

El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional

Juan Espinoza Espinoza

Abogado. Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad de Lima.

1 El orden público.

Con razón se sostiene que “la autonomía privada, aparte de que sólo pueda desarrollarse en el marco del *numerus clausus* de tipos de actos y relaciones jurídicas fijado por el Ordenamiento jurídico, se limita además de diferentes maneras por el mismo Ordenamiento. Prohibiciones generales y especiales restringen las posibilidades de actuación de la autonomía privada⁽¹⁾”. Dentro de las prohibiciones generales, se encuentran el orden público y las buenas costumbres.

Doctrina francesa tradicional decía, con razón, que “es preciso admitir que el orden público debe parte de su majestad al misterio que lo rodea⁽²⁾”. En efecto, sobre el concepto de orden público se han dado variadas

definiciones. Punto de partida forzoso es comprender que no debe entenderse este concepto en la “acepción corriente, que alude a la tranquilidad de la calle, a la regularidad de la vida cotidiana⁽³⁾”. Ha sido común asimilar el concepto de imperatividad al de orden público⁽⁴⁾. Es por eso que no se duda en expresar que el orden público es un “conjunto de disposiciones imperativas⁽⁵⁾”. Sin embargo, se ha observado que “una disposición no es de orden público, porque aparezca como imperativa o prohibitiva, sino lo contrario⁽⁶⁾”. Así, “el orden público funciona antes que la norma imperativa; es lo genérico, es la concordancia con un sistema que no solamente es normativo sino también ideológico. Este se manifiesta a través de normas imperativas⁽⁷⁾”.

- (1) FLUME. *El negocio jurídico*. Traducido por Miquel González y Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998. p. 24. En este mismo sentido, se sostiene que, independientemente de la noción que se tenga de negocio jurídico, “es evidente que su nudo central continúa rodando, en modo irresoluble, en torno de una suerte de competencia de fuerzas, por decirlo así, entre **libertad** del individuo y la **autoridad** del ordenamiento estatal, al cual se ha reconocido históricamente, y se ha reservado, la tarea (y el poder) de calificar jurídicamente dicha libertad”. FERRI, G.B. *El negocio jurídico*. En: BETTI, GALGANO, SCOGNAMIGLIO y FERRI. *Teoría General del Negocio Jurídico. 4 Estudios Fundamentales*. Lima: ARA, 2001. p. 206.
- (2) JAPIOT, citado por LEZANA. *El orden público. Los actos del demente anteriores a su declaración*. Buenos Aires: Perrot, 1963. p. 8. En este mismo orden de ideas, se sostiene que “puede la ley de orden público ser caracterizada mas no definida” (DE GASPERI y MORELLO. *Tratado de Derecho Civil. I. Teoría General de los hechos y actos jurídicos*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1964. p. 564).
- (3) ARAUZ CASTEX. *Derecho Civil. Parte General*. Tomo I. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1974. p. 110, quien afirma que “en el sentido técnico en que estamos empleando los vocablos a que estamos refiriéndonos, ‘orden’ equivale categoría, clase; y ‘público’ alude a lo propio del pueblo, de la Nación, de la sociedad entera. En la frase ‘el matrimonio es una institución de orden público’ (por ejemplo) la expresión está usada con propiedad, significando que el matrimonio es una institución que está por encima del mero interés de los contrayentes; afirmando que es de otro ‘orden’, pues interesa a toda la sociedad”.
- (4) Así, dentro del “formante” doctrinario nacional, VIDAL RAMÍREZ. *El acto jurídico*. Cuarta edición. Lima: Gaceta Jurídica, 1999. p. 55 y en *Orden Público y nulidad virtual del acto jurídico*. En: *Tratado de Derecho Civil. Título Preliminar*. Lima: Universidad de Lima, 1990. p. 250.
- (5) RÚBIO CORREA. *Título Preliminar*. En: *Biblioteca Para Leer el Código Civil*. Vol. III. Lima: PUCP, 1993. p. 100. En doctrina argentina, en este mismo sentido, se afirma que las “leyes de orden público son las leyes imperativas”. (BORDA. *Manual de Derecho Civil. Parte General*. Decimotercera edición actualizada. Buenos Aires: Perrot, 1986. p. 44).
- (6) BARANDIARAN. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I. Título Preliminar y Derecho de las Personas. Concordado con el Código Civil de 1984. Lima: WG Editor, 1991. p. 42.
- (7) LOHMANN LUCA DE TENA. *Reforma del Título Preliminar del Código Civil*. En: *Reforma del Código Civil Peruano. Doctrina y Propuestas*. Lima: INDEJ, Gaceta Jurídica, 1988. p. 61. Particular atención merece DE LA PUENTE Y LAVALLE, por cuanto, aun

En efecto, el concepto de **norma imperativa** debe ser identificado con el de **norma insustituible por la voluntad de los particulares**, mas no debe ser, necesariamente, asimilado al concepto de **orden público**. El carácter de ineludibilidad (o de insustituibilidad) de una norma no coincide, forzosamente, con la idea de orden público⁽⁸⁾. Por ejemplo, el artículo 1328 del Código Civil contiene una norma imperativa que expresa que todas las estipulaciones sobre exoneración y limitación de la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga, son nulas. El artículo 242 del Código Civil, inciso 2, contiene una norma de orden público, en la cual se establece que no pueden contraer matrimonio entre sí los consanguíneos en línea colateral dentro del segundo y tercer grados. Sin embargo, se prescribe que, en el caso del tercer grado, el juez puede dispensar este impedimento cuando existan motivos graves. En esta última disposición, como puede verse, está ausente el carácter de ineludibilidad o inevitabilidad.

Se observa que el orden público es el conjunto de “principios fundamentales y de interés general (aunque no se trate de normas concretas) sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico de un determinado Estado, en su aspecto de derecho coactivo, o sea, a observarse inderogablemente por todos, porque consta de normas imperativas o prohibitivas (perfectas)⁽⁹⁾”. Por ello, el orden público, más que de normas concretas, resulta de

principios cuyo reflejo constituyen las normas jurídicas. En este mismo sentido, se afirma que “el orden público indica los principios basilares de nuestro ordenamiento social⁽¹⁰⁾”.

Un sector tradicional de la doctrina argentina afirma que “el orden público resulta de un conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de su organización social establecida⁽¹¹⁾”. En este mismo sentido, se observa que orden público “es el conjunto de principios eminentes - religiosos, morales, políticos y económicos- a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida⁽¹²⁾”.

Para otro sector de la doctrina argentina, el orden público “está constituido por el conjunto de normas, principios e instituciones que regulan la vida jurídica de la sociedad en el ámbito del derecho privado y que se consideran imprescindibles para su mantenimiento y progreso⁽¹³⁾”. El orden público “no siempre actúa como fuerza represiva, inhibitoria, respecto del individuo, sino que actúa también para vitalizar la norma, adecuándola al momento en que se la aplica, o para desecharla como lastre cuando impide el progreso, o para impulsar al órgano encargado de mantenerla actualizada, a realizar su función⁽¹⁴⁾”.

En esta misma orientación, se entiende por orden público a los principios de orden superior, que

aceptando la diferencia entre normas imperativas y normas de orden público, hace depender la existencia de las segundas en función de las primeras, cuando afirma que: “hay normas imperativas que encuentran su justificación en los principios fundamentales sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico del Estado y la tutela a los intereses generales de la colectividad (...) el orden público está constituido por aquellas normas imperativas que salvaguardan principios jurídicos y éticos fundamentales del ordenamiento”. (*El Contrato en General*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1991. p. 100).

- (8) LONARDO. *Ordine pubblico e illiceità del contratto*. Napoli: ESI, 1993. p. 137. El autor propone que toda estructura normativa impone un propio y definido **orden** que deriva de la organización de un cierto modelo ético, político, institucional, económico (en una palabra: social), por medio de reglas previamente dispuestas y que, además, es necesario tomar conciencia del hecho que, si los fundamentales criterios reguladores se obtienen principalmente del conjunto de valores normativos, el orden público no puede considerarse agotado en su genérica previsión.
- (9) MESSINEO. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Traducido por Sentís Melendo. Tomo II. Buenos Aires: EJE, 1979. p. 480.
- (10) BIANCA. *Diritto civile*. Vol. 3. *Il Contratto*. Milano: Giuffrè, 1987. p. 584.
- (11) SALVAT. *Tratado de Derecho Civil Argentino (Parte General)*. 5a edición aumentada y corregida. Buenos Aires: Librería y casa editora de Jesús Menéndez, 1931. p. 129.
- (12) LLAMBIAS. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo I. 12a edición. Buenos Aires: Perrot, 1986. p. 158. En este mismo sentido, cuando se afirma que el orden público es “un conjunto de principios estructurales de la organización de una sociedad” (ALTERINI, *Derecho Privado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1977. p. 81); también hay quien sostiene que pertenecen al orden público “aquellos principios de orden superior que constituyen los basamentos del orden jurídico de un Estado. Esto es, el conjunto de principios excelsos, de orden moral, religioso, político y económico, que forman los pilares en que se asienta la organización jurídica de un Estado y que se vinculan al modo de la vida social digna que los individuos quisieron asegurar al organizarse jurídicamente” (ABELEND, *Derecho Civil. Parte General*. Tomo I. Buenos Aires: Astrea, 1980. p. 109).
- (13) LEZANA. Op. cit.; p. 10.
- (14) LEZANA. Op. cit.; p. 14. quien agrega que: “hay que tener en cuenta que, en muchos casos, lo que interesa al orden público es negar la validez del acto mientras subsistan las condiciones que llevan a negarle esa eficacia. Pero modificadas las circunstancias, la conveniencia de reconocer el hecho consumado, de aceptar las consecuencias de lo que a pesar de todo sucedió, vuelve a imponerse, puesto que hasta puede suceder que ya no esté en juego el orden público”.

constituyen nuestra organización política y social, dentro de la cual son esenciales⁽¹⁵⁾. El artículo V del Título Preliminar del Código Civil habla de acto jurídico contrario a las leyes que interesan el orden público. En efecto, cuando en este artículo se establece la nulidad por actos contrarios al orden público, el legislador ha entendido este concepto como sinónimo de imperatividad. Por consiguiente, al haber normas de orden público que no implican, necesariamente, que sean insustituibles, debería reformularse el tenor de este artículo⁽¹⁶⁾.

El concepto de orden público se modifica continuamente, en la medida que evoluciona la sociedad. Es por eso que se le entiende como un “modelo societario definido por el derecho en un determinado momento histórico de evolución de sus valores⁽¹⁷⁾”. En otras palabras, el orden público está compuesto por los principios (no sólo jurídicos, sino sociales, económicos, morales, entre otros) sobre los cuales se basa la organización y estructura de la sociedad.

Al lado del concepto estático del orden público-límite a la autonomía privada, debemos considerar el concepto dinámico del mismo, entendido como una obligación de un Estado promotor de la satisfacción de las necesidades de sus integrantes. Un ejemplo a nivel legislativo, lo encontramos en la Constitución italiana, cuyo artículo 3, segundo párrafo, establece que: “es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social, que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política y social del país”.

Así, se sostiene que el orden público dinámico “se sustancia de principios y de directivas intermedias respecto a ellos, para iluminar la norma hasta los límites de su componente axiológico” y “admite nuevos espacios de creatividad individual que, en vez de prescribir comportamientos y pretender comparaciones más o menos rígidas entre supuestos de hecho abstractos

y supuestos de hecho concretos, indica las finalidades de la acción o los criterios que encaminan su aceptación⁽¹⁸⁾”.

Debemos cambiar la conceptualización del orden público de *ordo ordinatus* (orden establecido e inmutable) a *ordo ordinans* (orden con “una capacidad coherente de dirección hacia la finalidad del ordenamiento⁽¹⁹⁾”). Dentro de esta filosofía se alinea la intervención del Estado, a través del INDECOPI, “al remover los obstáculos” que permiten una sana y libre contratación, sin ningún tipo de discriminación.

2 Sobre la aplicación en la experiencia jurídica nacional del principio del orden público dinámico.

2.1 El caso de las discotecas.

Punto de partida del caso que se va a comentar⁽²⁰⁾ fue la publicación en diversos medios de comunicación, por parte del Instituto de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI-, del aviso titulado “¿Discriminación en locales abiertos al público?”, de fecha 19 de abril de 1998. En dicha publicación, INDECOPI no sólo recuerda la obligación de trato igualitario a los consumidores en el mercado, sino que además intenta, en pocas líneas, delimitar el contenido de la tan socorrida muletilla: “nos reservamos el derecho de admisión”.

Con anterioridad a dicha publicación, el Sistema de Apoyo al Consumidor del INDECOPI⁽²¹⁾ había recibido diversas denuncias telefónicas, las cuales fueron ratificadas a través de informes periodísticos en diferentes medios de comunicación, lo cual sólo hacía reiterar un secreto a voces por todos conocido. Aparentemente, en algunos lugares públicos de Lima, como restaurantes, discotecas, *pubs*, cafés, se discrimina no sólo en el ingreso, sino también, en un trato diferenciado a los clientes por criterios inadecuados, entre otros, por razón de su raza o de su (aparente) condición socioeconómica.

(15) GENY. *Methodé d'interpretation et sources en Droit Privé Positif*. Paris: Librairie Maresq Ainé A. Chevalier-Maresq & Cie, 1899. p. 326.

(16) El Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil establece en su artículo VII que: “son inválidos, total, o parcialmente, los actos contrarios a normas imperativas o prohibitivas, al orden público o a las buenas costumbres. La ley determina la sanción aplicable”.

(17) LONARDO. Op. cit.; p. 389.

(18) LONARDO. Op. cit.; p. 346.

(19) LONARDO. Op. cit.; p. 28.

(20) Sobre el particular, permítaseme remitir a ESPINOZA ESPINOZA y SIFUENTES DOMENACK. *¡Vamos a la discoteca, cholito!*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 5, No. 11. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1999.

(21) Los datos sobre el procedimiento seguido por INDECOPI, han sido tomados de las diversas resoluciones de la Comisión de Protección al Consumidor, las cuales forman parte del expediente 180-1998/C.P.C. y son recogidas por el Documento de Trabajo No. 003-1998-AEE, publicado por el INDECOPI en el Diario Oficial el 27 de noviembre de 1998.

Dentro del marco descrito, INDECOPI inicia un procedimiento de oficio a fin de confirmar las denuncias interpuestas, iniciando una serie de visitas inspectivas, con el fin de determinar en qué lugares y en qué medida, se realizan actos de discriminación. Posteriormente, INDECOPI recibe la denuncia de la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios-ASPEC-, por hechos similares a los expuestos. En agosto de 1998, luego de comprobar los hechos demandados, la Comisión de Protección al Consumidor de INDECOPI, decide sancionar a cada uno de los cinco locales que persistían con sus prácticas discriminatorias, con una multa ascendente a 20 UIT's y 20 días de clausura temporal de dichos establecimientos. Las cinco empresas apelaron la resolución de la Comisión, elevándose el expediente al Tribunal de INDECOPI.

Paralelamente, una de las empresas involucradas interpuso una acción de amparo contra INDECOPI, a efectos de poner fin a la "amenaza cierta de violación a su libertad de contratación". En primera instancia, el Juez respectivo declaró infundada la acción de amparo. No obstante ello, con fecha 2 de octubre de 1998, la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público, declaró fundado el amparo, decidiendo que:

"el INDECOPI se abstenga de practicar publicaciones y realizar actos, inspecciones, investigaciones, procedimientos y/o imponer sanciones que contengan o se sustenten en la calificación y regulación al libre ejercicio del derecho de contratación y determinación de las personas con quienes la demandante (...) decida prestarles su servicio".

La *ratio* de esta decisión la podemos encontrar en el siguiente pasaje:

"que, la existencia de una política de discriminación no puede comprobarse mediante la simple constatación en la vía administrativa, sobre hechos relacionados a consumidores individuales, que no representan necesariamente la integridad de un grupo social determinado, más aún si este fenómeno social está relacionado a un derecho fundamental de la persona, que no le corresponde conocer al aparato administrador, pues de conformidad con el artículo 65 de la Constitución la defensa del consumidor y usuario está referida al derecho de información sobre los bienes y

servicios que se encuentran a su disposición en el mercado, así como a la salud y seguridad de la población, consecuentemente, tal norma no le asigna al Estado en su parte administrativa la protección de derechos fundamentales constitucionales, que están **reservados por su trascendencia, necesidad de discusión, e independencia al Poder Judicial** a través de sus órganos competentes, lo cual se corrobora con lo dispuesto en el Decreto Legislativo No. 716 - Ley de Protección al Consumidor- artículo 51 que señala que en caso de patrocinio de intereses difusos a favor de los consumidores, INDECOPI debe recurrir al Poder Judicial".

Sobre el particular, creo importante realizar las siguientes aclaraciones:

a) Resulta intrascendente que el acto que lesione los derechos de los consumidores no represente "necesariamente la integridad de un grupo social determinado". Se debe sancionar este tipo de actos, independientemente del *quantum* de los mismos.

b) La interpretación restrictiva que se le da al artículo 65 de la Constitución, no sólo es asistemática, sino también anticonstitucional. Este precepto tiene que ser leído conjuntamente con el artículo 3 del mismo cuerpo legislativo, el cual consagra constitucionalmente la técnica del *numerus clausus* en lo que a protección de los derechos de la persona se refiere. Es por ello que resulta del todo inaceptable que por un lado (artículo 3) se tutele integralmente a la persona y por otro (artículo 65), se "entienda" una tutela restringida (cayendo en la absurda conclusión -de la que al parecer son autores los vocales que han suscrito esta decisión- que existe una tutela "diferenciada" para las personas y para los consumidores)⁽²²⁾.

c) Si bien es cierto que el hecho que motiva esta decisión es un caso típico de intereses difusos⁽²³⁾, la interpretación que se hace al artículo 51 de la Ley de Protección al consumidor es inexacta, por cuanto la vía judicial no es la única para proteger este tipo de intereses: también el INDECOPI en vía administrativa lo puede hacer.

En respuesta a ello, con fecha 28 de diciembre de 1998, se promulga la Ley No. 27049, en la cual se precisa el derecho de los ciudadanos a no ser

(22) Autorizada doctrina sostiene que: "la dimensión del consumo está englobada en aquella de la posición social y por consiguiente, confluye en el debate sobre la defensa de los valores de la persona y sobre la ciudadanía entendida en sentido lato" (ALPA. *Il diritto dei consumatori*. Roma-Bari: Laterza, 1995. p. VIII).

(23) Cfr. ARRARTE ARISNABARRETA. *La defensa procesal de los intereses difusos*. En: *Ius et Praxis*. No. 24. Lima, 1994 p. 121 y ss., quien afirma que "cuando el interés pertenece a un número indeterminado de personas (...) podemos decir que nos encontramos ante un interés difuso, es decir es extenso, amplio y pertenece a un número indeterminado de personas, pero no por esto es un interés débil o abstracto; se trata de un interés cierto y el hecho de que pertenezca a "todos en general y a nadie en particular" no lo debilita".

discriminados, adicionándose el artículo 7-B, el cual establece que “los proveedores no podrán establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que los primeros ofrecen en locales abiertos al público⁽²⁴⁾”. Con lo cual -al menos a nivel legislativo- se ha dado punto final al problema de la discriminación en las discotecas.

2.2 El caso Ripley.

Una peligrosa aplicación del principio de orden público dinámico, la podemos encontrar en materia de una (pretendida) discriminación al mercado de crédito. Los hechos son los siguientes: la señora Reynoso solicitó su afiliación a la “Tarjeta Ripley” en julio de 1999, brindando sus datos personales, copia de su documento de identidad y de su tarjeta de crédito CMR. Dos semanas después le fue denegado el crédito, informándole que su nombre no había ingresado al sistema debido a que domiciliaba en un distrito “no verificable”, encontrándose por ello fuera de la pauta de crédito, lo cual fue probado con una cinta magnetofónica que aportó la señora Reynoso. El 12 de agosto de 1999, la señora Reynoso denunció a Ripley y a Colocadora (empresa que realizó la calificación del crédito) ante la Comisión de Protección al Consumidor por discriminación, señalando que al evaluar su solicitud de crédito no se tuvo en consideración su condición crediticia, ni sus ingresos, sino que se limitaron a evaluar el lugar de su residencia y se denegó su solicitud porque domiciliaba en el distrito de La Victoria. La denunciante agregó que el distrito de residencia era una manera de calificar la condición socioeconómica de una persona y que, por tanto, Ripley había cometido un acto discriminatorio en su contra. Por su parte Ripley y Colocadora manifestaron que no se había efectuado trato discriminatorio alguno contra la señora Reynoso, puesto que la denegatoria de su solicitud de crédito respondió a una política de evaluación objetiva de créditos de consumo, ofreciéndose en prueba un documento titulado “Políticas Generales del Crédito de Consumo”. Debido a que Ripley no se encargó de evaluar el crédito, en Resolución Final No. 747-2000-CPC, del 1 de diciembre de 2000, la Comisión declaró improcedente la demanda respecto de Ripley. Asimismo, declaró infundada la

denuncia presentada, por cuanto no quedó acreditada la existencia de un trato discriminatorio por parte de Colocadora, estimando que los requisitos exigidos por esta empresa para la aprobación de créditos “para solicitantes con domicilio en el distrito de La Victoria responden a criterios objetivos”. En efecto, se afirmó que:

“Debe distinguirse entre dos mecanismos distintos que pueden ser utilizados por los proveedores para restringir el acceso de su ‘público objetivo’ a sus establecimientos. Uno de dichos mecanismos es el trato diferenciado, el otro es el trato discriminatorio. Mientras que el primero es lícito siempre que exista una razón objetiva que lo justifique, el segundo es, en esencia, ilícito.

En efecto, la utilización de un trato diferenciado para la selección del público objetivo por parte de las empresas no constituye por sí mismo un mecanismo ilícito, en tanto que éste puede encontrarse sustentado en razones objetivas y justificadas. Por el contrario, el trato discriminatorio sí constituye un mecanismo ilícito en tanto que, en este caso, no se permite el acceso a un determinado segmento de la población a determinados bienes o servicios por razones meramente subjetivas e injustificadas”.

Agregándose, respecto al caso concreto del mercado de crédito que:

“La aplicación de una política crediticia determinada por parte de una entidad financiera no implica necesariamente que la negativa en el otorgamiento del crédito responda a la comisión de un acto de discriminación y que por tanto el proveedor deba ser considerado responsable del mismo. Por el contrario, la respuesta lógica y natural al incumplimiento de determinados requisitos establecidos por el proveedor para el otorgamiento del crédito será la no aprobación del mismo y no la determinación *per se* de un acto de discriminación por la negativa en el acceso a dicha línea de crédito.

En este orden de ideas, la evaluación crediticia de los solicitantes de un crédito debe realizarse atendiendo a criterios objetivos que no conlleven una afectación a los derechos de los consumidores, pero que permitan al proveedor brindar el servicio reduciendo sus riesgos y, también como es natural, sus costos. Estos criterios suelen ser, entre otros, los ingresos, bienes, antecedentes

(24) En este numeral se agrega que: “está prohibido realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar otras prácticas similares, sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas.

La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado o, de ser el caso, a quien lo represente en el proceso o a la administración cuando ésta actúe de oficio. Acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada le corresponde al proveedor del bien o servicio. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y justificada, le corresponde a quien alegue tal hecho, probar que ésta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias.

Para todos estos efectos será válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios”.

crediticios, antigüedad laboral, entre otros. No obstante ello, la Comisión considera que el proveedor podría tomar en cuenta elementos adicionales a fin de evaluar la condición económica de la persona a quien le otorga el crédito, siempre que éstos sean objetivos.

Finalmente, debe también considerarse que sancionar *per se* cualquier denegatoria al otorgamiento de un crédito originado por el incumplimiento de alguno de los requisitos exigidos por la empresa financista como un acto discriminatorio implicaría obligar a las empresas a otorgar un tratamiento igualitario a todos los solicitantes, incluso a aquellos que importan mayor riesgo crediticio, elevando así el costo del crédito para todos los clientes como categoría (o reduciendo su bienestar agregado, lo que es lo mismo), lo que constituiría un efecto no deseado de la intervención del Estado en el mercado de créditos de consumo”.

Respecto del comportamiento del proveedor, la Comisión entendió que:

“Conforme a lo señalado por Colocadora, la razón objetiva que sustentaría dicha clasificación sería que el índice promedio de morosidad e incumplimiento en el pago de los créditos otorgados en dichos distritos (en el cual está incluido La Victoria) es muy alto, lo cual, generaría que las gestiones de verificación y cobranza en las zonas consideradas como ‘Zona Roja’, generarían mayores costos”.

La Comisión concluye apreciando que:

“Resulta lógico suponer que debido al mayor porcentaje promedio de morosidad existente en un determinado distrito, las empresas establezcan restricciones adicionales que conlleven a limitar el acceso a los productos o servicios ofrecidos, sin que ello implique necesariamente la práctica de conductas discriminatorias.

En tal sentido, es pertinente precisar que si bien dichas limitaciones importan la aplicación de medidas restrictivas para la evaluación crediticia de los potenciales clientes de una empresa, ello no significa que esta distinción sea efectuada de forma arbitraria. De este modo, el proveedor tendrá que acreditar cuáles son las razones que justifican la adopción de dichas restricciones.

En el presente caso, la señora Reynoso presentó los medios probatorios que acreditarían la existencia de un trato diferenciado por parte de Colocadora en relación con los clientes que habitan en el distrito de La Victoria.

el concepto de orden público dinámico, que está siendo asimilado por la jurisprudencia administrativa del INDECOPI, debe ser interpretado y actuado por los operadores jurídicos de manera muy prudente: a veces los cambios que generan efectos de impacto inmediato, no nos dejan ver las (verdaderas) consecuencias que, a largo plazo, se podrían presentar

Por su parte, Colocadora presentó los medios probatorios que, a juicio de la Comisión, acreditan que la decisión de adoptar mayores restricciones en el otorgamiento de la tarjeta de crédito Ripley a los potenciales clientes de La Victoria obedece a razones objetivas y justificadas tales como el alto promedio de morosidad en comparación con otros distritos existente al momento de adoptar la decisión de restringir el otorgamiento de los créditos de su empresa.

Conforme a lo señalado en el artículo 7-B de la Ley de Protección al Consumidor, si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y justificada respecto a un trato diferenciado, le corresponde a quien alegue las prácticas discriminatorias probar que ésta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en dichas prácticas.

Sin embargo, durante el desarrollo del procedimiento, y luego de presentada la información por parte de Colocadora, la señora Reynoso no ha cumplido con remitir los medios probatorios que acrediten que las razones argüidas por la denunciada para restringir el acceso a la tarjeta de crédito Ripley a los clientes de la Victoria constituirían un pretexto o una simulación para incurrir en dichas prácticas”.

Importante en esta decisión fue la prueba de Colocadora de acreditar que se emitieron tarjetas de crédito Ripley a usuarios que vivían en La Victoria⁽²⁵⁾, advirtiéndose que “de dicha información se desprende

(25) Al 19 de agosto de 1999, contaban con una cartera de 4.600 afiliados al sistema de Ripley en el distrito de La Victoria, de los cuales 1.500 se mantenían con un saldo activo.

que el hecho que un consumidor domicilie en un distrito que puede ser considerado ‘riesgoso o costoso’ por Colocadora, no lo descalifica inmediatamente como sujeto del crédito Ripley”. En efecto, la aplicación de las restricciones “no constituye un hecho *‘per se’* discriminatorio sino únicamente una señal de alerta en su proceso de aprobación de créditos para requerir mayor información crediticia al cliente a fin de que sustente su afiliación”.

En sentido contrario se pronunció la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, la cual, con fecha 8 de agosto de 2001, revocó la resolución de la Comisión, entendiendo que Ripley también era infractor de la Ley de Protección al Consumidor y que sí se había configurado un supuesto de discriminación. Respecto del primer punto se sostuvo que:

“Tiendas por Departamentos Ripley S.A. debía ser considerada como parte en el procedimiento toda vez que, por las circunstancias donde se desenvuelven los hechos, los consumidores trasladarían su confianza a esta última empresa debiendo ésta responder frente a ellos ante algún incidente”.

Se fundamenta esta decisión, afirmando que:

“Una de las formas por la cual un consumidor obtiene información sobre un producto o servicio es a través de su marca. Este signo llega a convertirse en un elemento relevante, sino determinante, en la decisión de los consumidores al momento de adquirir un bien o contratar un servicio (...).

Dentro de este contexto, un consumidor razonable entendería que en caso solicitara un crédito, estaría entablando una relación obligacional con Ripley. Para el consumidor quien le ofrece el servicio de crédito es Ripley; en caso de obtener el crédito, quien respondería ante alguna irregularidad sería Ripley. Sería a esta empresa a quien los consumidores trasladarían su confianza al momento de solicitar el servicio de crédito.

Si bien en la solicitud de afiliación o de crédito aparece en el extremo superior derecho el logo de la empresa Colocadora, ello no desvirtuaría la impresión que se llevaría este consumidor razonable al momento de aplicar a este sistema de crédito. Incluso cabe mencionar que en esa misma solicitud, en el extremo superior izquierdo, aparece también el logo que identifica a Ripley”.

Sin embargo, en el aspecto relativo a la discriminación, con el voto dirimente del Presidente de la Sala, se sostuvo que:

“no ha quedado acreditado en el presente caso que las empresas denunciadas hayan adoptado para con la

señora Reynoso una política diferenciadas basada en causas objetivas y justificadas al momento de rechazarle el acceso al sistema de crédito Ripley, al no existir constancia de haberle requerido elementos adicionales como sus boletas de pago o al no haber quedado acreditado fehacientemente que se realizaron visitas a su domicilio ni a su centro de trabajo, labor que normalmente realizan”.

No obstante la decisión, la Sala precisa que:

“El otorgamiento de un crédito es precisamente uno de los servicios que por sus propias características requiere la satisfacción de elementos adicionales por parte de los solicitantes a los que normalmente requeriría otro servicio. El proveedor pondría a disposición del solicitante una línea de crédito a fin de que éste realice consumos con cargo a dicha cuenta, los que deberán ser cancelados de acuerdo a la forma pactada. Evidentemente existe un riesgo para el proveedor del no repago oportuno del crédito, al encontrarse en una desventaja informativa respecto del solicitante, por lo que resulta razonable que vaya a exigirle el cumplimiento de una serie de requisitos que le otorguen el respaldo que necesita que evidentemente variarían según el caso particular, dada la heterogeneidad de los potenciales sujetos de crédito. Si bien esos requisitos seguramente serán más exigentes, deben estar igualmente basados en criterios objetivos”.

Agregando que:

“En este caso, la señora Reynoso domiciliaba en una zona clasificada como roja cuando presentó la solicitud del sistema de crédito Ripley, con lo cual, existían razones objetivas y justificadas para requerir de otros elementos para determinar si se le otorgaba o no el crédito.

Sin embargo, en el presente caso, no ha quedado acreditado fehacientemente que posteriormente a que la denunciante haya llenado su solicitud, las empresas denunciadas le hayan requerido mayor información o documentación para definir si se le daba acceso al sistema de crédito Ripley. En efecto, las denunciadas afirman que luego de verificar que la señora Reynoso domiciliaba en el distrito de La Victoria, calificada como zona roja, se le requirió que presentara algunas boletas de pago para verificar sus ingresos, requerimiento que habría sido efectuado al momento que se le entregó la tarjeta de cartón similar a la tarjeta Ripley. No obstante, la denunciante afirma que nunca se le entregó esa tarjeta de cartón y que menos aún se le requirió la presentación de boleta de pago alguna al momento de suscribir la solicitud o en algún otro documento”.

Para la Sala, “la política adoptada por las empresas denunciadas para otorgar el sistema de crédito Ripley”,

se basa en razones “objetivas y justificadas que permiten realizar un trato diferenciado a la señora Reynoso”. Sin embargo, se considera que “no ha quedado acreditado que se le hayan continuado exigiendo requisitos de carácter objetivo cuya falta de presentación haya originado la negativa al sistema de crédito Ripley”. En efecto, la Sala entiende que “el derecho a no ser discriminado es un derecho individual, que no está supeditado a que anteriormente otros no lo hayan sido”.

Resulta oportuno citar la principal *ratio decidendi* de la Sala:

“En el caso bajo análisis, la denunciante ha presentado indicios de que ha sido víctima de discriminación por residir en La Victoria, y la empresa ha señalado razones objetivas que fundamenten el pedido de información adicional a los residentes de este distrito, pero no para negar la opción de crédito. Sin embargo, la empresa no ha acreditado que en el caso de la demandante haya pedido dicha información adicional. Si bien esto podría haber sido por negligencia y no por discriminación, **el mandato legal no puede interpretarse de tal manera que obligue a comprobar fehacientemente que el motivo del trato diferenciado ha sido indubitablemente la discriminación**, pues sería ineficaz para cumplir el bien jurídico que busca proteger. En tal sentido, debe entenderse que el mandato legal de no discriminar requiere que las empresas no sólo adopten políticas que no sean discriminatorias, **lo cual sí ha sido acreditado por la denunciada**, sino que también las empresas efectivamente cumplan con dichas medidas, lo cual no fue acreditado en el presente procedimiento” (el resaltado es mío)⁽²⁶⁾.

Es importante señalar que tres vocales de la misma Sala votaron en discordia, en el sentido que se confirme la resolución de la Comisión, en el extremo referido a la discriminación, partiendo de la premisa que “no queda acreditado qué es lo que sucedió exactamente”, por cuanto “cada parte ha alegado una versión distinta de cómo habrían ocurrido los hechos”. Su fundamento es el siguiente:

“Teniendo en cuenta las características del servicio que se encuentra en análisis y considerando que no existe

certeza sobre los hechos ocurridos, en segundo lugar debe recurrirse a aquellos elementos que constituyan indicios sobre lo que podría haber ocurrido, para finalmente llegar a una conclusión sobre la base de los mismos.

Consideramos que se presentan dos elementos claves que nos han permitido arribar a la posición inicialmente planteada: el primero de ellos es el procedimiento detallado por las empresas denunciadas que tienen establecido y siguen al momento de analizar a un posible sujeto de crédito Ripley (el requerir información básica, el haber dividido los distritos de Lima y las áreas que los componen en zonas que varían de acuerdo al riesgo que significa para ellas y, en el supuesto de que la persona solicitante domicilie en una “zona roja”, requerir mayor documentación, entre otro tipo de requerimientos que efectúan para de alguna manera equilibrar la asimetría informativa en que se encuentran las prestadoras del servicio). Las denunciadas manifiestan que para el caso de la señora Reynoso aplicaron, como en cualquiera de los otros casos, este procedimiento, lo que resulta razonable, más aún (y éste constituye el segundo elemento relevante a nuestro criterio) si se tiene en cuenta que existen más de 4,500 personas que domicilian en La Victoria y a quienes sí se les brindó el acceso al crédito Ripley.

En efecto, ha quedado acreditado en el procedimiento que el domiciliar en La Victoria y ser sujeto del crédito Ripley no constituyen situaciones incompatibles. Estos indicios refuerzan la conclusión de que existe un procedimiento establecido por las empresas denunciadas que siguen antes de otorgar el crédito, el mismo que se prosiguió en este caso, al igual como en los muchos otros casos de posibles clientes con domicilio en La Victoria.

Los elementos indiciarios nos señalan que no hubo discriminación razón por la cual nuestro voto es porque se confirme la resolución apelada, en ese extremo”.

Estas contradictorias decisiones me generan los siguientes comentarios:

a) Respecto de la responsabilidad administrativa de Ripley, comparto la decisión de la Comisión, por cuanto, en el contrato de solicitud de crédito, firmado por la

(26) Esta resolución fue suscrita por el Presidente de la Sala (quien ejerció su voto dirimente) y un vocal. Sin embargo, un tercer vocal, emitió un voto singular, en el cual, respecto de la discriminación, coincidiendo con el sentido, difiere en los fundamentos. Así, respecto de las negativas telefónicas a la señora Reynoso, opina que “es importante destacar que tal respuesta le fue proporcionada por tres representantes de la empresa en tres momentos distintos, representantes que, además, se encontraban entrenados para atender al público en relación con estos y otros temas. Las conversaciones que la señorita Reynoso sostuvo, que se encuentran grabadas y obran en el expediente, **no dejan lugar a dudas en el sentido que se informó que su pedido no había procedido por razón de la ubicación de su domicilio en el distrito de La Victoria**”, agregando que “la secuencia de los hechos, a criterio del suscrito, acreditan que la tarjeta que le fue ofrecida a la denunciante al momento de suscribir la solicitud le fue negada -única y exclusivamente- por domiciliar en el distrito de La Victoria, sin que ello tenga relación alguna con sus ingresos u otros criterios objetivos, **lo que determina un acto de discriminación que debe ser sancionado**”. (El subrayado es mío).

señora Reynoso, si bien el encabezado de dicha solicitud se consignan los logotipos de Ripley y Colocadora, en la parte final del mismo se indica lo siguiente:

“reconozco que es derecho exclusivo de Colocadora S.A. aprobar o rechazar mi solicitud de crédito, y que en ninguno de los casos los antecedentes o formularios presentados me serán devueltos”.

En verdad, cuesta entender los parámetros de medición de los miembros de la Sala respecto del concepto del “consumidor razonable”. En efecto, ellos sostienen que “un consumidor razonable entendería que en caso solicitara un crédito, estaría entablando una relación obligacional con Ripley”. ¿Qué consumidor es más razonable? ¿Quien lee en su contrato de crédito que Colocadora va a hacer la evaluación del mismo o quien a mérito de un logotipo hace que Ripley también responda respecto de una calificación de crédito que no hizo, de lo cual se informó oportunamente al solicitante? Desde mi punto de vista, la responsabilidad administrativa frente a la (eventual) discriminación corresponde sólo a Colocadora. Ello, porque fue informado al solicitante y, por tanto, el parámetro del “consumidor razonable” debe ajustarse al consumidor que ha leído su solicitud de crédito. Esto quiere decir que la responsabilidad administrativa de Colocadora se dará a propósito de la aprobación (o no) del crédito y la responsabilidad administrativa de Ripley, una vez que se entable la

“relación obligacional con Ripley”: cuesta, además, entender cómo puede entablarse una relación obligacional con Ripley si es que previamente Colocadora no ha calificado el crédito. Es importante distinguir una cláusula que limita la responsabilidad (la cual sería nula), de una cláusula que delimita el objeto del contrato (que es absolutamente válida)⁽²⁷⁾. En este supuesto estamos frente al segundo caso: la obligación de Ripley surge después de la calificación del crédito.

b) Respecto de la pretendida discriminación, también prefiero la decisión de la Comisión y de la “minoría” de los miembros de la Sala. El problema, principalmente, se ha centrado en la evaluación de las pruebas ofrecidas por las partes. A criterio de la Comisión y de la “minoría” de la Sala, no quedó acreditada la discriminación. A criterio de la “mayoría” sí, advirtiendo que:

“Si bien esto podría haber sido por negligencia y no por discriminación, el mandato legal no puede interpretarse de tal manera que obligue a comprobar fehacientemente que el motivo del trato diferenciado ha sido indubitadamente la discriminación, pues sería ineficaz para cumplir el bien jurídico que busca proteger”.

En verdad, podría discutirse si se trató de una infracción de la Ley de Protección al Consumidor por la idoneidad o calidad del servicio (artículo 8⁽²⁸⁾ del D. Leg. No. 716, Ley de Protección al Consumidor), o por

(27) Sobre esta problemática en materia de cajas de seguridad, permítaseme remitir a ESPINOZA ESPINOZA. *La responsabilidad civil de los bancos en el servicio de cajas de seguridad*. En: *Derecho PUC*. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. No. 50, diciembre de 1996. p. 315. Este mismo artículo fue publicado y actualizado conjuntamente con GNANI, bajo el título *La responsabilità delle banche nel servizio delle cassette di sicurezza*. En: *Responsabilità civile e previdenza*. Año LXIII, fasc. 6. Milano, 1998. p. 1317.

(28) El cual establece lo siguiente: “**Responsabilidad de los proveedores**. Los proveedores son responsables, además, por la idoneidad y calidad de los productos y servicios; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben los productos; por la veracidad de la propaganda comercial de los productos; y por el contenido y la vida útil del producto indicados en el envase, en lo que corresponde”. Este artículo ha sido interpretado por la Sala de Defensa de la competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, mediante Resolución No. 085-96-TDC, del 13 de noviembre de 1996, que confirmó la Resolución en la cual la Comisión declaró fundada la denuncia interpuesta por el señor Humberto Tori Fernández contra Kouros E.I.R.L., a propósito de la comercialización de un par de zapatos que se rompieron dos meses después de haber sido adquiridos. En dicha Resolución, se estableció el siguiente precedente de observancia obligatoria:

“a) De acuerdo a lo establecido en la primera parte del artículo 8 del Decreto Legislativo 716, se presume que todo proveedor ofrece como una garantía implícita, que el bien o servicio materia de la transacción comercial con el consumidor es idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren éstos en el mercado, según lo esperaría un consumidor razonable, considerando las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados, lo que comprende el plazo de duración razonablemente previsible de los bienes vendidos. Sin embargo, si las condiciones y términos puestos en conocimiento del consumidor o que hubieran sido conocibles usando la diligencia ordinaria por parte de éste, contenidos en los documentos, envases, boletas, recibos, garantías o demás instrumentos a través de los cuales se informa al consumidor excluyen o limitan de manera expresa los alcances de la garantía implícita, estas exclusiones o limitaciones serán oponibles a los consumidores.

b) La carga de la prueba sobre la idoneidad del producto corresponde al proveedor del mismo. Dicha prueba no implica necesariamente determinar con precisión el origen o causa real de un defecto, sino simplemente que éste no es atribuible a causas imputables a la fabricación, comercialización o manipuleo”.

la información (artículo 5, inciso b⁽²⁹⁾ y 15⁽³⁰⁾ de la Ley de Protección al Consumidor). Y es que aquí se revela la inseguridad (e inconsistencia) de la decisión de los miembros de la “mayoría” de la Sala. En efecto, si el motivo fue la negligencia, se habría configurado una infracción en materia de idoneidad o información. Si el motivo fue la discriminación (cosa que -como se ve- para nadie quedó fehacientemente acreditada, salvo para el vocal que emitió el voto singular), se debió aplicar el artículo 7-B de la Ley que estoy comentando.

A mi modo de ver, el error se inició desde el planteamiento de la denuncia: debió haberse interpuesto por infracción de idoneidad (o en todo caso de información); pero no por discriminación (principalmente por no contar con una prueba consistente). En cambio, las pruebas aportadas por Colocadora han sido suficientes para acreditar que tenían criterios objetivos de selección

Es imposible sancionar por otras causales, cuando sólo se invocó la discriminación. Y es que al no configurarse ésta, aunque se hubieran configurado las otras causales (idoneidad, calidad o información), no cabría sancionar por discriminación al proveedor.

No debe olvidarse que el mercado en donde se está calificando la discriminación es un mercado de crédito (totalmente distinto al de consumo, como se presentó en las discotecas). En ello la opinión de los miembros de la Comisión y de la Sala (“mayoría”, minoría y votante singular comprendido) fue unánime. Por ello, el derecho a diferenciar puede asumir matices más acentuados (sin que con ello se llegue a discriminar). Una respuesta como la dada por la “mayoría” de la Sala, ante la inconsistencia de la prueba de la discriminación, es una mala señal en el mercado de crédito, por cuanto se revela como una (cuanto menos) indebida intervención dentro de la política de crédito de una institución financiera que, a su vez, generará

un encarecimiento de los costos en este segmento. En efecto, como autorizada doctrina italiana sostiene, si se impusiese irrestrictamente el principio de la igualdad, “la autonomía privada quedaría completamente destruida, por los límites absurdos que se acabaría por poner a la libertad de contratar, de testar, de disponer⁽³¹⁾”.

Es por ello que el concepto de orden público dinámico, que está siendo asimilado por la jurisprudencia administrativa del INDECOPI, debe ser interpretado y actuado por los operadores jurídicos de manera muy prudente: a veces los cambios que generan efectos de impacto inmediato, no nos dejan ver las (verdaderas) consecuencias que, a largo plazo, se podrían presentar.

3 Buenas costumbres. ¿Es necesaria su distinción con el orden público?

Las buenas costumbres son entendidas como “los cánones fundamentales de honestidad pública y privada a la luz de la conciencia social⁽³²⁾”. También se las conceptúa como “los principios morales corrientes en un determinado lugar, en un determinado momento. No se asume como norma de las buenas costumbres la moralidad **en sentido abstracto**, deducida de principios de razón, sino la que la opinión común, vigente en un **determinado ‘ambiente’**, considera y practica como tal (la denominada **ética social**). De esta manera, es menor el número de los negocios inmorales de lo que sería si se asumiese como criterio de valoración un concepto más rigorístico. Y como las costumbres cambian de una época a otra y de un lugar a otro, así puede ser inmoral, hoy en día, lo que no se consideraba inmoral ayer, y viceversa; o bien, una cosa es considerada inmoral en un país, y no en otro. Por tanto, el concepto de negocio inmoral es eminentemente **relativo**⁽³³⁾”.

(29) El cual establece lo siguiente: “**Derechos de los consumidores.** En los términos establecidos por el presente Decreto Legislativo, los consumidores tienen los siguientes derechos: (...)”.

b) derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios. (...)”.

(30) El cual regula: “**Información sobre productos y servicios ofertados.** El proveedor está obligado a consignar en forma veraz, suficiente, apropiada, muy fácilmente accesible al consumidor o usuario la información sobre los productos y servicios ofertados (...)”.

(31) RESCIGNO. *Persona e Comunità. Saggi di Diritto Privato*. Reedición. Padova: CEDAM, 1987. pp. 351-352.

(32) BIANCA. Op. cit.

(33) MESSINEO. Op. cit.; p. 481. Así, se sostiene que “la calificación del pacto, para decidir si se conforma o no a las buenas costumbres, corresponde al juez. Pero su apreciación no puede ser la propia, subjetiva, personalísima; pues ello conduciría a soluciones arbitrarias. El juez tiene que hacer una compulsión serena de los sentimientos o ideas generales dominantes, para inspirarse en el criterio general de hombre de bien. No puede primar su opinión propia, que podría pecar por original, extravagante, ora excesivamente intemperante, rigurosa, ora excesivamente tolerante y liberal. La apreciación tiene que hacerse con carácter social, de acuerdo al **standard** general de manera de comportarse de las gentes de buena conducta de una colectividad”. (BARANDIARAN. Op. cit.; pp. 43-44). Por ello, cuando

Por otro lado, se sostiene que por buenas costumbres “se ha de entender los hábitos inveterados de la sociedad que sean conformes con la moral del Código. La moral extra-Código está exenta de la autoridad de los magistrados⁽³⁴⁾”.

Hay un sector de la doctrina nacional que entiende que las buenas costumbres son las costumbres (jurídicas) que tienen el juicio de valor de buenas. Así, a propósito de lo dispuesto por el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, se sostiene que “la expresión **buena costumbre**, requiere tres calificaciones: que sea una **costumbre jurídica**; que pueda ser calificada como **buena**; y, además, que el acto jurídico materia de análisis sea **contrario** a tal buena costumbre jurídica⁽³⁵⁾”. Desde mi punto de vista, se incurre en error cuando se pretende que exista un punto de convergencia entre la costumbre jurídica (entendida como norma jurídica) y las buenas costumbres. El concepto de costumbre al que se refiere (valga la redundancia) las buenas costumbres es a un hábito socialmente aceptado (que no consiste fuente de derecho, como la costumbre jurídica), y que merece el calificativo de bueno, por adecuarse a las reglas de la ética de una sociedad determinada⁽³⁶⁾. No objeto que el sustrato común entre la buena costumbre y la costumbre jurídica resida en la habitualidad de ambas; pero mientras la primera se ciñe a los valores morales, la segunda es un tipo de norma jurídica, calificación que no ostenta la primera, por cuanto una presupone la “estructura de poder” que la hace obligatoria y la otra no. Aceptar lo contrario, haría de difícil explicación cómo es que la costumbre jurídica (que ya tiene el juicio de valor de la *opinio iuris necessitatis*, vale decir, que ya fue entendida como buena y justa dentro de su entorno social), sea calificada nuevamente como buena. Asimismo, originaría serias dificultades para entender la diferencia y articulaciones entre la costumbre *secundum legem* y la buena costumbre⁽³⁷⁾. ¿Tiene sentido hablar de una costumbre mala o buena conforme a ley?, o ¿Que un acto jurídico sea contrario a una mala o buena costumbre *secundum*

legem?). En mi opinión son distintos los escenarios en que se desenvuelven las costumbres jurídicas y las buenas costumbres y sería un error confundirlos: la costumbre jurídica es un norma jurídica, mientras que la buena costumbre es la adecuación de la conducta a las reglas de la moral.

Si se entiende al orden público como un conjunto de principios sobre los cuales se basa la estructura y funcionamiento de la sociedad y a las buenas costumbres, como la adecuación de la conducta humana a las reglas de la moral, es forzoso llegar a la conclusión que la relación entre ambos es de género a especie y, no se encuentra justificación para que se mantenga la autonomía conceptual de las buenas costumbres frente al orden público, por cuanto las primeras están subsumidas en el último. Ello se pone de manifiesto si se hace un análisis del tenor del artículo V del Título Preliminar del Código Civil. En efecto, como lo ha señalado un sector de la doctrina nacional⁽³⁸⁾, se pueden inferir los siguientes supuestos:

a) Es nulo el acto jurídico contrario a las normas que interesan al orden público.

b) Es nulo el acto jurídico contrario a las normas que interesan a las buenas costumbres.

Advirtiendo que la redacción del artículo V del Título Preliminar del Código Civil es equívoca, se sostiene que en materia de buenas costumbres, “puede entenderse de dos formas: la primera sería ‘es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan a las buenas costumbres’; la segunda ‘es nulo el acto jurídico contrario a las buenas costumbres’”. El significado de ambas lecturas es completamente distinto, porque en la primera alternativa, sería necesario que la buena costumbre esté recogida en una norma legal, en tanto que en el segundo, la buena costumbre adquiere autonomía normativa y no será necesario que se halle recogida expresamente en la legislación⁽³⁹⁾”.

Comparto la posición que sostiene que la interpretación correcta es la última⁽⁴⁰⁾. En efecto, no se justifica por qué el orden público (concepto más

una norma sanciona con nulidad los actos contrarios (a las leyes que interesan) a las buenas costumbres, “la norma jurídica no define qué es lo que se entiende por buenas costumbres, decoro, decencia, pudor, compostura, sino que se remite a lo que dispongan las costumbres que estén vigentes sobre estas materias”. (RECASENS SICHES. *Introducción al Estudio del Derecho*. México: Porrúa, 1981. p. 106).

(34) DE GASPERI y MORELLO. Op. cit.

(35) RUBIO CORREA. Op. cit.; p. 103.

(36) Así, cuando se sostiene que “de las costumbres, o sea hábitos públicos, nos referimos a las buenas, o sea que son morales” (el énfasis es mío) (ARAUZ CASTEX. Op. cit.; p. 195).

(37) Aunque la doctrina nacional que vengo citando las entiende como sinónimas (RUBIO CORREA. Op. cit.; p. 92).

(38) RUBIO CORREA. Op. cit.

(39) RUBIO CORREA. Op. cit.

(40) RUBIO CORREA. Op. cit. También comparte esta interpretación VIDAL RAMÍREZ, en *Orden Público y nulidad virtual* ..., p. 249.

amplio y general) deba pasar por el tamiz del reconocimiento de la norma jurídica y no el de las buenas costumbres (que forma parte del mismo). Sin embargo, creo necesario precisar que, partiendo desde la perspectiva que el concepto de buenas costumbres

está subsumido dentro del concepto de orden público (y, por consiguiente deviene en totalmente prescindible), bastaría con la fórmula que “es nulo el acto jurídico contrario a las normas que interesan al orden público”. 卍