un nuevo canal de comunicación a través de la cual la radio y televisión puede ofrecer su contenido.

Así, desde hace algunos años la radio y televisión tradicional han empezado a transmitir su contenido a través de Internet. Incluso algunos canales tradicionales no sólo retransmiten su señal a través de aplicativos, sino que ahora ofrecen las ediciones de sus programas “a la carta”, como sucede por ejemplo en el caso de *América Tigo*.

En este contexto, a lo largo de los años han surgido plataformas que brindan la posibilidad de acceder a contenido musical y audiovisual en línea, permitiendo a sus suscriptores que puedan disfrutarlo a través de cualquier dispositivo.

De este modo, a diferencia de lo que sucedía hace unos años, ya no es necesario descargar el contenido en la memoria de nuestro dispositivo, sino que podemos armar nuestra biblioteca musical o audiovisual en línea a través de plataformas tales como *Spotify*, *Youtube Music*, *Apple Music*, entre otras.

Este tipo de plataformas se ha hecho muy popular en estos últimos años, tanto que incluso los televisores inteligentes tienen ya programadas diversas plataformas *streaming* para ver películas o disfrutar de la biblioteca musical que el usuario ha creado.

Pero, al igual que hace 20 años, nos preguntamos si el Derecho de Autor se ve afectado con esta tecnología y, si lo es, de qué forma.

En ese sentido, el presente artículo analizará la relación existente entre las plataformas *streaming* con el Derecho de Autor a efecto de tener claro los tipos de explotación de obras en las mismas, las infracciones que se pueden cometer y finalizaremos con las decisiones más importantes que, sobre el tema, ha emitido el Indecopi en los últimos años.

2. El Derecho de Autor y su relación con el Internet

Como se ha señalado, Internet ha constituido el mayor reto que ha enfrentado el Derecho de Autor en su historia, debido a que las posibilidades y frecuencia para la explotación de obras son inmensas. Ello generó que en la década de los noventa se cuestionara incluso la viabilidad de la aplicación de las normas autorales en la red, generando algo así como un “territorio liberado”.

En efecto, algunos consideraron que el Derecho de Autor, concebido para su aplicación en un entorno físico, no resultaba aplicable en un entorno digital.

La piedra angular del Derecho de Autor es el “Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas” que data de 1886 y que fue revisado por última vez en París en el año 1971, mucho antes de la irrupción del Internet en nuestras vidas.

Así, el Convenio de Berna reconoció a los autores un conjunto de derechos de naturaleza moral y patrimonial, encontrándose dentro de estos últi-

mos el derecho de reproducción (artículo 9)³ y comunicación al público (artículo 11)⁴.

Adicionalmente, en el año 1961 diversos países adoptaron la “Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión” el cual otorga un reconocimiento a los denominados titulares de derechos conexos al Derecho de Autor, es decir, a diversas personas que sin crear obras son importantes o coadyuvan en su difusión.

Quedaba entonces claro en el ámbito internacional que tanto los autores como los titulares de derechos conexos eran beneficiarios de un conjunto de facultades de orden patrimonial.

Pero, ¿cómo aplicar estos derechos en el entorno Internet?

El cuestionamiento de las normas vigentes del Derecho de Autor en el cada vez más creciente entorno Internet generó que la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) impulsara en 1996 la suscripción de dos tratados conocidos mundialmente como los Tratados Internet: El Tratado OMPI sobre Derecho de Autor y el Tratado OMPI sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas.

El propósito de estos tratados era dejar claramente establecido que las normas sobre el Derecho de Autor aplicables al entorno físico, resultaban de plena aplicación en el entorno digital, por lo que

el uso de obras a través de la red requería de la correspondiente autorización de sus titulares. No hay entonces “territorio liberado” en la red.

Así los derechos de reproducción y comunicación al público establecidos en el Convenio de Berna y en la Convención de Roma resultaban plenamente vigentes en la red.

En ese sentido, la fijación de una obra en un servidor de Internet constituía un acto de reproducción, mientras que el hacer accesible una obra a través de dicho medio constituía un acto de comunicación al público.

Ante ello, si cualquier persona realiza la fijación de una obra en un servidor de Internet a efecto de que todos o algunos de los internautas puedan acceder a dicha obra, se configura un acto de reproducción y, por ende, se requiere del otorgamiento de una autorización para tal fin.

Asimismo, el acto de hacer accesible la obra constituye un acto de comunicación al público.

Así, para “colgar” un video musical en la red social Youtube se requieren necesariamente dos acciones: la fijación (reproducción) del video en el servidor y su puesta a disposición del público (comunicación pública).

En el Perú, tanto la Decisión 351 de la Comunidad Andina como la Ley sobre el Derecho de Autor, reconoce a los autores y a los titulares de derechos conexos derechos patrimoniales perfec-

3 Convenio de Berna
Artículo 9.

Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.
(...)

4 Convenio de Berna
Artículo 11.

Los autores de obras dramáticas, dramático-musicales y musicales gozarán del derecho exclusivo de autorizar: 1º, la representación y ejecución pública de sus obras, comprendidas la representación y la ejecución pública por todos los medios o procedimientos; 2º, la transmisión pública, por cualquier medio, de la representación y de la ejecución de sus obras.

tamente aplicables al entorno Internet, entre estos también los derechos de reproducción y comunicación al público.

Así, en cuanto al derecho patrimonial de reproducción, la Ley sobre Derecho de Autor (en adelante la LDA) señala en su artículo 32 lo siguiente:

“**Artículo 32.-** La reproducción comprende cualquier forma de fijación u obtención de copias de la obra, permanente o temporal, especialmente por imprenta u otro procedimiento de las artes gráficas o plásticas, el registro reprográfico, electrónico, fonográfico, digital o audiovisual”.

En ese sentido, cualquier fijación de una obra en cualquier tipo de soporte, físico o digital, constituye un acto de reproducción en los términos de la LDA.

Asimismo, en cuanto al derecho patrimonial de comunicación al público, la LDA ha establecido 2, numeral 5, lo siguiente:

“**Artículo 2.-**

(...)

5. Comunicación pública. - Todo acto por el cual dos o más personas, reunidas o no en un mismo lugar, puedan tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, por cualquier medio o procedimiento, análogo o digital, conocido o por conocerse, que sirva para difundir los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes. Todo el proceso necesario y conducente a que la obra sea accesible al público constituye comunicación”.

Así, el subir una producción protegida por el Derecho de Autor a Internet configura un acto de comunicación al público en tanto que varias personas pueden tener acceso a dicha producción de manera virtual, es decir, sin que exista una entrega física de ejemplares.

La norma también se refiere a la potencialidad de acceso y no a que se verifique un acceso real, por lo que basta que se haya iniciado el proceso para subir la obra Internet a efecto de que se configure la comunicación al público.

Es decir, puedo subir una obra a una página web y que esta página no sea visitada por el público; sin embargo, ya se habrá configurado el acto de comunicación pública.

3. Las plataformas *streaming*: ¿Un nuevo medio para la difusión de obras?

Aunque la puesta a disposición al público de obras utilizando la tecnología del *streaming* se ha hecho muy popular recién en los últimos años, esta fue desarrollada mucho tiempo atrás, a mediados de la década de los noventa, cuando se lanzó el programa denominado Real Audio 1.0, a través del cual resultaba posible la transmisión de emisiones radiales utilizando el Internet, es decir, las radios en línea.

Ahora bien, ¿qué es una plataforma *streaming*? Pues es aquella que permite la transmisión de diverso contenido musical o audiovisual en línea, es decir, utilizando el Internet, sin necesidad de que dicho contenido se fije en la memoria del dispositivo del usuario, en otras palabras, sin necesidad de que sea descargado por este de manera permanente.

El contenido que se puede transmitir a través del *streaming* abarca emisiones de radiodifusión (radio y televisión), obras musicales, producciones audiovisuales y videojuegos.

Así, la diferencia fundamental del *streaming* con otras plataformas de transmisión, como por ejemplo las redes P2P antes referidas, es que en estas últimas el usuario debe descargar el contenido en la memoria de su dispositivo de manera previa a

acceder al mismo y, luego de ello, permanece dicha descarga en la memoria hasta que el usuario la elimine.

En cambio, en el *streaming* el contenido no es reproducido de forma permanente en la memoria del dispositivo, sino que es eliminado una vez que se muestra al usuario, lo cual se realiza en forma paralela a su descarga. Ello implica también que si el usuario quiere acceder nuevamente al contenido tendrá que realizar una nueva descarga.

En ese sentido, esta tecnología facilita la forma de transmitir música y videos pues ello se puede lograr de una forma rápida y sin que ocupe espacio en la memoria del dispositivo.

Ahora bien, existen dos tipos de *streaming*: el directo y el bajo demanda.

En el *streaming* en directo el contenido se transmite al usuario en el momento en que es emitido, por lo que se accede al mismo “casi” en tiempo real. Es lo que sucede, por ejemplo, con las radios en línea o con el simulcasting de emisiones de radio y televisión.

Así, por ejemplo, un usuario puede ver el partido de fútbol de su equipo favorito a través de aplicativos como *Movistar Play* en su celular. La transmisión de este partido se realizará vía *streaming* en directo, es decir, en tiempo “casi” real al de la emisión a través de la televisión.

Es “casi en tiempo real” porque existe una demora de pocos segundos entre la transmisión televisiva y la transmisión vía *streaming*, lo cual es debido a que la inyección de la señal de televisión a Internet requiere un tiempo, por lo que es muy probable que la persona que sigue el partido por esta vía se entere de los goles de su equipo primero por los gritos de los vecinos antes que por su dispositivo.

Esta transmisión “en vivo” de los organismos de radiodifusión es lo que se conoce como “*simulcasting*”, por la cual podemos disfrutar de su programación a través de nuestro computador o teléfono celular y no a través de un televisor o radio convencional.

Así, en palabras de la jurista argentina Delia Lipszyc, el *simulcasting* se puede definir como:

“(…) la posibilidad de acceder por Internet a una emisión de radiodifusión hertziana (tanto puramente sonora como televisiva). La transmisión no se da a tiempo real sino diferida en unos segundos”⁵.

Siendo que a través del *simulcasting* únicamente observamos lo que viene transmitiendo en ese momento la radio o televisión, no es posible interacción alguna con su contenido. Ello porque el control de la transmisión la tiene el organismo de radiodifusión, mientras que el usuario de Internet sólo recibe su contenido.

Por otro lado, en el *streaming* “bajo demanda”, el contenido se fija en un servidor de Internet y permanece ahí para que sea el usuario el que lo seleccione y acceda al mismo en el lugar y momento que desee. Es decir, existe una interactividad entre el contenido y el usuario, pues este último decide qué ver y/o escuchar y en qué momento. Algo así como la carta de un restaurante.

Este es el tipo de *streaming* más popular en nuestros días, pues los usuarios tenemos el control del contenido seleccionando las canciones, series o películas que deseamos ver, tal como sucede en plataformas musicales como *Spotify* o *Youtube Music* y de videos como *Netflix* o *Amazon Prime*.

Entonces, como hemos visto, si bien la tecnología del *streaming* surgió en la década de los noventa, no es sino hasta hace pocos años que ha alcanzado

5 Delia Lipszyc, Nuevos temas de Derechos de Autor y Derechos Conexos (Buenos Aires: Unesco, Cerlalc y Zavalía, 2004), 514.

su mayor popularidad y se ha consolidado en la actualidad debido a la cuarentena motivada por la epidemia del Covid-19 en la que ciudadanos de muchos países del mundo fueron obligados a permanecer en sus casas.

Ello demuestra también que desde la crisis provocada por la irrupción de la tecnología P2P en la década de los noventa, la industria del entretenimiento, principalmente la musical y cinematográfica, se ha tenido que adaptar a los nuevos tiempos a través de plataformas hoy bastante populares.

Así, en el ámbito de series, películas y documentales, tenemos la oferta que nos brinda *Netflix*, *Amazon Prime Video*, *HBO*, *Disney Plus*, entre otras.

Mientras tanto, en el ámbito musical tenemos a *Spotify*, *Apple Music*, *Google Play Music*, *Deezer*, *Youtube Music*, entre otras.

Y en el ámbito de los videojuegos, tenemos a *PlayStation Plus* y *PlayStation Now* de *Sony*, *EA Access*, *Nintendo Switch Online*, *Twitch*, entre otras.

Incluso en el ámbito de los deportes también aparecen ofertas como el que ofrece *La Liga Sports TV* de la Liga de Fútbol Profesional de España.

Pero eso no es todo, la consolidación del *streaming* entre los consumidores ha llevado a que los organismos de radiodifusión tradicionales, vale decir, la radio y la televisión, migren su contenido a plataformas que brindan este servicio a efecto de no perder audiencia.

Así, las radios tradicionales ofrecen ahora su programación *on line* a través de sus páginas web o de aplicativos que pueden ser descargados en un celular o tablet. La televisión, por lo pronto, ofrece también su contenido *on line* a través de sus páginas web, mientras que otras empresas, como es el caso de América Televisión, crean aplicativos

como *América TvGo*, a través de la cual no sólo se puede acceder a su contenido “en directo”, sino que también ofrece contenido “a la carta” de sus propios programas o de terceros.

Las empresas de televisión por cable o satelital tradicionales tampoco son ajenas a este fenómeno y ahora ofrecen su contenido también a través de sus páginas web o aplicativos para que sus consumidores puedan acceder al mismo en el lugar y momento que deseen.

Así, por ejemplo, empresas como Telefónica del Perú lanza al mercado una plataforma como “*Movistar Play*”, mientras que Directv hace lo propio con “*Directv Go*”, y Claro con la plataforma “*Claro Hogar*”.

En todas estas plataformas, las empresas hacen uso del *streaming* a través de lo que se conoce como “Televisión en *streaming*” o “Servicio OTT (*Over The Top*)”, al cual se puede acceder a través de cualquier dispositivo móvil.

Ahora bien, no debe confundirse la “Televisión en *streaming*” con la tecnología del IPTV (“*Internet Protocol TV*”).

En el IPTV la empresa que brinda el contenido televisivo es también la que brinda el servicio de Internet al usuario. Así, esta empresa reserva parte del ancho de la banda de su cliente para brindarle contenido televisivo, logrando que el cliente tenga acceso a dicho contenido aun sin conectarse a Internet, bastando sólo que el *router* se encuentre encendido.

Así, en el caso del IPTV, el usuario tiene acceso a contenido televisivo a través de un decodificador y puede incluso guardarlo o rebobinarlo.

La ventaja de las plataformas *streaming* sobre el IPTV es que a través del primero se puede acceder al contenido desde cualquier lugar a través de un

dispositivo móvil, no requiriéndose decodificador alguno.

4. Las plataformas *streaming* y el Derecho de Autor

En este punto, vamos a analizar los derechos involucrados en la explotación de obras a través del *streaming*, especialmente en lo que se refiere a su esfera patrimonial.

Lo primero que se debe considerar es que toda forma de uso de una obra requiere de la autorización de su titular, razón por la cual la explotación de obras a través de estas plataformas debe contar con la licencia respectiva.

El segundo punto a considerar es que cada forma de uso de una obra es independiente de cualquier otra, por lo que se debe obtener una licencia específica por el tipo de uso que se está realizando.

A manera de ejemplo, si un organismo de radiodifusión cuenta con autorización para realizar la comunicación al público de obras musicales a través de su señal televisiva o radial, dicha autorización no la faculta a utilizar dichas obras en una plataforma *streaming*, debido a que son dos formas de comunicación al público independientes que utilizan tecnología distinta.

Así pues, este organismo de radiodifusión deberá solicitar una nueva autorización del autor o de la sociedad de gestión colectiva que lo represente para poder emitir su programación a través de una plataforma *streaming*.

El tercer punto que debemos tomar en cuenta es que existen múltiples titulares involucrados en la explotación de una obra a través de Internet y no sólo los autores.

En efecto, si bien siempre tomamos como referencia a las obras, ya sean musicales o audiovisuales, lo cierto es que el uso de las mismas involucra siempre a los titulares de derechos conexos, los cuales como hemos visto también gozan de una serie de facultades de orden patrimonial.

Así, en el caso de música, no sólo se debe considerar al autor de dicha obra, sino también al productor fonográfico y a los artistas que la interpretan y ejecutan.

En el caso de una película, serie, telenovela o, en general, cualquier obra audiovisual, se debe considerar también además de los productores audiovisuales y a los actores que intervienen en estas.

Pero, ¿cuáles son los derechos involucrados en la explotación de obras a través de una plataforma *streaming*? Fundamentalmente, son dos: el derecho de reproducción y el derecho de comunicación al público.

Así, pasaremos a explicar cómo se verifica cada uno de estos derechos en una plataforma *streaming*.

4.1 El derecho patrimonial de reproducción

Como hemos señalado, en el caso peruano la LDA ha definido al derecho de reproducción como la “fijación de la obra en un soporte o medio que permita su comunicación, incluyendo su almacenamiento electrónico y la obtención de copias de todo o parte de ella”⁶.

Ahora bien, para realizar la transmisión de la obra mediante *streaming* es necesario que, de manera previa, se fije dicha obra en un servidor de Internet a efecto de su transmisión.

⁶ Decreto Legislativo 822, Ley sobre el Derecho de Autor, artículo 2, numeral 37.

En efecto, el uso de las obras a través de cualquier plataforma *streaming*, sea en directo o bajo demanda, implica que cualquier obra sea previamente reproducida o inyectada en un servidor a efecto de que se logre su transmisión a través de Internet.

Ello quiere decir que si el titular de la plataforma no es también titular de los derechos de autor sobre el contenido, deberá obtener una licencia para poder efectuar la inyección de las obras al disco duro del servidor de Internet.

Esta reproducción se verifica tanto en el *streaming* “en directo”, como en el *streaming* “bajo demanda”. Así, en el caso de *streaming* “en directo” o en la modalidad de *simulcasting*, la Comisión de Derecho de Autor del Indecopi ha señalado lo siguiente:

“Para llevar a cabo la explotación económica bajo la modalidad de simulcasting se requiere que el formato que contiene la emisión efectuada por el organismo de radiodifusión se convierta a un lenguaje digital o binario para que recién el contenido pueda ser ingresado a una plataforma virtual (*streaming*) con el propósito de que pueda ser captado por cualquier dispositivo con acceso a Internet por los usuarios.

La transformación de un lenguaje digital de una emisión radiodifundida para su posterior propagación por Internet requiere, previamente, que esta sea fijada o reproducida de manera permanente o temporal en un servidor o PC. Dicha fijación, calza perfectamente en la definición de reproducción dispuesta por la Ley, por lo que constituye un acto de reproducción”⁷.

Entonces, aún se trate de una breve reproducción a efecto de realizar una transmisión (casi) en directo o se trate de una reproducción permanente a efecto de realizar un *streaming* “bajo” demanda,

se debe contar con la licencia respectiva para realizar dicho acto de explotación.

4.2 Respetto del derecho de comunicación al público.

Como ya se señaló, la comunicación al público consiste en todo acto por el cual una o más personas pueda tener acceso a una obra, producción o interpretación artística, sin que se le entregue algún tipo de soporte material.

La comunicación al público es la forma de uso de obras típica del Internet pues el público accede a estas sin entrega de ejemplares físicos; sin embargo, se deben distinguir dos formas de comunicación: La comunicación al público tradicional y la puesta a disposición del público.

La comunicación al público tradicional es aquella en el cual quien transmite la obra la presenta de tal forma que el público no puede interactuar con esta, lo cual sucede, por ejemplo, en el *streaming* “en directo”.

Sin embargo, en el caso del *streaming* “a la carta”, el usuario puede interactuar con el contenido decidiendo cual va a ver o escuchar. Esta interacción genera que quien cuelga el contenido lo ponga a disposición del público para que este escoja.

Así, se reconoce el derecho de puesta a disposición del público, que consiste en que el usuario puede acceder al contenido “en el momento y lugar que desee”, no dependiendo dicha elección de quien realiza la transmisión.

Respetto de la figura de la puesta a disposición del público y su relación con el derecho de comunicación al público tradicional, Pedro Letai nos señala lo siguiente:

⁷ Resolución N° 0343-2020/CDA-INDECOPI

“La puesta a disposición del público carece en su esencia de alguno de los rasgos que normalmente se dan cita en otras modalidades de este derecho de explotación. Así, mientras en la comunicación pública típica el acto comunicativo se produce de punto a multipunto, esto es, arrancando el impulso comunicativo exclusivamente de un concreto emisor y yendo a parar de ahí a una pluralidad de receptores, en la puesta a disposición del público la comunicación opera de punto a punto, siendo una suma de destinatarios individuales a los que se les hacen llegar separadamente los contenidos transmitidos por el impulsor del acto. Pese a que todo acto comunicativo exige evidentemente una dosis de interacción por parte del receptor, se podría decir que en la puesta a disposición del público el usuario final contribuye de manera significativa a que se complete ese acto comunicativo”⁸.

Así pues, debe entenderse a la puesta a disposición al público como la modalidad interactiva del derecho patrimonial de comunicación al público, pues este puede elegir “a la carta” el contenido al cual quiere acceder y disfrutarlo en el momento y lugar que desee desde su computadora, *tablet* o teléfono celular.

Sobre el particular, la LDA no ha definido en forma específica la puesta a disposición del público para el caso de los autores, por lo que este forma parte de su derecho de comunicación al público.

Es decir, cuando se trata de obras, el derecho de comunicación al público envuelve ambas modalidades: la comunicación al público tradicional y la puesta a disposición del público.

Sin embargo, para el caso de los productores de fonogramas, la LDA sí ha efectuado una distinción entre el derecho de comunicación al público tradicional y el derecho de puesta a disposición del público.

Así, el artículo 136 de la LDA señala lo siguiente respecto del derecho de puesta a disposición del público:

“**Artículo 136.-** Los productores de fonogramas tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

(...)

c. La puesta a disposición del público de los fonogramas de manera tal que los miembros del público puedan acceder a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”.

Por su parte, el artículo 137 de la LDA señala respecto del derecho de comunicación al público de los productores de fonogramas lo siguiente:

“**Artículo 137.-** Los productores de fonogramas tienen el derecho a recibir una remuneración por la comunicación del fonograma al público, por cualquier medio o procedimiento, salvo en los casos de las comunicaciones lícitas a que se refiere la presente ley, la cual será compartida, en partes iguales, con los artistas intérpretes o ejecutantes”.

Ambas modalidades en el caso de los productores de fonogramas tienen efectos prácticos.

Así, en el caso de la puesta a disposición del público contenido en el artículo 136 de la LDA, el productor de fonogramas tiene la facultad de autorizar, vía una licencia, que se realice dicho acto de explotación a través de una plataforma *streaming* “a la carta” o, en su defecto, puede prohibirlo.

En cambio, en el caso de la comunicación al público que se verifica a través de un *streaming* “en directo”, conforme lo establecido en el artículo 137 de la LDA, el productor de fonogramas sólo podrá recibir el pago de una remuneración, más no podrá autorizar ni prohibir este acto.

⁸ Pedro Letai, La infracción de derechos de propiedad intelectual sobre la obra musical en Internet (Granada, Comares, 2012) 12.

Entonces, el derecho de puesta a disposición del público es una modalidad del derecho de comunicación al público, pero con algunas características propias, las cuales pueden identificarse claramente en el *streaming* a la carta o bajo demanda, en donde el público puede acceder a los contenidos que desee en el momento y lugar que elija.

Ejemplo de ello es el contenido musical que escojo para elaborar un “*playlist*” en una plataforma como *Spotify* o *Youtube Music* o las películas que deseo ver a través de una plataforma como *Netflix* o *Movistar Play*.

Así pues, al comentar esta figura, Delia Lipszyc señala que los elementos distintivos de la puesta a disposición del público son las siguientes:

- Consiste en un acto de puesta a disposición y que con la sola realización de este acto queda perfeccionada, razón por la cual antes de tal realización debe obtenerse la pertinente autorización;
- La puesta a disposición es del público, y que es público no está presente en el lugar en que tiene origen el acto;
- Las personas del público pueden tener acceso a las obras desde diferentes lugares y en diferentes momentos;
- El acceso es de naturaleza interactiva lo cual importa que la elección es individual;
- La comunicación se logra y hace efectiva (sin que, como en toda comunicación pública, de esta efectividad dependa la existencia del acto de explotación) previa solicitud y mediante las operaciones de transmisión en la red (alámbrica o inalámbrica), con la reproducción o ejecución del archivo que contiene la obra en el ordenador personal del solicitante⁹.

5. La responsabilidad solidaria por las infracciones al Derecho de Autor a través de las plataformas streaming.

En lo que se refiere a las infracciones al Derecho de Autor a través de las plataformas *streaming*, la responsabilidad directa sobre las mismas recae en quien realice los actos de reproducción y comunicación al público del contenido musical o audiovisual.

Sin embargo, para que este contenido llegue efectivamente a los usuarios de Internet, resulta necesaria la participación de otros actores en la cadena hasta el usuario final. Estos son los denominados “proveedores de servicios de Internet” (ISP por sus siglas en inglés).

Estos ISP son los encargados de prestar servicios en línea o de acceso a redes, incluyendo la transmisión, enrutamiento o provisión de conexiones para comunicaciones digitales en línea.

Así, podemos identificar entre los ISP a los siguientes:

1. Los proveedores de acceso.- Son los encargados de conectarnos a una red de Internet, tanto a quienes suben contenido como a quienes lo descargan. En el caso peruano, ejemplos de proveedores de acceso lo constituyen empresas como Telefónica del Perú S.A.A. (Movistar), América Móvil Perú S.A.C. (Claro), Viettel Perú S.A. (Huawei), Entel Perú S.A. (Entel), entre otras.
2. Los proveedores de alojamiento.- Son aquellos que almacenan contenido, como por ejemplo, aquellos que brindan el servicio de alojamiento de páginas web; sin embargo, es tan amplia la definición que cualquiera que brinde un servicio de alojamiento en Internet entra en este supuesto. Un claro ejemplo de

⁹ Lipszyc, Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos ..., 139

ello es la plataforma *Youtube* que permite subir y almacenar contenido en sus servidores.

3. Los proveedores de servicios de enlaces o motores de búsqueda.- Estos proveedores facilitan el enlace de los usuarios de Internet con el contenido puesto a su disposición a través de directorios o motores de búsqueda, por ejemplo, el servicio que brinda Google o Bing.
4. Los proveedores de servicios de memoria temporal.- Estos proveedores almacenan la información existente en la web de manera temporal y automática para hacer más eficiente el acto de comunicación. Así, a través de este servicio, las páginas web que han sido buscadas por un usuario quedan almacenadas en un servidor de manera provisional de manera que cuando el usuario requiera nuevamente acceder a la misma, la información se recupera de manera más rápida, sin tener que acudir al servidor donde se encuentra originalmente dicha información. Un ejemplo de dicho servicio lo constituye Google, a través de su servicio de “memoria caché”.

Así, los ISP realizan sucesivos actos de reproducción en sus servidores del contenido “subido” por un usuario y coadyuvan a su comunicación al público a través de Internet, sin tener conocimiento de si dicho contenido es legal o no.

Ahora bien, en caso el contenido reproducido y comunicado a través de Internet sea ilícito ¿es responsable el ISP por las acciones que realiza?

A diferencia de otras legislaciones alrededor del mundo¹⁰ en las cuales se ha regulado una limitación de responsabilidad a los ISP, nuestro país no tiene norma alguna que limite dicha responsabilidad.

Por el contrario, en la LDA se ha establecido la figura de la responsabilidad solidaria, mediante la cual todo aquel que preste su apoyo para el uso de una obra o producción protegida sin autorización de su titular, será considerado responsable y, por ende, pasible de ser sancionado.

Así, el artículo 39 de la LDA ha establecido lo siguiente:

“**Artículo 39.-** Ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra o cualquier otra producción protegida por esta Ley, o prestar su apoyo a dicha utilización, si el usuario no cuenta con la autorización previa y escrita del titular del respectivo derecho, salvo en los casos de excepción previstos por la ley. En caso de incumplimiento será solidariamente responsable”.

En ese sentido, bajo esta norma, los ISP podrían ser considerados como responsables solidarios de las infracciones al Derecho de Autor que se cometen a través de los servicios que prestan.

Sin embargo, lo usual es que los ISP no realicen control de legalidad alguno sobre los contenidos que transmiten o referencian, principalmente debido a la imposibilidad de hacerlo debido a la inmensa cantidad de información que manejan, lo cual genera que el implementar mecanismos de control resulte sumamente oneroso.

A ello se suma el hecho complejo de determinar obra por obra cuando se está ante un acto lícito o ilícito pues aun cuando no se cuente con autorización del autor, el uso de una obra puede darse bajo una excepción al derecho de autor.

Además, resulta sumamente complejo el determinar cuándo se podría estar ante supuestos de excepción al Derecho de Autor y cuándo no, lo cual

10 Estados Unidos, Chile, los países de la Unión Europea, entre otros.

debería ser determinado por la autoridad competente y no por privados.

Ante ello, la Comisión de Derecho de Autor del Indecopi¹¹ (en adelante la Comisión) estableció que para que se configure el supuesto de responsabilidad solidaria es necesario que se acredite que el presunto responsable solidario tenía conocimiento de la ilicitud del acto efectuado.

Así, la Comisión ha establecido dos supuestos de responsabilidad solidaria, siendo estos los siguientes:

1. Supuesto de responsabilidad solidaria por autorizar la utilización de una obra o producción, la cual se configura cuando el presunto responsable solidario autoriza el uso de la obra sin contar con las facultades para hacerlo. En este caso, señala la Comisión de Derecho de Autor, que el afectado debe acreditar que el responsable solidario tenía conocimiento efectivo (actual) de que no contaba con las facultades a fin de otorgar autorización al responsable directo para que use o utilice la obra, es decir, que conocía que efectuaba una actividad infractora.
2. Supuesto de responsabilidad solidaria por contribuir a la infracción en condición de coadyuvante, la cual se configura cuando el presunto responsable solidario se involucra en actividades que facilitan, alientan o coadyuvan a la infracción al poseer un interés económico directo en dichas actividades.

Sobre el particular, la Comisión ha señalado que no basta con la verificación de este supuesto de hecho, sino que además el presunto responsable solidario conocía o tenía motivos para conocer la infracción directa y que tenía la facultad y la posibilidad real de controlar la actividad infractora, de tal manera que una vez que se le pone en co-

nocimiento la misma, es decir, cuando adquiere conciencia, éste puede actuar rápidamente para evitar o detener la actividad infractora o que se puede esperar que razonablemente lo haga.

Sin embargo, como veremos en el siguiente punto, la Comisión ha efectuado una serie de bloqueos de páginas web con acciones dirigidas justamente a los ISP.

6. Bloqueos de plataformas streaming por parte del Indecopi

El 20 de diciembre de 2013, la Comisión emitió la resolución N° 00601-2013/CDA-INDECOPI, mediante la cual ordenó a la Red Científica Peruana la suspensión del registro del nombre de dominio <https://thepiratebay.pe/> (“*The pirate bay*”), a través de la cual, utilizando la tecnología P2P, se podía intercambiar archivos de audio y video.

Esta plataforma, de origen sueco, había recalcado en el Perú luego de que sus creadores fueran sancionados en el año 2005 en su país de origen, imputándoseles una responsabilidad contributiva en las infracciones al Derecho de Autor que se producían a través del servicio que brindaban.

Es así que, luego de lo ocurrido en Suecia, las autoridades de países como Alemania, Francia, Irlanda, Dinamarca y Portugal tomaron medidas contra los ISP locales a efecto de que no brinden acceso a la plataforma “*The pirate bay*” a través de su red.

En el Perú, una vez que se tuvo conocimiento de que “*The pirate bay*” había obtenido de parte de la Red Científica Peruana la autorización para utilizar el dominio “.pe”, la Comisión solicitó a dicha entidad que suspenda su registro.

11 Al respecto, se puede revisar la Resolución 0449-2016/CDA-INDECOPI

El fundamento de la medida dictada por la Comisión fue lo dispuesto en el artículo 39 de la LDA antes referido, es decir, la responsabilidad solidaria de un tercero por prestar apoyo al uso de obras sin contar con la debida autorización de sus titulares.

En ese sentido, la autoridad administrativa señaló en la resolución precitada lo siguiente:

“Como puede verse el uso del dominio <http://thepiratebay.pe/> puede coadyuvar a la infracción que cometerían los usuarios que se conectan y comparten información de archivos y, finalmente, proceden a descargar los mismos, siendo que de la revisión del servicio de búsqueda se puede concluir que la infracción al Derecho de Autor es inminente”.

Así, la Comisión interpretó que la Red Científica Peruana podría colaborar con las actividades ilícitas que se dan a través del servicio que ofrece “*The Pirate Bay*” al permitirle el uso del dominio “.pe”.

La decisión tomada por la Comisión fue la primera que extendía los efectos del artículo 39 de la LDA al ámbito Internet, por lo que en este caso el administrador de nombres de dominio podía ser un potencial responsable solidario en las infracciones al Derecho de Autor.

Lo interesante es que la aplicación del artículo 39 de la LDA abrió un abanico de posibilidades para que se aplique a todo tipo de plataformas en las cuales se verifique infracciones al Derecho de Autor por parte de sus usuarios y también puede extender sus alcances a los ISP.

Años después de aquella medida, la Comisión ha emitido algunas decisiones interesantes sobre bloqueo de páginas web las cuales, utilizando la tecnología del *streaming*, vulneraban el Derecho de Autor.

Como veremos a continuación, estas medidas se han dirigido a los ISP a efecto de que impidan el acceso a las páginas infractoras, teniendo como fundamento el artículo 39 de la LDA antes mencionado:

6.1 El caso de Fox Música, GooDisco y MelodíaVip.

En el año 2018, la Unión Peruana de Productores Fonográficos (UNIMPRO), la cual administra en el Perú los derechos de propiedad intelectual de productores tales como *Sony Music Entertainment*, *Universal Music Group*, *Warner Music Group*, entre otros, solicitó a la Comisión, el bloqueo de una serie de páginas web que ponían a disposición del público producciones musicales utilizando el *streaming*.

Las páginas web en mención eran www.foxmusica.me, www.goodisco.com y www.melodiavip.net, las cuales tenían como titulares a personas domiciliadas en el Perú, es decir, el contenido musical se reproducía y se ponía a disposición del público desde territorio peruano, pero se podía acceder al mismo en distintos países del mundo.

Otro aspecto importante de este caso es que todas las páginas web tenían como proveedora del servicio de alojamiento a la empresa *GoDaddy.Com, LLC.*, con domicilio en los Estados Unidos de América.

Es así que UNIMPRO solicitó que la medida de bloqueo debía dirigirse en contra de *GoDaddy.Com, LLC.*, es decir, contra el ISP, el cual no tenía residencia en territorio peruano.

En ese sentido, la Comisión ordenó en todos los casos la medida cautelar de bloqueo, dirigiéndola contra la empresa *GoDaddy.Com, LLC.* en los Estados Unidos de América, un hecho inusual pues era la primera vez que una autoridad administra-

tiva peruana solicitaba a un ISP domiciliado fuera del país el bloqueo de páginas web.

Sobre el particular, la CDA señaló lo siguiente en la Resolución N° 00758-2017/CDA-INDECOPI:

“En ese sentido, atendiendo al principio de razonabilidad establecido en el artículo IV numeral 1.4 de la Ley N° 27444¹², teniendo en consideración que actualmente no es posible identificar al responsable del sitio web materia del presente procedimiento, en virtud de los servicios adquiridos por éste a la empresa Domanis By Proxy, LLC. -la cual se encuentra afiliada a GODADDY.COM, LLC.- a fin de convertir en privada la información de su registro, por lo que no resulta posible dirigir la presente medida cautelar contra dicha persona, y que además se advierte que GODADDY.COM, LLC se encuentra en la mejor situación a fin de evitar que el daño a los titulares de derechos se convierta en irreparable, toda vez que al encontrarse facultada a suspender los nombres de dominio que ha registrado, impedirá con dicha acción que los usuarios del sitio web www.foxmusica.me puedan acceder a éste empleando dicho nombre de dominio”.

Pese a tener su residencia fuera del país, *GoDaddy Com, LLC.* cumplió con lo dispuesto por el Indecopi y procedió a bloquear las páginas web a nivel mundial.

Finalmente, UNIMPRO inició denuncias administrativas contra los titulares de las páginas web

www.foxmusica.me, www.goodisco.com y www.melodiavip.net, todos ellos peruanos con residencia en el Perú, los cuales fueron finalmente multados por la autoridad administrativa, ordenándoseles el cese definitivo de la actividad ilícita¹³.

6.2 El caso de Roja Directa

Bajo el nombre de “Roja Directa” se conoce a una plataforma web la cual cuenta con varias direcciones IP que permiten acceder libremente a transmisiones en vivo de diversos eventos deportivos, especialmente a partidos de fútbol de campeonatos tales como la Liga Española de Fútbol, La Copa Libertadores de América, La Copa Sudamericana, La Liga 1 de Perú, entre muchos otros.

Así, a través de Roja Directa se organiza una agenda deportiva ordenada por día y hora, la cual es actualizada continuamente, por lo que el usuario de Internet sólo tiene que escoger el partido que desea ver, por ejemplo, un partido en el que juegue el Atlético de Madrid vs Paris Saint Germain en la Liga de Campeones de Europa o el Boca Juniors vs Atlético Nacional en la Copa Libertadores de América.

Luego de ello, se podrá ver el partido de fútbol a través de un enlace en el cual se retransmite la señal del canal de televisión autorizado, como puede ser ESPN, Fox Sports, Gol Perú, Directv Sports, o cualquier otro.

Uno de los afectados por esta retransmisión no autorizada es la Liga Nacional de Fútbol Profesio-

12 Texto Único de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General:

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

(...)

1.4 Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

13 Sobre el particular, se puede revisar la Resolución N° 0452-2019/TPI-INDECOPI.

nal (LNFP) de España la cual no es sólo la organizadora de uno de los torneos más importantes del mundo, sino que también es la titular de las grabaciones conteniendo los partidos de fútbol y que se transmiten en varios países a través de canales como ESPN o Directv Sports.

Estas grabaciones de eventos deportivos no se encuentran protegidas por el Derecho de Autor al carecer de originalidad; sin embargo, muchas legislaciones han otorgado a sus titulares una protección especial vía un derecho conexo.

En el Perú, la LDA ha reconocido a todos los productores de grabaciones audiovisuales no originales (partidos de fútbol, noticieros, programas concurso, entre otros) un derecho conexo en los siguientes términos:

“Artículo 143.- La presente ley reconoce un derecho de explotación sobre las grabaciones de imágenes en movimiento, con o sin sonido, que no sean creaciones susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales.

En estos casos, el productor gozará, respecto de sus grabaciones audiovisuales, del derecho exclusivo de autorizar o no su reproducción, distribución y comunicación pública, inclusive de las fotografías realizadas en el proceso de producción de la grabación audiovisual.”

En ese sentido, las grabaciones de cualquier evento deportivo, aunque no tengan la categoría de obra audiovisual, se encuentran protegidos en nuestro país como un derecho conexo al Derecho de Autor y, por ende, su reproducción y comunicación al público debe contar con la autorización respectiva.

Sin embargo, a través de la plataforma Roja Directa se puede acceder a diferentes enlaces en los cuales se retransmiten partidos del campeonato español en simultáneo a través del *streaming*, lo

cual vulnera los derechos de propiedad intelectual de la LNFP respecto de sus grabaciones audiovisuales.

Es así que durante los años 2018 y 2020, la LNFP presentó ante la Comisión solicitudes para el bloqueo en el Perú de diversas direcciones IP que actuaban bajo el nombre de Roja Directa, siendo estas las siguientes: www.rojadirectatv.tv, www.rojadirectatv.football, www.rojadirecta.site, www.rojadirectatv.online, entre otras.

Las solicitudes de bloqueo iban dirigidas contra los ISP de acceso a Internet locales, como Entel Perú S.A. (Entel), Viettel Perú S.A.C. (Bitel), América Móvil Perú S.A.C. (Claro) y Telefónica del Perú S.A.A. (Movistar). Es decir, la medida cautelar de bloqueo no se dirigió contra los responsables directos del servicio Roja Directa (los cuales no residen en nuestro país), sino que se apeló a la potencial responsabilidad solidaria de los ISP.

La Comisión consideró que en el caso planteado por la LNFP existía un potencial daño irreparable a su derecho de propiedad intelectual, señalando en sus considerandos lo siguiente:

“En tal sentido, del análisis de los argumentos expresados por la reclamante, referidos a que la conducta de los administradores de los sitios web denominados ROJA DIRECTA TV y ROJA DIRECTA ONLINE vendría afectando la normal explotación de sus grabaciones de imágenes en movimiento no consideradas obras, se verifica, en primer lugar, la amplia difusión que puede alcanzar la explotación de dichos contenidos al emplearse Internet; y que además dicha conducta ocasionaría una reducción de incentivos para obtener las correspondientes autorizaciones para la realización de actos de retransmisión de grabaciones de imágenes en movimiento no consideradas obras, lo cual tendría como consecuencia un incremento de la informalidad en el sector, y

por lo tanto, tal accionar no sólo afectaría a la reclamante (la LNFP) sino al sistema que brinda protección a los derechos de autor y derechos conexos en general, (...)”¹⁴.

En ese sentido, la Comisión ordenó a los ISP la medida cautelar de bloqueo de las páginas mencionadas a efecto de no continuar afectando los derechos de propiedad intelectual de la LNFP en el Perú.

Finalmente, en nuestro país sí es posible acceder a los partidos de la Liga Española de Fútbol a través del *streaming*, mediante el servicio que brindan plataformas legales como Movistar Play o Directv Go.

6.3 Bloqueo de páginas de “Stream Ripping”

El auge de la transmisión de contenido vía *streaming* ha llevado también a que se popularice el uso de plataformas que permiten descargar dicho contenido a fin de que sea almacenado en los dispositivos de los usuarios.

Así, los usuarios pueden utilizar dicho contenido sin que se encuentre conectado a Internet e, incluso, puede compartirlo con otras personas.

Es así que, a través de un software, se puede descargar música o video de plataformas tales como *Youtube*, *Spotify*, *Apple Music*, entre otras, a fin de convertirlas en un archivo individual que se almacena en un dispositivo a fin de formar parte de la colección del usuario.

Es por ello que en el año 2020, UNIMPRO solicitó a la Comisión que ordene una medida cautelar de bloqueo de acceso en territorio peruano al sitio web www.y2mate.com, la cual consistiría en

el bloqueo de la IP¹⁵ y el bloqueo a nivel de DNS y URL del referido sitio web, argumentando que en el mismo se realizarían actos no autorizados de reproducción y puesta a disposición al público de fonogramas musicales.

Así, UNIMPRO alegó que a través del sitio web www.y2mate.com se permite a los usuarios convertir y reproducir bajo la modalidad de descarga digital contenido protegido por el Derecho de Autor y derechos conexos, correspondiente a los videos musicales que se comunican al público bajo la modalidad de streaming a través de YouTube, así como grabaciones de audio.

Para ello, basta copiar la URL donde se encuentra el audio o video a ser descargado en la plataforma que se pone a disposición en el sitio www.y2mate.com y elegir entre las tres opciones que brinda para la descarga ya sea en video o audio.

Así, mediante resolución N° 0528-2020/CDA-INDECOPI, la Comisión ordenó la medida cautelar de cese mediante el bloqueo basado en el DNS¹⁶ y el bloqueo basado en el URL respecto del sitio *Y2mate.com*, con URL y nombre de dominio <https://www.y2mate.com/> y y2mate.com.

La Comisión consideró que existían elementos que permitirían tener cierta verosimilitud de que a través de dicho sitio web se vendría realizando actos de puesta a disposición del público de fonogramas musicales y, además, contribuiría a la realización de actos no autorizados de reproducción de fonogramas.

Así, al igual que lo sucedido en los procedimientos iniciados por la LNFP, se ordenó una medida cautelar contra los ISP de acceso a Internet Entel, Bitel, Claro y Movistar.

14 Sobre el particular, se puede revisar la Resolución N° 97-2019/CDA-INDECOPI

15 Protocolo de Internet

16 Sistema de nombre de dominio.

Si bien ya habían existido algunos bloqueos alrededor del mundo respecto de páginas que brindan el servicio de *stream ripping*, la resolución emitida por la Comisión constituyó el primer bloqueo de este tipo en Latinoamérica.

Ahora bien, la Comisión también ordenó de oficio en abril de 2021 el bloqueo de diez sitios web más a través de los cuales también se brindaba herramientas para realizar el stream ripping de audio y video, siendo estos los siguientes: Y2Mate.guru, Y2Mate.biz, Y2Mate.info, Y2Mate.ch, FlyTo.biz, Flvtomp3.cc, Flvto.me, Notube.net, Yout.com y Mp3-youtube.download.

En este caso, la Comisión hace referencia a la descarga que realizan los usuarios de estas herramientas, los cuales estarían infringiendo el derecho de reproducción, atribuyendo a los titulares de estas páginas una responsabilidad solidaria por estos actos.

Así, la CDA señala lo siguiente en la resolución N° 0149-2021/CDA-INDECOPI:

“Al respecto, en virtud de las diligencias de inspección remotas ordenadas por la Secretaría Técnica en el marco del procedimiento recaído en el expediente N° 003205-2019/DDA, correspondiente, entre otros, a los sitios web con URL <https://y2mate.guru/>; <https://y2mate.biz/>; <https://y2mate.info/>; <https://y2mate.ch/>; <https://www.flvto.biz/>; <https://flvtomp3.cc/>; <https://www.flvto.me/>; <https://notube.net/>; <https://yout.com/> y <https://mp3-youtube.download/>, se ha podido verificar que a través de dichos sitios se brindarían las facilidades a efectos de que los usuarios de estos sitios web realicen actos presuntamente no autorizados de reproducción de obras audiovisuales, así como de las grabaciones sonoras incorporadas en éstas, toda vez (que) los referidos sitios, con motivo del servicio stream-ripping que ofrecen, proporcionan a los usuarios, enlaces de acceso a servidores a través de los cuales resulta

posible la descarga de los contenidos señalados, encontrándonos en tal sentido en un supuesto de responsabilidad solidaria por parte de los administradores de los sitios web de stream-ripping antes mencionados respecto de los referidos actos de reproducción”.

Asimismo, la CDA señaló que a través de estas páginas se ponía a disposición del público obras audiovisuales y grabaciones sonoras, pues los contenidos descargados se encontraban reproducidos en sus servidores a disposición del usuario.

7. Comentarios finales

La transmisión y puesta a disposición de contenido vía *streaming* se ha convertido en la forma más popular de difusión de obras en la actualidad lo cual, en cierta medida, ha equilibrado los intereses de la industria del entretenimiento y de los consumidores de música y video debido a que, a diferencia de lo sucedido en el pasado, se desarrolla fundamentalmente a través de plataformas legales.

Así, los consumidores ya no tienen que comprar el disco compacto de su agrupación favorita para disfrutar de las canciones que más les gusta, sino que las pueden escuchar desde su dispositivo móvil con sólo el pago de una suscripción mensual a una plataforma o, incluso, gratis.

Este escenario surge como consecuencia de la forma cómo el Internet ha cambiado nuestros hábitos de consumo lo cual, en el caso de la música y el video, empezó a gestarse hace ya más de veinte años con el intercambio que se realizaba a través de las redes P2P.

Ahora bien, los titulares de las plataformas *streaming* deben tener especial cuidado en respetar los derechos de propiedad intelectual de todos los titulares involucrados en los contenidos que di-

funden, lo cual implica obtener las autorizaciones respectivas de manera previa a efectuar la reproducción y comunicación al público de dicho contenido, así como compensarlos adecuadamente.

Sin embargo, ello no siempre sucede, por lo que los titulares del Derecho de Autor han optado por iniciar acciones legales con el fin de bloquear aquellas plataformas en las cuales se vulnera su derecho.

Nuestro país no es ajeno a esta realidad, pues son cada vez más los casos en los cuales los titulares acuden ante el Indecopi a efecto de cautelar sus derechos de propiedad intelectual.

El gran problema es que resulta sumamente complicado identificar a los titulares de aquellas páginas web que brindan el servicio *streaming* de manera abiertamente ilícita.

Es cierto que en aquellos sitios *streaming* pertenecientes, por ejemplo, a estaciones televisivas, radiales o de cable reconocidas el responsable de la transmisión es claramente identificado, pero no pasa lo mismo con sitios abiertamente “piratas”, como lo es la plataforma de Roja Directa.

Ante ello, como ya se señaló, los titulares afectados optan por solicitar que las medidas cautelares de bloqueo se dirijan contra los ISP de acceso locales, pues es el medio más efectivo para lograr dicho objetivo.

Así, nuestra autoridad en materia de Derecho de Autor hace uso de la responsabilidad solidaria contenido en el artículo 39 de la LDA antes referido, con lo cual incluso deja a dichos ISP con la posibilidad de ser sancionados.

Aquí tal vez la pregunta sea si el mecanismo legal vigente en nuestro país sea el más adecuado para

bloquear páginas web ilícitas, dejando a salvo la responsabilidad de los ISP.

Consideramos que no debido a que lo ideal sería contar con normas que limiten la responsabilidad de dichos ISP por las infracciones que se cometen a través de su red, además de contar con mecanismos que permitan lograr el bloqueo de estas páginas ilícitas de forma permanente, lo cual no sucede en la actualidad.

Y es que extender las normas sobre responsabilidad solidaria y medidas cautelares que se encuentran en la LDA hacia la transmisión que se realiza por Internet, no resulta lo más eficiente para los titulares del Derecho de Autor, ni lo más seguro para los ISP, teniendo en cuenta el carácter provisional, instrumental y variable de dichas medidas; sin embargo, es el único mecanismo legal en la actualidad.

Otro cuestionamiento que se realiza a las medidas de bloqueo es que podría afectar el Principio de Neutralidad en la Red, el cual, de acuerdo con Osiptel, “busca proteger el derecho a la libre elección de los usuarios del servicio de acceso a Internet, es decir, el derecho de acceder, de manera legal, a cualquier aplicación, protocolo, servicio o tráfico disponible en su servicio de acceso a Internet”¹⁷.

En ese sentido, ¿vulnera el Principio de Neutralidad en la Red la decisión del Indecopi de ordenar a los ISP de acceso locales el bloqueo de páginas web?

Para responder esta pregunta, debemos señalar que el artículo 10, numeral 10.3, del Reglamento de la Ley 29904, “Ley de promoción de la banda ancha y construcción de la red dorsal nacional de fibra óptica”, señala las excepciones en virtud de las cuales los ISP de acceso no deben requerir au-

17 OSIPTEL, acceso el 16 de junio de 2021, <https://www.osiptel.gob.pe/portal-de-operadoras/regulacion/neutralidad-de-red/>.

torización por parte de Osiptel para implementar medidas de gestión de tráfico, administración de red, configuración de dispositivos o equipos terminales u otras que pudieran, entre otras cosas, bloquear el servicio.

Así, dicha norma señala lo siguiente:

“10.3 Se exceptúan de la obligación dispuesta en el numeral precedente, aquellos casos previamente calificados por OSPITEL como no arbitrarios, lo que obedezcan a medidas de emergencia para la gestión de sus redes o los casos en que el Proveedor de Acceso a Internet o el Operador de Telecomunicaciones actúe en cumplimiento de un mandato judicial”.

Asimismo, el artículo 13, numeral 6, del Reglamento de Neutralidad de Red¹⁸, ha establecido que el operador de telecomunicaciones puede implementar medidas sin autorización previa de Osiptel, siempre que no contravengan los principios de neutralidad de red.

Uno de los principios que no se puede contravenir es el Principio de Libre Uso referido a que “todo usuario tiene derecho a la libertad de uso y disfrute, a través del Servicio de Acceso a Internet, utilizando cualquier equipo o dispositivo terminal y dentro de lo lícitamente permitido, de cualquier tráfico, protocolo, servicio o aplicación”¹⁹.

Así pues, utilizar obras a través de plataformas *streaming* sin autorización alguna constituye un hecho ilícito que se realiza a través de Internet, por lo que no se encuentra dentro del ámbito de protección de la neutralidad de la red pues se trata de un hecho ilícito.

En ese sentido, las medidas dictadas por el Indecopi mediante las cuales se ordena el bloqueo de páginas web infractoras, no vulneran el Principio

de Neutralidad en la Red, por lo que no podría existir cuestionamiento alguno en este aspecto.

Bibliografía

LETAI, Pedro. “La infracción de derechos de propiedad intelectual sobre la obra musical en Internet”. Granada, Editorial Comares, 2012.

LIPSZYC, Delia, Nuevos Temas de Derecho de Autor y derechos conexos. Buenos Aires, Unesco – Cerlalc- Zavalía, 2004.

18 Aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo de Osiptel N° 165-2016-CD/OSIPTEL.

19 Reglamento de Neutralidad de Red, artículo 5, numeral 5.1.

La prueba en el arbitraje internacional: Aspectos que pueden ser influenciados por aplicación de la ley peruana

The evidence in international arbitration: Aspects than can be influenced by the application of Peruvian law

Ricardo Puccio Sala¹

Resumen: El presente artículo pretende proporcionar una aproximación al conjunto de normas que, por lo general, regulan el ofrecimiento y actuación de pruebas en arbitrajes internacionales, con incidencia en aquellos aspectos que pueden ser influenciados por la aplicación de la Ley peruana.

Abstract: *The present article intends to present an approach to the rules that are generally applicable to the submission and production of evidence in international arbitration, with reference to those aspects that may be influenced by Peruvian law when applicable.*

Palabras Claves: Arbitraje, Internacional, Pruebas, Principios, Reglas.

Keywords: *Arbitration, International, Evidence, Principles, Rules.*

Sumario: I. Introducción. II. Reglas aplicables a la oportunidad de ofrecer y actuar pruebas. III. Prueba extemporánea. IV. Prueba de Testigos y Expertos. V. La Audiencia. VI. La Exhibición de Documentos. VII. Admisibilidad y Valoración de la Prueba. VIII. Conclusiones.

1. Introducción

En general, se reconoce como principios de derecho procesal civil nacional que (i) quién alega un hecho tiene la carga de probarlo² y que (ii), si no se prueba la pretensión, ésta debe ser declarada infundada.³ Estos principios también son reconocidos en el ámbito del arbitraje internacional.⁴

1 Socio del Estudio Navarro & Pazos Abogados, experto en arbitraje con participación en varios arbitrajes de inversión administrados por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en arbitrajes Internacionales Comerciales bajo la administración del Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), en arbitrajes bajo reglas UNCITRAL, así como en toda clase de arbitrajes y procesos judiciales locales. Autor del libro "Recurso de Casación Civil" y de diversos artículos en diversas publicaciones. rpuccio@navarropazos.com

2 Artículo 196° [Código Procesal Civil].-

Salvo disposición legal diferente la carga de probar corresponde a quién afirma hechos que configuran su pretensión, o a quién los contradice alegando hechos nuevos.

3 Artículo 200° [Código Procesal Civil].-

Si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada.

4 «As a general rule, a party to an international arbitration has the burden of proving the facts necessary to establish its claim or defense». Robert Pietrowski, «Evidence in International Arbitration», *Arbitration International* 22, n.º 3 (2006): 379, <https://doi.org/10.1093/arbitration/22.3.373>

Sin embargo, en materia de arbitraje, existe también un principio, en virtud del cual se otorga a las partes, dentro de ciertos límites, la libertad para regular la forma en que deben realizarse las actuaciones procesales. Por ejemplo, las partes pueden fijar las reglas para la aportación y actuación de la prueba dentro del proceso arbitral.⁵

Como consecuencia de lo anterior, es probable que las actuaciones de un arbitraje internacional estén determinadas, ya sea por el derecho local de una de las partes o el de la sede del arbitraje, por las reglas de la institución arbitral a la que estas se han sometido, o por las reglas establecidas en algún instrumento conocido como *soft law*.⁶

Los instrumentos internacionales a los que alude el párrafo anterior son producto de una práctica internacional en constante evolución y cuya finalidad general es garantizar a las partes el derecho a un debido proceso. Lo anterior, en materia probatoria, se traduce en el derecho de tener la oportu-

nidad de probar lo que se alega, y de contradecir la evidencia aportada por la contraparte.

Como señala Robert Pietrowski:⁷

«The conduct of the arbitration may be governed by international law, by municipal law - that is, the national or local law of the place of the arbitration — or by some combination thereof. Regardless of the nature of the parties and the law applicable to the arbitration, certain principles and rules pertaining to evidence will in principle be applicable to any arbitration. These principles and rules have evolved from the process of international arbitration over the past two centuries. They have been agreed to in numerous bilateral arbitration treaties and compromis and have been codified in various multilateral conventions, model laws and model rules, and in the rules of international organizations and institutions, such that they are now

5 Véase por ejemplo el artículo 34 de la Ley de Arbitraje Peruana: Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones. 1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

2. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.

3. Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales, así como a los usos y costumbres en materia arbitral.

4. El tribunal arbitral podrá, a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos.

6 «Como lo reconoce la mayor parte de la doctrina, no es sencillo precisar el significado de la expresión *soft law*, así como tampoco establecer su alcance y contenido. Su significado depende del concepto que se tenga del derecho internacional. El término es usualmente empleado por la doctrina para describir principios, reglas, estándares o directrices que carecen de efecto vinculante, aunque no dejan por ello de producir determinados efectos jurídicos. Daniel Thürer considera al *soft law* “as a phenomenon in international relations covers all those social rules generated by States or other subjects of international law which are not binding but which are nevertheless of special legal relevance”. Este fenómeno envuelve una amplia gama de documentos internacionales: resoluciones de organizaciones internacionales, recomendaciones e informes adoptados por organismos internacionales o dentro de conferencias internacionales; programas de acción; textos de tratados que no han entrado en vigor, declaraciones interpretativas de determinados tratados o convenios; disposiciones programáticas o *non-self-executing*; acuerdos no normativos, acuerdos políticos o *gentlemen’s agreement*, códigos de conducta, directrices, estándares, etc». Mauricio Iván del Toro Huerta, «El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 6 (2006): 533, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/viewFile/160/256>.

7 Pietrowski, «Evidence in International Arbitration», 374.

generally applicable to all international arbitrations unless the parties agree otherwise.⁸

El presente artículo es un trabajo ilustrativo, elaborado con base en algunos de los instrumentos procesales más usados en el arbitraje internacional, que busca mostrar cuáles son las tendencias actuales en materia probatoria. Teniendo en consideración lo anterior y la experiencia del autor en diversos procesos arbitrales internacionales, se realizarán algunas reflexiones con relación a la forma y oportunidad en que la prueba debe ser ofrecida y actuada, así como también se hará referencia a algunos de los desafíos y soluciones que se han venido adoptado para afrontar los retos que ha generado la pandemia del COVID-19.

El presente artículo tiene, además, el propósito de brindar al lector la oportunidad de conocer algunas cuestiones probatorias que se han discutido en la práctica, y tener a la vista algunos de los argumentos que los Tribunales Arbitrales han tenido que evaluar para decidir las cuestiones planteadas por las partes, especialmente en materias en los que la ley peruana tiene relevancia.

La existencia de una multiplicidad de instrumentos procesales, distintos entre sí, a los que las partes pueden recurrir para regular las actuaciones del arbitraje, hace necesario que los abogados que diseñan los contratos, que luego podrían terminar en una disputa, sean conscientes del impacto que la cláusula de solución de controversias puede tener en su futura capacidad procesal para presentar pruebas, así como de las obligaciones de naturaleza procesal que asumen al someter la solución de los posibles conflictos a determinadas reglas o a las normas de una específica institución arbitral.

2. Reglas aplicables a la Oportunidad de Ofrecer y Actuar Pruebas

Tal como hemos indicado, las partes pueden establecer libremente cuáles son las reglas bajo las cuales se conducirá el proceso. Sin embargo, es común que las partes pacten los siguientes tipos de arbitrajes:

1. Arbitrajes institucionales: Son aquellos conducidos por tribunales directamente organizados y administrados por una institución, como, por ejemplo, aquellos establecidos bajo la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI)
2. Arbitrajes ad-hoc: Son aquellos sujetos a reglas estándar o propias, como, por ejemplo, un arbitraje que se desarrolle conforme al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, el Reglamento de *UNCITRAL*).

En los arbitrajes de inversión, lo más común es que las controversias que surjan entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión sean resueltas con arreglo al «Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados» (en adelante, CIA-DI). En esos casos, la aceptación de los Estados a someterse a la jurisdicción del CIADI, normalmente, consta en tratados bilaterales o multilaterales de inversión. La aceptación del inversionista se produce con la presentación de la solicitud de arbitraje.

8 «La conducción del arbitraje puede estar determinada por el derecho internacional, por la ley municipal – esto es la ley nacional o local del lugar del arbitraje, o por una combinación de ambas, Con prescindencia de la naturaleza de las partes o de la ley aplicable al arbitraje, ciertas reglas y principios relativos a la prueba siempre serán, en principio, de aplicación. Estos principios y reglas son producto de la evolución del desarrollo del arbitraje en los últimos dos siglos. Han sido incorporadas en numerosos tratados bilaterales y compromisos han sido codificadas en varias convenciones multilaterales, leyes modelo y reglas modelo, así como en las reglas de organizaciones internacionales, de tal forma que ahora son de general aplicación a todos los arbitrajes internacionales a menos que las partes pacten lo contrario» [Traducción propia]

En cualquiera de los supuestos anteriores, las partes o el Tribunal Arbitral pueden y suelen establecer que, en materia de prueba, se apliquen (i) las reglas de la *International Board Association* sobre la Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacional (es decir, las Reglas de la IBA)⁹, (ii) las reglas de Praga¹⁰, o (iii) las reglas que las partes establezcan para tal efecto.

Haciendo la salvedad de que los reglamentos y reglas antes mencionadas están en constante revisión y evolución, que existen reglas especiales para la tramitación sumaria de ciertos procesos arbitrales, y que las partes y los Tribunales siempre retienen el control para establecer las reglas procesales aplicables al arbitraje, se describirá, a continuación, de forma general, la estructura de los procesos arbitrales bajo algunos de los mencionados instrumentos, explicando las consecuencias que esto puede tener en materia de ofrecimiento y actuación de medios probatorios.

En términos generales, siguiendo a Pietrowski¹¹, las reglas internacionales en materia de ofreci-

miento y actuación de prueba están dirigidas a cautelar el derecho de ambas partes a acreditar su caso.

*«As a general rule, the parties to an international arbitration are required to produce those documents upon which they rely to prove their case. The rules of most international tribunal are designed to prevent a party from being unfairly disadvantaged by the unexpected production of evidence by the other party. Thus, when claimant files its memorial, it is expected to file at the same time all documents in its possession necessary to prove any factual issues raised in the memorial. Similarly, when the respondent files its counter memorial, it must submit all documentary evidence upon which it relies for its defense and any counterclaim. The same rule applies to replies, rejoinders and other written pleadings».*¹²

Para cautelar el derecho de igualdad de las partes al interior del proceso, se establece que la prueba solo podrá ser ofrecida y aportada junto con los escritos postulatorios que, en algunos casos, con-

9 La primera versión de las Reglas de la IBA se aprobó en 1999, estas han sido revisadas en el año 2010 (Reglas IBA 2010) y en el 2020 (Reglas IBA 2020). Los cambios introducidos en ésta última revisión rigen para los arbitrajes en los que se pacte su aplicación sin precisar la versión aplicable desde la fecha de su aprobación el 19 de diciembre del 2020.

10 «De acuerdo con su Preámbulo, las Reglas de Praga pretenden proporcionar a los tribunales arbitrales y a las partes directrices para incrementar la eficiencia del arbitraje, promoviendo un rol más activo de los tribunales arbitrales en la tramitación de los procedimientos. Según han comentado diversos sectores de la doctrina arbitral, las Reglas de Praga habrían sido ideadas como una alternativa a las Reglas de la IBA sobre la Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacional, partiendo de la consideración de que el segundo cuerpo de reglas se estructura en base a principios más propios del Common Law, siendo en ese sentido más lejano a un grupo importante de las jurisdicciones del Civil Law.

Cabe precisar que el ámbito de aplicación de las Reglas de Praga no se restringe a la práctica de la prueba, sino que considera diversas incidencias del procedimiento arbitral». «1. Las Reglas de Praga sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional», Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, acceso el 04 de abril del 2021, <https://www.arbitrajeccl.com.pe/portfolio/1-las-reglas-de-praga-sobre-la-tramitacion-eficiente-de-los-procedimientos-en-el-arbitraje-internacional>.

11 Pietrowski, *Evidence in International Arbitration*, 392.

12 «Como una regla general, las partes en un arbitraje internacional deben aportar la prueba de sus alegaciones para acreditar su caso. Las reglas de la mayoría de los Tribunales Internacionales están diseñadas para prevenir que una parte se vea perjudicada con el aporte sorpresivo de evidencias por su contraparte. Por tanto, la prueba en posesión del demandante debe ser aportada con el memorial de demanda. De forma similar, al presentar el memorial de contestación, se debe aportar toda la prueba de la defensa que este en su posesión o de la reconvencción de ser el caso. Lo mismo ocurre con la réplica y la dúplica». [Traducción propia]

sisten en una sola ronda de escritos¹³ y, en otros, en dos.¹⁴

Para demostrar cómo es que la determinación del número de escritos postulatorios varía según la elección de un instrumento internacional que regulará el arbitraje, se procederá a hacer referencia, de forma separada, a los siguientes documentos: (a) el Reglamento del CCI, (b) el Reglamento de *UNCITRAL*, y (c) a las Reglas del CIADI

2.1 Arbitrajes bajo las Reglas del CCI

Bajo el Reglamento de la CCI, no existe ninguna regla que establezca el número de escritos postulatorios que pueden presentarse en el proceso, ni la oportunidad en la que debe ofrecerse o actuarse la prueba ofrecida.

El Reglamento de la CCI regula, exclusivamente, la forma en que se debe presentar la solicitud de arbitraje, la contestación de tal solicitud y la necesidad de informar, junto con esta contestación, si se va a interponer una eventual reconvencción. Sin embargo, si se revisa la guía para las partes y sus representantes para la conducción eficaz del arbitraje de la misma CCI, se puede ver que se prevé hasta 4 escenarios posibles:

1. Que no sean necesarios escritos adicionales a la Solicitud Arbitral y su Contestación, pues estos presentan el caso de manera idónea;
2. Que se disponga una ronda subsecuente de escritos;

3. Que se prevea la presentación de dos o más rondas subsecuentes de escritos; y
4. Que se acuerde u ordene además la presentación de escritos posteriores a la audiencia (asumiendo que la hubiera).¹⁵

La forma definitiva en la que se conducirá el arbitraje se delega al Tribunal Arbitral previa audiencia de las partes.

El artículo 19 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional dispone:

Normas aplicables al procedimiento

El procedimiento ante el tribunal arbitral se regirá por el Reglamento y, en caso de silencio de éste, por las normas que las partes o, en su defecto, el tribunal arbitral determinen ya sea con referencia o no a un derecho procesal nacional a ser aplicado en el arbitraje.

A su vez, el artículo 24 dispone:

Conferencia sobre la conducción del procedimiento y calendario procesal

1. Al preparar el Acta de Misión, o en cuanto le sea posible después de ello, el tribunal arbitral celebrará una conferencia sobre la conducción del procedimiento para consultar a las partes sobre las medidas procesales que podrían ser adoptadas de conformidad con el Artículo 22(2).

13 Por lo general una demanda o memorial de demanda, una contestación de demanda o memorial de contestación de demanda, que puede incluir una reconvencción y en cuyo caso habrá un escrito adicional de contestación de la reconvencción.

14 En ese caso una demanda o memorial de demanda, una contestación de demanda o memorial de contestación de demanda, que puede incluir una reconvencción, un escrito de réplica y contestación de la reconvencción (si la hubiera), un escrito de réplica y réplica de la reconvencción (si la hubiera) y un escrito de réplica de la reconvencción (si la hubiera).

15 Cámara de Comercio Internacional, «Ronda de Escritos», en *Conducción Eficaz del Arbitraje: Una guía para abogados internos y para otros representantes de las partes* (Francia: Imprimerie Port Royal, 2018), 33-34, <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/05/effective-management-of-arbitration-icc-guide-spanish-version.pdf>.

2. Durante dicha conferencia, o a la mayor brevedad posible luego de la misma, el tribunal arbitral deberá establecer el calendario procesal que pretenda seguir para la conducción eficiente del arbitraje. El calendario procesal y cualquier modificación del mismo deberán ser comunicados a la Corte y a las partes.
3. Con el fin de asegurar de forma permanente la eficaz conducción del procedimiento, el tribunal arbitral podrá adoptar nuevas medidas procesales o modificar el calendario procesal, después de consultar a las partes mediante una nueva conferencia sobre la conducción del procedimiento o de cualquier otra forma.
4. Las conferencias sobre la conducción del procedimiento pueden realizarse mediante una reunión personal, por video conferencia, por teléfono o por otra forma similar de comunicación. A falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral determinará la forma en la que la conferencia será realizada. El tribunal arbitral puede solicitar a las partes que presenten propuestas para la conducción del procedimiento con antelación a una conferencia de conducción del procedimiento, y puede solicitar la presencia de las partes en persona o a través de un representante interno.

Ante el silencio del Reglamento, corresponderá al Tribunal establecer si habrá una sola ronda de escritos (p.e. demanda, contestación y reconvencción, contestación de la reconvencción) o, si por el contrario, habrá dos rondas de escritos (p.e. demanda, contestación, dúplica y réplica).

El reglamento citado dispone que, junto a la solicitud arbitral y su contestación, se podrá presentar cualquier documento o información que se considere apropiada, lo cual no puede ser interpretado como un mandato imperativo que sea aplicable

por analogía a las rondas de escritos posteriores. En virtud de lo anterior, las reglas respecto a la oportunidad y forma en la que se debe ofrecer y actuar la prueba en el proceso se deja al arbitrio de las partes o del tribunal que conoce el caso.

Las modificaciones introducidas en las Reglas del CCI 2021, como respuesta a los retos que impone la pandemia del COVID-19, apuntan a privilegiar la presentación de todos los escritos y los medios probatorios por vía electrónica. En la medida que los medios probatorios suelen ser voluminosos, se suele usar *drives* u otras soluciones electrónicas para colgar los archivos probatorios en la nube, con el fin de que los mismos puedan ser descargados por el Tribunal, la otra parte y la Secretaría de la CCI.¹⁶

Por lo general, se debe acompañar una relación de las pruebas con una letra y el número del medio probatorio; por ejemplo, para el demandante, en «C-1», la C significa *Claimant*, y, para el demandado, en «R-1», R significa *Respondent*.

En la medida que el derecho aplicable y sus alcances debe ser demostrados, los medios probatorios también deben ser diferenciados de los de hechos. Usualmente, para ello, se usa un acrónimo seguido del número del medio probatorio para el demandante: por ejemplo, para el demandante, se utiliza «CLA», que significa *Claimant Legal Authorities*, y para el demandado, se utiliza «RLA», que significa *Respondent Legal Authorities*.

2.2 Arbitraje bajo el Reglamento de *UNCITRAL*

El Reglamento de *UNCITRAL* es un poco más explayado; sin embargo, también deja un margen amplio de discreción a las partes y al tribunal arbitral para establecer las reglas en materia probatoria.

¹⁶ Usualmente se solicita confirmación de la contraparte de que se ha podido descargar toda la información colgada en la nube.

Así, por ejemplo, en el inciso 1 y 3 del Artículo 17 del Reglamento de *UNCITRAL*, se establece lo siguiente:

1. Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que en cada etapa del procedimiento se dé a cada una de las partes una oportunidad razonable de hacer valer sus derechos. En el ejercicio de su discrecionalidad, el tribunal arbitral dirigirá las actuaciones con miras a evitar demoras y gastos innecesarios y a llegar a una solución justa y eficaz del litigio entre las partes.

[...]

3. Si alguna parte lo solicita en una etapa apropiada del procedimiento, el tribunal arbitral celebrará audiencias para la presentación de las pruebas testificales o periciales, o para alegatos verbales. De no presentarse una solicitud al respecto, el tribunal arbitral será el que decida si deben celebrarse dichas audiencias o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de los documentos y de las pruebas que se presenten. [El subrayado es nuestro]

A su vez, el Artículo 20 del Reglamento de *UNCITRAL* dispone que:

1. El demandante comunicará por escrito al demandado y a cada uno de los árbitros su escrito de demanda, dentro del plazo que determine el tribunal arbitral. El demandante podrá optar por considerar que su notificación del arbitraje según el artículo 3 constituya su escrito de demanda, siempre y cuando tal notificación cumpla también los requisitos enunciados en los párrafos 2 a 4 del presente artículo.

2. El escrito de demanda deberá contener los siguientes datos:

- El nombre y los datos de contacto de las partes;
- Una relación de los hechos en los que se base la demanda;
- Los puntos que constituyan el motivo del litigio;
- d) La materia u objeto que se demanda;
- Los motivos jurídicos o argumentos que sustenten la demanda.

3. El escrito de demanda deberá ir acompañado de una copia de todo contrato o de todo otro instrumento jurídico del que se derive el litigio, o que esté relacionado con él, y del acuerdo de arbitraje. [El subrayado es nuestro]

4. El escrito de demanda deberá ir acompañado, en la medida de lo posible, de todos los documentos y otras pruebas en que se funde el demandante, o deberá contener referencias a los mismos. [El subrayado es nuestro]

Similar disposición rige para la contestación según el Artículo 21:

1. El demandado deberá comunicar por escrito su contestación al demandante y a cada uno de los árbitros dentro del plazo que determine el tribunal arbitral. El demandado podrá optar por considerar que su respuesta a la notificación del arbitraje según el artículo 4 constituirá su contestación, siempre y cuando tal respuesta a la notificación del arbitraje cumpla también los requisitos enunciados en el párrafo 2 del presente artículo.

2. En la contestación se responderá a los extremos b) a e) del escrito de demanda (párrafo 2 del artículo 20). La contestación se acompañará, en la medida de lo posible, de todos los

documentos y otras pruebas en que se funde el demandado, o contendrá referencias a los mismos. [El subrayado es nuestro]

3. En su contestación, o en una etapa ulterior de las actuaciones si el tribunal arbitral decidiese que, dadas las circunstancias, la demora era justificada, el demandado podrá formular una reconvencción o hacer valer una demanda a efectos de compensación, siempre y cuando el tribunal sea competente para conocer de ellas.
4. Las disposiciones de los párrafos 2 a 4 del artículo 20 serán aplicables a la reconvencción, así como a toda demanda que se presente conforme a lo previsto en el apartado *f*) del párrafo 2 del artículo 4 o que se interponga a efectos de compensación.

Al igual que en el caso de la ICC, si bien hay una invocación a las partes para que presenten sus medios probatorios junto con la demanda y la contestación, se difiere a los árbitros el establecimiento de las reglas definitivas para el ofrecimiento y actuación de las pruebas.

Respecto a la actuación de la prueba, el artículo 27 del Reglamento de *UNCITRAL* dispone lo siguiente:

1. Cada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas.
2. Podrá actuar como testigo, inclusive como perito, cualquier persona designada por una parte que testifique ante el tribunal sobre cualquier cuestión de hecho o que pertenezca a su ámbito de competencia como perito, y su testimonio podrá ser admitido por el tribunal arbitral, aunque esa persona sea parte en el arbitraje o esté relacionada de algún modo con una parte. A menos que el tribunal arbitral disponga otra cosa, las declaraciones de

los testigos, incluidos los peritos, podrán presentarse por escrito, en cuyo caso deberán ir firmadas por ellos.

3. En cualquier momento de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá exigir, dentro del plazo que determine, que las partes presenten documentos u otras pruebas.
4. El tribunal arbitral determinará la admisibilidad, la pertinencia y la importancia de las pruebas presentadas.

Como es de verse, bajo el reglamento arbitral de *UNCITRAL*, a menos que las partes o el Tribunal establezcan lo contrario, solo se prevé la presentación de una ronda de escritos postulatorios a los que se debería acompañar, en la medida de lo posible, los medios probatorios con los que la parte cuente en ese momento.

El Reglamento guarda silencio respecto de aquellos medios probatorios que puedan haber sido ofrecidos con la demanda o su contestación pero que no fueron acompañados con estos escritos, dejando en libertad al Tribunal para decidir sobre la admisibilidad, la pertinencia y la importancia de dichas pruebas. La misma regla aplica respecto a las pruebas aportadas en los citados escritos.

No se establece la oportunidad en que el Tribunal debe determinar estas cuestiones probatorias.

2.3 Arbitraje bajo Reglas del CIADI

A diferencia de los reglamentos antes mencionados, el Reglamento de Arbitraje del CIADI si prevé, de forma expresa, siendo, además, práctica usual, la presentación de dos rondas de escritos.

Así, por ejemplo, la Regla 31 del citado reglamento establece lo siguiente:

Actuaciones escritas

(1) Además de la solicitud de arbitraje, las actuaciones escritas comprenderán las siguientes exposiciones presentadas dentro de los plazos fijados por el Tribunal:

- (a) un memorial de la parte solicitante;
- (b) un memorial de contestación de la otra parte;

y si las partes convinieren en ello o si el Tribunal lo estimare necesario:

- (c) una réplica de la parte solicitante; y
- (d) una dúplica de la otra parte.

(2) Si la solicitud se ha hecho conjuntamente, cada parte presentará su memorial dentro del mismo plazo determinado por el Tribunal y si las partes convinieren en ello o si el Tribunal lo estimare necesario, su contestación; sin embargo, las partes podrán convenir que, a los fines del párrafo (1), una de ellas será considerada como la parte solicitante.

(3) Los memoriales deberán contener: una relación de los hechos pertinentes, una declaración del derecho aplicable, y las peticiones. Los memoriales de contestación, la réplica o la dúplica contendrán la aceptación o negación de los hechos declarados en el último escrito presentado; cualesquiera hechos adicionales, en caso necesario; las observaciones concernientes a la declaración del derecho aplicable contenida en el último escrito presentado; una declaración de derecho en respuesta al mismo; y las peticiones.

Aunque el Reglamento no lo diga expresamente, los escritos de las dos rondas pueden estar acompañados de pruebas pertinentes, en particular, declaraciones testimoniales, informes periciales y anexos documentales.

En materia probatoria, también deben destacarse las Reglas 33 y 34 del Reglamento CIADI:

Regla 33

Ordenamiento de la prueba

Sin perjuicio de las disposiciones relativas a la presentación de documentos, cada parte, dentro de los plazos fijados por el Tribunal, dará al Secretario General, para su transmisión al Tribunal y a la otra parte, información precisa con respecto a la prueba que se propone presentar y a la que se propone pedir que el Tribunal solicite, juntamente con una indicación de los asuntos sobre los cuales versará dicha prueba.

Regla 34

Prueba: principios generales

(1) El Tribunal decidirá sobre la admisibilidad de cualquiera prueba rendida y de su valor probatorio.

(2) El Tribunal podrá, si lo estima necesario en cualquier etapa del procedimiento:

(a) requerirle a las partes que presenten documentos, testigos y peritos; y

(b) visitar cualquier lugar relacionado con la diferencia o llevar a cabo indagaciones en él.

(3) Las partes cooperarán con el Tribunal en la producción de la prueba y en las demás medidas contempladas en el párrafo (2). El Tribunal tomará nota formal del incumplimiento por una parte de sus obligaciones de acuerdo con este párrafo y de las razones aducidas para tal incumplimiento.

(4) Se considerará que los gastos incurridos en la presentación de la prueba y la adopción de las demás medidas previstas en el párrafo (2) son parte

de los gastos incurridos por las partes, como lo dispone el Artículo 61(2) del Convenio.

Las disposiciones citadas establecen, por un lado, la obligación de las partes de informar al tribunal sobre las pruebas de las que desean hacerse valer y, por otro lado, la facultad del tribunal para decidir su admisión y su valor probatorio. Se debe destacar, sin embargo, que, en las Reglas del CIADI, a diferencia de las Reglas de la CCI o de *UNCITRAL*, se prevé expresamente la facultad del tribunal de realizar visitas e indagaciones en los lugares relacionados con la controversia. Ciertamente, en los procesos bajo los Reglamentos de la CCI o de *UNCITRAL*, estas visitas son posibles, aunque no tengan una regulación expresa.

Finalmente, es importante indicar que la Secretaría del CIADI ha dispuesto recientemente que las solicitudes arbitrales puedan ser presentadas de forma electrónica atendiendo a la Pandemia del COVID-19 y que solo se requiere acompañar copias físicas de los documentos y anexos si la otra parte lo solicita.

3. Prueba extemporánea

En cualquiera de los tres casos bajo análisis, se admite, en general, que el tribunal pueda admitir a trámite pruebas que se ofrezcan y actúen en oportunidades distintas a las previstas en las reglas aplicables al arbitraje. Sin embargo, esta admisión está sujeta a la existencia de una causa que justifique la demora en la aportación de la prueba y su relevancia para resolver la controversia.

Así, por ejemplo, en las notas de *UNCITRAL* para la administración de procesos arbitrales, se consigna la siguiente recomendación:

*«74. The arbitral tribunal may clarify the consequences of late submissions of evidence and how it intends to deal with requests to accept late submissions. It may require a party seeking to submit evidence after the time limit to provide reason for delay. The arbitral tribunal, in determining whether to accept late submissions would need to consider the procedural efficiency achieved by refusing late submissions, the possible usefulness of accepting them, and the interests of the parties (for example providing the other party an opportunity to comment or submit its own further evidence in response to the late submission)».*¹⁷

En términos generales, se debe tratar de evitar que una de las partes vea perjudicado su derecho a la defensa con la presentación sorpresiva de prueba extemporánea que no esté en condiciones de contradecir, por lo general, porque ya no tiene la oportunidad de presentar escritos adicionales conforme al calendario procesal.

Ciertamente, una prueba no podrá considerarse como sorpresiva si fue ofrecida oportunamente y presentada cuando estuvo a disposición de la parte que la ofreció. Tampoco debería rechazarse una prueba si es que la otra parte cuenta con una oportunidad procesal para contradecir la nueva prueba aportada

Así, por ejemplo, en jurisprudencia constante de la Corte de Apelaciones de París, reflejada en su decisión de fecha 30 de junio de 1988, se estable-

17 «El Tribunal Arbitral podría clarificar cuáles serán las consecuencias de una presentación extemporánea y como pretende manejar los pedidos para aportar pruebas tardíamente. Puede exigir que la parte que pretende una presentación extemporánea justifique su demora. Para rechazar el pedido el Tribunal debe considerar si el rechazo va a ser eficiente para el proceso, la posibilidad que su admisión no tenga efectos relevantes, y el interés de las partes (la oportunidad de la otra parte de comentar y aportar pruebas en respuesta de la nueva prueba)» [Traducción propia]. United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Procedures* (New York: United Nations Office at Vienna, 2016), 24, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-notes-2016-e.pdf>.

ció que no se lesionaba el derecho de la contraparte que tenía oportunidad de comentar una prueba extemporánea en su réplica.¹⁸

En todo caso, el Tribunal deberá evaluar el derecho de ambas partes a presentar su caso de forma adecuada y tomar las medidas que estime necesaria para garantizar un trato equitativo a estas, sin lesionar su derecho a probar las alegaciones que están formulando.

Irene Wesler y Samuel Mimmagh señalan:

«In these ways, arbitral rules, be national, international or institutional, provide their own method by which the evidentiary procedures may be conducted. The universal recognition of their importance is based in large part on the parties' right to be heard and the right to duly present their case. These rights are core to any legal proceedings and form key aspects of arbitral procedures to which any tribunal must abide. The right to present one's case is of particular importance in the context of evidentiary procedures, as a restriction in access to evidence could seriously frustrate a party's ability to adequately establish the facts of the dispute. [...] Both of these rights are tempered and reinforced by further obligations generally considered to be imposed on the arbitral tribunal. The fundamental legal standard of equal treatment is, in principle, universally applicable to all aspects of

*arbitral proceedings as contained in such principles of the equality of arms and equality of treatment».*¹⁹

4. Prueba de Testigos y Expertos

Al igual que la prueba documentaria, es usual que las partes aporten como sustento de sus pretensiones declaraciones testimoniales y de expertos junto con sus escritos postulatorios.

Así, por ejemplo, el artículo 30.5 del Reglamento de la Cámara de Comercio de Lima dispone que:

«Dentro del plazo determinado por el Tribunal Arbitral, las pruebas testimonial y pericial deben ser presentadas en la forma de una declaración testimonial escrita y firmada por el declarante o de un dictamen pericial firmado. Asimismo, el Tribunal Arbitral puede citar a una persona a declarar sobre hechos y circunstancias relacionadas con las materias que pueden ser objeto de decisión en un laudo.»

En cuanto a la prueba de testigos, lo usual es que se acompañen declaraciones testimoniales escritas sobre hechos, suscritas por las personas que han participado directamente en los eventos que dieron lugar a la controversia que se ventila en el arbitraje.

18 «Procedural Timetable and Late Submission of Evidence in ICC Arbitration», *Aceris Law International Arbitration Law Firm*, acceso el 17 de marzo de 2021, <https://www.acerislaw.com/procedural-timetable-and-late-submission-of-evidence-in-icc-arbitration/>.

19 «De esta manera, las reglas arbitrales, sean estas nacionales, internacionales, o institucionales, proveen su propio método para los procedimientos probatorios. El reconocimiento universal de su importancia se basa en gran parte en el derecho de las partes a presentar su caso de forma adecuada. Este derecho es central para cualquier procedimiento probatorio y es vinculante para todos los Tribunales Arbitrales. La habilidad de poder presentar un caso es de singular importancia en los procedimientos probatorios, pues una restricción al acceso a la prueba puede frustrar la habilidad de la parte a acreditar adecuadamente los hechos en disputa. [...]

Ambos derechos son temperados y reforzados con algunas obligaciones adicionales que debe observar el Tribunal. El standard de trato igualitario es fundamental y es, en principio, aplicable a todos los aspectos del proceso arbitral tales como el principio de igualdad de armas y de trato igualitario» [Traducción libre]. Irene Wesler y Samuel Mimmagh, «Production of Physical Evidence in International Arbitration – A No Go?», en *Austrian Yearbook on International Arbitration 2020*, editado por Christian Klausegger et al., (Viena: Stämpfli Verlag, 2020), 117, https://www.cerhahempel.com/fileadmin/docs/publications/Wesler/Wesler.Mimmagh_Production_of_Physical_Evidence_A_No_Go_AYIA_2020.pdf.

El artículo 5 de las Reglas de la *Intertación Bar Association (IBA)* establece que cada declaración testimonial debe contener:

1. El nombre completo y dirección del testigo, una declaración concerniente a su relación pasada y presente (si la hubiere) con las Partes, y una descripción de sus antecedentes, cualificaciones, capacitación y experiencia, si dicha descripción, pudiera ser relevante para el conflicto sometido a su declaración.
2. Una descripción completa y detallada de los hechos, así como la fuente de información del testigo sobre tales hechos suficiente para constituir la prueba testimonial aportada sobre la materia controvertida. Los Documentos en los que los testigos se basen, que no hayan sido presentados anteriormente, deberán acompañarse.
3. Una manifestación sobre el idioma en el que la Declaración Testimonial fue originalmente preparada y el idioma en el cual el testigo prevé declarar en la Audiencia Probatoria;
4. Una declaración sobre la veracidad de la Declaración Testimonial; y
5. La firma del testigo, así como la fecha y lugar.

Si bien es cierto que en el arbitraje internacional la prueba testimonial es un elemento importante, porque permite a los árbitros tener una aproxima-

ción de primera fuente a los hechos, también es indispensable que los hechos afirmados cuenten con un soporte documental que los corrobore, porque, si esto no es así, lo que se tendrá finalmente es el mero dicho de una persona que, de manera directa o indirecta, tiene algún interés en el resultado del pleito.

Lo anterior nos lleva a indicar que estos testimonios pueden ser prestados por personas vinculadas a la parte que los ofrece como testigos.

Así, por ejemplo, en las Notas de *UNCITRAL* para la Organización de los Procesos Arbitrales²⁰ se consigna:

*“89. International arbitration can differ from domestic court practice in respect of whether a party or certain persons related to a party may be heard as witnesses (for example its executives, employees or agents). Under some legal systems, a party or such persons may not be permitted to testify as witness in court proceedings but may be heard in a different capacity (such as a party or person having relevant information). Nonetheless, in international arbitration, such distinction is rarely observed and a party or such persons can typically be heard as witnesses.”*²¹

No se considera impropio y es, más bien, una práctica común que el contenido de los posibles testimonios escritos de los testigos sean discutidos con estos por las partes o sus asesores antes que los mismos sean presentados.²²

20 United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Procedures*, 27.

21 “89. El arbitraje internacional puede diferenciarse de la práctica judicial local con relación a si una parte o ciertas personas relacionadas a una parte pueden prestar testimonio (por ejemplo, sus ejecutivos, empleados o agentes). Bajo ciertos sistemas legales, una parte o las personas vinculadas a esta no pueden actuar como sus testigos ante las Cortes, aunque podrían ser escuchadas bajo otra capacidad. Sin embargo, en el arbitraje internacional esta distinción raramente aplica, y la parte o sus vinculadas pueden actuar como testigos de forma normal”. [Traducción propia]

22 «Artículo 4 Testigos

[...] 3. No será considerado impropio que una Parte, sus directivos, empleados, asesores legales u otros representantes entrevisten a sus testigos o potenciales testigos y discutan con ellos sus posibles testimonios». International Bar Association, «Las Reglas», en *Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional* (Londres: International Bar Assotiation, 2010), 11, <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=3599492E-8BC6-4E3D-A205-B86B69A42593>.

La credibilidad de los testigos se evalúa, por lo general, en la audiencia en la que el testigo podrá ser contra interrogado por la parte contraria a la que lo ofreció como testigo.

De igual manera, las partes suelen acompañar a sus escritos postulatorios opiniones de expertos respecto a las diversas materias vinculadas a la controversia. Así, por ejemplo, es probable que una parte desee presentar como prueba la opinión de un experto legal en el derecho local aplicable al fondo de la controversia respecto al alcance de sus disposiciones, o la de un experto en una cuestión técnica para establecer las causas de una falla o de un daño, o la opinión de un experto en daños que cuantifique el perjuicio sufrido por la parte que reclama su compensación.

Asimismo, la contraparte también puede presentar informes de expertos que contradigan lo señalado por los expertos de la demandante o viceversa. La credibilidad de los expertos también es, generalmente, puesta a prueba en la audiencia, dentro de la cual las partes pueden formular las preguntas que estimen conveniente a su derecho.

5. La Audiencia

En el Arbitraje Internacional, salvo que el tribunal decida lo contrario, lo normal es que las partes tengan la oportunidad de presentar su caso y de interrogar a los testigos y peritos en una Audiencia, la cual suele durar algunos días.

Esto no siempre es así. Por ejemplo, si en un caso se presentan defensas de jurisdicción, el tribunal podría decidir bifurcar el proceso en dos y celebrar una audiencia separada para tratar sobre los asuntos vinculados a su competencia para conocer el fondo y emitir luego un laudo sobre este cues-

tionamiento. Evidentemente, si el tribunal opta por declinar jurisdicción, ya no se emitirá un pronunciamiento sobre el fondo y se concluirá con las actuaciones arbitrales, salvo que hubiera algún incidente pendiente como la determinación del monto de los costos a cargo de la parte perdedora.

Normalmente, las Audiencias comienzan con una presentación, a cargo de cada una de las partes, de los argumentos que sustentan su pretensión y de aquello que esperan quede corroborado a lo largo de las mismas. Luego, se procede al interrogatorio de los testigos ofrecidos por cada una de las partes –primero, los de la demandante y, luego, los de la demandada–. Antes de declarar, es usual que se haga jurar o prometer al Testigo que lo que va a declarar es cierto y refleja su conocimiento de los hechos.

Respecto a la forma de interrogar a los testigos, no existe una regla uniforme. Algunos Tribunales permiten que la parte que ofreció el testigo haga un interrogatorio directo y corto para que el testigo se presente y haga alguna precisión que se estime conveniente o necesaria. Luego, se da la oportunidad a la contraparte para que contrainterrogue al testigo sobre los hechos que han sido de su conocimiento. Concluido el contrainterrogatorio, la parte que ofreció al testigo tiene la oportunidad de hacer repreguntas, pero solo respecto de aquellos asuntos que hubieran surgido del contrainterrogatorio.²³ El procedimiento es similar respecto a los peritos, con la salvedad que a estos se les permite de ordinario hacer una presentación de los alcances de su pericia en lugar de un interrogatorio directo.

Las Audiencias suelen concluir con presentaciones de cierre a cargo de las partes, en las que estas suelen incluir los puntos a su favor obtenidos como producto de los interrogatorios a los testi-

23 Sobre el particular, se recomienda revisar el Artículo 8.3 de las Reglas de la IBA.

gos y expertos. En algunas ocasiones, el tribunal permite a las partes presentar una ronda de escritos de extensión limitada, sumatorios *post* audiencia, pero esto no siempre es posible.

Durante el desarrollo de una audiencia y en las presentaciones, no se debe usar medios probatorios que no hayan sido oportunamente presentados en el expediente.

La tendencia actual, por razones de la pandemia del COVID-19, es que las audiencias se desarrollen de manera virtual y no presencial. Esta práctica ya está funcionando con relativo éxito y de seguro ha llegado para quedarse.

Desde siempre, por razones de enfermedad del testigo o experto, o limitaciones de viaje, ya se venía actuando ciertas pruebas a través de video conferencias. Actualmente, por razones sanitarias y por las limitaciones de viaje, no es factible sostener audiencias presenciales en las que participen un gran número de personas reunidas en un mismo espacio cerrado al mismo tiempo: esto ha conllevado a tener que sostener el íntegro de la audiencia de forma remota.

La realización de una audiencia virtual no está exenta de retos como los son la diferencia de horas según donde estén ubicadas las partes y los árbitros, los problemas de conectividad, la posibilidad de que las partes puedan reunirse de forma virtual en los intermedios de las audiencias, etc. Todas estas dificultades son susceptibles de ser superados.

Por lo general, es recomendable contratar a una buena firma de comunicaciones para que administre la audiencia, dando el soporte informático necesario para su realización sin mayores contratiempos. Esto va a asegurar la confidencialidad de las actuaciones y, especialmente, va a facilitar que

las reuniones entre las partes y sus asesores durante la audiencia tengan la debida privacidad.

En la medida que las horas de audiencia diarias, probablemente, van a ser más breve por razones de horarios, de capacidad de concentración frente a un ordenador, entre otras, se recomienda considerar tener actuaciones pregrabadas, como podrían ser las presentaciones de los peritos, o considerar un mayor número de días de audiencia.

Es de temer que, en cada caso, las partes y el tribunal tendrán que ver que es lo más conveniente en función al número de testigos y expertos que haya que interrogar.

6. La Exhibición de Documentos

Como parte del derecho de las partes a probar su caso, se reconoce el derecho de una parte a tener acceso a información y documentos en posesión de su contraparte. Este derecho, sin embargo, no es ilimitado.

Irene Wesler y Samuel Mimmagh indican²⁴:

«[...] The parties are to be given the opportunities necessary to act upon their rights, to be heard and present their case, which may often include them access to evidence in possession of the other party.

Despite the pivotal role played by the evidentiary procedures in ensuring the fairness of arbitral proceedings, it is imperative to ensure the production of evidence is not abused. For this reason, most arbitral rules do not prescribe a general unrestricted right for the parties to have evidence disclosed to them. Any request for the production of evidence by a party must also attest to the rel-

24 Wesler y Mimmagh, «Production of Physical Evidence in International Arbitration – A No Go?», 118.

*evance and materiality of that evidence to their respective case. [...]».*²⁵

En esa línea de ideas, respecto a los pedidos de exhibición que se formulen a la contraparte, es importante tener en cuenta, por ejemplo, los numerales 3, 4, 5 y 6 del artículo 3 de las Reglas de la IBA, que indican lo siguiente:

3. Una Solicitud de Exhibición de Documentos deberá contener:

(a) (i) una descripción de cada Documento cuya exhibición se solicite que sea suficiente para identificarlo, o

(ii) una descripción suficientemente detallada (incluyendo el asunto de que se trate) de la concreta y específica categoría de Documentos requeridos que razonablemente se crea existen; en el caso de Documentos conservados en formato electrónico, la Parte solicitante puede, o el Tribunal Arbitral puede requerirle que proceda a, identificar archivos específicos, términos de búsqueda, individuos o cualquier otro medio de búsqueda para esos Documentos en una forma eficiente y económica.

(b) una declaración de por qué los Documentos requeridos son relevantes para el caso y sustanciales para la resolución; y

(c) (i) una declaración de que los Documentos requeridos no se encuentran en poder, custodia o control de la Parte que los solicita o una declaración de las razones por las cuales sería irrazonablemente gravoso para la Parte solicitante exhibir tales Documentos, y

(ii) una declaración sobre las razones por las cuales la Parte solicitante supone que los Documentos requeridos están en poder, custodia o control de otra Parte.

4. Dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, la Parte a quién se dirija la Solicitud de Exhibición de Documentos deberá presentar a las otras Partes y, al Tribunal Arbitral si éste así lo ordenara, todos los Documentos solicitados que se encuentren en su poder, bajo su custodia o control y respecto de los cuales no presente objeción.

5. Si la Parte a quien se dirige la Solicitud de Exhibición de Documentos tiene una objeción a alguno o a todos los Documentos solicitados, deberá poner de manifiesto la objeción por escrito al Tribunal Arbitral. Solamente podrán aducirse como objeciones las razones mencionadas en el Artículo 9.2 o el incumplimiento de alguno de los requisitos prescriptos en el Artículo 3.3.

6. Recibida una de esas objeciones, el Tribunal Arbitral podrá invitar a las Partes pertinentes que se consulten mutuamente con el objetivo de resolver la objeción.

En los arbitrajes internacionales, es común el uso de instrumentos de auxilio para facilitar el manejo por parte de los Tribunales Arbitrales de los pedidos de exhibición, siendo el más usado el *Redfern Schedule* (denominado, así, en honor a su creador, *Alison Redfern*)

Este instrumento es básicamente una tabla en la que las partes deben consignar sus pedidos de exhibición, las objeciones que se deseen hacer valer o la aceptación de exhibir el documento solicitado, las

25 «[...] Las partes debe recibir suficientes oportunidades para actuar sus derechos, y para ser escuchados y presentar su caso, lo que frecuentemente incluye el tener acceso a evidencia en posesión de su contraparte.

Sin perjuicio del rol importante que tienen los procedimientos probatorios, es imperativo impedir que se abuse de los pedidos de exhibición. Por esta razón, la mayoría de las reglas arbitrales no permiten un acceso irrestricto a la documentación en posesión de una de las partes. Cada pedido de exhibición debe hacerse indicando la materialidad y relevancia, con relación al caso, de la evidencia que se solicita conocer. [...]».

[Traducción propia]

respuestas a las objeciones por parte del solicitante y la decisión del Tribunal cuando esta sea requerida.²⁶

renzo Zolezzi Ibárcena, al comentar la norma indicada, señala:

A continuación, mostramos una tabla parcial con fines meramente ilustrativos:²⁷

«La nueva Ley Peruana de Arbitraje establece el principio de libertad de prueba, es decir, casi no

| Nº | Materia | Pedido de Exhibición | Oposición | Respuesta a la Oposición | Decisión del Tribunal |
|----|------------------------------|---|---|---|---------------------------------------|
| 1 | Alcance del Contrato de Obra | Se solicita la exhibición del Contrato entre el propietario de la obra y el supervisor, porque se desea comprobar el nivel de autorización que tenía el segundo para solicitar cambios en el diseño de uno de los componentes de la obra. | La demandada se opone a la exhibición de este documento porque las relaciones contractuales entre las partes se rigen exclusivamente por el contrato suscrito entre estas, no siendo relevante el contrato entre el propietario de la obra y el supervisor. | La cláusula 20 del Contrato de Obra no es clara sobre las facultades del Supervisor, De ahí que sea necesario cotejar la interpretación que tuvo el propietario de la obra sobre sus alcances en otro contrato. | La demandada debe exhibir el contrato |

Tal como hemos indicado, este tipo de tablas son instrumentos que le facilitan al Tribunal resolver numerosos pedidos de exhibición; sin embargo, este formato puede resultar limitativo para que las partes puedan hacer valer adecuadamente sus alegaciones. Por ello, se recomienda, fuertemente, a aquellas personas que se aproximan por primera vez al uso de esta clase de instrumentos que, de considerarlo conveniente, complementen sus alegaciones en una comunicación dirigida al Tribunal a la que anexen el Cuadro *Redfern*, en el cual, quizás, puedan desarrollar con un poco más de amplitud las razones que sustentan una oposición o su absolución.

contiene regulaciones sobre la prueba, las cuales usualmente se refieren a cuatro temas: “a) la admisión de las pruebas, en la que la libertad significa ausencia de normas que excluyan la prueba del proceso y, por tanto, está referida a la posibilidad de que las partes utilicen todos los elementos de prueba relevantes de los que dispongan; b) la formación de la prueba, en la que la libertad significa ausencia de normas que regulen el modo en que la prueba se constituye, en el proceso y fuera de él; c) la valoración de las pruebas, en el que la libertad significa ausencia de normas que predeterminen, vinculando al juez y a las partes, el valor que debe atribuirse a una prueba en la decisión; y, finalmente, d) la elección de los elementos útiles para la decisión por parte del juez, en el que la libertad significa que el juez puede determinar libremente los elementos de prueba y no está vinculado por

7. Admisibilidad y Valoración de la Prueba

El artículo 43 de la Ley de Arbitraje Peruana establece el principio de libertad de la prueba. Lo-

26 Si la parte acepta exhibir un documento entonces no se requiere decisión del Tribunal.

27 El contenido de la Tabla ha sido creada por el autor para fines del presente artículo.

normas sobre la elección de las pruebas que deben fundamentar el juicio de hecho».²⁸

El principio de la libertad de prueba, en el derecho peruano, admite una excepción: la posible existencia de laudos periciales expedidos conforme a la Décimo Tercera Disposición Transitoria de la Ley de Arbitraje. La norma bajo comentario establece lo siguiente:

«Este Decreto Legislativo será de aplicación, en lo que corresponda, a los procedimientos periciales en que las partes designan terceras personas para que resuelvan exclusivamente sobre cuestiones técnicas o cuestiones de hecho. La decisión de los peritos tendrá carácter vinculante para las partes y deberá ser observada por la autoridad judicial o tribunal arbitral que conozca de una controversia de derecho que corresponda a las cuestiones dilucidadas por los peritos, salvo pacto en contrario».

La mayor parte de la doctrina nacional les concede a estas decisiones la calidad de Laudos de Conciencia.²⁹ La jurisprudencia nacional también le ha reconocido tal calidad. La norma es clara al señalar que estas decisiones tienen carácter vinculante y deben ser observadas³⁰ (es decir, cumplidas con exactitud) por el tribunal arbitral que conozca una cuestión de derecho sometida a su conocimiento. Estos dos atributos, la vinculación y la inmutabilidad, corresponden a la Cosa Juzgada en atención a lo dispuesto por la segunda

parte del artículo 123 del Código Procesal Civil Peruano.³¹ La calidad laudatoria de esta clase de decisiones también ha sido considerada, cuando menos, en los arbitrajes seguidos bajo las Reglas de *UNCITRAL*.

Como consecuencia de lo anterior, la premisa de hecho para la construcción del silogismo judicial en ese caso viene determinada por la decisión pericial, debiendo el Tribunal Arbitral aplicar el derecho que corresponda al hecho establecido de esta forma.

Fuera del caso del denominado Laudo Pericial, las Reglas de la IBA contienen una serie de normas, para los tribunales arbitrales, respecto de la posibilidad de excluir pruebas, lo cual merece también un comentario separado.

El numeral 2 del artículo 9 de las Reglas de la IBA establece lo siguiente:

“2. El Tribunal Arbitral deberá, a instancia de parte o de oficio, excluir de las pruebas o solicitud de presentación de pruebas cualquier documento, declaración, testimonio oral o inspección por cualquiera de las siguientes razones:

a. falta de relevancia o importancia suficiente;

28 Lorenzo Zolezzi Ibarcena, «Art. 43 – Pruebas», en *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, coord. por Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard Gonzáles, Tomo I (Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011), 512-513.

29 «En ese sentido, la Décimo Tercera Disposición Complementaria de la ley de Arbitraje solamente se refiere a aquellos casos en los cuales las partes hayan deferido a un experto la resolución de un problema técnico. [...]»

En buena cuenta, creemos que en estos casos la decisión de los peritos sería un laudo de conciencia y el arbitraje a seguir sería, también, un arbitraje de conciencia, tal vez con una estructura sui generis, pero arbitraje de conciencia, al fin y al cabo. Por lo tanto, esta resolución de los peritos sería -de seguro- un laudo». Mario Castillo Freyre et. al., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Tomo II (Lima: Thomson Reuters, 2014), 1185.

30 Una de las acepciones del término observar en el Diccionario de la Real Académica Española es la de guardar y cumplir exactamente lo que se ordena

31 «[...] La cosa juzgada sólo alcanza a las partes y a quienes de ellas deriven sus derechos. Sin embargo, se puede extender a los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes o a los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, si hubieran sido citados con la demanda. La resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada es inmutable, sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 178 y 407».

b. impedimento o privilegio legal según las normas legales o éticas establecidas como aplicables por el Tribunal Arbitral;

c. carga irrazonable para producir las pruebas solicitadas;

d. pérdida o destrucción de un documento que haya sido razonablemente acreditada;

e. motivos de confidencialidad comercial o técnica que el Tribunal Arbitral considere de peso suficiente;

f. razones de especial sensibilidad política o institucional (incluyendo pruebas que hayan sido clasificadas como secretas por parte de un gobierno o de una institución internacional pública) que el Tribunal Arbitral considere de peso suficiente; o

g. consideraciones de justicia o igualdad entre las Partes que el Tribunal Arbitral considere de peso suficiente.”

a) Falta de relevancia o importancia suficiente

Esta causal se deriva de lo que, en materia probatoria, se conoce como los principios de pertinencia y utilidad que, en palabras de Ana María Arrarte, aluden a la necesidad de que los medios

probatorios ofrecidos guarden relación con los hechos que se pretende acreditar o las defensas planteadas en el proceso, debiendo estar destinados a probar hechos que requieran ser acreditados.³² Al efecto es importante tener en cuenta que no se requiere probar los hechos no contradichos por la contraparte, los hechos notorios y aquellos que se presumen conforme a Ley. Estos principios están también recogidos en el artículo 190 del Código Procesal Civil peruano.³³ Ciertamente, el tribunal arbitral podrá excluir los medios probatorios que caigan dentro de esta categoría.

b) Impedimento o privilegio legal según las normas legales o éticas establecidas como aplicables por el Tribunal Arbitral

Esta regla introduce el tema de los privilegios legales, la cual es una figura que responde a una práctica del derecho anglosajón con lo que los abogados formados en el derecho continental no están, por lo general, familiarizados.

Los privilegios establecen la facultad de ciertas personas, en función a su condición personal, de no revelar la información que obra en su poder aunque esta tenga vinculación con una disputa. Así, por ejemplo, se considera como privilegiada

32 Véase Ana María Arrarte Arisnabarreta, «La actividad probatoria en el arbitraje y la colaboración judicial en la generación de prueba», *Advocatus*, n.º 26 (2012): 203-219, <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4122>.

33 Artículo 190 [Código Procesal Civil].-

Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el Juez.

Son también improcedentes los medios de prueba que tiendan a establecer:

1. Hechos no controvertidos, imposibles, o que sean notorios o de pública evidencia;
2. Hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en la contestación de la demanda, de la reconvencción o en la audiencia de fijación de puntos controvertidos.

Sin embargo, el Juez puede ordenar la actuación de medios probatorios cuando se trate de derechos indisponibles o presuma dolo o fraude procesales;

3. Los hechos que la ley presume sin admitir prueba en contrario; y
4. El derecho nacional, que debe ser aplicado de oficio por los Jueces. En el caso del derecho extranjero, la parte que lo invoque debe realizar actos destinados a acreditar la existencia de la norma extranjera y su sentido.

La declaración de improcedencia la hará el Juez en la audiencia de fijación de puntos controvertidos. Esta decisión es apelable sin efecto suspensivo. El medio de prueba será actuado por el Juez si el superior revoca su resolución antes que se expida sentencia. En caso contrario, el superior la actuará antes de sentenciar.

la información del paciente para su médico o la del cliente para su abogado.

Los privilegios más invocados son el *litigation privilege* o el *attorney client* privilege: el primero protege la confidencialidad de cualquier información preparada por un asesor o intercambiada con este, vinculada a un posible o inminente proceso judicial o arbitral; mientras que el segundo protege, de manera más general, la información preparada o intercambiada entre un abogado y su cliente.

No pareciera que se pueda considerar al *litigation privilege* o el *attorney client* privilege como principios generales de derecho peruano³⁴; sin embargo, su aplicación puede ser pertinente en base al derecho aplicable al proceso o en base a lo señalado en el inciso 3 del artículo 34 de la Ley de Arbitraje Peruano que habilita la aplicación de principios arbitrales y los usos y costumbres en materia arbitral.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Arbitral puede descartar la actuación de alguna prueba en base a otros principios de derecho que establecen impedimentos legales y que sí son reconocidos por nuestro derecho.

Así, por ejemplo, el inciso 18 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado establece el derecho al secreto profesional.

En el caso del secreto profesional, el Tribunal Constitucional delineó los alcances de este en la STC 7811-2005-PA/TC, en cuyo considerando 7 se establece lo siguiente:

«En ese sentido, dos son los ámbitos de actuación de la garantía-derecho al secreto profesional que

reconoce la Constitución. En cuanto derecho, reconoce al titular de tales secretos la exigencia de que estos sean celosamente guardados por los profesionales a quienes se les confía de modo directo, o que tuvieran acceso a información confidencial en razón de su ejercicio profesional; del mismo modo, el secreto profesional también protege a los propios profesionales, quienes podrán hacerlo valer en cualquier situación o circunstancia en que los poderes públicos o cualquier persona o autoridad pretendan desconocerlo de cualquier forma, sea obligando a confesar dichos secretos o poniendo en riesgo su preservación en el ejercicio de su profesión».

El Tribunal Constitucional reconoce, como sujeto de la garantía-derecho, a la persona que es receptor del secreto profesional y ha establecido que estos podrán hacerlo valer en cualquier situación o circunstancia. Este principio debe vincular a los árbitros que tienen que resolver una controversia bajo derecho peruano.

En el Perú la doctrina reconoce que el Tribunal Constitucional tiene la calidad de intérprete supremo de la constitución.³⁵ Asimismo, conforme a la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley 28301):

«Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad».

34 Artículo VIII [Código Civil].- Obligación de suplir los defectos o deficiencias de la ley

Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

35 Ernesto Blume Fortini, «El Control de la Constitucionalidad en el Perú», en *Derecho Procesal Constitucional*, coord. por Susana Ynes Castañeda Otsu, Tomo I (Lima: Jurista Editores, 2004), 260.

Esta disposición que obliga a quienes ejercen jurisdicción a aplicar las normas conforme a los criterios del Tribunal alcanza a los árbitros en la medida que conforme al artículo 139 de la propia Constitución los árbitros ejercen jurisdicción y la deben ejercer dentro de los límites de la propia Constitución.³⁶

El Tribunal Constitucional, en la STC 0004-2006-PI/TC, estableció, en su fundamento 10, que:

«Es necesario precisar que conforme al artículo 139 inciso 1, de la Constitución, el principio de unidad de la función jurisdiccional implica que el Estado peruano, en conjunto, posee un sistema jurisdiccional unitario, en el que sus órganos tienen idénticas garantías, así como reglas básicas de organización y funcionamiento. De ello no se deduce que el Poder Judicial sea el único encargado de la función jurisdiccional (pues tal función se le ha encargado también al Tribunal Constitucional, al Jurado Nacional de Elecciones, a la jurisdicción especializada en lo militar y, por extensión, al arbitraje), sino que no exista ningún órgano jurisdiccional que no posea las garantías propias de todo órgano jurisdiccional. Como se ha mencionado, la función jurisdiccional del Estado es una sola y debe ser ejercida con todas las garantías procesales establecidas por la Constitución».

Como consecuencia de lo anterior, un tribunal arbitral que ejerce jurisdicción en virtud de la ley peruana, se encuentra vinculado a la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional respecto de las normas constitucionales a ser aplicadas para resolver una controversia.

Una pregunta que se ha efectuado en algunos arbitrajes internacionales es si se puede aplicar el

derecho-garantía a la protección de las comunicaciones entre clientes y abogados a las comunicaciones entre los abogados internos, o de empresa (*in-house counsel*) y su empleador.

Esta pregunta no ha tenido una respuesta uniforme; no obstante, parece útil considerar lo dispuesto en los artículos 1 y 31 del Código de Ética de los Abogados del Perú. El artículo 1 señala:

«Las disposiciones contenidas en este Código, son obligatorias para los abogados inscritos en los Colegios de Abogados de la República, miembros de la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, cualesquiera, sea el ámbito o función que desempeñen. Todos los abogados sin distinción alguna deben observar el presente Código, sea que el acto violatorio de las normas éticas se haya cometido en el ejercicio de la profesión, en la actividad pública o privada o cual fuere el cargo que desempeñe, así este provenga de elección popular o por designación. En consecuencia, el ejercicio del patrocinio judicial y/o administrativo, la consultoría o asesoría, la función jurisdiccional o notarial y cualquier otra para la cual se exija el título de abogado, queda comprendido en los alcances del presente Código».

Lo que hace esta disposición es establecer que todos los abogados, sin importar el ámbito o función que desempeñen, deben respetar las normas éticas contenidas en el Código, lo que apuntaría a que los abogados *in house* también están obligados a guardar el secreto profesional. Esto, no obstante, no modifica los supuestos hipotéticos de aplicación de las demás disposiciones del Código de Ética que apuntarían en sentido diverso.

Las normas sobre secreto profesional contenidas en el Código se encuentran en la Sección Cuarta

36 Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral.

del mismo que regula «Deberes con el Cliente». En el Capítulo III de la citada Sección, se define el alcance y la finalidad del secreto profesional en los términos siguientes:

«Artículo 30º. – Alcance

El secreto profesional es el deber de reserva que tiene el abogado para proteger y mantener en la más estricta confidencialidad los hechos e información referidos **a un cliente o potencial cliente** que conoce con ocasión de la relación profesional.

Artículo 31º. – Finalidad

El secreto profesional garantiza la relación de confianza que debe existir entre un abogado y su cliente para proporcionar un servicio legal óptimo. El abogado solo utilizará la información confidencial en interés de su Cliente. En caso de que el abogado cause daños económicos al cliente por revelar información confidencial, debe reparar dichos daños». [El resaltado es nuestro]

El Código tiene un Glosario de Términos en el que se define a clientes y clientes potenciales de la siguiente forma:

- **Cliente:** Persona, natural o jurídica, o patrimonio autónomo, cuyo interés patrocina el Abogado, independientemente de que aquél sea quien pague o asuma sus honorarios y gastos. Incluye también al concebido y a las organizaciones no inscritas.
- **Cliente potencial:** Persona, natural o jurídica, o patrimonio autónomo que consulta al Abogado con el objeto serio de establecer una relación profesional. Incluye también al concebido y a las organizaciones no inscritas.

A su vez, el artículo 34 del Código dispone lo siguiente: «Cuando el abogado presta servicios pro-

fesionales en forma asociada, el secreto profesional alcanza a todos los Abogados que la integran o trabajan en la misma».

Estas disposiciones claramente están referidas a una relación profesional externa de patrocinio entre un abogado o estudio de abogados y sus clientes o potenciales clientes en las que no existe una relación de dependencia, puesto que, en ese caso, la relación de confianza se construye sobre una relación entre empleador y empleado que es diferente a la regulada por el Código de Ética.

El empleado forma parte de la persona jurídica para la que trabaja, por lo que se le deberían aplicar las mismas normas que regulan la reserva de la información aplicables a la persona jurídica para la que trabaja, quién es además propietaria de esa información y no la excepción del secreto profesional. Sobre el particular, en un artículo reciente, Isabel Tello señala:

«No existen criterios diferenciados de protección, según la modalidad de abogado: abogado in house o abogado externo. No obstante, es importante tener en consideración que en el derecho internacional si se estableció una diferenciación en el caso AZKO.

En este caso se señaló que el secreto profesional sólo protegerá la información que se obtenga en una relación abogado/cliente cuando aquel sea un abogado externo, porque solo en ese caso el sujeto es completamente autónomo, independiente y no tiene mayor interés en la relación comercial, lo que no sucede cuando se trata de un abogado interno, porque existe una relación de subordinación. Por consiguiente, el abogado interno siempre tendrá la obligación de decir la verdad y colaborar con la Administración de la Justicia. Así deberá –por ejemplo– facilitar toda la información (correos, cartas, informes, etc.) que se haya

enviado al cliente, incluso si su contenido es contrario a los intereses de este».³⁷

Como se puede apreciar, esta discusión permanece abierta y se tendrá que estar dispuesto a lo que decida el tribunal designado en cada caso. Este debate se reduce cuando se está frente a asesores de entidades estatales, pues, en virtud de lo dispuesto por el artículo 3 la Ley de Transparencia (Ley 27806), es obligación del Estado publicitar todas las actuaciones de sus entidades.³⁸ Esta publicidad, sin embargo, admite algunas excepciones, de las cuales parecen relevantes, para este artículo, dos de ellas:

1. La primera está referida a la información interna de las entidades de la Administración Pública o comunicaciones entre estas que contengan consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno. Una vez tomada la decisión, esta excepción cesa si la entidad de la Administración Pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones.

Lo que se debe destacar es que esta excepción está limitada a decisiones de gobierno (como lo es el ejercicio de una facultad normativa o reglamentaria), lo que no debe ser confundido con las decisiones administrativas (expedidas en el marco de

un procedimiento administrativo), respecto a las cuales se aplica el principio general de publicidad.

2. La segunda está referida a la información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado.

La normativa prevé dos supuestos: (a) uno que otorga una protección similar a la que otorga el *litigation privilege* y se explica en la necesidad de evitar que un pedido de exhibición pueda lesionar el derecho de defensa de quién lo tiene que exhibir, y (b) un segundo (que se ha subrayado para diferenciarlo) que otorga una protección similar a la de un *attorney privilege*. Estos «privilegios» aplican sólo para las opiniones de los asesores jurídicos o abogados, no cesa con la expedición de decisiones que no sean «decisiones de gobierno», por lo cual, en este caso, se debe regresar a la discusión de si esta documentación emitida por abogados internos está protegida por el secreto profesional.

Finalmente, en la última modificación a las Reglas de la IBA, se ha incluido una regla en el artículo 9³⁹ que dispone que el Tribunal puede excluir pruebas obtenidas ilegalmente. La redac-

37 Isabel Tello, «Los Límites del Secreto Profesional en Perú», *Lex Latin*, 07 de agosto del 2019, acceso el 04 de abril del 2021, <https://www.lexlatin.com/portal/opinion/los-limites-del-secreto-profesional-en-peru>.

38 Todas las actividades y disposiciones de las entidades comprendidas en la presente Ley están sometidas al principio de publicidad. Los funcionarios responsables de brindar la información correspondiente al área de su competencia deberán prever una adecuada infraestructura, así como la organización, sistematización y publicación de la información a la que se refiere esta Ley.

En consecuencia:

1. Toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por el Artículo 15 de la presente Ley.
2. El Estado adopta medidas básicas que garanticen y promuevan la transparencia en la actuación de las entidades de la Administración Pública.
3. El Estado tiene la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad. La entidad pública designará al funcionario responsable de entregar la información solicitada.

39 *The Arbitral Tribunal may, at the request of a Party or on its own motion, exclude evidence obtained illegally.*

ción ha sido estructurada para dar flexibilidad al tribunal, considerando que, en algunas jurisdicciones, se puede tomar por legales las pruebas que en otras no lo son. En el Perú, por ejemplo, en el año 2014, se realizó un Pleno Jurisdiccional por las Cortes Superiores de Justicia Penales en el que se aprobó, por mayoría, considerar hasta 8 excepciones, en los cuales una prueba obtenida ilegalmente era considerada admisible.

c) Onerosidad o carga excesiva para la práctica de las pruebas solicitadas.

Esta causal de exclusión está relacionada con la práctica que se conoce como el *fishing expedition* (expedición de pesca) y que tiene relación con la práctica anglosajona del *Discovery*, mediante la cual las partes están obligadas a producir (exhibir) toda la información que pudiera tener relevancia para el caso, lo cual suele terminar en la exhibición de muchísimos documentos, cuya sustancialidad es bastante relativa y sólo podrá ser establecida una vez producida la exhibición. Lo usual es que la exhibición de documentos se haga solo entre las partes y que la parte que recibe el documento exhibido pueda optar por presentarlo o no al tribunal: de ahí que sea vital que no se imponga una carga excesiva a la parte que debe exhibir, de tal suerte que no se le pida producir más de aquello que sea razonable exigir.

Como consecuencia de lo anterior, y para evitar que el obligado tenga que incurrir en una inversión de tiempo y dinero excesivo para satisfacer la carga de presentar los documentos solicitados por su contraparte, se otorga, al tribunal, discreción para rechazar tales pedidos de información cuando no exista una causa real que la justifique.

Los tribunales arbitrales suelen, frente a pedidos que puedan resultar excesivos, limitar su alcance. Así, por ejemplo, si se pide la exhibición de todas las comunicaciones entre A y B, el tribunal puede limitar la exhibición a las comunicaciones entre

A y B a cierto periodo de tiempo y/o establecer que sólo se debe exhibir aquellas que tengan vinculación directa con un tema específico y sean ubicables a partir de algún código o por el asunto consignado en tales comunicaciones, de tal suerte que la búsqueda no sea excesivamente onerosa y el producto sea útil para resolver la controversia.

Ciertamente, también podría tratarse de evitar pruebas que demanden un excesivo costo, como, por ejemplo, la paralización de una maquinaria para inspecciones, cuando el costo de paralización sea excesivamente alto si es que esta prueba no es esencial para resolver la controversia.

d) Pérdida o destrucción del Documento, siempre que se demuestre una razonable probabilidad de que ello haya ocurrido.

Esta causal para excluir un medio probatorio se explica por sí misma. No se puede obligar a nadie a producir lo que no existe, porque se perdió o porque se destruyó. Sin embargo, esto puede conducir a abusos, por eso las Reglas de la IBA prevén que el tribunal puede inferir que la prueba no actuada es contraria a los intereses de esa parte. Si el tribunal determina que una parte no se ha conducido de buena fe en la práctica de la prueba, podrá, adicionalmente a cualquier otra medida que estuviera a su disposición, tomar ese incumplimiento al tiempo de distribuir los costos del arbitraje.

En los arbitrajes iniciados durante la Pandemia del COVID-19, algunas partes, principalmente entidades estatales, han visto limitados sus esfuerzos para producir pruebas que no están registradas en formatos electrónicos y cuyos soportes físicos se encuentran en diversos almacenes, muchas veces, archivados de manera no muy prolija. Los tribunales deberían tener un poco de flexibilidad y empatía frente a estas situaciones. Las taras de la administración pública no tienen por qué tener relación directa con la materia objeto de arbitraje:

estas taras no van a desaparecer por el sólo hecho de estar en el contexto de un arbitraje internacional. Hay que distinguir entre la mala fe, que siempre debe jugar en contra de quién la práctica, de aquellas situaciones que escapan del control de la parte en la oportunidad que debe producir una prueba.

e) Motivos de confidencialidad comercial o técnica que el Tribunal Arbitral considere de peso suficiente

El contexto en que se produce la aplicación de esta excepción es ante la existencia de pedidos de exhibición de información comercial, debiendo el Tribunal establecer la pertinencia de la prueba solicitada.

El derecho a la confidencialidad de la información comercial de las personas está regulado en el inciso 10 del mismo artículo 2 de la Constitución,⁴⁰ en los artículos 45 a 47 del Código de Comercio⁴¹ y en el artículo 260 del Código Procesal Civil⁴². Conforme a dichas normas, la reserva de los documentos de los comerciantes se levanta

(entre otros casos) cuando lo pide una parte en un proceso y el Juez estime pertinente tal levantamiento de reserva para la resolución de la controversia que se le ha planteado.

Con relación a las normas del Código de Comercio peruano citadas, Ulises Montoya Manfredi indica que:

«El derecho del comerciante a que se respete la reserva de sus negocios no es, sin embargo, absoluto. Hay excepciones. Estas en unos casos están basadas en disposiciones de carácter tributario [...] En otros casos la reserva cede en razón de determinadas situaciones en que es imprescindible conocer el estado de los negocios del comerciante. [...] De otro lado, puede decretarse exhibición de los libros y documentos que se contraigan a puntos específicos que son objeto de controversia a petición de quién tenga interés o responsabilidad en el asunto que se ventile (art. 47° del C. de C). El fundamento de esta norma radica en que no obstante pertenecer los libros en propiedad al comerciante, éste está obligado a ex-

40 Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: [...]

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal. Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial.»

41 Artículo 45°.- Reserva de los libros de contabilidad

No se podrá hacer pesquisa de oficio por juez o tribunal ni autoridad alguna, para inquirir si los comerciantes llevan sus libros con arreglo a las disposiciones de este Código, ni hacer investigación o examen general de la contabilidad en las oficinas o escritorios de los comerciantes.

Artículo 46°.-Excepción de la reserva

Tampoco podrá decretarse a instancia de parte la comunicación, entrega o reconocimiento general de los libros, correspondencia y demás documentos de los comerciantes; excepto en los casos de liquidación, sucesión universal o quiebra.

Artículo 47°.- Exhibición de los libros y documentos comerciales

Fuera de los casos prefijados en el artículo anterior, sólo podrá decretarse la exhibición de los libros y documentos de los comerciantes, a instancia de parte o de oficio, cuando la persona a quien pertenezcan tenga interés o responsabilidad en el asunto en que proceda la exhibición. El reconocimiento se hará en el escritorio del comerciante a su presencia o a la de la persona que comisione, y se contraerá exclusivamente a los puntos que tengan relación con la cuestión que se ventile, siendo estos los únicos que podrán compararse.

42 Se discute si el Código Procesal Civil puede ser de aplicación supletoria a la Ley de Arbitraje. Lo cierto es que muchas de las normas sobre actuación de la prueba contenidas en dicho cuerpo normativo reflejan los principios generalmente aceptados en la materia.

*hibirlos a requerimiento del contratante porque contiene asientos que son comunes a ambos».*⁴³

La Dra. Marianella Ledesma, al comentar el artículo 260 del Código Procesal Civil, indica lo siguiente:⁴⁴

*«La norma exige además que el solicitante de la exhibición debe dar “la idea más exacta que sea posible de su interés y contenido”. Esto es, que el ofrecimiento de la exhibición debe contener la específica indicación del documento lo que no se agota con la sola individualización de ellos, sino que exige la pre citación del contenido del documento o el nexo que liga a la cosa con los hechos de la causa, como una forma de permitir al juez una valoración sobre la admisibilidad y relevancia de la prueba, teniendo en cuenta que la exhibición puede ser admitida cuando el juez considere la adquisición de la cosa o el documento como necesaria para el proceso, en atención al principio de la pertinencia y conducencia de la prueba que aparece regulada en el artículo °190 del CPC».*⁴⁵

f) Razones de especial sensibilidad política o institucional (incluyendo pruebas que hayan sido clasificadas como secretas por parte de un gobierno o de una institución internacional pública) que el tribunal arbitral considere de peso suficiente

En el caso de las entidades estatales peruanas, les resulta de aplicación lo dispuesto en los artículos 15 y 16 del Texto único Ordenado de la Ley de Transparencia (Ley 27806) aprobado por Decreto Supremo 021-2019-JUS (ver Anexo 1):

g) Consideraciones de justicia o igualdad entre las Partes que el Tribunal Arbitral considere de peso suficiente.

Finalmente, el tribunal puede excluir la actuación de un medio probatorio que lesione el derecho de la otra parte a ejercer, adecuadamente, su defensa en el caso. Este es el caso de la prueba extemporánea, la cual ha sido desarrollada en la sección III del presente artículo.

8. Conclusiones

1. En los arbitrajes internacionales, es usual que las reglas para la actuación de la prueba estén determinadas por las reglas de una institución arbitral elegida por las partes para que conduzca el arbitraje, o por las reglas específicas que estas pacten, o las que fije el tribunal arbitral ad-hoc.
2. Es usual que las reglas, para la actuación de la prueba establecidas conforme al numeral anterior, estén contenidas en un instrumento de *soft law*, como lo son las Reglas de la IBA o las Reglas de Praga.
3. Estos instrumentos de *soft law* se han elaborado (y son objeto de constante evolución) en base a los principios de derecho, generalmente aceptados, en materia de arbitraje, razón por la cual, aún en el caso de no haberse pactado su uso, pueden ser tenidos en cuenta por un tribunal arbitral.
4. Sobre la base de la ley peruana, «el tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que sean necesarias». Este principio es concordante con la práctica del arbitraje internacional.

⁴³ Ulises Montoya Manfredi, *Derecho Comercial*, Tomo I (Lima, Editorial Cuzco, 1986), 409-410.

⁴⁴ Marianella Ledesma Narváez, *Comentarios al Código Procesal Civil*, Tomo I (Lima, Gaceta Jurídica, 2015), 699-701.

⁴⁵ Como es de verse lo indicado es compatible con los numerales 3 a 6 del artículo 3 de las Reglas de la IBA previamente citados.

5. En materia probatoria, la remisión a un instrumento de *soft law*, como son las Reglas de la IBA, permiten tener mayor certeza respecto a la oportunidad que se tiene para ofrecer y actuar los medios probatorios, así como las reglas que observará el tribunal para establecer la admisión o posible exclusión de estos.
6. Para resolver las cuestiones probatorias que se planteen al interior del arbitraje, el Tribunal no solo deberá evaluar las reglas del instrumento de *soft law* aplicable, sino las reglas del derecho local que puedan tener influencia sobre la materia a decidir, como lo es, por ejemplo, la existencia de una ley de transparencia que obligue a las entidades estatales a hacer pública la información que tenga en su posesión.
7. El tribunal deberá actuar, en todo momento, con equidad, tratando de conciliar el derecho que tiene cada una de las partes a probar su caso, y el derecho de su contraparte a contradecir la prueba aportada.
8. Al resolver sobre la admisión de una prueba, el tribunal debería considerar preferentemente la influencia que puede tener ese medio probatorio en el fondo de la controversia frente a cualquier otra consideración que pueda conducir a una decisión injusta de la misma. El tribunal debería ser creativo, pudiendo optar por modificar los plazos del calendario procesal u optar por cualquier otra solución que estime conveniente.

Anexo 1

Artículo 15.- Excepciones al ejercicio del derecho

El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto a la información expresamente clasificada como secreta, que se sustente en razones de seguridad nacional, en concordancia con el artículo 163 de la Constitución Política del Perú, que además tenga como base fundamental garantizar la seguridad de las personas y cuya revelación originaría riesgo para la integridad territorial y/o subsistencia del sistema democrático, así como respecto a las actividades de inteligencia y contrainteligencia de la DINI dentro del marco que establece el Estado de Derecho en función de las situaciones expresamente contempladas en esta Ley. En consecuencia, la excepción comprende únicamente los siguientes supuestos:

1. Información clasificada en el ámbito militar, tanto en el frente interno como externo:
 - a) Planes de defensa militar contra posibles agresiones de otros Estados, logísticos, de reserva y movilización y de operaciones especiales, así como oficios y comunicaciones internas que hagan referencia expresa a los mismos.
 - b) Las operaciones y planes de inteligencia y contrainteligencia militar.
 - c) Desarrollos técnicos y/o científicos propios de la defensa nacional.
 - d) Órdenes de operaciones, logísticas y conexas, relacionadas con planes de defensa militar contra posibles agresiones de otros Estados o de fuerzas irregulares militarizadas internas y/o externas, así como de operaciones en apoyo a la Policía Nacional del Perú, planes de movilización y operaciones especiales relativas a ellas.

e) Planes de defensa de bases e instalaciones militares.

f) El material bélico, sus componentes, accesorios, operatividad y/o ubicación cuyas características pondrían en riesgo los planes de defensa militar contra posibles agresiones de otros Estados o de fuerzas irregulares militarizadas internas y/o externas, así como de operación en apoyo a la Policía Nacional del Perú, planes de movilización y operaciones especiales relativas a ellas.

g) Información del Personal Militar que desarrolla actividades de Seguridad Nacional y que pueda poner en riesgo la vida e integridad de las personas involucradas.

2. Información clasificada en el ámbito de inteligencia tanto en el frente externo como interno:

a) Los planes estratégicos y de inteligencia, así como la información que ponga en riesgo sus fuentes.

b) Los informes que, de hacerse públicos, perjudicarían la información de inteligencia.

c) Aquellos informes oficiales de inteligencia que, de hacerse públicos, incidirían negativamente en las excepciones contempladas en el inciso a) del artículo 15 de la presente Ley.

d) Información relacionada con el alistamiento del personal y material.

e) Las actividades y planes estratégicos de inteligencia y contrainteligencia, de los organismos conformantes del Sistema de Inteligencia Nacional (SINA), así como la información que ponga en riesgo sus fuentes.

f) Información del personal civil o militar que desarrolla actividades de Seguridad Nacional y que pueda poner en riesgo la vida e integridad de las personas involucradas.

g) La información de inteligencia que contemple alguno de los supuestos contenidos en el artículo 15 numeral 1.

En los supuestos contenidos en este artículo los responsables de la clasificación son los titulares del sector o pliego respectivo, o los funcionarios designados por éste.

Con posterioridad a los cinco años de la clasificación a la que se refiere el párrafo anterior, cualquier persona puede solicitar la información clasificada como secreta, la cual será entregada si el titular del sector o pliego respectivo considera que su divulgación no pone en riesgo la seguridad de las personas, la integridad territorial y/o subsistencia del sistema democrático. En caso contrario deberá fundamentar expresamente y por escrito las razones para que se postergue la clasificación y el período que considera que debe continuar clasificado. Se aplican las mismas reglas si se requiere una nueva prórroga por un nuevo período. El documento que fundamenta que la información continúa como clasificada se pone en conocimiento del Consejo de Ministros, el cual puede desclasificarlo. Dicho documento también es puesto en conocimiento de la comisión ordinaria a la que se refiere el artículo 36 del Decreto Legislativo N° 1141, Decreto Legislativo de Fortalecimiento y Modernización del Sistema de Inteligencia Nacional - SINA y de la Dirección Nacional de Inteligencia - DINI, dentro de los diez (10) días posteriores a su pronunciamiento. Lo señalado en este párrafo no impide que el Congreso de la República acceda a la información clasificada en cualquier momento de acuerdo con lo señalado en el artículo 18 de la presente Ley.

La Ley del Sistema de Inteligencia Nacional - SINA y de la Dirección Nacional de Inteligencia - DINI señala el plazo de vigencia de la clasificación secreta, respecto de la información que produce el sistema; y el trámite para desclasificar, renovar y/o modificar la misma. La clasificación es

objeto de revisión cada cinco años por el Consejo de Seguridad Nacional.

Artículo 16.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información reservada

El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de la información clasificada como reservada. En consecuencia, la excepción comprende únicamente los siguientes supuestos:

1. La información que por razones de seguridad nacional en el ámbito del orden interno cuya revelación originaría un riesgo a la integridad territorial y/o la subsistencia del sistema democrático. En consecuencia, se considera reservada la información que tiene por finalidad prevenir y reprimir la criminalidad en el país y cuya revelación puede entorpecerla y comprende únicamente:

a) Los planes de operaciones policiales y de inteligencia, así como aquellos destinados a combatir el terrorismo, tráfico ilícito de drogas y organizaciones criminales, así como los oficios, partes y comunicaciones que se refieran expresamente a ellos.

b) Las informaciones que impidan el curso de las investigaciones en su etapa policial dentro de los límites de la ley, incluyendo los sistemas de recompensa, colaboración eficaz y protección de testigos, así como la interceptación de comunicaciones amparadas por la ley.

c) Los planes de seguridad y defensa de instalaciones policiales, establecimientos penitenciarios, locales públicos y los de protección de dignatarios, así como los oficios, partes y comunicaciones que se refieran expresamente a ellos.

d) El movimiento del personal que pudiera poner en riesgo la vida e integridad de las personas involucradas o afectar la seguridad ciudadana.

e) El armamento y material logístico comprometido en operaciones especiales y planes de seguridad y defensa del orden interno.

f) La información contenida en los Reportes de actividades con las sustancias químicas tóxicas y sus precursores listados en la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción; la información contenida en los Reportes sobre las instalaciones de producción de las sustancias químicas orgánicas definidas; la información relacionada con las inspecciones nacionales e inspecciones realizadas por la Secretaría Técnica de la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas; la información concerniente a los procesos productivos en donde intervienen sustancias químicas tóxicas y sus precursores de las Listas 1, 2 y 3 de dicha Convención; y la información concerniente al empleo de las sustancias químicas tóxicas y sus precursores de las Listas 1 y 2 de dicha Convención.

2. Por razones de seguridad nacional y de eficacia de la acción externa del Estado, se considerará información clasificada en el ámbito de las relaciones externas del Estado, toda aquella cuya revelación originaría un riesgo a la seguridad e integridad territorial del Estado y la defensa nacional en el ámbito externo, al curso de las negociaciones internacionales y/o la subsistencia del sistema democrático. Estas excepciones son las siguientes:

a) Elementos de las negociaciones internacionales que de revelarse perjudicarían los procesos negociadores o alterarían los acuerdos adoptados, no serán públicos por lo menos en el curso de estas.

b) Información que al ser divulgada oficialmente por el Ministerio de Relaciones Exteriores pudiera afectar negativamente las relaciones diplomáticas con otros países.

c) La información oficial referida al tratamiento en el frente externo de la información clasificada en el ámbito militar, de acuerdo a lo señalado en el inciso a) del numeral 1 del artículo 15 de la presente Ley.

d) Los contratos de asesoría financiera o legal para realizar operaciones de endeudamiento público o administración de deuda del Gobierno Nacional; que, de revelarse, perjudicarían o alterarían los mercados financieros, no serán públicos por lo menos hasta que se concreten las mismas.

En los casos contenidos en este artículo los responsables de la clasificación son los titulares del sector correspondiente o los funcionarios designados por éste. Una vez que desaparezca la causa que motivó la clasificación, la información reservada es de acceso público.

La Ley del Sistema de Inteligencia Nacional - SINA y de la Dirección Nacional de Inteligencia - DINI señala el plazo de vigencia de la información de inteligencia producida por el sistema y clasificada como reservada, en los supuestos de los numerales 1 literales a, c y d; y 2 literal c, del presente artículo. Asimismo, norma el trámite para desclasificar, renovar y/o modificar la misma. La clasificación es objeto de revisión cada cinco años por el Consejo de Seguridad Nacional.

Bibliografía

Aceris Law International Arbitration Law Firm. «Procedural Timetable and Late Submission of Evidence in ICC Arbitration». Acceso el 17 de marzo de 2021. <https://www.acerislaw.com/procedural-timetable-and-late-submission-of-evidence-in-icc-arbitration/>.

Arrarte Arisnabarreta, Ana María, «La actividad probatoria en el arbitraje y la colaboración judicial en la generación de prueba», *Advoca-*

tus, n.º 26 (2012): 203-219, <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4122>.

Blume Fortini, Ernesto. «El Control de la Constitucionalidad en el Perú». En *Derecho Procesal Constitucional*. Coordinado por Susana Ynes Castañeda Otsu. Tomo I. Lima: Jurista Editores, 2004.

Cámara de Comercio Internacional. «Ronda de Escritos». En *Conducción Eficaz del Arbitraje: Una guía para abogados internos y para otros representantes de las partes*, 33-34. Francia: Imprimerie Port Royal, 2018. <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/05/effective-management-of-arbitration-icc-guide-spanish-version.pdf>.

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. «1. Las Reglas de Praga sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional». Acceso el 04 de abril del 2021. <https://www.arbitrajeccl.com.pe/portfolio/1-las-reglas-de-praga-sobre-la-tramitacion-eficiente-de-los-procedimientos-en-el-arbitraje-internacional>.

Castillo Freyre, Mario, Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata, Jhoel Chipana Catalán. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Tomo II. Biblioteca de Arbitraje Estudio Mario Castillo Freyre Abogados. Lima: Thomson Reuters, 2014.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias. «Reglas de Arbitraje del Convenio del CIA-DI». Acceso el 04 de abril de 2021. <https://icsid.worldbank.org/es/recursos/reglamento/convenio/reglas-de-arbitraje-del-convenio>.

Del Toro Huerta, Mauricio Iván. «El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional». *Anuario Mexicano de Dere-*

cho Internacional 6 (2006): 513-549. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/viewFile/160/256>.

International Bar Association. «Las Reglas». En *Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional*, 4-23. Londres: International Bar Association, 2010. <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=3599492E-8BC6-4E3D-A205-B86B69A42593>.

Ledesma Narváez, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*, Tomo I. Lima, Gaceta Jurídica, 2015.

Montoya Manfredi, Ulises. *Derecho Comercial*. Tomo I. Lima, Editorial Cuzco, 1986.

Pietrowski, Robert. «Evidence in International Arbitration». *Arbitration International* 22, n.º 3 (2006): 373-410. <https://doi.org/10.1093/arbitration/22.3.373>

United Nations Commission on International Trade Law. *UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Procedures*. New York: United Nations Office at Vienna, 2016. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-notes-2016-e.pdf>.

Welser, Irene y Samuel Mimmagh, «Production of Physical Evidence in International Arbitration – A No Go?». En *Austrian Yearbook on International Arbitration 2020*. Editado por Christian Klausegger, Peter Klein, Florian Kreamslehner, Alexander Petsche, Nikolaus Pitkowitz, Irene Welser y Gerold Zeiler, 115-135. Vienna: Stämpfli Verlag, 2020. https://www.cerhahempel.com/fileadmin/docs/publications/Welser/Welser.Mimmagh_Production_of_Physical_Evidence_A_No_Go_AYIA_2020.pdf.

Tello, Isabel. «Los Límites del Secreto Profesional en Perú». *Lex Latin*, 07 de agosto del 2019. Acceso el 04 de abril del 2021. <https://www.lexlatin.com/portal/opinion/los-limites-del-secreto-profesional-en-peru>.

Zolezzi Ibarcena, Lorenzo. «Art. 43 – Pruebas». En *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Coordinado por Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard Gonzáles, 511-522. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011.

¿Es necesario un nuevo modelo económico? Una respuesta desde la Economía Social de Mercado y el principio de subsidiariedad.

Is a new economic model necessary? An answer from the Social Market Economy and the principle of subsidiarity

Eduardo Rezkalah Accinelli¹

Resumen. El presente artículo pretende demostrar, partiendo del estudio del neoliberalismo, que el modelo económico de economía social de mercado contenido en la Constitución Política del Perú debe ser interpretado desde su esencia y principios fundamentales; por lo que, la necesidad de un cambio de modelo económico es innecesaria. Por ello, se plantea la necesidad de retomar sus fundamentos iniciales, así como interpretarlo desde el principio de subsidiariedad para establecer las adaptaciones necesarias al entorno social y económico actual, de manera que otras ramas del derecho como el mercantil y el de competencia puedan adaptarse desde la esencia del modelo.

Abstract. *This article aims to demonstrate, starting from the study of neoliberalism, that the economic model of the social market economy contained in the Political Constitution of Peru must be interpreted from its essence and fundamental principles, therefore, the need for a change in the economic model it is unnecessary. Therefore, the need arises to return to its initial foundations, as well as to interpret it from the principle of subsidiarity to establish the necessary adaptations to the current social and economic environment, so that other areas of law such as both, commercial and competition law, can adapt from the essence of the model.*

Palabras clave. Neoliberalismo, Ordoliberalismo, Economía Social de Mercado, Modelo Económico, Régimen Económico, Competencia, Principio de Subsidiariedad

Keywords. *Neoliberalism, Ordoliberalism, Social Economy Market, Economic Model, Economic System, Competence, Subsidiarity Principle*

Sumario: 1. Introducción. 2. Aclarando el oscuro neoliberalismo. 2.1. La Escuela de Friburgo y el neoliberalismo alemán: El ordoliberalismo. 2.2. La escuela de Chicago y el neoliberalismo anglosajón: El Neoliberalismo. 3. ¿Régimen Económico o modelo económico?. 3.1. Modelo económico. 3.1.1. El modelo económico y su tratamiento desde el Tribunal Constitucional. 3.2. Régimen Económico. 3.2.1. La Constitución Económica: la propuesta ordoliberal y su incorporación en el Perú. 4. El modelo económico ordoliberal. 4.1. La ESM como modelo económico. 4.1.1. La ESM como modelo económico en el Perú. 5. La Constitución Política del Perú: El Régimen Económico y la ESM. 5.1. El principio de subsidiariedad y la ESM. 6. La ESM y el Derecho de la Competencia. 6.1. El Régimen Económico como fundamento de la competencia económica. 6.1.1. La visión integrada del Derecho de la Competencia. 6.1.2. Los límites constitucionales a la legislación en materia de competencia. 6.1.2.1. La competencia y las ayudas económicas. 6.2. El riesgo del poder económico. 7. Conclusiones.

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestro en Regulación por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Teléfono: +51 945866962

1. Introducción

Las críticas al modelo económico han encendido la pradera desde hace algún tiempo en algunos países de América Latina. En el 2019, Chile empezaba una ola de protestas sociales por el agotamiento de un modelo económico neoliberal, y ha llegado a elecciones para una reforma de su Constitución. En el Perú, si bien ello no ha ocurrido, al menos no como en Chile, el modelo económico también empezó a sufrir por el contagio del país vecino. Sin embargo, el cuestionamiento al modelo económico peruano empezó a sentirse con más fuerza desde que empezó la pandemia de Covid-19.

Al observar esta situación la pregunta inevitable es qué estamos cuestionando, ¿el modelo económico, el régimen económico, la Constitución Política vigente? ¿O nos hemos dejado llevar por alguna corriente ideológica y cuestionamos un modelo económico considerado supuestamente como neoliberal? Considero que la crisis de la pandemia ha despojado las vestiduras de un modelo, sí, pero de uno que quizás no conocemos y que, como abogados hemos olvidado: el modelo de economía social de mercado.

Por ello, el presente artículo pretende demostrar, primero, desde un muy breve repaso de la filosofía política, que el neoliberalismo no es necesariamente solo lo que creemos que es, sino, más bien, que hubo dos neoliberalismos (o nuevos liberalismos) que nacieron como producto del liberalismo clásico. En segundo lugar, trataremos de distinguir la diferencia entre un modelo económico y un Régimen Económico para descubrir que, a pesar de no ser lo mismo, en el terreno constitucional ambos se amalgaman entre sí y se sostienen el uno al otro. Una vez aclaradas las diferencias, en tercer lugar, pretendemos profundi-

zar en el modelo económico que contiene nuestra Constitución. Para ello partiré de su origen ordoliberal y profundizaré en su esencia, así como en su incorporación en el Perú. En cuarto lugar, nos ubicaremos en el tratamiento que el Régimen Económico vigente le otorga a la economía social de mercado y cómo esta se apoya en el principio de subsidiariedad. Finalmente, veremos la importancia de la competencia en el modelo de ESM y el rol que el Derecho Mercantil, así como el Derecho de la Competencia pueden asumir hacia el futuro.

2. Aclarando el oscuro neoliberalismo

De acuerdo con Santiago Castro-Gómez, fue Michel Foucault, quien estudiaría el nacimiento del neoliberalismo como una nueva forma de *gubernamentalidad*, en la que no era tan relevante el protagonismo estatal en materia económica, sino que sería dicha *gubernamentalidad* - el arte de gobernar - lo que habría cambiado la forma en la que el Estado participaría como actor en la vida de la sociedad².

Al respecto, el mencionado autor señala que ante el fracaso del liberalismo clásico de corte *manchesteriano*, se buscó un nuevo liberalismo que pudiera reconstruir una sociedad basada en el mercado. En otras palabras, ya no sería el Estado el encargado de marcar las pautas de construcción y desarrollo de la sociedad, sino que sería el intercambio económico (el mercado) quien generaría el nacimiento de una nueva sociedad. Sin embargo, para ello, el Estado debía adecuar su tamaño y funciones a la dinámica económica basada en las fuerzas del mercado.

Al respecto, Foucault desarrolla la idea de que el nuevo liberalismo nacería en Alemania como una

2 Santiago Castro-Gómez. *Historia de la gubernamentalidad I. Razón de Estado, liberalismo y neoliberalismo en Michael Foucault*. Capítulo III. (Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Segunda Edición, 2015).

reacción al totalitarismo nazi y al consecuente fracaso del Estado omnipotente³.

De acuerdo con Manfred Steger y Ravi Roy, la posición más vigente y dominante es la del neoliberalismo inspirado en las propuestas elaboradas a partir del Consenso de Washington y que fueron implementadas en varios países de América Latina, entre 1980 y 1990⁴. También llamada contrarrevolución neoclásica, el neoliberalismo se presenta como una teoría económica del desarrollo que se fundaba en el supuesto de que el libre mercado podía propiciar una asignación eficaz de recursos económicos mediante la creación de señales de precios eficientes, lo que llevó a que se le denominara “fundamentalismo de mercado”⁵.

Como ideología, siguiendo a Steger y Roy, se puede considerar al neoliberalismo como marcadamente economicista, hasta cierto punto próximo en ello al marxismo, puesto que sitúa a la producción y el intercambio de bienes materiales en lugar primordial de la experiencia colectiva⁶. Asimismo, los autores señalan que, como forma de gobierno, el neoliberalismo se basa en la gestión empresarial, la competitividad, el interés y la descentralización, busca la disminución del poder estatal en pequeñas unidades de gobierno y fortalece el poder individual⁷.

En este punto es necesario aclarar que el neoliberalismo nace después de la Segunda Guerra Mundial, pero se dividirá en dos escuelas que marcarían diferencias que las separarían de su origen liberal. Por un lado, el neoliberalismo alemán de

la Escuela de Friburgo y, por otro, el neoliberalismo anglosajón de la Escuela de Chicago. Veremos que, finalmente, el neoliberalismo hará referencia al neoliberalismo anglosajón.

En ese sentido, el nuevo liberalismo de la Escuela de Friburgo comparte con el liberalismo clásico uno de sus fundamentos principales: la competencia. Sin embargo, el aporte de la Escuela de Friburgo marcaría una diferencia con el *laissez faire* que postulaba el liberalismo clásico en relación con la competencia mercantil: el poder de mercado.

2.1 La Escuela de Friburgo y el neoliberalismo alemán: El ordoliberalismo

Walter Eucken fue quien resaltó la importancia de mantener una competencia libre y a su vez constante, en un entorno donde se evitará siempre el poder de mercado que podría afectar al proceso competitivo que postulaba el ordoliberalismo. Eucken creía en la libre formación de precios de acuerdo con la información que tuviera cada empresario, así como en el riesgo que este asumía al entrar en la dinámica de la economía de mercado. Sin embargo, consideraba que el proceso de formación de precios libres se vería afectado por la acumulación de poder económico. En ese sentido, pensaba que el trabajo de los abogados y de los economistas era primordial para mantener una economía de mercado basada en la libre competencia y que evitara la acumulación de poder⁸.

3 Michel Foucault, *El Nacimiento de la Biopolítica*. Clase del 7 de febrero de 1979. (Madrid: Ediciones Akal, 2009).

4 Manfred Steger y Ravi Roy. *Neoliberalismo. Una breve Introducción*. (Madrid: Alianza Editorial, 2015), 42.

5 Michael Trebilcock y Mariana Mota. *Derecho y Desarrollo. Guía Fundamental para entender por qué el desarrollo social y económico depende de instituciones de calidad*. (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2017), 40-41

6 Steger y Roy, *Neoliberalismo...*, 31.

7 Steger y Roy, *Neoliberalismo...*, 31.

8 Walter Eucken, “The Ordo Manifesto of 1936”, en *Economic Ordering as a Problem of Economic Policy and a Problem of the Economic Constitution. The Birth of Austerity. German Ordoliberalism and Contemporary Neoliberalism*. (United States of America: Rowman & Littlefield, 2017) 27-39.

Para ello, era necesario dejar que el mercado despliegue sus fuerzas, pero ya no de manera natural, sino dentro de un orden que se moldearía de acuerdo con el juego de la formación libre de precios y en el que ninguno de los participantes tuviera la oportunidad de abusar de su posición en el mismo, por lo que sería necesario establecer reglas de juego que mantuvieran una competencia mercantil tanto entre ofertantes como demandantes. De ahí que el Estado era el encargado de establecer dichas reglas e intervenir si el orden era alterado por alguno de los actores.

Al respecto, Chavance afirma que el ordoliberalismo se distingue por la importancia que este le da al Estado en tanto guardián del orden del mercado. En esa línea, señala que Eucken insiste en el establecimiento deliberado de reglas constitucionales por parte del Estado como requisito esencial para la existencia y mantenimiento de un orden liberal competitivo (...). La competencia no puede desarrollarse ni mantenerse espontáneamente si el Estado se limita a garantizar los derechos de propiedad, pues su no intervención dejaría actuar a las fuerzas y se formarían claras tendencias y grupos de interés. El rol del Estado consiste en asegurar el establecimiento y el mantenimiento de la competencia⁹.

Por su parte, Böhmler, a diferencia de Foucault, sin hacer referencia al totalitarismo nazi, sino a las ideas socialistas de planificación estatal y la consecuente afectación de las libertades individuales, señala que los intelectuales alemanes de la Escuela de Friburgo ya habían descartado las alternativas colectivistas, así como las liberales del *laissez faire*, toda vez que reconocían que ambas resultaban perjudiciales en tanto su aplicación pura termina-

ba en la formación de una sociedad deshumanizada¹⁰.

Por lo tanto, el nuevo liberalismo, conocido como neoliberalismo alemán, o neoliberalismo de la Escuela de Friburgo (ordoliberalismo), es concebido como una forma de organización política que tendría como fundamento la economía de mercado, pero con importantes ajustes (órdenes) que la convertirán en una nueva forma de organización social y cultural.

2.2 La escuela de Chicago y el neoliberalismo anglosajón: El Neoliberalismo

Como se señaló anteriormente, el neoliberalismo, en su versión más vigente y reconocida, tiene al Consenso de Washington como su principal carta de presentación. Sin embargo, su origen intelectual data de 1947 con la fundación de la Sociedad Mont Pelerin por parte de Friederich von Hayek, uno de los principales representantes de la Escuela Austríaca de Economía. A diferencia de los ordoliberales, el nuevo liberalismo de esta escuela sí trataría de resucitar las ideas del liberalismo clásico con el objetivo de frenar las ideas keynesianas¹¹.

En consonancia con lo anterior, el nuevo liberalismo de Hayek y los “austríacos” encontraría buena recepción en los gobiernos que debían enfrentar la crisis del Estado de Bienestar generada por las políticas económicas keynesianas de pleno empleo y servicios asistenciales. Margaret Thatcher y Ronald Reagan fueron sus principales defensores y aplicaron las medidas de lo que se conocería como neoliberalismo americano o neoliberalismo anglosajón y es esta la noción comúnmente acep-

9 Bernard Chavance, “La Escuela Austríaca y el Ordoliberalismo”, en *La economía institucional*. Capítulo 2. (Fondo de Cultura Económica. México, 2018) 61-78.

10 Andreas Böhmler, introducción a *El Ideal Cultural del Liberalismo. La Filosofía Política del Ordo-Liberalismo*. (Madrid: Unión Editorial, 1998) 15-27.

11 Steger y Roy, *Neoliberalismo...*, 36.

tada por la mayoría de autores que estudian al neoliberalismo.

En ese contexto, el neoliberalismo tomaría forma a través del paquete de medidas económicas que, en la década de 1980, recomendaría el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial a los países en desarrollo. Se le atribuye a John Williamson la creación de las medidas establecidas y la denominación de “Consenso de Washington”. En los noventa, este paquete se convertiría en el marco adecuado para el desarrollo económico a nivel mundial¹².

3. ¿Régimen Económico o modelo económico?

La crisis sanitaria, social y económica generada por el Covid-19, tanto en el Perú como en muchos otros países en vías de desarrollo, ha sido el detonante de los cuestionamientos más ásperos sobre lo que, desde las distintas posturas políticas e ideológicas, se denomina modelo económico. En ese sentido, en el imaginario colectivo, usualmente, los modelos económicos están ubicados en las polaridades del espectro político: por un lado, el socialismo (o comunismo, en su versión más extrema) y, por el otro, el neoliberalismo, al que se le considera como el modelo vigente.

Si bien esta es una discusión actual no solamente a nivel nacional, sino también latinoamericano, el peligro de no contar con un asidero firme, que permita un intercambio de ideas objetivo, puede llevar a decisiones radicales a nivel constitucional, político, económico y social. Asimismo, toda discusión política en una democracia termina, de una u otra manera, de acuerdo con el resultado de

la posición que termine ganando - o consensuando, en el mejor de los casos - tomando cuerpo a través del ejercicio legislativo y gubernamental. Por lo tanto, resulta necesario hacer algunas precisiones sobre qué se considera modelo económico y qué se considera Régimen Económico.

3.1 Modelo económico

En palabras sencillas, se entiende por modelo económico la ruta por la cual se desarrollan las actividades económicas en un país, la misma que busca un impacto positivo en el desarrollo de una sociedad. De ahí que podamos afirmar que un modelo económico puede diferenciarse de otro por el grado o intensidad de intervención del Estado en las actividades económicas. Tendremos un modelo intervencionista-estatal (planificador), por ejemplo, si el Estado realiza directamente actividades empresariales, mediante la regulación de precios o la prestación directa de determinados servicios, o un modelo económico de libre mercado si el Estado delega la prestación de servicios públicos y sociales al mercado y no interviene en actividades empresariales, dejando, además, que los precios se regulen por la oferta y la demanda de bienes y servicios.

Sin embargo, un modelo económico, desde la teoría económica, hace referencia a la abstracción teórica de las conductas humanas, distribución y clasificación de bienes que permitirían la satisfacción de necesidades. En otras palabras, es una versión simplificada de la dinámica económica real¹³. Es último quiere decir que podemos encontrar distintos modelos económicos que propongan, a su vez, distintas formas de alcanzar el desarrollo económico y social.

¹² Steger y Roy, *Neoliberalismo...*, 42.

¹³ Marcelo Resico, *Introducción a la Economía Social de Mercado. Edición Latinoamericana*. Konrad Adenauer Stiftung. Acceso el 13 de mayo de 2021. http://190.57.147.202:90/jspui/bitstream/123456789/493/1/Introducci%C3%B3n%20a%20la%20Econom%C3%ADa%20Social%20de%20Mercado%20%28Pdf%29%20v_2.pdf

Al respecto, hay que tener en cuenta que un modelo económico está intrínsecamente ligado a la idea de desarrollo; por lo que, cuando hagamos referencia a un modelo económico no nos quedaremos solamente con lo que afirma la teoría económica, sino que lo analizaremos desde una doble perspectiva integradora, teniendo en cuenta la visión económica y la visión de desarrollo. Ello nos permitirá entender el impacto de un modelo económico en una sociedad desde los derechos que son protegidos y limitados a nivel constitucional.

Por ello, un modelo económico debe ser materia de discusión y tratamiento desde el Derecho, en la medida que un modelo puede adoptar medidas que impacten de diversas maneras en los sectores que se consideran esenciales para llevar a un país hacia el desarrollo económico y social. En ese sentido, será importante tener en cuenta el Régimen Económico y su interpretación para que el modelo funcione de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política vigente.

3.1.1 El modelo económico y su tratamiento desde el Tribunal Constitucional

El máximo intérprete de la Constitución se ha pronunciado con relación al modelo económico en algunas ocasiones. A manera de muestra, hemos tomado algunos casos, de acuerdo con la publicación de César Landa¹⁴, en la que el Tribunal Constitucional (en adelante, el TC) ha hecho referencia al modelo económico establecido en nuestra Constitución.

Al respecto, en la STC N° 0008-2003-AI, Fj 26d), la interpretación del Tribunal Constitucional hace referencia al modelo económico de economía social de mercado (en adelante, ESM) al establecer que la libertad de empresa tiene un

marco de autodeterminación que se fundamenta en dicho modelo, y simultáneamente le impondrá límites a su accionar. Adicionalmente, señala que, la libertad de empresa deberá respetar los diversos derechos de carácter socio económico que la Constitución reconoce¹⁵.

Sin embargo, también se puede apreciar una interpretación de la ESM como Régimen Económico cuando se establece en el Expediente N° 3116-2009-PA/TC, FFJJ 7-8 que, en una ESM, el derecho a la libertad de empresa, junto con los derechos a la libre iniciativa privada, a la libertad de comercio, a la libertad de industria y la libre competencia, son considerados como base del desarrollo económico y social del país. Asimismo, como garantía de una sociedad democrática y pluralista. (...) El poder público no sólo debe respetar, sino que, además, debe orientar y promover, conforme lo señalan los artículos 58° y 59° de la Constitución.

Igualmente, el TC ha establecido que un aspecto fundamental de la ESM y una consecuencia principal de la libertad de acceso al mercado es la existencia de la libre competencia, sin la cual quedaría vacío de contenido el derecho a la libertad de empresa¹⁶. Por lo tanto, la ESM ha sido interpretada por el TC tanto como modelo, así como Régimen Económico.

3.2 Régimen Económico

La incorporación de un Título referido al Régimen Económico debería llevarnos al cuestionamiento acerca de su necesidad expresa en el cuerpo constitucional peruano. La respuesta podemos encontrarla en la inevitable relación entre la política y la economía, y cómo estas fuerzas, desde sus posiciones argumentativas, han ido integrán-

14 César Landa Arroyo. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. (Lima: Palestra Editores, 2019) 487-491.

15 Landa, *Los derechos...*, 487.

16 Landa, *Los derechos...*, 488-89.

dose, especialmente, desde los años cincuenta del siglo pasado. Si bien la necesidad de establecer un Régimen Económico en la Constitución es relativamente reciente, resulta importante entender el origen de la misma.

3.2.1 La Constitución Económica: la propuesta ordoliberal y su incorporación en el Perú

A finales del siglo XIX, la economía capitalista basada en el liberalismo *laissez faire* originó una serie de reclamos sociales – sobre derechos laborales y seguridad social – hacia un Estado que tenía un rol exclusivamente observador y vigilante de las libertades individuales. Sin embargo, una crisis económica como la del Crac de 1929 en Estados Unidos y el aumento de la pobreza en Europa después de la Primera Guerra Mundial, obligaron a los Estados a tomar medidas económicas que pasaron de un modelo de libre mercado hacia un modelo proteccionista para cuidar las economías nacionales.

En el caso de Estados Unidos, se implementaría el *New Deal* bajo el mandato presidencial del presidente F. D. Roosevelt. En la Alemania de los años treinta del siglo XX, el crecimiento económico se convirtió en una cuestión de vital importancia para los intereses nacionalistas preponderantes y lograr la expansión del denominado “espacio vital”, bajo el Tercer Reich. Por su parte, a inicios de la década del siglo XX ya había ocurrido algo semejante en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas a través de un modelo económico distinto a los anteriores, el socialista de planificación central, liderado por Iósif Stalin. Por lo tanto, la economía política se había convertido en el nuevo

arte de gobernar para recuperar la primacía del poder estatal a nivel nacional e internacional.

Ante la crisis económica y social generada posteriormente por los estragos de la segunda guerra mundial, quedaban dos modelos de crecimiento y desarrollo posibles pero excluyentes: el capitalismo o el socialismo. Sin embargo, en Alemania, la Escuela de Friburgo, descartaría a ambos y formularía un modelo alternativo, pero sin dejar de lado la importancia de la economía política en la formación de un nuevo Estado.

En este contexto, aparece la propuesta de Franz Böhm sobre la necesidad de una “Constitución Económica”, que sería un conjunto de normas jurídicas que se debería tener en cuenta para el comportamiento económico en una sociedad.

Al respecto, cabe señalar que Franz Böhm denomina “Constitución Económica” *those norms whose purpose it is to influence the economic behavior of individuals and groups, and, above all (upon evolution of an economic division of labour) to order, or to regulate, the mutual economic activities of individuals and subsequent relationships to corporate entities with one another*. Asimismo, afirma que una “Constitución Económica” no garantiza *per se* el desarrollo de una sociedad, por lo que, será suficiente que las disposiciones de la misma regulen el comportamiento económico¹⁷.

Para el caso del Perú, una revisión de las constituciones que han regido el orden económico y social puede permitirnos encontrar referencias al rol del Estado en materia económica, pero no de manera conjunta como lo establecería una Constitución Económica. Por ejemplo, la Constitución de 1933, en su artículo 38° declaraba la posibilidad de nacionalizar actividades económicas de

17 Franz Böhm, “Economic Ordering as a Problem of Economic Policy and a Problem of the Economic Constitution”, en *The Birth of Austerity. German Ordoliberalism and Contemporary Neoliberalism*. (United States of America: Rowman & Littlefield, 2017) 115-120.

servicios públicos mediante una ley. Asimismo, la Constitución de 1920 hacía referencia al control de precios en su artículo 57^o18.

La aparición constitucional de un conjunto de normas referidas al comportamiento económico del país, bajo el denominado Régimen Económico es relativamente reciente en el Perú; se establece por primera vez en la Constitución Política del Perú en 1979; y, en la vigente, de 1993. Sin embargo, como afirmara Böhm ello no garantiza el desarrollo de un país.

Al respecto, en el Perú, después de la crisis económica de los años ochenta, bajo la vigencia de la Constitución Política de 1979, surgió la necesidad de establecer un nuevo marco ordenador del comportamiento económico tanto para el Estado, como para el sector privado que, a diferencia del anterior, incorpora el denominado Rol Subsidiario del Estado pero manteniendo el modelo de ESM.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado podemos afirmar que el Régimen Económico es el marco constitucional que establece los principios sobre los que se desenvuelve la economía y la sociedad de un país. De ahí que resulta importante la comprensión e interpretación adecuada del Régimen Económico como marco constitucional de desarrollo de actividades económicas (Constitución Económica) que contiene un modelo económico.

4. El modelo económico ordoliberal

Como ya hemos señalado anteriormente, el final de la Segunda Guerra Mundial dejó a Europa, en especial a Alemania, en una crisis económica y social que necesitaba soluciones inmediatas para la

reconstrucción. Böhmeler señala que los alemanes de la Escuela de Friburgo ya habían descartado las alternativas liberales clásicas y colectivistas, toda vez que reconocían que ambas resultaban perjudiciales en tanto su aplicación pura terminaba en la formación de una sociedad deshumanizada¹⁹. Cabe señalar que Alemania no podía deshacerse del modelo de Estado de Bienestar instaurado por Bismarck a finales del siglo XIX; sin embargo, no se animaría a retomar las bases de un liberalismo tradicional ni tampoco las del socialismo. La solución se encontraba en una vía alternativa que promoviera un modelo económico de desarrollo y bienestar que implicara la cooperación entre los privados y el Estado manteniendo la libre iniciativa privada por un lado y el apoyo estatal por el otro.

En ese contexto, la Escuela de Friburgo desarrolla una nueva corriente o paradigma liberal como filosofía orientadora, tanto en lo político como en lo económico denominado “neoliberalismo alemán”, la cual adopta el nombre de Ordoliberalismo; un liberalismo basado en órdenes. De esta manera, la ESM aparecería como el modelo económico neoliberal puesto en práctica en Alemania después de la segunda guerra mundial, pero de bases distintas a lo que usualmente se conoce como neoliberalismo.

El ordoliberalismo será entonces el fundamento ideológico y cultural de lo que en la práctica se denominará ESM, lo que estará basado en la competencia como su principal componente, conjuntamente con el establecimiento del principio de libertad individual como fundamento del orden económico. Cabe recalcar, además, que el ordoliberalismo pretende humanizar la dinámica económica a través del rol que deberá cumplir el Estado reconociendo la competencia como base

18 Fondo Editorial del Congreso del Perú, *Nuestras Constituciones. Papeles básicos para una historia institucional del Perú*. (Lima: 2009) 151-52.

19 Böhmeler, *El ideal...*, 114.

del comportamiento económico, pero interviniendo en ella para que el poder económico no desborde en abusos. La intervención estatal se manifestará a través del diseño de una arquitectura jurídica (Constitución Económica) que establezca fundamentos para el ejercicio de las actividades económicas, así como para guiar su cauce hacia el bienestar general de la sociedad.

4.1 La ESM como modelo económico

De acuerdo con Resico, la ESM se basa en la organización de los mercados como mejor sistema de asignación de recursos y trata de corregir y proveer las condiciones institucionales, éticas y sociales para su operatoria eficiente y equitativa. En casos específicos, requiere compensar o corregir posibles excesos o desbalances que puede presentar el sistema económico moderno basado en mercados libres, caracterizado por una minuciosa y extensa división del trabajo y que, en determinados sectores y bajo ciertas circunstancias, puede alejarse de una competencia funcional. Descarta como sistema de organización la economía planificada centralmente²⁰.

Asimismo, se caracteriza por su flexibilidad de adaptación a cualquier entorno. En ese sentido, Wünsche afirma que es necesario tener en cuenta los factores psico-sociológicos y registrar las peculiaridades de cada sociedad, así como las mentalidades en ellas dominantes²¹.

Al respecto, podemos preguntarnos, ¿El Régimen Económico considera la iniciativa privada – y sus consecuentes interacciones económicas – a partir de una visión homogénea de sociedad o desde una visión más heterogénea y profunda?

4.1.1 La ESM como modelo económico en el Perú

Si bien de acuerdo con el artículo 1° de la Constitución vigente, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, la respuesta a la pregunta formulada líneas arriba debe partir de la consideración jurídica de persona, pero no solamente desde su existencia como ser humano autosuficiente para su desarrollo sino como persona que se desarrolla en relación con otros en una sociedad. Sociedad y persona no pueden ser categorías separadas en la interpretación del artículo mencionado, pero tampoco deben confundirse.

En ese sentido, resulta importante tener en cuenta cuáles son los entornos sociales en los que se desenvuelven las personas a través del ejercicio de la iniciativa privada en el Perú, así como las particularidades que puede tener cada uno. Ello implica conocer la realidad de cada grupo o sociedad que conforma toda la sociedad peruana, de manera que se incorpore la economía de mercado como marco para el desarrollo y bienestar de la sociedad.

Un ejemplo de lo señalado anteriormente, podemos encontrarlo en un estudio realizado por César Fonseca en el que demuestra que existen ciertos patrones culturales andinos cuya organización social se basa en actividades cíclicas y en el “ideal del uso vertical de las ecologías”, pero también por la especialización en la producción y participación mayor en el mercado nacional. A partir de lo señalado por el mencionado autor, se puede reconocer que los campesinos se gobiernan por sus propias leyes y costumbres y por los de la sociedad mayor, por lo que se puede afirmar que

20 Resico, *Introducción...*, 107.

21 Horst F. Wünsche. *Introducción a la Economía social de mercado. Su valor permanente*. (Madrid: Ediciones Rialp S.A., 1994) 22.

hay sociedades que realizan actividades económicas dentro de dos niveles: el local y el nacional²².

Por lo tanto, la economía de mercado no es rechazada en el Perú como medio para la subsistencia y el desarrollo. Es más, la agricultura como actividad económica de subsistencia e intercambio no es la única que se realiza entre los campesinos, quienes inclusive la consideran una actividad estacional. Cuando esta se ve suspendida, algunos campesinos realizan actividades de “negociante”.

Si bien un ejemplo solamente puede demostrar una excepción, debemos poner énfasis en la flexibilidad y adaptación de la ESM a distintas realidades, sin que ello implique la pérdida o alteración de su esencia – la libre iniciativa privada – por lo que la misma debe tener una vocación de integración y complementariedad y no de separación u oposición de fuerzas, especialmente, a nivel social. En ese sentido, a la luz de la ESM se puede integrar elementos diversos que faciliten las transacciones y, por consecuencia, generen mayor bienestar para la sociedad.

Adicionalmente, es necesario un Derecho de la Competencia que pueda contemplar las distintas formas de intercambio económico, pero siempre promoviendo las ventajas de la competencia bajo un orden social liberal, en el sentido que sea siempre la persona humana el principio rector del mismo para alcanzar el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Al respecto, Wünsche afirma que precisamente en aquellos países donde la confianza de la población ha sido fuertemente sacudida por muchas promesas de reforma en periodos anteriores, solo este método del paso a paso, que avanza de éxito en éxito, es capaz de convencer. Al fin y al cabo, con

estas reformas que se ponen en marcha no se trata de realizar una economía de mercado de modo teóricamente perfecto sino de mejorar las condiciones de vida de los hombres²³.

En ese sentido, es necesario que todos los agentes económicos que participen en el mercado internalicen la idea de que sin disposición al riesgo no hay quién produzca nada para un mercado y ese debe ser un principio encarnado en el Derecho de la Competencia, así como en el Derecho Mercantil²⁴.

Por lo tanto, es relevante que las fuerzas de la oferta y la demanda resulten expuestas y conscientes a ese riesgo, de manera que se llegue a una formación libre de precios y no a distorsiones que puedan poner en ventaja a unos sobre otros por su capacidad de determinar la disposición de recursos bajo su posición en el mercado. Por lo tanto, el poder económico, en un orden social liberal, no puede ser infinito, sino que debe ser limitado.

Por ello, no resulta suficiente con promover la competencia mercantil si no existen condiciones que ordenen la competencia hacia un bienestar general; y, es ahí donde el Estado debe cavilar y ajustar, a través de regulaciones eficientes, el ejercicio de la libertad empresarial. De esta manera, será posible generar un entorno que aspira a la competencia constante, a través de la entrada y salida de los agentes económicos, como principio para una economía de mercado que se transforma en orden cultural y social para un país.

Sin embargo, es importante resaltar que, a diferencia del modelo de economía de libre mercado – *laissez faire* –, el modelo de ESM que comprende el principio de subsidiariedad horizontal, no le asigna al Estado un rol de observador sino de

22 César Fonseca, introducción a *Kausana Munay. Queriendo la vida. Sistemas económicos en las comunidades campesinas del Perú*. (Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2015) 35-41.

23 Wünsche, introducción a *Economía...*, 26.

24 Wünsche, introducción a *Economía Social de Mercado...*, 29.

orientador y promotor de un orden económico competitivo para el bienestar de la sociedad.

En ese sentido, hay que interpretar la ESM a la luz de sus principios básicos, de manera que la misma no carezca de contenido, o resulte invasiva y devenga en un Estado planificador. Por ello, la interpretación del principio de subsidiariedad horizontal resulta fundamental para comprender el alcance del mismo como contribuyente al desarrollo económico desde un marco jurídico fundamental.

5. La Constitución Política del Perú: el Régimen Económico y la ESM

Cuando la dinámica de una sociedad de desenvuelve en un marco constitucional y democrático estable, las decisiones políticas se adoptan dentro del marco de la Constitución y la ley. Así las cosas, la sociedad y el gobierno se someten al orden constitucional, no habiendo excepciones, salvo las planteadas legalmente para situaciones que ameritan, dentro de dicho orden, el despliegue de acciones políticas o administrativas que permitan el ejercicio de los derechos constitucionales.

Al respecto, las libertades económicas tales como la libre empresa, la libre competencia, el libre comercio, la libertad de contratación, entre otras, se sostienen en el principio *pro libertate*²⁵ establecido en el artículo 1° de la Constitución de 1993, así como en lo establecido por el artículo 58²⁶. En esa línea, la ESM implementa en el orden constitucional a una serie de condiciones necesarias para alcanzar el bienestar de la sociedad a partir de la iniciativa privada de las personas.

Asimismo, el artículo 60° complementa y define claramente cómo se desarrollará la dinámica económica bajo la ESM: “El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal” (Subrayado añadido).

Igualmente, el artículo 61° establece que [e]l “Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolísticas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios (...)” (Subrayado añadido).

Por ello, haciendo una interpretación sistemática del Régimen Económico y del modelo de ESM podemos resaltar sus principales pilares: la libre iniciativa privada, la propiedad privada, la competencia y el principio de subsidiariedad.

5.1 El principio de subsidiariedad y la ESM

Orlando Vignolo ha resaltado la importancia del principio de subsidiariedad como un principio general del derecho por su carácter de permanencia en el tiempo, sustento filosófico social, doctrina pontificia y su perfilación durante el siglo XX. Asimismo, señala que el principio de subsidiariedad pone bases, limita, ordena, guía y coloca una armazón conceptual equilibrada para afrontar múltiples formas de relaciones jurídicas en las que las personas cumplen el rol principal de conformar la realidad nacional, pero no de manera ex-

25 Orlando Vignolo. “Conceptos básicos acerca de la subsidiariedad”, en *La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal*. (Lima: Palestra Editores, 2019) 43-131.

26 La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

clusiva ni excluyente respecto de la sociedad y los poderes públicos y estatales. Asimismo, posibilita la mayor libertad posible, pero con una máxima cooperación y vinculación solidaria para lograr que el bien individual se realice en la satisfacción del bien común²⁷.

Por ello, el principio de subsidiariedad, a pesar de no ser automático, se concreta mediante normas, no requiere sustento previo y es fundamento axiológico para muchos ámbitos jurídicos. Las normas que lo reconocen deben señalar todos los supuestos o hechos condicionantes, o excepciones sobre los cuales recaería o no las correspondientes consecuencias jurídicas²⁸.

Asimismo, el principio de subsidiariedad es amplio, pudiendo ir más allá de lo meramente económico y empresarial, puede actuar con otros principios constitucionales o de corte particular y tiene carácter de base respecto de las materias sociales y económicas²⁹.

Igualmente, cabe resaltar la naturaleza bifronte del principio de subsidiariedad en la medida que no excluye ni descarta de plano cualquier intervención pública empresarial y busca un equilibrio entre las actuaciones de los privados y las organizaciones del Poder Público para conformar el bien común, pero respetando la primacía de las personas en todos los ámbitos de la vida³⁰.

En ese sentido, la clave para la interpretación del principio de subsidiariedad radica en tener en cuenta que no se puede percibir a las iniciativas empresariales y privadas, así como la intervención del Estado en la realidad económica, como fuerzas contrapuestas que no pueden usarse conjuntamente como medios de servicio en favor del interés público. Además, el principio de subsidia-

ridad presenta e infiere la necesaria confluencia de los sectores público y privado destinada a alcanzar importantes objetivos de interés común.

Cabe señalar que la postura de Vignolo coincide plenamente con la esencia de la ESM como modelo económico, en la medida que la primacía de la persona humana se mantiene como pilar del orden constitucional y su proyección en la iniciativa privada es la consecuencia de la correcta interpretación del Régimen Económico a la luz de su principio rector.

6. La ESM y el Derecho de la Competencia

Hemos visto que la ESM puede ser interpretada como modelo económico (o de desarrollo) pero a diferencia de un modelo económico neoliberal, cuando se amalgama con el principio de subsidiariedad horizontal, mantiene su esencia como modelo de desarrollo económico y social hacia un bienestar general, manteniendo el derecho a la iniciativa privada.

Consideramos que interpretar el principio de subsidiariedad como el rol subsidiario del Estado en función del límite de una intervención estatal en la economía es un error que ha puesto en cuestionamiento la esencia de la ESM y ha contribuido a su interpretación errónea como modelo económico neoliberal.

En ese sentido, ante una situación de incertidumbre económica provocada por la pandemia de Covid-19, es necesario regresar a los fundamentos de la ESM para retomar el camino del crecimiento económico, pero de la mano también con polí-

27 Vignolo, *La dogmática...*, 83-84.

28 Vignolo, *La dogmática...*, 86.

29 Vignolo, *La dogmática...*, 88.

30 Vignolo, *La dogmática...*, 94-95.

ticas económicas que busquen la inclusión en el camino hacia el bienestar de las personas.

Por ello, es necesario valorar constitucionalmente la función del Derecho de la Competencia en torno a la ESM. En ese sentido, para reconstruir una economía de mercado, en el Perú, adaptable a los retos que plantea la crisis generada por el Covid-19, es necesario reconocer la diversidad cultural y social de nuestra sociedad.

6.1 El Régimen Económico como fundamento de la competencia económica

El Régimen Económico reconoce a la competencia económica como el principal mecanismo para generar mayor bienestar social, es decir, inherente a un modelo de ESM. Sin embargo, resulta necesario hacer hincapié en que la competencia no es solamente el mecanismo económico que sostiene a la economía de mercado, sino que es un derecho constitucional que debe ser protegido como parte integrante del derecho a la libre iniciativa privada. En ese sentido, se ha manifestado el Tribunal Constitucional en la Sentencia emitida el 11 de noviembre de 2003 en el Expediente 0008-2002-AI-TC, fundamento 2.17 al establecer que “otro principio que informa a la totalidad del modelo económico es de libre iniciativa privada (...) que se encuentra directamente conectado con lo establecido en el inciso 17 del artículo 2 del mismo texto, el cual establece el derecho fundamental de toda persona a participar 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”. En consecuencia, de acuerdo con Rubio, la libre iniciativa económica es un derecho incorporado dentro del de participación, lo que le da fuerza de principio, ya que contiene sustancia de dos naturalezas trascendentales para el derecho constitucional contemporáneo: la libertad y la participación³¹.

La libre iniciativa privada carecería de fuerza como derecho y principio sino se permite su despliegue y actuación por cualquier ciudadano dentro de su esfera de libertad, por lo que la multiplicidad de iniciativas privadas se logrará mediante el acceso al espacio del mercado (conurrencia) y a la competencia económica que ocurrirá en consecuencia. Por lo tanto, la libre iniciativa privada se materializa bajo la forma de libertad de empresa y su reconocimiento constitucional exige su protección bajo un sistema que contribuya a su manifestación como ejercicio de la libertad. En ese sentido, Paz-Ares y Alfaro señalan que “es empresa protegida constitucionalmente cualquier actividad que pueda constituir un medio de vida. Lo que, a contrario, significa que no es un elemento del concepto de trabajo, profesión o empresa que se trate de una actividad valiosa socialmente.”³²

Asimismo, como consecuencia del ejercicio de la libertad empresarial, Kresalja y Ochoa, han señalado el reconocimiento de la competencia en la Constitución en los artículos 58°, 59°, 60°, 62° y 63°, como condición indiscutible para una economía de mercado³³. Asimismo, señalan que es el artículo 61° el que deja en manifiesta evidencia la importancia de la competencia como concepto fundamental en la Constitución, situación que coloca a la misma como un bien jurídico que

31 Marcial Rubio. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. (Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013) 175-176.

32 Alfaro, Jesús y Paz-Ares, Cándido. *Ensayo sobre la Libertad de Empresa*, en Comentario a la Constitución socio-económica de España, 2002, p. 357-437. Publicado en Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, Tomo IV. (Madrid: Civitas/Thomson, 2003) 8.

33 Kresalja, Baldo y Ochoa, César. *Derecho Constitucional Económico*. (Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, 2020) 523.

deberá ser considerado, ya no como parte de un derecho exclusivo de los empresarios, sino como una institución que sostiene al propio Régimen Económico, por lo que se entenderá a la competencia como un derecho que sirva al bien común.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional del Perú, en su Sentencia del 17 de enero de 2005, Exp. 3315-2004, Agua Pura Rovic S.A.C. ha señalado que “es verdad que [Adam Smith] alaba al libre mercado, pero no porque este sirva a los empresarios, sino porque –tal es la opinión de Smith– sirve al bien común”. Por lo tanto, la consideración del derecho de la competencia como un derecho constitucional implica el diseño de una legislación que, de acuerdo con lo establecido en el Régimen Económico y los derechos fundamentales, garantice su realización en la vida económica y social.

Al respecto, Suárez Llanos, citado por Kresalja y Ochoa³⁴, afirma que “todo el sistema jurídico del derecho de la competencia, visto desde la perspectiva del derecho público, no consiste en otra cosa que en llevar los derechos fundamentales al propio seno de la sociedad civil y muy especialmente al principio y derecho de igualdad. No es cierto que los derechos fundamentales sean ya derechos solamente contra el poder. También pueden ser violados dentro de la sociedad civil. Y ahí, precisamente, aparecen las reglas de competencia”.

Consideramos, siguiendo a los autores señalados, que el derecho de la competencia se sujeta a lo determinado por la Constitución vigente y que el diseño de su sistema normativo debe respetar los fundamentos constitucionales en los que se ampara el Régimen Económico, por lo que la libertad de competencia tiene como presupuesto legitimador inherente a su ejercicio el cumplimiento de una función social. En ese sentido, toda norma

que el legislador pretenda incorporar con el fin de regular conductas económicas deberá tener en cuenta el funcionamiento del mercado como una institución que debe preservar un dinamismo efectivo, sin alterar la percepción del mercado como mecanismo eficiente de asignación de recursos.

Sin embargo, lo anterior no es tarea tan sencilla. Ello en la medida que los intereses de los empresarios y consumidores que, si bien se trata del mismo interés en relación con la satisfacción de sus necesidades –de ganancias y de consumo, respectivamente– se encuentran en las antípodas que conforman las fronteras del mercado y generan una constante tensión que es necesario mantener, tanto por la propia dinámica competitiva del mercado, como por el interés de satisfacer intereses de ganancia y de consumo, pero que se deberán delimitar para que no ocurran abusos de poder.

En ese sentido, la evolución del derecho de la competencia en el Perú ha ido definiendo al menos dos aspectos que han marcado una distinción para facilitar su comprensión y estudio, pero que en sus impactos han generado una visión única de la competencia como fenómeno económico y, por ende, un ordenamiento unido en el que ambas se encuentran acopladas y vertebradas: el derecho de la Competencia Desleal (Decreto Legislativo N° 1044) y el derecho de Defensa de la competencia o Antitrust (Decreto Legislativo N° 1034). Sin embargo, cabe señalar que el derecho de la competencia es reemplazado por una intervención pública más o menos acusada en sintonía con las nuevas corrientes políticas superadoras de los postulados económicos liberales, y en concordancia con los principios y valores normativos incorporados en las Constituciones económicas modernas, algunas de las cuales persiguen la edi-

34 Kresalja y Ochoa, *Derecho Constitucional Económico...*, 514.

ficación de un Estado Social y Democrático de Derecho.³⁵

6.1.1 La visión integrada del Derecho de la Competencia

La libre iniciativa privada se ejerce mediante la libertad de participar en mercado, por lo que se debe garantizar la entrada de quienes deseen hacerlo, así como vigilar las conductas que puedan provocar una alteración que contravenga lo establecido en el Régimen Económico. En esa medida, las normas que defienden la competencia reconocen la libre concurrencia y el daño consecuente como producto de la competencia mercantil, pero dentro de límites que aseguren que el daño generado no sea producto de un abuso de derecho. En ese sentido, desde el modelo de la ESM la posición de dominio o el poder de mercado son conductas económicas que generan consecuencias que afectan a la competencia. Por ello, la ESM advierte sobre el peligro de este tipo de situaciones y conductas que pudieran alterar el orden competitivo.

Al respecto, el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1034 establece que el Estado prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores. Asimismo, el artículo 10.1 establece que se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

Por su parte, el Decreto Legislativo N° 1044, en el artículo 6.2 establece que se considera un acto de competencia desleal aquel que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado³⁶.

Como se puede apreciar, la visión integradora del derecho de la competencia tiene su fundamento en la Constitución Económica y la legislación de la competencia tiene como objetivo proteger no solamente a los empresarios, sino también al mercado como una institución que garantice la asignación de recursos de manera eficiente, teniendo en cuenta, además, a los consumidores y usuarios. En resumen, el derecho de la competencia, por su anclaje constitucional, debe proteger a todos los agentes del mercado –empresarios y consumidores– dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho³⁷.

6.1.2 Los límites constitucionales a la legislación en materia de competencia

La concurrencia mercantil de los agentes económicos es materia de regulación por parte del Estado, debiendo respetar lo establecido en el Régimen Económico vigente ;y, en ese marco de referencia, debe tener en cuenta el impacto que la legislación sobre la materia pueda tener sobre la competencia.

En ese sentido, resulta importante destacar que la legislación de la competencia debe considerar que cualquier intervención estatal puede generar distorsiones que afecten a los distintos participantes en el mercado. Por ello, es necesario realizar un análisis constitucional sobre la pertinencia de las medidas legales que pretendan modificar las con-

35 Kresalja y Ochoa, *Derecho Constitucional Económico...*, 537.

36 Decreto Legislativo 1044 que Aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, publicado el 26 de junio del 2008 (*Separata de Normas Legales* del Diario Oficial “El Peruano”).

37 Kresalja y Ochoa, *Derecho Constitucional Económico...*, 541.

diciones que pudieran alterar la dinámica competitiva, generando ventajas o desincentivos injustificados o discriminatorios. Entre las medidas que puede tomar el Estado para promover el acceso y permanencia, en el mercado y la competencia, pueden encontrarse estímulos financieros, tributarios, subvenciones, legislaciones especiales por sector (*v.gr.* agricultura), entre otros, que se conocen usualmente como ayudas. Al respecto, en el Perú no hay norma jurídica explícita de ayudas o subvenciones, con excepción de lo establecido en el artículo 88° de la Constitución vigente sobre el apoyo preferente del Estado al desarrollo agrario.

Por ello, el análisis de la legislación en materia de derecho de la competencia debe tener en cuenta los principios esenciales de interpretación constitucional que el Tribunal Constitucional del Perú ha desarrollado a lo largo de su producción jurisprudencial. Los principios de interpretación constitucional que han delineado el contenido de la libertad de empresa y de la competencia son los siguientes: Igualdad, libre iniciativa privada, protección al consumidor, seguridad jurídica, subsidiariedad económica del Estado; Estado Social y Democrático de Derecho y *pro homine*. La aplicación de los principios señalados en la interpretación constitucional no es aislada, estos se interrelacionan unos con otros, por lo que el ejercicio legislativo debe tener en cuenta que cada intromisión en un sistema normativo, como el de la competencia, puede afectar uno o más derechos constitucionales.

Al respecto, consideramos, siguiendo a Paz-Ares y Alfaro, que la producción legislativa en materia de derecho de la competencia debe considerar, adicionalmente, la ponderación de derechos, la definición del interés general, el juicio de adecuación, y la necesidad de la medida de intervención³⁸.

Señalaremos, a continuación, tres situaciones en que los autores demuestran cómo el riesgo de una intervención legislativa pueda resultar inconstitucional sobre la libertad de empresa:

- El ingreso de nuevos competidores: toda intervención Estatal mediante legislación o actos de la administración debe tener en cuenta que “han de considerarse “sospechosas” las medidas restrictivas que tienen un efecto protector de los empresarios que ya están en el mercado frente a los *newcomers* o nuevos entrantes en el mismo. En tales casos, es probable que el interés general alegado en la restricción de la libertad de empresa no sea más que encubrimiento del interés particular de los empresarios temerosos de la entrada de nuevos competidores en su mercado.”³⁹
- Con relación al juicio de adecuación, establecen que este “tiene importancia particular en la fiscalización de la regulación “arrancada” al Estado por un grupo de interés determinado. Dado que el Estado no puede reconocer que la regulación se dicta para proteger a un determinado grupo de empresarios frente a la competencia, lo habitual es que se “vista” la regulación con indicaciones sobre la necesidad de proteger a los consumidores o la lealtad en la lucha concurrencial.”⁴⁰
- Por otro lado, la intervención estatal en el mercado debe tener en cuenta que “es innecesaria una medida cuando existen opciones alternativas no restrictivas o menos restrictivas a disposición del poder público. Así, no supera el juicio de necesidad la existencia de normas diferentes y cuyo cumplimiento se exige cumulativamente cuando todas ellas se justifican por la pro-

38 Alfaro y Paz-Ares, *Ensayo...*, 50 y ss.

39 Alfaro y Paz-Ares, *Ensayo...*, 64.

40 Alfaro y Paz-Ares, *Ensayo...*, 67.

tección del mismo derecho o interés público. Es decir, el Estado puede establecer una regla, pero no puede exigir de los empresarios que cumplan siete distintas todas ellas con idéntica función.”⁴¹

6.1.2.1 La competencia y las ayudas económicas

Kresalja y Ochoa consideran que “las denominadas ayudas se presentan en una gama de supuestos tales como subvenciones, exoneraciones de impuestos y otros tributos, bonificaciones de intereses, garantías de préstamos en condiciones favorables, cesión gratuita de inmuebles, cobertura de pérdidas, precios predatorios o subvenciones cruzadas en caso de empresas estatales.”⁴² Estas ayudas económicas generan un alto riesgo de alterar el proceso competitivo de los mercados que las reciben, falseando el mismo, alterando el mecanismo de formación de precios y afectan a los competidores que no las reciben, situándolos en una posición de desventaja.

No ocurre lo mismo con las ayudas sociales que presta el Estado cuando debe promover la acción positiva con la finalidad de corregir las disparidades en el goce de los derechos fundamentales o para alcanzar la integral realización de la persona, desde luego como ella lo desea y no como se la impondría la autoridad⁴³.

El fundamento constitucional de la acción positiva se encuentra en el artículo 59° de la Constitución: “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni

a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”.

Al respecto, Rubio señala que la redacción de la segunda parte del artículo mencionado menciona a las pequeñas empresas solo como un caso o ejemplo, pero no manda que la acción positiva del Estado se limite a ellas, toda vez que el texto hace una afirmación universal positiva: el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren desigualdad, sin establecer restricciones y límites.⁴⁴ En ese sentido, afirma el autor, la acción positiva materializada en ayudas supone un juicio de valor en el cual se elige entre la libertad de las personas y la intervención estatal para hacer correcciones. La regla debe ser la libertad, y solo cuando la situación aparece injusta a la conciencia social procederá la intervención del Estado en el mínimo necesario⁴⁵.

Consideramos que la Constitución vigente deja una puerta abierta al legislador para determinar qué es injusto y qué es conciencia social, por lo que tendría que ser el Tribunal Constitucional quien delimite y defina, finalmente, hasta dónde pueden llegar las intervenciones estatales en materia económica que puedan afectar la competencia económica en cada caso. Sin embargo, de acuerdo con los principios que el Tribunal Constitucional ha ido reconociendo a lo largo de su desarrollo jurisprudencial, es posible afirmar que será suficiente la valoración y consideración del legislador sobre la necesidad de dichas intervenciones para que las normas promulgadas entren en vigencia, salvo que exista una persona o un grupo de interés

41 Alfaro y Paz-Ares, *Ensayo...*, 71.

42 Kresalja y Ochoa, *Derecho Constitucional Económico...*, 527.

43 Rubio, *La interpretación...*, 102.

44 Rubio, *La interpretación...*, 103.

45 Rubio, *La interpretación...*, 101.

que considere que la libertad de empresa se haya visto considerablemente afectada.

6.2 El riesgo del poder económico

Hemos mencionado anteriormente que la competencia es uno de los principios fundamentales del modelo de la ESM que incorpora el Régimen Económico vigente. Resaltamos la importancia de este principio porque consideramos que es el más adecuado para generar mayor bienestar en la sociedad, y que su flexibilidad y adaptación a distintos entornos puede contribuir a la incorporación de otros modelos de manera que se pueda aumentar las posibilidades de desarrollo económico y social.

Al respecto, cualquier distorsión de la competencia, ya sea generada por prácticas anticompetitivas o desleales, o por intervención estatal, es un riesgo potencial o real para los consumidores, en la medida que el modelo de economía de mercado estaría asignando recursos solamente a quienes tengan mayor posibilidad de acceso a los mismos. Por ello, para evitar ese riesgo debe garantizarse que la competencia económica termine beneficiando a la sociedad.

En ese sentido, una de las formas de distorsionar la competencia puede aparecer a través de las concentraciones empresariales, que se realizan a través de operaciones de fusión o adquisición de empresas. El resultado de estas operaciones comerciales es la acumulación de poder económico y con ello la capacidad de dirigir o influir en las decisiones de los consumidores, tal y como lo haría un monopolio; es decir, dejando al consumidor con menos opciones de elección o apro-

vechando su capacidad de gasto para obtener la mayor ganancia posible.

En concordancia con lo anterior, se puede afirmar que una operación de concentración reduce el número de agentes participantes en el mercado en cuestión, lo que reduce los costos de transacción e incrementa las probabilidades de generación de prácticas anticompetitivas. La reducción de la competencia producto de la concentración del poder económico en un número menor de unidades empresariales, ubica a estas en posición más idónea para llevar a cabo acciones susceptibles de afectar el interés económico general, entre los que se incluye el bienestar de los consumidores.⁴⁶

Al respecto, en enero del 2021 se aprobó la Ley N° 31112, Ley que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial, que tiene por objeto establecer un régimen de control previo de operaciones de concentración empresarial con la finalidad de promover la competencia efectiva y la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores⁴⁷.

Obviamente, las posiciones a favor o en contra de la Ley y su Reglamento van desde la eficiencia económica que genera la concentración de empresas, hasta el control político que puede haber detrás de las mismas. Sin embargo, lo cierto es que las conductas anticompetitivas han sido noticia en los últimos años. Por mencionar algunos ejemplos, tenemos el caso de concertación de precios en las medicinas y la concertación de precios en el papel toalla.

Sin embargo, más allá de las opiniones a favor o en contra de la Ley N° 31112, el antecedente de la misma, el Decreto de Urgencia N° 013-2019⁴⁸,

46 OCDE, *Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia 2018*. Edición en PDF

47 Ley N° 31112, Ley que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial, publicada el 7 de enero del 2021 (*Separata de Normas Legales* del Diario Oficial “El Peruano”).

48 Decreto de Urgencia N° 013-2019, que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial, publicado el 19 de noviembre del 2019 (*Separata de Normas Legales* del Diario Oficial “El Peruano”).

establecía en su tercer considerando que el artículo 58° de la Constitución Política del Perú establece un sistema económico social de libre mercado basado en la libertad de competencia y en la participación en los mercados de los agentes privados. Asimismo, el artículo 61° encarga al Estado la misión de corregir las fallas que puedan surgir en el mismo, con el objetivo de optimizar la asignación de recursos y aumentar los niveles de bienestar económico.

Al respecto, debemos señalar que la Ley N° 31112 que posteriormente aprobaría el Congreso de la República, cuenta con la justificación jurídica suficiente y necesaria para establecer una acción estatal que busca el control del poder económico teniendo en cuenta la esencia del modelo de ESM.

Consideramos que, si bien la gestación de la norma se da durante el interregno parlamentario, ello no justifica una motivación exclusivamente política para controlar el poder económico, por cuanto el mismo corresponde al modelo de ESM y al Régimen Económico establecido en la Constitución vigente. Es más, la Ley N° 31112 reafirma el modelo económico de ESM establecido en la Constitución al tener como finalidad la búsqueda del bienestar económico de la sociedad.

Por lo tanto, la promulgación de la Ley señalada y de su reglamento constituyen un paso adelante en aras de recuperar el rol del Estado en mantener una competencia dentro del orden económico que propone la ESM y con ello, que se promueva el acceso al mercado de todos los agentes que quieran participar en el mismo, asumiendo, obviamente, los riesgos que ello implica.

Finalmente, y no por ello no menos importante, es necesario resaltar que lo “social” en la ESM se

puede resumir brevemente, de acuerdo con Otto Hieronymi, en el énfasis en la eficacia y la competencia y en el marco jurídico e institucional contra los abusos de poder económico, que proporcionan las condiciones para una prosperidad generalizada, como elementos esenciales de la dimensión social del modelo de ESM⁴⁹.

Asimismo, reflexionar en que el concepto de la ESM se basa en el reconocimiento de que la competencia y el mercado no son una respuesta a todos los problemas sociales, que por encima del mercado están los valores morales y éticos, que incluyen la solidaridad y la asistencia social. Sin sustentar y reforzar estos valores es difícil desarrollar y mantener la aceptación social de las reglas de la ESM⁵⁰.

7. Conclusiones:

1. Desde un breve análisis sobre el origen del neoliberalismo, el discurso ideológico acerca del modelo económico neoliberal que supuestamente se mantiene en el Perú, no tiene asidero, toda vez que no hubo un único neoliberalismo. Se ha demostrado que desde el nacimiento del nuevo liberalismo a partir de la mitad del siglo XX se abrieron dos corrientes distintas: la ordoliberal, de la Escuela de Friburgo (neoliberalismo alemán) y la neoliberal de la Escuela de Chicago (neoliberalismo anglosajón).
2. Cada una de estas corrientes han ofrecido propuestas distintas de modelos económicos. En el caso del ordoliberalismo, el modelo económico es el de economía social de mercado (ESM), que se fundamenta en el estableci-

49 Otto Hieronymi en *Anexo al Capítulo IX* “The Social Market Economy” and Globalisation: The lessons from the European Model for Latin America” en Brasil y la economía social de mercado. Ed. por Emilio Fontela Montes y Joaquín Guzmán Cuevas (España: Universidad de Extremadura, 2005) 295.

50 Otto Hieronymi en *Anexo...*, 296

miento de un modelo basado en órdenes. Esto es, en un marco constitucional y económico que reconoce la importancia de la persona y su participación activa en la vida económica de la sociedad, teniendo en cuenta como pilar fundamental para el desarrollo social la competencia pero evitando siempre el abuso de poder económico.

3. La ESM reconoce la importancia de la participación estatal en el orden económico, en tanto este contribuya a que la competencia sea el motor que genere actividades económicas con reglas claras y definidas para alcanzar el bienestar de la sociedad. En el Perú, este es el modelo económico vigente y ha contribuido a una interpretación integral del Régimen Económico, que ha llevado al reconocimiento de la importancia de la actividad privada, pero, también, a la posibilidad de la intervención estatal para promoverlo y protegerlo, así como para orientar la actividad privada dentro de los límites que el modelo contiene en sus fundamentos.
4. El principio de subsidiariedad, como uno de los pilares fundamentales del Régimen Económico, se presenta como un principio general del derecho que le otorga al Estado la facultad de intervenir en actividades económicas y empresariales, así como sociales, que contribuyen al fortalecimiento de un modelo económico de ESM dentro del marco constitucional vigente, con lo cual el rol orientador y promotor estatal se presenta como un complemento para el desarrollo económico y social de las personas, sin invadir la libertad de la iniciativa privada.
5. El derecho de la competencia tiene un sólido asidero constitucional y el diseño de su sistema normativo debe respetar los fundamentos constitucionales en los que se ampara el Régimen Económico, por lo que la compe-

tencia tiene como presupuesto legitimador inherente a su ejercicio el cumplimiento de una función social. Por ello, la legislación de conductas económicas deberá tener en cuenta el funcionamiento del mercado como una institución que debe preservar un dinamismo efectivo, sin alterar la percepción del mercado como mecanismo eficiente de asignación de recursos.

6. Finalmente, la ESM se presenta como el modelo económico idóneo para una sociedad diversa como la peruana, en la medida que su adaptabilidad social y fundamento en la competencia obliga al Estado, desde la Constitución Política vigente, a controlar el poder económico y a que el Derecho de la Competencia respete los derechos fundamentales y los principios que el Régimen Económico contiene, a la luz del modelo de ESM.

Bibliografía

- Alfaro, Jesús y Paz-Ares, Cándido. *Ensayo sobre la Libertad de Empresa*. Comentario a la Constitución socio-económica de España, 2002, p. 357-437. Publicado en Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, Tomo IV. Madrid: Civitas/Thomson, 2003. Edición en PDF.
- Böhm, Franz. "Economic Ordering as a Problem of Economic Policy and a Problem of the Economic Constitution", en *The Birth of Austerity. German Ordoliberalism and Contemporary Neoliberalism*. Editado por Thomas Biebericher y Frieder Vogelmann. United States of America: Rowman & Littlefield, 2017.
- Böhmler, Andreas. *El Ideal Cultural del Liberalismo. La Filosofía Política del Ordo-Liberalismo*. Madrid: Unión Editorial, 1998.

- Castro-Gómez, Santiago. *Historia de la gubernamentalidad I. Razón de Estado, liberalismo y neoliberalismo en Michael Foucault*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Segunda Edición, 2015.
- Chavance, Bernard, “La Escuela Austriaca y el Ordoliberalismo”, en *La economía institucional*. Fondo de Cultura Económica. México, 2018.
- Eucken, Walter. “The Ordo Manifesto of 1936”, en *Economic Ordering as a Problem of Economic Policy and a Problem of the Economic Constitution. The Birth of Austerity. German Ordoliberalism and Contemporary Neoliberalism*. Editado por Thomas Biebricher y Frieder Vogelmann. United States of America: Rowman & Littlefield, 2017.
- Decreto Legislativo 1034 que Aprueba la Ley de Represión Decreto Legislativo que Aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, publicado el 26 de junio del 2008. Separata de Normas Legales del Diario Oficial “El Peruano”.
- Decreto Legislativo 1044 que Aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, publicado el 26 de junio del 2008. Separata de Normas Legales del Diario Oficial “El Peruano”.
- Decreto de Urgencia N° 013-2019, que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial, publicado el 19 de noviembre del 2019. Separata de Normas Legales del Diario Oficial “El Peruano”.
- Fondo Editorial del Congreso del Perú, *Nuestras Constituciones. Papeles básicos para una historia institucional del Perú*. Lima, 2009.
- Fonseca, César. Introducción a *Kausana Munay. Quiriendo la vida. Sistemas económicos en las comunidades campesinas del Perú*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2015.
- Foucault, Michel. *El Nacimiento de la Biopolítica*. Clase del 7 de febrero de 1979. Madrid: Ediciones Akal, 2009.
- Hieronymi, Otto. Anexo al Capítulo IX “The Social Market Economy” and Globalisation: The lessons from the European Model for Latin America” en *Brasil y la economía social de mercado*. Editado por Emilio Fontela Montes y Joaquín Guzmán Cuevas. España: Universidad de Extremadura, 2005.
- Landa, César. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2019.
- Ley N° 31112, Ley que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial, publicada el 7 de enero del 2021. Separata de Normas Legales del Diario Oficial “El Peruano”.
- Kresalja, Baldo y Ochoa, César. *Derecho Constitucional Económico. Tomo I: Economía social de mercado y derechos económicos fundamentales*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Segunda edición, 2020.
- OCDE. Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia 2018. Edición en PDF.
- Resico, Marcelo. *Introducción a la Economía Social de Mercado. Edición Latinoamericana*. Konrad Adenauer Stiftung. Acceso el 13 de mayo de 2021. http://190.57.147.202:90/jspui/bitstream/123456789/493/1/Introducci%C3%B3n%20a%20la%20Econom%C3%ADa%20Social%20de%20Mercado%20%28Pdf%29%20v_2.pdf

Rubio, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tercera edición aumentada, 2013.

Steger, Manfred y Roy, Ravi. *Neoliberalismo. Una breve Introducción*. Madrid: Alianza Editorial, 2015.

Trebilcock, Michael y Mota, Mariana, *Derecho y Desarrollo. Guía Fundamental para entender por qué el desarrollo social y económico depende de instituciones de calidad*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2017.

Vignolo, Orlando. “Conceptos básicos acerca de la subsidiariedad”, en *La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal*. Lima: Palestra Editores, 2019.

Wünsche, Horst F. Introducción a la *Economía social de mercado. Su valor permanente*. Madrid: Ediciones Rialp S.A., 1994.

