

THEMIS

Revista de Derecho



Derecho Bancario y Financiero
1965 - 2022

THĒMIS

d e s d e 1 9 6 5

© Asociación Civil THĒMIS, 2021
Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú
editor@themis.pe
themisconsejoeditorial@gmail.com
cceethemis@gmail.com
www.themis.pe
www.revistas.pucp.edu.pe/themis

81

Editores: Miguel Sebastián Nicolás Garcés Gutiérrez y Joyce Alexandra Uriol Quiroz
Coordinador: Freddy Escobar Rozas
Diseño y diagramación: Mario Popuche Llontop

El contenido de los artículos publicados en **THĒMIS-Revista de Derecho**, así como las opiniones y posturas vertidas en ellos, son de responsabilidad exclusiva de los autores.

THĒMIS autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta publicación, siempre que se cite la fuente y utilice para fines académicos.

Primera edición: Noviembre 2022
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: 2000-0958
ISSN: 1810-9934 (Impreso)
ISSN: 2410-9592 (En línea)
Registro de Proyecto Editorial: 31501132200536
THĒMIS-Revista de Derecho 81. ISSN: 1810-9934 (Impreso)
Año LVIII - Número 81

Editado por:
Asociación Civil THĒMIS, 2021
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
Domicilio legal: Calle Santa Honorata 384, Piso 3, Lima 01, Perú
Teléfono: 626-2000, anexo 5391

Impreso por:
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156 Breña
tareagrafica@tareagrafica.com
Lima - Perú

PRESENTACIÓN

Si hay algo que distingue cada edición de THĒMIS-Revista de Derecho es el compromiso con la calidad editorial, el fortalecimiento de los estándares académicos y la permanente innovación a partir de los diversos ámbitos de la disciplina, pilares que nos permiten mantener una posición de pioneros en la difusión de la cultura jurídica, tanto a nivel nacional como internacional.

De esta manera, vastas generaciones del Consejo Ejecutivo han logrado seleccionar propuestas que abordan las más trascendentales y novísimas cuestiones sobre diversas ramas del derecho, trazando sublimes debates, buscando conciliación e incitando a la más profunda reflexión. Y esta propuesta no fue la excepción. Es así que la presente entrega de THĒMIS-Revista de Derecho es una oportunidad para poner de relieve la trascendencia del Derecho Bancario y Financiero.

En efecto, esta edición materializa el deseo de impulsar el estudio e introspección acerca del funcionamiento del sistema bancario y financiero desde el punto de vista jurídico, particularmente, la correcta interrelación entre sus agentes, los matices de las múltiples operaciones típicas, el dinamismo dentro de los mercados financieros, el vínculo con la función estatal y el intercambio de capital dentro de las diversas instituciones financieras. Y la decisión no pudo ser más acertada, siendo la actividad bancaria y financiera uno de los fenómenos humanos que ha rotulado un hito incommensurable en la evolución de las diversas economías y sociedades en el mundo.

Al transitar por estas ilustres líneas, el lector podrá encontrar contenidos temáticos nunca antes desarrollados a lo largo de nuestra amplia trayectoria, vinculados a las operaciones financieras, tales como las cláusulas de aceleración de los contratos de financiamiento; a la inclusión financiera con relación a la clasificación crediticia y los préstamos financieros; al riesgo legal del sistema financiero; a los procesos vinculados al mercado de valores, tales como la titulización de activos; y a la sostenibilidad corporativa regulada por la Superintendencia del Mercado de Valores. Finalmente, ponemos a disposición de la comunidad jurídica una pieza invaluable protagonizada por prestigiosos economistas: una mesa redonda vinculada al control de las tasas de interés, donde se abarcan polémicas cuestiones tales como la racionalidad del cobro, los costos o beneficios, los alcances de los límites y los posibles efectos del control estatal.

El presente volumen es fruto de todo el trabajo editorial construido desde nuestra posición estudiantil, partiendo siempre desde la más férrea dedicación, diligente vocación y arduo compromiso, poniendo de relieve que tal nivel de excelencia no sería posible sin la colaboración de los exponentes más destacados del medio, quienes, al igual que en cada entrega, logran plasmar con la más notable erudición una serie de cuestiones que ponen en el foco del debate las más innovadoras temáticas de nuestra disciplina.

Con el más sentido orgullo reafirmamos que THĒMIS-Revista de Derecho logra, una vez más, aportar contenido de la más alta calidad a la comunidad jurídica, labor que sin duda alguna será extendida por nuestros sucesores, quienes con servicio y honra seguirán moldeando nuestra legendaria consigna: **Innovar es nuestra tradición**.

Lima, octubre de 2022

EL CONSEJO EJECUTIVO



Reseña sobre la Pintura

THĒMIS-Revista de Derecho se complace en presentar como portada de su edición 81 al óleo “Place du Théâtre Français, Paris: Rain”, c. 1898, de Jacob Abraham Camille Pissarro (1830-1903). Considerado uno de los más grandes representantes del impresionismo, el paisajista Camille Pissarro deja como legado una serie de obras, en las que se destaca su obra impresionista urbana. En la pintura presentada en esta edición se puede apreciar la avenida de la ópera de París y la plaza que quedaba junto al hotel La Rue Saint-Honoré, hotel en el que se hospedó durante su vejez a causa de la pérdida progresiva de su visión. Eligió una habitación con vistas a las calles para apreciar la vida en la ciudad moderna a fin de, como todo artista, encontrar inspiración. Pissarro impresionado con la ciudad parisina señala “Estoy encantado de pintar estas calles de París, que la gente considera fea, pero que son tan dinámicas, luminosas y vitales”, y ello se ve reflejado en la pintura, pues en esta se evidencia que el pintor quería reflejar el dinamismo y movimiento constante que formaba parte de las calles parisinas. Asimismo, como todo pintor impresionista, buscó plasmar la luz y el instante en el que pintó la obra, para así conseguir una representación espontánea y fresca, y con ello generar un impacto visual y una nueva perspectiva en el espectador. Para lograr este efecto espontáneo, el pintor se valió de pinceladas rápidas, grandes y flojas, distintas a lo que el estilo tradicional exigía.

THÉMIS

Revista de Derecho

Publicación semestral editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

2021-2

CONSEJO DIRECTIVO

César Eduardo Véliz Núñez (Actualidad Jurídica)
Rodrigo Alejandro Falla Valdez (Administración)
Chiara Lucía Jacob Camaiora (Contenido)
Vivian Alcira Bustamante Yabar (Cursos & Capacitaciones)
Álvaro César Peña Villanueva (Desarrollo Social)
Mateo Francisco Valdez Alcázar (Financiamiento)
María Fernanda Villanueva Ruete (Imagen Institucional)
Rosa Juliana Sobrados Burgos (Publicaciones)
María José Escobar Castillo (Recursos Humanos)
David Jesús Rubio Alcántara (Seminarios)

MIEMBROS ACTIVOS

Actualidad Jurídica

Adriana Chávez Copa
Nadia Cautivo Padilla
Rossmary Flórez Huacasi
Alfredo Huamaní Romero
Mariel Abad Vergara
Felipe Núñez del Prado Chaves
Genaro Ormachea Baca

Romina Ñaña Ramos
Nicole Vera Trujillo

Financiamiento

Lucía Cuglievan Blume
Andrea Tapia Olivares
Daniela Torres Separak

Administración

Mariana Gálvez Zárate

Imagen Institucional

Alessandra García Rojas
Ciomar Levano Vía
Naried Mansilla Lingán
Danae Ramos Granados

Contenido

Franco Arce Saldarriaga
Katherine Larios Pulido
María Fernanda Sanabria Gamboa
Joyce Uriol Quiroz
Liz Cachi Delgado
Ariana Chávez Cortez

Publicaciones

Hernán Nieves Ferry
María Paula Ruiz Coral
Caroline Camarena Cárdenas
Jazmín Sotomayor de la Cruz

Cursos & Capacitaciones

Gonzalo Milton Noriega Chuquiray
Alejandra Podestá Gutarrá
Brisa Goycochea Escobal
Diego Zumarán Castro

Recursos Humanos

Gabriel Cayani Banda
Gabriela Fernández Mendoza
Fernanda Franco Dulanto
Ana Valeria Acosta Salaverry

Desarrollo Social

Maricielo Ríos García
María Paz Rodríguez Galiano
Mirella de la Cruz Aquino

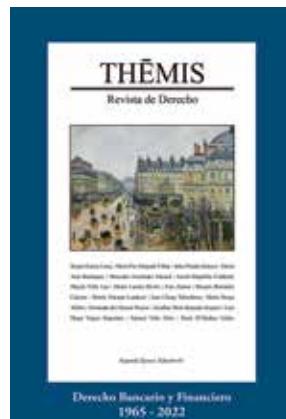
Seminarios

Angela Romero Carranza
Valeria Rojas Valverde
Andrea Apolín Vargas
Dania Baldeón Miranda

CONSEJO CONSULTIVO

Alfredo Bullard González (PUCP)
Guido Calabresi (U. de Yale)
Robert D. Cooter (U. de California, Berkeley)
Javier de Belaúnde López de Romaña (PUCP)
Fernando de Trazegnies Granda (PUCP)
Carlos Fernández Sessarego † (UNMSM)
Baldo Kresalja Roselló (PUCP)

César Landa Arroyo (PUCP)
Javier Neves Mujica † (PUCP)
Javier Pazos Hayashida (PUCP)
Richard A. Posner (U. de Chicago)
George L. Priest (U. de Yale)
José Daniel Amado Vargas (PUCP)



Editores Generales

Miguel Sebastián Nicolás Garcés Gutiérrez, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Joyce Alexandra Uriol Quiroz, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Consejo Editorial de THĒMIS-Revista de Derecho

Elvira Méndez Chang, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Ana Teresa Revilla Vergara, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Fernando Cantuarias Salaverry, Universidad del Pacífico, Perú
Cecilia O'Neill de la Fuente, Universidad del Pacífico, Perú
Carlos Zelada Acuña, Universidad del Pacífico, Perú
José Manuel Álvarez Zárate, Universidad Externado de Colombia, Colombia
Rémmy Cabrillac, Université de Montpellier, Francia
Michele Taruffo, Università degli Studi di Pavia, Italia
Carlos Moreiro González, Universidad Carlos III de Madrid, España
Daniel Francisco Mitidiero, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil
Antonio Saccoccio, Università degli Studi di Brescia, Italia
René Provost, McGill University, Canadá
Manuel Atienza Rodríguez, Universidad de Alicante, España
Luiz Guilherme Marinoni, Universidade Federal do Paraná, Brasil

Consejo Consultivo de THĒMIS-Revista de Derecho

Alfredo Bullard González, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Guido Calabresi, Universidad de Yale, Estados Unidos
Robert D. Cooter, Universidad de California - Berkeley, Estados Unidos
Javier de Belaúnde López de Romaña, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Fernando de Trazegnies Granda, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Carlos Fernández Sessarego†, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú
Baldo Kresalja Roselló, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
César Landa Arroyo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Javier Neves Mujica†, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Javier Pazos Hayashida, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Richard A. Posner, Universidad de Chicago, Estados Unidos
George L. Priest, Universidad de Yale, Estados Unidos
José Daniel Amado Vargas, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho

Ariana Valeria Chávez Cortez, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú.
Danae Lucienn Ramos Granados, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Franco Arce Saldarriaga, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Iñigo Carrión Marsano, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Maria Fernanda Sanabria Gamboa, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Nicolás Teodoro Cabrera Súmar, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

THĒMIS-Revista de Derecho es una publicación semestral, editada y publicada, en formato impreso y electrónico, por la Asociación Civil THĒMIS, conformada enteramente por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La revista fue fundada en 1965 y viene siendo publicada de manera ininterrumpida desde 1984. El contenido de la revista versa sobre temas relacionados al Derecho y la cultura jurídica en general, estando dirigida a un público de académicos, abogados y estudiantes de Derecho. Los artículos publicados en THĒMIS-Revista de Derecho constituyen una fuente de consulta tanto para profesionales como estudiantes, siendo una fuente importante de doctrina jurídica en el ámbito nacional. THĒMIS-Revista de Derecho es una Revista arbitrada que se encuentra oficialmente indexada en Latinindex y Clase, Directory of Open Access Journals (DOAJ), sistemas de información de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), y en Dialnet, catálogo de la Universidad de La Rioja, España. Asimismo, THĒMIS-Revista de Derecho puede ser ubicada en el Repositorio digital de la Biblioteca de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y en los agregadores Ebsco y vLex. De igual forma, THĒMIS-Revista de Derecho se encuentra anexada a los portales web internacionales de recepción de artículos ExpressO y Scholastica. Los estándares académicos y calidad editorial de nuestra revista se encuentran certificados internacionalmente. THĒMIS-Revista de Derecho, se encuentra en constante convocatoria abierta para recepción de artículos relativos al tema central que el Consejo Ejecutivo elija o a cualquier otro tema relacionado a la disciplina del Derecho.

TEMA CENTRAL: Derecho Bancario y Financiero

Derecho Bancario y Financiero

Sergio García Long

La cláusula de aceleración en las operaciones financieras

Acceleration clause in financing agreements

13

María Paz Delgado Yábar

¿Tener una buena calificación crediticia sin haber pedido antes un préstamo? Una propuesta para la inclusión financiera

Having a good credit rating without having borrowed before? A proposal for financial inclusion

33

John Pineda Galarza

El riesgo legal en el sistema financiero: Una mirada práctica a la naturaleza cualitativa de este riesgo y su impacto

Legal risk in the financial system: A practical look into the qualitative nature of this risk and its impact

43

Derecho Bursátil: Capital Markets

Mario Arce Rodríguez

El nuevo reporte de sostenibilidad corporativa en el mercado de valores:

Apuntes en torno a la cadena de producción y el consumo responsable

The new corporate sustainability report in the stock market: Notes on the production chain and responsible consumption

63

Mercedes Fernández Moscol y Astrid Mogollón Calderón

Criterios ASG: Tendencias y algunos apuntes sobre la situación en el Perú

ESG criteria: Trends and some notes on the situation in Peru

77

Miguel Viale Leo y Mateo Lanata Dávila

Los procesos de titulización de activos: Comentarios al precedente de observancia obligatoria emitido por la superintendencia del mercado de valores

The processes of securitization of assets: Comments on the mandatory observance precedent issued by the superintendence of the securities market

89

MESA REDONDA

Iván Alonso, Roxana Barrantes Cáceres y Martín Naranjo Landerer

Control de tasas de interés

Control of interest rates

111

MISCELÁNEAS

Juan Chang Tokushima y Mario Drago Alfaro

Bid rigging o concertación en licitaciones: ¿Qué, cuándo y cómo se produce un *hard core* cartel bajo esta modalidad?

Bid rigging or collusive tendering: What, when and how is a hard core cartel produced under this mode?

119

Fernando del Mastro Puccio

Pensar y sentir de estudiantes de derecho en su contacto con el mundo profesional

Thoughts and feelings of law students in their contact with the Workplace

135

Josefina Miró Quesada Gayoso

El género en la concepción y aplicación de la justicia penal

The gendered conception and practice of criminal justice

149

Luis Diego Vargas Sequeiros

La aplicación del principio de oponibilidad para la solución de casos de doble venta inmobiliaria: Un análisis jurisprudencial

The application of the opposability for the solution of double sale of property cases: A jurisprudential analysis

169

Samuel Véliz Ortiz y Paula D'Medina Valdez

Aproximaciones y comentarios a las reorganizaciones societarias transfronterizas: La fusión y la redomiciliación

Approaches and comments on cross-border corporate reorganizations: Mergers and re-domiciliation

187

COORDINADOR GENERAL

Freddy Escobar Rozas

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Leyes por la Universidad de Harvard. Estudios de Post-grado en Contratación Financiera en la Universidad Castilla – La Mancha.

Su práctica está enfocada en banca y finanzas, mercado de capitales, contratos y arbitraje. Actualmente, es socio de Lazo, De Romaña & Bravo Abogados. Se desempeña en operaciones de financiamiento, negociación de contratos complejos y arbitrales locales e internacionales. Además, es miembro del Comité Directivo de la Maestría de Banca y Finanzas de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Es autor de diversos libros y artículos de impacto relativos a banca y finanzas, algunos publicados en revistas de relevancia como THĒMIS-Revista de Derecho, *Advocatus e Ius et Veritas*. Así, obtuvo reconocimientos como el Premio Alacde al mejor trabajo en Derecho financiero.

Lawyer by the Pontifical Catholic University of Peru. Master of Laws from Harvard University. Post-graduate studies in Financial Contracting at the Universidad Castilla - La Mancha.

His practice is focused on banking and finance, capital markets, contracts, and arbitration. He is currently a partner at Lazo, De Romaña & Bravo Abogados. He works in financing operations, negotiation of complex contracts and local and international arbitration. In addition, he is a member of the Steering Committee of the Master's Degree in Banking and Finance at the Pontifical Catholic University of Peru.

*He is the author of various impactful books and articles related to banking and finance, some of which have been published in relevant journals such as THĒMIS-Revista de Derecho, *Advocatus and Ius et Veritas*. Thus, it obtained recognition such as the Alacde Award for the best work in Financial Law.*

ASESORA TEMÁTICA

Jeanette Aliaga Farfán

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho por la Universidad de Harvard.

Actualmente, es asociada del estudio Benites, Vargas & Ugaz. Su práctica está enfocada en banca y finanzas, mercado de capitales, fusiones y adquisiciones. Además, es directora de la Maestría de Derecho Bancario y Financiero de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Es autora de diversos artículos de impacto relativos a banca, finanzas y mercado de valores. Algunos se encuentran publicados en revistas de relevancia como THĒMIS-Revista de Derecho, *Derecho y Sociedad e Ius et Veritas*.

Lawyer from the Pontifical Catholic University of Peru. Master of Laws from Harvard University.

Currently, she is an associate of the Benites, Vargas & Ugaz law firm. His practice is focused on banking and finance, capital markets, mergers, and acquisitions. In addition, she is the director of the Master's Degree in Banking and Financial Law at the Pontifical Catholic University of Peru.

*She is the author of various impact articles related to banking, finance, and the stock market. Some are published in relevant journals such as THĒMIS-Revista de Derecho, *Derecho y Sociedad* and *Ius et Veritas*.*

DERECHO BANCARIO Y FINANCIERO

Hernández & Cía.

 Av. Javier Prado Oeste 795. Magdalena del Mar, 15076 – Lima - Perú

 + 51 (1) 611 5151

 hernandez@ehernandez.com.pe

 <https://www.ehernandez.com.pe/>

 <https://www.linkedin.com/company/hernandez-&-cia--abogados/>

LA CLÁUSULA DE ACCELERACIÓN EN LAS OPERACIONES FINANCIERAS

ACCELERATION CLAUSE IN FINANCING AGREEMENTS

Sergio García Long*

Pontificia Universidad Católica del Perú

This paper explains the contractual structure of the acceleration clause, or early maturity of the contract term. This clause is typical of financing agreements and is the principal contractual remedy to recover the capital and the total expected profit of the contract.

Although the law allows this remedy for certain situations, contractual practice has proposed a more complex scheme that better accommodates the risks involved in a financing. The study of the acceleration clause makes it possible to overcome the divorce observed between the legal remedies of the Civil Code and the conventional remedies of financial contractual practice.

KEYWORDS: Acceleration; early maturity; financings.

El presente trabajo desarrolla la estructura contractual de la cláusula de aceleración, o vencimiento anticipado del plazo del contrato. Este pacto es típico de los contratos de financiamiento y es el remedio contractual por excelencia para recuperar el capital desembolsado y la ganancia total esperada del contrato.

Aunque la ley reconoce este remedio para ciertos supuestos, la práctica contractual ha propuesto un esquema más complejo que se acomoda mejor a los riesgos involucrados en un financiamiento. Estudiar a la cláusula de aceleración permite superar el divorcio que se observa entre los remedios legales del Código Civil y los remedios convencionales de la práctica contractual financiera.

PALABRAS CLAVE: Aceleración; vencimiento anticipado; financiamientos.

* Abogado. Miembro de la Comisión Consultiva de Derecho Civil del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Especialista en derecho de contratos, societario, financiamientos, M&A y arbitrajes. Asociado en Vargas Pareja Abogados (Lima, Perú). Contacto: sergio.garcial@pucp.edu.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 22 de marzo de 2022, y aceptado por el mismo el 25 de agosto de 2022.

I. INTRODUCCIÓN: ¿QUÉ ES LA ACCELERACIÓN DEL CONTRATO?

Mientras que los civilistas prefieren la denominación ‘vencimiento anticipado’, los anglosajones la llaman ‘aceleración’ (*acceleration*) por su funcionalidad.

Este remedio tiene sentido en aquellos contratos donde el deudor debe pagar una suma dineraria fragmentada, esto es, en cuotas a lo largo del tiempo. Como la deuda dineraria no se paga en una sola armada y en un solo momento, surge sobre el acreedor el particular riesgo de que el deudor no cumpla con el pago de alguna de las armadas en algún momento durante la vigencia del contrato. Si bien el pago de una suma dineraria fragmentada puede presentarse en cualquier tipo de contrato, este riesgo es particular en los préstamos, sobre todo en aquellos en los que el acreedor procede al desembolso del total del capital con la suscripción del contrato, de manera que queda a la espera del transcurso del tiempo para que el deudor proceda a devolver el capital en el número de cuotas y tiempo pactado.

Ante tal escenario, el acreedor necesita de un remedio que le permita reaccionar frente al incumplimiento de cualquier cuota y no hasta que venza el plazo total del contrato y se haya incumplido toda la deuda. En otras palabras, a pesar de que se haya desembolsado todo el capital, el acreedor necesita de un remedio que pueda ser ejercido ante el incumplimiento de parte del préstamo, pero para recuperar todo el préstamo.

Fíjese que la situación es distinta frente al incumplimiento de otro tipo contractual, como puede ser el precio fragmentado en un contrato de compraventa, donde el pago de tal suma dineraria no consiste en la devolución de algo previamente entregado. Por ello, aunque en este caso se puede acelerar el contrato para exigir el pago de todo el precio ante la falta de pago de solo una parte, ello no implica la devolución de una suma dineraria previamente entregada a diferencia del préstamo.

Es importante distinguir ambos escenarios para apreciar la particular circunstancia en la que tiene sentido que proceda la aceleración o vencimiento anticipado del contrato. En un préstamo el pago del capital significa la devolución del mismo. El acreedor entrega el capital en favor del deudor y se coloca en una posición pasiva, a la espera de que el deudor cumpla con devolver el capital más los intereses respectivos, usualmente en un número de cuotas repartidas a lo largo de un plazo. Si el acreedor tuviera que esperar a que el deudor incumpliera todas las cuotas para recién poder recuperar la totalidad del capital, el deudor podría

comportarse de manera oportunista e incumplir conscientemente el contrato. Por el contrario, si el acreedor tendrá la posibilidad de exigir la devolución de la totalidad del capital ante el incumplimiento de cualquier cuota, el deudor tendrá incentivos para cumplir todo el contrato, esto es, pagar cada cuota en el monto y tiempo pactados. Para ello se pacta la aceleración.

La sección II del presente trabajo distingue a la aceleración convencional de la aceleración legal, la sección III explica el tipo de remedio, la sección IV las causales que pueden gatillar la aceleración del contrato, la sección V explica los efectos de acelerar o dar por vencido un contrato, la sección VI desarrolla las funciones que puede cumplir la aceleración, la sección VII presenta la regulación legal peruana que se refiere a la aceleración, la sección VIII desarrolla cómo se presenta la aceleración en tres tipos de financiamiento y la sección IX concluye.

II. FUENTE CONVENCIONAL

Se debe diferenciar entre la aceleración convencional y la aceleración legal. A pesar de que la aceleración puede tener su fuente en la ley aplicable, sobre todo en jurisdicciones del *Civil Law*, la misma es usualmente pensada y definida en el *Common Law* como una cláusula que se incorpora al contrato y no como un término que se integra por disposición de una norma supletoria. Por ello, cuando alguna ley en una jurisdicción anglosajona reconoce a la aceleración lo hace para señalar que se trata de un pacto. Esta diferente forma de ver a la aceleración ha hecho que este remedio se encuentre más desarrollado en la práctica contractual anglosajona. La libertad contractual ha permitido que la aceleración tenga un mayor ámbito de aplicación y una estructura más compleja que se acomode mejor a la operación en cuestión, y es este tipo de aceleración la que demuestra sus verdaderas características, a diferencia de la aceleración (limitada) que está regulada de manera supletoria en los Códigos Civiles.

En la práctica del *Common Law*, la aceleración es típica de los contratos financieros o instrumentos de deuda, y se gatilla para hacer inmediatamente exigible (*due and payable*) toda la deuda y así proceda la ejecución de las garantías ante circunstancias que pongan en peligro el cobro del crédito. La cláusula de aceleración puede pactarse para que sea activada de manera **preventiva** cuando el acreedor se sienta inseguro frente a su deudor, por ejemplo, ante situaciones de insolvencia, deterioro de garantías o la falta de reemplazo o restitución de las mismas, entre otros casos. Incluso, el pacto puede ser más general y ambiguo y, en lugar de señalar supuestos específicos, indicar que proce-

derá el pago inmediato de toda la deuda cuando el acreedor tenga razones para creer que el deudor incumplirá cuando le toque cumplir. Estas son las denominadas *insecurity clauses*¹.

Por ejemplo, la sección 1-309 del Uniform Commercial Code regula la aceleración discrecional, que permite el pago inmediato de la deuda 'a voluntad' del acreedor o cuando 'se considere inseguro':

§ 1-309. Opción de acelerar a voluntad

Un término que dispone que una de las partes o el sucesor de tal parte en interés puede acelerar el pago o el cumplimiento o requerir garantía o garantía adicional "a voluntad" o cuando la parte "se considere insegura", o palabras de significado similar, significa que la parte tiene la facultad de hacerlo solo si dicha parte considera de buena fe que la perspectiva de pago o cumplimiento está deteriorada. La carga de demostrar la buena fe está en la parte contra la que se ha ejercido la facultad (1952) [traducción libre]².

También la cláusula de aceleración puede pactarse para que se active de manera **reactiva**, esto es, ante la ocurrencia de un efectivo incumplimiento financiero (falta de pago de capital y/o intereses), bastando para ello el incumplimiento de una sola cuota, o ante un incumplimiento no financiero que alteren el riesgo de *default* (venta de activos, fusiones o escisiones, incumplimiento de otro contrato, entre otros)³.

Por ejemplo, véase la sección 8.1(a) del Restatement Third of the Law of Property: Mortgages, el cual señala que la aceleración se activa ante un incumplimiento:

§ 8.1. Devengo del derecho de ejecución hipotecaria – Aceleración

(a) Una cláusula de aceleración es un término en una hipoteca, o en la obligación que asegura, que facilita al acreedor hipotecario en caso

de incumplimiento del deudor hipotecario de declarar la obligación completa inmediatamente debida y pagadera. La aceleración es efectiva en la fecha especificada en la notificación por escrito del acreedor hipotecario al deudor hipotecario remitida tras el incumplimiento (1997) [traducción libre]⁴.

Por el contrario, cuando la aceleración o vencimiento anticipado es regulado por una ley civilista se encuentra limitada a supuestos específicos y según los requerimientos dispuestos por la ley. Por ejemplo, mientras que la ley podría señalar que el acreedor tiene derecho a dar por vencido el plazo del contrato ante el incumplimiento de tres cuotas, el pacto podría regular como causales situaciones preventivas y reactivas, e incluso señalar que bastará el incumplimiento de una sola cuota para que el acreedor pueda exigir la totalidad del pago de la deuda.

Además, y algo que demuestra que la práctica va más actualizada que la ley, es que en el *Civil Law* se observa que ciertas codificaciones civiles no reconocen expresamente al remedio de la aceleración en el marco normativo dedicado al contrato de mutuo como ocurre en los Códigos Civiles de España, Chile, Perú, Colombia, Ecuador, Brasil y Bolivia, a diferencia de otras jurisdicciones que sí lo hacen como el artículo 1819 del Código Civil de Italia y el artículo 673 del Código Civil de China.

III. TIPO DE REMEDIO

La aceleración es un remedio privado y extrajudicial que se activa ante la verificación de determinadas circunstancias que ponen en peligro la situación financiera del deudor y la cobranza del crédito y, como tal, puede ser preventiva o reactiva. De manera general, sea porque así lo dispone la ley o el pacto, estas circunstancias son consideradas como supuestos de incumplimiento del contrato.

¹ Véase a Nowak (1980) y Scharar (2012).

² Texto original:

§ 1-309. Option to accelerate at will

A term providing that one party or that party's successor in interest may accelerate payment or performance or require collateral or additional collateral "at will" or when the party "deems itself insecure," or words of similar import, means that the party has power to do so only if that party in good faith believes that the prospect of payment or performance is impaired. The burden of establishing lack of good faith is on the party against which the power has been exercised (Uniform Law Commission, 1952).

³ De manera general, véase a Chafee (1919); Dahl (1924); Waddell (1925); Sherman (1931); Gilligan (1939); Hardaway (1964); Wells y Doulai (2013); Van Vuuren y Neluheni (2014).

⁴ Texto original:

§ 8.1. Accrual of the Right of Foreclose – Acceleration

(a) An acceleration provision is a term in a mortgage, or in the obligation it secures, that empowers the mortgagee upon default by the mortgagor to declare the full mortgage obligation immediately due and payable. An acceleration becomes effective on the date specified in written notice by the mortgagee to the mortgagor delivered under default (American Law Institute, 1997).

El remedio de la aceleración, al ser privado y extrajudicial, no requiere para su ejercicio de la intervención de un juez o árbitro. Esta es la regla en la práctica financiera, y por ello, la fuente de la aceleración es el pacto de las partes. Incluso se configura como un pacto en contra de la legislación civil para que sea un remedio más expeditivo (por ejemplo, si se gatilla ante incumplimientos no culpables o a sola discreción del acreedor).

Por otro lado, el deudor que no esté de acuerdo con el ejercicio de la aceleración siempre podrá cuestionar su ejercicio por parte del acreedor si considera que no se ha verificado la respectiva causal conforme a la ley o el pacto, o alguna otra limitación procedural.

Sin perjuicio de lo anterior, se suele discutir y pactar que el vencimiento del plazo se produzca de manera automática ante la verificación de ciertos eventos, como los casos de insolvencia conforme al derecho americano. Si bien esto es posible mediante pacto expreso, la regla en la actualidad conforme a la práctica es que la aceleración se acuerde como un remedio y, como tal, el acreedor debe ejercer dicho derecho para dar por vencido el plazo. Entonces, por regla es facultativo⁵. No solo es privado y extrajudicial, sino también una potestad que debe ser ejercida y comunicada a la otra parte.

Finalmente, a diferencia del *Common Law*, en el *Civil Law* la aceleración puede ser regulada como un remedio judicial. Esto significa que para su ejercicio el acreedor debe demandar ante un juez o árbitro. Un ejemplo se encuentra en el artículo 181 del Código Civil peruano, cuyo último párrafo señala que “La pérdida del derecho al plazo por las causales indicadas en los incisos precedentes, se declara a petición del interesado y se tramita como proceso sumarísimo. Son especialmente procedentes las medidas cautelares destinadas a asegurar la satisfacción del crédito” (1984). Parece que tal fue la opción del legislador porque el artículo 181 peruano regula supuestos de aceleración preventiva conforme a sus numerales 1, 2 y 3⁶. Entonces, si el acreedor podrá acelerar el contrato, aunque no haya un incumplimiento financiero (falta de pago del capital y/o intereses), mejor que ello lo vea un juez o árbitro.

IV. CAUSALES

Cuando la aceleración se desencadena ante la verificación de circunstancias determinadas, usualmente casos de incumplimiento u otras circunstancias, se trata de un remedio causado. Por el contrario, cuando la aceleración puede ejercerse a discreción o arbitrio del acreedor, se trata de una aceleración incausada o aceleración discrecional, también denominada *ad nutum*.

Con relación a la aceleración causada, es claro que se activará ante un incumplimiento dinerario o financiero. Sin embargo, la aceleración puede activarse ante supuestos distintos porque la lógica está en proteger al acreedor ante la alteración del riesgo de *default*, con lo cual, basta con la amenaza de cualquier situación que pueda alertar al acreedor. Esto es usual en la práctica financiera.

En efecto, en la práctica contractual financiera se incluye una cláusula de eventos de incumplimiento (*Events of Default*), que incluye a todos aquellos supuestos de hecho que serán considerados por las partes como un incumplimiento contractual, que pueden consistir en (i) incumplimiento de obligaciones dinerarias; e (ii) incumplimiento de obligaciones no dinerarias, entre las cuales se puede distinguir: (a) incumplimientos no dinerarios por culpa del deudor; y (b) asignación de riesgos (verificación de supuestos de hecho que ocurren sin culpa de las partes).

En primer lugar, uno de los principales supuestos de incumplimiento es la falta de pago del capital, intereses y otros montos dinerarios (comisiones, gastos, y otros). También puede presentarse en el contrato de compraventa cuando el pago del precio se difiere o fracciona a lo largo de un plazo.

En segundo lugar, la aceleración puede gatillarse ante incumplimientos no financieros. En este contexto es esencial tener presente la distinción entre capital (*equity*) y deuda (*debt*), y cómo de ello depende el control que pueda tener el acreedor sobre el deudor. Como el acreedor no forma parte de la estructura interna del deudor al no ser su accionista (cuando el deudor es una persona jurídica), no puede participar a través de la junta general de

⁵ Véase a Hale (1923); Wells y Doulai (2013).

⁶ Artículo 181.- El deudor pierde el derecho a utilizar el plazo:

1.- Cuando resulta insolvente después de contraída la obligación, salvo que garantice la deuda. Se presume la insolvencia del deudor si dentro de los quince días de su emplazamiento judicial, no garantiza la deuda o no señala bienes libres de gravamen por valor suficiente para el cumplimiento de su prestación.

2.- Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que se hubiese comprometido.

3.- Cuando las garantías disminuyeren por acto propio del deudor, o desaparecieren por causa no imputable a éste, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras equivalentes, a satisfacción del acreedor (Código Civil, 1984).

accionistas o el directorio y la gerencia para ejercer derechos de control y fiscalización. Para suplir este vacío, a través de la deuda se pueden pactar restricciones y remedios contractuales que funcionen como mecanismos de control externo con relación a la gobernanza interna del deudor, ante la ausencia de derechos inherentes a la calidad de accionista o potestades del directorio y gerencia⁷. Entre estos pactos de control está el remedio de la aceleración con función disciplinadora⁸.

Entonces, para ejercer este control sobre el deudor, la aceleración puede pactarse para que sea ejercida por el acreedor de manera preventiva ante incumplimientos no dinerarios que ocurran por culpa del deudor y que representen una alteración del riesgo de *default*. La intención del acreedor es asegurarse de que el deudor se comporte de manera correcta durante la vida del préstamo y, para ello, puede pactar restricciones y obligaciones de no hacer como no pagar dividendos, no endeudarse, no reorganizarse, no vender activos, entre otros, caso contrario, procederá la aceleración del préstamo.

Por ejemplo, en una hipoteca la principal obligación es el pago del préstamo. Sin embargo, existen ciertas conductas que debe cumplir el deudor para no alterar el riesgo de *default* en perjuicio del acreedor, como no vender total o parcialmente el activo dado en hipoteca. Dicha venta suele pactarse como un evento gatillador de la aceleración del préstamo. Esta aceleración específica ante la venta del activo hipotecado se denomina *due-on-sale clause*. Por otro lado, cuando se acuerda como restricción la posibilidad de gravar el bien hipotecado y ante su incumplimiento se pacta la aceleración, estamos ante una *due-on-encumbrance clause*⁹.

También puede pactarse que la aceleración se active ante la materialización de un riesgo ajeno al control de las partes, y como tal, que ocurre sin la culpa del deudor, como podría ser la ocurrencia

de cambios adversos en el mercado que afectan directamente al deudor o al financiamiento (*Material Adverse Change*, en adelante, cláusula MAC), o el incumplimiento de las declaraciones y garantías (*reps & warranties*) sobre pasivos ocultos (pensemos en las declaraciones ambientales de un empresario petrolero)¹⁰. En estos casos estamos ante incumplimientos no culpables que, si no fuera por el pacto expreso, no serían considerados como incumplimientos según la ley aplicable. En principio, las codificaciones civiles suelen seguir la clásica regla de que los remedios contra el incumplimiento se ejercen cuando existe culpa en el deudor, salvo pacto en contra¹¹. Por ello mismo, el vencimiento anticipado procede –en principio– ante un incumplimiento culpable. A su vez, este incumplimiento suele consistir en la falta de ejecución de una obligación dineraria o la ocurrencia de circunstancias que pongan en peligro el cobro del crédito y que se derive de hechos propios del deudor.

Sin embargo, como la intención del acreedor es distribuir el riesgo de *default*, incluso por circunstancias no imputables al deudor, la cláusula de eventos de incumplimiento puede incorporar un régimen objetivo de responsabilidad distinto al supletorio de carácter subjetivo.

Como tal, la aceleración podrá ejercerse incluso ante supuestos no culpables y no se regula por las normas supletorias del Código Civil sino por lo dispuesto en el pacto. La cláusula MAC es un ejemplo claro. Según como sea pactado, puede ocurrir un MAC ante un cambio en la economía, mercado bancario, mercado de capitales, la política, el derecho aplicable, los principios de contabilidad generalmente aceptados, entre otros, que genere un efecto sustancialmente adverso en la operación financiera. Aunque ello pueda ocurrir sin culpa de las partes, es usual que se pacte la ocurrencia de un MAC como un evento de incumplimiento. Ello significa el pacto de un régimen objetivo de responsabilidad, por el cual, se asigna sobre el deudor determinado riesgo sistémico.

⁷ Véase a Hart (2019).

⁸ Ello es explicado por Hahn (2010) y García Long (2019b).

⁹ Sobre estos pactos específicos en las hipotecas, véase a Blocher (1981); Roth (1982); Thornburg (1982); Henkel y Seltzer (1980).

¹⁰ Sobre la cláusula MAC y los *reps & warranties*, véase a García Long (2016).

¹¹ En el Perú tal regla se encuentra en el artículo 1314 del Código Civil peruano, el cual señala que “Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso” (1984), salvo que se pacte un régimen objetivo de responsabilidad, sea porque se prescinde de la probanza de la culpa o porque se asigna el riesgo de un evento que pueda ocurrir sin culpa de las partes.

Vale mencionar que a veces se suele criticar este pacto en contra. Por ejemplo, se considera que, si bien el artículo 1343 del Código Civil peruano señala que para cobrar la penalidad el incumplimiento debe ser culpable salvo pacto en contra, dicho pacto en contra desnaturalizaría a la penalidad. Véase a Fernández Cruz (2017). Por el contrario, debe considerarse que el pacto de una penalidad objetiva cumple funciones de aseguramiento que no desnaturalizan a la penalidad. Véase a Osterling y García Long (2019).

Con relación a la aceleración incausada, mientras que en el *Civil Law* la aceleración es causada y se cuestionan los remedios *ad nutum*, en el *Common Law* se admite el pacto de aceleraciones incausadas donde el acreedor puede dar por vencido el plazo del contrato ‘a su sola voluntad’ o ‘cuando se sienta inseguro’. En estos casos, el acreedor tiene la libertad para decidir cuándo ejerce la aceleración.

La aceleración incausada supone dos cosas desde una perspectiva comparada, según la ley aplicable: (i) el pacto de una discrecionalidad contractual (*contractual discretions*) como es entendida en el *Common Law* (el beneficiario del pacto lo ejerce cuando quiere y tal ejercicio se respeta porque así lo pactaron las partes); y (ii) el pacto en contra del requisito de la especificidad en la causal para ejercer el remedio (algo que se requiere en el *Civil Law* para evitar situaciones de mala fe o abuso de derecho).

Tener presente lo anterior es importante porque distingue entre casos en los que el acreedor puede ejercer válidamente la aceleración de los casos donde se expone a responsabilidad frente al deudor (*wrongful acceleration, lender liability*).

En el *Common Law* se admite la validez de disposiciones contractuales y se considera que las mismas son oponibles siempre que se ejerzan según lo pactado. Si tomamos como referencia al derecho inglés, se observa la preferencia por una perspectiva formalista que le da prioridad al pacto (*pacta sunt servanda*) para garantizar la certeza y seguridad jurídica, incluso si ello pudiera generar una situación injusta para el caso concreto. Por ello, se desconfía de conceptos generales y ambiguos como la buena fe¹². Sin embargo, ello no significa que las disposiciones contractuales sean ilimitadas y no sujetas a control, solo que se prefiere por mecanismos concretos de control en lugar del recurso a conceptos generales¹³.

En el *Civil Law* la aceleración incausada podría ser cuestionada de dos maneras. Primero, la discrecionalidad contractual ‘a su voluntad’, ‘a su solo criterio’, ‘a su solo arbitrio’ podría calificar como

una condición meramente potestativa, la cual es considerada como un pacto nulo o no puesto por ciertas jurisdicciones civilistas¹⁴. Segundo, cuando los remedios convencionales se pactan ante causales generales (ante el incumplimiento de cualquier obligación o incluso sin mención de causa), siempre será posible cuestionar el ejercicio del remedio por contravención a la buena fe o la prohibición de abuso del derecho, de ser el caso. Ya no se trataría de un problema de validez sino de efectividad del remedio.

Si bien las cuestiones enunciadas podrían ser alejadas frente al ejercicio de una aceleración que se considera abusiva, ello debe aplicarse de manera diferenciada según se trate de contratos negociados en igualdad de condiciones (*at arm's length*) o de contratos de consumo (Cooter & Schäfer, 2011, p. 83-84)¹⁵. Si se trata del primer caso, el pacto debe respetarse porque prima la libertad contractual; por el contrario, si hay una parte débil, el pacto o su ejercicio pueden ser cuestionados.

V. EFECTOS

El efecto del remedio de la aceleración es dar por vencido, de manera anticipada, el plazo de cumplimiento pactado en favor del deudor. Como sabemos, el plazo puede tener diferentes acepciones: (i) plazo como elemento accidental o modalidad del acto o negocio jurídico; (ii) plazo como elemento accidental o modalidad de los efectos del acto o negocio jurídico; (iii) plazo de cumplimiento del contrato; y (iv) plazo esencial.

En este caso nos referimos al plazo de cumplimiento del contrato, que se refiere al periodo de tiempo en el cual el deudor deberá –y puede con efectos solutorios– ejecutar la obligación según el modo y tiempo pactado. Además, el plazo de cumplimiento puede pactarse en favor del acreedor, en favor del deudor, o en favor de ambos. Según sea el tipo de plazo pactado, ello repercutirá en la exigibilidad y ejecutabilidad de la obligación. Respecto a la aceleración, nos referimos al plazo de cumplimiento en favor del deudor, lo cual significa que el deudor puede ejecutar la prestación en cualquier momento durante la vigencia del plazo

¹² Sobre la posición formalista del derecho inglés en torno al derecho de contratos y el rechazo a la buena fe, véase a Goode (1992); Bridge (2005).

¹³ Véase a Bridge (2019).

¹⁴ Como la peruana, por ejemplo, conforme al artículo 172 del Código Civil peruano, que incluso es más severo ya que no señala que el pacto se considera como nulo o no puesto, sino que es nulo el acto jurídico supeditado a una condición meramente potestativa.

¹⁵ De manera general, la fuerza de la ley contractual no es la misma porque en negociaciones entre iguales solo rige el derecho civil mientras que en negociaciones entre desiguales suele aplicar adicionalmente un régimen legal tutivo en favor de la parte débil (piénsese en la ley de consumo, ley laboral, entre otros).

y que el acreedor no puede exigir el cumplimiento sino al vencimiento del mismo¹⁶.

Entonces, el vencimiento anticipado o aceleración tiene como efecto que el deudor pierda el derecho a usar el plazo en su favor. Esto quiere decir que, con el vencimiento anticipado o aceleración, el acreedor da por vencido el plazo en favor del deudor y, en consecuencia, puede solicitar el cumplimiento del contrato, lo cual antes no podía exigir. Entonces, la aceleración funciona como una **pretensión de cumplimiento específico, pero anticipado** del contrato, o una conversión del plazo, inicialmente en favor del deudor ahora en favor del acreedor ya que él podrá solicitar el cumplimiento de la prestación antes del vencimiento del plazo.

Fíjese, entonces, que el efecto del vencimiento anticipado o aceleración no es uno extintivo del vínculo entre las partes, sino solo del plazo en favor del deudor, que en este caso vence por su expiración anticipada. Esto significa que la obligación aún se encuentra vigente y pendiente de ejecución, solo que se ha vuelto exigible de una vez al haberse dado por vencido el plazo en favor del deudor.

En otras palabras, la aceleración reemplaza –initialmente– al cumplimiento específico, pero funciona y se convierte en ello. Lo reemplaza en el sentido que el cumplimiento específico solo procede ante el vencimiento natural del plazo, mientras que la aceleración, por el contrario, no espera al vencimiento del plazo, sino que lo afecta para darlo por vencido y, así, sea posible solicitar el cumplimiento específico del contrato de manera anticipada antes del plazo. Pero finalmente, la aceleración consiste en una pretensión de cumplimiento específico. El efecto es acelerar –de allí su nombre– el cumplimiento del contrato.

Si bien la aceleración funciona como una pretensión de cumplimiento anticipado, no se limita a ello porque con la aceleración no solo se exige la ejecución de la obligación no ejecutada (el pago del capital en un préstamo), sino también el pago de otros conceptos derivados o vinculados que también se vuelven exigibles por motivo del incumplimiento. Este es el **efecto liquidatorio**.

Así, por efecto de la aceleración se procede a liquidar el contrato para dar lugar a una deuda global y única que puede incluir el capital, intereses madurados, intereses no madurados, penalidades, comisiones, gastos, y cualquier otro monto díne-

riorio según el contrato. Como tal, esta liquidación contractual es más amplia que la simple devolución del capital entregado, lo cual podría obtenerse a través de otros remedios contractuales (como la ejecución forzada o el efecto restitutorio de la resolución por incumplimiento).

La liquidación de esta deuda global y única dependerá del tipo de contrato y de lo que se haya pactado. Usualmente la ley aplicable no define qué conceptos se deberán tener en cuenta para definir esta deuda, desde que la ley se limita a mencionar que el plazo o la obligación se da por vencida, lo cual podría referirse al capital entregado y los intereses en un contrato de préstamo, o al precio de compra en un contrato de compraventa. Sin embargo, la deuda global y única podría componerse de otros conceptos dinerarios y acá uno puede observar su amplitud y distinción con otros remedios frente al incumplimiento.

Por ejemplo, en la banca corporativa con la aceleración los bancos exigen no solo el pago de la totalidad del capital efectivamente desembolsado, sino también de los intereses compensatorios efectivamente devengados y los no madurados (que no llegan a devengarse precisamente porque se da por vencido el plazo), así como penalidades, comisiones, gastos y cualquier otra suma dineraria que el deudor hubiera pagado si el contrato se hubiera ejecutado y no se hubiera acelerado (lo cual puede significar que el acreedor cobre por ciertos montos dinerarios sin que haya prestado un servicio a cambio).

La lógica del banco es que ante un incumplimiento tenga derecho a una compensación que lo coloque en la posición que se encontraría de haberse ejecutado todo el contrato con normalidad, de manera que se le garantice toda la ganancia mínima proyectada. Esta compensación es necesaria desde que los bancos prestan dinero ajeno de ahorristas o inversionistas con la expectativa de obtener una ganancia mínima, de manera que solo asumen los costos del préstamo –y vale la pena asumirlos– si pueden recibir tal ganancia mínima que les permita hacer una ganancia propia y a su vez repartir una rentabilidad a sus ahorristas o inversionistas, caso contrario, la operación no tiene sentido.

Teniendo presente estos efectos de la aceleración, se puede observar que la misma puede o no ser compatible con otros remedios contra el incumplimiento. Será decisión del acreedor optar por el remedio que usará contra el deudor frente a un incumplimiento concreto.

¹⁶ Véase en el Perú a Forno Flórez (2004).

Eventualmente, el mismo supuesto de hecho que permite ejercer la aceleración podría también ser una causal de resolución por incumplimiento del contrato. En tal escenario, el acreedor decidirá si le conviene acelerar para ejecutar prematuramente el contrato y ejecutar las garantías (de existir, y dado que el contrato sigue vigente), o extinguir el contrato vía resolución, cobrar daños en reemplazo del cumplimiento específico y solicitar la restitución de las prestaciones ya entregadas y cuya permanencia no se justifique por el incumplimiento. Como tal, y por definición, la resolución y la aceleración son distintas y excluyentes.

En efecto, como precisan los numerales 2 y 4 de artículo 13 de la Convención sobre Arrendamiento Financiero Internacional del Instituto Internacional de Unificación del Derecho Privado (en adelante, UNIDROIT)¹⁷, se distingue a la aceleración de la resolución del contrato, siendo ambas excluyentes, y se hace referencia a la aceleración como un pacto que se incluye en el contrato:

Artículo 13

1. En caso de incumplimiento por parte del arrendatario, el arrendador podrá cobrar el monto de las rentas vencidas y no pagadas, más los intereses y daños.
2. Cuando el incumplimiento del arrendatario financiero es sustancial, entonces conforme al párrafo 5 el **arrendador financiero podrá también requerir la aceleración del pago del valor de las rentas futuras, cuando el contrato de leasing así lo disponga, o podrá terminar el contrato** y después de tal terminación:
 - (a) Recuperar la posesión del equipo; y
 - (b) Cobrar los daños que coloquen al arrendador financiero en la posesión en la

se habría encontrado si el arrendatario financiero hubiera cumplido el contrato de acuerdo con sus términos.

3. (a) El contrato de arrendamiento podrá establecer la manera en que serán calculados los daños que se deben percibir en conformidad con el apartado b) del párrafo 2.
- (b) Esa estipulación será válida para las partes salvo que diera lugar a una indemnización substancialmente mayor que la prevista en el apartado (b) del párrafo 2. Las partes no podrán derogar las disposiciones del presente apartado ni modificar sus efectos.
4. **Cuando el arrendador financiero ha terminado el contrato de leasing, no tendrá derecho a hacer cumplir un término de tal contrato que provea la aceleración del pago de rentas futuras**, sino que el valor de tales rentas puede ser tomado en consideración al calcular los daños conforme a los párrafos 2(b) y 3. Las partes no podrán derogar ni modificar el efecto de las disposiciones del presente párrafo ni modificar sus efectos.
5. El arrendador no podrá exigir el pago anticipado de las rentas futuras ni resolver el contrato de arrendamiento en virtud del párrafo 2, salvo que haya avisado y dado al arrendatario una posibilidad razonable de remediar su falta si ésta es remediable.
6. El arrendador no tendrá derecho a cobrar los daños en la medida en que él no haya tomado todas las providencias razonables para limitar su pérdida (The International Institute for the Unification of Private Law [UNIDROIT], 1988)¹⁸ [traducción libre] [el énfasis es nuestro].

¹⁷ Téngase presente que, en relación con el *leasing*, UNIDROIT emitió la Convención y el UNIDROIT Model Law on Leasing (2008).

¹⁸ Texto original:

Article 13

1. In the event of default by the lessee, the lessor may recover accrued unpaid rentals, together with interest and damages.
2. Where the lessee's default is substantial, then subject to paragraph 5 the lessor may also require accelerated payment of the value of the future rentals, where the leasing agreement so provides, or may terminate the leasing agreement and after such termination:
 - (a) recover possession of the equipment; and
 - (b) recover such damages as will place the lessor in the position in which it would have been had the lessee performed the leasing agreement in accordance with its terms.
3. (a) The leasing agreement may provide for the manner in which the damages recoverable under paragraph 2 (b) are to be computed.
- (b) Such provision shall be enforceable between the parties unless it would result in damages substantially in excess of those provided for under paragraph 2 (b). The parties may not derogate from or vary the effect of the provisions of the present sub-paragraph.

Resulta conveniente analizar la relación de los efectos restitutorio y compensatorio con la aceleración.

Primero, cuando se resuelve un contrato por incumplimiento se debe devolver las prestaciones ejecutadas cuya permanencia no se justifique por la ocurrencia de un incumplimiento. Dentro de un préstamo esto significa devolver el capital, con lo cual, con la resolución por incumplimiento se lograría en parte uno de los efectos prácticos de la aceleración porque se lograría recuperar el capital entregado; de manera coloquial, se podría decir que la aceleración también tiene un efecto 'restitutorio'. Sin embargo, en lugar de hablar de un efecto restitutorio en la aceleración entiéndase que lo que está presente es el efecto liquidatorio, el cual incluye al capital, pero no se limita al mismo porque se extiende a otros montos dinerarios (devengados o no devengados). Esto es importante pues permite apreciar que la aceleración, si bien funciona como un cumplimiento específico anticipado, no se limita a exigir la ejecución de la obligación no cumplida, sino también de otros conceptos derivados y vinculados que ahora devienen en exigibles.

Por lo anterior, es correcto que los numerales 2 y 4 del artículo 13 de la Convención sobre Arrendamiento Financiero Internacional expliquen que si procede la resolución no se puede ejercer la aceleración del contrato porque –en principio– son incompatibles (UNIDROIT, 1988). Sin embargo, a efectos prácticos, uno puede observar que en ambos casos será posible recuperar el capital y otros conceptos dinerarios, solo que el concepto será distinto. Si se procede con la resolución por incumplimiento, el acreedor podrá solicitar la restitución del capital efectivamente entregado más la indemnización por los montos que el acreedor hubiera recibido si el contrato se hubiera cumplido. Alternativamente, si se procede con la aceleración del contrato el acreedor podrá solicitar el cumplimiento anticipado del contrato para cobrar una deuda global que incluye el capital y otros conceptos dinerarios pactados en el contrato, que ahora se vuelven exigibles por el vencimiento anticipado del plazo.

Segundo, también es pertinente tener en cuenta el pago de la respectiva indemnización derivado

del incumplimiento. Como precisa el numeral 4 del artículo 13 de la Convención sobre Arrendamiento Financiero Internacional :

Cuando el arrendador financiero ha terminado el contrato de *leasing*, no tendrá derecho a hacer cumplir un término de tal contrato que provea la aceleración del pago de rentas futuras, sino que el valor de tales rentas puede ser tomado en consideración al calcular los daños [...] (UNIDROIT, 1988).

Como la aceleración es una pretensión de cumplimiento específico anticipado, en sí misma no desencadena necesariamente el pago de una indemnización. La indemnización procede como equivalente económico del cumplimiento específico, de manera que si procede el segundo no procede el primero. Caso distinto es cuando se produce un incumplimiento tardío, en cuyo caso el acreedor tiene derecho a solicitar el cumplimiento de la obligación, aunque sea tardía, más el pago de una indemnización por el retardo. Pero el ejercicio de la aceleración no significa que el acreedor haya sufrido un daño como presupuesto previo, sobre todo si el acreedor puede gatillar la aceleración de manera preventiva y ante la ausencia de un incumplimiento culpable del deudor. Solo procederá una indemnización si hay daño y conforme a los requisitos generales requeridos por la ley aplicable para que el daño sea resarcible.

Por lo anterior, el numeral 4 del artículo 13 citado es claro en señalar que cuando se resuelve el contrato no procede la aceleración (esto es, el cumplimiento anticipado), pero ello no significa que la deuda y otras sumas dinerarias no puedan ser recuperadas, sino que se precisa que tales montos se cobrarán por concepto de indemnización, o, en otras palabras, que serán tomadas en cuenta al momento de la liquidación de los daños y perjuicios. Entonces, aunque a efectos prácticos el acreedor puede recuperar el dinero no pagado, legalmente es importante distinguir el concepto por el cual se recupera el dinero.

Lo anterior nos permite hacer un último comentario sobre la procedencia de la aceleración como único y exclusivo remedio (*sole and exclusive re-*

4. Where the lessor has terminated the leasing agreement, it shall not be entitled to enforce a term of that agreement providing for acceleration of payment of future rentals, but the value of such rentals may be taken into account in computing damages under paragraphs 2(b) and 3. The parties may not derogate from or vary the effect of the provisions of the present paragraph.

5. The lessor shall not be entitled to exercise its right of acceleration or its right of termination under paragraph 2 unless it has by notice given the lessee a reasonable opportunity of remedying the default so far as the same may be remedied.

6. The lessor shall not be entitled to recover damages to the extent that it has failed to take all reasonable steps to mitigate its loss (UNIDROIT, 1988).

medy). En la banca corporativa es usual que la aceleración se pacte como el único remedio en favor del acreedor. La lógica es que, si el banco puede liquidar todo el contrato y cobrarlo de manera anticipada, que ello funcione también como una compensación, de manera que ya no necesita solicitar una indemnización adicional ni tener que asumir la carga de probar los elementos de la responsabilidad civil, entre ellos, el daño y la cuantía de este.

De esta manera, el banco se limita a hacer referencia a los conceptos dinerarios ya pactados y especificados en el contrato, y a liquidarlos en una deuda global. Por ello, a efectos prácticos, en un préstamo no es necesario hacer referencia al pago de una indemnización por daños y perjuicios según las reglas generales de la responsabilidad civil porque la aceleración puede reemplazarla al cumplir también una función compensatoria (aunque en la práctica igual se hace referencia a que queda a salvo el derecho del banco a solicitar una indemnización, pero ello queda más como una opción teórica que como un ejercicio práctico).

VI. FUNCIONES

Como la aceleración genera el vencimiento anticipado del plazo y el surgimiento de una deuda global y única (función liquidatoria), se discute sobre cuáles son las otras funciones de la aceleración, teniendo en cuenta la cuantía de la suma dineraria total madurada antes de tiempo y su relación con los eventuales daños que pueda sufrir el acreedor.

Las principales funciones del remedio de la aceleración son las siguientes: (i) liquidatoria; (ii) disuasiva; (iii) compensatoria; y (iv) punitiva.

Primero, la función liquidatoria ya ha sido explicada (que también puede ser vista como un efecto de la aceleración). El cumplimiento específico anticipado del contrato no solo consiste en exigir la ejecución de la obligación no cumplida, sino de otros conceptos derivados y relacionados a tal obligación. Esto significa una liquidación del contrato para definir una suma global que deberá ser pagada en favor del acreedor, que incluye conceptos que maduran antes de tiempo.

Segundo, desde el momento de la suscripción del contrato, toda aceleración cumple una función disuasiva. El deudor negocia el cumplimiento de su obligación dineraria en partes, de manera que el plazo es uno pactado en su favor. Esto le permite diferir en el tiempo el peso económico de su prestación. Sin embargo, perderá tal derecho y comodidad económica si incumple y gatilla la aceleración del contrato. Pero no solo perderá el derecho

a usar el plazo en su favor y la facilidad económica de fragmentar el pago de su prestación y extenderla en el tiempo, sino que ahora asumirá todo el costo del contrato en un solo momento (porque la deuda global no se limita al capital). Esta posibilidad genera un claro efecto disuasivo en el deudor, quien preferirá pagar la deuda fragmentada y durante un plazo, que hacerlo en un solo monto y en un solo momento.

Tercero, la aceleración cumple una función compensatoria. Correctamente entendida como una pretensión de cumplimiento específico anticipado, la liquidación involucrada tiene como objetivo que el acreedor pueda procurarse toda la ganancia esperada del contrato, esto es, su interés positivo. Entonces, el acreedor debería ser indiferente entre, por ejemplo, cobrar 100 de capital más diez de intereses a lo largo del plazo de cinco años, que cobrar 110 de manera anticipada por el incumplimiento del contrato. Si el acreedor recuperó el dinero prestado e incluso recolectó la ganancia esperada, no podría alegar una indemnización adicional. Por ello, en operaciones financieras se suele pactar que la aceleración es el principal y único remedio en favor del acreedor. El acreedor no necesitaría de la acción judicial por daños por la simple razón que la liquidación del contrato cubriría todos los daños que pueda sufrir, y en todo caso, si quisiera solicitar el pago de una indemnización adicional debería probar el daño en su ocurrencia fáctica y su cuantía (lo cual podría ser complicado si ya se liquidó y cobró todo el contrato).

Cuarto, la aceleración podría ir más allá de la compensación para cumplir una función punitiva. Para empezar, se podría cuestionar que el acreedor cobre por intereses compensatorios que aún no han madurado. Si el acreedor acelera y cobra el préstamo hoy, surge la interrogante de si debiese cobrar por intereses que se devengarán en el futuro, pero que ya no se devengarán al haberse dado por vencido el plazo. La justificación del cobro de intereses no madurados estaría en que el acreedor suscribe el contrato para obtener una ganancia mínima, sobre todo por los costos involucrados en la operación (costos hundidos, costos administrativos, costos de estructuración, costos de oportunidad) y porque usa dinero ajeno (de ahorristas o inversionistas). Entonces, si se incumple el contrato, el acreedor no solo debe recuperar el capital entregado, sino toda la ganancia mínima proyectada sobre tal capital (sobre todo si luego tiene que voltear a pagar una rentabilidad a sus ahorristas o inversionistas). Entonces, la aceleración sigue cumpliendo una función compensatoria.

Sin embargo ¿Qué ocurre con los intereses compensatorios no madurados sobre capital aún no

desembolsado? En la banca corporativa los préstamos suelen ser suscritos como una línea de crédito, en el sentido de que se aprueba un monto máximo que el deudor podrá ir retirando de manera parcial durante cierto tiempo de disponibilidad. Dentro de este contexto, si el deudor solo retiró efectivamente 40 de los 100 aprobados, en principio la aceleración del contrato aplicaría sobre los cuarenta como capital y los respectivos intereses compensatorios sobre 40. Sin embargo, desde que el acreedor suscribió un contrato por 100 y en efecto mantiene disponibles fondos por 100 para cuando lo necesite el deudor, su ganancia esperada gira en torno a los 100, sin perjuicio de cuánto retire finalmente el deudor y en qué momento. Ante un escenario de incumplimiento y aceleración el interés del banco sería recuperar la ganancia total del contrato por los 100, incluso si el capital no fue desembolsado en su totalidad. En este caso ¿Se puede seguir hablando de una función compensatoria? Si el banco puede recuperar un monto superior a lo necesario para compensar su daño cobraría un monto dinerario extra-compensatorio, esto es, punitivo.

Igualmente, la aceleración puede hacer exigible el pago de comisiones, gastos y otros conceptos dinerarios que el deudor hubiera tenido que pagar en su momento como contraprestación por la prestación de un servicio a cargo del banco como parte del financiamiento. Ante un escenario de aceleración, dado que el contrato se da por vencido antes de tiempo, estos servicios ya no se prestarían y aun así el deudor podría verse obligado a pagar tales sumas dinerarias¹⁹. El pago de tales montos dinerarios podría ser considerado como una penalidad en su naturaleza.

Incluso, si la aceleración permite el cobro de penalidades adicionales pactadas en el contrato, en el fondo se configuraría un exceso de sanción en perjuicio del deudor, porque tendría que asumir el pago de penalidades pactadas y de otros montos que no son pactados como penalidades pero que funcionan como tal.

En general, el cobro de varios montos dinerarios podría dar lugar a un monto global y único muy alto que coloque al acreedor en una situación sobre-compensatoria (*over-compensation*). Si en conjunto el acreedor recuperará un monto superior a los daños ocasionados por el incumplimiento, el exceso tendría naturaleza punitiva.

Por ello, se discute si el pacto de la aceleración podría ser considerado como una cláusula penal. Si esto fuera así, las consecuencias prácticas no serían menores. En jurisdicciones anglosajonas (sobre todo la americana) esto podría significar la nulidad de la cláusula de aceleración al calificar como una *penalty (in terrorem)*, mientras que en jurisdicciones civilistas habilitaría la reducción judicial por parte del juez.

VII. LA ACCELERACIÓN EN LA LEY PERUANA

A efectos ilustrativos conviene hacer mención del tratamiento legal de la aceleración o vencimiento anticipado en el Perú²⁰. No existe uniformidad al respecto. Por un lado, la ley civilista regula una aceleración con carácter general, y a su vez, la reconoce para supuestos específicos. Por otro lado, leyes especiales también reconocen la aceleración para situaciones concretas. Este desorden se debe a que no se ha apreciado a la aceleración como un remedio que puede gatillarse de manera preventiva y reactiva. Dado que se ha obviado esta estructura contractual, lo que la ley hace es regular a la aceleración de manera fragmentada y no unitaria, esto es, para casos concretos. Ante ello, el pacto es la solución.

A continuación, se presentan los supuestos de aceleración legal conforme al derecho peruano, muchos contenidos en el Código Civil de 1984:

- Artículo 181 del Código Civil, que permite el vencimiento del plazo cuando el deudor decae en insolvente, no otorga las garantías prometidas o cuando las otorgadas disminuyen por acto del deudor o desaparecen sin su culpa.
- Artículo 1323 del Código Civil, que permite el vencimiento del plazo cuando el deudor incumple tres cuotas, sucesivas o no, en cualquier tipo de contrato.
- Artículo 1561 del Código Civil, que permite el vencimiento del plazo cuando el deudor incumple tres cuotas, sucesivas o no, del precio en un contrato de compraventa.
- Artículo 1877 del Código Civil, que permite el vencimiento del plazo cuando el fiador de la deuda se vuelve insolvente.

¹⁹ De hecho, en el Perú, en materia de consumidor, el artículo 6 de la Ley 28587 señala que el cobro de intereses, comisiones y gastos debe implicar la prestación de un servicio efectivo.

²⁰ Sobre la aceleración en el Perú, véase a Barchi (2015); Vásquez Rebaza (2019); García Long (2019b).

- Artículo 132(10) de la Ley de Bancos, que permite el vencimiento del plazo ante un incumplimiento.
- Artículo 179 de la Ley de Bancos, que permite el vencimiento del plazo ante la presentación de información falsa para obtener un crédito.
- Artículo 6 de la Ley de Hipoteca Inversa, que permite el vencimiento del plazo ante la venta o gravamen del bien hipotecado.
- Artículos 6.1, 9 y 11 del Reglamento de la Ley de Hipoteca Inversa, que permiten el vencimiento del plazo ante la interposición de un embargo contra el bien hipotecado y ante la falta de subsanación de las obligaciones descritas en el artículo 6.1.
- Artículo 158.2 de la Ley de Títulos Valores, que permite el vencimiento del plazo ante el incumplimiento de una o más cuotas de un pagaré.
- Artículo 166.2 de la Ley de Títulos Valores, que permite el vencimiento del plazo ante el incumplimiento de una o más cuotas de una factura conformada.
- Artículo 243.3 de la Ley de Títulos Valores, que permite el vencimiento del plazo ante el incumplimiento de una o más cuotas de un título de crédito hipotecario negociable.

Queda en la autonomía de las partes la decisión de incluir una cláusula de aceleración más compleja y que se acomode mejor a las necesidades de las partes. Lo usual en la banca corporativa es que el remedio de la aceleración esté vinculada a la cláusula de Eventos de Incumplimiento, la cual define qué situaciones será consideradas como un incumplimiento para el contrato.

Nuevamente, el pacto es la solución para incluir en el contrato una buena cláusula de aceleración, sobre todo si uno se percata que la regulación normativa del Código Civil peruano sobre el contrato de mutuo no incluye el remedio de la aceleración. Si bien es cierto que sería aplicable el artículo 1323 del Código Civil, ello es insuficiente pues tal norma señala que podrá darse por vencido el plazo ante el incumplimiento de tres cuotas, sucesivas o no, lo cual no es razonable desde la perspectiva del acreedor –¿Por qué tendría que esperar tres incumplimientos?–. Por ello, en la práctica se pacta

que la aceleración podrá ser gatillada ante un solo incumplimiento, sea dinerario o no.

VIII. LA ACCELERACIÓN EN LOS CONTRATOS FINANCIEROS

A. El crédito hipotecario

Debemos distinguir entre el crédito de consumo y el crédito corporativo. En una hipoteca se obtiene un préstamo que se garantiza con un activo específico. La particularidad de esta operación es que permite obtener un préstamo para adquirir un bien inmueble y utilizar ese mismo inmueble como garantía del préstamo otorgado. De manera general, en estos créditos se suele pactar que el incumplimiento de una cuota otorgará al banco el derecho a acelerar el préstamo. Adicionalmente, se suele pactar el derecho del banco de acelerar el préstamo ante el incumplimiento de obligaciones no dinerarias, como lo es el caso de la cláusula *due-on-sale*, que es un supuesto específico de aceleración que se gatilla ante la venta parcial o total del bien hipotecado, o la cláusula *due-on-encumbrance* frente a la constitución de gravámenes. Adicionalmente, también se puede pactar como evento gatillador de la aceleración la verificación de un incumplimiento no culpable, cuyo riesgo de ocurrencia es asumido por el deudor.

Como vemos, la aceleración se puede desencadenar ante diferentes supuestos de hecho, siempre que así haya sido pactado por las partes y se haya negociado en igualdad de condiciones. Ello se presume así cuando ambas partes son empresarios. Bajo este escenario, un deudor empresario asume el riesgo de que el banco le acelere el préstamo ante el incumplimiento de una cuota, ante un incumplimiento culpable que no sea dinerario, o incluso ante la verificación de un incumplimiento no culpable.

Distinto es el escenario de los créditos hipotecarios con consumidores, donde la cláusula de aceleración podría ser cuestionada si en los hechos resulta abusiva, lo cual ocurriría si: (i) la aceleración procede ante el incumplimiento de una sola cuota; (ii) por efecto de la aceleración el consumidor asumiría prematuramente una deuda global excesiva; y (iii) si el deudor pierde el bien hipotecado. En estos casos, el consumidor podría oponerse a la aceleración invocando la buena fe o la prohibición de abuso del derecho de la regulación civil general, así como la normativa especial en materia de consumidor sobre cláusulas abusivas²¹.

²¹ Véase a Carrasco Perera (2017) y Vendrell Cervantes (2019). En el derecho peruano serían aplicables los artículos 1398 y 1399 del Código Civil, los artículos 49, 50 y 51 del Código de Consumo, y la Ley 28587.

Cuando interviene un consumidor no estamos ante partes iguales, sino ante la presencia de una parte débil que no tiene la posibilidad de negociar los términos del contrato, los cuales usualmente consisten en cláusulas generales que el consumidor acepta por adhesión. Si este es el escenario, aunque en el contrato se indique que el consumidor deberá pagar todo el préstamo ante el incumplimiento de una sola cuota, ello podría resultar abusivo en el caso concreto.

En estas situaciones la cláusula de aceleración podría cumplir una función punitiva e incluso ser catalogada como una cláusula penal. Primero, téngase en cuenta que la aceleración tiene como efecto el vencimiento del plazo, y esto produce que toda la deuda, que en principio estaba fragmentada para ser pagada en partes y en períodos distintos, ahora se convierta en una deuda global y única que deberá ser cancelada en un solo momento producto de la aceleración. Pero esta deuda global y única no solo se compone del capital desembolsado, sino también de los respectivos intereses compensatorios madurados y no madurados. En el caso de los intereses no madurados, estos se devengan de manera anticipada y sin haber transcurrido el periodo de tiempo que justifica su devengo como contraprestación por el uso del capital en el tiempo. Adicionalmente, también pueden ser exigibles penalidades, comisiones, gastos y otros fees pactados. Si todos estos conceptos se devengan y forman parte de una deuda global y única, podrían generar una sobrecarga financiera sobre el deudor que pueda ser considerada como legalmente abusiva.

En principio, esta deuda global y única cumpliría una función compensatoria en favor del banco, quien ya asumió ciertos costos para obtener una ganancia mínima proyectada. Sin embargo, en un caso concreto podría ocurrir que el monto de la deuda supere a los perjuicios efectivos sufridos por el banco. En este caso, el efecto de la aceleración dejaría de ser compensatorio para ser punitivo. Esta punición, si bien debería respetarse en contratos entre iguales, podría ser considerada como abusiva en contratos con consumidores.

B. El *Leasing*

Un *leasing* (también llamado arrendamiento financiero) es un préstamo vestido de un arrendamiento en el sentido de que la finalidad es entregar un capital, pero estructurado para que sea ejecutado como un arrendamiento, sin ser un arrendamiento en el fondo, solo en forma²².

El deudor necesita dinero para adquirir un activo y en lugar de suscribir un préstamo para luego comprar el activo deseado y adicionalmente otorgar una garantía en favor del banco (lo cual implicaría la suscripción de tres contratos, con objetos distintos y con partes diferentes), el deudor le indica al banco el activo que necesita de determinado proveedor y que cuesta exactamente el monto del capital que será prestado. Así, el banco procede a comprar el activo y entrega la posesión del mismo al deudor, no la propiedad, de manera que el activo adquirido sirve a su vez de garantía por el capital desembolsado en la compra del mismo activo. La propiedad solo se transfiere al pago total de las cuotas (el capital más intereses). De esta manera, y con un solo contrato (el de *leasing*), las partes estructuran una operación eficiente en lugar de celebrar un préstamo, la compra de un activo y el otorgamiento de una garantía.

Durante la vida del *leasing*, el capital desembolsado para la adquisición del activo es pagado en cuotas como si fuera un arrendamiento, esto es, fragmentado en el tiempo. Como tal, es estándar que se pacte que el banco tendrá derecho a acelerar el *leasing* en caso el deudor incumpla con el pago de una sola cuota.

En el Perú la Ley de Arrendamiento Financiero (en adelante, Ley de *Leasing*), no regula a la aceleración sino a la resolución (erróneamente llamada rescisión). Los artículos 9, 10 y 12 de la Ley de *Leasing* señalan lo siguiente:

Artículo 9.- Las cuotas periódicas a abonarse por la arrendataria podrán ser pactadas en moneda nacional o en moneda extranjera y ser fijas o variables y reajustables.

²² Véase a Soria y Osterling (2014); García Long (2019c). Esta precisión es particularmente relevante en el Perú con ocasión de la Ley 31248 del año 2021, que precisa que los propietarios de los vehículos en *leasing* no son responsables solidarios de los accidentes de tránsito. Parte de la discusión se encuentra en definir la naturaleza del *leasing*. Para quienes consideran que el *leasing* es más un arrendamiento que un préstamo, se justificaría la responsabilidad del propietario. Por el contrario, si se entiende que el *leasing* es un préstamo en el fondo, sin perjuicio de su estructura contractual, no hay justificación para hacer responsable al propietario. Sobre esta discusión, pueden revisarse los trabajos de Carlos Calderón Puertas, Félix Enrique Ramírez Sánchez y Guillermo Andrés Chang Hernández, recopilados en el volumen especial “La responsabilidad civil en el leasing vehicular: ¿todo está resuelto?” en Gaceta Civil & Procesal Civil, No. 103, enero 2022.

Sin perjuicio de los correspondientes intereses, en el contrato se podrán pactar penalidades por mora en el pago de cuotas. **La falta de pago de dos o más cuotas consecutivas, o el retraso de pago en más de dos meses, facultará a la locadora, a rescindir el contrato.**

Artículo 10.- El contrato de arrendamiento financiero, formalizado en cualquiera de las modalidades establecidas en el artículo 8, tiene mérito ejecutivo. El cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo, incluyendo la realización de las garantías otorgadas **y la recuperación de los bienes en caso de resolución del contrato**, se tramitarán con arreglo a las normas del proceso de ejecución, regulado en el Código Procesal Civil.

Artículo 12.- **Asiste a la locadora el derecho de exigir la inmediata restitución del bien materia de arrendamiento financiero, cuando la arrendataria haya incurrido en una causal de resolución prevista en el contrato.** La locadora podrá exigir la referida restitución del bien, ante el Juez de Paz Letrado y/o ante el Notario de su libre elección de cualquier distrito dentro de la provincia donde se encuentra el domicilio de la locadora (1984) [el énfasis es nuestro].

Por un lado, el artículo 9 regula el típico supuesto de hecho de la aceleración: la falta de pago de cuotas, en este caso, de dos o más cuotas consecutivas. Pero, por otro lado, dicho supuesto de hecho se regula como causal de resolución del contrato, mas no de aceleración.

Parece que la lógica de la Ley de *Leasing*, como se desprende de una interpretación conjunta de sus artículos 9, 10 y 12, fue que el locador pueda recuperar el bien en caso de incumplimiento. Para ello, se pensó en el tradicional remedio civil de la resolución por incumplimiento y en su efecto restitutorio. Si el arrendatario financiero no cumple con el pago de las cuotas, el banco podrá resolver el contrato a efectos de recuperar el bien y cobrar los daños, que en su liquidación tendrá en cuenta el monto del capital, intereses y otros conceptos dinerarios de ser el caso.

Sin embargo, el mismo efecto, incluso de manera más amplia, podría conseguirse con una cláusula de aceleración. Si el arrendatario financiero incumple el locador podría dar por vencido el contrato, cobrarse el capital, intereses y demás conceptos dinerarios, y como el contrato ya habría vencido por cumplimiento de su plazo (aunque anticipa-

do), se habría extinguido el título posesorio en favor del arrendatario financiero, siendo procedente la restitución del bien. Por ello, siempre en los contratos de *leasing* se incorpora una cláusula sobre la devolución del bien, que indica que el bien deberá devolverse, entre otros casos, ante la aceleración del contrato, sin necesidad de acudir a la resolución del contrato por incumplimiento.

En todo caso, esta omisión de la Ley de *Leasing* ya ha sido subsanada por la práctica financiera pues es común que en los contratos de *leasing* se incluya una cláusula de aceleración y una cláusula de devolución del bien que permita al banco acelerar el contrato, liquidarlo en una sola deuda global y única, y asegurarse la restitución del bien.

C. Préstamo bancario corporativo

El caso emblemático donde se pacta la aceleración, y en todo su esplendor, es en el préstamo bancario corporativo, el cual sirve de base para otras operaciones financieras más complejas como la sindicación, LBO (*leveraged buyouts*), financiamientos de proyectos (*project finance*), entre otros²³. Es un préstamo porque el objeto es capital, bancario porque el acreedor es un banco y corporativo porque el deudor es una empresa.

En la banca corporativa estamos ante préstamos celebrados entre empresarios que negocian un contrato complejo en igualdad de condiciones. Esta operación no sigue la estructura del contrato de mutuo civil, sino que se adecua para proteger los particulares intereses financieros involucrados en un financiamiento complejo. Por este motivo, es un contrato con tipicidad social: aplican los usos financieros y lo pactado. Como tal, el contrato se rige en primer lugar por lo expresamente acordado, y ello gira en torno a las condiciones que ya son estándares en el mercado y conocidas por quienes usualmente realizan este tipo de transacciones.

De manera general, un contrato de préstamo bancario corporativo está estructurado de la siguiente manera:

- Generalidades, que contiene los antecedentes, reglas de interpretación del contrato y definiciones;
- Objeto del financiamiento, que contiene el monto del capital, plazo, periodo de disponibilidad, periodo de gracia, cuotas, solicitud de desembolsos, intereses compensa-

²³ Sobre la banca corporativa en la literatura peruana, véase a Reggiardo (2006); Noya de la Piedra y De los Heros (2007); Peschiera (2007); Lengua Peña (2012); Escobar Rozas (2016); Molina Rey de Castro (2016); García Long (2019d).

- torios y moratorios, penalidades, prepago, entre otros;
- c) **Condiciones precedentes (conditions precedent)**, a la fecha de cierre y a la fecha de cada desembolso;
 - d) **Declaraciones y garantías (reps & warranties)** del deudor, a la fecha de cierre y a la fecha de cada desembolso;
 - e) **Obligaciones (covenants)** del deudor, de dar, hacer o no hacer;
 - f) **Eventos de incumplimiento (events of default)** y remedios; y
 - g) **Varios**, como comunicaciones, gastos, legislación aplicable, convenio arbitral, confidencialidad, separabilidad, acuerdo total, entre otros²⁴.

La estructura contractual del préstamo bancario corporativo está hecha para proteger los derechos del banco, quien es la parte que debe desembolsar el capital y esperar por cierto tiempo la devolución de este más la ganancia esperada. Como tal, es de su interés que el riesgo de *default* sea el mismo durante toda la vida del contrato y, por ello, se incluyen remedios preventivos y reactivos.

Dentro de esta estructura contractual las partes definen eventos de incumplimiento que pueden consistir en obligaciones dinerarias, obligaciones no dinerarias o la asunción de riesgos. Cuando se trata de obligaciones dinerarias, consistirá en el pago del capital, intereses y otros montos dinerarios. Pero el incumplimiento de estas obligaciones dinerarias no es lo único que le preocupa al banco. Lo más importante y, en general, es que no se altere o empeore el riesgo de *default*.

Antes de otorgar un préstamo, el banco realiza un *due diligence* y evalúa el riesgo del crédito con base en el giro de negocio del deudor, su capital social, quiénes son sus accionistas, sus administradores, su nivel de endeudamiento, sus clientes, sus proyecciones de caja, entre otros. Si el banco accede a otorgar el préstamo es porque está conforme con el riesgo que asumirá. Si el riesgo fuera otro, tal vez no otorgaría el préstamo.

Para que el banco pueda tener control sobre las conductas del deudor, en el contrato puede definir una serie de restricciones y comportamientos que deba cumplir el deudor durante toda la vida

del préstamo (no endeudarse, no pagar dividendos, no vender activos, no reorganizarse), cuyo incumplimiento le permitirá al banco reaccionar de manera preventiva antes de que el deudor incurra efectivamente en *default*. El incumplimiento de tales restricciones y comportamientos son pactados como supuestos de eventos de incumplimiento. Pero también se asigna sobre el deudor el riesgo de ocurrencia de determinados eventos que están fuera de su control, como la ocurrencia de un MAC.

La particularidad de los préstamos bancarios corporativos es que todos estos eventos de incumplimiento gatillarán el ejercicio de la cláusula de aceleración. De esta manera, se pacta una aceleración causada que podrá ejercerse ante diferentes tipos de incumplimiento, sean dinerarios, no dinerarios, culpables o no culpables. El banco podrá ejercer la aceleración si el deudor incumple el pago de una cuota, si el deudor vende un activo importante o si ocurre un imprevisto ajeno a las partes que afecta de manera sustancialmente adversa al deudor o la operación financiera.

Entonces, en operaciones financieras complejas la aceleración se pacta para que tenga un ámbito de aplicación más amplio, teniendo incluso un carácter objetivo a diferencia del régimen subjetivo de responsabilidad contractual que rige en el derecho civil. Incluso califica como un pacto en contra del artículo 1323 del Código Civil peruano, pues la aceleración se pacta para que pueda gatillarse ante el incumplimiento de una sola cuota y no de tres como señala el artículo 1323 citado.

También se puede pactar una aceleración discrecional que pueda ser ejercida a solo criterio del banco. Hay dos formas de pactar esta discrecionalidad. Primero, de manera general cuando la aceleración es incausada. En lugar de pactar alguna causal específica, el pacto puede indicar que el banco podrá ejercer la aceleración cuando lo considere conveniente y a su solo criterio, voluntad o decisión. Segundo, de manera particular con relación a cierto incumplimiento identificado. Esto sirve para calificar el incumplimiento respectivo. Por ejemplo, ante la ocurrencia de un riesgo sistémico se podría discutir si el mismo afecta o no de manera adversa el financiamiento. Para evitar esta discusión se podría pactar que queda a discreción del banco definir si el riesgo sistémico es de tal magnitud que justifique acelerar el préstamo.

Por otro lado, y sobre los eventos de incumplimiento que representan una asignación de riesgo, debemos resaltar la cláusula de *cross-acceleration*.

²⁴ Véase a García Long (2019a); García Long (2019b).

Esta cláusula le permite al banco acelerar el contrato en caso otro acreedor del deudor lo acelere primero. Esta es una cláusula particular por las siguientes razones:

- Primero, una cláusula de incumplimiento cruzado hace que un incumplimiento ajeno sea considerado como un incumplimiento para el contrato.
- Segundo, podría ocurrir que este incumplimiento ajeno no tenga mayor incidencia en el contrato. El deudor podría estar en perfecto cumplimiento de su contrato con el banco y, aun así, incumplir con otro acreedor sin que esto le represente un daño efectivo al banco (tal vez solo una alteración del riesgo de *default*).
- Tercero, el *cross-acceleration* es un remedio preventivo pues el banco asume que, si su deudor tendrá que soportar el peso financiero de una deuda acelerada, probablemente ello lo coloque en una situación de estrés que ocasione el incumplimiento de otras deudas. Por ello, el banco buscará protección haciendo exigible su crédito de una vez y ejecutar las garantías antes que otro acreedor lo haga y agote el patrimonio de su deudor.
- Cuarto, es usual que los eventos de incumplimiento se pacten para que puedan ser declarados por el banco ‘a su sola discreción’, ‘a su voluntad’, entre otras redacciones que representan el pacto de una discreción contractual, lo cual hace incluso más fácil para el banco considerar que la aceleración de otro acreedor afectará su contrato.
- Quinto, una aceleración podría generar una carrera entre acreedores en perjuicio del deudor para ver quién cobra primero.
- Sexto, el banco deberá tomar en cuenta si realmente la aceleración de otros acreedores altera el riesgo de *default* del deudor para evitar incurrir en un escenario de *wrongful acceleration*. Incluso en jurisdicciones anglosajonas donde se admite abiertamente el ejercicio de las discreciones contractuales en sus propios términos pactados, se considera que eventualmente, y de manera excepcional, las mismas podrían ir en contra de la buena fe.

Finalmente, también téngase presente el pacto que señala que la aceleración es el principal y único remedio en favor del banco.

Cuando el banco otorga un préstamo asume determinados costos y se proyecta cierta rentabilidad en el tiempo. Desde que el banco utiliza dinero de sus ahorristas o inversionistas, solo le resultará rentable recolocar el dinero a través de préstamos si obtendrá cierta ganancia mínima. Por ello, si el deudor incumple, el interés del banco estará enfocado en asegurarse que obtendrá la totalidad de esa ganancia esperada. Frente a este escenario, el remedio que más se acomoda a sus intereses es la aceleración, que funciona como una ejecución forzada anticipada que le permitirá ejecutar las garantías otorgadas.

La resolución por incumplimiento, por el contrario, tiene el efecto de extinguir el contrato y da lugar a la acción de daños como reemplazo y equivalente económico del cumplimiento específico del contrato. Pero téngase en cuenta que el cobro de daños debe realizarse a través de un juez o árbitro, lo cual es opuesto a la preferencia del banco de privatizar sus remedios y ejercerlos extrajudicialmente. Además, si la resolución extingue el contrato, esto implica también la extinción de las garantías otorgadas al ser estos pactos accesorios. Por ello, la resolución no es el remedio más adecuado para proteger los intereses del banco. Por el contrario, al banco le interesa mantener vigente el contrato para ejecutarlo de manera anticipada y privada, y así proceder con la ejecución de las garantías, también de manera extrajudicial en lo posible.

Además, si bien es cierto que uno de los efectos de la resolución es la restitución de prestaciones, este efecto solo aplicará para el capital desembolsado que ahora deberá restituirse, pero no alcanzará a otros conceptos que estén pendientes de ejecutarse o devengarse. En la restitución la regla es que lo ya pagado debe devolverse, y lo que aún no se ha pagado, pero se pagaría, ya no se pagará. Entonces, la restitución producto de la resolución por incumplimiento no le permitirá al banco cobrar intereses compensatorios no madurados, penalidades, comisiones, gastos y otros conceptos que no se han desembolsado o devengado por el vencimiento anticipado. Por el contrario, la cláusula de aceleración implica una liquidación del contrato que sí permite tener en cuenta estos conceptos que aún no se desembolsan o devengan y que son de interés del banco cobrar para compensar la pérdida incurrida por no cobrar el lucro esperado o el interés positivo.

Teniendo en cuenta cómo funcionan estos remedios, en muchos financiamientos se pacta una cláusula de aceleración y se indica expresamente que será el único y principal remedio en favor del banco. Dentro de este contexto, la aceleración tiene una clara función compensatoria destinada a colocar al banco en la posición que se encontraría de haberse ejecutado el contrato en el plazo pactado.

Al respecto, se discute si es válido excluir la aplicación de los otros remedios frente al incumplimiento. Si se pacta que la aceleración es el único y principal remedio que tendrá el banco frente a un Evento de Incumplimiento, el pacto es válido pues los remedios civiles son supletorios, salvo que se vulnere alguna norma de orden público y/o imperativa. En principio, no existe inconveniente en que el banco renuncie al ejercicio de los remedios de la resolución por incumplimiento, el pago de daños, o el cumplimiento específico.

Fíjese que la aceleración ya funciona como una pretensión de cumplimiento específico anticipado, y adicionalmente, en el contrato se pactan penalidades que tienen el efecto de reemplazar la acción judicial por daños. Entonces, en realidad, solo se excluye a la resolución por incumplimiento y por razones prácticas desde que al banco le interesa mantener vigente el contrato para liquidarlo de manera anticipada y ejecutar las garantías. Por ello, una parte sofisticada como un banco, que conoce cómo funcionan los remedios en un préstamo, no tiene inconveniente alguno en que su único remedio sea la aceleración, siempre que esté debidamente pactada.

IX. REFLEXIONES FINALES

La cláusula de aceleración en operaciones financieras es una buena oportunidad para observar cómo la práctica contractual siempre está un paso más adelante que la ley. El remedio del vencimiento anticipado del plazo del contrato está regulado por la ley peruana y otras jurisdicciones del *Civil Law* y *Common Law*; sin embargo, la práctica contractual ha creado una estructura más compleja para que la aceleración pueda adecuarse y servir de protección a los particulares intereses involucrados en una operación financiera.

Ante este escenario, uno podría cuestionar la desactualización del legislador peruano y criticar la norma peruana. Sin embargo, si bien es cierto que la norma peruana podría mejorar, ello no significa de inmediato que sea necesario y urgente una reforma legislativa. Siempre debemos recordar que el derecho de contratos es dispositivo y supletorio en su mayoría. Ello significa que la norma jurídica contractual puede ser derogada por voluntad de las partes, y en lo que no se haya derogado, aplicará de manera directa para suplir la voluntad. Entonces, las partes siempre tienen la posibilidad de apartarse de las reglas legales contractuales si las mismas no son de su agrado o simplemente son malas normas. Esta es la ventaja del derecho contractual: la ley es solo el primer peldaño y nunca el último. Entonces, si la ley contractual no regula a la aceleración como debería hacerlo, las partes

podrán incluir una cláusula de aceleración que sea perfecta para ellas.

Bajo estas premisas, los errores u omisiones del legislador no deben ser enmendados por otro legislador, sino por las partes con ocasión de su propio contrato, y en efecto así ocurre en el mercado y la práctica contractual. Por ello, es importante conocer cómo funciona la dinámica y activa práctica contractual financiera para contraponerla con la dura y estática ley civilista. Si la práctica ya hizo su trabajo, no será necesario modificar la ley, aunque la misma sea una mala; solo habrá que redactar bien el propio contrato. ■

REFERENCIAS

- American Law Institute (1997). *Restatement of the Law Third, Property: Mortgages*. American Law Institute.
- Barchi Velaochaga, L. (2015). Comentario al artículo 1323 del Código Civil. En C.A. Soto Coaguila (ed.), *Tratado de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual* (s.p.). Instituto Pacífico.
- Blocher, A. (1981). Due-on-sale in the secondary mortgage market. *Catholic University Law Review*, 31(1), 49-99.
- Bridge, M. (2005). Doubting good faith. *New Zealand Business Law Quarterly*, (11), 426-445.
- Bridge, M. (2019). Limits on contractual freedom. *The Chinese Journal of Comparative Law*, 7(3), 387-412. <https://doi.org/10.1093/cjcl/cxz017>
- Carrasco Perera, A. (2017). *Carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado y posibilidad de ejecución hipotecaria. La experiencia española*. Actualidad Civil.
- Chafee, Z. (1919). Acceleration provisions in time paper. *Harvard Law Review*, 32(7), 747-788.
- Cooter, R., & Schäfer, H. (2011). *Solomon's knot: How law can end the poverty of nations*. Princeton University Press.
- Dahl, A. W. (1924). Effect of acceleration. *Lawyer and Banker and Southern Bench and Bar Review*, 17(5), s.p.
- Escobar Rozas, F. (2016). Contratación corporativa y evolución legal. *THĒMIS Revista de Derecho*, (70), 67-93.
- Fernández Cruz, G. (2017). *La cláusula penal. Tutela contra el incumplimiento vs. Tutela resarcitiva*.

- toria. *La problemática de su encuadramiento*. ARA Editores.
- Forno Flórez, H. (2004). El plazo esencial y la tutela resolutoria. En L. León Hilario (ed.), *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano* (pp. 915-971). ARA Editores.
- García Long, S. (2016). *Un Big MAC, por favor: la cláusula MAC en fusiones y adquisiciones*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- (2019a). El contrato de financiamiento: entre teoría y práctica. En G. Ramírez Gastón, & E. Varsi Rospigliosi (eds.), *Congreso International de Derecho Civil: Diálogo entre Disciplinas* (s.p.). Instituto Pacífico y Universidad de Lima.
- (2019b). La estructura contractual de los financiamientos bancarios. En S. García Long (coord.), *Derecho Contractual Financiero. Estudios en Homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su Centenario* (pp. 55-96). Pontificia Universidad Católica del Perú.
- (2019c, 22 de agosto). ¡Es solo un préstamo! Reevaluando la responsabilidad civil por accidente de tránsito en el leasing. *La pasión por el derecho*. <https://lpderecho.pe/prestamo-responsabilidad-civil-accidente-transito-leasing/>
- (2019d). Mega transacciones: la estructura contractual y corporativa del leveraged buyout (LBO). En M. Salazar Gallegos (coord.), *Derecho Corporativo. Estudios en Homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su Centenario* (pp. 341-385). Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Gilligan, J. K. (1939). Acceleration clauses in notes and mortgages. *University of Pennsylvania Law Review*, 88(1), 94-110. <https://doi.org/10.2307/3308901>
- Goode, R. (1992). *The concept of "good faith" in English law*. Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero.
- Hale, W. G. (1923). Acceleration provisions in instalment paper. *Oregon Law Review*, 2(3), s.p.
- Hahn, D. (2010). The roles of acceleration. *DePaul Business & Commercial Law Journal*, 8(3), 2-24. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1547702>
- Hardaway, S. J. (1964). Debtor-creditor conflict over acceleration. *University of Florida Law Review*, 17(2), 163-179.
- Hart, O. (2019). Financial contracting. En S. García Long (ed.). *Derecho Contractual Financiero. Estudios en Homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su Centenario* (pp. 21-53). Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Henkel, J. W., & Seltzer, G. (1980). Acceleration clauses in mortgages: misuse during periods of tight money. *American Business Law Journal*, 17(4), 441-465. <https://doi.org/10.1111/j.1744-1714.1979.tb01463.x>
- Lengua Peña, R. (2012). Introducción a los contratos de crédito sindicado en el mercado financiero internacional. *Advocatus*, (27), 131-149. <https://doi.org/10.26439/advocatus2012.n027.4149>
- Molina Rey de Castro, F. (2016). Los contratos directos y su rol en el financiamiento de proyectos. *THÉMIS Revista de Derecho*, (70), 107-119.
- Nowak, D. M. (1980). Standards for insecurity acceleration under section 1-208 of the Uniform Commercial Code: a proposal for reform. *University of Michigan Journal of Law Reform*, (13), 623-659.
- Noya de la Piedra, I., & De los Heros Echecopar, J. C. (2007). Para entender el project finance. *THÉMIS Revista de Derecho*, (54), 33-48.
- Osterling, M., & García Long, S. (2019). Psicoeconomía de la cláusula penal. *Revista de Actualidad Mercantil*, (6), 142-171.
- Peschiera Mifflin, D. (2007). Contrato de sindicación de crédito. *THÉMIS Revista de Derecho*, (54), 61-72.
- Reggiardo Denegri, A. (2006). El project finance o financiación de proyectos desde la perspectiva de los financieros. *Ius et Veritas*, (32), 159-177.
- Scharar, C. (2012). Creating insecurity: the Interpretation of insecurity clauses triggered by reappraisals ordered by commercial mortgage lenders. *Michigan State Law Review*, 12(1), 211-247.
- Sherman, J. H. (1931). Acceleration clauses in notes. *Dicta*, 8(6), 19-20.
- Soria Aguilar, A. F., & Osterling Letts, M. (2014). *Contratos Modernos. Elementos esenciales y reglas aplicables para acuerdos comerciales*. Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Roth, J. L. (1982). Acceleration clause litigation: a status report. *Law & Housing Journal*, (9), s.p.

The International Institute for the Unification of Private Law [UNIDROIT] (1988). *Convention on International Financial Leasing*. <https://www.unidroit.org/instruments/leasing/convention/> (2008). *Model Law on Leasing*. [https://www.unidroit.org/instruments/leasing/model-law/#:~:text=UNIDROIT%20MODEL%20LAW%20ON%20LEASING%20\(2008\)&text=This%20Law%20applies%20to%20any,State's%5D%20law%20governs%20the%20transaction](https://www.unidroit.org/instruments/leasing/model-law/#:~:text=UNIDROIT%20MODEL%20LAW%20ON%20LEASING%20(2008)&text=This%20Law%20applies%20to%20any,State's%5D%20law%20governs%20the%20transaction).

Thornburg, R. W. (1982). The due-on-sale clause: current legislative actions and probable trends. *Florida State University Law Review*, 9(4), 645-670.

Uniform Law Comission (1952). *Uniform Commercial Code*. Thompson Reuters.

Van Vuuren, N., & Neluheni, K. (3 de junio de 2014). Acceleration clauses – contra bonos mores? *Werksmans Attorneys*. <https://www.werksmans.com/legal-updates-and-opinions/acceleration-clauses-contra-bonos-mores/>

Vásquez Rebaza, W. (2019). La cláusula de aceleración o de vencimiento anticipado en la contratación contemporánea. Con especial énfasis en los negocios jurídicos financieros. En S. García Long (coord.), *Derecho Contractual Financiero. Estudios en Homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su Centenario* (pp. 209-297). Pontificia Universidad Católica del Perú.

Vendrell Cervantes, C. (2019). El caso de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios con consumidores: la doctrina jurisprudencial del TJUE y del Tribunal Supremo. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, (53), 106-111.

Waddell, L. (1925). Acceleration clauses and negotiability. *Virginia Law Register*, 11(3), 129-136. <https://doi.org/10.2307/1107817>

Wells, C., & Doulai, A. (2013). Till default do us part: facility agreements and acceleration. *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, (13), 571-575.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS

Codificación 2005010, Código Civil, Registro Oficial [R.O.], 10 de mayo de 2005 (Ecuador).

Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).

Código Civil de la República Popular de China (民法典) (promulgado por el Comité Permanente del Congreso Nacional del Pueblo, 28 de mayo de 2020, vigente desde el 1 de enero de 2021), P.R.C. (China).

Decreto con Fuerza de Ley 1, Texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil, Diario Oficial [D.O.], 30 de mayo de 2000 (Chile).

Decreto Legislativo 299, Ley de Arrendamiento Financiero, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de julio de 1984 (Perú).

Decreto Ley 12760, Código Civil, Gaceta Oficial [G.O.], 06 de agosto de 1975 (Bolivia).

Decreto Supremo 202-2018-EF, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley 30741, Ley que Regula la Hipoteca Inversa, Diario Oficial *El Peruano*, 5 de septiembre de 2018 (Perú).

Ley 10.406, Código Civil, Diario Oficial de la Unión [D.O.U.], 10 de enero de 2002 (Brasil).

Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Diario Oficial *El Peruano*, 9 de diciembre de 1996 (Perú).

Ley 27287, Ley de Títulos Valores, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de junio de 2000 (Perú).

Ley 28587, Ley complementaria a la Ley de protección al consumidor en materia de servicios financieros, Diario Oficial *El Peruano*, 21 de julio de 2005 (Perú).

Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, Diario Oficial *El Peruano*, 2 de setiembre de 2010 (Perú).

Ley 30741, Ley que regula la hipoteca inversa, Diario Oficial *El Peruano*, 28 de marzo de 2018 (Perú).

Ley 84, Código Civil de la Nación, Diario Oficial [D.O.], 31 de mayo de 1873 (Colombia).

Real Decreto 262, Código Civil, Gaceta Oficial [G.U.], 16 de marzo de 1942 (It.).

Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil (B.O.E., 1889, 206) (Esp.).

HUGO SOLOGUREN CALMET

ARBITRO - ABOGADO

Adjudicador-JRD

hugosologuren@gmail.com

Celular: 51 999650605

Teléfono: 511 3725405

Calle Silvana 195- Dpto. 301

Chacarilla-Surco

L 33-Perú

¿TENER UNA BUENA CALIFICACIÓN CREDITICIA SIN HABER PEDIDO ANTES UN PRÉSTAMO? UNA PROPUESTA PARA LA INCLUSIÓN FINANCIERA

HAVING A GOOD CREDIT RATING WITHOUT HAVING BORROWED BEFORE? A PROPOSAL FOR FINANCIAL INCLUSION

María Paz Delgado Yábar*

Pontificia Universidad Católica del Perú

Financial inclusion is both a process and a challenge, especially in countries like Peru, where many people are not part of the financial system. The author provides a business idea and a regulation proposal that could help in one of the aspects that affects the unbanked population, not having a credit record.

The absence of a credit rating means that many people are rejected by the formal financial system, thus creating a vicious circle that leads to the development of a parallel informal financial system. The article proposes a novel way to help people build a credit history and thus be able to access more financial products at lower costs.

KEYWORDS: *Financial inclusion; cash redeemable savings vouchers; FinTech; sandbox regulation; credit record; unbanked population.*

La inclusión financiera es un proceso y un reto, especialmente en países como el Perú, donde existen muchas personas ajenas al sistema financiero. Por ese motivo, la autora aporta una idea de negocio y una propuesta de regulación que podría ayudar en uno de los aspectos que afecta a la población no bancarizada, no contar con un récord crediticio.

La ausencia de calificación crediticia lleva a que muchas personas sean rechazadas por el sistema financiero formal, creándose de esta manera un círculo vicioso que decanta en el desarrollo de un sistema financiero informal paralelo. El artículo propone una novedosa manera de ayudar a las personas a crear un historial crediticio y así poder acceder a más productos financieros a costos menores.

PALABRAS CLAVE: *Inclusión financiera; FinTech; regulación sandbox; bancarización; calificación crediticia.*

* Abogada. Candidata a LL.M. por la Universidad de Harvard (Massachusetts, Estados Unidos). Contacto: mdelgadoyabar@llm23.law.harvard.edu

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 31 de enero de 2022, y aceptado por el mismo el 18 de julio de 2022.

I. INTRODUCCIÓN

La inclusión financiera se volvió un tema de interés para mí desde que leí el libro “Hacia un Mundo sin Pobreza” de Muhammad Yunus, premio Nobel de la Paz en el 2006. A pesar que el nombre del libro suena utópico, la propuesta del autor resulta interesante, específicamente, su reflexión sobre lo trascendente que es tener acceso a crédito, lo que para Muhammad Yunus debería ser considerado un derecho humano. Hasta antes de ese momento, estaba familiarizada con la idea que comentan otros autores, como Mikella Hurley y Julius Debayo quienes consideran que, para los estadounidenses (países desarrollados), el acceso al crédito es esencial en sus vidas, incluso para tener acceso a mercados distintos al financiero como el laboral, inmobiliario y de seguros (2016).

Sin embargo, gracias a “Hacia un Mundo sin Pobreza” pude acercarme a la idea de que el acceso al crédito puede ser el punto de quiebre para muchas personas que viven en pobreza y que, gracias a este, pueden llegar a superar esa situación. En esta línea, Muhammad Yunus realizó un experimento universitario en Bangladesh que, luego, se convirtió en el Banco Grameen, a través del cual otorgaba préstamos a personas en extrema pobreza que no tenían acceso al sistema financiero formal con resultados insospechados, especialmente por la alta tasa de repago. Mi parte preferida del libro es la siguiente:

Algunos necesitaban veinte dólares, otros cien o mil dólares. Algunos querían descascarar arroz, o hacer arroz inflado, fabricar maceteros de tierra o comprar ganado. Sin embargo, es importante destacar - intención especialistas mundiales del desarrollo! - que ni una sola persona que recibió nuestros préstamos tuvo necesidad de la menor formación. Las tareas realizadas en la casa les habían asegurado con creces una formación, ya habían adquirido las competencias necesarias en su campo. Lo único que necesitaban era capital (2002, p. 100).

La reflexión vertida me lleva a pensar que buscar ideas innovadoras para atender el problema de inclusión financiera en el Perú puede ser útil para aliviar a gran parte de nuestra población.

II. INCLUSIÓN FINANCIERA

La inclusión financiera se puede definir de distintas maneras, de acuerdo con los factores que se tomen en consideración. Por ejemplo, Julian Schmied y Ana Marr utilizan únicamente el factor de obtención de un crédito (2016). De esta manera, los autores definen la inclusión financiera como

la provisión de microcréditos a individuos que no han obtenido créditos formales con anterioridad. Por otro lado, Karen Sowon y Rebecca Njuguna lo miden únicamente con base en la tenencia de una cuenta, definiendo la inclusión financiera como contar con una cuenta bancaria o una cuenta de dinero electrónico (2021). Otros autores toman en consideración factores adicionales, como la provisión de servicios financieros en general (no solo créditos) a precios accesibles para toda la sociedad (sin distinguir entre la sociedad excluida voluntaria o involuntariamente) (Alliance for Financial Inclusión, 2018).

Para mí la siguiente definición es adecuada para nuestro país: la inclusión financiera es un proceso que busca asegurar que todas las personas que deseen usar servicios financieros, tengan acceso a ellos a precios accesibles y sean provistos de manera responsable y conveniente. Asimismo, las condiciones de la oferta de estos productos deben ser rentables para las instituciones financieras (Cámaras & Tuesta, 2015). Esta elección se debe a que esta definición fue acuñada sobre la base del caso peruano y que toma en cuenta lo siguiente:

- La inclusión financiera es un proceso, lo cual se puede traducir en que es un problema complejo que no tiene una solución rápida ni existe una única fórmula aplicable.
- Debe tomar en consideración a las personas que involuntariamente se encuentran fuera del sistema financiero; es decir, no a aquellas que, pudiendo acceder a los productos o servicios financieros, deciden no hacerlo.
- Las condiciones de la oferta de los servicios y productos financieros deben respetar las normas de protección al consumidor (incluyendo, según mi perspectiva, la protección de datos personales), lo que deja entrever uno de los principales retos observables en el proceso, que es encontrar el balance entre la protección a las personas que son recién bancarizadas y una normativa muy rígida que impide la innovación.
- La inclusión financiera no significa que las instituciones financieras dejen de lado la rentabilidad del negocio. Al contrario, como comentaré más adelante, la idea del proceso es poder acercar a la población excluida con el sistema financiero y que ambas partes se beneficien. Caso contrario, el proceso será infructífero e insostenible.

En el Perú, en el 2015, se aprobó la primera estrategia nacional de inclusión financiera, median-

te el Decreto Supremo 191-2015-EF, que crea la Comisión Multisectorial de Inclusión Financiera y Aprueba la Estrategia Nacional de Inclusión Financiera. Este plan reconocía como principales retos para la inclusión financiera los siguientes:

- La falta de educación financiera que, a su vez, lleva a que la población no tenga costumbre de ahorro ni inversión u organización de pago de sus obligaciones financieras. Esta es una de las razones por las que tenemos altas tasas de deudores morosos en nuestro país.
- Los bajos niveles de bancarización, es decir, qué porcentaje de la población cuenta con una cuenta bancaria u otros productos financieros, lo cual, además, debe revisar si estos productos son efectivamente utilizados (es decir, no es lo mismo una cuenta bancaria que se utiliza una vez al año a una que tiene movimientos mensuales). Más adelante, comentaremos las costumbres de ahorro de la población.
- Promover modelos de negocio que permitan reducir el “elevado costo de las transferencias y transacciones inherentes ligadas a los productos, sobre todo en zonas remotas” (Estrategia Nacional de Inclusión Financiera [ENIF], 2015, p. 8). Al respecto, llevar servicios financieros a zonas rurales siempre ha sido un desafío, especialmente en un país con las características geográficas del nuestro y la deficiente infraestructura. Por ello, abrir una sucursal en ciertas zonas del país resulta muy costoso o inviable. Es en estos casos donde la innovación puede ser de gran ayuda. Así, por ejemplo, una inteligente manera de reducir este problema fue trabajando con y a través de corresponsales, como bodegas en áreas remotas (aunque estas alianzas también existen en zonas urbanas a lo largo del país).
- Continuar con las políticas regulatorias y de supervisión que permitan mitigar el riesgo de sobreendeudamiento y faciliten los procesos de innovación para el desarrollo de nuevos productos financieros inclusivos.

En el marco de esta normativa, se lograron buenos resultados. Por ejemplo, se promulgó la regulación de dinero electrónico. Esta se considera una herramienta de inclusión financiera, porque tiene como finalidad que el dinero electrónico beneficie principalmente a zonas rurales o alejadas de Perú; es decir, aquellas zonas donde no hay banca

comercial. El Gobierno de entonces buscaba utilizar esta herramienta para crear nuevos esquemas de pago de programas sociales, como ‘Juntos’ y ‘Pensión 65’ (Centro de Investigación en Derecho Corporativo de la Universidad de San Martín de Porres, 2013).

Asimismo, se diseñó el Plan Nacional de Educación Financiera, que busca ser “una herramienta eficaz para que la población pueda tomar decisiones responsables respecto del uso de productos y servicios financieros” (Banco de la Nación, 2017). También se realizó una interesante encuesta sobre la relación de los peruanos con el sistema financiero, la cual comentaré más adelante.

En el presente artículo se comentará especialmente sobre la interacción entre dos de los retos mencionados: la promoción de la innovación para la creación de nuevos productos financieros y el incremento de los niveles de bancarización. Al respecto, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (en adelante, SBS) es consciente que “una regulación muy estricta puede afectar la capacidad de las instituciones financieras para innovar y ser capaces de incluir a los diversos segmentos de la población” (2022). Es decir, para lograr la bancarización tenemos que implementar una regulación que sea amigable con la innovación. Lo anterior muestra la buena disposición del regulador para apoyar la innovación financiera y que reconoce su relevancia en cuanto a la inclusión financiera.

Por lo anterior, a pesar que podemos hablar sobre bancarización e innovación financiera en todo el mundo, es especialmente relevante conversar sobre ella en un país como el Perú, donde aún es común guardar los ahorros ‘debajo del colchón’; es decir, vivir al margen del sistema financiero. De acuerdo con la Encuesta Nacional de Demanda de Servicios Financieros y Nivel de Cultura Financiera en el Perú, de las personas que ahorran voluntariamente (es decir, no se toma en consideración los aportes a sistemas de pensiones o en cuentas de compensación por tiempo de servicios [CTS]) menos de un tercio lo hace en el sistema financiero y, específicamente, en el ámbito rural solo el 8% de la población rural que ahorra utilizó el sistema financiero (Superintendencia de Banca, Seguros y AFP [SBS], 2017). Es decir, por cada sol ahorrado, menos de S/ 0.33 es depositado en el sistema financiero. Lo llamativo de la encuesta es que la mayoría de la población señala que se sentiría más a gusto ahorrando en una institución financiera. Por lo tanto, tenemos demanda insatisfecha y gente excluida involuntariamente del sistema financiero, y vale la pena buscar maneras de hacer algo al respecto.

Lo que mostraban estas cifras nos lleva a pensar en cómo puede familiarizarse a la población excluida financieramente con el sistema financiero y para ello resulta interesante una de las conclusiones a las que llega el estudio realizado por Noelia Cámera y David Tuesta: la gente tiene más probabilidades de acudir a los bancos en el Perú cuando se encuentra en necesidad de dinero antes que para colocar sus ahorros en cuentas bancarias (2015). En el mismo sentido, un reporte de la SBS indica que, cada año, alrededor de 450 mil nuevas personas ingresan al sistema financiero a través de créditos de consumo (2020). Por lo tanto, el acceso al crédito parecería ser un camino hacia la inclusión financiera. El sentido detrás de ello podría ser que las personas que reciben un crédito tienen un beneficio inmediato (es decir, el monto en préstamo) y necesidad inmediata, mientras que el beneficio de ahorrar en una institución financiera se mide a largo plazo y no atiende una urgencia.

Ahora, para hacer más accesibles los créditos, es preciso, primero, conocer los costos de otorgamiento de créditos para luego pensar en maneras de que sean más baratos. De acuerdo con el Oficio 20339-2020-SBS elaborado por la SBS, los costos de otorgamiento de crédito se pueden dividir en tres:

- **Costos de fondeo.** Los costos de fondeo son aquellos relacionados a los intereses que paga la institución financiera por los depósitos del público que recibe; en algunos casos, también por los intereses que paga la institución financiera a otras instituciones financieras de las cuales recibe capital o a los bonistas de los bancos. Este componente es el menos relevante para la determinación de la tasa de interés de un crédito.
- **Gastos Operativos.** Los gastos operativos se refieren a los gastos de personal, mantenimiento, desarrollo de canales físicos y digitales, infraestructura financiera, seguridad, entre otros. Estos gastos son los segundos por tomar en consideración al momento de otorgar un crédito. Es importante notar que estos costos al ser fijos aplican por igual a todos los créditos, incluso a los microcréditos, por lo que operativamente para un banco será más rentable otorgar un solo préstamo de S/ 1000 a diez préstamos de S/ 100, dado que los gastos operativos de este último son 10 veces mayores.
- **Componente de riesgo.** El componente más importante es el riesgo. Al respecto, se pregunta ¿Vas a poder pagar? El perfil de riesgo de los clientes depende de varios factores,

tales como ingresos del deudor, su grado de formalidad o informalidad, su historial crediticio como buen o mal pagador y las garantías que el deudor haya puesto en respaldo de sus obligaciones. Si eres una persona ajena al sistema financiero, dado que este no conoce tu comportamiento crediticio, esta incertidumbre se verá reflejada en: (i) una tasa de interés alta, considerando el riesgo de impago; o (ii) un rechazo a la solicitud de crédito. Por lo tanto, ser un deudor recién bancarizado es caro o incluso puede llevar a que permanezcas excluido del sistema financiero (es decir, ninguna institución quiere tomar el riesgo de otorgar el crédito). Este último supuesto tiene como consecuencia que las personas rechazadas por el sistema financiero formal, quienes van a seguir necesitando capital, recurran al sistema financiero informal (es decir, amigos o familiares, prestamistas informales, entre otros) lo cual conlleva a una fragmentación del sistema financiero nacional.

La conclusión de que el componente de riesgo es el más relevante al momento de calcular los costos de un crédito no es sorprendente y puede parecer desalentadora para el proceso de inclusión financiera. Sin embargo, algo que sorprende es cómo el sistema financiero cambia su actitud (es decir, tasas de interés) hacia las personas recientemente bancarizadas con el paso del tiempo. Una vez siendo parte del sistema financiero y si la persona demuestra ser un buen pagador, otras entidades financieras van a ofrecerle mejores condiciones, lo que generalmente significa una menor tasa de interés y que la entidad financiera inicial, a fin de retener al buen cliente, también ofrecerá mejores condiciones. Lo anterior se traduce en que la Tasa Efectiva Anual (TEA) de 81% de los deudores recién bancarizados disminuyó a 44% dos años después, convergiendo a la tasa de interés promedio de los deudores del sistema financiero (SBS, 2020).

III. CALIFICACIÓN CREDITICIA

La calificación crediticia es una manera de catalogar individuos a fin de determinar la probabilidad de que incumplan un crédito. Debido a la dependencia que existe entre la calificación crediticia y la historia financiera pasada del cliente, muchas personas no cuentan con una clasificación crediticia, dado que tienen poco historial crediticio (*credit unscored*) o ninguno (*credit invisible*) (Njuguna & Sowon, 2021).

En el mercado tradicional, la capacidad crediticia se mide a base de las '5C' (por sus siglas en inglés) (Corporate Finance Institute, 2022):

- **Carácter.** Historial de la persona en la gestión del crédito y la realización de pagos. Se analiza el tipo de crédito que el individuo ha manejado, cronograma de pagos, obligaciones pendientes, entre otros.
- **Capacidad.** La aptitud del deudor para pagar el préstamo. Este aspecto revisa el ingreso del potencial deudor, su historial laboral, trabajo actual y otras responsabilidades (es decir, pagos relacionados con educación o salud).
- **Garantías.** Activos que el potencial deudor puede ofrecer en respaldo del préstamo. Por ejemplo, hipotecar una propiedad inmueble u otorgar una garantía mobiliaria sobre bienes muebles.
- **Capital.** El conjunto total de activos a nombre del potencial prestatario. Representa las inversiones, los ahorros y otros activos, como terrenos o joyas. Los préstamos se pagan principalmente utilizando los ingresos generales del hogar; el capital es una seguridad adicional en caso de circunstancias imprevistas o contratiempos como el desempleo.
- **Condiciones.** Términos específicos del préstamo, como el monto del principal solicitado, uso de los fondos, entre otros. También involucra condiciones externas, como clima político y económico.

Este sistema tradicional ha sido criticado porque no toma en consideración datos adicionales que podrían ayudar a calificar financieramente a personas que no cuentan con un historial crediticio. En respuesta a estas críticas, y gracias a la cantidad de información disponible (especialmente la huella digital) y a las nuevas maneras de procesarla, se han desarrollado calificaciones crediticias alternativas que tienen en consideración datos no financieros de lo más diversos, como: (i) tiempo de permanencia en una dirección o trabajo; (ii) edad; (iii) antecedentes penales; (iv) registros académicos; (v) amigos en redes sociales; o (vi) celular. Es a base de esta información que se busca predecir el comportamiento financiero y capacidad acreedora de una persona.

Sin embargo, estos métodos alternativos también han causado preocupación por ser imprecisos, estar fuera del control de la persona bajo análisis y el

potencial de que al final lo que logren es ahondar en la desigualdad financiera existente. Por ejemplo, el hecho que se utilicen direcciones como parte de los datos alternativos o registros académicos puede conllevar a que una población que viva en una localidad aislada financieramente continúe así o a que las personas que no cuentan con buenas notas académicas y que ya se encontraban aisladas financieramente, lo estén aún más. Por otro lado, el uso de datos no tradicionales ha probado ser particularmente útil para las personas con poco historial crediticio, pero no para aquellas personas invisibles financieramente. Asimismo, el uso de información alternativa en países con brechas de conocimiento en el uso de la tecnología y con regulaciones de privacidad de datos débiles puede resultar invasivo e, incluso, peligroso (Hurley & Adebayo, 2016).

Tomando en cuenta lo anterior, quise investigar maneras en las que podemos disminuir la asimetría informativa y lograr descubrir a los potenciales clientes buenos pagadores (*invisible primes*) que hasta el momento permanecen invisibles para las instituciones financieras. Esto sería benéfico tanto para las empresas del sistema financiero, quienes podrían ampliar su cartera de clientes, como para los deudores, quienes no tendrían que esperar dos años dentro del sistema financiero para que este note su comportamiento crediticio positivo, tal como en el caso de gente joven o inmigrante.

IV. VALES DE AHORRO CANJEABLES EN EFECTIVO

De esta manera aprendí sobre los ‘vales de ahorro canjeables en efectivo’¹, *FinTech* con un enfoque innovador respecto a la creación de calificación crediticia. Generalmente uno piensa que para demostrar un comportamiento crediticio saludable debe justamente solicitar créditos a las instituciones financieras, incluso a veces pueden recomendar que los obtengas sin que exista una necesidad de utilizarlos (es decir, a través de tarjetas de crédito). La idea de los ‘vales de ahorro canjeables en efectivo’ es reducir la asimetría informativa del sistema financiero hacia deudores no bancarizados sin necesidad de que estos soliciten un crédito para que, justamente al momento en que estos requieran un crédito, las condiciones que les sean ofrecidas tomen en cuenta que se trata de buenos pagadores. De acuerdo con Ana Marr *et al.*, superar la asimetría informativa es importante para el progreso de la inclusión financiera de las personas y hogares pobres (2014).

¹ Traducción libre de *cash redeemable savings vouchers*.

Estas *FinTech* funcionan de la siguiente manera:

- Los consumidores deciden cuánto van a ahorrar mensualmente por cierto periodo de tiempo (es decir, S/ 100 por 12 meses).
- La empresa te ‘presta’ ese dinero (es decir, S/ 1 200) a una tasa de interés de 0% con el cual se compra un vale de ahorro canjeable en efectivo por ese monto a favor del consumidor.
- Los consumidores realizan los pagos mensuales.
- La compañía reporta a las agencias de riesgo los pagos realizados mensualmente, demostrándoles un patrón de comportamiento.
- Al final del periodo, el vale se canjea por efectivo y los consumidores reciben sus ahorros en una cuenta bancaria.

De esta manera, personas ajenas al sistema financiero pueden crear una calificación crediticia y acceder a tarjetas de crédito, créditos hipotecarios, entre otros, a tasas de interés que analicen su comportamiento crediticio. Claramente, la idea de estas *FinTech* es que cualquier persona pueda utilizar el servicio; que no se requiera que la persona cumpla con requisitos financieros. Además, hay que tomar en consideración que este sistema también tomará en consideración y reportará a los malos pagadores, quienes luego se verán castigados por las tasas de interés que les puedan ser ofrecidas.

Un ejemplo de este sistema es la empresa Loqbox, quien presta el servicio de manera gratuita en el Reino Unido y se encuentra autorizada y regulada por la Financial Conduct Authority, el equivalente a la SBS en el Perú. Asimismo, algo valioso de Loqbox es que brinda educación financiera a través de su página web. Por lo tanto, tenemos un servicio apoyado de capacitación para quien lo quiera; un extra que es valioso. Estructuras similares pueden ser reguladas en el Perú a fin de promover y atraer compañías que se encuentren interesadas en proveer este tipo de servicios, incorporando así una herramienta adicional a nuestro proceso de inclusión financiera.

Según lo que he podido ver, en materia regulatoria, la ausencia de regulación muchas veces crea incertidumbre y lleva incluso a que personas que puedan estar interesadas en desarrollar un producto no lo realicen por temor a ser sancionados o a que luego la implementación de regulación nueva sea muy onerosa. Instituciones financieras, especial-

mente aquellas relacionadas con el otorgamiento de préstamos de bajos montos, o empresas que prestan servicios a estas instituciones (es decir, centrales de riesgo) podrían estar interesadas en implementar modelos de negocio similares.

V. REGULACIÓN

La finalidad de la regulación de la SBS es lograr un sistema financiero sólido e íntegro, lo cual se refleja en solvencia y estabilidad en el largo plazo, dado que se trata de los ahorros del público. Para lograr esta finalidad, la SBS se apoya en los siguientes cuatro principios:

- a) La calidad de los participantes del mercado (es decir, solvencia moral, económica y capacidad de gestión).
- b) La calidad de la información y análisis que respalda las decisiones de las empresas supervisadas (es decir, gestión de riesgos).
- c) La información que revelan las empresas supervisadas para que otros agentes económicos tomen decisiones (es decir, transparencia).
- d) La claridad de las reglas de juego de la SBS (2022).

Estos principios serían los rectores de la regulación de este tipo de *FinTech*, dado que para implementar el modelo de negocio de ‘vales de ahorro canjeables en efectivo’, sería preciso una autorización de la SBS de acuerdo con la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley 26702 (en adelante, Ley de Banca) (1996). Esta norma establece que: (i) necesita autorización una persona que se dedique a captar o recibir en forma habitual dinero de terceros y colocar tales recursos en forma de, entre otros, inversión; y (ii) se presume que una persona natural o jurídica incurre en una infracción de la Ley de Banca cuando, no teniendo autorización de la SBS, cuenta con un local en el que, de cualquier manera, se invite al público a entregar dinero bajo cualquier título, o a conceder créditos o financiamientos dinerarios (1996).

En el caso de los ‘vales de ahorro canjeables en efectivo’, el modelo de negocio implica:

- Invitar el público en general. Precisamente la idea de estas *FinTech* es que estén disponibles para cualquier persona sin requisitos previos.
- Que el público entregue su dinero.

- Conceder un ‘financiamiento’, el cual permite al consumidor comprar un vale.

Si bien la Ley de Banca hace mención, adicionalmente, a ‘un local’ (1996), la *FinTech* no contaría con un lugar físico sino *online*. Considero que la referencia al local no evitaría que la SBS pueda considerar que una plataforma *online* que ofrece al público en general el servicio de ‘vales de ahorro canjeables en efectivo’, sin su autorización pueda ser considerada como una infractora. Por lo tanto, la SBS tendría que regular a estas empresas dado que otorgarían financiamientos y tomarían depósitos del público en general.

Partiendo de lo mencionado, la pregunta es ¿Cómo podría regularse esta figura? Hay que tomar en consideración que el principal reto cuando se trata de regulación de *FinTechs* es que la regulación no se convierta en una barrera. Como menciona Philip Treleaven, muchas instituciones financieras y compañías *FinTech* se ven desalentadas de innovar y emprender, primero, por el tiempo y costo que involucra el registro y cumplimiento con la regulación; segundo, por las potenciales consecuencias si es que no lo hacen (2015). Encontrar un equilibrio entre la flexibilidad que piden los empresarios y la solvencia y estabilidad que busca el regulador, es central para cualquier regulación.

Una opción interesante sería utilizar la regulación *sandbox* recientemente establecida. El *sandbox* regulatorio es una regulación establecida por un regulador del sector financiero para permitir que las empresas privadas prueben en vivo las innovaciones a pequeña escala en un entorno controlado (que opere bajo una exención especial, una autorización u otra excepción limitada y limitada en el tiempo) bajo la supervisión del regulador. El concepto se desarrolló en respuesta a esta época de rápida innovación tecnológica en los mercados financieros como un intento de abordar las fricciones entre el deseo de los reguladores de fomentar y permitir la innovación y el énfasis en la regulación tras la crisis financiera de 2007-2008 (Jenik & Lauer, 2017).

Mediante la Resolución SBS 02429-2021 (en adelante, regulación *Sandbox*) se aprobó el Reglamento para la realización temporal de actividades en modelos novedosos. Esta fue una iniciativa de la SBS para crear espacios de pruebas para el desarrollo de actividades aplicables a empresas del sistema financiero con la finalidad de promover el desarrollo de productos y/o servicios financieros innovadores.

La regulación *Sandbox* permite a empresas solicitar a la SBS la realización de pruebas sobre acti-

vidades relacionadas a los sistemas supervisados, brindándoles la oportunidad de experimentar la realización de una actividad a pequeña escala, de manera temporal y controlada, en cuya validación de viabilidad intervienen clientes y usuarios (SBS, 2021). Esta experiencia permite a las instituciones financieras y al regulador tener un espacio de conversación y lograr una regulación adecuada al nuevo modelo de negocio.

Sin embargo, para utilizar la regulación *Sandbox* en la implementación de los ‘vales de ahorro canjeables en efectivo’, el regulador necesitaría trabajar junto con una empresa del sistema financiero que esté interesada en su implementación. Ello es así porque excede la esfera de control de la SBS, dado que no sabemos si hay una empresa que lo desee y que, además, quiera ser pionera en la regulación *Sandbox* que recién ha entrado en vigor este año. Se podría implementar una regulación inicial y, como se realiza normalmente, recoger opiniones del público antes de su promulgación.

Una primera manera sencilla de incorporar este modelo de negocio en la regulación sería incluirlo como parte de los servicios financieros listados en el artículo 221 de la Ley de Banca (1996). Sin embargo, no sería suficiente, porque implicaría que solo las personas que ya forman parte del sistema financiero puedan prestar el servicio, excluyendo a las demás. Por ello, sería también necesario que sea regulado un proceso de autorización a fin de que empresas que no pertenezcan al sistema financiero, pero que estén interesadas en prestar el servicio, puedan aplicar a esta autorización.

A fin de proteger a los consumidores, los siguientes aspectos podrían ser tomados en consideración por la regulación:

- El único propósito de la empresa debería ser la provisión de servicios de vales de ahorro canjeables en efectivo, salvo que la SBS permita lo contrario. Este requisito tiene como finalidad evitar los riesgos asociados a otras actividades económicas, considerando que estas empresas estarían manejando dinero del público.
- Los fondos recibidos de los clientes deberán ser mantenidos en una institución financiera de primer nivel y, si bien podrían ser invertidos, las opciones de inversión no deberían ser de alto riesgo. También, deberían considerar que se trata muchas veces de préstamos a corto plazo.
- La contabilidad de la empresa debe permitir diferenciar entre los fondos recibidos de

los clientes y los fondos propios de la empresa. Ello con la finalidad de que ante un escenario de requerimiento de pago a la empresa o, en el peor de los casos, insolvencia, los bienes de la empresa sean claramente identificables.

- Los fondos de los clientes deben estar garantizados por el fondo de seguro de depósitos, como en el caso de Loqbox o, alternativamente, con un fideicomiso como en el caso de la regulación de dinero electrónico. Brindar seguridad a los ahorros de los consumidores participantes es esencial si lo que se quiere lograr es que tengan una buena experiencia en el sistema financiero.
- La compañía debe comprobar su asociación con agencias de riesgo (es decir, presentación de memorándums de entendimiento con estas o contratos), dado que compartir la información con estas es el núcleo del negocio.
- La compañía debe seguir un procedimiento simplificado de *know your customer*.

Estas ideas pueden ser útiles para iniciar una conversación sobre esta herramienta. Como sucede con las *FinTech*, estas se encuentran sujetas a cambios y los modelos de negocios pueden variar con el tiempo, lo cual conlleva un reto regulatorio, pero que no impide que esta figura pueda ser regulada. Hay que dejar espacio a la innovación; puede que algunas de estas empresas necesiten cobrar una tarifa (a diferencia de Loqbox) y que otras encuentren un sistema distinto para otorgar el financiamiento. Quizá ya ni siquiera se trate de vales, pues tenemos que estar abiertos a otras posibilidades.

VI. CONCLUSIÓN

La inclusión financiera es, ante todo, un proceso que no tiene una solución rápida ni definitiva. Por este motivo, es un tema de conversación inagotable que nos deja aprendizajes a lo largo del camino. Es importante reconocer que puede haber herramientas o soluciones que en teoría pueden parecer infalibles, pero que en la práctica demuestren que deben ser adaptadas. Esto nos obliga a estar en una búsqueda constante de potenciales herramientas y de espacios para mejorar aquellas existentes. Lo anterior suena un poco extenuante, pero las motivaciones para implementar y mejorar las propuestas de inclusión financiera son mayores.

En línea con lo anterior, los 'vales de ahorro canjeables en efectivo' pueden ayudar en el proceso de inclusión financiera. Nuestra normativa requiere que este modelo de negocio sea regulado por la SBS, la cual, como siempre, tiene la tarea de lograr el equilibrio con una regulación que dé espacio a la innovación, pero sin perder de vista su rol de proteger a los consumidores, especialmente cuando se trata de aquellos ajenos al sistema financiero. Por ello, es importante que el regulador tome en cuenta la protección de los depósitos de los ahorristas, utilizando un fondo de seguro de depósito, el esquema de fideicomiso, la obligación de mantener los ahorros en instituciones financieras confiables y asegurar la separación contable.

Quiero terminar este artículo con una reflexión que me parece interesante. Algunos autores consideran que la falta de uso de servicios financieros puede llevar a un círculo de pobreza (Cámara & Tuesta, 2015)², toda vez que la población financieramente excluida no puede acceder a los productos para sobrellevar momentos de adversidad (es decir, pedir un crédito ante una emergencia), mantener sus ahorros en un lugar seguro (no bajo el colchón), ahorrar e invertir. Lo anterior no solo perjudica al individuo sino a la sociedad, porque reduce la capacidad de consumo de la población.

No puedo evitar pensar en todas las personas que en el país siguen viviendo al margen del sistema financiero y que durante la pandemia se han visto en situaciones desesperadas para poder hacer frente al gasto que implica el sistema de salud en el país. Sería interesante poder obtener información sobre cuántas personas han tenido que acudir al mercado financiero informal por falta de acceso a créditos de instituciones financieras formales, teniendo que pagar a la larga tasas de intereses más altas de las legalmente permitidas. Por ello es importante tener los ojos abiertos a casos de éxito que puedan ser útiles a quienes actualmente no son parte del sistema financiero. Finalmente, algo que descubrí investigando para este artículo es que una buena calificación crediticia no solo repercute en la relación de esa persona con el mercado financiero, sino que influye en la posibilidad de acceder a otros mercados, como el inmobiliario (es decir, alquileres), laboral y de seguros. 

REFERENCIAS

Alliance for Financial Inclusion [AFI] (2018). *Fin-tech for financial inclusion: a framework for digital financial transformation*. <https://www.afi-global.org/wp-content/uploads/publica->

² Traducción libre de *poverty trap*.

- tions/2018-09/AFI_FinTech_Special%20Report_AW_digital.pdf
- Banco de la Nación (2017). *Plan Nacional de Educación Financiera del Perú*. <https://www.bn.com.pe/inclusion-financiera/archivos/ENIF/plan-nacional-educacion-financiera-junio2017.pdf>
- Cámera, N., & Tuesta, D. (2015). Factors that matter for financial inclusion: evidence from Peru. *AESTIMATIO, The IEB International Journal of Finance*, (10), 10-31.
- Centro de Investigación en Derecho Corporativo (2013). *El Dinero Electrónico en el Perú: a propósito del conversatorio “retos a la nueva regulación del dinero electrónico en el Perú”*. https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/2000/CEDEC_casananova_cm.pdf?sequence=3&isAllowed=y
- Chong, J., & Ventura, E. (2019). *Estrategias Nacionales como instrumentos de política para impulsar la inclusión financiera*. <https://www.sbs.gob.pe/Portals/4/jer/PUB-NOTA-POLITUCA/Nota%20SBS%20N%C2%805.pdf>
- Corporate Finance Institute Team (15 de marzo de 2022). 5 Cs of Credit. *Corporate Finance Institute*. <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/credit/5-cs-of-credit/>
- Hurley, M., & Adebayo, J. (2016). Credit Scoring in the Era of Big Data. *Yale Journal of Law & Technology*, (18), 148-216.
- Jenik, I., & Lauer, K. (2017). *Regulatory Sandboxes and Financial Inclusion* (Working paper). <https://www.cgap.org/sites/default/files/Working-Paper-Regulatory-Sandboxes-Oct-2017.pdf>
- Marr, A., Len, J., & Ponce, F. (2014). Financial Inclusion of the Poor in Peru: Explanatory Factors and Determinants. *Applied Econometrics and International Development*, 14(1), 102-130.
- Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social [MIDIS] (2015). *Estrategia Nacional de Inclusión Financiera*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2400837/Estrategia%20Nacional%20de%20Inclusi%C3%B3n%20Financiera.pdf>
- Njuguna, R., & Sowon, K. (2021). Poster: A Scoping Review of Alternative Credit Scoring Literature. *Compass*, (21), 437-444.
- Schmied, J., & Marr, A. (2016). Financial Inclusion and Poverty: The Case of Peru. *Regional and Sectoral Economic Studies*, 16(2), 29-43.
- Superintendencia de Banca, Seguros y AFP [SBS] (2017). *Resultados de la Encuesta Nacional de Demanda de Servicios Financieros y Nivel de Cultura Financiera en el Perú*. <https://www.sbs.gob.pe/Portals/0/jer/ESTUDIOS-SOBRE-INCLUSI%C3%93N-FINANCIERA/Informe-de-Resultados.pdf>
- (2019). *Estrategias Nacionales como instrumentos de política para impulsar la inclusión financiera*. <https://www.sbs.gob.pe/Portals/4/jer/PUB-NOTA-POLITUCA/Nota%20-%20Estrategias%20Nacionales%20de%20Inclusi%C3%B3n%20Financiera.pdf>
- (2020). *Oficio 20339-2020-SBS*. https://www.sbs.gob.pe/Portals/0/jer/opinion_proy_leg/Oficio%20N%C2%80%2019395-2020-SBS.pdf
- (2022). *La SBS y la Inclusión Financiera. Superintendencia de Banca, Seguros y AFP*. <https://www.sbs.gob.pe/inclusion-financiera/La-SBS-y-la-Inclusion-Financiera>
- (s.f.). Filosofía de regulación y supervisión. *Superintendencia de Banca, Seguros y AFP*. <https://www.sbs.gob.pe/acerca-de-la-sbs/filosofia-de-regulacion-y-supervision>
- Treleaven, P. (2015). Financial Regulation of Fin-tech. *The Journal of Financial Perspectives*, 3(3), 3-14.
- Yunus, M. (2002). *Hacia un mundo sin pobreza. La Huella*.
- LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**
- Decreto Supremo 191-2015-EF, Decreto Supremo que crea la Comisión Multisectorial de Inclusión Financiera y Aprueba la Estrategia Nacional de Inclusión Financiera, Diario Oficial *El Peruano*, 22 de julio de 2015 (Perú).
- Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Diario Oficial *El Peruano*, 9 de diciembre de 1996 (Perú).
- Resolución SBS 02429-2021, Reglamento para la realización temporal de actividades en modelos novedosos, 19 de agosto de 2021 (Perú).



Avenida Santa María 110
Miraflores (L18)
Lima, Perú
T+ 51 1513 9430

EL RIESGO LEGAL EN EL SISTEMA FINANCIERO: UNA MIRADA PRÁCTICA A SU NATURALEZA CUALITATIVA Y SU IMPACTO

LEGAL RISK IN THE FINANCIAL SYSTEM: A PRACTICAL LOOK INTO ITS QUALITATIVE NATURE AND ITS IMPACT

John Pineda Galarza*

Pontificia Universidad Católica del Perú

In this article, the author presents the definition of risk and its link with financial law. Along these lines, he provides a legal definition in the light of Basel II, identifying and defining the three pillars that comprise it. It also shows the link between these pillars and banking regulation rules. According to the author, this linkage responds to the fact that the rules present a risk variable in their structure, creating, in some cases, situations of legal uncertainty in the face of certain assumptions.

In this respect, the article develops the three pillars of legal risk through their practical application in financial regulation. The qualitative nature of legal risk is also highlighted and explained, in order to show its impact on the banking business; to this end, the author presents various practical cases and visual aids, such as charts and graphs that facilitate understanding.

KEYWORDS: *Operational risk; legal risk; Basilea II; regulatory compliance.*

En el presente artículo, el autor presenta la definición de riesgo y su vinculación con el derecho financiero. En esa línea, plantea una definición legal a la luz de Basilea II, identificando y definiendo los 3 pilares que lo componen. Asimismo, se muestra la vinculación de dichos pilares con las normas de regulación bancaria. Según el autor, dicha vinculación responde a que las normas presentan una variable de riesgo en su estructura, creando, en algunos casos, situaciones de incertidumbre legal ante ciertos supuestos.

Al respecto, a lo largo del artículo se desarrollan los tres pilares del riesgo legal, a través de su aplicación práctica en la regulación financiera. Asimismo, se evidencia y explica la naturaleza cualitativa del riesgo legal, con el fin de mostrar su impacto en el negocio bancario; para ello, el autor plantea diversos casos prácticos y de ayuda visual, tales como cuadros y gráficos que facilitan su comprensión.

PALABRAS CLAVE: *Riesgo operacional; riesgo legal; Basilea II; cumplimiento normativo.*

* Abogado. Magíster en Derecho Bancario y Financiero por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Máster en Asesoría Jurídica de Empresas por el IE Business School. Máster en Investigación Avanzada en Administración y Dirección de Empresas por la Universidad Politécnica de Cataluña. Profesor de maestría y pregrado en la PUCP, en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y en la Universidad Científica del Sur (UCSUR) (Lima, Perú). Contacto: jpineda@pucp.edu.pe

El contenido del presente artículo solo refleja la opinión del autor y sirve, únicamente, con fines de académicos. En este sentido, el desarrollo de las ideas vertidas en el artículo no involucra ni representa la posición de alguna institución.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 7 de febrero de 2022, y aceptado por el mismo el 24 de julio de 2022.

I. INTRODUCCIÓN

Imagine que usted es accionista mayoritario del Banco Monopoly (en adelante, la empresa), y producto del debilitamiento del sistema financiero, en el mundo, generado por el COVID-19, el regulador ha ordenado –como medida prudencial– el incremento del ‘patrimonio efectivo’¹ en todas las empresas que cuentan con grupo económico, pues fueron las más afectadas económicamente. Esta disposición se hizo para garantizar la estabilidad del sistema financiero.

En ese sentido, a usted, como accionista, le informan sobre la convocatoria a la Junta General de Accionistas (en adelante, JGA), la cual también fue publicada en dos diarios con los datos que se aprecian en el cuadro 1.

En dicha JGA, luego de validado el quórum necesario (con la asistencia de accionistas que representan el 80% del total de las acciones), se aprobaron las siguientes decisiones: (i) aprobar un aumento de capital por S/ 20 millones; y (ii) la reducción de dos directores, pasando de cinco a tres.

Al mes siguiente, luego de celebrada la junta, se procedió con el aumento de capital por el monto de S/ 20 millones, según lo dispuesto por el ente regulador. Por otra parte, el nuevo directorio empezó a sesionar con tres directores, tomando como primera decisión remover al señor Pedro Palomino, del puesto de “Gerente de inversiones y Colo-

caciones”, pues se detectó que había colocaciones (operaciones activas) con personas vinculadas a su familia y, además, que influyó en algunos analistas para que aprueben dichos créditos. En ese sentido, se procedió con la contratación de la señorita Andrea Gallegos en su reemplazo.

El problema con ambos acuerdos, señalados en la agenda, es que, de conformidad con el artículo 113 de la Ley General de Sociedades (en adelante, LGS), quien debe convocar a la JGA es el presidente del Directorio y no el Gerente General (Ley 26887, 1997). En esta línea, según se aprecia en la convocatoria, no se señala nada acerca de la sesión de directorio en la cual se habría aprobado la convocatoria a la JGA; a su vez, en la parte inferior de la convocatoria se aprecia la referencia (firma) a que la aprobación la dio la “Gerencia General”, dando a entender que la aprobación fue realizada por dicho órgano de la empresa. En ese sentido, del citado caso hipotético, se advierten tres consecuencias legales:

- a) La convocatoria, al adolecer del cumplimiento imperativo contemplado en el artículo 113 de la LGS, **generaría la nulidad de los dos acuerdos adoptados, de conformidad con el artículo 38 de dicha LGS** (1997).
- b) **Los acuerdos adoptados por el nuevo directorio (con tres integrantes) no serían válidos**, por lo que el Gerente de inversiones, Pedro Palomino, aún mantiene su cargo

Cuadro 1

AVISO DE CONVOCATORIA A JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS NO PRESENCIAL DE BANCO MONOPOLY S.A.

Se convoca a sus accionistas a participar en la Junta General de Accionistas No Presencial (en adelante JGA) a celebrarse, en primera convocatoria, el 05 de noviembre de 2020, a las 10:00 horas.

La JGA se realizará a través de la plataforma Zoom, que permite: (i) la realización de la Junta, (ii) el cómputo de quórum y (iii) la participación y el ejercicio de voto de los accionistas.

En caso no se reuniera el quórum necesario para celebrar la citada Junta, en primera convocatoria, se celebrará en segunda convocatoria el 08 de noviembre de 2020, a la misma hora, con la misma agenda. La JGA se entenderá celebrada en el domicilio del Banco Monopoly, ubicado en Avenida Camino al Éxito No. 250, San Borja, Lima - Perú.

Agenda:

1. Aprobar un aumento de capital por 20 millones de soles.
2. La reducción de 2 directores: pasando de 5 a 3 directores.

Lima, 05 de octubre de 2020.

La Gerencia General

Fuente: Elaboración propia

¹ El ‘patrimonio efectivo’ es aquel patrimonio mínimo que debe tener la empresa destinado a cubrir riesgos de créditos, mercado y operacional. Para mayor desarrollo revisar el artículo 184 de la Ley General del Sistema Financiero y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley 26702, 1996).

y los poderes, en registros públicos, necesarios para seguir haciendo inversiones y colocaciones.

- c) **Se produjo un incumplimiento al mandato imperativo de contar, como mínimo, con cinco miembros en el directorio**, de conformidad con el artículo 79 de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (en adelante LGSF) (1996).

En ese contexto, cabe hacerse algunas preguntas: (i) ¿Cuál será el impacto legal o económico del citado error societario?; (ii) ¿Se podría cuantificar el impacto de los problemas generados?; y (iii) ¿Es fácil cuantificar el impacto del riesgo legal o existe una naturaleza cualitativa que dificulta el análisis de dicho impacto?

La pregunta es más compleja de lo que parece, pues, si la empresa ha incumplido una disposición del ente regulador, podría entrar en un procedimiento sancionador; o en el caso de que el patrimonio efectivo haya disminuido en gran medida, podría entrar a un régimen de intervención (con el cierre de la empresa y una eventual disolución y liquidación). Así mismo, el “Gerente de Inversiones y Colocaciones” Pedro Palomino, podría seguir colocando créditos a sus vinculados con los poderes societarios que aún posee. En ese sentido, no parece fácil de determinar cómo acabaría este caso y, a su vez, no parece fácil cuantificar las consecuencias legales o económicas de los hechos antes señalados.

Es sobre la base de lo introducido que el presente artículo desarrollará el riesgo legal en el sistema financiero, según Basilea, mostrando su naturaleza cualitativa. Para ello, se abordará la definición de riesgo legal y sus tres pilares², aplicándolos de forma práctica en la regulación financiera.

II. EL RIESGO LEGAL Y SU ESTRUCTURA VINCULADA CON LAS NORMAS

Para hablar de ‘riesgo legal’, primero, se debe desarrollar el término ‘riesgo’ desde su origen y sus elementos. Al respecto, según De Epalza su origen viene del “[...] mundo marítimo italiano de la Baja Edad Media” (1998, p. 186) de la cual evocan las palabras ‘risque’ o ‘risquer’, palabras francesas que, posteriormente, con el español moderno se habría superpuesto con la palabra ‘riesgo’ o ‘peñón de

roca’, que eran conocidos por dañar embarcaciones y en muchos casos hundirlos. Es en este contexto en el que se dio un ‘puente semántico’ (De Epalza, 1998, p. 187) en el que la palabra ‘riesgo’ empezó a presentar una connotación negativa, inicialmente asociada a las embarcaciones y, posteriormente, al área de los seguros de embarcaciones.

Por otra parte, la Organización Internacional de Normalización define al riesgo como “el efecto de la incertidumbre sobre el logro de los objetivos” (2009, p. 1). Del mismo modo, el literal f.1 del artículo 2 del Reglamento de Gobierno Corporativo y de la Gestión Integral de Riesgos (en adelante, Reglamento de Gestión Integral de Riesgos), aprobado por la Resolución SBS 272-2017, define al riesgo como “la posibilidad de ocurrencia de eventos que impacten negativamente sobre los objetivos de la empresa o su situación financiera” (Resolución SBS 272-2017, 2017).

Simplificando su contenido, el riesgo se puede resumir en: (i) un evento negativo, con impacto que afecta al objetivo de la empresa; (ii) imprevisible; y (iii) a futuro. Estos elementos, vinculados a la variable de incertidumbre legal, son a lo que se conoce como ‘riesgo legal’.

En esa línea, a fin de entender mejor lo que se desarrollará a continuación, se debe tener presente que el riesgo existe en el ámbito del ‘futuro’; es decir, “el tiempo transforma el riesgo y la naturaleza de este está determinado por el horizonte temporal: el futuro es el campo de juego” (Bernstein, 2012, p. 35). En ese sentido, los diversos temas (tópicos legales de la regulación financiera) que se abordarán, se mueven en el escenario teórico futuro.

A. La estructura básica de la norma y el riesgo legal

Para incluir la variable ‘riesgo’ en el ámbito legal, primero se debe desarrollar y entender la estructura básica que tienen en común las normas y, posteriormente, se las desarrollará incluyendo la variable ‘riesgo’, a fin de entender un poco más de qué trata el riesgo legal.

1. La estructura básica de la norma

Según Marcial Rubio la estructura básica de la norma es: (i) el antecedente o supuesto de hecho ‘S’; (ii) el nexo jurídico lógico ‘→’; y (iii) el consecuente ‘C’, que es el resultado (2020, p. 80). En esa línea,

² La presente entrega continua el desarrollo de los tres pilares del riesgo legal que plantea en el artículo titulado: “El tratamiento del riesgo legal en el sistema financiero en el Perú: el rol de los abogados en la gestión de riesgos” (2020).

Mahler (2007; 2009) desarrolló un esquema que incluye al riesgo y la estructura básica de la norma, el cual, de forma adaptada, se presenta en el cuadro 2.

Al respecto, Rubio señala que el 'supuesto de hecho (S)' es un mandato, una hipótesis planteada por el legislador, y que, al verificarse los hechos, el 'nexo jurídico lógico (→)', que implica el 'debe ser' que "a partir de la verificación del supuesto, deviene lógico-jurídicamente una consecuencia que, en términos generales, puede establecer cuatro circunstancias: mandar, prohibir, permitir y castigar" (Rubio, 2020, pp. 101-102) [el énfasis es nuestro] y que conlleva una 'consecuencia (C)' que la citada norma le atribuye.

El presente esquema (escenario uno) muestra la relación 'ideal' entre la norma y la realidad; una en la que la norma prevé todos los supuestos de concurrencia, es decir, que todos los hechos que suceden en la sociedad siempre estén contemplados en la norma. No obstante, ello no siempre ocurre así y es aquí donde entra la variable 'riesgo'. Incluso podría suceder que determinados supuestos contemplados en una norma (en el supuesto: 'S'), nunca ocurrían en la práctica (Rubio, 2020, p. 81).

2. La estructura básica de la norma incluyendo la variable riesgo

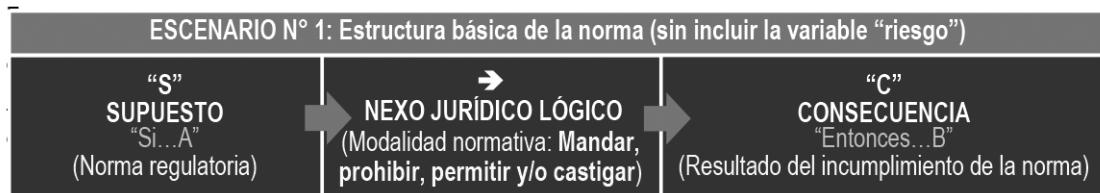
El elemento 'riesgo' resulta importante al incorporarse a la estructura básica de la norma, porque se

puede hablar de una incertidumbre legal sobre el supuesto y el nexo lógico, lo cual tendrá impacto en las consecuencias 'C'. En otras palabras, en la variable 'S' y el nexo lógico '→' podría existir incertidumbre legal que termine sin disparar la consecuencia que se resume en el siguiente escenario (ver cuadro 3).

La diferencia entre los escenarios uno y dos, es que, al incluir la variable 'riesgo' en la estructura de la norma se obtiene incertidumbre legal acerca de si se generó la obligación y con ello la verificación del nexo jurídico lógico (Mahler, 2009) pues, para sancionar, debe existir: (i) una norma obligacional que expresamente establezca un mandato 'S'; y (ii) una norma de infracción 'C' que, ante un supuesto incumplimiento de la norma obligacional, se califique como una conducta susceptible de ser sancionada (verificado por el nexo lógico) '→'; lo que nos lleva a la consecuencia 'C'.

Para explicar mejor este punto, se tomará el ejemplo planteado en la introducción (sobre el Banco Monopoly), respecto a que fue el Gerente General quien convocó a la JGA y no el presidente del directorio. En esa línea, se contrastarán los hechos con el esquema planteado en el escenario dos. Primero, se deberá revisar lo que dice el artículo 113 de la LGS: "El directorio o en su caso la administración de la sociedad convoca a junta general cuando lo ordena la ley, lo establece el estatuto, lo acuerda el directorio por considerarlo necesario al interés social [...]" (1997).

Cuadro 2



Fuente: Elaboración propia a partir de Mahler (2009) y Rubio (2020)

Cuadro 3



Fuente: Elaboración propia a partir de Mahler (2009) y Rubio (2020)

Aplicando el ejemplo a la estructura base de la norma, resulta claro lo siguiente:

- **El supuesto 'S' recogido en la LGS:** El directorio, como órgano colegiado, puede convocar a la JGA. Dicho acuerdo debe reflejarse en las actas de la junta de directorio y, para su inscripción registral, también debe continuar reflejándose en el aviso de convocatoria publicado en los diarios, independiente de que se haya cumplido con los otros requisitos recogidos en el artículo 16 de la LGS. Al respecto, el Tribunal Registral ha señalado que:

[...] el detalle del lugar, fecha, hora, temas a tratar, entre otros términos, **ello no desvirtúa el hecho de que al aviso le anteceden una serie de acciones concatenadas que la convocatoria lleva implícita para ser ejecutada, que emanan fundamentalmente de la sesión del directorio para debatir sobre la conveniencia de la convocatoria [...] y concluye con la difusión del aviso en el diario.** Ahora, la acreditación de la convocatoria en sede registral no requiere del acuerdo del directorio para convocar, **bastando adjuntar el aviso publicado en el diario, en cuya parte final debe indicarse la frase: el directorio, en señal de que la convocatoria ha sido realizada por este órgano, en otras palabras, el aviso acreditará que la convocatoria es de autoría del directorio** (Resolución 238-2018-SUNARP-TR-T) [el énfasis es nuestro]³.

- **El nexo jurídico lógico '→':** Si bien existen cuatro modalidades de una norma⁴, en el presente caso, se está ante una del tipo que 'establece una obligación' (la norma manda).

Así, el directorio debió convocar a la JGA y, según el caso hipotético, se ha verificado que no lo hizo.

- **La consecuencia jurídica 'C':** El incumplimiento de la obligación contenida en el supuesto y verificado con el nexo jurídico lógico tiene como consecuencia que se declare la nulidad de los acuerdos celebrados por el incumplimiento de lo establecido en el artículo 38 de la LGS. En ese sentido, el Directorio legítimamente nombrado debería de seguir sesionado con cinco integrantes, por lo que la incertidumbre legal está entorno a las consecuencias de la citada nulidad.

De la revisión del esquema planteado y de los dos puntos hipotéticos agendados, cabe preguntarse cuáles podrían ser las situaciones de incertidumbre legal generadas a raíz de dicho caso (ver cuadro 4).

Como se puede apreciar, respecto al punto uno de la agenda, existen tres posibles consecuencias, algunas con impacto en el riesgo legal (incertidumbre legal), y otras no. En cuanto a estas, la estimación de un posible daño no es del todo clara, pues, **en el supuesto 1.1.**, puede ser posible de multa, la cual puede ser estimable con un grado de predictibilidad sobre el monto a sancionar (cuantitativo). **En el supuesto 1.2.**, el riesgo no necesariamente es de carácter legal y se aprecia que la posible pérdida no es cuantificable, ello, pues, dependerá de muchos factores (cuantitativo). **En el supuesto 1.3.**, la incertidumbre legal se vincula a que existe la posibilidad de que el incumplimiento a la disposición del regulador lleve a una posible intervención y posterior disolución y liquidación, cuyo impacto sería el más fuerte; lo cual no es cuantificable por la magnitud del mismo.

Cuadro 4

AGENDA	POSIBLE IMPACTO	ANÁLISIS DE CUANTIFICACIÓN DEL POSIBLE DAÑO
PUNTO N° 1: El acuerdo de aumento de 20 millones no tiene validez.	<p>1.1. Invalidad del acuerdo e incumplimiento a una disposición del regulador sobre el incremento del Patrimonio Efectivo.</p> <p>1.2. Percepción de debilitamiento económico, generando posibles problemas con sus acreedores, trabajadores y terceros de buena fe.</p> <p>1.3. No podrá acreditar los 20 MM en el Patrimonio Efectivo, generando una posible intervención; y posterior disolución y liquidación.</p>	<p>De conformidad con la Resolución SBS N° 2755-2018, podría estar tipificado en el anexo 1 "Infracciones graves", numeral 55. Siendo posible de multa. El impacto del riesgo legal puede ser cuantificable (CUANTITATIVO).</p> <p>Puede traer temor en los ahorristas y terceros acreedores, evitando hacer transacciones. El impacto no es cuantificable a primera vista (CUALITATIVO).</p> <p>El impacto económico de la intervención o disolución no es posible de cuantificar desde el análisis legal. También podría haber sancionadores o denuncias a título individual a los representantes. El impacto de este riesgo legal no es cuantificable a primera vista (CUALITATIVO).</p>

Fuente: Elaboración propia

³ También revisar el caso resuelto por el Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, mediante la Resolución 167-2017-SUNARP-TR-A, de fecha 28/03/2017.

⁴ Según Marcial Rubio se establecen cuatro circunstancias: (i) mandar; (ii) prohibir; (iii) permitir; y (iv) castigar (2020). Para el presente caso, se ha tomado del tipo de 'establecimiento de una obligación', que consiste en mandar que alguien dé, haga o no haga algo en favor de otra persona. Tal es el caso del artículo 1969 del Código Civil "que impone la obligación de indemnizar a cualquiera que cause un daño a otro por dolo o culpa" (Rubio, 2020, p. 96).

Cuadro 5

AGENDA	POSSIBLE IMPACTO	ANÁLISIS DE CUANTIFICACIÓN DEL POSIBLE DAÑO
PUNTO N° 2: La reducción de 2 directores, pasando de 5 a 3.	2.1. Nulidad del acuerdo y de todos los actos posteriores llevados a cabo por los 3 directores.	Todos los acuerdos tomados por el nuevo directorio (con 3) integrantes son inválidos. Por ejemplo el acuerdo de otorgamiento de poderes. El impacto de este riesgo legal no es cuantificable a primera vista (CUALITATIVO).
	2.2. El acuerdo de destitución del gerente de inversiones y colocaciones es inválido.	Mantiene sus poderes de representación de la empresa y puede celebrar negocios jurídicos que la vinculen. El impacto es que i) podría causar un daño a la reputación de la empresa; ii) podría seguir influenciado a los analistas para el otorgamiento de nuevos créditos a personas que no cumplen con los requisitos. El impacto de este riesgo legal no es cuantificable a primera vista (CUALITATIVO).
	2.3. El nombramiento del nuevo "gerente de inversiones y colocaciones" es inválido.	No tiene poderes, por lo que no obliga a la sociedad aunque celebren actos jurídicos en nombre de esta. El impacto de este riesgo legal no es cuantificable a primera vista (CUALITATIVO).
	2.4. La reducción en la cantidad de Directores contraviene la LGSF, es inválido.	Contravenir la norma podría generar un procedimiento administrativo sancionador, con una posible multa previamente tipificada. El impacto del riesgo legal puede ser cuantificable (CUANTITATIVO).

Fuente: Elaboración propia

Por otra parte, respecto del punto dos de la agenda, contenida en la hipotética convocatoria, se aprecia que puede tener tres posibles escenarios de incertidumbre legal, con un impacto que no es fácil de cuantificar, según se aprecia en el cuadro 5.

Como se puede observar, del punto dos de la agenda se desprenden diversas situaciones, todo a raíz del incumplimiento en lo dispuesto por el artículo 113 de la LGS. Como se puede apreciar, el hecho gatillador fue el incumplimiento de la citada norma (de carácter mandatorio-obligacional). En ese sentido, con el nexo jurídico lógico se verificó su incumplimiento, cuya consecuencia es la nulidad de los acuerdos, pero el impacto no es claro. Aquí, es pertinente desarrollar los supuestos con algo más de detalle.

Al respecto, en el **supuesto 2.1.**, la incertidumbre legal y su impacto, en mayor o menor medida, dependerán de los acuerdos que haya adoptado el directorio. Es decir, si se adoptaron acuerdos importantes, el impacto será mayor, pues estos son inválidos.

Por su parte, en el **supuesto 2.2.**, la incertidumbre legal y su impacto dependerán de los actos jurídicos que haya celebrado el gerente de inversiones y colocaciones, pues dichos actos son vinculantes para la sociedad.

En esa línea, en el **supuesto 2.3.**, la incertidumbre legal está vinculada al nuevo gerente, en tanto no podrá realizar sus labores, al no contar con las facultades para ello. Esto podría perjudicar a la empresa ante escenarios de inversiones o colocaciones que impliquen su participación.

Finalmente, el **supuesto 2.4.**, evidencia un incumplimiento al artículo 79 de la LGSF, que establece que la cantidad mínima de directores que deberá presentar una empresa del sistema financiero es de cinco (1996). Sobre el particular, las consecuencias,

sí podrían ser cuantificables –revisando el reglamento de sanciones y la sanción aplicable– (a diferencia de los demás supuestos). No obstante, como se verá más adelante, podría haber incertidumbre jurídica sobre si se aplicarían dichas consecuencias, pues, al declararse nulo lo actuado por la JGA –por los supuestos antes señalados–, podría configurarse como nulo el acuerdo, por lo que el acto jurídico no habría ocurrido (según la teoría de la nulidad).

Como se puede apreciar, de dichos supuestos no solo se evidencia la incertidumbre legal, sino también la naturaleza cualitativa del riesgo legal, lo que dificulta calcular su impacto; ello será analizado en el presente artículo.

B. El riesgo legal según Basilea y sus pilares

El término 'riesgo legal' fue incluido dentro de la definición del riesgo operacional desarrollado con Basilea II, en el año 2004. Al respecto, Pacheco, señala que: "El Nuevo Marco de Capitales de Basilea II fue inicialmente propuesto en 1999; desarrollado en el Segundo y Tercer Documento Consultivo en los años 2001 y 2003, respectivamente; publicado en junio de 2004 [...]" (2009, p. 4).

Sobre ello, en enero del año 2001, en el numeral 547 del documento consultivo Nuevo Acuerdo de Capital (posteriormente llamado Basilea II) se definió al 'riesgo operacional' como:

El riesgo de sufrir pérdidas debido a la inadecuación o a fallos de los procesos, el personal y los sistemas internos o bien a causa de acontecimientos externos. **Esta definición incluye el riesgo legal**, pero excluye el riesgo estratégico y el de reputación (Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, 2001, p. 95) [el énfasis es nuestro].

No obstante, como se puede apreciar, solo se hizo referencia al término 'riesgo' para señalar que se

encuentra dentro del riesgo operacional, pero no se definió qué implica el 'riesgo legal'. En esa línea, la falta de definición en el citado documento consultivo, en dicho momento, generó preocupación, pues podría ocasionar cierta incertidumbre en su gestión e implementación (Pacheco, 2009; Banco Central Europeo, 2005). En particular, el Banco Central Europeo señaló que su aplicación podría ser divergente entre los países miembros de la Unión Europea, (2005).

Fue recién con las nuevas actualizaciones emitidas por Basilea, que se pudieron desarrollar aproximaciones a una definición de 'riesgo legal', lo que Pineda llama los pilares sobre los que descansa el riesgo legal (2019), o también abordados por Malher como las tipologías del riesgo legal (2009).

Al respecto, a través de dos pronunciamientos/actualizaciones adicionales al documento consultivo de enero del año 2001, Basilea ha permitido esbozar tres pilares (tipologías) del riesgo legal (Pineda, 2019, pp. 125-126). Estos, como opinión, no califican como una definición, pero que, revisándolas en su conjunto, permiten acercarse a una definición.

1. Primera actualización

En octubre del año 2001, Basilea emitió el documento denominado "Devida Diligencia con la Clientela de los Bancos", el cual, en su numeral 13, señaló que:

El riesgo legal es la posibilidad de que procesos, sentencias adversas o contratos que resulten ser inaplicables puedan perturbar o perjudicar las operaciones o la situación de un banco. Los bancos pueden ser objeto de acciones procesales por no respetar las normas KYC obligatorias o por no practicar la debida diligencia. Por lo tanto, los bancos pueden ser, por ejemplo, **pasibles de multas, responsabilidad penal y sanciones especiales impuestas por los supervisores**. En efecto, para un banco, el coste de un juicio puede ser mucho mayor que las costas judiciales. Los bancos no podrán protegerse contra tales riesgos legales sin la debida diligencia en el momento de identificar a sus clientes y entender sus negocios (Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, 2001, p. 10) [el énfasis es nuestro].

2. Segunda actualización

En el año 2006, se emitió en un documento llamado "Convergencia Internacional de Medidas y Normas de Capital", en cuyo pie de página 97 –contenido dentro del numeral 644– se señaló lo siguiente sobre el riesgo legal: "[...] incluye la po-

sibilidad de ser sancionado, multado u obligado a pagar daños punitivos como resultado de acciones supervisoras o de acuerdos privados entre las partes" (Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, 2006, p. 159) [el énfasis es nuestro].

Al respecto, se puede apreciar que, de la lectura en conjunto del documento, se desprenden tres tipologías o pilares del riesgo legal (para efectos del presente artículo, se considerará como 'pilar') (Comité de Basilea, 2006):

- **Pilar uno:** Incumplimiento no intencional de las normas.
- **Pilar dos:** Falla en la ejecución de contratos.
- **Pilar tres:** Controversias judiciales y/o administrativas.

Entorno a estos tres pilares del riesgo legal, se puede apreciar un desarrollo doctrinal que ha permitido mejorar su estudio y aplicación a las normas de derecho financiero, las cuales se analizarán a continuación.

C. Las definiciones doctrinales del riesgo legal a la luz de Basilea II y sus actualizaciones

A lo largo de los años, la doctrina ha desarrollado algunas definiciones de riesgo legal, las cuales se procederá a contrastar/validar con los tres pilares desarrollados en el punto precedente:

- Quintás señala que:
- [El] riesgo jurídico (*legal risk*), se define como el riesgo de que una operación no pueda ejecutarse por no existir una formalización clara o no ajustarse al marco legal establecido, así como el derivado de procedimientos y sentencias judiciales, en todos los casos con impacto en la cuenta de resultados de la organización. Este es el riesgo tradicionalmente gestionado por los departamentos de asesoría jurídica (2007, p. 7).
- Mahler señala que el 'riesgo legal' es aquel que involucra a una norma legal como su origen y que cuya potencialidad de afectación podría llevar a un detrimento de la entidad financiera (2007, pp. 20-23).
- Cedillo, Meneses y Raygada indican que "Es la posibilidad de pérdidas económicas generadas por una resolución jurídica o administrativa adversa, contratos defectuosos o el incumplimiento normativo, resultado de

- la acción de personas, procesos, tecnologías de información y eventos externos sobre el sistema jurídico" (2010, p. 67).
- Kenny, M.⁵ señala que el riesgo legal es aquel que los abogados pueden contribuir a reducir el impacto. Al respecto, también, opina que entender de dicha forma al riesgo legal resulta mucho más práctico que realizar una definición, (2005).

En esa línea, la norma peruana, siguiendo la doctrina y los pilares antes señalados, ha definido el riesgo legal en el literal h del artículo 2 de la Resolución SBS 2116-2009, que aprueba el Reglamento de Riesgo Operacional (en adelante, Reglamento de Riesgo Operacional). Así, se lo define como: la "[...] posibilidad de ocurrencia de pérdidas financieras debido a la falla en la ejecución de contratos o acuerdos, al incumplimiento no intencional de las normas, así como a factores externos, tales como cambios regulatorios, procesos judiciales, entre otros" (SBS, 2009).

Como se puede apreciar, en cualquier caso, las definiciones recogidas en la doctrina y en el Reglamento de Riesgo Operacional giran en torno a las actualizaciones de los documentos consultivos de Basilea y de los que se puede resumir en tres pilares. Clarificarlo de esta manera es útil, pues su finalidad es orientar a los operadores del derecho sobre qué aspectos incluye el riesgo legal, lo cual genera un punto de partida sobre el cual se puede desarrollar un mayor estudio académico y una correcta gestión de este importante riesgo.

El desarrollo del presente artículo se centrará en los tres pilares del riesgo legal antes señalados (recogidos en la definición de riesgo legal según Basilea, el Reglamento de Riesgo Operacional y la doctrina) y la naturaleza cualitativa de este riesgo⁶, la cual lo vuelve un riesgo muy particular, y que demostrará su importancia en la gestión de riesgos de las empresas que forman parte del sistema financiero. Al respecto, los tópicos que se abordarán a continuación son distintos al mostrado en la introducción, pues no se busca encasillar el riesgo legal solo a la aplicación societaria, sino que se pretende mostrar que el aspecto cualitativo de este riesgo se puede analizar en diversas normas.

III. ANÁLISIS CUALITATIVO EN EL PILAR UNO: INCUMPLIMIENTO NO INTENCIONAL DE LAS NORMAS

Antes de analizar el aspecto cualitativo, primero se debe entender que este pilar se refiere a la posibilidad que el incumplimiento de una norma pueda generar multas u otro tipo de sanciones en las empresas. En esa línea, recoge tanto el incumplimiento de normas emitidas por el regulador (de carácter técnico), como aquellas normas de carácter general, tales como normas tributarias y laborales, entre otras. Estas normas de carácter general, si bien tienen sus propios supervisores –como la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (en adelante, SUNAT), Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, entre otros– también se encuentran dentro del riesgo legal, en tanto su incumplimiento puede generar un impacto negativo en las actividades de la empresa.

A. La naturaleza cualitativa en el pilar uno: Caso uno

Se puede considerar dentro de este pilar al incumplimiento de las normas prudenciales emitidas por el ente regulador u otras autoridades. Al respecto, para desarrollar mejor este punto, se contextualizará la aplicación práctica del pilar uno, sobre el Reglamento de Gestión Integral de Riesgos que recoge la creación, implementación y funciones de la función de cumplimiento normativo (en adelante, FCN), cuyo artículo 28 señala que:

Las empresas deben determinar la forma más apropiada y eficiente de implementar la función de cumplimiento normativo de acuerdo con sus propias necesidades y organización interna [...]. Ello no implica necesariamente la conformación de una unidad organizativa pero sí la existencia de la función y el nombramiento de un encargado de dicha labor denominado Oficial de Cumplimiento Normativo [...] (Resolución SBS 272-2017).

Esta función es desarrollada por el oficial de cumplimiento normativo (en adelante, OCN). No obstante, cabe precisar que la FCN implica responsabilidades y obligaciones que debe cumplir el

⁵ Kenny, M. apunta que "[n]o existe estándar de definición de riesgo legal y probablemente no sea conveniente crear uno [...]Es simplemente un riesgo que los abogados pueden ayudar a identificar o mitigar" (2005).

⁶ Cabe señalar que mediante la tesis "Aproximaciones al riesgo legal en las empresas del sistema financiero peruano" (2020) se presentó un trabajo preliminar sobre la dimensión cualitativa del riesgo legal por María Andrea Colina Cardoso para optar por el grado de Magíster en la Maestría en Derecho Bancario y Financiero de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en el cual tuve el rol de jurado objor del citado grado.

OCN y que cuyo incumplimiento devendría en el incumplimiento del pilar uno del riesgo legal (cumplimiento de la norma). Si bien el nombre del pilar uno, es similar a la FCN; no se debe confundir, pues esta última desarrolla el monitoreo y cumplimiento de las normas desde la perspectiva de gestión de riesgos.

Al respecto, dicha norma agrega que:

La función de cumplimiento normativo incorpora la evaluación y monitoreo del cumplimiento de toda la normativa aplicable a la empresa supervisada, **tiene como objetivo identificar y poner en conocimiento oportuno de las áreas responsables de las empresas aquellas normas externas que tienen un impacto directo en las funciones que estas realizan, así como las normas internas vinculadas, a fin de que se tomen las medidas necesarias para dar cumplimiento a dichas disposiciones** (Resolución SBS 272-2017) [el énfasis es nuestro].

En ese sentido, la finalidad del implementar la figura del OCN es que este vele por el cumplimiento de las normas dentro de la empresa y, con ello, gestionar (mitigar/administrar) el riesgo de enfrentar eventuales reclamaciones y/o acciones legales provenientes de potenciales incumplimientos de las normas prudenciales y de carácter general. Ello, pues, considerando la cantidad de normas existentes, la posibilidad de incumplimiento por error u omisión está latente, por lo que la labor del OCN es gestionar dicho riesgo.

A fin de analizar el pilar uno aplicado a la FCN, se desarrollarán las principales funciones del OCN (no siendo las únicas), contempladas en los artículos 29 y 31 de la Resolución SBS 272-2017:

- a) De conformidad con el literal b del artículo 29 del Reglamento de Gestión Integral de Riesgos, se debe “proponer al directorio un **programa de cumplimiento anual**” (Resolución SBS 272-2017) [el énfasis es nuestro]; este informe lo debe aprobar el directorio antes del 31 de diciembre de cada año –según lo señalado por el artículo 31 del citado reglamento– estableciendo la duración de las acti-

vidades señalando inicio y término, así como las áreas involucradas (2017). Al respecto, este Programa de Cumplimiento Anual (en adelante, PCA) recogerá los procesos de la empresa⁷ que el OCN revisará en el año y que deberán ser aprobado por el directorio.

Para este fin, el OCN deberá de incluir en el PCA los procesos o normas más importantes o críticas de la empresa, para que el OCN revise el cumplimiento de estas. No obstante, considerando la cantidad de normas a las que debe dar cumplimiento la empresa ¿Cómo se podría determinar la importancia de las normas o procesos para su inclusión en el PCA?

Sobre el particular, Barriga *et al.*, citando a Crouhy, Galai y Mark señalan que:

Se puede usar una matriz de riesgo, priorización o lista de riesgos: en este punto se procede a ordenar los riesgos **identificados según su nivel de impacto, dando prioridad a los que puedan presentar un mayor efecto negativo respecto a la estrategia y objetivos de la empresa** en cuestión [...] (2019, pp. 85-88) [el énfasis es nuestro].

En esa línea, Cedillo, Meneses y Raygada, señalan que “[I]a clasificación de los riesgos legales dentro de la matriz permite hacer una priorización y, con base en esta última, establecer el tratamiento que se les dará” (2010, p. 71).

De lo antes señalado, se aprecia que el OCN debe contar con una matriz de normas aplicables a la empresa (tanto normas de regulación sectorial y de aplicación general, como las normas laborales, tributarias, de protección de datos, entre otras) y, en esa matriz, hacer la priorización teniendo en cuenta el impacto (severidad o efecto negativo) y frecuencia (probabilidad de ocurrencia) para que se haga la revisión (de las normas o los procesos) para verificar el cumplimiento. Dicha evaluación se debe realizar con un enfoque cualitativo (Cedillo *et al.*, 2010, p. 69)⁸.

⁷ De conformidad con el literal z del artículo 2 del Reglamento de Gestión Integral de Riesgos un proceso es un “conjunto de actividades, tareas y procedimientos organizados y repetibles que producen un resultado esperado” (Resolución SBS 272-2017).

⁸ Cedillo *et al.* apuntan que:

De acuerdo con los resultados del estudio, la evaluación debe ser realizada desde una perspectiva cualitativa. Para ello, una vez identificados los riesgos legales se procede a realizar una medición de los mismos en términos de probabilidad e impacto. La escala de probabilidad posee los niveles de improbable, raro, posible, probable y casi certeza. De igual manera, la escala de impactos tiene cinco rangos: insignificante, menor, moderado, mayor y catastrófico (2010, p. 69).

- Esa priorización de normas debería de responder a las características de la empresa. Por ejemplo: si una financiera no realiza créditos *retail*, pero sí créditos corporativos, podría no ser tan apremiante revisar los procesos vinculados a transparencia o garantías, pero sí revisar con más frecuencia los procesos a la emisión de cartas fianzas y procesos vinculados que más demanda la banca corporativa. Para ello, debería revisar el cumplimiento de: (i) cada norma; o (ii) los procesos, de manera transversal (por ejemplo: revisar toda la cadena de emisión de cartas fianzas, desde que el cliente lo solicita, hasta la entrega de esta al beneficiario, lo cual implica todas las áreas involucradas). En ese sentido, resulta importante priorizar la revisión de las normas o procesos más significativos, por el impacto que tienen para la empresa. Luego de dicha priorización es que se debería incluir en el PCA para aprobación del directorio.
- b) Por su parte, el literal d del artículo 29 de la Resolución SBS 272-2017, señala que el OCN deberá “[i]informar semestralmente al directorio y a la gerencia sobre el progreso de la implementación de las medidas de adecuación normativa” (Resolución SBS 272-2017, 2017) [el énfasis es nuestro]. Como se puede apreciar, se establece la obligación de que el OCN informe al directorio y a la gerencia sobre las nuevas normas emitidas que crean la obligación de implementarse o adaptar procesos, lo que podría implicar la participación de varias áreas y tener en cuenta el plazo otorgado por la norma para su implementación. Incluso, de una lectura conjunta de los literales a, f y g, se puede argumentar que el OCN también debe velar por el cumplimiento de las normas ya implementadas en la empresa.
- De la revisión articulada de los citados artículos y literales, se puede apreciar que la naturaleza de estos informes semestrales, se entienden complementarios al PCA; es decir, todo lo que el OCN propuso al Directorio revisar, en el año. Con los dos informes semestrales se hace seguimiento al cumplimiento de dicho PCA. En ese orden de ideas, se puede apreciar que el segundo informe semestral debería ser emitido antes de que el PCA del siguiente año se remita al directorio; ello pues, en ese proyecto del PCA (presentado antes del 31 de diciembre, según el artículo 31), también se debería de informar el cumplimiento de la implementación y revisión de procesos del año en curso y, en un segundo punto, las revisiones del siguiente año.
- c) El literal e del artículo 29 señala que el OCN deberá “[o]rientar y capacitar al personal de la empresa con respecto a la importancia del cumplimiento normativo y de las responsabilidades que se derivan en caso de incumplimiento” (Resolución SBS 272-2017). Respecto de este punto, se busca fomentar una cultura de cumplimiento de las normas prudenciales emitidas por el regulador y otras normas de carácter general; dejando en claro que el cumplimiento normativo no es solo función del OCN.
- d) Conforme a lo dispuesto en el literal a del artículo 31 del Reglamento de Gestión Integral de Riesgos, se deberá de “elaborar informes de autoevaluación de cumplimiento de las normas externas, así como de las normas vinculadas a aquellas que tienen impacto directo en la empresa [...]” (Resolución SBS 272-2017).
1. Contrastación con la estructura básica de la norma S(→)C
- Del tema desarrollado en el punto precedente se puede apreciar la variable de riesgo legal y su naturaleza cualitativa en el siguiente esquema:
- **S:** En el supuesto hay una obligación de la empresa en torno a contar con los cuatro puntos antes desarrollados⁹, estableciendo la obligación de: (i) contar con un PCA; (ii) dos informes semestrales; (iii) orientar y capacitar al personal de la empresa; y (iv) contar con informes de autoevaluación, entre otros.
 - → Prevé la obligación de cumplir con los cuatro puntos antes señalados.
 - **C:** La consecuencia del incumplimiento de la FCN podría dar inicio a un procedimiento administrativo sancionador, por ejemplo: (i) por no emitir los PCA; (ii) por no contar con los informes semestrales; (iii) por no realizar las capacitaciones a toda la empresa acerca del cumplimiento normativo; (iv) por no contar con los informes de autoevaluación, entre otros. Ello expone a la empresa a posibles procedimientos administrativos.

⁹ Cabe precisar que el Reglamento de Gestión Integral de Riesgos, no solo recoge cuatro puntos, pero para efectos del desarrollo del presente artículo, solo se han desarrollado dichos aspectos.

No obstante, el incumplimiento también podría darse por no implementar una norma, por no implementarla a tiempo o por el incumplimiento de otras normas prudenciales emitidas por el regulador y que no haya sido identificado por el OCN. Asimismo, no se debe perder de vista que la FCN también vela por el cumplimiento de las normas de otras autoridades, tales como SUNAT, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (por el tratamiento de la información en el marco de la protección de datos), el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, entre otras. Lo antes señalado no solo expone a la empresa a un posible procedimiento sancionador del regulador, sino que también la expone a otros riesgos por el incumplimiento, según el sector en el cual se haya incumplido la normativa y con el posible riesgo legal recogido en los pilares uno (incumplimiento de la norma), dos (falla en la ejecución de contratos) y tres (controversias judiciales o administrativas). Sin embargo, en la práctica, el impacto de la empresa no resulta ser cuantificable ante la posibilidad de incumplir la FCN (que en la práctica se estaría incumpliendo la Resolución SBS 272-2017, lo que encaja en el pilar uno como incumplimiento de una norma).

B. La naturaleza cualitativa en el pilar uno: Caso dos

Retomando el supuesto hipotético desarrollado en la introducción del artículo, se puede apreciar que se redujo la cantidad de directores, de cinco a tres, lo cual expresamente contraviene el artículo 79 de la LGSF que establece que la cantidad mínima de directores que deberá tener una empresa del sistema financiero es cinco directores (1996) (supuesto claramente contemplado en la norma obligacional).

Sobre el particular, las consecuencias **sí podrían ser cuantificables** (es decir, que nos encontramos ante un aspecto cuantitativo; a diferencia de los demás supuestos) al estar contemplado en el reglamento de sanciones. No obstante, cabe analizar si –jurídicamente–, al declararse nulo lo actuado (desde el punto societario por los supuestos antes señalados), se podría configurar como invalida la reducción de dichos directores y por qué el acto jurídico no ocurrió (según la teoría de la nulidad), por lo que la consecuencia encaja dentro la denominada incertidumbre legal que se ha venido desarrollando.

1. Contrastación con la estructura básica de la norma S(→)C

Del tema desarrollado en el punto precedente, se puede apreciar la variable de riesgo legal y su naturaleza, que en el presente caso es cuantitativa en el siguiente esquema:

- **S:** Si la empresa financiera incumple su obligación de contar con al menos cinco directores (norma de carácter obligacional), se podría aplicar la norma de infracción que la tipifica y establece la sanción (por ejemplo, contenido en un reglamento de sanciones).
- **→:** Si bien se ha verificado el incumplimiento de la obligación, se aprecia que el acto mediante el cual se redujo la cantidad de directores es nulo (según el artículo 38 de la LGS). Por lo que se podría cuestionar que se haya cumplido el supuesto gatillador del incumplimiento.
- **C:** La consecuencia no es clara, pues, si bien la obligación sí lo es –y la sanción al incumplimiento podría estar en el reglamento de sanciones–, existe incertidumbre legal sobre si ello implica una sanción, en tanto el acto es nulo, y, por tanto, invalido (según la LGS).

En este punto, si bien se está ante un hecho cuantitativo, las consecuencias no resultan claras (a lo que se podría denominar incertidumbre legal que resolverá el regulador).

IV. ANÁLISIS CUALITATIVO EN EL PILAR DOS: FALLA EN LA EJECUCIÓN DE CONTRATOS

Antes de analizar el aspecto cualitativo, primero, se debe entender que este pilar se refiere a que las empresas en el negocio bancario, en su día a día, celebran una gran cantidad de contratos (prestamos, *factoring*, *leasing*, fideicomiso, entre otros), por lo que la inobservancia de las normas o un error en las estipulaciones contractuales expondría a la empresa a una posible inejecución, ya sea de forma parcial o total. Esta incluso podría afectar a las garantías asociadas al contrato. Por ejemplo, si la deficiencia contractual estuviera vinculada a temas de transparencia o conducta de mercado, la empresa podría ser multada o en los casos con contratos con una estructura legal débil por falta de cláusulas de confidencialidad o falta de penalidades u otros, podría impactar negativamente en los acuerdos que haya celebrado la empresa.

Si bien en los contratos ya se prevén las obligaciones de manera previa; por ejemplo: (i) un contrato de mutuo con obligaciones claras de pago; (ii) una carta fianza con un monto garantizado; o (iii) penalidades claramente estipuladas. Lo cierto es que no en todos los casos, los hechos ocurridos se encuentran recogidos en la norma obligacional, pues podría ocurrir que no se ejecute un contrato por alguna deficiencia en las cláusulas o procedimientos de seguridad. Lo antes señalado se puede apreciar en el siguiente ejemplo.

A. La naturaleza cualitativa en el pilar dos: caso uno

En una carta fianza podría haber un riesgo legal no cuantificable en la relación jurídica entre el ordenante (el cliente) y el emisor (el banco). Solo para contextualizar el ejemplo, cabe recordar que la relación contractual en una carta fianza parte de un contrato entre el sujeto ordenante y el sujeto beneficiario. Así, imaginemos que el ordenante es una empresa constructora y el beneficiario es el Ministerio de Educación (en adelante, MINEDU), mientras que el sujeto emisor es el banco, quien garantiza el cumplimiento de la construcción de un colegio, con una carta fianza por 5 millones de soles. El esquema contractual es de tres relaciones jurídicas, según se aprecia en el gráfico 1.

Al respecto, **la relación uno**, es la obligación a través de la cual el constructor, se obliga con el MINEDU a construir un colegio. A su vez, **la relación dos**, nace como un contrato de crédito indirecto (crédito contingente), pues el banco no ha desembolsado dinero, pero sí ha garantizado dicha obligación primigenia del constructor y, en caso de que el cliente no cumpla con su obligación, el banco deberá de pagar a solo requerimiento del beneficiario según lo estipulado en la carta fianza. Es decir, este crédito nace siendo un crédito indirecto, pero que, ante el incumplimiento de la obligación y posterior ejecución de la carta fianza, se volverá un crédito directo. **La relación tres** se califica como un acto jurídico unilateral en el que el banco otorga una garantía a través de la figura de la carta fianza que, de conformidad con el artículo 1956 del Código Civil, la recepción de esta garantía por parte del sujeto beneficiario (acreedor) implica su aceptación en todos los términos contenidos en dicho documento.

Asimismo, cabe señalar que, de conformidad con el numeral 5.2 de la Circular SBS B-2101-2001, la carta fianza debe ser incondicional y pagada a simple requerimiento, según se aprecia a continuación:

Las cartas fianza que contengan cláusulas que obliguen a su realización, ejecución o pago automático, inmediato o a simple requerimiento, u otras cláusulas equivalentes, deberán ser honradas por la empresa garante sin más trámite, a simple requerimiento del acreedor o beneficiario de la garantía, efectuado por escrito. En estos casos, las cartas fianza no deben contener condiciones o requisitos previos para que proceda el pago [...].

En ese sentido, si la entrega del colegio, completamente construido, hubiera estado pactada para el 15 de mayo del 2020, (fecha que coincidía con la cuarentena decretada por el Gobierno¹⁰) ¿El beneficiario podría haber ejecutado la carta fianza?

Si la respuesta es sí, el MINEDU podría ordenar, a solo requerimiento, que el banco pague la garantía de S/ 5 millones y, así, la relación dos se convierte en un crédito directo por el mismo monto, donde aparentemente el riesgo legal del contrato es fácilmente determinable (S/ 5 millones) ¿Será tan sencillo como parece?

Recodemos que, el 15 de mayo de 2020, el país se encontraba en cuarentena, la cual inició el 15 de marzo de 2020 y terminó el 26 de junio de 2020. Entonces, en la relación uno, el constructor podría alegar que existió fuerza mayor¹¹ que justificó el incumplimiento del contrato. Por ello podría cuestionarse al banco, argumentando que no debió pagar la garantía, pues, al haber una justificación

Gráfico 1: Esquema contractual



Fuente: Elaboración propia

¹⁰ Mediante Decreto Supremo 044-2020-PCM publicado el 15 de marzo de 2020, se declaró Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la nación a consecuencia del brote del COVID-19.

¹¹ El presente artículo no busca analizar la pertinencia de la aplicación de la fuerza mayor recogida en el artículo 1315 del Código Civil, pero si mostrar los efectos, de su aplicación en una garantía que respalda la obligación primigenia.

de incumplimiento de la relación primigenia, la garantía no podría ser exigible, en tanto, de conformidad con el artículo 1875 del Código Civil la garantía es de carácter accesoria corre la misma suerte que el contrato primigenio.

Al respecto, el numeral 5.1 de la Circular SBS B-2101-2001, señala que las cartas fianza:

que expidan las empresas se rigen por las disposiciones que sobre fianzas establece el Código Civil en su Título X de la Sección Segunda del Libro VII Fuentes de las Obligaciones, con las particularidades establecidas por la Ley General y la presente Circular.

En esa línea, aparentemente, el constructor podría cuestionar la relación contractual dos (entre el ordenante y el emisor), generándose un posible riesgo legal por incumplimiento en el contrato¹², con un impacto que no es fácil de calcular.

Esta situación también puede implicar un riesgo legal por el pilar tres (controversias judiciales), pues se podría judicializar y el monto demandado por el cliente, el cual podría no limitarse al monto garantizado, pues podría pedir alguna indemnización por daños reputacionales, costos y costas. En el caso del banco demande, también se podría añadir intereses legales por el tiempo transcurrido hasta que el ordenante pague la deuda.

1. Contrastación con la estructura básica de la norma S(→)C

Del tema desarrollado en el punto precedente se puede apreciar la variable de riesgo legal y su naturaleza cualitativa en el siguiente esquema:

- **S:** Si el ordenante (constructor) incumple su obligación con el beneficiario (MINEDU) este podrá ejecutar la carta fianza. El emisor pagará la obligación asumida a través de la carta fianza y el crédito indirecto se convierte en crédito directo, generando la obligación de pagar.
- **→:** Si bien, se ha verificado el incumplimiento de la obligación asumida y que el crédito indirecto se convirtió en un crédito directo; en la presente relación se cuestiona que se haya cumplido el supuesto gatillador del incumplimiento, considerando el escenario de fuerza mayor.

- **C:** La consecuencia no es clara ni cuantificable, pues existe incertidumbre legal sobre si el banco podrá cobrar el crédito directo con el ordenante, en tanto, como ya se ha señalado líneas arriba, podría no limitarse al monto garantizado en la carta fianza.

B. La naturaleza cualitativa en el pilar dos: caso dos

Respecto al pilar dos de riesgo legal por incumplimiento contractual, no necesariamente se parte de una cláusula mal estipulada o una interpretación de esta (visto en el ejemplo uno), sino que podría venir también de un contexto externo; por ejemplo, de un contrato de compraventa de un inmueble no inscrito o de un contrato de arrendamiento de un inmueble. En este último supuesto, cabe recordar que, como parte de la actividad bancaria, las empresas del sistema financiero suelen alquilar sus oficinas, pero ¿Qué pasaría si no se inscribió en registros públicos la compraventa o el contrato de arrendamiento?

Cabe recordar que la inscripción registral otorga seguridad jurídica a las partes y garantiza el conocimiento y validez de los contratos, incluso a terceros. En ese sentido, su omisión genera que no cuenten con dicha publicidad registral, lo cual es un riesgo legal no cuantificable, por dos motivos:

- a) La compraventa no registrada en registros públicos:** En caso de conflictos con terceros que se atribuyan alguna titularidad en el inmueble, se buscará pruebas de publicidad registral como indicio de titularidad. En este supuesto, sí cobra importancia la diferencia entre un derecho inscrito y un derecho no inscrito, pues la empresa se encontraría imposibilitada de formular la oponibilidad de derechos sobre inmuebles inscritos prevista en el artículo 2022 del Código Civil, el cual establece que “para oponer los derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone” (1984). Dicho artículo se puede aplicar en caso de conflictos con terceros interesados, donde se buscará pruebas de publicidad registral, como indicio de titularidad¹³.

¹² El presente tema, fue desarrollado en la tesis de Mayra Campos para optar por el grado de magíster en la maestría de Derecho Bancario y Financiero de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la cual fui asesor de tesis.

¹³ Se debe precisar que la jurisprudencia reconoce que “los títulos de propiedad aún no registrados en los Registros Públicos tienen valor frente a terceros en general: cosa distinta es que el tercero tenga derecho inscrito que se oponga al efecto jurídico de esos títulos [...]” (Corte Suprema de Justicia de la República, 1998). En esa línea, la inscripción en

- b) El contrato de arrendamiento no registrado en Registros Públicos:** En muchos casos, los locales donde funcionan las agencias de las empresas son arrendados por largos períodos de tiempo, ello considerando que su implementación como agencia es costosa. En ese sentido, por ejemplo ¿Qué pasaría si un inmueble alquilado por una empresa del sistema financiero fuera vendido?

Al respecto, el artículo 1708 del Código Civil establece que “si el arrendamiento no ha sido inscrito, el adquiriente puede darlo por concluido. Excepcionalmente, el adquiriente está obligado a respetar el arrendamiento, si asumió dicha obligación [...]” (1984). En ese contexto, se puede apreciar que el riesgo legal en el pilar dos no está por una debilidad en la cláusula contractual, sino en un paso adicional que, de no inscribirse en registros públicos, podría generar que el nuevo propietario resuelva el contrato y se genere un posterior desalojo de la empresa. Distinto sería el caso si el arrendamiento estuviese inscrito, en cuyo caso el Código Civil dispone que “[...] el adquiriente deberá respetar el contrato, quedando sustituido desde el momento de su adquisición en todos los derechos y obligaciones del arrendador” (1984).

¿Cómo se podría cuantificar el impacto en un posible desalojo? Ello considerando que, no solo se debe tener en cuenta el costo del alquiler o los costos invertidos en la remodelación del inmueble para dotarlo de mayor seguridad; los cuales son cuantificables. El mayor impacto, en mi opinión, está en la confianza del público, pues un posible desalojo genera poca predictibilidad en la continuidad de las actividades de la entidad del sistema financiero en la agencia u oficina que es materia de desalojo, pues, en tanto tenga que cerrar –de manera abrupta por la contingencia legal–, podría ser mal interpretado por el público ahorrista como falta de

solidez de la empresa del sistema financiero. Ello sin tener en cuenta el tiempo que involucra solicitar los permisos administrativos aplicables: permisos ante la Municipalidad, el regulador¹⁴, defensa civil, entre otros.

1. Contrastación con la estructura básica de la norma S(→)C

Se puede apreciar la variable de riesgo legal y su naturaleza cualitativa en el siguiente esquema:

- **S:** Ante un contrato de compraventa o un contrato de alquiler, se puede hacer su inscripción registral.
- **→:** La inscripción registral otorga seguridad jurídica a las partes, y garantiza el conocimiento de la existencia de dicho contrato de alquiler incluso frente a terceros.
- **C:** No contar con dicha publicidad registral podría traer como consecuencia que: (i) en el caso de la compra de un inmueble, se cuestione la titularidad, en caso existan terceros que se atribuyan dicha titularidad; y (ii) en el caso de los contratos de arrendamiento no inscritos, el comprador del inmueble puede dar por concluido el contrato de arrendamiento, evidenciándose un riesgo legal no cuantificable, en tanto no solo se está en juego los costos asociados a la remodelación, sino también a la confianza del público, al apreciar un abrupto desalojo, sin perder de vista el tiempo y costo invertido en los permisos administrativos antes señalados.

V. ANÁLISIS CUALITATIVO EN EL PILAR TRES: CONTROVERSIAS JUDICIALES Y/O ADMINISTRATIVAS

Se refiere a la posibilidad de que la empresa se vea involucrada en controversias¹⁵ con los clientes o terceros proveedores, entre otros, que pueden ser de carácter administrativo o judicial, los

registros públicos no es un requisito para constituir o extinguir los derechos reales. No obstante, si es importante lograr su inscripción a fin de conseguir la publicidad registral, pues, en caso de conflicto, este podría ser el único medio para acreditar derechos frente a terceros con los que tiene una controversia.

¹⁴ De conformidad con el artículo 3 de la Resolución SBS 4797-2015, “las empresas deberán solicitar, según corresponda, autorización previa para la apertura, conversión, traslado o cierre de sus oficinas, indicando su ubicación y dirección exacta [...]”.

¹⁵ El literal c del artículo 2 de la Resolución SBS 2451-2021 define a la controversia como:

Todo conflicto o discrepancia que enfrente la empresa, entre otros, con clientes, proveedores, trabajadores, miembros del Directorio, autoridades o cualquier tercero, cuando se haya dado inicio al proceso o procedimiento en sede judicial, administrativa, arbitral, o bajo cualquier otro mecanismo alternativo de solución de conflictos legalmente reconocido, una vez notificada la demanda, o denuncia respectivamente, cuyo resultado pueda generar una salida de recursos de la empresa, bajo cualquier concepto. No se incluyen las controversias que enfrentan las Empresas de Seguros, relacionadas a siniestros, en aquellos aspectos que deban ser tratados conforme al Reglamento de la Reserva Técnica de Siniestros, aprobado mediante Resolución SBS 1856-2020.

cuales puedan causar un impacto negativo en los objetivos de la empresa. Este riesgo es latente, en tanto las empresas se encuentran en constante interacción con clientes, por operaciones activas, pasivas o neutras y con terceros (Pineda, 2019, pp. 138-139).

A. El análisis cualitativo en el pilar tres: caso uno

Al igual que los otros pilares, el impacto no solo puede referirse a una multa como sería el caso de una sanción administrativa, la cual es fácilmente cuantificable¹⁶. No obstante, existe un elemento cualitativo que no es determinable y cuyo impacto en la empresa podría resultar significativo en sus operaciones, poniéndola en peligro frente a sus objetivos empresariales.

Al respecto, para exemplificar este pilar, se revisará la publicación web del medio informativo La Ley, el cual comenta sobre un caso cuya “[...] deuda inicial de S/ 48 millones de soles se originó cuando el Scotiabank compro el banco Wiese Sudameris, deuda por la que se le inició un proceso” (2021). Complementado ello, el Diario Gestión señaló que:

La historia de este litigio inicia antes que la canadiense Scotiabank comprara el banco Wiese en 2005. El punto de partida es el 28 de enero de 1999, cuando la SUNAT inició un procedimiento de fiscalización al Banco Wiese (hoy Scotiabank) que buscaba verificar el cumplimiento de obligaciones tributarias respecto al Impuesto General a las Ventas (IGV) entre enero de 1997 a diciembre de 1998 (Gestión, 2021).

En esa línea, dicho diario añade que “Scotiabank pagó el monto de los S/ 482 millones bajo protesto, con el cual fue a la apelación ante el TC, esperando que la decisión sea favorable para la entidad financiera” (2021). No obstante, el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia recaída en el expediente 00222-2017-PA/TC, no le dio la razón.

El presente caso muestra, de forma práctica, el pilar tres del riesgo legal, sobre el cual la contingencia administrativa con la SUNAT empezó con S/ 48 millones y posteriormente –años después– terminó con una deuda de S/ 482 millones, que,

a decir del citado diario, se incrementó en un 890% (2021). Con lo anteriormente desarrollado, se aprecia que, incluso en las controversias administrativas, el monto empezó con una cifra predecible (S/48 millones), pero, entre el tiempo que demora el proceso y los intereses moratorios, llegó a S/ 482 millones (cifra que era impredecible cuando se inició el procedimiento).

Considerando el riesgo legal antes señalado, se emitió la Resolución SBS 2451-2021, que aprueba los “[p]rocedimientos mínimos para la gestión, clasificación, reporte y constitución de provisiones por controversias” (2021), a fin de gestionar el citado riesgo a través de mecanismos de provisiones¹⁷ (entre otros), precisando el procedimiento para clasificar las controversias en probable, posible o remoto (2021). Según ello, se procederá a la constitución de las provisiones, de conformidad con la NIC 37¹⁸ y la Resolución SBS 2451-2021. Cabe señalar que el desarrollo de la citada resolución se enmarca en la gestión del riesgo legal, lo cual no es materia del presente artículo, por lo que no se realizará un mayor desarrollo del mismo.

Asimismo, cabe preguntarse ¿Qué pasaría si el procedimiento administrativo terminase en algún régimen especial? Por ejemplo, en un régimen de intervención¹⁹, lo cual incluye el cierre de la entidad financiera o en un régimen de disolución y liquidación de la empresa. El impacto, en estricto, no es cuantificable, pues, al hablar del cierre de una entidad, no solo está el costo de que no se puedan hacer operaciones, sino el costo de la perdida de la confianza del público, lo cual es el aspecto más importante en este sistema, siendo la piedra angular del artículo 87 de la Constitución Política del Perú, que prevé la protección del ahorro y que es la confianza del público en dichas entidades la que hace que depositen su dinero. Incluso, en el peor de los escenarios, podría suceder el cierre definitivo de la empresa ¿Cómo cuantificar ese impacto legal?

B. El análisis cualitativo en el pilar tres: caso dos

También podría ocurrir que una empresa despidiera a un trabajador y que en ese proceso se haya vulnerado algún derecho laboral de este. Dicho

¹⁶ En el caso de las sanciones administrativas, por ejemplo, el monto de la sanción puede ser aproximadamente determinable, ya sea porque el monto mínimo y máximo está contenido en el ordenamiento que tipifica la sanción o al materializarse el pago de la multa, pues, en dicho momento, el impacto económico ya es determinable.

¹⁷ De conformidad con el literal g del artículo 2 de la Resolución SBS 2451-2021 la provisión “[...] es un pasivo que se constituye por las controversias, de acuerdo con las disposiciones contables”.

¹⁸ El presente extremo ha sido desarrollado en extenso por Pineda (2019) en su artículo: El tratamiento del riesgo legal en el sistema financiero en el Perú: el rol de los abogados en la gestión de riesgos.

¹⁹ Artículo 103 de la LGSF: “Toda empresa que incurra en las causales consideradas en el artículo siguiente, debe ser intervenida por resolución del Superintendente [...]” (1996).

supuesto expone a la entidad financiera a una contingencia judicial con una posible indemnización que, a primera vista, no es calculable con facilidad; aunque los laboralistas afirmarán que hacer una liquidación es sencillo. Lo cierto es que el juez también puede ordenar la reposición del trabajador; a lo que cabe preguntarse ¿Cómo cuantificar el impacto de la reposición? El presente ejemplo reafirma que el riesgo legal tiene una naturaleza cualitativa, al dificultar que se determine su impacto en la empresa.

Respecto del presente pilar tres, se puede apreciar que su estructura no es como los pilares anteriormente señalados, sino que el pilar tres es un medio de solución de conflictos al que se recurre cuando suceden eventos (negativos) en el marco de los pilares uno y dos, y el riesgo legal está en la predictibilidad del final de dicho proceso. Ahora bien, para que se llegue a una solución a la controversia, ya sea de carácter administrativo o judicial, el juez o el ente regulador deberá aplicar la estructura de la norma **S(→)C** siguiendo el análisis de los puntos III y IV.

C. Análisis cualitativo en la controversia en vía judicial

Respecto del ejemplo desarrollado sobre **la carta fianza pagada por el Banco ante el requerimiento del MINEDU**, considerando que el incumplimiento del constructor se debió a la cuarentena ordenada por el gobierno, este pudo alegar fuerza mayor y justificar el incumplimiento y, en tanto la garantía es accesoria a la obligación primigenia, el ordenante podría argumentar que la empresa bancaria no debió pagar la carta fianza.

Al respecto, al estar en discusión el contrato entre el emisor (banco) y el ordenante (constructor), se trata de una relación privada que solo se puede resolver en vía judicial, en tanto existe incertidumbre legal por la interpretación de: (i) si existió fuerza mayor; y (ii) si la carta fianza es una garantía accesoria, de conformidad con lo señalado en el artículo 1875 del Código Civil (2021). Esto último en particular porque la doctrina es la que vincula al contrato de fianza con la carta fianza y el numeral

5.1. de la Circular SBS B-2101-2001, el cual establece que las cartas fianzas se rigen por las disposiciones de la fianza contenidas en el Código Civil, pero contemplando las particularidades de la LGSF²⁰. No obstante, según Campos, no existe una disposición normativa clara que establezca que las cartas fianza proviene del contrato de fianza desarrollado en el artículo 1868 del Código Civil, (2021)²¹.

En ese sentido, en el supuesto de que la presente controversia llegue al Poder Judicial, no existe certeza de cómo se resolverá, lo que se puede llamar incertidumbre legal, y el impacto no es cuantificable a primera vista.

D. Análisis cualitativo en la controversia en vía administrativa

Respecto al mismo supuesto del ejemplo, imagine que el **banco no pagó la carta fianza ante el requerimiento del MINEDU**, bajo el supuesto de que observó una posible causal de caso fortuito o fuerza mayor. Además, que la garantía –al ser accesoria– corría la misma suerte, lo que determinó que el MINEDU no podría exigir dicha obligación en el plazo inicialmente pactado para el 15 de mayo de 2020.

En ese sentido, el banco habría incurrido en incumplimiento de lo dispuesto en el numeral 5.2. de la Circular SBS B-2101-2001, que establece que, a simple requerimiento del beneficiario, el emisor deberá de pagar el monto contemplado en la carta fianza. Dicho incumplimiento por parte del banco podría iniciar un procedimiento administrativo sancionador con el ente regulador, sobre el cual también podría existir cierta incertidumbre sobre el resultado por los motivos desarrollados.

Ello, en particular, porque, para sancionar, debe existir una norma obligacional y una norma de infracción²² que ante el incumplimiento de la primera (norma obligacional), esta segunda (norma de infracción) la califique como una conducta susceptible de ser sancionada. No obstante, considerando los hechos, existiría incertidumbre legal sobre el resultado; es decir, sobre si la empresa será sancionada o multada.

²⁰ La Ley 26702, en su artículo 217, señala la prohibición de “dar fianzas, o de algún otro modo respaldar obligaciones de terceros, por monto o plazo indeterminado” (1996), salvo que uno de ellos sea una empresa del sistema. Por otra parte, el numeral 6 del artículo 221, señala que las empresas del sistema financiero se encuentran habilitadas para otorgar fianzas inclusive a favor de otras empresas (1996). Siendo esas dos referencias las únicas acerca de la carta fianza y desarrollado por la Circular SBS B-2101-2001.

²¹ Artículo 1868.- Por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si ésta no es cumplida por el deudor (1984).

²² Cabe señalar que el artículo 248 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que desarrolla el principio de tipicidad en la potestad sancionadora, señala que: “[a] través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda” (2001).

En ambos supuestos, la solución viene del análisis legal sobre la estructura básica de la norma S(→) C y la incertidumbre legal sobre la verificación del nexo jurídico lógico '→' es a lo que se determinaría como riesgo legal (incertidumbre legal).

VI. CONCLUSIONES

Según se ha podido apreciar, de la revisión conjunta de los documentos consultivos emitidos por Basilea se puede esbozar la teoría de que los pilares del riesgo legal. Estos son tres: (i) incumplimiento no intencional de las normas; (ii) falla en la ejecución de contratos; y (iii) controversias judiciales y/o administrativas (o también pueden ser vistas como las tipologías del riesgo legal).

Con dichos documentos consultivos se brindaron importantes aportes que permitieron que los reguladores en el mundo y la doctrina construyan su propia definición. Sobre la base de ello, es posible identificar los distintos riesgos clasificados en esos tres pilares, lo cual, a su vez, facilita la gestión (mitigación del impacto) de dicho riesgo.

No obstante, llama la atención que la construcción de la definición del riesgo legal se haya tenido que hacer con la lectura/aplicación conjunta de los documentos consultivos. Al respecto, inicialmente, con Basilea II solo se desarrolló la definición del riesgo operacional y se señaló que esta incluía el riesgo legal.

Asimismo, en el presente artículo se ha demostrado la aplicación práctica del riesgo legal en el sistema financiero, evidenciando que los operadores del derecho cumplen un rol importante en la identificación y gestión de este, el cual puede ser trabajado con equipos multidisciplinarios de otras ramas académicas (economistas, administradores, contadores, entre otros), en la detección de procesos y priorización de normas para un correcto seguimiento, según la probabilidad y severidad que podrían tener dichas normas en una empresa del sistema financiero. Ello no es lo mismo un incumplimiento laboral –que sin restarle o desconocer su importancia– implicaría una multa de la autoridad competente, en contraposición a un procedimiento de intervención y posterior liquidación de la empresa del sistema financiero por parte del regulador, lo cual podría implicar dejar desempleados a una mayor cantidad de personas y con posible afectación a los ahorristas con depósitos superiores a la cobertura del fondo de seguro de depósito²³ (entre otros posibles impactos en terceros).

En esa línea, queda claro que los riesgos legales tienen por característica contar con una naturaleza cualitativa (además, de contar con un elemento cuantitativo cuya aplicación resulta más clara). Esto lo convierte en un riesgo importante de monitorear y gestionar en el negocio bancario, pues su impacto podría ser incluso mayor al evidenciado a primera vista, como es el caso societario presentado en la introducción del artículo o el caso de la carta fianza y los demás ejemplos desarrollados.

Por otra parte, se ha evidenciado que el riesgo legal también tiene un aspecto cuantitativo, del que sí se puede medir el impacto. No obstante, con el ejemplo mostrado en el pilar 1, caso 2, se aprecia que existen casos/supuestos en los que podría existir incertidumbre legal respecto a la consecuencia.

Para finalizar, con la presente contribución académica se busca mostrar la importancia de este riesgo en el sistema financiero; aunque cabe señalar que el riesgo legal trasciende al derecho financiero, pues se puede aplicar en las distintas áreas del derecho, con la misma importancia que la desarrollada en el presente artículo. En ese sentido, este artículo exploratorio busca abrir las puertas a un nuevo enfoque en el derecho (desde una perspectiva de riesgos), usando la estructura básica de las normas (y del derecho), evidenciando el aporte de los abogados en esta área y la necesidad del trabajar con equipos multidisciplinarios en la gestión de estos riesgos legales. Asimismo, se debe entender que parte del día a día de la sociedad se enmarca en los riesgos (no solo el riesgo legal), siendo parte de la vida natural de la persona y del desarrollo de toda sociedad, tanto que incluso Keynes admitió que "si la naturaleza humana no sintiera la tentación de arriesgarse no habría mucha inversión como resultado del frío cálculo" (citado en Bernstein, 2012, p. 27). 

REFERENCIAS

- Bárcena, G. (7 de junio de 2022). SBS incrementó el monto máximo de cobertura del FSD a S/ 121,910. *Infomercado*. <https://infomercado.pe/sbs-incremento-el-monto-maximo-de-cobertura-del-fsd-a-s-121-910-070622-gb/>
- Barriga, G., Burneo, K., Lizarzaburu, E., & Noriega, E. (2018). Gestión Integral de Riesgos y Antisoborno: Un enfoque operacional desde la perspectiva ISO 31000 e ISO 37001. *Revista Universidad y Empresa*, (21), 85-88. <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/empresa/a.6089>

²³ Para el trimestre de marzo a mayo del año 2022, el monto de cobertura es de S/ 116 284.00 (Bárcena, 2022).

- Bernstein, P. (1998). *Against the Gods the Remarkable Story of Risk*. John Wiley & Sons.
- Campos, M. (2021). *El riesgo legal en la aplicación regulatoria actual de la carta fianza* (tesis para optar el título de magister en Derecho Bancario y Financiero). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.
- Cedillo, F., Meneses, H., & Raygada, M. (2010). *Gestión del Riesgo Legal*. Cengage Learning.
- Colina, M. (2020). *Aproximaciones al riesgo legal en las empresas del sistema financiero peruano* (tesis para optar por el grado de magister en Derecho Bancario y Financiero). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.
- Comité de Supervisión Bancaria de Basilea. (2001). *Debida diligencia con la clientela de los bancos*. Banco de Pagos Internacionales.
- De Epalza, M. (1989). Nota sobre la etimología árabe-islámica de riesgo. *Sharq Al-Andalus*, (6), 185-192. <http://dx.doi.org/10.14198/ShAnd.1989.6.14>
- Kenny, M. (2005). *Legal risk and the financier*. Network and Correspondent Banking.
- La Ley (22 de noviembre de 2021). TC: Lea aquí la sentencia que declara improcedente la demanda interpuesta por el Scotiabank contra la Sunat. *La Ley*. <https://laley.pe/art/12343/tc-lea-aqui-la-sentencia-que-declara-improcedente-la-demanda-interpuesta-por-el-scotiabank-contra-la-sunat>
- Mahler, T. (2007). *Defining Legal Risk: Proceedings of the conference commercial contracting for strategic advantage-potentials and prospects*. Turku University of Applied Sciences.
- (2009). Una definición de riesgo legal. *Revista foro de derecho mercantil*, (22), 79-113.
- Organización Internacional de Normalización (2009). *UNE-ISO Guía 73 IN*. <https://www.une.org/encuentra-tu-norma/busca-tu-norma/norma?c=N0045826>
- Pacheco, D. (2009). *Riesgo Operacional: Conceptos y Mediciones*. Dirección de Estudios y Análisis Financiero Departamento de Estudios Unidad de Riesgos.
- Pineda, J. (2019). El tratamiento del riesgo legal en el sistema financiero en el Perú: el rol de los abogados en la gestión de riesgos. *Revista de Actualidad Mercantil*, (6), 122-141.
- Quintás, J. (2007). La gestión del riesgo normativo en el sistema financiero. *Revista Galega de Economía*, (16), 1-18.
- Raccah, A. (2016). *Reframing legal risking UE Law: Interdisciplinary Studies on Legal Risk Management and Better Regulation in Europe*. Springer International Publishing.
- Redacción Gestión. (9 de noviembre de 2021). Scotiabank pierde S/ 482 millones contra Sunat tras decisión del TC. *Gestión*. <https://gestion.pe/economia/empresas/scotiabank-pierde-s-482-millones-contra-sunat-tras-decision-del-tc-noticia/>
- Rubio, M. (2020). *El Sistema Jurídico: Introducción al derecho*. Editorial PUCP.
- Superintendencia de Banca, Seguros y AFP [SBS] (2001). *Circular SBS B-2101-2001*. https://intranet2.sbs.gob.pe/intranet/INT_CN/DV_INT_CN/385/v1.0/Adjuntos/b-2101-2001.c.pdf
- LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**
- Banco Central Europeo, Dictamen CON/2005/4 (17 de febrero de 2005).
- Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial El Peruano, 25 de julio de 1984 (Perú).
- Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, Convergencia internacional de medidas y normas de capital (junio de 2006).
- Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, Nuevo Acuerdo Capital de Basilea (31 de mayo de 2001).
- Constitución Política del Perú [Const.] (1993).
- Corte Suprema de Justicia de la República, 23 de noviembre de 1998, Casación 00810-97-Piura (Perú).
- Decreto Supremo 044-2020-PCM, Decreto Supremo que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19, Diario Oficial El Peruano, 15 de marzo de 2020 (Perú).
- Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Diario Oficial El Peruano, 9 de diciembre de 1996 (Perú).

Ley 26887, Ley General de Sociedades, Diario Oficial *El Peruano*, 9 de diciembre de 1997 (Perú).

Resolución SBS 2116-2009, Reglamento para la gestión del riesgo operacional, 2 de abril de 2009 (Perú).

Resolución SBS 2451-2021, Aprueban los Procedimientos mínimos para la gestión, clasificación, reporte y constitución de provisiones por controversias, y modifican el Manual de Contabilidad para las Empresas del Sistema Financiero, el Plan de Cuentas para las Empresas del Sistema Asegurador, el Manual de Contabilidad para las Administradoras Privadas de Fondos

de Pensiones y el Reglamento de Auditoría Interna, Diario Oficial *El Peruano*, 20 de agosto de 2021 (Perú).

Resolución SBS 272-2017, Reglamento de gobierno corporativo y de la gestión integral de riesgos, 18 de enero de 2017 (Perú).

Resolución SBS 4797-2015, Reglamento de apertura, conversión, traslado o cierre de oficinas y uso de locales compartidos, 21 de agosto de 2015 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 20 de junio de 2017, sentencia recaída en el Expediente 00222-2017-PA/TC (Perú).

Payet Rey Cauvi Pérez

Av. Víctor Andrés Belaúnde 147 Edificio Real 3, Piso
12 San Isidro L 27, Lima – Perú
(+511) 612-3202
lexmail@prcp.com.pe

EL NUEVO REPORTE DE SOSTENIBILIDAD CORPORATIVA EN EL MERCADO DE VALORES: APUNTES EN TORNO A LA CADENA DE PRODUCCIÓN Y EL CONSUMO RESPONSABLE

THE NEW CORPORATE SUSTAINABILITY REPORT IN THE STOCK MARKET: NOTES ON THE PRODUCTION CHAIN AND RESPONSIBLE CONSUMPTION

Mario Marcelo Arce Rodríguez*
Exmiembro del Consejo Directivo de THĒMIS
Phillipi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría

In this article, the author questions the new corporate sustainability report, issued by Superintendent Resolution 018-2020-SMV/02. In this line, it deals with the meaning of corporate sustainability, or how it should be understood, in the current market. It also highlights the importance of the principle of market transparency with respect to corporate sustainability in the face of the necessary information that investors must have.

Focusing on the production chain and responsible consumption, the author evaluates the questions of the form on corporate sustainability issued by the Superintendence of the Stock Market through the standards set by the Ethos-IARSE indicators, as well as by the Global Reporting Initiative. All this to conclude that, although a great step has been taken regarding the information provided, there are still many aspects to specify to reach the current standards on corporate sustainability.

KEYWORDS: Stock market; corporate sustainability; production line; responsible consumption.

En el presente artículo, el autor pone en tela de juicio al nuevo reporte de sostenibilidad corporativa, emitido mediante Resolución de Superintendente 018-2020-SMV/02. En esta línea, trata el significado de sostenibilidad corporativa, o cómo debería ser entendida, en el mercado actual. Resalta, asimismo, la importancia del principio de transparencia de mercado respecto a la sostenibilidad corporativa de cara a la información necesaria con la que deben contar los inversionistas.

Enfocándose en la cadena de producción y el consumo responsable, el autor evalúa las preguntas del formulario sobre sostenibilidad corporativa emitido por la Superintendencia del Mercado de Valores a través de los estándares fijados por los indicadores Ethos-IARSE, así como por Global Reporting Initiative. Todo ello para concluir que, a pesar que se ha dado un gran paso relativo a la información brindada, aún quedan muchos aspectos por especificar para llegar a los estándares actuales sobre sostenibilidad corporativa.

PALABRAS CLAVE: Mercado de valores; sostenibilidad corporativa; cadena de producción; consumo responsable.

* Abogado. Título de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Asociado junior en Phillipi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría (Lima, Perú). Contacto: mario.arce@pucp.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 9 de octubre de 2021, y aceptado por el mismo el 15 de mayo de 2022.

I. INTRODUCCIÓN

La sostenibilidad corporativa y la responsabilidad social empresarial son conceptos que han tomado especial relevancia en el mundo moderno. Tras reconocer que existimos en un mundo susceptible a ser dañado por malas prácticas ambientales y que cuenta con recursos limitados o no renovables, la sostenibilidad pasó a formar parte central en la organización de empresas privadas o entidades públicas, tanto a nivel internacional como nacional.

En este contexto, saber si una empresa cumple con estándares de sostenibilidad se ha vuelto un punto a considerar por parte de inversionistas que aspiran a tener una cartera de inversión social, económica y medioambientalmente responsable. En este sentido, mediante la Resolución SMV 033-2015-SMV/01, e indicando que para ese entonces ya existían empresas con valores inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores (RPMV) que voluntariamente adoptaron prácticas para revelar al mercado reportes de sostenibilidad, la Superintendencia del Mercado de Valores (en adelante, SMV) incorporó a la memoria anual un nuevo anexo: el Reporte de Sostenibilidad Corporativa (en adelante, RSC).

En febrero de 2020, mediante Resolución de Superintendente 018-2020-SMV/02, la SMV modificó dicho reporte, agregando nuevas preguntas medioambientales, haciendo hincapié en los aspectos hídricos, energéticos, sociales, laborales, entre otros. Sin embargo, y a pesar de que el nuevo RSC logra comprender aspectos adicionales que resultan necesarios para que el lector determine si un emisor es sostenible, aún hay campos centrales que no son incluidos. Esta ausencia de preguntas enfocadas en aspectos de género, medioambientales de la cadena de suministro, del consumo responsable y preguntas específicas respecto de las comunidades comprendidas en sus grupos de interés, tiene como consecuencia que, ante estándares modernos de sostenibilidad corporativa, los inversionistas carezcan de insumos suficientes para determinar adecuadamente que un emisor es sostenible.

El presente artículo, después de llevada a cabo la aproximación teórica al concepto de sostenibilidad corporativa, a los reportes de sostenibilidad y al principio de transparencia del mercado, se enfocará en la comparación entre las consideraciones actuales respecto al consumo responsable y la cadena de suministro y la forma cómo estos han sido abordados por el nuevo RSC, con el objetivo de identificar si ello resulta acorde con el principio de transparencia del mercado.

II. SOBRE LA SOSTENIBILIDAD CORPORATIVA O EMPRESARIAL

No resulta posible entender a cabalidad el objeto de un reporte de sostenibilidad corporativa si es que previamente no se analiza lo que actualmente es entendido por sostenibilidad corporativa. De acuerdo al Código de Gobierno para la Empresa Sostenible, elaborado por el Instituto de Estudios Superiores de la Empresa (en adelante, IESE) de la Universidad de Navarra, se define a la empresa sostenible como aquella que:

[C]rea valor económico, medioambiental y social a corto y largo plazo, contribuyendo de esa forma al aumento del bienestar y al auténtico progreso de las generaciones presentes y futuras, tanto en su entorno inmediato como en el planeta en general (Instituto de Estudios Superiores de la Empresa [IESE], 2002, p. 34).

De esta definición podemos notar que la sostenibilidad corporativa va más allá de la clásica concepción de lo que es una empresa, al no centrarse únicamente en la creación de rendimientos económicos para los accionistas, sino, en una creación de valor económico, medioambiental y social. Adicionalmente, otro punto importante de la definición esbozada por el IESE es que la creación de valor debe darse en el entorno inmediato y el planeta en general. Esto implicaría dejar de enfocarse únicamente en los intereses de los accionistas al momento de llevar a cabo las actividades de la empresa y tomar en consideración a los intereses de las partes presentes en el entorno global y el entorno inmediato. Estas partes son denominadas ‘partes interesadas’ o ‘grupos de interés’.

De manera enunciativa, el código mencionado señala como grupos de interés a los “accionistas e inversores, administración pública, clientes, comunidades locales, países y sociedades, creadores de opinión, empleados, instituciones financieras, proveedores y subcontratistas y socios estratégicos” (IESE, 2002, p. 38). A pesar que estos sean los ejemplos más comunes, una correcta identificación de los grupos de interés importa un estudio específico del giro de negocio de la corporación y de la zona en donde la lleva a cabo.

Ello entra en concordancia con lo señalado por Granda y Trujillo, quienes sostienen que no es posible contar con una lista genérica de los actores que componen los grupos de interés de las empresas, por lo que cada entidad debe adoptar una perspectiva transversal para identificar a aquellos grupos que puedan resultar afectados por el desarrollo de sus actividades (2011, p. 72).

Como es apreciable, la sostenibilidad corporativa va más allá de concebir dentro del grupo de interés solamente a aquellas personas que pueden verse afectadas por el desarrollo de su actividad y va más allá de solo minimizar un impacto negativo en ellos. Por el contrario, la sostenibilidad corporativa buscaría generar valor con los grupos de interés y para los grupos de interés, de tal forma que este valor pueda mantenerse a lo largo del tiempo.

Conforme a las definiciones estudiadas, es menester señalar que la sostenibilidad corporativa no resulta incompatible con la búsqueda de rentabilidad para los accionistas. Por el contrario, implica reconocer como fines de la actividad empresarial, adicionalmente a la rentabilidad, a la generación de valor económico, medioambiental y social. En esta línea de ideas, como parte de la definición de la sostenibilidad corporativa, se indica que la misma, vista como un enfoque de negocio vinculado al *core business* de las corporaciones, permite la creación de valor a largo plazo de los accionistas (Andreu & Fernández, 2011, p. 14).

Uno de los conceptos con los que se relaciona a la sostenibilidad corporativa es el de la responsabilidad social empresarial o corporativa (en adelante, RSE; también conocida como CSR por sus siglas en inglés). La responsabilidad social corporativa se entiende como un sistema que permite a la empresa incidir positivamente a nivel económico y a nivel social. Esto es logrado mediante la integración de sistemas de gestión con enfoques estratégicos, orientados a la inclusión y satisfacción de las necesidades de todos los grupos de interés (Zapata, 2012, pp. 9-10). De acuerdo al concepto actual de RSE, esta tendría dos objetivos principales, los cuales son los de: (i) maximizar la creación del valor compartido entre los dueños o accionistas, los demás grupos de interés y la sociedad en general; y (ii) identificar, prevenir y mitigar cualquier impacto adverso (Baldarelli, Del Baldo & Ferrone, 2015, p. 4).

A pesar de que se pueden encontrar diferencias en las definiciones, tal como que la sostenibilidad corporativa incluye adicionalmente la creación de valor medioambiental y el objetivo que el valor creado esté presente a lo largo del tiempo, no estamos ante conceptos contrapuestos. Aunque puede entenderse que la sostenibilidad corporativa incluye a la RSE, no se debe olvidar que la definición de cada uno de ellos está en constante variación. Tomando como premisa que no estamos ante conceptos estáticos y tampoco uniformes –ya que varían de acuerdo con el autor o año en el que se elaboran– resultaría incierto afirmar que un concepto incluye al otro a pesar de contener aspectos centrales comunes.

De esta manera, surge el concepto de *Corporate Sustainability and Responsibility* (CSR 2.0). Este nuevo concepto, que identifica los puntos centrales de la sostenibilidad corporativa y la RSE, busca hacerlos entrar en sinergia y establecer como base común a la creación de valor, el buen gobierno empresarial, la contribución a la sociedad y la integridad medioambiental (Visser, 2014, pp. 3-4). Dichos pilares, que incluyen tanto la parte organizativa interna de una corporación y los impactos e intervenciones que se tienen en el medioambiente y la sociedad, vendrían a ser los estándares sobre los cuales se debe regir una corporación sostenible y responsable.

Habiendo llevado a cabo la necesaria aproximación al concepto actual de la sostenibilidad corporativa, es preciso realizar un acercamiento a lo que son los reportes de sostenibilidad corporativa. Para tal fin, se procederá a analizar su importancia, las consecuencias de su elaboración y el tratamiento en la legislación peruana en materia del mercado de valores.

III. LOS REPORTES DE SOSTENIBILIDAD CORPORATIVA

Un reporte de sostenibilidad corporativa es aquella memoria que detalla las políticas, controversias, proyectos y acciones llevadas a cabo por una empresa, corporación o grupo económico que permitan determinar si se cumplen con estándares medioambientales, económicos, sociales y organizativos propios de una corporación sostenible. Una forma usual para organizar dichos reportes es mediante el sistema Cumple o Explica, el cual consiste en una serie de preguntas que podrán ser respondidas mediante las opciones de Sí o No, con áreas asignadas para llenar datos numéricos y brindando una explicación o detalle del motivo de su respuesta. Dicho sistema de preguntas es adoptado, entre otros, por la SMV y por los Indicadores Ethos-IARSE argentinos.

La presencia de dichos reportes ha cobrado especial relevancia en el mercado debido a que, tras comunicar a los grupos de interés sus buenas prácticas, las corporaciones pueden experimentar un cambio favorable en su percepción y un incremento en el valor de su marca. Adicionalmente, la adopción de estándares de sostenibilidad y su correcto reporte abre la posibilidad a que se les reconozca mediante diversas certificaciones o etiquetas ecológicas.

El panorama peruano no es ajeno a esta tendencia ya que, a la par de las grandes matrices o competidores internacionales, se pueden encontrar diversas empresas que voluntariamente han adoptado

la costumbre de elaborarlos y difundirlos entre sus grupos de interés por los beneficios que les trae el comunicar su nivel de comprometimiento con la sostenibilidad corporativa. No obstante, no todos los reportes de sostenibilidad voluntarios u obligatorios permiten determinar adecuadamente el carácter de sostenible o responsable de una corporación.

Por un lado, se pueden encontrar reportes de sostenibilidad que se limitan a desarrollar preguntas que confirmen que la corporación cumple con los estándares jurídicos mínimos para el desarrollo de su actividad. En este sentido, a pesar que un comportamiento socialmente responsable implica ir más allá de lo que determina la norma legal, no son pocas las empresas que al elaborar sus memorias de sostenibilidad tratan de presentar como RSE lo que es puro cumplimiento de la norma (Campuzano, 2010, pp. 128-129). Asimismo, el sesgo en su elaboración, una inadecuada comprensión de la sostenibilidad corporativa y la falta de homogeneidad en los reportes ha traído como consecuencia que varios de estos busquen resaltar los impactos positivos o consecuencias mitigadas y no incluir los impactos negativos o indirectos ni los riesgos futuros.

Ante la necesidad del establecimiento de reglas comunes, en el año 2015, la SMV, mediante la Resolución SMV 033-2015-SMV/01, incorporó el RSC como parte de la Memoria Anual que los emisores deben presentar al mercado. A pesar que la inclusión de este anexo fue un gran paso para impulsar la adopción de prácticas sostenibles, llegó a quedar desfasado en tanto el concepto de sostenibilidad fue cambiando a lo largo del tiempo y en tanto los estándares para ser considerado como una 'corporación sostenible' fueron haciéndose más meticulosos.

Por ello, en febrero del 2020, se publicó la Resolución de Superintendente 018-2020-SMV/02, en donde modifica en su totalidad al RSC, incluyendo veinticinco preguntas principales divididas en los apartados de política ambiental, emisiones de Gases de Efecto Invernadero (conocido como GEI), agua, energía, residuos sólidos, grupos de interés, derechos laborales, derechos humanos y un apartado final de información complementaria. Este nuevo RSC contrasta significativamente con el anterior, el cual solo contaba con 6 preguntas principales divididas en las siguientes secciones: (i) implementación de acciones de sostenibilidad corporativa; y (ii) detalle de las acciones implementadas por la sociedad.

Con respecto a la razón de ser de la modificación, nos encontramos con que la SMV, mediante el In-

forme Conjunto 1540-2019-SMV/06/11/12, indica que el nuevo RSC tiene por propósito lo siguiente:

[B]rindar a actuales y potenciales inversionistas de las sociedades cuyos valores han sido objeto de oferta pública **información mínima** respecto al cumplimiento de estándares y políticas sobre temas de ASG [ambientales, sociales y de gobierno corporativo], mediante **preguntas puntuales** que se han identificado como las **mínimas necesarias**, las mismas que recogen las necesidades del mercado [...]. Además, el RSC persigue que los inversionistas accedan a **información comparable** bajo un único formato de manera ordenada, sistematizada y estructurada, que posibilitará a los inversionistas formarse un **juicio objetivo del grado de cumplimiento** del emisor de los estándares ASG [el énfasis es nuestro] (SMV, 2019b, p. 3).

De lo expuesto por la SMV podemos notar que el nuevo RSC no tiene por objeto brindar un informe omnicomprensivo y extenso sobre el cumplimiento de los estándares de sostenibilidad. Por el contrario, busca presentar información mediante las preguntas mínimas necesarias de acuerdo a las necesidades del mercado. Junto a ello, se puede de notar que la estandarización de los RSC busca que la información revelada al mercado pueda ser comparable, todo con el fin que los actuales o potenciales inversionistas puedan determinar objetivamente si el emisor cumple con los estándares de sostenibilidad.

No obstante, y a pesar de que se busca presentar la información mínima necesaria, la modificación del RSC ha agregado diecinueve nuevas preguntas. Esto es explicado por la SMV en el Informe Conjunto 1088-2019-SMV/06/11/12, en donde se indica que a pesar de que se mantienen los lineamientos principales del anterior reporte, se ha agregado un mayor detalle y desagregación en las preguntas para que el mercado cuente con información más precisa y específica en relación con el nivel de adopción e implementación de los estándares de sostenibilidad (SMV, 2019a, p. 2).

El nuevo RSC, si bien pretende alcanzar un objetivo en un mercado en el que los inversores consideran cada vez más atractivas las inversiones sostenibles, se encuentra con diversas dificultades que no han sido abordadas o solucionadas adecuadamente en la última modificación normativa. De una lectura crítica de las preguntas que componen el nuevo RSC se puede notar que existen aspectos necesarios para evaluar la sostenibilidad de un emisor que no han sido incluidos.

Enfocándonos en la problemática abordada por el Objetivo de Desarrollo Sostenible número 12

(Hoballah & Averous, s.f.), sobre producción y consumo responsable, encontramos que el nuevo RSC carece de especificidad en las preguntas orientadas a la cadena de suministro y producción y sobre el consumo de los productos o servicios desarrollados por los emisores. Como se explicará más adelante, a pesar de que estos puntos han sido brevemente abordados, existen aspectos centrales que han sido dejados de lado y que podrían llevar a presentar un RSC incompleto y que no refleje la realidad de cumplimiento de los estándares de sostenibilidad. En consecuencia, y entendiendo que los inversionistas podrían contar con un reporte con información insuficiente para determinar si un emisor es sostenible, es preciso analizar si estaría en riesgo el principio de transparencia del mercado.

IV. SOBRE LA TRANSPARENCIA DEL MERCADO

Para poder tener un acercamiento a lo que es el principio de transparencia del mercado es necesario entender las particularidades de los bienes que son negociados en el mercado de valores. La principal diferencia con otros productos que son objeto de comercio, como lo sería un automóvil o un inmueble, es que los valores mobiliarios no cuentan con un valor intrínseco. Ello es resaltado por Juan José Martínez, exponiendo que “los valores [mobiliarios] son títulos que no valen por sí mismos, es decir, como documentos. Su valor depende de los derechos que representan y ulteriormente del valor de la entidad emisora (como empresa o negocio en marcha)” (2003, p. 237).

Por ejemplo, al momento de comprar un automóvil, es posible determinar su valor analizando su modelo, año de producción y su estado actual. De esta manera, se determina un valor adecuado revisando el propio bien en sí mismo y comparándolo con otras ofertas en el mercado. Sin embargo, en el caso de los valores mobiliarios, la realidad es diferente. Debido a que estos tienen un contenido patrimonial –que podrían ser, entre otros, derechos de crédito o participación– es necesario tener mayor información referente a las características del emisor y del desarrollo de su negocio para asignar un valor a los mismos.

Por tal motivo, con el fin que un posible inversionista pueda ponderar el invertir o no en determinados valores mobiliarios, resulta menester que tenga a su disposición, de manera clara y oportuna, la información relevante que le permita determinar un valor adecuado –o, un valor real–. Entre otros, la información que se deberá considerar es la propia situación financiera de la empresa emisora, los resultados consolidados obtenidos en los años anteriores, el detalle de los productos que

ofrecen al mercado, planes de expansión o proyecciones económicas (Martínez, 2003, p. 237). Dicha necesidad de información por parte del inversionista, que es la base de su decisión de inversión, y contrastando que dicha información es producida, conocida o que debería ser conocida por los emisores, es el sustento de la existencia de una asimetría informativa.

La importancia de la información en el mercado de valores es explicada por la hipótesis del mercado eficiente, la cual señala que, en un mercado eficiente:

en cualquier momento del tiempo, los precios reales de los valores reflejan ya los efectos de la información basados en los eventos que han ocurrido y en eventos que, hasta dicho momento, el mercado espera que ocurrán en el futuro (Aliaga & Torres, 2004, pp. 40-41).

Consecuentemente, el principal insumo para la determinación de los precios de los valores en un mercado eficiente vendría a ser la información que es divulgada a los inversores y posibles inversores.

Ante la especial importancia de la información y la existente asimetría informativa, como indican Payet y Castillo, “se hace necesario crear una regulación que permita [...] que la información sobre los valores se haga disponible a todos los inversionistas en igualdad de condiciones y oportunidades, como que dicha información sea siempre verdadera y oportuna” (2009, pp. 26-27). En este contexto, surge el rol central y articulador de la transparencia del mercado en la regulación del mercado de valores.

El principio de transparencia del mercado se definiría como aquel principio que busca brindar a los actores del mercado de valores, tales como los inversionistas y también a los posibles inversionistas, información que cumpla con las características de ser veraz, oportuna y completa de las empresas que planeen emitir o que hayan emitido valores en el mercado, incluyendo también a aquellas empresas que, habiendo emitido en el pasado valores mobiliarios, aún formen parte del mercado (Reggiardo & Ugarte, 1997, p. 265). Dicho principio se encuentra reconocido dentro del texto único ordenado (TUO) de la Ley del Mercado de Valores, indicando que este es una de sus finalidades. Asimismo, se señala que toda información que deba ser presentada deberá cumplir con ser veraz, suficiente y oportuna (Decreto Supremo 093-2002-EF).

Por lo anteriormente expuesto, y al ser un principio rector, se puede entender que la transparencia de mercado opera en dos niveles. En primer lugar,

este principio deberá ser tomado en cuenta por la entidad pública que regule y supervise la actividad del mercado de valores, ya sea cuando emita, modifique o interprete normas. En este sentido, en la ejecución de sus funciones, la SMV –anteriormente Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV)– debe establecer obligaciones claras y razonables que impliquen la obligación para los emisores de divulgar aquella información eventual –como los hechos de importancia– o información periódica –como los diversos reportes o estados financieros–, indicando que dicha entrega debe ser oportuna, debe contener información veraz y también debe ser suficiente.

Por otro lado, el principio de transparencia del mercado también deberá ser observado por los propios emisores, teniéndolo en consideración al momento de elegir qué información divulgar, cómo divulgarla, en qué momento o mediante qué mecanismo. Esto último deberá llevarse a cabo también en atención a la propia normativa sectorial, respecto a las fechas de emisión de los reportes, y en la calificación de eventos como hechos de importancia.

Concretizando el estudio en el caso de la norma modificatoria del RSC, es menester analizar si la misma puede llegar a afectar el principio de transparencia. Para esto, sería necesario establecer si es que la modificación ha importado una variación en la oportunidad de presentación del RSC, en el estándar de veracidad exigido o en la suficiencia de la información divulgada.

Con respecto a la oportunidad de presentación de dicha información, en tanto el nuevo RSC sigue siendo un anexo de la memoria anual, sigue compartiendo los plazos de presentación del mismo. Al no haberse dado una modificación de las fechas en las que ha de ser presentada dicha memoria, la modificación al RSC no puede afectar al principio de transparencia por este extremo.

Por otro lado, con respecto a la veracidad, el nuevo RSC hace referencia a que su contenido debe seguir lo dispuesto artículo 10 de la Ley del Mercado de Valores (Decreto Supremo 093-2002-EF). Si bien esta referencia a dicho artículo no estaba presente en el anterior RSC, sí era de aplicación en tanto este artículo regulaba, entre otros, al contenido de la memoria anual. De acuerdo a ello, en tanto los estándares de veracidad exigidos al RSC no han variado como consecuencia de la norma modificatoria, no afecta al principio de transparencia por este extremo.

No obstante, la variación en las preguntas formuladas al emisor trae como consecuencia una varia-

ción en la información que se divulgará al mercado. A tal efecto, resulta particularmente interesante el estudio de la suficiencia de la nueva información solicitada para cumplir con su objetivo: el que los inversionistas formen un juicio objetivo del grado de cumplimiento de los estándares de sostenibilidad del emisor. Así pues, en caso la nueva información solicitada no contenga los puntos centrales para tal fin, el nuevo RSC podría afectar el principio de transparencia del mercado.

V. LA CADENA DE SUMINISTRO Y EL CONSUMO RESPONSABLE: CONSIDERACIONES Y ESTÁNDARES ACTUALES

La cadena de suministro y el consumo responsable son dos aspectos sumamente importantes al momento de llevar a cabo una evaluación de sostenibilidad de una corporación. En primer lugar, la cadena de suministro forma parte esencial de la elaboración de los productos de toda corporación, tal es así que una empresa que pretenda considerarse sostenible no puede llevar a cabo negocios con proveedores que no lo sean. Como se explicará más adelante, adquirir insumos de un proveedor que no siga los estándares económicos, ambientales y sociales propios de la sostenibilidad corporativa tiene como consecuencia el trasladar esta falta de compromiso a la corporación que los adquiere.

Por otro lado, el consumo responsable forma parte central en la sostenibilidad de una corporación en tanto abordaría la problemática de la contaminación generada por el producto durante su vida útil –periodo en el que es disfrutado por el consumidor– y después de su vida útil –periodo en el que es desecharlo por el consumidor–. Si bien puede cuidarse el impacto ambiental del proceso de elaboración de un producto, una corporación sostenible no puede desvincularse del efecto que cause en el medioambiente el uso del mismo y su desecho, sobre todo al tratar con productos que requieren un especial descarte.

Antes de llevar a cabo un análisis profundo de las preguntas formuladas en el nuevo RSC en materia de cadena de suministro y consumo responsable, resulta necesario tener una aproximación del motivo por el cual cobran especial relevancia estos conceptos y cómo estos son abordados por el Global Reporting Initiative (en adelante, GRI) y por los indicadores Ethos-IARSE.

A. El Objetivo de Desarrollo Sostenible número 12

En septiembre de 2015, ante un panorama de viabilidad de los patrones de producción, energía y consumo actuales, los estados miembros de las

Naciones Unidas proclamaron la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y, junto a ello, los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante, ODS) (Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL], 2018, pp. 7-8). El ODS número 12, que desarrolla la problemática de la producción y consumo responsables, busca plantear las principales metas e indicadores a tomar en cuenta para desarrollar patrones que permitan una etapa productiva de bajo impacto en el medioambiente, y conductas de consumo que tomen en cuenta la mitigación de la contaminación y un correcto desecho.

Como explican Hoballah y Averous (s.f.), el consumo y la producción sostenibles tienen como objetivo el desvincular el crecimiento económico de un uso extenso de los recursos y de la degradación del medio ambiente. Para ello, resulta central la reducción del uso de materiales y energía; y la reducción de emisiones y desechos provenientes de la extracción, producción, consumo y eliminación. Según lo expuesto, el presente ODS toma como relevante el estadio previo a la vida útil del producto, su uso y el estadio posterior.

En la búsqueda de su cumplimiento, se han planteado diversas metas que las corporaciones, los estados y las personas naturales deben ejecutar. Entre ellas, podemos encontrar el lograr una gestión sostenible y eficiente de los recursos naturales, alentar a las corporaciones –incluyendo las grandes empresas y transnacionales– a adoptar prácticas sostenibles, promover prácticas de adquisición pública sostenibles, racionalizar los subsidios ineficientes a los combustibles fósiles y lograr la gestión ecológica de los productos químicos y de todos los desechos a lo largo de su ciclo de vida (CEPAL, 2018, pp. 55-57).

De las metas, del desarrollo del contenido y de la razón de ser de este ODS, queda manifiesto que el cuidado medioambiental resulta central tanto en la etapa de elaboración como a lo largo de toda la vida de los productos, incluyendo su propio desecho. Consecuentemente, este objetivo no podría ser logrado si las corporaciones se enfocan en el cuidado ambiental solamente en su etapa interna de elaboración y desconocen los impactos previos o posteriores de sus productos o servicios. Por el contrario, este cuidado debe incluir y tomar en cuenta la relación y selección de los proveedores de sus insumos, la vida útil de sus productos, su consumo responsable y su desecho adecuado.

B. La cadena de suministro

Tomando como punto de partida la creciente importancia de la etapa de elaboración de los productos para alcanzar la sostenibilidad ambiental,

es necesario abordar la problemática de la cadena de suministro y de proveedores. Si bien resulta de común entendimiento que los estándares de sostenibilidad corporativa contemplen los procesos internos de producción, buscando una mayor eficiencia en el uso de los recursos y en la gestión de desechos derivados de esta actividad, se debe definir hasta qué extremo la inobservancia de estos estándares por parte de los proveedores puede trasladarse a sus contratantes.

El concepto moderno de sostenibilidad corporativa exige que una empresa, en el desarrollo de su negocio, busque mitigar los riesgos e impactos directos e indirectos que se tengan en la sociedad o en el medioambiente y generar valor para y con los grupos de interés. En esta línea de ideas, la correcta identificación y mitigación de dichos impactos implica ir más allá de los límites internos de una compañía en particular, volviéndose necesario tener en cuenta las etapas previas a la adquisición de insumos y posteriores a la venta del producto final.

La explicación de la importancia de la sostenibilidad de los proveedores recae en que una corporación no puede desligarse de los efectos negativos que aquellos causan. De caer en el supuesto contrario, una corporación podría mantener una aparente calidad de sostenible cuando, en realidad, ha trasladado las prácticas contaminantes, injustas o ineficientes a terceros –proveedores– mediante contratos de suministro.

Dentro de las prácticas adoptadas para llegar a contar con una cadena de suministro sostenible podemos encontrar a la evaluación y colaboración con los proveedores. Si bien la evaluación a los proveedores permite identificar posibles mejoras en el área de sostenibilidad y brinda un buen punto de partida, su mera aplicación no resulta efectiva para una mejora en la sostenibilidad en la empresa proveedora. Por este motivo, la combinación de ambas prácticas sería óptima para aumentar el nivel de sostenibilidad en la cadena de suministro (Sancha & Giménez, 2017, p. 13).

Como indican Villena y Gioia, las iniciativas de colaboración tienen diversos beneficios. Por un lado, pueden mejorar la eficiencia de los proveedores, quienes podrían llegar a contar con procesos de autoevaluación o de auditoría (2020). Junto a ello, estas iniciativas pueden atraer a más proveedores que estén dispuestos a participar, debido a que estos pueden tener diversos clientes con los mismos requerimientos de sostenibilidad. Y, adicionalmente, la colaboración puede hacer que las prácticas de sostenibilidad se vuelvan más factibles en su aplicación.

El GRI aborda el tema de la cadena de suministro reconociendo la importancia de tanto la evaluación como la colaboración. En el GRI 308: Supplier Environmental Assessment, dentro del *disclosure* 308-1 y 308-2, entramos a los diversos requerimientos de información que las corporaciones deben reportar dentro de sus reportes de sostenibilidad respecto de las evaluaciones llevadas a cabo a los proveedores.

Dentro de los principales requerimientos, por el extremo de evaluación de proveedores, se encuentra que se debe reportar el porcentaje de los nuevos proveedores que fueron evaluados usando criterios ambientales, el número de proveedores evaluados en su impacto ambiental, el número de proveedores identificados que tengan un actual o potencial impacto negativo en el medioambiente e impactos negativos actuales o potenciales en la cadena de suministro (Global Reporting Initiative [GRI], 2016a, pp. 6-7). Por otro lado, con respecto al reporte de las actividades colaborativas, encontramos que: (i) se debe indicar el porcentaje de proveedores identificados que tengan un actual o potencial impacto negativo en el medioambiente y que cuenten con acuerdos de mejora como resultado de su evaluación; y (ii) el porcentaje de proveedores con dichas características con los que se terminaron relaciones como resultado de la evaluación y el motivo de ello (GRI, 2016a, p. 7).

Asimismo, en el escenario latinoamericano, nos podemos encontrar con que los Indicadores Ethos-IARSE para negocios sustentables y responsables también tratan profundamente las consideraciones de la cadena de suministro. A lo largo del cuestionario planteado, al igual que en el caso del GRI, encontramos diversas preguntas orientadas a brindar información respecto a la actividad de evaluación de los proveedores y de la colaboración con los mismos.

En atención a las prácticas de evaluación, se pregunta si la corporación posee un mapeo de sus impactos socioambientales considerando su cadena de suministro –numeral 3.2.2–, si se extiende el código de conducta a la cadena de suministro y si se controlará su cumplimiento –numerales 4.4.2 y 4.4.3– y si se cuenta con un mapeo de riesgos tomando en cuenta su cadena de suministro –numeral 18.5.1– (Instituto Argentino de Responsabilidad Social Empresarial [IARSE], 2019, pp. 21-42). Adicionalmente, en atención a las prácticas colaborativas, se pregunta si la corporación ejerce formalmente influencia en su cadena de suministro para que estas empresas adopten compromisos voluntarios en su estrategia –numeral 6.4.4–, si la corporación procura promover la salud finan-

ciera de las empresas de su cadena de suministro –numeral 8.4.4– y si la corporación acompaña los impactos de su cadena de suministro y los incorpora a su mapeo –numeral 18.4.3– (IARSE, 2019, pp. 30-42).

A forma de conclusión de los estándares estudiados en el presente acápite, se puede afirmar que un reporte de sostenibilidad debe tener información relativa al proceso de evaluación que se tiene de los proveedores. Este proceso, que deberá identificar los impactos actuales o potenciales de los proveedores, sería el punto de partida para llevar a cabo una actividad colaborativa con los mismos. En esta línea de ideas, los reportes de sostenibilidad deben incluir también preguntas orientadas a que se identifiquen y expliquen en qué consisten las actividades conjuntas desarrolladas con los proveedores para la mejora de los estándares de sostenibilidad de estos últimos.

C. El consumo responsable

Tomando nuevamente como punto de partida al contenido del ODS 12, caemos en cuenta que el consumo responsable forma parte importante en la adopción de estándares de sostenibilidad. A pesar de que el desarrollo de la vida útil y el desecho de los productos parezcan escapar de la responsabilidad de los emisores, existen aspectos que no pueden desligarse de aquellos y que tienen que ser incluidos en sus reportes de sostenibilidad corporativa.

La propia inclusión de la producción y el consumo sostenible en un mismo ODS por parte de las Naciones Unidas responde a que estos aspectos están íntimamente relacionados. Por un lado, la elaboración de productos bajo estándares de sostenibilidad incidirá en la elección de los clientes y, finalmente, fomentará un clima de consumo responsable. Por otro lado, la demanda de productos sostenibles por parte de los clientes –y la presencia de competidores con este valor agregado– también afectará la dirección de las corporaciones en el planeamiento y elaboración de los mismos. En atención a ello, es necesario determinar qué estándares de sostenibilidad en el aspecto de consumo responsable caen en la competencia de las corporaciones.

Aunque parte de la responsabilidad de llevar a cabo una conducta de consumo responsable recae en los mismos consumidores –o clientes–, las corporaciones no pueden ser ajenas al impacto que sus propios productos tienen en el medio ambiente o en la salud de estos. La elaboración de productos cuyo uso no es eficiente con recursos energéticos, las repercusiones en la salud de

los consumidores, la contaminación derivada de su uso y la falta de educación o facilidades para su correcto desecho, en caso lo necesiten, sí pueden ser aspectos atribuibles a las empresas que los elaboran.

Con respecto a esta problemática, el GRI 306: Waste explica que los desechos de una organización pueden derivarse de su propia actividad, tal como la etapa de producción, pero también a lo largo de toda la cadena de valor, pasando por desechos generados por los proveedores –como se trató en el apartado anterior– y por los consumidores en el uso de los productos o en su descarte. En esta línea de ideas, en el *disclosure* 306-1, literal a), numeral II, se indica que se debe informar en el reporte si es que existe un impacto actual o potencial relacionado a los desechos, señalando si estos son generados por las actividades de la propia organización o si son generados a lo largo de su cadena de valor. Posteriormente, explica que estos desechos son generados también en la subsiguiente actividad de consumo de productos o servicios ofrecidos por la corporación (GRI, 2020, pp. 5-6).

Posteriormente en el *disclosure* 306-2, literal a), se pide indicar las acciones tomadas por la corporación para prevenir la generación de desechos a lo largo de toda la cadena de valor y las acciones tomadas para gestionar los impactos significativos de los desechos generados. Cabe mencionar que se señalan como posibles intervenciones en el periodo posterior a la vida útil de los productos el realizar intervenciones con los consumidores para crear conciencia sobre prácticas de consumo sostenible, como la compra reducida de productos, el uso compartido de productos, intercambio y la reutilización o reciclaje de los mismos (GRI, 2020, p. 9).

Con respecto al impacto en la salud de los consumidores, el GRI 416: Customer Health and Safety, dentro del *disclosure* 416-1 y 416-2, indica que las corporaciones deben reportar el porcentaje de categorías de productos o servicios cuyos impactos en la salud y seguridad están siendo evaluados para mejorar y reportar los incidentes relacionados a la salud y seguridad generados por el no cumplimiento de normas o códigos voluntarios (GRI, 2016b, pp. 7-8). Es importante resaltar que se deben reportar todos los incidentes generados a lo largo de ciclo de vida del servicio o producto, pudiendo haberse dado tanto en su etapa de uso como en su etapa de desecho.

El consumo responsable es también tratado en los indicadores Ethos–IARSE, preguntando, entre otros, si la empresa cuenta con un programa que

haga foco en la salud y seguridad del consumidor o cliente y si se adopta medidas que eviten que los productos se tornen inseguros para el uso de los consumidores, garantizando una forma de descarte segura y sin causar daños al medio ambiente –numerales 32.2.1 y 32.2.3–. Junto a ello, se pregunta si la empresa promueve acciones de educación para el consumo consciente, mencionando los impactos sociales, ambientales y económicos relacionados a las preferencias del consumidor o si desarrolla campañas para reducir el impacto producido por el uso de sus productos y servicios –numeral 33.4.2 y 33.5.1–, si la empresa ofrece servicios de colecta y de reciclaje de fácil acceso para el consumidor y si la empresa implementa medidas para incentivar y sensibilizar al consumidor a cumplir su papel de reciclar los residuos generados, retornándolos a la empresa por la vía de mecanismos implementados por ella –numerales 33.4.4 y 47.4.4– (IARSE, 2019, pp. 61-78).

Como conclusión del estudio desarrollado de los puntos centrales abordados tanto por el GRI y por los indicadores Ethos–IARSE, podemos encontrar que los estándares de sostenibilidad corporativa relacionados al consumo responsable abordan las cuestiones de la salud y seguridad del consumidor, la contaminación durante la vida útil de los servicios o productos y el correcto desecho de los productos. Adicionalmente, se hace énfasis en las intervenciones que las corporaciones tienen en los consumidores, mediante campañas de concientización o educación y el brindar facilidades en el correcto desecho o reciclaje de los productos.

VI. ANÁLISIS DE LAS PREGUNTAS DEL NUEVO REPORTE DE SOSTENIBILIDAD CORPORATIVA

Tomando en consideración los estándares centrales que debe seguir una corporación sostenible en materia de la cadena de suministro y del consumo responsable, resulta preciso analizar si el nuevo RSC tiene preguntas que orienten la divulgación de esta información. A tal fin, se procederá a estudiar las preguntas planteadas en el formato contenido en la Resolución de Superintendente 018-2020-SMV/02.

Para comenzar, el nuevo RSC cuenta con un cajón de sastre referente a los grupos de interés, entre los cuales podemos encontrar a los clientes –o consumidores– y proveedores. La pregunta 13, en este sentido, consulta si la sociedad ha identificado los riesgos y oportunidades en relación con sus grupos de interés y, posteriormente, consulta si se cuenta con un plan de acción para

administrar estos riesgos y oportunidades, si se llevan a cabo informes de evaluación y si estos son reportados públicamente¹.

Si bien en esta pregunta se podrían incluir todas las problemáticas respecto a los grupos de interés, su falta de especificidad –y por su propia formulación– permitiría que las corporaciones no brinden el detalle apropiado respecto a diversas cuestiones que atañen a estos grupos. Su excesiva generalidad, agrupando tanto riesgos como oportunidades y a todos los grupos de interés, no hace factible que se trate todo lo que no es abordado por las demás preguntas de manera adecuada.

El valor de contar con un cajón de sastre planteado como la pregunta 13 recaería en que puede ser usado como un espacio para que la corporación comunique riesgos y oportunidades específicas a su giro o a sus particularidades que no han podido ser tratadas en las otras preguntas. Sin embargo, no pareciera ser efectiva para fomentar la atención y divulgación de todos los aspectos centrales de sostenibilidad no abordados en el RSC.

De esta manera, a pesar de contar con este cajón de sastre, habría que identificar qué preguntas tratan específicamente a la cadena de suministro y al consumo responsable y de qué manera. Una vez definidas, se deberá evaluar si es que las mismas coinciden con las consideraciones del GRI y de los indicadores Ethos–IARSE.

A. Preguntas específicas sobre la cadena de suministro

A lo largo del nuevo RSC podemos encontrar que se trata a la cadena de suministro en la pregunta 15 y en la pregunta 6. Para comenzar, en la pregunta 15 se pide que el emisor indique si es que toma en cuenta aspectos ambientales, sociales y de gobierno corporativo en sus criterios de compra o de selección de proveedores². Adicionalmente, se solicita indicar la denominación del documento que evidencie la inclusión de estos aspectos.

Esta pregunta está orientada a explorar el proceso de evaluación de los proveedores. Como se mencionó previamente, este aspecto resulta de importancia, ya que es tomado como un punto de partida para, posteriormente, llevar a cabo la actividad colaborativa con los proveedores. Al limitarse esta pregunta al aspecto de compra y selección, no sería eficaz para que los emisores comuniquen al mercado si se ha llevado a cabo o no un proceso de colaboración con los mismos, el que podría evidenciarse en acuerdos de mejora en los estándares de producción o en si se ha ejercido influencia para la adopción voluntaria de estándares ambientales, sociales o económicos.

En esta misma línea de ideas, la pregunta 6 consulta si la sociedad mide la huella hídrica que genera³. Sin embargo, a diferencia del resto de preguntas ambientales, especifica que se debe considerar “el consumo de agua directo e indirecto en todo el proceso productivo, incluyendo sus diferentes etapas en la cadena de suministros [...]” (Resolución de Superintendente 018-2020-SMV/02).

A diferencia de la pregunta 15, la pregunta 6 va más allá de mencionar si se ha llevado a cabo un proceso de evaluación al seleccionar sus proveedores, exigiendo que los emisores incluyan directamente en su reporte el impacto hídrico que aquellos generan. Esta inclusión sería coherente con los estándares modernos al reflejar que el gasto de recursos en los que incurre una compañía no se limita a los usados en su producción interna, sino también en los que incurrieron aquellos terceros que le proveen de insumos o servicios.

Si bien esta relación es correctamente reconocida en el extremo hídrico, el resto de las preguntas ambientales se limitan a consultar por el consumo de recursos y generación de desechos propios de la compañía. De esta manera, a pesar de que esta inclusión es importante para conocer el real impacto hídrico de la actividad de la corporación, en el resto de áreas (gases de efecto invernadero, recursos energéticos y residuos sólidos) no se

¹ Pregunta 13.-

¿La Sociedad ha identificado los riesgos y oportunidades en relación con sus grupos de interés (como, por ejemplo, colaboradores, proveedores, accionistas, inversionistas, autoridades, clientes, comunidad, entre otros)

En caso sea afirmativa la respuesta a la pregunta 13, indique:

¿Cuenta con un plan de acción para administrar los riesgos y oportunidades con relación a sus grupos de interés?

¿La sociedad cuenta con un informe en el que se evalúen los resultados de su plan de acción y éste ha sido de conocimiento del Directorio?

¿Reporta públicamente su plan de acción y avances con relación a sus grupos de interés? [...] (Resolución 018-2020-SMV/02).

² Pregunta 15.- ¿La sociedad incluye aspectos ambientales, sociales y de gobierno corporativo (ASG) en sus criterios de compra y/o selección de proveedores de bienes y/o servicios? [...] (Resolución 018-2020-SMV/02).

³ Pregunta 6.- ¿La sociedad mide su huella hídrica? [...] (Resolución 018-2020-SMV/02).

toma en consideración a los generados por la cadena de suministros.

Analizando ambas preguntas en su conjunto, podemos encontrar que hay diversos aspectos fundamentales que conciernen a la sostenibilidad corporativa que no están siendo abordados. Por un lado, como ya se mencionó, resulta visible que no se ha dado un espacio para consultar por las actividades de colaboración en las que debería incurrir una corporación sostenible.

De acuerdo con lo expuesto previamente, la evaluación resulta un punto de partida sobre el cual se podrá facilitar una posterior intervención mediante la colaboración. No obstante, la propia pregunta 15 no resulta suficiente para determinar si: (i) el proceso de evaluación de los proveedores es adecuado; (ii) si es realmente llevado a cabo; (iii) si incluye a solo los nuevos proveedores; y (iv) si se han tomado acciones a partir de las evaluaciones realizadas.

Al igual que en el anterior reporte de sostenibilidad corporativa, se puede concluir que nos encontramos ante la falta de una pregunta que obligue al emisor a detallar los criterios específicos tomados en cuenta o la forma cómo se llevaron a cabo estas evaluaciones. Esta situación ha sido evidenciada en un estudio elaborado por Ernst & Young en el año 2017 sobre los principales desafíos en materia de sostenibilidad, tomando como base los reportes enviados por las empresas emisoras a la SMV. En este estudio se ha identificado lo siguiente:

Más del 70% de las empresas emisoras asegura que utiliza criterios de evaluación que contemplan aspectos sociales y medioambientales en sus procesos de selección de proveedores. Sin embargo, solo el 48% cuenta con políticas definidas sobre selección y evaluación de proveedores en la materia. Eso significaría que los procesos no estarían estandarizados y no hay un mecanismo que permita verificar cómo son realmente desarrollados (Boza & Guerrero, 2017, p. 9).

Tomando en consideración que no se encuentran más preguntas que traten de manera específica a la cadena de suministro, estaríamos ante importantes cuestiones no abordadas sobre la evalua-

ción y el proceso colaborativo con los proveedores. De esta manera, el nuevo RSC carecería de insu- mos para que, finalmente, los inversionistas cuen- ten con información suficiente para determinar si es que un emisor cumple con estos estándares.

B. ¿Preguntas específicas sobre el consumo responsable?

A diferencia del caso de la cadena de suministro, el nuevo RSC no ha incluido ninguna pregunta que trate específicamente los estándares de consumo responsable. En este sentido, no se ha abordado las cuestiones de salud y seguridad del consumidor, la contaminación en el uso de los productos, los desechos después de cumplir con su vida útil ni las intervenciones mediante campañas de educación sobre el desecho adecuado o reciclaje de los productos.

La falta de inclusión del impacto ambiental genera- do en el uso de los productos o servicios ofrecidos por el emisor a los clientes se ve reflejado en que el apartado correspondiente a preguntas ambien- tales, donde solo se enfoca en la etapa de elaboración de los mismos y no en sus etapas posteriores. De la revisión de las preguntas 3⁴, sobre las emisio- nes de gases de efecto invernadero, la pregunta 5⁵, sobre el consumo de agua, la pregunta 9⁶, sobre el consumo de energía y la pregunta 11⁷, sobre residuos sólidos, se cae en cuenta que el emisor no está obligado a reportar sobre los impactos y riesgos adversos que puedan causar el consumo de sus productos o servicios y tampoco su desecho. Por otro lado, respecto a la política de recicla- je, esta también es limitada a los propios residuos sólidos generados por el emisor, de acuerdo con la pregunta 12⁸.

Como resultado del análisis esbozado previamen- te, se puede afirmar que esta limitación a solo re- portar los residuos que son generados de manera directa por la corporación en la etapa de produc- ción no resulta acorde a los estándares GRI ni a los indicadores Ethos-IARSE. Como se ha explicado previamente, el consumo responsable forma parte central de la sostenibilidad corporativa en tanto las empresas pueden controlar aspectos concernien- tes al fomento y cuidado del mismo. De esta ma- nera, la elaboración de productos de cuyo uso y de- secho pueden derivarse impactos ambientales y en

⁴ Pregunta 3.- ¿La sociedad mide sus emisiones de [Gases de Efecto Invernadero]? (Resolución 018-2020-SMV/02).

⁵ Pregunta 5.- ¿La sociedad mide su consumo en agua (en m³) en todas sus actividades? (Resolución 018-2020-SMV/02).

⁶ Pregunta 9.- ¿La sociedad mide su consumo de energía (en KWh)? (Resolución 018-2020-SMV/02).

⁷ Pregunta 11.- ¿La sociedad mide los residuos sólidos que genera (en toneladas)? (Resolución 018-2020-SMV/02).

⁸ Pregunta 12.- ¿La sociedad tiene objetivos o metas para gestionar (reducir, reciclar o reutilizar) sus residuos sólidos? (Resolución 018-2020-SMV/02).

la salud, no escapa de la responsabilidad de las corporaciones. La identificación de estos riesgos y las acciones llevadas a cabo para mitigarlos son parte sustancial de la generación de valor ambiental, económico y social con los clientes y, consecuentemente, son importantes para determinar el grado de cumplimiento de estándares de sostenibilidad.

Al igual que en el caso de la cadena de suministro, se está ante aspectos que no son considerados y, al no ser divulgados por la corporación al mercado, los inversionistas carecerían de insumos para determinar si efectivamente estamos ante una corporación sostenible y responsable. A pesar de contar con la pregunta 13, que obraría como un cajón de sastre, todas estas consideraciones mencionadas no pueden ser eficientemente incluidas en aquél. Teniendo esto en cuenta, queda pendiente estudiar si es que el principio de transparencia es afectado por estas omisiones.

VII. ¿SE AFECTA EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA? OPORTUNIDADES DE MEJORA

Volviendo a la comparación entre el antiguo y el nuevo RSC, no podemos dejar de notar que sí ha habido una mejora sustancial. Como resultado de este nuevo RSC, los inversionistas o posibles inversionistas contarán con una mayor cantidad, calidad y relevancia de información para poder determinar si un emisor cumple con los criterios de sostenibilidad. Sin embargo, a pesar de reconocer este gran paso, existen aspectos centrales que no han sido abordados y que deberían ser incluidos en un reporte de sostenibilidad corporativa para que este refleje realmente la situación de una empresa.

La falta de preguntas que incidan en: (i) el proceso de evaluación y colaboración con los proveedores; y (ii) que aborden los riesgos e intervenciones referentes al consumo responsable, impide que se pueda conocer el real impacto que tiene una corporación en dos de los integrantes de su grupo de interés. Teniendo en cuenta que la divulgación de información completa, puntual, exacta, actual y fiable es importante para la toma de decisiones de inversión (Organización internacional de Comisiones de Valores [IOSCO], 1998, p. 25). Por lo tanto, es necesario reflexionar si el panorama actual afecta al principio de transparencia del mercado.

Como indica la Bolsa de Santiago, hoy en día a los inversionistas les interesa conocer de manera in-

tegral la gestión de las empresas, considerando en su proceso de análisis de inversiones el rendimiento financiero y también los aspectos ambientales, sociales y de gobierno corporativo. Los temas de sostenibilidad y desempeño financiero han comenzado a entrelazarse y esto se refleja en el desarrollo de agendas de sostenibilidad incorporadas en la estrategia de negocio de los emisores (2017, p. 3). En este sentido, en tanto esta información es relevante para la toma de decisión de inversión, el ente regulador del mercado de valores debe promover que sea divulgada.

Del estudio llevado a cabo del nuevo RSC se ha concluido que existen aspectos que los emisores podrían no divulgar al mercado y que, inclusive, podrían llevar a que estos aparenten un carácter de sostenible mientras tienen un gran impacto indirecto con sus proveedores y en sus consumidores. Consecuentemente, los inversionistas se encontrarán en una situación en la que no recibirán información suficiente para determinar objetivamente el grado de cumplimiento de los estándares de sostenibilidad. Al afectarse la suficiencia de información que se divulgaría al mercado, el principio de transparencia –uno de los objetivos de salvaguarda de la SMV– seguiría siendo afectado a pesar de haberse llevado a cabo la modificación al RSC.

La SMV cumple un rol central en la protección de la transparencia del mercado y en el desarrollo de un mercado de valores con emisiones sostenibles. La exigencia de contar con un RSC con más y mejores preguntas no solo ayudaría a que los inversores conozcan adecuadamente la corporación en la que invertirán, si no que impulsaría a las corporaciones mismas a adoptar mejores prácticas en tanto su real sistema de gestión quedaría expuesto. De la misma manera, un reporte con dichas características evitaría que entidades en apariencia sostenibles se vean beneficiadas en un aumento en la demanda y cotización de sus valores mobiliarios emitidos al presentarse injustificadamente como una alternativa de inversión para carteras sostenibles.

Junto con la pendiente tarea del regulador, los emisores podrían optar por acompañar el RSC exigido por la SMV con uno voluntario, siguiendo los estándares GRI y los indicadores Ethos–IARSE en su elaboración. Esta alternativa es reconocida por la SMV en la pregunta 25⁹, abriendose la posibi-

⁹ Pregunta 25.-

¿La sociedad cuenta con un Reporte de Sostenibilidad Corporativa distinto al presente reporte?

En caso de que sea afirmativa la respuesta a la pregunta 25, indique la denominación del mismo y el enlace web a través del cual se pueda acceder al último reporte disponible [...] (Resolución 018-2020-SMV/02).

lidad que este reporte voluntario sea enlazado al reporte obligatorio. Si bien el voluntario no sigue un formato estándar y eso influye en su capacidad de ser comparable, es una forma de comunicar al mercado de manera más comprensiva sus estándares de sostenibilidad. Adicionalmente, el emisor puede adoptar diversos compromisos ambientales, sociales y económicos y valerse de la pregunta 13, el cajón de sastre, y de la pregunta 1, sobre política ambiental, para comunicarlo en el RSC.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

La idea que el rendimiento económico es lo único que debe importar al momento de invertir ha quedado en el pasado. La necesidad de adoptar estándares de sostenibilidad que aseguren la creación de valor ambiental, social y económico resulta evidente ante las consecuencias que nos ha dejado el modelo productivo depredador bajo el cual hemos estado –y en algunos casos seguimos– desarrollándonos.

El acertado nuevo camino que han tomado los inversionistas cuenta con el reto de evaluar adecuadamente el impacto que tienen las corporaciones al momento de desarrollar sus actividades. Al existir una asimetría informativa entre estos, las entidades reguladoras de los mercados de valores tienen la misión de acortarla y de, para fomentar la transparencia del mercado, establecer la obligación de elaborar un RSC que brinde la información suficiente al inversionista para determinar el grado de cumplimiento de los estándares de sostenibilidad del emisor.

El presente artículo, que se ha concentrado en la problemática de la cadena de suministro y en el consumo responsable, demuestra que no podemos hablar de conclusiones, sino de un punto de partida para repensar el nuevo RSC a la luz de estándares internacionales, como podrían ser los ODS, el GRI o los indicadores Ethos-IARSE. Esta labor, que deberá ser llevada a cabo con un enfoque interdisciplinario y comparativo, ayudará finalmente a que se divulguen reportes en donde se aprecie el impacto directo e indirecto en el que los emisores incurren en el desarrollo de sus actividades. 

REFERENCIAS

- Aliaga Farfán, J., & Torres Tejada, F. (2004). Protegiendo la integridad del mercado de valores peruano: Prohibición de prácticas de manipulación de precios. *Ius et Veritas*, (28), 39-54.
- Andreu Pinillos, A., & Fernández Fernández, J. (2011). De la RSC a la sostenibilidad corporativa: una evolución necesaria para la creación de valor. *Harvard Deusto Business Review*, (207), 4-21.
- Baldarelli, M., Del Baldo, M., & Ferrone, C. (2015). The Relationships Between CSR, Good Governance and Accountability in the Economy of Community (EoC) Enterprises. En S. Idowu, C. Strue, A. Yüksel, & M. Juul (eds.), *Corporate Social Responsibility and Governance, Theory and Practice* (pp. 3-38). Springer. <https://doi.org/10.1007/978-3-319-10909-1>
- Bolsa de Santiago (2017). *Cómo incorporar factores ambientales, sociales y de gobierno corporativo: Diseño y Construcción de Reportes de Sostenibilidad, una guía para emisores*. <https://servicioscms.bolsadesantiago.com/noticias/SiteAssets/Paginas/Forms/EditForm/Gui%CC%81a%20Sostenibilidad%20de%20Emisores%20Bolsa%20de%20Santiago.pdf>
- Boza, B., & Guerrero, G. (2017). Desafíos en materia de Sostenibilidad Corporativa en el Perú, estudio elaborado sobre la base de los reportes enviados por las empresas emisoras a la superintendencia de Mercado de Valores. https://www.ey.com/es_pe/sustainable-development-goals/desafios-en-materia-de-sostenibilidad-en-el-peru
- Campuzano, L. (2010). La responsabilidad social empresarial: ¿verdadero compromiso o simple moda? *Revista Derecho PUCP*, (64), 121-129. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201001.008>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL] (2018). *La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: una oportunidad para América Latina y el Caribe*. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/S1801141_es.pdf?sequence=24&isAllowed=y
- Global Reporting Initiative [GRI] (2016a). *GRI 308: Supplier Environmental Assessment*. <https://www.globalreporting.org/standards/gri-standards-download-center/?g=eabe84e4-3681-44ae-92ab-a7cbac7a0d62>
- (2016b). *GRI 416: Customer Health and Safety*. <https://www.globalreporting.org/standards/gri-standards-download-center/?g=eabe84e4-3681-44ae-92ab-a7cbac7a0d62>
- (2020). *GRI 306: Waste*. <https://www.globalreporting.org/standards/gri-standards-download-center/?g=eabe84e4-3681-44ae-92ab-a7cbac7a0d62>

- Granda Revilla, G., & Trujillo Fernández, R. (2011). La gestión de los grupos de interés (stakeholders) en la estrategia de las organizaciones. *Economía industrial*, (381), 71-76.
- Hoballah, A., & Averous, S. (s.f.). Objetivo 12 – Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles: un requisito esencial para el desarrollo sostenible. *Crónica ONU*. <https://www.un.org/es/chronicle/article/objetivo-12-garantizar-modalidades-de-consumo-y-producción-sostenibles-un-requisito-esencial-para-el>
- Instituto Argentino de Responsabilidad Social Empresarial [IARSE] (2019). *Indicadores ETHOS-IARSE para negocios sustentables y responsables, versión 3.3.* [http://www.iarse.org/uploads/Indicadores%20IARSE%20ETHOS%20V3.3%20\(1\).pdf](http://www.iarse.org/uploads/Indicadores%20IARSE%20ETHOS%20V3.3%20(1).pdf)
- Instituto de Estudios Superiores de la Empresa Bussiness School [IESE] (2002). *Código de gobierno para la empresa sostenible: Guía para su implantación.* <https://media.iese.edu/research/pdfs/ESTUDIO-94.pdf>
- Martínez Ortiz, J. (2003). Los objetivos de la regulación del mercado de valores en la legislación nacional, análisis crítico. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (47), 235-242.
- Organización internacional de Comisiones de Valores [IOSCO] (1998). *Objetivos y principios para la regulación de los mercados de valores.* <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD82-Spanish.pdf>
- Payet Puccio, J., & Castillo Loo, S. (2009). Integridad y Manipulación en el Mercado de Valores. *Derecho & Sociedad*, (32), 25-35.
- Reggiardo Denegri, A., & Ugarte Maggiolo, M. (1997). La transparencia del mercado y el insider trading. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (35), 263-278.
- Sancha, C., & Giménez, C. (2017). ¿Cómo extender la sostenibilidad da los proveedores? *Harvard Deusto Business Review*, (273), 6-13.
- Superintendencia del Mercado de Valores [SMV] (2019a). *Informe Conjunto 1088-2019-SMV/06/11/12.* https://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/RSMV_023-2019.pdf
- (2019b). *Informe Conjunto 1540-2019-SMV/06/11/12.* https://www.smv.gob.pe/Frm_SIL_Detallev1.aspx?data=EFCD8ADDE4116F5F5F6745D41E8038DCEE3DD6F61D5FCBF1
- Villena, V., & Gioia, D. (2020). A more Sustainable Supply Chain. *Harvard Business Review*. <https://hbr.org/amp/2020/03/a-more-sustainable-supply-chain>
- Visser, W. (2014). *CSR 2.0 Transforming Corporate Sustainability and Responsibility.* Springer. <https://doi.org/10.1007/978-3-642-40874-8>
- Zapata, L. (2012). *Aproximación a una legislación nacional en responsabilidad social empresarial para la emisión de reportes de sostenibilidad* (tesis para optar por el grado de Magister). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

- Decreto Supremo 093-2002-EF, Aprueban el Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores, Diario Oficial *El Peruano*, 15 de junio del 2002 (Perú).
- Resolución 033-2015-SMV/01, Incorporan anexo adicional a la Sección IV de la Memoria, numera (10180), “Reporte de Sostenibilidad Corporativa”, 15 de diciembre de 2015 (Perú).
- Resolución 018-2020-SMV/02, Sustituyen el “Reporte de Sostenibilidad Corporativa”, aprobado por el artículo 1 de la Resolución SMV 033-2015-SMV/01, Anexo de la Memoria, numera (10180), 06 de febrero de 2020 (Perú).

CRITERIOS ASG: TENDENCIAS Y ALGUNOS APUNTES SOBRE LA SITUACIÓN EN EL PERÚ

ESG CRITERIA: TRENDS AND SOME NOTES ON THE SITUATION IN PERU

Mercedes Elizabeth Fernández Moscol*

Pontificia Universidad Católica del Perú

Ernst & Young Law

Astrid Mogollón Calderón**

Ernst & Young Law

The application of the Environmental, Social and Governance criteria in the internal organization and investment strategies of companies has grown exponentially in recent decades. This is a result of a process of raising awareness about the various consequences of social and environmental conflicts and their closeness with the corporate field.

In this article, the authors analyze the elementary features of the Environmental, Social and Governance criteria, the various aspects of their gradual implementation, both in the structure of companies and in their investment strategies and, finally, the trends in our country, with special emphasis on internal organization and responsible investments.

KEYWORDS: Environmental, Social and Governance criteria; business organization; investment strategies; COVID-19; responsible investment; sustainability.

La aplicación de los criterios Ambientales, Sociales y de Gobernanza en la organización interna y/o estrategias de inversión de las empresas ha tenido un crecimiento exponencial en las últimas décadas. Esto ha ocurrido a raíz de un proceso de concientización sobre las diversas consecuencias de los conflictos sociales y ambientales y su estrecho vínculo con el ámbito corporativo.

En el presente artículo, las autoras analizan los rasgos elementales de los criterios Ambientales, Sociales y de Gobernanza, los diversos aspectos de su paulatina implementación, tanto en la estructura de las empresas como en sus estrategias de inversión y, finalmente, las tendencias de este fenómeno en nuestro país, haciendo especial énfasis en la organización interna y las inversiones responsables.

PALABRAS CLAVE: Criterios Ambientales, Sociales y de Gobernanza; organización interna empresarial; estrategias de inversión; COVID-19; inversión responsable; sostenibilidad.

* Abogada. Magíster en Derecho por la Universidad de Columbia. Profesora de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Socia en Ernst & Young Law (Lima, Perú). Contacto: fernandez.me@pucp.edu.pe

** Abogada. Asociada senior en Ernst & Young Law (Lima, Perú). Contacto: astrid.mogollon@pe.ey.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 28 de febrero de 2022, y aceptado por el mismo el 8 de mayo de 2022.

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente, la aplicación de los criterios ambientales, sociales y de gobernanza (en adelante, criterios ASG) tiene un mayor protagonismo en las estrategias de inversión y en la gestión interna de las empresas. Ello viene siendo así en tanto los actores de la economía se han visto sensibilizados por los problemas sociales y ambientales que tienen un fuerte impacto a nivel mundial.

Como bien se explicará más a detalle a lo largo del presente artículo, la atención por los criterios ASG no es un tema de origen reciente; sin embargo, la crisis mundial que generó la pandemia originada por el COVID-19 ha puesto nuevamente sobre la mesa tan importante tema, pues no solo permite obtener beneficios económicos, sino que la aplicación de los criterios ASG genera, a su vez, un alto impacto en la sociedad, ya sea a través del tratamiento o manejo de problemas sociales, ambientales o de buen gobierno corporativo.

Considerando la importancia que reviste el tema, a través del presente artículo se busca introducir

al lector respecto de las principales características e implicancias de la adopción de los criterios ASG como parte de la organización interna de cada empresa, así como en sus estrategias de inversión. Para ello, se desarrollará el origen de estos criterios y el avance en su implementación a nivel nacional.

II. DEFINICIÓN DE LOS CRITERIOS ASG

Los criterios ASG son factores que, actualmente, vienen siendo utilizados con mayor frecuencia al momento de evaluar y decidir por una u otra opción de inversión y, por tanto, se consideran como una de las estrategias de inversión más relevantes dentro del mundo de las inversiones responsables o inversiones sostenibles. Por ello, en el presente acápite se desarrollará la definición de estos criterios, así como su origen y principales características, a fin de introducir al lector respecto de los mismos.

Estos factores se componen por los siguientes tres grandes grupos:

Cuadro 1: Criterios ASG

Criterios Ambientales: Relacionados con el cuidado y conservación del ambiente; por lo que, consideran actividades de impacto positivo, tales como, la no contaminación del aire y agua, la lucha contra el cambio climático, la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero y el uso de energías renovables.
Criterios Sociales: Vinculados a la gestión que establecen las empresas en relación a los grupos de personas que se ven afectados por sus actividades empresariales, tales como sus trabajadores, proveedores y comunidades. Así, estos criterios buscan, entre otros objetivos, reducir la desigualdad a través de la inclusión de los colectivos más desfavorecidos.
Criterios de Gobernanza o de Buen Gobierno Corporativo: Relacionados con la gestión y cultura interna de las empresas. Estos criterios consideran, por ejemplo, las políticas internas de las empresas referidas a la transparencia de la información y la independencia de los órganos de administración.

Fuente: Elaboración propia

En ese sentido, se puede vislumbrar que los criterios ASG tienen como objetivo identificar dimensiones del desempeño corporativo diferentes a las financieras y que permitan agregar valor a las empresas, tanto a nivel cuantitativo como cualitativo en el medio en el que se desarrollan.

Tal como se indicó en líneas precedentes, los criterios ASG actualmente están alcanzado un mayor protagonismo dentro de las estrategias de inversión a nivel mundial. Sin embargo, es preciso indicar que la atención por estos criterios no tiene un origen reciente. Es así que, para Martí (2016), el concepto de ASG nace en el año 2005 como una propuesta que se desliga de esa concepción filantrópica flexible de la responsabilidad social para la gestión de políticas que incentiven un compromiso

real como parte de las actividades cotidianas de las organizaciones, la conformación de los tres pilares: ambiental, social y gobernanza responde a la necesidad de que las empresas se involucren en la responsabilidad que tienen como agentes dentro de las comunidades.

Para autores como Benabou, Mouss y Müller, citados por Uribe (2021), la preparación y coordinación sin precedentes del sector privado antes y durante la XXI Conferencia Internacional sobre Cambio Climático (COP21) son ejemplos claros del trabajo estratégico que se requiere de las asociaciones y líderes empresariales clave para generar consenso sobre los parámetros de lo que es factible en la política del cambio climático. La creciente participación del sector privado en la política cli-

mática es clara: no solo a través de la asistencia financiera, las innovaciones tecnológicas y las inversiones, sino también en la configuración real de la agenda política.

Al respecto, es preciso agregar que el origen de la atención por los referidos criterios presenta otro hito importante en el año 2015 con aprobación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, en la cual se incluyen los diecisiete Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante, ODS), también denominados objetivos globales, que se orientan a la preservación y cuidado del ambiente, la erradicación de la pobreza y una prosperidad económica a nivel global.

Es así que, la COP21 celebrada el 12 de diciembre de 2015 y la aprobación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas constituyen hitos importantes en el proceso de cambio en la perspectiva de las empresas y demás agentes participantes de la industria y, por tanto, indicaciones de un interés sistemático en la aplicación de los criterios ASG en las estrategias de gestión interna dentro de las compañías y como parte del proceso de inversión de las mismas. Al respecto, es preciso mencionar que este cambio de perspectiva no solo se dio a nivel de agentes privados, sino que, por tales compromisos, los gobiernos de las distintas naciones partes asumieron el compromiso de aprobar y ejecutar políticas que coadyuven al desarrollo sostenible en materia ambiental, social y económica, incluyendo la disposición de marcos normativos que incentiven y/u obliguen la aplicación de los criterios ASG en la gestión interna de las empresas y en sus decisiones de inversión.

La pandemia generada por el COVID-19 ha impactado varios sectores de la sociedad como la educación, salud y economía que se encuentran relacionados con varios de los ODS (por ejemplo, los ODS 3, 4, 8 y 12) y además ha demostrado la interconexión entre estos objetivos. Sin embargo, los propios ODS podrían ser una herramienta útil para el proceso de recuperación luego de la pandemia¹. De hecho, la hoja de ruta de Naciones Unidas para la recuperación luego del COVID-19 identifica prioridades relacionadas con el progreso de los ODS².

En consecuencia, la pandemia del COVID-19 ha generado mayor atención en la implementación de los criterios ASG y ha demostrado la importancia de la participación de todos los agentes económicos en los asuntos sociales de gran envergadura, como lo son los temas de salud y de protección

del ambiente. Como señala Oneto (2020), la pandemia generada por el COVID-19 ha puesto en contexto la vinculación entre la sostenibilidad de largo plazo de las empresas y el bienestar de los *stakeholders* y el entendimiento que no operan en el vacío y no pueden ser exitosas en el tiempo si en sus procesos de toma de decisiones solo consideran los intereses de corto plazo de los accionistas.

III. ALGUNOS ASPECTOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS CRITERIOS ASG POR LAS EMPRESAS

La implementación de los criterios ASG como parte del buen gobierno corporativo de las empresas se refiere a su aplicación dentro de la gestión y gobernanza de estas. Así, se podría indicar que una empresa ha implementado los criterios ASG como parte de su organización interna cuando éstos forman parte de las decisiones de gestión (por ejemplo, cuando se busca el bienestar de sus trabajadores o se busca generar un impacto positivo dentro de la comunidad de civiles que se encuentra expuesta a sus actividades empresariales).

Si bien la atención por la implementación de los criterios ASG como parte del gobierno interno de cada empresa es cada vez mayor, resulta necesario que se establezcan tanto incentivos internos como externos que permitan que las empresas alcancen un nivel tal en el que logren integrar los objetivos sostenibles con sus objetivos comerciales o corporativos, propios de cada industria.

En cuanto a los incentivos externos se pueden identificar, principalmente, la disposición de normas que tengan por objetivo la imposición de obligaciones vinculadas a la sostenibilidad (por ejemplo, obligaciones de criterios mínimos a respetar con relación al medioambiente o a la sociedad, u obligaciones de reporte de información).

Asimismo, en lo que se refiere a los incentivos externos se pueden mencionar aquellos relacionados a:

- Crecimiento y diversificación de la base de inversionistas.
- Mejora reputacional al demostrar su responsabilidad ambiental y social.
- Menor exposición a conflictos sociales.
- Alineamiento de los objetivos de la empresa con los de la comunidad.

¹ Véase a Shulla (2021).

² Véase a Organización de las Naciones Unidas (2021).

IV. IMPLEMENTACIÓN DE LOS CRITERIOS ASG EN LAS INVERSIONES

La implementación de los criterios ASG en las inversiones se refiere a la consideración de estos factores como parte de la estrategia de inversión de las empresas, tanto en el proceso de evaluación como en la toma de decisiones.

Como se ha mencionado anteriormente, en la actualidad las empresas están adoptando una postura más abierta ante las inversiones en finanzas sostenibles. Así, se pueden identificar algunos mecanismos de financiación claramente marcados y que se encargan de dirigir las inversiones a la realización de los ODS, entre ellos se encuentran dos³ de gran relevancia:

- **Emisión de etiquetas/temáticas:** La finalidad del presente mecanismo es financiar proyectos nuevos o existentes que se encuentren vinculados con materias socioambientales. Por ejemplo, entre los más conocidos tenemos a los bonos verdes y los bonos sociales.
- **Pagos por resultados:** Este mecanismo tiene como característica que las ganancias estén supeditadas a lograr las metas y objetivos socioambientales. Así, este implica una acción previa, mediante el cual los integrantes del gobierno corporativo o empresa acuerdan pagar para obtener exclusivamente resultados sostenibles.

Ahora bien, las tres formas de pagar los resultados a los inversionistas con mayor aplicación son las siguientes:

- Premios e incentivos basados en desafíos.
- Proyecto de pago por éxito.
- Contratos basados en resultados.

Es preciso agregar que, a la fecha, se reconocen cuatro métodos (Sherwood & Pollard, 2017), para la incorporación de los criterios ASG en los portafolios de inversión, los cuales se detallan a continuación:

- a) **Método basado en la exclusión:** Método ampliamente utilizado. Consiste en establecer políticas de prohibición de inversión en instrumentos o valores financieros que entran en conflicto con los objetivos de las políticas de inversión de las empresas.

b) **Método basado en la integración:** Consiste en involucrar la integración de los criterios ASG mediante información publicada por la empresa u otras fuentes de información confiables acerca de temas sociales, ambientales, de gobierno corporativo, y otros tipos de información no financiera correspondientes a la empresa.

c) **Método basado en el impacto:** Se refiere al enfoque que adoptan los inversionistas de impacto al canalizar recursos económicos a compañías con la finalidad de generar un impacto positivo en la sociedad y/o el medio ambiente de manera que sea medible.

d) **Método basado en el compromiso:** Consiste en la comunicación y cooperación con la empresa en la que se está invirtiendo, o se espera invertir, sobre aspectos no financieros que preocupan a los inversores.

Es recomendable que, para instaurar una buena estrategia de inversión que incluya como parte de sus procesos la aplicación de los criterios ASG, los inversionistas (incluyendo a las empresas u otros entes jurídicos) deben evaluar su situación actual, en cuanto a sus procesos y operaciones, a fin de que puedan identificar los riesgos claves (en relación a los criterios ASG) y puedan determinar las acciones necesarias para fortalecer su gestión, medición y comunicación.

V. TENDENCIAS Y ALGUNOS APUNTES SOBRE LA SITUACIÓN EN PERÚ

A. Criterios ASG dentro de la organización interna de las empresas

De acuerdo con el principio 16 del Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas publicado por la Superintendencia del Mercado de Valores (en adelante, SMV):

El Directorio tiene como función aprobar y dirigir la estrategia corporativa de la sociedad; establecer objetivos, metas y planes de acción, incluidos los presupuestos anuales y los planes de negocios; controlar y supervisar la gestión; así como encargarse del gobierno y administración de la sociedad. Es función del Directorio supervisar las prácticas de buen gobierno corporativo y establecer las políticas y medidas necesarias para su mejor aplicación (Superintendencia del Mercado de Valores [SMV], 2013, p. 11).

³ Véase a Restrepo (2021).

Dado el contexto descrito en los puntos anteriores, es válido preguntarse en qué deben entonces enfocarse los directorios y gerencias de las empresas para lograr de manera efectiva y real, y no solo documentaria, aportar valor a largo plazo para su comunidad y para la sociedad en general⁴.

En lo referido a sostenibilidad, es necesario que tanto el directorio como la gerencia se comprometan con este ámbito y los criterios ASG que antes hemos desarrollado. Los directores deben comprender que estos son temas permanentes y para ello es importante que desde sus potestades:

- Se evalúe si cuentan con los conocimientos necesarios en lo que se refiere a sostenibilidad, es decir, si tienen suficiente entendimiento en materia social, ambiental y gobernanza para poder crear una estrategia para la sociedad. De no ser así, deberían evaluar contratar a expertos que puedan colaborar con el directorio.

De igual manera, es importante evaluar si es necesario o no crear un comité que le permita abordar estos temas de manera permanente y profunda y que entienda a cabalidad el impacto que la empresa tiene en la sociedad, su comunidad y en el medio ambiente.

Sobre esto es importante tener en cuenta que de acuerdo al principio 21 del Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas:

El Directorio de la sociedad conforma, entre sus miembros, comités especiales que se enfocan en el análisis de aquellos aspectos más relevantes para el desempeño de la sociedad, tales como auditoría, nombramientos y retribuciones, riesgos, gobierno corporativo, entre otros (SMV, 2013, p. 12).

Cabe indicar que de acuerdo con un documento elaborado por el International Finance Corporation (2021) existen diversas formas de abordar estos temas desde el directorio y la gerencia de una empresa. Algunos de los factores que van a permitir decidir la forma adecuada de abordar estos temas son: el volumen de negocios y de trabajadores, la industria de la empresa, la complejidad de las operaciones y los efectos que pueden tener las operaciones de la empresa en la economía, sociedad y medio

ambiente. De acuerdo con dicho documento, cuando una empresa se encuentra en un nivel básico, será el propio directorio el que asuma toda la responsabilidad en lo que a sostenibilidad se refiere; sin embargo, en el caso de las empresas en un nivel de liderazgo, tanto el comité de sostenibilidad de la gerencia como el del directorio van a poder trabajar de manera integrada.

- Se diseñen estrategias y planes para reducir ese impacto, debiendo contar con objetivos medibles. Las estrategias en sostenibilidad deben ir de la mano con aquellas propias de la empresa y su industria, de lo contrario puede haber retrocesos. Por ejemplo, en el caso de *retailers*, la sostenibilidad podría estar ligada a sus proveedores y en cómo sus consumidores usan sus productos.

Empresas que logren tener un liderazgo en sostenibilidad deberían poder generar mejores ingresos para sus accionistas y *stakeholders* si incrementan su reputación y, por ende, su capacidad para atraer talento, pero para ello su directorio y gerencia requiere tener claridad acerca de cómo lograr un adecuado equilibrio entre resultados financieros, manejo de riesgos y cumplimiento de criterios ASG.

- Se evalúen los riesgos que puedan afectar las estrategias. Estos deben ser adecuadamente monitoreados.
- Debe requerirse a la gerencia que prepare y publique reportes de sostenibilidad para que exista claridad de las estrategias y logros alcanzados. Este reporte debe ser tan importante como los reportes financieros y sus avances deberían ser presentados periódicamente al directorio por parte de la gerencia. Para ello, auditores pueden jugar un rol importante en ayudar a la gerencia y directorio en la elaboración.

Sobre ello, es importante tener en cuenta que en el caso de las empresas con valores inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores (en adelante, RPMV) a cargo de la SMV, estas deben presentar un reporte de sostenibilidad. A la fecha, el formato para dicho reporte, que debe ser presentado y que es parte de la memoria anual, es resultado del trabajo de la Mesa de Trabajo Ambiental, Social y de Buen Gobierno del Consejo Consultivo

⁴ Véase a Soonieus, Besland y Breeden (2022).

del Mercado de Capitales y contó con el apoyo del Programa de Inversión Responsable (Resolución de Superintendente 018-2020-SMV/2).

Además, este formato de reporte se encontraría alineado con resultados del diagnóstico y documento de apoyo para el desarrollo de una hoja de ruta del mercado de valores peruano de cara al financiamiento del sector corporativo, elaborado con el apoyo del Banco Mundial y el soporte de la Cooperación Suiza, de acuerdo al cual se requiere simplificar los requisitos de ESG⁵. Se concluyó lo siguiente:

puede ser útil un ejercicio de identificación más clara de los aspectos de ESG más valorados y/o requeridos por los inversionistas institucionales. A partir de esta identificación podría caminarse hacia un marco más «sencillo» de ESG que aplique a empresas de menor tamaño, en tanto que los requerimientos actuales se mantendrían para las empresas más grandes, conforme se definan estas por la SMV (Banco Mundial, 2019, p. 7).

Sobre ello, es importante tener en cuenta que:

- La adopción de prácticas que permitan la sostenibilidad corporativa de las empresas es voluntaria.
- Para los titulares de valores que se negocian en el mercado resulta relevante conocer las políticas, estándares y acciones que los emisores vienen implementando para asegurar su sostenibilidad.
- Se encuentra en línea con el principio 'cumple o explica'.

Son interesantes varios de los resultados que muestra este reporte y varias de las conclusiones que se muestran en el documento denominado Información Consolidada del Reporte de Sostenibilidad Corporativa correspondiente al año 2020 y elaborado por la SMV a partir de la información presentada por 185 emisores con valores inscritos en el RPMV. Así, podemos apreciar en dicho documento lo siguiente:

Tabla 1: Algunas conclusiones del Reporte de Sostenibilidad

Prácticas con mayor % de avance		Prácticas con menor % de avance	
93.5%	La sociedad indica que durante el ejercicio NO ha tenido alguna controversia o conflicto material, con alguno de sus grupos de interés, incluyendo los conflictos sociales contenidos en el Reporte de Conflictos Sociales de la Defensoría del Pueblo y el Reporte Willagniki sobre conflictos sociales emitido por la Presidencia del Consejo de Ministros.	9.7%	La sociedad mide su huella hídrica (Pregunta 6).
91.4%	La sociedad NO ha sido objeto de alguna investigación, queja, controversia pública o se le ha impuesto alguna medida correctiva, medida cautelar, multa u otra sanción que involucre la violación de las normas ambientales.	16.2%	La sociedad cuenta con una certificación internacional en materia de Sostenibilidad Corporativa.
87.1%	La sociedad tiene procedimientos para identificar y sancionar el hostigamiento sexual y la hostilidad laboral.	23.8%	La sociedad tiene objetivos o metas para reducir las emisiones de Gases de Efecto Invernadero

Fuente: Elaboración propia a partir del documento Información Consolidada del Reporte de Sostenibilidad Corporativa del 2021 de la SMV

En tal sentido, es importante que los directores y gerentes de empresas –y no solo de aquellas con valores inscritos en el RPMV– tengan en consideración la importancia que tiene el proceso de elaboración, revisión y aprobación de este reporte para la sociedad, sus accionistas, *stakeholders* y potenciales inversionistas. Por ende, es un proceso que merece ser monitoreado de cerca.

En conclusión, y en lo que se refiere al rol del directorio y la gerencia sobre los criterios ASG, podemos tomar las recomendaciones de un artículo publicado en el Management and Business Review, en el que se indica que los directores deberían:

- Reevaluar el propósito de la empresa y ver si es compatible con los actuales criterios ASG.
- Programar al menos una reunión con el único objetivo de discutir acerca de sostenibilidad y con el fin de obtener toda la información acerca del progreso de la empresa en el cumplimiento de criterios ASG.
- Evaluar la experiencia y la mentalidad del directorio acerca de sostenibilidad.
- Organizar al directorio a fin de que pueda efectivamente revisar el cumplimiento de metas.

⁵ Medio ambiente, social y gobierno corporativo por sus siglas en inglés (*environmental, social and governance*).

- Analizar la información que se entrega al directorio acerca de sostenibilidad.
- Explorar cómo responde la empresa frente a sus críticos (Smith & Soonius, 2021).

B. Inversión responsable

Progresivamente, los inversionistas exigen que las empresas establezcan y cumplan objetivos ambientales y sociales específicos. Los bancos e inversionistas institucionales buscan promover la sostenibilidad, pero las empresas deben demostrar impactos reales en el ámbito social o ambiental.

Para autores como Fontrodona, Muller y Marín (2020), prueba del mayor peso que ha ido teniendo la inversión sostenible y responsable en el mercado financiero global es el creciente apoyo internacional por parte de los propietarios de activos y entidades gestoras a los principios de inversión responsable, una iniciativa promovida por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, denominado en inglés United Nations Environment Programme (en adelante, UNEP).

Cuando UNEP publicó estos principios en el año 2006, contaba con 63 entidades signatarias, que sumaban 6.5 billones de dólares en activos bajo gestión. A enero de 2020, eran más de 2 300 las entidades que se han adherido a estos principios, lo que representaba un total de 85 billones en activos bajo gestión (Principles for Responsible Investment, 2019). De otro lado, de acuerdo con los datos publicados por la Global Sustainable Investment Alliance (GSIA) (2018), organización que reúne a las principales organizaciones de inversión sostenible en el mundo, a comienzos del 2018 la inversión sostenible y responsable alcanzaba un volumen global de 30.7 billones de dólares, con un crecimiento del 34% respecto al volumen de activos gestionados según los criterios ASG en el 2016.

Cuando hablamos de inversión responsable nos referimos principalmente a la nueva tendencia de inversionistas institucionales de invertir en empresas consideradas sostenibles, en bonos verdes, bonos sociales, bonos sustentables y bonos vinculados a la sostenibilidad.

Los principios publicados por la International Capital Markets Association (en adelante, ICMA), son el marco líder en las emisiones de estos tipos de bonos. A continuación, se analizarán cada uno de ellos.

1. Bonos verdes

De acuerdo con la ICMA, los bonos verdes son cualquier tipo de instrumento de deuda cuyos ingresos se utilizan exclusivamente para financiar o

refinanciar, parcial o totalmente, proyectos nuevos o existentes que sean elegibles como 'proyectos verdes' y se encuentren alineados a los principios de los bonos verdes (2021c).

Los proyectos elegibles incluyen –aunque no se limitan– a los que se muestran en la siguiente figura.

Cuadro 2: Proyectos elegibles

Proyectos	Proyectos
Energía renovable	Manejo del agua
Edificios ecológicos	Manejo de residuos
Eficiencia energética	Agricultura, bioenergía y forestación
Transporte limpio	

Fuente: Elaboración propia a partir de ICMA (2021c)

Para que un bono pueda ser considerado verde, este debe tener un reporte de segunda opinión, una certificación, una verificación o un rating/puntuación de bonos verdes (Climate Bonds, 2022) en el que se verificará si el bono o el programa está alineado con los cuatro componentes básicos de los principios aplicables a los bonos verdes (uso de los fondos, proceso de evaluación y selección de proyectos y gestión de los fondos e informes), tal como se describen en las guías de la ICMA.

A la fecha, en Perú existen emisiones de bonos verdes, como los emitidos por:

- Productos Tissue del Perú S.A.C., cuyo reporte de segunda opinión fue emitido por Sustainalytics (2018) y cuyos fondos se utilizarán en proyectos que incrementarán la eficiencia ambiental de sus plantas de papel: eficiencia en energía, prevención y control de la contaminación y manejo sostenible del agua.
- Corporación Financiera de Desarrollo S.A., cuyo reporte de segunda opinión fue emitido por Vigeo Eiris (2019) y cuyos fondos se utilizarán exclusivamente para refinanciar proyectos en las seis siguientes categorías: energía renovable, tecnologías de la información y comunicación, manejo forestal sostenible, transporte limpio, acuicultura sostenible, agricultura sostenible y saneamiento (tratamiento de agua residuales).

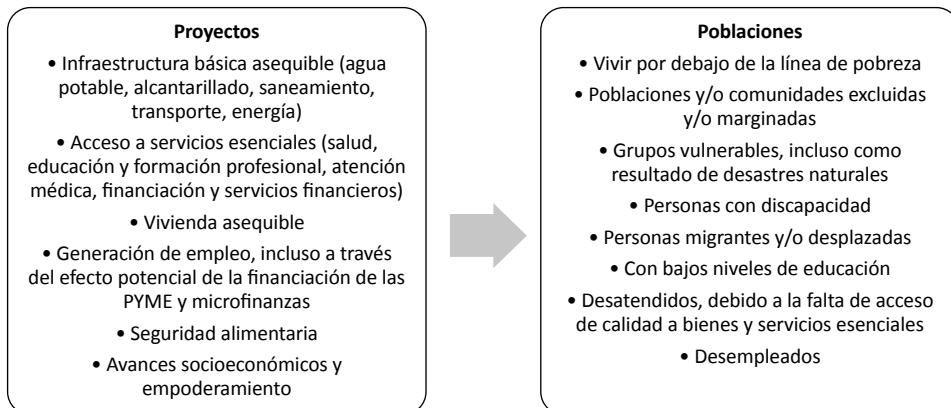
2. Bonos sociales

Según ICMA, los bonos sociales son instrumentos donde los ingresos se aplicarán exclusivamente a financiar o a refinanciar parcial o totalmente proyectos sociales enfocados en poblaciones vulnerables, nuevos o existentes (2021a).

Al igual que en el caso de los bonos verdes, para que un bono pueda ser considerado social, debe presentar un reporte de segunda opinión en el que una empresa validadora revisa el marco del bono y

verifica si este está acorde a los componentes básicos y si financiará un proyecto elegible que atiende a poblaciones vulnerables.

Cuadro 3: Proyectos elegibles y poblaciones



Fuente: Elaboración propia a partir de ICMA (2021a)

En Perú se han emitido los siguientes bonos sociales:

- Bonos emitidos por Internacional de Títulos, Sociedad Titulizadora S.A., en los que el originador es Colegios Peruanos S.A. El reporte de segunda opinión fue emitido por Sustainalytics (2019) y los fondos de utilizarían en el financiamiento de gastos relacionados a nuevos y existentes colegios que se dirigen a alumnos de clase media.
- Bonos emitidos por la Caja Municipal de Ahorro y Crédito Arequipa S.A. El reporte de segunda opinión fue emitido por Vigeo Eiris (2020) y los fondos se utilizarían en el financiamiento de créditos a micro y pequeñas empresas lideradas y de propiedad de mujeres.
- Bonos emitidos por Corporación Financiera de Desarrollo S.A. COFIDE, el reporte de segunda opinión fue emitido por Vigeo Eiris y los fondos se utilizarían en financiamientos

dirigidos a microempresas, a MYPES afectadas por el COVID-19.

3. Bonos sustentables

Los bonos sustentables son aquellos en los que los fondos se aplicarán exclusivamente a financiar o refinanciar una combinación de proyectos verdes y proyectos sociales (ICMA, 2021b).

De esta manera, se entiende que ciertos proyectos sociales pueden también tener beneficios medioambientales, así como ciertos proyectos verdes pueden también tener beneficios sociales. Así, por ejemplo, dentro de estos bonos tenemos aquellos que sirven para alcanzar los ODS que como indicamos anteriormente fueron adoptados por las Naciones Unidas como un llamado universal a la acción para poner fin a la pobreza, proteger el planeta y garantizar que para el 2030 todas las personas disfruten de paz y prosperidad.

Figura 1: Objetivos de Desarrollo Sostenible



Fuente: Organización de las Naciones Unidas (2015)

A la fecha, la Corporación Financiera de Desarrollo S.A. COFIDE ha emitido bonos sostenibles, cuyo reporte de segunda opinión fue emitido por Vigeo Eiris y cuyos fondos se utilizarían en el financiamiento de microempresas, de vehículos alternativos y de plantas de tratamiento de agua residuales sostenibles (HPL, 2019).

De igual manera, en octubre de 2021, la República del Perú realizó una operación de endeudamiento a través de la emisión de bonos sostenibles cuyos fondos servirían para financiar proyectos y gastos que generen impactos positivos sobre el medio ambiente y promuevan el acceso equitativo y de calidad a los servicios de salud, vivienda, y educación.

4. Bonos vinculados a sostenibilidad

Los bonos vinculados a la sostenibilidad son cualquier tipo de bono cuyos términos financieros y/o estructurales puedan variar dependiendo de si el emisor alcanza, o no, ciertos objetivos de sostenibilidad o ESG (ICMA, 2020). En ese sentido, los emisores se comprometen expresamente a mejoras en su desempeño en sostenibilidad dentro de un plazo predefinido.

Esos objetivos: (i) se miden a través de indicadores clave de rendimiento (KPIs) predefinidos; y (ii) se evalúan en función de los objetivos de desempeño de sostenibilidad predefinidos. Los fondos obtenidos mediante la emisión de estos bonos pueden ser utilizados con fines generales corporativos, por lo que el uso no es determinante.

Como puede apreciarse, se diferencian de los bonos de sostenibilidad en que en estos últimos sí se requiere declarar el uso específico de los fondos.

5. Índice S&P/ESG

De otro lado, en lo que a inversión responsable se refiere, es importante indicar que en noviembre de 2021 se anunció el nuevo índice S&P/ESG de la Bolsa de Valores de Lima que ha reemplazado al índice de gobierno corporativo que se mantuvo solo hasta fines de 2021. De acuerdo con su metodología (S&P Dow Jones Índices, 2021):

- Es un portafolio diseñado para reflejar el desempeño de las acciones de compañías que pertenecen al Índice S&P/BVL Perú General y que, además, cumplen con los criterios ASG.
- Han quedado excluidas compañías involucradas en las industrias de armas convencionales, tabaco y carbón, así como

aquellas que presentan puntuaciones descalificadoras según el pacto global de las Naciones Unidas.

- Es importante tener en cuenta que el rebalanceo de este índice se realizará anualmente en abril y se revisará en octubre. Además, hay un monitoreo constante y de presentarse eventos controversiales, S&P realizará un análisis de medios de comunicación y partes interesadas, para determinar posibles retiros.
- Las empresas que lo conforman a la fecha son 17: Aenza, Alicorp, BBVA, Cementos Pacasmayo, Buenaventura, Aceros Arequipa, Credicorp, Engie, Ferreycorp, InRetail, Inter-corp Financial Services, Minsur, Nexa, Rímac, Southern Copper, Trevali, Backus y Unacem.

Este tipo de índice permite a los inversionistas identificar a las empresas que reconocen la importancia de los principios de sustentabilidad y tiene por objetivo incentivar a las empresas a implementar prácticas empresariales sustentables.

C. Sociedad de beneficio e interés colectivo

Cuando hablamos de sostenibilidad en nuestro país no podemos dejar de comentar acerca de las denominadas sociedades de beneficio e interés colectivo (en adelante, BIC) reguladas por la Ley 31072, Ley de la Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo (2020) y su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 004-2021-PRODUCE.

De acuerdo con nuestra regulación, dicha sociedad es una persona jurídica que se obliga por su propia voluntad a generar un impacto positivo, integrando a su actividad económica la consecución del propósito de beneficio social y ambiental elegido.

Algunas de las características de las sociedades BIC son:

- Deben hacer constar en su estatuto que se trata de una sociedad BIC e incluir una descripción detallada del propósito de beneficio.
- La modificación de su estatuto para dejar de ser sociedad BIC requiere mayorías y quórum calificados y genera derecho de separación.
- Los directores o administradores deben velar por la real consecución del propósito de beneficio social y ambiental definido en su estatuto social.

- Los directores o administradores deben ponderar el impacto que sus acciones u omisiones tengan en los socios, los trabajadores, la comunidad, el ambiente local y global y las expectativas a largo plazo de los socios en cuanto a la realización del objeto social y el propósito de beneficio.
- Se debe encomendar a un tercero independiente la elaboración de un informe de gestión sobre el impacto de la sociedad, en relación con el propósito de beneficio social y ambiental. Este informe debe –además– ser presentado y publicado dentro de los tres meses siguientes a la terminación del ejercicio económico y describir la metodología utilizada para medir el impacto, detallar las acciones llevadas a cabo, entre otros.

De acuerdo con el documento Sistema B y las Empresas B en América Latina elaborado por la Corporación Andina de Fomento (2019), habrían más de 2 650 empresas B certificadas en 60 países, algunas tienen más de 50 años de operación, hay desde empresas multimillonarias hasta pequeñas empresas unipersonales y en total operan en 150 industrias.

Cabe indicar que regularlas les permite tener visibilidad a fin de obtener financiamiento de quienes invierten en este tipo de empresas. Sin embargo, en países como Colombia se cuenta con tarifas preferenciales en servicios de propiedad industrial, beneficio tributario por distribución de acciones entre empleados, condiciones preferenciales en líneas de crédito, acceso preferente a convocatorias y diferenciación en la plataforma “Compra lo Nuestro”, entre otros (Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, 2021).

VI. CONCLUSIONES

Como hemos indicado, la pandemia originada por el COVID-19 produjo impactos significativos y ha obligado a las empresas a revisar sus estrategias relacionadas con la sostenibilidad.

En ese contexto, no puede dejar de reconocerse la importancia de los criterios ASG porque –como hemos señalado anteriormente– cada vez hay más inversionistas, consumidores, profesionales y grupos interesados en empresas que cumplen con dichos criterios. Ese interés no es una moda temporal sino una tendencia que se mantiene en el tiempo. Siendo así, es importante para las empresas en general incluir –de manera real, efectiva y medible– en sus procesos, estrategias y evaluación de riesgos, la identificación y cumplimiento de criterios ASG. 

REFERENCIAS

- Banco Mundial [BM] (2019). *Perú: Documento de apoyo para el desarrollo de una hoja de ruta para fortalecer el rol el Mercado de Valores peruano de cara al financiamiento del sector corporativo*. https://www.smv.gob.pe/uploads/peru-documento_de_apoyo_para_la_hoja_de%20_ruta-vf_aprobada.pdf
- Climate Bonds (2022). *Approved Verifiers under the Climate Bonds Standard*. <https://www.climate-bonds.net/certification/approved-verifiers>
- Corporación Andina de Fomento [CAF] (2019). *Sistema B y las Empresas B en América Latina: Un movimiento social que cambia el sentido del éxito empresarial*. <https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/1436/Sistema%20B%20y%20las%20empresas%20B%20en%20Am%C3%A9rica%20Latina%20Un%20movimiento%20social%20que%20cambia%20el%20sentido%20del%20%C3%A9xito%20empresarial%20%EF%BB%BF.pdf>
- Fontrodona, J., Muller, P., & Marín, S. (2020). *La inversión sostenible y responsable. Introducción y guía para inversores particulares* (Cuaderno de trabajo 43). <https://media.iese.edu/research/pdfs/ST-0531.pdf>
- Global Sustainable Investment Alliance [GSIA] (2018). *2018 Global Sustainable Investment Review*. www.gsi-alliance.org/wp-content/uploads/2019/03/GSIR_Review2018.3.28.pdf
- HPL (2019). *Marco del Bono Sostenible COFIDE*. <https://www.cofide.com.pe/COFIDE/files/2.Marco-del-Bono-Sostenible-COFIDE.pdf>
- International Capital Markets Association [ICMA] (2020). *Sustainability-linked Bond Principles (SLBP)*. <https://www.icmagroup.org/assets/documents/Regulatory/Green-Bonds/June-2020/Sustainability-Linked-Bond-Principles-June-2020-171120.pdf>
- (2021a). *Social Bond Principles (SBP)*. <https://www.icmagroup.org/assets/documents/Sustainable-finance/2021-updates/Social-Bond-Principles-June-2021-140621.pdf>
- (2021b). *Sustainability Bond Guidelines (SBG)*. <https://www.icmagroup.org/assets/documents/Sustainable-finance/2021-updates/Sustainability-Bond-Guidelines-June-2021-140621.pdf>
- (2021c). *Green Bond Principles (GBP)*. <https://www.icmagroup.org/assets/documents/Sus>

- tainable-finance/2021-updates/Green-Bond-Principles-June-2021-140621.pdf
- International Finance Corporation [IFC] (2021). *Focus 15. Sustainability Committees: Structure and practices.* <https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/40678b48-7b88-4144-bb0c-ca0b-c433e7b0/Focus-15-Sustainability-Committees.pdf?MOD=AJPERES&CVID=nEqC1vz>
- Martí, G. (2016). *ESG Audit: modelo de rating para la ESG. Parametrización de la relación de la empresa con su entorno* (tesis para optar por el grado de doctor). Universidad Abat Oliba, Barcelona, España.
- Ministerio de Comercio, Industria y Turismo [MINCIT] (18 de marzo de 2021). ¿Cuáles son los beneficios de ser una sociedad BIC? *MINCOMERCIO.* <https://www.mincit.gov.co/prensa/noticias/industria/cuales-son-los-beneficios-de-ser-una-sociedad-bic>
- Oneto, A. (22 de julio de 2020). COVID-19 y Sostenibilidad Empresarial. *Corporación Andina de Fomento (CAF).* <https://www.caf.com/es/conocimiento/visiones/2020/07/covid19-y-sostenibilidad-empresarial>
- Organización de las Naciones Unidas (2015). *Objetivos de Desarrollo Sostenible.* <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>
- (2021). *Research Roadmap for the COVID-19 Recovery.* <https://www.un.org/en/pdfs/UN-COVID19ResearchRoadmap.pdf>
- Principles for Responsible Investment [PRI] (24 de enero de 2019). PRI signatory growth shows strong momentum. *PRI.* <https://www.unpri.org/news-and-press/pri-signatory-growth-shows-strong-momentum/3987.article>
- Restrepo, C. (2021). Finanzas sostenibles para la reactivación económica, nos detalla las implicancias de cada uno de estos mecanismos. *Revista Capitales*, (141), 8-11.
- Sherwood, M., & Pollard, J. (2017). The risk-adjusted return potential of integrating ESG strategies into emerging market equities. *Journal of Sustainable Finance & Investment*, (8), 26-44. <https://doi.org/10.1080/20430795.2017.1331118>
- Shulla, K. (2021). The COVID-19 pandemic and the achievement of the SDGs. *Organización de las Naciones Unidas.* https://www.un.org/development/desa/dspd/wp-content/uploads/sites/22/2021/05/Shulla_paper1.pdf
- Smith, C., & Soonieus, R. (26 de enero de 2021). Boards and Sustainability: From Aspirations to Action. *Management and Business Review Journal.* <https://mbrjournal.com/2021/01/26/boards-and-sustainability-from-aspirations-to-action/>
- Soonieus, R., Besland, L., & Breedon, A. (13 de junio de 2022). 10 Ways Boards Can Act on Sustainability in 2022. *Harvard Business Review.* <https://hbr.org/2022/01/10-ways-boards-can-act-on-sustainability-in-2022>
- Superintendencia del Mercado de Valores [SMV] (2013). *Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas.* <https://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/GobCorporativo2013.pdf>
- (2021). *Información Consolidada del Reporte de Sostenibilidad Corporativa.* <https://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/Informe%20Consolidado%20RSC%202021.pdf>
- Sustainalytics (2018). *Second-Party Opinion. Protissa Perú Green Bond.* <https://s3.us-east-1.amazonaws.com/site.documents.cdn.prod.bvl.com.pe/BonosVerdesReporte.pdf>
- (2019). *Second-Party Opinion. Innova Schools Social Bond.* https://s3.us-east-1.amazonaws.com/site.documents.cdn.prod.bvl.com.pe/BVL_-_socialReport.pdf
- S&P Dow Jones Indices (2021). *Metodología de los Índices S&P/BVL Perú.* <https://s3.us-east-1.amazonaws.com/site.documents.cdn.prod.bvl.com.pe/methodology-sp-bvl-peru-indices-spanish>
- Uribe Puerto, E. (2021). *Hoja de ruta con criterios e indicadores para la incorporación/implementación de ESG/ASG en las empresas que cotizan en la bolsa* (tesis de licenciatura). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.
- Vigeo Eiris (2019). *Opinión de segundas partes sobre el carácter sostenible del bono verde de COFIDE.* https://s3.us-east-1.amazonaws.com/site.documents.cdn.prod.bvl.com.pe/BonosVerdesReporte_Vigeo.pdf
- (2020). *Opinión de segundas partes.* https://s3.us-east-1.amazonaws.com/site.documents.cdn.prod.bvl.com.pe/CajaArequipa-Segunda_Opinion.pdf

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Decreto Supremo 004-2021-PRODUCE, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley 31072, Ley de la Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo, Diario Oficial *El Peruano*, 22 de febrero de 2021 (Perú).

Ley 31072, Ley de la Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de noviembre de 2020 (Perú).

Resolución 018-2020-SMV/02, Sustituyen el “Reporte de Sostenibilidad Corporativa”, aprobado por el artículo 1 de la Resolución SMV 033-2015-SMV/01, Anexo de la Memoria, numeral (10180), 06 de febrero de 2020 (Perú).

LOS PROCESOS DE TITULIZACIÓN DE ACTIVOS: COMENTARIOS AL PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA EMITIDO POR LA SUPERINTENDENCIA DEL MERCADO DE VALORES

THE PROCESSES OF SECURITIZATION OF ASSETS: COMMENTS ON THE MANDATORY PRECEDENT ISSUED BY THE SUPERINTENDENCY OF THE SECURITIES MARKET

Miguel Antonio Viale Leo*
CMS Grau

Mateo Lanata Dávila**
CMS Grau

Recently, in Peru, the SMV has issued a Mandatory Precedent in which some aspects referring to two securitization trusts have been questioned. This is because, from the SMV's point of view, the securities issued against said trust assets had not met the requirements to be classified as transferable securities, in accordance with the regulations applicable to the case.

The purpose of this article is to address certain aspects regarding asset securitization processes and the regulation that is applicable to them in the peruvian context.

KEYWORDS: Asset securitization; Mandatory Precedent; SMV; bank and securitization trusts.

Recientemente, en el Perú, la SMV ha emitido un Precedente de Observancia Obligatoria en el que se ha puesto en cuestionamiento algunos aspectos referentes a dos fideicomisos de titulización. Esto debido a que, desde la visión de la SMV, los títulos emitidos con cargo a dichos patrimonios fideicomitidos no habían cumplido con los requisitos para ser tipificados como valores mobiliarios, en concordancia con la normativa aplicable al caso.

El presente artículo tiene como finalidad abordar ciertos alcances respecto de los procesos de titulización de activos y la regulación que les resulta aplicable en el contexto peruano.

PALABRAS CLAVE: Titulización de activos; Precedente de Observancia Obligatoria; SMV; fideicomisos bancarios y de titulización.

* Abogado. Socio de CMS Grau (Lima, Perú). Contacto: miguel.viale@cms-grau.com

** Abogado. Asociado de CMS Grau (Lima, Perú). Contacto: mateo.lanata@cms-grau.com

Los autores agradecen a Óscar Alejos por sus valiosos comentarios y sugerencias para este trabajo.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 16 de enero de 2022, y aceptado por el mismo el 19 de julio de 2022.

I. ANTECEDENTES Y ALCANCES

Con fecha 7 de mayo de 2020, se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Resolución de Superintendente 040-2020-SMV/02 (en adelante, la resolución) con el denominado Precedente de Observancia Obligatoria 001-2020-SMV (en adelante, el precedente). Por medio de este, la Superintendencia del Mercado de Valores (en adelante, SMV) resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución de Superintendencia Adjunta 051-2017-SMV/10 en la que se sancionó a Acres Sociedad Titulizadora S.A. (en adelante, Acres) por realizar actividades que, a criterio de la SMV, no correspondían al objeto de una sociedad titulizadora.

De manera general, en la resolución y el precedente se cuestionaron ciertos aspectos de dos fideicomisos de titulización. Ello debido a que, en opinión de la SMV, los títulos emitidos con cargo a dichos patrimonios fideicometidos colocados en el marco de una oferta privada no habrían cumplido con los requisitos para ser considerados como valores mobiliarios, de conformidad con lo establecido en lo que la SMV consideró la legislación aplicable al caso específico (el caso Acres).

El presente trabajo tiene como propósito desarrollar ciertos alcances de los procesos de titulización de activos y la regulación que les resulta aplicable. A partir de ello, se realizará un comentario respecto de algunos aspectos relevantes del caso Acres, de la resolución y del precedente¹ y el análisis que elaboró la SMV respecto a los patrimonios fideicometidos materia del caso Acres y los títulos emitidos con cargo a dichos patrimonios. Cabe destacar que el Precedente de Observancia Obligatoria 001-2020-SMV trata sobre otros aspectos que no serán analizados en el presente trabajo².

II. SISTEMA FINANCIERO Y MERCADO DE VALORES

En los mercados financieros existen agentes superavitarios y agentes deficitarios. Los primeros pueden definirse como aquellos agentes que, en un momento determinado, mantienen un excedente o un *superávit* de recursos y agentes deficitarios. Mientras que, los segundos, son aquellos que, en

un momento determinado, requieren recursos adicionales. En un mercado con relativa libertad esta situación debería producir la canalización de los recursos en exceso del agente superavitario al agente deficitario a cambio de su posterior devolución junto con una retribución. Podemos definir dicho intercambio como un financiamiento y es importante tener presente ese concepto para efectos del análisis previsto en este trabajo.

Ahora bien, un mercado complejo y con muchos actores puede suponer la necesidad de intermediarios entre el agente superavitario y el agente deficitario. Una clasificación bastante utilizada divide los mercados financieros en función a las características de las actividades que realizan tales intermediarios; es decir, según el tipo de intermediación que realizan. Existen financiamientos donde se produce una intermediación indirecta y otros que se estructuran sobre la base de una intermediación directa.

Por un lado, la intermediación indirecta consiste básicamente en que determinadas entidades especializadas (entidades financieras) captan recursos de los agentes superavitarios pagándoles una retribución (interés pasivo) para luego colocar esos recursos entre los agentes deficitarios a cambio de una retribución (interés activo). El intermediador asume el riesgo y el denominado *spread* bancario (la diferencia entre los montos pagados con ocasión de la tasa pasiva y los montos recibidos por la tasa activa) es su retribución por la asunción de ese riesgo, tal como lo expresa Guillermo Ferrero al explicar la intermediación indirecta:

[...] la intermediación indirecta se producirá gracias a la presencia de un intermediario quien captará los recursos del público para colocarlos en forma de préstamo, cobrándole al prestatario una tasa de interés. De este modo, el agente deficitario y el oferente de capital se vinculan indirectamente a través de una empresa financiera quién ganará el diferencial o *spread* bancario por su participación (citado en Valdez, 2009, p. 17).

Una opinión similar tiene Rocca al explicar la intermediación indirecta:

¹ Luego de la conclusión y de manera previa a la publicación del presente trabajo, la SMV emitió la Resolución SMV 007-2022-SMV/01 que modificó determinadas disposiciones del Reglamento de Titulización de Activos, teniendo como principal finalidad armonizar dicho reglamento con las disposiciones del Precedente. El nuevo texto del Reglamento de Titulización de Activos refleja la posición de la SMV, y aclara algunos aspectos de los asuntos analizados en este trabajo y, aunque este artículo fue escrito sin considerar en su integridad tales nuevas disposiciones reglamentarias, los autores son de la opinión que las disposiciones de la Resolución 007-2022-SMV/01 no comprometen o modifican materialmente las opiniones aquí vertidas; sin perjuicio de lo cual los autores han incluido algunos comentarios en las secciones de este trabajo donde las disposiciones de la Resolución 007-2022-SMV/01 pudieran resultar más relevantes.

² Como, por ejemplo, las facultades de la SMV para supervisar ciertos aspectos relativos a las ofertas privadas en el marco de titulizaciones y, especialmente, la actuación de las sociedades titulizadoras en tales ofertas.

[...] la entidad financiera (bancos, cajas rurales, cajas municipales, etcétera) capta los recursos de los agentes superavitarios pagándoles una tasa o interés pasivo, para luego colocarlos a través de créditos u otra modalidad a los agentes deficitarios, recibiendo una tasa de interés activo. En ese sentido, el agente financiero tendrá una ganancia (*spread*) por dichas operaciones (2017, pp. 18-19).

Por otro lado, en un financiamiento con intermediación directa, el agente superavitario canaliza sus recursos al agente deficitario sin la participación de un intermediario que asuma el riesgo, pues como indican López-Aliaga y Souza:

[...] la intermediación directa, se da cuando el agente superavitario asume directamente el riesgo, que implica otorgar los recursos al agente deficitario. El contacto entre ambos, se puede efectuar directamente, a través de diferentes medios e instrumentos del Mercado de Capitales (1997, p. 110).

En similar sentido se pronuncia Rocca al señalar que en el sistema de intermediación directa:

[...] el agente superavitario y el agente deficitario negocian directamente valores mobiliarios -acciones, bonos u otros instrumentos financieros- dentro del mercado de valores, sin la intervención de un agente financiero que reduzca el riesgo de que no pague el agente deficitario, de modo que ante una decisión equivocada del agente superavitario o inversionista este asume el riesgo y podría perder todo o parte de lo invertido (2017, pp. 18-19).

Este último tipo de operaciones nacen como una alternativa a la intermediación indirecta con la finalidad de mediatizar la participación de los intermediarios (entidades financieras) en la estructura de financiamiento y poner en contacto directo a los agentes superavitarios (inversionistas) y los agentes deficitarios (emisores).

III. MARCO REGULATORIO FINANCIERO

El ordenamiento jurídico peruano reconoce tal dualidad en los mercados financieros y proporciona soluciones legislativas (marcos regulatorios) diferenciadas para cada uno de los mercados y los financiamientos que en ellos se producen. Así, tenemos un cuerpo normativo que se ocupa de los financiamientos que funcionan con una estructura de intermediación indirecta y otro cuerpo normativo que se ocupa de los financiamientos que recurren a la intermediación directa. Cada uno de ellos cuenta con sus propios principios y reglas, fundamentados, justamente, en las características intrínsecamente distintas de cada sistema.

Lo anterior se traduce, por un lado, en un marco regulatorio para el sistema financiero constitucionalmente consagrado en el artículo 87 de la Constitución Política del Perú (1993) y reconocido a nivel legal en la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (en adelante, Ley de Bancos), sujeto a la supervisión y regulación de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones (en adelante, SBS). Por otro lado, también se traduce en un marco regulatorio para el mercado de valores reconocido a nivel legal mediante la Ley del Mercado de Valores (en adelante, LMV), cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado a través del Decreto Supremo 093-2002-EF, sujeto a la supervisión y regulación de la SMV.

Los fideicomisos en el Perú siguieron la misma fórmula de regulación diferenciada detallada anteriormente. Tenemos así, por una parte, fideicomisos regulados bajo la Ley de Bancos y fiduciarios sujetos al control de la SBS y, por otra parte, fideicomisos regulados bajo la LMV y fiduciarios sujetos al control de la SMV.

A. Fideicomisos bancarios

La Ley de Bancos define, en su artículo 241, al fideicomiso como:

[...] una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario (Ley 26702, 1996).

El fideicomiso es, entonces, según Rodríguez Azuero:

[...] negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero (Rodríguez Azuero, 2002, p. 830).

Es el fiduciario quien se encarga de la administración del fideicomiso y, como indica Corzo de la Colina:

[...] es la sociedad especializada que cuenta con autorización de la autoridad competente para desempeñar como titular de los bienes que se transfieren, así como la responsable de llevar a cabo todos los actos y operaciones necesarios

para cumplir la finalidad del fideicomiso (Corzo de la Colina, 1997, p. 48).

El artículo 242 de la Ley de Bancos establece que solo pueden ser fiduciarios ciertas entidades³. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 23-A del Reglamento del Fideicomiso y de las Empresas de Servicios Fiduciarios aprobado por Resolución SBS 1010-99 (en adelante, Reglamento de Fideicomisos Bancarios)⁴, de 1999. De tal manera, es claro que no cualquiera puede ser fiduciario, sino que la regulación bancaria establece como condición el cumplimiento de una serie de requisitos que deben ser verificados por la SBS de forma previa a operar como fiduciario. Para actuar como fiduciario se requiere entonces, de una autorización emitida por la SBS, quien no solo autoriza el funcionamiento de los fiduciarios, sino que, además, supervisa continuamente a las entidades a las cuales les otorga una autorización para operar como fiduciarios.

Estas condiciones especiales se explican por la naturaleza del encargo que tiene la entidad fiduciaria: al fiduciario se le encarga la administración de activos para un determinado fin en favor de personas distintas a sí mismo. La legislación reconoce en tal actividad la existencia de un interés público jurídicamente relevante y es por ello que los fiduciarios se encuentran sujetos a una regulación especial y a una supervisión continua por parte de la SBS. Siendo esta la tendencia de las legislaciones latinoamericanas que “han introducido en su mayoría una restricción respecto a la persona del fiduciario señalando que solo pueden actuar como tales los bancos autorizados para ello o las sociedades fiduciarias que hayan recibido, así mismo, la autorización expresa” (Rodríguez Azuero, 2002, p. 839).

El fideicomiso regulado por la Ley de Bancos puede servir de garantía para el pago de deudas y obligaciones, como lo reconoce expresamente el artículo 274 de la Ley de Bancos y el artículo 15 del

Reglamento de Fideicomisos Bancarios. Pero, no solo puede cumplir una función de garantía, el fideicomiso bancario (entendido como el fideicomiso regulado bajo la Ley de Bancos y el Reglamento de Fideicomisos Bancarios) es altamente flexible y puede ser utilizado para diferentes propósitos como lo reconoce el propio artículo 22 del Reglamento de Fideicomisos Bancarios⁵ (Resolución SBS 1010-99).

Sin embargo, uno de los parámetros o limitaciones que establece la Ley de Bancos a dicha flexibilidad (específicamente en su artículo 260) es que el fideicomiso bancario no puede emitir valores mobiliarios: “la emisión de valores mobiliarios con respaldo en un patrimonio fideicomitido se sujeta a lo dispuesto en la Ley del Mercado de Valores” (1996). En el mismo sentido, el artículo 19 del Reglamento de Fideicomisos Bancarios señala que “el fideicomiso de titulización se sujeta a lo dispuesto en la LMV y sus normas reglamentarias” (1999). Asimismo, el artículo 242 de la Ley de Bancos establece que las empresas autorizadas a actuar como fiduciarios bancarios no pueden ejercer las funciones de fiduciarios de fideicomisos de titulización: “para ejercer las funciones de fiduciario en fideicomisos de titulización a que se refiere la Ley del Mercado de Valores, las empresas del sistema financiero deben constituir sociedades titulizadoras” (1996).

Tenemos entonces, como conclusión, que el fideicomiso bancario es un contrato flexible, pero regulado y típico, con ciertos parámetros y donde una de las partes debe ser una entidad autorizada por la SBS a gestionar activos en fiducia.

B. Fideicomisos de titulización

La LMV, en su artículo 301, define al fideicomiso de titulización como la relación jurídica por la cual:

[...] una persona denominada fideicomitente se obliga a efectuar la transferencia fiduciaria

³ Artículo 242.- Empresas Autorizadas a Desempeñarse como fiduciarios

Están autorizadas para desempeñarse como fiduciarias, COFIDE, las empresas de operaciones múltiples a que se refiere el inciso A del artículo 16º y las empresas de servicios fiduciarios que señala el inciso b-5 del artículo mencionado, las empresas del numeral 1 del artículo 318º, así como las empresas o instituciones supervisadas por la Superintendencia, cuyo objeto es garantizar, apoyar, promover y asesorar directa o indirectamente a la Micro y Pequeña Empresa (MYPE) de cualquier sector económico (Ley 26702, 1996).

⁴ Artículo 23-A.- Participación como fiduciarios

Pueden desempeñarse como fiduciarios las empresas de operaciones múltiples comprendidas en el literal A del artículo 16 de la Ley General, la Corporación Financiera de Desarrollo (COFIDE), las empresas de servicios fiduciarios, las empresas de seguros, las empresas de reaseguros y las empresas o instituciones supervisadas por esta Superintendencia cuyo objeto es garantizar, apoyar, promover y asesorar directa o indirectamente a la micro y pequeña empresa de cualquier sector económico (Resolución SBS 1010-99, 1999).

⁵ Artículo 22.- Otras clases de fideicomiso

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Título se podrán constituir otras clases de fideicomiso, las cuales están sujetas a las disposiciones de la Ley General, del presente Reglamento y de las demás normas que emita esta Superintendencia sobre la materia (Resolución SBS 1010-99, 1999).

de un conjunto de activos en favor del fiduciario para la constitución de un patrimonio autónomo, denominado patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y que respalda los derechos incorporados en valores, cuya suscripción o adquisición concede a su titular la calidad de fideicomisario [...] (2002).

El patrimonio fideicometido de titulización es, entonces, “un centro de imputación de derechos y obligaciones respecto del cual no se ejerce una relación de dominio que pueda calificar como un derecho de propiedad, sino uno distinto, afecta a una finalidad y, frecuentemente, con un fin específico” (Castritius, 2012, p. 91).

Se encarga de la administración del fideicomiso de titulización el fiduciario, denominado en este caso ‘sociedad titulizadora’. Al igual que para el caso del ‘fideicomiso bancario’, el fiduciario de un fideicomiso de titulización no puede ser cualquier empresa o persona. Ello debido a que el artículo 301 de la LMV establece claramente que solo pueden ser fiduciarios de fideicomisos de titulización las sociedades titulizadoras que se mencionan en dicho artículo⁶. Asimismo, el artículo 307 de la LMV indica que las sociedades titulizadoras se encuentran bajo el control y la supervisión de la SMV, por lo que para poder actuar como fiduciario de un fideicomiso de titulización (sin perjuicio de si los valores mobiliarios emitidos con cargo a dicho patrimonio fideicometido son ofrecidos de forma privada o pública) se debe contar con la autorización previa de la SMV⁷. Para actuar como sociedad titulizadora se requiere, entonces, de una autorización emitida por la SMV, quien no solo autoriza su funcionamiento, sino que, además, supervisa continuamente a las entidades a las cuales les otorga una autorización para operar como sociedades titulizadoras.

En el mismo sentido que la regulación aplicable al fideicomiso bancario, esta limitación se explica por la naturaleza del encargo que tiene la sociedad titulizadora como entidad fiduciaria. En otras palabras, estas entidades son contratadas porque son especialistas en la emisión de valores mobiliarios y la administración de determinados activos para que sirvan de respaldo de intereses de terceros (comúnmente contenidos en los valores mobilia-

rios) que son contratados por su experiencia en la contratación de activos y emisión.

Como indica Benavides:

[...] la ventaja de esta modalidad descansa en la intervención de un agente experto (el fiduciario) en la generación y cuidado del sustento de una emisión de valores, el cual se encarga de administrar el patrimonio puesto en fideicomiso en beneficio de los inversionistas (2002, p. 576).

Este interés ajeno al interés propio de la sociedad titulizadora ha sido considerado una situación que requiere de la tutela pública, razón por la cual el Estado (a través de la SMV) se avoca regular y supervisar las titulizaciones y a las sociedades titulizadoras.

C. El contexto del caso, la resolución y el precedente

Ahora bien, como vimos, el artículo 260 de la Ley de Bancos fue bastante claro al prohibir la emisión de valores por parte de los ‘fideicomisos bancarios’. Asimismo, fue muy directa la referida ley al indicar en su artículo 242, que los fiduciarios bancarios no pueden operar como sociedades titulizadoras (1996). Finalmente, también fue muy explícita la LMV al precisar en su artículo 314 que solo los fideicomisos de titulización pueden emitir valores mobiliarios (2002).

Sin embargo, no fue tan clara, como veremos más adelante, la LMV al establecer o restringir las funcionalidades, finalidades o propósitos de los fideicomisos de titulización. No indicó expresa e indubitablemente que las titulizaciones no podrían utilizarse para gestionar activos en garantía o en administración sin emitir valores o cumplir una función exclusivamente de garantía de manera similar a como operan los fideicomisos bancarios. En ese sentido, es en esa indefinición relativa que se producen los hechos materia del caso Acres y, por tanto, se emite la resolución y el precedente.

IV. EL CASO Y EL PRECEDENTE

Hagamos una breve revisión del caso Acres. El 31 de agosto de 2016, la SMV inició un procedimiento

⁶ Artículo 301. Fideicomiso de titulización:

[...] Únicamente las sociedades titulizadoras a que se refiere el artículo siguiente, salvo los supuestos de excepción que establezca Conasev mediante disposiciones de carácter general, pueden ejercer las funciones propias del fiduciario en los fideicomisos de titulización (2002).

⁷ Artículo 307. Supervisión y Control: “Las sociedades titulizadoras se encuentran sujetas al control y supervisión de CONASEV, deben contar con autorización de organización y de funcionamiento expedido por el mencionado organismo público, e inscribirse en el Registro” (2002).

sancionador contra Acres mediante el Oficio 4866-2016-SMV/10.3. En dicho procedimiento sancionador, la SMV cuestionó ciertos aspectos vinculados a dos fideicomisos de titulización constituidos por Acres según se detalla a continuación (en adelante, los Fideicomisos de Titulización Cuestionados):

A. Fideicomiso de titulización PHT

- Perú Holding del Turismo S.A.A., en calidad de originador, transfirió a Acres, en calidad de fiduciario, determinados activos para desarrollar un proyecto inmobiliario.
- Con esos activos Acres constituyó el patrimonio fideicometido PHT y con cargo a dicho patrimonio fideicometido emitió un único valor mobiliario en favor del propio originador, Perú Holding del Turismo S.A.A. Este último le confirió el derecho a la totalidad de los flujos remanentes provenientes de la liquidación del patrimonio fideicometido PHT al término del plazo de vigencia (en adelante, Certificado A).
- Perú Holding del Turismo S.A.A. otorgó en garantía mobiliaria el Certificado A en favor de una entidad financiera (quien habría aprobado una línea de crédito para financiar el proyecto inmobiliario).
- En adición al Certificado A, Acres tenía la instrucción de emitir un valor mobiliario a cada uno de los compradores de las unidades inmobiliarias que se desarrolle bajo el proyecto inmobiliario (en adelante, Certificados B).

B. Fideicomiso de titulización PBE

- Inmobiliaria PBE S.A.C., en calidad de originador, transfirió a Acres, en calidad de fiduciario, determinados activos para desarrollar un proyecto inmobiliario.
- Con tales activos Acres constituyó el patrimonio fideicometido PBE y con cargo a dicho patrimonio fideicometido emitió un único valor mobiliario a favor del propio originador, Inmobiliaria PBE S.A.C. Este último le confirió el derecho sobre la totalidad de los activos dados en dominio fiduciario.
- El originador Inmobiliaria PBE S.A.C. (y titular del único valor mobiliario emitido) constituyó garantía mobiliaria sobre el valor mobiliario a favor de una entidad financiera (quien habría aprobado una línea de crédito para financiar el proyecto inmobiliario).

El caso concluyó con la imposición de una multa en primera instancia administrativa a través de

la Resolución de Superintendencia Adjunta 051-2017-SMV/10 que fue confirmada en parte por la SMV en la resolución, la misma que contiene el precedente.

V. LA TITULIZACIÓN SEGÚN LA SMV

A. Resumen de la argumentación de la SMV

El análisis de la SMV concluyó lo siguiente:

- Un fideicomiso de titulización debe necesariamente respaldar valores emitidos por la sociedad titulizadora en el marco del propio proceso de titulización. En ese sentido, Acres, según la SMV, debió emitir valores mobiliarios con cargo a los Fideicomisos de Titulización Cuestionados.
- Para ser considerados valores mobiliarios, los títulos tuvieron que necesariamente haber sido emitidos de manera masiva. Los títulos emitidos por Acres con cargo a los Fideicomisos de Titulización Cuestionados, según la SMV, no cumplieron con ser emitidos de manera masiva.

La SMV sancionó a Acres porque consideró que: (i) los Fideicomisos de Titulización Cuestionados no cumplieron con los requisitos mínimos para ser considerados fideicomisos de titulización; y (ii) la constitución, administración y ejecución de los Fideicomisos de Titulización Cuestionados (al no cumplir con los requisitos mínimos para ser considerados fideicomisos de titulización) no se encuentran dentro de las actividades que una sociedad titulizadora puede realizar.

No habiendo Acres, según la SMV, emitido valores mobiliarios con cargo a los Fideicomisos de Titulización Cuestionados, dichos patrimonios no constituyen fideicomisos de titulización. En ese sentido, dado que los Fideicomisos de Titulización Cuestionados no constituyen fideicomisos de titulización de conformidad con el análisis de la SMV, Acres se encuentra participando en operaciones ajenas a titulizaciones de valores y, por lo tanto, realizando actividades fuera de los alcances autorizados por su objeto y la regulación aplicable.

B. El desarrollo conceptual de la SMV

Revisemos con más detenimiento los argumentos de la SMV:

1. Un fideicomiso de titulización debe necesariamente respaldar valores emitidos por la sociedad titulizadora en el marco del propio proceso de titulización

La SMV inició su análisis sobre este punto partiendo de lo previsto en el artículo 291 original de la LMV, el mismo que señalaba que la “titulización es el proceso mediante el cual se constituye un patrimonio **cuyo propósito exclusivo es respaldar el pago de los derechos conferidos a los titulares de valores emitidos con cargo a dicho patrimonio**” (2002) [el énfasis es nuestro]. Nótese que el artículo 291 original de la LMV demandaba como propósito **exclusivo** de la titulización el respaldo de valores emitidos con cargo al propio patrimonio titulado.

Cita luego la SMV el artículo 291 de la LMV modificado por la Ley 29720, Ley que Promueve las Emisiones de Valores Mobiliarios y Fortalece el Mercado de Capitales, el mismo que establece que la “titulización es el proceso mediante el cual se constituye un patrimonio **cuya finalidad es respaldar el pago de los derechos conferidos a los titulares de valores emitidos con cargo a dicho patrimonio**” (2002) [el énfasis es nuestro]. De manera adicional al cumplimiento de su finalidad, el patrimonio fideicometido puede respaldar otras obligaciones contraídas con entidades financieras u organismos multilaterales, de acuerdo con los límites y condiciones que determine la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (en adelante, CONASEV) mediante norma de carácter general.

Posteriormente, la SMV pasa a citar la exposición de motivos de la Ley 29720:

[...] en tal sentido, se propone modificar en el concepto de la titulización y el respaldo de los activos transferidos al patrimonio, el término “exclusivo” por “finalidad”, **a fin de dar cierta flexibilidad y agilidad para que el esquema de titulización pueda adaptarse a distintas estructuras financieras, sin que ello altere la esencia y finalidad de la figura de titulización, la cual es la emisión de valores** (Precedente de Observancia Obligatoria 001-2020-SMV) [el énfasis es nuestro].

Concluye la SMV que, aunque ya no puede interpretarse que la titulización tiene como propósito exclusivo respaldar el pago de los créditos contenidos en valores mobiliarios emitidos con cargo al patrimonio titulado (al haber eliminado dicho requisito la Ley 29720), no deja de ser el pago de tales valores la principal finalidad de la titulización.

La SMV continúa con un análisis similar al revisar la redacción original de los artículos 301 y 308 de la LMV. Estos establecían como finalidad exclusiva de la titulización servir como fuente de pago de los valores emitidos por la propia de titulización y que

posteriormente, luego de la modificación efectuada por la Ley 29720, dejaron de servir exclusivamente para tal fin, permitiendo respaldar el pago de otras obligaciones.

Al respecto, indica la SMV que:

[...] conforme al texto original de los artículos 301 y 308 de la LMV, el fideicomiso de titulización fue diseñado como un mecanismo o alternativa de financiamiento a través de la emisión de valores mobiliarios emitidos por la sociedad titulizadora con cargo a un patrimonio fideicometido, [...] la Ley 29720 eliminó la finalidad específica de los fideicomisos de titulización (Precedente de Observancia Obligatoria 001-2020-SMV).

En ese sentido, cabe resaltar que conforme a la exposición de motivos del proyecto de la Ley 29720, la modificación bajo comentario buscaba dar flexibilidad y agilidad a los procesos de titulización para que el esquema de titulización pudiese adaptarse a distintas estructuras financieras, manteniéndose la emisión de valores como elemento fundamental de los procesos de titulización.

Termina la SMV analizando el artículo 314 de la LMV, especialmente el cuarto párrafo de este. El comentado artículo señala que, “el patrimonio fideicometido podrá, asimismo, respaldar valores representativos de derechos de crédito emitidos por terceras personas si así se hubiere establecido en el acto constitutivo” (2002).

Este artículo permite dos interpretaciones de acuerdo con la SMV:

- Una interpretación según la cual “las sociedades titulizadoras estarían permitidas de constituir patrimonios fideicometidos para garantizar exclusivamente obligaciones de terceros” (Precedente de Observancia Obligatoria 001-2020-SMV).
- Otra interpretación donde:

[...] el fideicomiso de titulización respalda [...] valores mobiliarios emitidos por una sociedad titulizadora y adicionalmente, valores representativos de derechos de crédito emitidos por terceras personas, [...] siempre que dicho respaldo sea secundario a la finalidad del fideicomiso de titulización, que es la de servir como garantía o fuente de recursos para el pago de los derechos conferidos a los titulares de valores emitidos con cargo a dichos patrimonios, elemento principal y central de toda titulización de activos (Precedente de Observancia Obligatoria 001-2020-SMV).

La SMV se inclina por la segunda interpretación, de manera que el fideicomiso de titulización debe necesariamente servir como fuente de pago de los derechos de crédito contenidos en los valores mobiliarios emitidos por la sociedad titulizadora en el propio proceso de titulización y, solo de manera accesoria, para garantizar el pago de valores mobiliarios emitidos por terceros.

Así, señala la SMV, que:

[...] el cuarto párrafo del artículo 314 de la LMV debe ser interpretado de manera conjunta con las demás disposiciones de la misma ley, que regulan los procesos de titulización de activos. En ese sentido, conforme al artículo 301 de la LMV, el fideicomiso de titulización se constituye con una finalidad determinada y sirve de respaldo para pagar los derechos contenidos en los valores emitidos con cargo a dicho patrimonio, siendo indispensable que el fideicomiso de titulización incluya la emisión de valores por parte de la sociedad titulizadora (Precedente de Observancia Obligatoria 001-2020-SMV).

2. Para ser considerados valores mobiliarios los títulos deben haber sido emitidos de manera masiva

Una vez llegada la SMV a la conclusión de que el fideicomiso de titulización requiere una emisión de valores mobiliarios, desarrolla lo que considera debe entenderse como valores mobiliarios. Indica la SMV, que la principal característica de los valores mobiliarios se encuentra vinculada a la forma en que son emitidos: los valores mobiliarios se emiten de manera masiva.

Al efecto, cita la SMV el artículo 3 de la LMV, el mismo que indica que “son valores mobiliarios aquellos **emitidos en forma masiva** y libremente negociables que confieren a sus titulares derechos crediticios, dominiales o patrimoniales, o los de participación en el capital, el patrimonio o las utilidades del emisor” (Precedente de Observancia Obligatoria 001-2020-SMV) [el énfasis es nuestro]. Asimismo, hace referencia la SMV al artículo 255 de la Ley 27287, Ley de Títulos Valores (en adelante, LTV), el cual asegura que, “**son valores mobiliarios aquellos emitidos en forma masiva**, con características homogéneas o no en cuanto a los derechos y obligaciones que representan” (Precedente de Observancia Obligatoria 001-2020-SMV) [el énfasis es nuestro].

Finalmente, la SMV invoca el artículo 5 del Reglamento de Oferta Pública Primaria y de Venta de Valores Mobiliarios, aprobado por Resolución CONASEV 141-98-EF/94.10 (en adelante, el Reglamento OPP):

[...] b) Emisión masiva. - Se considera emisión masiva a aquella que se efectúa en forma simultánea, o sucesiva en un período determinado y como parte de una misma operación financiera o de índole similar, de un número de valores, homogéneos o no entre sí, tal que haga posible su posterior distribución entre el público o entre un segmento de éste. **La emisión de un número igual o inferior a diez (10) valores en forma simultánea, o sucesiva en un período de un (1) año, no constituye emisión masiva** (Precedente de Observancia Obligatoria 001-2020-SMV) [el énfasis es nuestro].

C. La aplicación del desarrollo conceptual de la SMV al caso

Como vimos, la SMV argumentó que la LMV establece expresamente que la finalidad principal⁸ de los procesos de titulización es constituir un patrimonio autónomo que sirva de respaldo del pago de los valores mobiliarios emitidos con cargo a dicho patrimonio por la sociedad titulizadora. La SMV procedió a analizar las características de los títulos emitidos con cargo a los Fideicomisos de Titulización Cuestionados y determinó que dichos títulos no cumplían con las características de los valores mobiliarios señalados en el artículo 3 de la LMV y el artículo 5 del Reglamento OPP.

Sobre el Fideicomiso PHT, la SMV indicó que solo se emitió:

[...] un certificado de participación a favor del originador (Perú Holding de Turismo S.A.A.), que no cumple con lo dispuesto por el artículo 3 de la LMV y el artículo 5 del Reglamento OPP para considerarse como un valor mobiliario, y que seguidamente, el certificado será otorgado en garantía a favor de la empresa financiadora (Tundra Swan International S.A.) con la finalidad de respaldar las obligaciones asumidas por el promotor (Compupalace Perú S.A.). De acuerdo con lo señalado, no se evidencia que el patrimonio PHT respalde el pago de los derechos contenidos en valores mobiliarios emitidos por la propia sociedad titulizadora con cargo a dicho patrimonio y adicionalmente por

⁸ Con excepción del Fideicomiso de Titulización para Inversión en Renta de Bienes Raíces (en adelante, FIBRA), en la que la SMV aclara que según lo establecido en el artículo 70 y 71 del Reglamento de Procesos de Titulización, la finalidad de los FIBRA es “la adquisición o construcción de bienes inmuebles a que se destinan a su arrendamiento u otra forma onerosa de cesión en uso” (Precedente de Observancia Obligatoria 001-2020-SMV).

una tercera persona, sino que dicho patrimonio funge como garantía ante el incumplimiento del promotor en el pago del crédito que le fue otorgado por un tercero. Debe resaltarse que el artículo 314 de la LMV (que regula la emisión de valores mobiliarios en los procesos de titulización de activos) resulta aplicable tanto a las ofertas públicas como a las privadas (Precedente de Observancia Obligatoria 001-2020-SMV).

Sobre el Fideicomiso PBE, la SMV sostuvo que:

[...] el originador o fideicomitente recibió el Certificado de Participación A por la transferencia de sus activos y que se trata de un solo certificado que no cumple con lo dispuesto por el artículo 3 de la LMV y el artículo 5 del Reglamento OPP para considerarse como un valor mobiliario. En ese sentido, se aprecia que el propósito de dicho certificado es garantizar las obligaciones asumidas por el originador frente al financiador, referidas a un crédito otorgado (Precedente de Observancia Obligatoria 001-2020-SMV).

Se agrega al respecto de los Certificados B, que “estos tienen por finalidad representar el derecho que el adquiriente de la unidad inmobiliaria tiene respecto del inmueble que adquirió, así como de la parte proporcional de las áreas comunes” (Precedente de Observancia Obligatoria 001-2020-SMV).

Si bien se emitiría más de uno, según el número de unidades inmobiliarias que conforman el proyecto, los Certificados B serán emitidos por el fiduciario una vez que:

[...] (i) el Fiduciario suscriba un contrato de compraventa y (ii) el Promotor comunique al Fiduciario que el respectivo adquiriente ha cumplido con pagar la cuota inicial prevista en el contrato de compraventa o, de ser el caso, el íntegro del precio de transferencia (Precedente de Observancia Obligatoria 001-2020-SMV).

Para concluir su argumento, la SMV agregó que:

[...] ninguno de los patrimonios antes analizados cumple con la LMV y el Reglamento de Titulización para ser considerado como un fideicomiso de titulización bajo el ámbito de la LMV, pues como hemos señalado, los fideicomisos de titulización deben respaldar el pago de valores mobiliarios emitidos por la propia sociedad titulizadora con cargo a los patrimonios fideicometidos bajo su dominio fiduciario, y sólo adicionalmente pueden servir de respaldo para pagar valores mobiliarios emitidos por terceros, por lo que, si bien las estructuras diseñadas por ACRES ST pueden tener la apa-

riencia de un fideicomiso de titulización, al no cumplir con la normativa que regula su diseño, debe concluirse que ACRES ST ha realizado una actividad fuera de su objeto social (Precedente de Observancia Obligatoria 001-2020-SMV).

En resumen: la SMV consideró que la constitución, administración y ejecución de los Fideicomisos de Titulización Cuestionados no se encuentran dentro de las actividades que una sociedad titulizadora puede realizar en tanto que tales estructuras fiduciarias no pueden considerarse como fideicomisos de titulización en la medida de que los Fideicomisos de Titulización Cuestionados no realizaron una emisión de valores mobiliarios.

VI. LA NATURALEZA FINANCIERA DE LA TITULIZACIÓN

La LMV contempla en su artículo 294 distintos procesos de titulización:

[...] la titulización puede ser desarrollada a partir de los siguientes patrimonios de propósito exclusivo: a) Patrimonios fideicometidos, mediante fideicomisos de titulización; b) Patrimonios de sociedades de propósito especial; y, c) Otros que resulten idóneos, según establezca CONASEV mediante disposiciones de carácter general (2002).

En ese sentido, para la legislación peruana existe una relación de género-especie entre los procesos de titulización y los fideicomisos de titulización: los fideicomisos de titulización son una de las formas jurídicas que revisten los procesos de titulización. Otra forma legalmente reconocida (o típica) de realizar titulizaciones es a través de sociedades de propósito especial. Finalmente, la LMV deja abierta la posibilidad para que la SMV establezca otros procesos de titulización. Podemos dar luz entonces, sobre la función o naturaleza de los fideicomisos de titulización revisando la función o naturaleza de los procesos de titulización de activos.

Como vimos al iniciar este trabajo, la LMV y su regulación proporcionan una solución legislativa para operaciones financieras del mercado de capitales. Más puntualmente, la LMV (y su legislación relacionada) está fundamentalmente dirigida a regular los procesos de financiamiento que se producen mediante la emisión de valores y los agentes y participantes relacionados a tales procesos. Los procesos de titulización de activos y los fideicomisos de titulización están regulados en la LMV. La referida norma indica que su finalidad es “promover el desarrollo ordenado y la transparencia del mercado de valores, así como la adecuada protección del inversionista” (2002). Sistématicamente

ubicados y regulados los procesos de titulización y los fideicomisos de titulización en –y por– la LMV, podemos desde ya inferir que son operaciones financieras.

La LMV define en su artículo 291 a la titulización de activos como:

[...] el proceso mediante el cual se constituye un patrimonio cuya finalidad es respaldar el pago de los derechos conferidos a los titulares de valores emitidos con cargo a dicho patrimonio. Comprende, asimismo, la transferencia de los activos al referido patrimonio y la emisión de los respectivos valores (2002).

La LMV reconoce la finalidad financiera de los procesos de titulización cuando indica que su “finalidad es respaldar el pago de los derechos conferidos a los titulares de valores emitidos con cargo a dicho patrimonio” (2002). El Reglamento de los Procesos de Titulización de Activos, Resolución 001-97-EF-94.10 (en adelante, Reglamento de Titulización de Activos) va más allá y considera expresamente tal característica financiera en su artículo 7 cuando establece que⁹:

(...) dada la inherente función de financiamiento que subyace a todo proceso de titulización, las disposiciones contenidas en el artículo 298 de la Ley únicamente serán de aplicación cuando los valores hayan sido colocados o transferidos a título oneroso a los inversionistas (Resolución CONASEV 0001-1997).

Es claro entonces, que para nuestra legislación: (i) los procesos de titulización tienen una finalidad general financiera; y (ii) el proceso de titulización incluye la transferencia en dominio fiduciario y la emisión de los valores respectivos y la titulización tiene como finalidad específica respaldar el pago de los valores así emitidos.

La figura de titulización en el Perú se inspiró en otras jurisdicciones, incluyendo Estados Unidos de América que fue “donde nació y se desarrolló este tipo de operaciones” (Castritius, 2012, p. 92).

En Estados Unidos de América, la función principal de las titulizaciones fue también de orden financiero:

[...] el sistema encontró su razón de ser en los mercados secundarios de títulos hipotecarios y, posteriormente, se amplió a la transforma-

ción directa que hacen las empresas de sus activos ilíquidos en valores mobiliarios que están representados en títulos de créditos (Alcázar, 1997, p. 295).

El proceso de titulización nació en los Estados Unidos de América como una forma de traer a valor presente activos ilíquidos o de poca rotación mediante la emisión de títulos de crédito con cargo a patrimonios constituidos por dichos activos (ilíquidos o de poca rotación). El uso de la titulización en los países más desarrollados hizo que el mercado latinoamericano comience a interesarse en esta figura y a explorar sus ventajas. El legislador peruano tomó como referencia una figura de naturaleza eminentemente financiera del mundo anglosajón para crear la titulización:

[...] como señalamos, el mercado que se tomó como modelo fue el de los EE.UU. En dicha jurisdicción, la experiencia había evidenciado que los agentes recurrían consistentemente a más de un tipo de figura legal para crear los Vehículos de Titulización: el *trust* o las *corporation* (Castritius, 2012, p. 89).

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurrió en los Estados Unidos de América (que no requirió de mayor regulación para implementar las denominadas ‘securitzaciones’), en el Perú, la figura de la titulización se reguló en una norma especial pues:

[...] a diferencia del sistema anglosajón, en el que se otorga una gran fuerza a los que las partes establezcan por vía contractual, nuestro sistema jurídico, integrante de la familia del Derecho Continental, predominante en Latinoamérica, no ofrece la misma confianza a las partes respecto a que lo que pacten se verá confirmado judicialmente, en caso se requiera [...] (Castritius, 2012, p. 89).

Es decir, el legislador prefirió regular esta figura de forma expresa y, de esta forma, dar seguridad jurídica a los agentes para así fomentar esta forma de financiamiento en nuestro país.

Adicionalmente a las disposiciones de nuestra legislación y al antecedente histórico, la doctrina tanto local como extranjera es clara y pacífica al reconocer la naturaleza financiera de los procesos de titulización de activos. La titulización de activos es “un mecanismo alternativo de financiamiento que consiste en transformar activos ilíquidos o de lenta rotación en valores mobiliarios que son co-

⁹ Una de las modificaciones de la Resolución SMV 007-2022-SMV/01 eliminó, inexplicablemente en opinión de los autores, esta referencia a la función de financiamiento de los procesos de titulización. A pesar de dicha eliminación y la modificación del artículo 7 del Reglamento de Titulización de Activos, los autores son de la opinión que la función intrínseca de financiamiento sigue encontrándose recogida en el ordenamiento positivo peruano.

locados en el mercado de capitales, para así obtener dinero en efectivo y adelantar las ganancias futuras" (Buendía, 1995). Esta función inherentemente financiera es también identificada por otros autores peruanos al señalar que "la titulización de activos es una típica operación de financiamiento fuera de balance (*off balance sheet*), que permite que la empresa pueda llevar su ecuación deuda/capital a niveles importantes" (Lazo, 2007, p. 191) y que bajo la misma "se han realizado titulizaciones sobre una gran diversidad de activos, llegando a tener esta modalidad de financiamiento un gran impacto en el mercado de capitales" (Buendía, 1995, p. 99).

A nivel internacional, los autores también reconocen la característica intrínsecamente financiera de los procesos de titulización como Schwarcz, al señalar que "una compañía que quiere obtener financiamiento a través de una securitización empieza con la identificación de los activos que pueden ser usados para obtener o captar recursos" (2000, p. 114).

En un sentido similar se pronuncia Rodríguez Azuero al indicar que:

[...] a través de la titulización es posible transformar en efectivo activos fijos o de lenta rotación, o flujos cuyo ingreso se espera, a través de la emisión y colocación en el mercado de títulos homogéneos, respaldadas en un patrimonio autónomo constituido en la transferencia previa de aquellos (2002, p. 904).

Se puede apreciar con cierto nivel de certeza entonces que: (i) de una revisión sistemática (al encontrarse desarrollada la titulización en un cuerpo normativo de naturaleza eminentemente financiera como la LMV); (ii) atendiendo a la literalidad de la propia regulación aplicable (la LMV y el Reglamento de Titulización de Activos); (iii) la inspiración legislativa y el antecedente histórico (del mundo financiero anglosajón); y (iv) a cierto consenso pacífico en la doctrina nacional e internacional; es entonces medianamente claro que la titulización de activos es un **proceso de financiamiento**.

Esta naturaleza financiera de los procesos de titulización de activos y del fideicomiso de titulización es, en nuestra opinión, de suma importancia para interpretar los alcances de las disposiciones de la LMV y el Reglamento de Titulización de Activos.

VII. LA TITULIZACIÓN Y LA EMISIÓN DE VALORES

Entramos ahora a analizar lo que consideramos el tema central de la resolución y el precedente: la

necesaria emisión de valores en un proceso de titulización y la accesibilidad de la función de garantía de los fideicomisos de titulización prevista en la LMV. Luego, pasaremos a revisar el requisito de la emisión masiva como condición fundamental para entender el concepto de valor mobiliario.

A. Los fideicomisos de titulización deben respaldar valores emitidos por la sociedad titulizadora en el marco del propio proceso de titulización o pueden cumplir una función autónoma de garantía

Nuestra opinión es que, de manera general, un fideicomiso de titulización debe respaldar el pago de valores emitidos en el marco del propio proceso de titulización. Como hemos analizado previamente, los fideicomisos de titulización son necesariamente y de manera general, financiamientos y, más específicamente, financiamientos que se materializan en la emisión de valores respaldados por el patrimonio fideicometido constituido en el marco del proceso de titulización de activos.

Ahora bien, existen dos supuestos recogidos en la LMV y en el Reglamento de Titulización de Activos que permiten cumplir una función de garantía a través de los procesos de titulización y en los fideicomisos de titulización. La primera disposición se encuentra en el artículo 291 de la LMV y resulta de aplicación a los procesos de titulización en general, incluyendo las titulizaciones materializadas vía fideicomisos de titulización. El segundo supuesto lo encontramos en el artículo 314 y resulta de aplicación a los fideicomisos de titulización.

1. El supuesto del 291: función de garantía de obligaciones con ciertas entidades

El artículo 291 de la LMV (que fue modificada por la Ley 29720) establece que la:

[...] titulización es el proceso mediante el cual se constituye un patrimonio cuya finalidad es respaldar el pago de los derechos conferidos a los titulares de valores emitidos con cargo a dicho patrimonio [...]. De manera adicional al cumplimiento de su finalidad, el patrimonio fideicometido puede respaldar otras obligaciones contraídas con entidades financieras u organismos multilaterales, de acuerdo con los límites y condiciones que determine Conasev mediante norma de carácter general (2002) [el énfasis es nuestro].

La norma indica que, de manera adicional a servir de respaldo de los valores mobiliarios emitidos con cargo a un patrimonio fideicometido, dicho patrimonio fideicometido puede también respal-

dar otras obligaciones contraídas con entidades financieras u organismos multilaterales. No distingue la LMV respecto a qué obligaciones pueden encontrarse garantizadas (si cualquier obligación o solo obligaciones contenidas en valores mobiliarios). Por el contrario, esta únicamente indica que la CONASEV (ahora SMV) debe reglamentar los alcances de la norma.

En este caso, la LMV es clara y establece que el patrimonio fideicometido de un proceso de titulización puede servir como garantía de obligaciones con entidades financieras u organismos multilaterales al indicar expresamente “de manera adicional al cumplimiento de su finalidad” (2002). Y esa finalidad está detallada líneas arriba en el mismo artículo: “respaldar el pago de los derechos conferidos a los titulares de valores emitidos con cargo a dicho patrimonio” (2002).

Por lo tanto, de acuerdo con el artículo 291 de la LMV, el fideicomiso de titulización puede cumplir una función de garantía (para cierto tipo de entidades y organismos) siempre que primero cumpla su función financiera mediante la emisión de valores mobiliarios por parte de la sociedad titulizadora a ser pagados con cargo a dicho patrimonio fideicometido (2002).

2. El supuesto del 314: función de garantía como respaldo de otros valores

La segunda disposición que contempla la función de garantía de los fideicomisos de titulización es el cuarto párrafo del artículo 314 de la LMV que señala que: **“el patrimonio fideicometido podrá, asimismo, respaldar valores representativos de**

derechos de crédito emitidos por terceras personas si así se hubiere establecido en el acto constitutivo”¹⁰ (2002) [el énfasis es nuestro].

Existen dos posibles interpretaciones respecto del cuarto párrafo del artículo 314 de la LMV: (i) que se trate de un supuesto de excepción que permite generar fideicomisos de titulización con una función exclusiva de garantía; o (ii) que se trate de una autorización legal para permitir a los fideicomisos de titulización garantizar obligaciones contenidas en valores mobiliarios de manera accesoria o complementaria a la emisión de valores derivado del proceso mismo de titulización. Nos inclinamos nosotros (del mismo modo que la SMV) por la segunda interpretación¹¹. Veamos la validez y alcances de esta interpretación desde diferentes puntos de vista y distintos métodos interpretativos.

a. *La literalidad del cuarto párrafo del artículo 314*

El cuarto párrafo del artículo 314 de la LMV indica que “el patrimonio fideicometido podrá, asimismo, respaldar valores representativos de derechos de crédito emitidos por terceras personas si así se hubiere establecido en el acto constitutivo” (2002). Vale la pena detenerse en la redacción para entender los alcances de este artículo.

El uso del adverbio ‘asimismo’ parece intentar conectar el citado cuarto párrafo (que contiene la función de garantía) con la primera parte del 314 que indica “atendiendo a lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, la sociedad titulizadora emite valores libremente transferibles representativos de derechos respaldados en el

¹⁰ Este párrafo del artículo 314 de la Ley de Mercado de Valores no ha sido modificado desde la publicación de dicha norma.

¹¹ Cierta parte de la doctrina considera que la función de garantía de los fideicomisos de titulización es independiente a la función financiera al señalar que:

[...] esta posibilidad se incluyó en la regulación de la titulización de activos [referencia al artículo 314 de la Ley de Mercado de Valores en nota a pie de página], pese a no ser propiamente tal tipo de operaciones, por el simple hecho que, como señalamos, a la fecha de emisión del nuevo Marco Legal, la regulación del fideicomiso contenida en la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros adolecía de graves defectos, por lo que no era susceptible de albergar operaciones de fideicomiso que sirvan de garantía a emisiones corporativas. Entonces, lo que se quiso era habilitar un nuevo mecanismo de garantía a favor de los agentes de mercado. Dicha modalidad permite, entonces, que se constituyan patrimonios fideicometidos con cargo a los cuales no se emitirían valores, sino que servirían como respaldo a la emisión de instrumentos de deuda a ser realizada por una tercera persona. A la fecha, la legislación del fideicomiso ha sido reformada por la Ley General en línea con los mismos conceptos concebidos en la LMV, y ya permite el desarrollo de operaciones de fideicomiso, incluyendo los fideicomisos de garantía (Castritius, 2012, p. 97) [el énfasis es agregado].

El mismo autor indica que: “Nótese como, dentro de su concepción original, se previó que esté pueda servir tanto como un verdadero Vehículo de Titulización, cuando sirve como garantía al pago de valores emitidos por terceros” (Castritius, 2012, p. 97). En ese sentido, bajo dicha interpretación el legislador habría buscado regular una función de garantía de los fideicomisos de titulización bajo el cuarto párrafo del artículo 314 de la Ley de Mercado de Valores completamente independiente a la función financiera del fideicomiso de titulización, teniendo en cuenta los defectos que tenía la regulación vigente del fideicomiso bancario vigente a dicha fecha. Esta posición también parece ser compartida por Benavides cuando señala que:

[...] si bien el objetivo de toda titulización de activos implica una operación de financiamiento de organizaciones, el fideicomiso de titulización puede ser utilizado para brindar garantía fiduciaria sobre una emisión de valores que no se sustente en el patrimonio fideicometido (2002, p. 577).

patrimonio fideicometido. Tales valores confieren a su titular la calidad de fideicomisario" (2002). Además de adverbio, 'asimismo' es un conector lógico y es posible interpretar que justamente se intenta realizar una conexión lógica-jurídica (y sistemática) entre este párrafo cuarto y el resto del artículo. Por otro lado, la interpretación literal puede generar confusiones ya que el uso del adverbio 'asimismo' también podría interpretarse como 'del mismo modo' haciendo que la función de garantía sea completamente independiente a la función de financiamiento.

Esta disposición legal es, en su literalidad, lo suficientemente ambigua para interpretarse de dichas formas, no quedando claro si la función de garantía es independiente o accesoria. Esta ambigüedad añade importancia a la interpretación del cuarto párrafo del artículo 314 de la LMV mediante diferentes métodos y técnicas interpretativas.

b. *La naturaleza financiera y finalidad de los procesos de titulización de activos*

Como hemos concluido en este trabajo, la titulización es un proceso de financiamiento. En ese sentido, todas las titulizaciones deben considerar un componente financiero, no necesariamente exclusivo, pero al menos sí preponderante o principal.

El otorgamiento de una garantía fiduciaria no satisface la naturaleza financiera de los procesos de titulización. Si bien el otorgamiento de garantías se produce muchas veces en procesos financieros, el otorgamiento de garantías no es en sí mismo un proceso financiero. Esto debido a que las garantías son por definición accesorias y pueden también, en algunos casos, estar desvinculadas de financiamientos (atendiendo a otras relaciones de índole civil o comercial).

Si concluimos que el artículo 314 de la LMV permite realizar fideicomisos de titulización de activos sin emisiones de valores (dentro del propio proceso de titulización de activos) no se cumpliría la finalidad financiera que demanda la naturaleza de todas las titulizaciones.

c. *La excepción a la regla*

Siendo la regla general que los fideicomisos de titulización sirvan como un vehículo de financiamiento mediante la emisión de valores (atendiendo a su eminente función financiera), la función de garantía prevista en el artículo 314 de la LMV no es una finalidad principal y de hecho se configura como un supuesto de excepción. Configurado el cuarto párrafo del artículo 314 de la LMV como una excepción, consideramos que la interpretación en este caso debe ser restrictiva.

En ese sentido, parece más apropiado interpretar el cuarto párrafo del artículo 314 de la LMV de manera limitada o restringida. Es decir, como una figura accesoria a la función principal financiera de los procesos de titulización de activos, de manera que la función de garantía sea complementaria y no independiente al proceso de emisión de valores del patrimonio titulado.

d. *Sistematización*

La LMV es una norma que básicamente regula los financiamientos realizados en el universo de las emisiones de valores (y los aspectos vinculados a ese universo). Los procesos de titulización de activos y, más especialmente, los fideicomisos de titulización no tienen una norma propia y diferenciada. En ese sentido, se encuentran dentro de dicho cuerpo normativo, siendo uno de los varios procesos de emisión de valores ahí regulados. Por tal motivo, para hacer una aproximación correcta al artículo 314 de la LMV correspondería aplicar el método sistemático por ubicación de la norma que establece que "la interpretación debe hacerse teniendo en cuenta el conjunto, subconjunto, grupo normativo, etcétera, en la cual se halla incorporada, a fin de que su 'qué quiere decir' sea esclarecido por los elementos conceptuales propuesto de tal estructura normativa" (Rubio, 2012, p. 245).

Desde un punto de vista del sistema en el que se inserta la regulación de los fideicomisos de titulizaciones, permitir titulizaciones que cumplan una función exclusivamente de garantía se alejaría de manera general de la naturaleza financiera de la LMV y, especialmente, del conjunto de disposiciones que regulan las titulizaciones y los fideicomisos de titulización dentro del referido cuerpo normativo. Si tal fuera el caso, nuestra opinión es que una técnica legislativa adecuada hubiera demandado no regular dicha figura de manera 'frugal' y casi 'tímida' en la mitad de un artículo que como el 314, resalta la naturaleza financiera de los fideicomisos de titulización (al tratar ese artículo la propia emisión de valores titulizados). Por el contrario, se debió generar un régimen aparte, en un articulado diferenciado, estructurado y con un lenguaje más asertivo. Como ejemplo, la Ley de Bancos y el Reglamento de Fideicomisos Bancarios establecen expresamente los tipos de fideicomisos, incluyendo el fideicomiso en garantía. Es una explicación más simple y satisfactoria desde un punto de vista del sistema en el que se inserta el cuarto párrafo del artículo 314 de la LMV que se trata simplemente de una función de garantía complementaria y no de una institución completamente independiente del articulado y cuerpo normativo que la rodea.

Por otro lado, también dentro del mundo de la sistematización, es importante considerar las implicancias que tendría interpretar la posibilidad de titulizaciones que cumplan una función exclusivamente de garantía en relación con otras disposiciones legales aplicables a los procesos de titulización de activos. En efecto, en el marco de la interpretación sistemática de la norma, otro punto relevante está relacionado con las implicancias de una interpretación que se aparte del conjunto normativo que rige los procesos de titulización de activos. Nos explicamos: la LMV establece un régimen regulatorio pensado para los procesos de titulización que conlleva intrínsecamente una emisión de valores. Interpretar que el proceso de titulización también puede funcionar independientemente a modo de fideicomiso en garantía, puede traer ciertas incongruencias o inconsistencias difíciles de conciliar con algunas disposiciones de la LMV.

El ejemplo más claro está en la vulneración a los principios fundamentales del proceso de titulización de activos establecidos expresamente de manera sistemática en la LMV. A modo de ejemplos, los fideicomisos de titulización con una función exclusiva de garantía vulnerarían los requerimientos mínimos inherentes a toda titulización establecidos en el artículo 291 de la LMV cuando indica expresamente que toda titulización debe comprender “la emisión de los respectivos valores”. Asimismo, sería incongruente con lo dispuesto para los fideicomisos de titulización en el artículo 301 de la misma ley, el cual señala que la titulización “respalda los derechos incorporados en valores”. Finalmente, sería igualmente contradictorio con lo establecido en el propio artículo 314 de la LMV, el cual indica que “la sociedad titulizadora emite valores libremente transferibles representativos de derechos respaldados en el patrimonio fideicometido” (2002).

Reiteramos entonces que interpretar que los fideicomisos de titulización funcionan como fideicomisos con función exclusiva de garantía puede traer ciertas incongruencias o inconsistencias difíciles de conciliar con disposiciones de la LMV. Por tanto, pensamos que la interpretación correcta, desde el punto de vista sistemático, apunta a que la función de garantía es complementaria a la función financiera de los fideicomisos de titulización.

e. *La interpretación a la luz de la Ley 29720*

Es importante también considerar la propia interpretación que ha realizado el Congreso de la República del Perú (de manera bastante directa) sobre la finalidad de los procesos de titulización

de activos y la relevancia de tal finalidad. Para esta modalidad de interpretación, “la idea central de la interpretación es la búsqueda de la intención del legislador, lo que significa que el intérprete debe tratar de encontrar la voluntad que subyace en la norma” (Zusman, 2018, p. 113).

Recordemos que el artículo 291 original de la LMV señalaba que la “titulización es el proceso mediante el cual se constituye un patrimonio cuyo propósito exclusivo es respaldar el pago de los derechos conferidos a los titulares de valores emitidos con cargo a dicho patrimonio” (2002).

La Ley 29720 modificó el original artículo 291 y estableció que:

[...] titulización es el proceso mediante el cual se constituye un patrimonio cuya finalidad es respaldar el pago de los derechos conferidos a los titulares de valores emitidos con cargo a dicho patrimonio. [...] De manera adicional al cumplimiento de su finalidad, el patrimonio fideicometido puede respaldar otras obligaciones contraídas con entidades financieras u organismos multilaterales, de acuerdo con los límites y condiciones que determine Conasev mediante norma de carácter general (2011) [el énfasis es nuestro].

Y al respecto, la exposición de motivos de la Ley 29720 indicó que:

[...] se propone modificar en el concepto de la titulización y el respaldo de los activos transferidos al patrimonio, el término “exclusivo” por “finalidad”, a fin de dar cierta flexibilidad y agilidad para que el esquema de titulización pueda adaptarse a distintas estructuras financieras, sin que ello altere la esencia y finalidad de la figura de titulización, la cual es la emisión de valores (2011) [el énfasis es nuestro].

Se modificó entonces la norma para permitir que la titulización garantice obligaciones distintas a los valores permitidos. Sin embargo, la Ley 29720 dejó muy claro que tal función de garantía es complementaria (‘adicional’ indica la norma) a su finalidad principal (que es servir de respaldo al pago de los valores emitidos). Entonces, el propio legislador está reconociendo que la función de garantía es accesoria o complementaria a, y no independiente de, la función financiera de la titulización. Asimismo, en la exposición de motivos el Congreso de la República del Perú resaltó la relevancia de mantener inalterada la ‘esencia y finalidad’ financiera de la titulización. Si dicha finalidad complementaria fue relevante para el artículo 291 de la LMV, pensamos que también debería ser, por consistencia,

para la interpretación del cuarto párrafo del artículo 314 de la LMV¹².

3. El artículo 14 del Reglamento de Titulización de Activos

El cuarto párrafo del artículo 314 de la LMV tiene su desarrollo reglamentario en el artículo 14 del Reglamento de Titulización de Activos¹³:

[...] los fideicomisos a que se refiere el cuarto párrafo del Artículo 314 de la Ley, son aquellos en los que [...] el patrimonio fideicometido sirve de respaldo al pago de valores representativos de derechos de crédito emitidos por personas distintas al fiduciario, y los fideicomisarios son los titulares de dichos valores. El pago de los derechos de crédito que confieren los valores a que se refiere el párrafo anterior podrá, siempre que así se establezca en el acto constitutivo del fideicomiso: a) Encontrarse respaldado por los activos que integran el patrimonio fideicometido y el patrimonio del emisor, en cuyo caso son aplicables a la emisión, en primer lugar, las disposiciones relativas a la emisión de obligaciones de la Ley de Sociedades y, supletoriamente, las establecidas por la Ley y el presente Reglamento, en lo que corresponda; b) Encontrarse respaldado únicamente por los activos que integran el patrimonio fideicom-

tido y no con los del patrimonio del emisor, caso en el que son de aplicación las disposiciones contenidas en la Ley y el presente reglamento, en lo que sea pertinente. (Resolución CONASEV 0001-1997) [el énfasis es nuestro].

Primero debe quedar claro que el artículo 14 del Reglamento de Titulización de Activos desarrolla el supuesto del cuarto párrafo del artículo 314 la LMV. No se trata de un supuesto distinto o adicional. Ello se desprende literalmente del propio artículo 14 cuando indica que: "los fideicomisos a que se refiere el cuarto párrafo del artículo 314 de la ley, son aquellos en los que [...]" (Resolución CONASEV 0001-1997). El supuesto parte de un emisor tercero (diferente al patrimonio) y un fideicomiso de titulización que garantiza el pago de esos valores emitidos por ese tercero.

Habiendo identificado mediante una interpretación integral cuáles son los alcances reales del cuarto párrafo del artículo 314 de la LMV y siendo el artículo 14 del Reglamento de Titulización de Activos un mero desarrollo de dicha disposición legal, es lógico concluir que el referido artículo 14 del reglamento no puede ir más allá de los alcances de fondo impuestos por la ley. Lo que hace, en realidad, el artículo 14 del Reglamento de Titulización de Activos es, primero, repetir lo que señala el párrafo cuarto artículo 314 de la LMV:

Gráfico 1: Demostración de la función de desarrollo que cumple el artículo 14
(Resolución CONASEV 0001-1997) respecto del artículo 314 (2002)

Artículo 314 de la Ley de Mercado de Valores	Artículo 14 del Reglamento de Titulización de Activos
"El patrimonio fideicometido podrá, asimismo, respaldar valores representativos de derechos de crédito emitidos por terceras personas si así se hubiere establecido en el acto constitutivo".	"Los fideicomisos a que se refiere el cuarto párrafo del Artículo 314 de la Ley, son aquellos en los que (...) el patrimonio fideicometido sirve de respaldo al pago de valores representativos de derechos de crédito emitidos por personas distintas al fiduciario, y los fideicomisarios son los titulares de dichos valores".

Fuente: Elaboración propia a partir de la LMV (2002) y el Reglamento de Titulización de Activos (Resolución CONASEV 0001-1997)

¹² En este caso, la doctrina que aboga por una función independiente de garantía del fideicomiso de titulización señaló que la modificación de la Ley 29720:

[...] resultaba innecesaria, pues el Marco Legal ya permitía que el patrimonio fideicometido pudiera asumir obligaciones distintas a las representadas en los valores mobiliarios a emitir con cargo al mismo. [...] En tal medida, creemos que ya era perfectamente posible establecer en el acto constitutivo del fideicomiso que el fiduciario asumiera, con cargo al patrimonio fideicometido, obligaciones distintas a las incorporadas en los valores mobiliarios a emitir. Para dicho efecto, no debía confundirse la finalidad o el propósito del patrimonio fideicometido, con el tipo de operaciones que este puede realizar, el cual es definido por las partes en el acto constitutivo del respectivo fideicomiso. [...] Sin perjuicio de lo señalado, paradójicamente, la modificación que se efectuó al Marco Legal con la intención de 'ampliar sus alcances, supuestamente limitados en cuanto a la capacidad legal del fiduciario de tomar deuda con cargo al fideicomiso, terminó reduciendo dichos alcances, pues únicamente permite que entidades financieras y organismos internacionales sean los acreedores en tal deuda, de acuerdo con los límites y condiciones que pudiera establecer la SMV (Castritius, 2012, pp. 101-102).

¹³ Los autores aclaran que el artículo 14 del Reglamento de Titulización de Activos fue modificado por la Resolución SMV 2022, de manera que se ha establecido que únicamente las sociedades titulizadoras podrán participar en las operaciones señaladas en el cuarto párrafo del artículo 314 de la Ley de Mercado de Valores, siempre que el respaldo de derechos de crédito emitidos de terceras personas cumpla con las siguientes condiciones: (i) que menos del cincuenta por ciento (50%) del monto total de los valores mobiliarios respaldados por el patrimonio fideicometido correspondan a los valores emitidos por terceros; y (ii) el plazo de vencimiento de los valores emitidos por terceros bajo respaldo, no sea posterior al de los valores emitidos por la sociedad titulizadora con respaldo en el patrimonio fideicometido.

Luego, el artículo 14 del Reglamento de Titulización de Activos pasa a describir los posibles sujetos obligados por el pago de los valores emitidos por los terceros y las normas que resultan de aplicación a cada caso, identificando dos alternativas: (i) o bien que tales valores se encuentren respaldados por el patrimonio del emisor y del patrimonio fideicometido titulado, resultando de aplicación la Ley General de Sociedades, Ley 26887 (en adelante, LGS), la LMV y el Reglamento de Titulización de Activos; o bien (ii) que tales valores se encuentren respaldados únicamente por el patrimonio fideicometido titulado, resultando de aplicación la LMV y el Reglamento de Titulización de Activos (Resolución CONASEV 0001-1997).

El Reglamento de Titulización de Activos no hace referencia adicional a si el fideicomiso de titulización de activos previsto en el cuarto párrafo del artículo 314 de la LMV tendría que haber previamente emitido (o no) valores para cumplir la función de garantía ahí prevista o si el fideicomiso de titulización puede cumplir una función exclusivamente de garantía o si el supuesto del párrafo cuarto del artículo 314 de la LMV genera algún régimen especial de garantía independiente. Este artículo 14 del Reglamento de Titulización de Activos se limita, como dijimos, a desarrollar los posibles sujetos responsables del pago de los valores emitidos por el tercero. Este artículo no parece añadir mayor claridad sobre la posible función exclusivamente de garantía del fideicomiso de titulización. Aunque consideramos que tampoco debería, tratándose de un desarrollo reglamentario que no podría modificar la naturaleza de la figura establecida en el cuarto párrafo del artículo 314 de la LMV¹⁴.

B. Para ser considerados valores mobiliarios, los títulos tienen que necesariamente haber sido emitidos de manera masiva de conformidad con lo previsto en el Reglamento OPP

1. Emisión masiva

En nuestra opinión es un requisito o atributo intrínseco a los valores mobiliarios su emisión masiva, en atención a las disposiciones previstas en el artículo 3 de la LMV. Este indica que “son valores mobiliarios aquellos **emitidos en forma masiva** y libremente negociables que confieren a sus titulares derechos crediticios, dominiales o patrimoniales, o los de participación en el capital, el patrimonio o las utilidades del emisor” (2002). Igualmente,

el artículo 255 de la LTV señala que “**son valores mobiliarios aquellos emitidos en forma masiva**, con características homogéneas o no en cuanto a los derechos y obligaciones que representan” (2000) [el énfasis es nuestro].

2. Características de la Emisión Masiva según la SMV

Recordemos que la SMV invocó el artículo 5 del Reglamento OPP que señala:

[...] b) Emisión masiva.- Se considera emisión masiva a aquella que se efectúa en forma simultánea, o sucesiva en un período determinado y como parte de una misma operación financiera o de índole similar, de un número de valores, homogéneos o no entre sí, tal que haga posible su posterior distribución entre el público o entre un segmento de éste. **La emisión de un número igual o inferior a diez (10) valores en forma simultánea, o sucesiva en un período de un (1) año, no constituye emisión masiva** (Resolución CONASEV 0141-1998) [el énfasis es nuestro].

El Reglamento OPP establece entonces un número mínimo de títulos para que se consideren emitidos de forma masiva. Los valores mobiliarios pueden ser colocados mediante ofertas privadas o públicas. El artículo 5 del Reglamento OPP regula, como su nombre lo indica, las ofertas públicas de valores. De hecho, el artículo 1 del Reglamento OPP establece que finalidad es “regular las ofertas públicas primarias y de venta de valores mobiliarios que se desarrollen en el territorio nacional [...]” (Resolución CONASEV 0141-1998). Como se indica en el primer párrafo del artículo 5 del Reglamento OPP, este alcance del término ‘emisión masiva’ está previsto para ser aplicado únicamente en relación con lo regulado en el artículo 4 del Reglamento OPP que establece la obligatoriedad de la inscripción de los valores a ser ofertados de forma pública en el registro público del mercado de valores. Es decir, su función principal es identificar aquellos valores mobiliarios para efectos de la aplicación misma del Reglamento OPP.

Por tanto, el requisito del número mínimo de valores mobiliarios que establece el artículo 5 del Reglamento OPP solo aplica a ofertas públicas de valores y no al universo de valores mobiliarios (o mejor dicho a los valores colocados mediante oferta privada) (Resolución CONASEV 0141-1998).

¹⁴ Los autores precisan que el nuevo texto del artículo 14 modificado por la Resolución SMV 2022, si es bastante más detallado y claro al señalar la naturaleza subsidiaria de la función exclusiva de garantía, que el texto original de dicho artículo (que es materia de comentario en este trabajo).

Sin perjuicio de que las disposiciones del Reglamento OPP no son aplicables a este caso, los valores mobiliarios sí deben ser emitidos de manera masiva. Pero, es claro para nosotros que no existe una disposición normativa aplicable a las ofertas privadas que disponga el número mínimo de valores mobiliarios que deben ser emitidos para verificar que tal emisión cumple con la característica de 'masiva'¹⁵.

VIII. LA RELEVANCIA DE ESTE ANÁLISIS, LA OPINIÓN DE LA SMV Y LOS FIDEICOMISO DE TITULIZACIÓN CUESTIONADOS

Como mencionamos, la SMV interpretó que el cuarto párrafo del artículo 314 de la LMV no permite fideicomisos con una función exclusiva de garantía, sino que tal función de garantía del fideicomiso de titulización es accesoria y, por lo tanto, solo se puede producir en la medida que exista una emisión de valores respaldada por el mismo fideicomiso de titulización. Coincidimos con esta interpretación de la SMV, en el sentido que el cuarto párrafo del artículo 314 de la LMV no regula un supuesto de excepción que permite generar fideicomisos de titulización con una función exclusiva de garantía, sino que se trata de una autorización legal para que tales fideicomisos garanticen obligaciones contenidas en valores mobiliarios de manera accesoria o complementaria a la emisión de valores que resulta consustancial a todo proceso de titulización de activos.

Ahora bien, una pregunta válida sería: ¿Si el precedente ya estableció (de manera vinculante, además) que se requiere necesariamente de la emisión de valores para configurar un fideicomiso de titulización y que este tipo de fideicomiso no puede tener una función exclusiva de garantía, por qué es necesario mayor análisis sobre este punto? La respuesta es que si bien son correctas algunas de las conclusiones de la SMV, no coincidimos con la conclusión final a la que llega.

Recordemos el argumento de la SMV: (i) el fideicomiso de titulización debe necesariamente respaldar valores emitidos por la sociedad titulizadora en el marco del propio proceso de titulización y recién cumplida dicha finalidad puede también cumplir una función de garantía; y (ii) para que se produzca la emisión, tienen que emitirse valores mobiliarios, y para ser considerados valores mobiliarios los títulos tuvieron que necesariamente haber sido emitidos de manera masiva. Hasta acá estamos de acuerdo conceptualmente con la SMV, el problema y nuestras dudas respecto de la re-

solución vienen cuando se intenta aterrizar dicho argumento ya al caso concreto de los Fideicomisos de Titulización Cuestionados.

La SMV concluyó que los Fideicomisos de Titulización Cuestionados no produjeron una emisión de valores mobiliarios debido a que no se emitieron una cantidad suficiente de títulos de conformidad con el Reglamento OPP. En ese sentido, no habiendo emisión de valores, no se cumplió con el requisito inherente a toda titulización; o poniéndolo de otro modo, que no se produjo una emisión de valores mobiliarios en la medida de que no se emitieron una cantidad mínima de títulos requeridos para generar una emisión masiva de conformidad con el Reglamento OPP. No estamos en desacuerdo en que la emisión debió ser masiva (debió serlo para cumplir con el requisito legal previsto en la LTV y en la LMV), pero en lo que sí estamos en desacuerdo es que el Reglamento OPP aplique también a ofertas privadas pues, como vimos, esta ideado para ser aplicado a ofertas públicas. Tal conclusión no solo es cuestionable, sino que es además excesivamente formalista y alejada del tema de fondo.

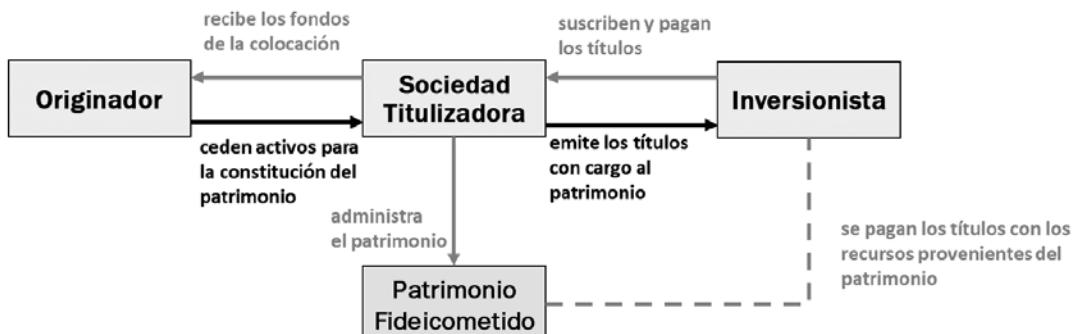
A. El tema de fondo para nosotros

En nuestra opinión, lo más interesante en este caso es analizar no solo si se produjo formalmente una emisión de valores, sino, si en efecto tal emisión realmente se produjo en el sentido de si hubo un proceso de financiamiento que sirviera como sustento a la emisión de valores. Como vimos, la titulización debe siempre materializarse en una emisión de valores, la misma que, a su vez, debe sustentarse en una necesidad financiera. Esto es una situación donde existe un agente que requiere recursos y un agente que mantiene un excedente de estos. Esta situación permite la operación jurídico-financiera (la emisión), en donde hay una canalización de los recursos excedentes del agente superavitario (titular de los valores) al agente deficitario (originador) sin la participación de un agente que asuma el riesgo (intermediación directa).

En el caso concreto de un proceso de titulización de activos, tal financiamiento se realizaría mediante: (i) la transferencia en dominio fiduciario de activos susceptibles de titulización y la creación de un patrimonio fideicometido titulado; y (ii) la emisión de valores por parte de la sociedad titulizadora con cargo a tal patrimonio fideicometido titulado. Tales valores otorgarían el derecho a recibir un interés, rendimiento o participación a un inversionista que los adquiriría (agente superavitario), a cambio de un valor de colocación que sería

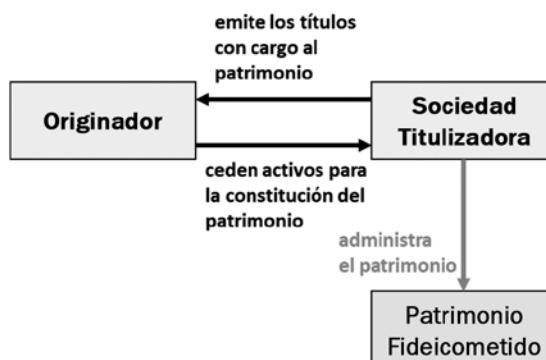
¹⁵ Según la Real Academia Española, el término masivo es un adjetivo que significa "que se aplica en gran cantidad".

Gráfico 2: Flujo de recursos en un proceso de titulización típico



Fuente: Elaboración propia

Gráfico 3: Flujo de recursos en el caso de los Fideicomisos de Titulización Cuestionados



Fuente: Elaboración propia

entregado al originador (agente deficitario). En un proceso de titulización (típico como el descrito) el flujo de los recursos de un agente a otro y el repago se vería en el gráfico 2.

Veamos qué ocurrió en el caso¹⁶. Según lo detallado en la resolución, los originadores aportaron los activos y derechos, con cargo a tales activos se emitieron títulos a favor de los propios originadores (supuestamente en calidad de fideicomisarios). En el caso concreto de los Fideicomisos de Titulización Cuestionados, el flujo de los recursos se ve en el gráfico 3.

Como se puede apreciar: (i) dentro del proceso de titulización de los Fideicomisos de Titulización Cuestionados el supuesto agente deficitario y el supuesto agente superavitario son la misma entidad; y (b) no hay un desembolso real (un precio, un valor de colocación) pagado por el agente su-

peravitario para la adquisición de los valores. En efecto, el originador recibió un título que representa los activos subyacentes que el mismo originador aportó. El valor mobiliario emitido por un fideicomiso de titulización no es un reconocimiento del aporte del fideicomitente (originador), sino un documento que incorpora o refleja un derecho crediticio derivado de una inversión respaldada por los activos titulizados.

Es fácil apreciar que en el caso de los Fideicomisos de Titulización Cuestionados no existe un proceso real de financiamiento. De hecho, el verdadero financiamiento parece ir 'por fuera' del proceso de titulización, dado que sobre los títulos emitidos por los Fideicomisos de Titulización Cuestionados se constituyeron garantías mobiliarias con la finalidad de respaldar un financiamiento otorgado por ciertas entidades financieras o inversionistas en favor de los respectivos originadores. Es decir, pare-

¹⁶ Sirva como aclaración y *disclaimer*: no estamos en capacidad en este trabajo de determinar si efectivamente se produjo o no se produjo un financiamiento a través de los Fideicomisos de Titulización Cuestionados; no hemos tenido acceso a todos los antecedentes ni a la información necesaria para hacer un análisis de ese tipo. Tampoco es nuestro interés analizar el caso en sí mismo, sino los elementos subyacentes del caso y la necesidad de cumplir con la función financiera como requisito inherente a todas las titulizaciones. Partimos de la información que se encuentra en la Resolución para hacer dicho análisis, asumiendo que no existe más información relevante.

ciera que este proceso de titulización se estructuró con la finalidad única de garantizar una operación de financiamiento que se realizó fuera de los Fideicomisos de Titulización Cuestionados. Esto es más o menos fácil de apreciar respondiendo a la pregunta: ¿Los valores emitidos bajo los Fideicomisos de Titulización Cuestionados sirvieron a algún otro propósito además de ser entregados en garantía? La respuesta parece claramente ser que no. Esto dado que parece que toda la estructura fue diseñada para emitir valores cuyo propósito no fue reflejar o evidenciar un financiamiento, sino, por el contrario, un derecho sobre un activo subyacente que luego sería entregado en garantía.

Es en la medida de que las estructuras de los Fideicomisos de Titulización Cuestionados no se sustentan en una necesidad financiera y no generan un financiamiento propiamente dicho. Ello permite que se pueda concluir que no se cumple con la naturaleza financiera que requiere toda emisión de valores mobiliarios y, consecuentemente, todo proceso de titulización de activos y fideicomiso de titulización. En ese sentido, los Fideicomisos de Titulización Cuestionados parecen no reflejar la estructura que como vimos requiere la LMV: una estructura que demanda una emisión de valores efectiva y real y no una meramente formal o aparente, una emisión de valores mobiliarios que se sustente en una efectiva necesidad financiera, y no una emisión que tenga por objeto obtener valores para ser entregados en garantía en un proceso de financiamiento ajeno a la titulización misma.

B. Algunas consecuencias de la interpretación de la SMV

Por otro lado, la conclusión de la SMV abre, además, la puerta a la siguiente pregunta: ¿Si se hubieran emitido once o más títulos en el marco de cada Fideicomiso de Titulización Cuestionado (cumpliendo con el número mínimo previsto el Reglamento OPP), en tal caso sí se habría cumplido con los requisitos mínimos previstos en la LMV y el Reglamento de Titulización de Activos para que cada uno de ellos sea considerado como un fideicomiso de titulización? La conclusión de la SMV lleva a pensar que el asunto dejaría de ser relevante si se estructura un fideicomiso de titulización con una función exclusiva de garantía y en el marco de tal estructura se emiten once o más títulos. Si bien la cantidad de títulos emitidos en el marco de una titulización es relevante para efectos de la determinación de la masividad, no es menos relevante que los títulos así emitidos obedezcan a la finalidad de servir como una operación de financiamiento.

El problema del argumento de la SMV es que hubiera bastado que se emitan más valores para 'so-

lucionar' la situación. En efecto, si el argumento de la SMV es que no se produjo una emisión de valores porque la cantidad de valores no supera un mínimo requerido legalmente (según la SMV), hubiera entonces bastado con emitir más valores, lo cual es muy simple, por ejemplo, 'dividiendo' los valores emitidos en tantos valores como sean necesarios para cumplir con la meta objetiva de la SMV (evidentemente representando cada uno individualmente una participación o valor nominal inferior). De hecho, la conclusión de la SMV en este caso es hasta contraproducente con lo que la entidad busca, que es básicamente que las sociedades titulizadoras no participen como fiduciarios de fideicomisos en garantía (fuera del campo de actuación de su licencia de operación).

Recordemos que la SMV sancionó a Acres porque habría estado realizando actividades que no se enmarcan en lo que se considera como un proceso de titulización pues los títulos emitidos con cargos a los Fideicomisos de Titulización Cuestionados no cumplen con la característica de emisión masiva que exige la normativa para los valores mobiliarios. Por lo tanto, no estaría participando en titulizaciones, sino en operaciones de otra naturaleza (fuera de su ámbito de actuación autorizado por la licencia otorgada por la propia SMV). Es decir, según la interpretación de la SMV, si una sociedad titulizadora participa como fiduciario en una estructura similar, pero en tal caso se emiten la cantidad de valores mobiliarios necesarios para considerar que la emisión de estos han sido masivos (oncse o más según la SMV), entonces tal sociedad titulizadora sí habría estado actuando dentro del marco de sus actividades autorizadas.

IX. CONCLUSIONES

Somos de la opinión que los fideicomisos de titulización deben cumplir una función financiera que se materializa necesariamente en la emisión de valores por parte de la sociedad titulizadora con cargo al patrimonio fideicometido.

Coincidimos con la resolución en que una interpretación integral del cuarto párrafo del artículo 314 de la LMV permite que los fideicomisos de titulización puedan cumplir una función de garantía solo en la medida de que esta sea complementaria a la función financiera referida precedentemente. Sin embargo, es necesario precisar que nuestra interpretación se debe principalmente a la forma como está regulada actualmente la LMV y no por una cuestión de fondo respecto a que consideremos que deban existir diferentes tipos de fideicomisos regulados por diferentes cuerpos normativos o supervisados por distintas entidades gubernamentales.

Si bien los valores mobiliarios deben cumplir con el requisito de ser emitidos de forma masiva, consideramos que no resultan de aplicación a las ofertas privadas las disposiciones del Reglamento OPP que exigen un mínimo de diez valores emitidos para dar por cumplido el referido requisito.

En nuestra opinión, el principal cuestionamiento a los Fideicomisos de Titulización Cuestionados es que los mismos no sirvieron como un vehículo de financiamiento, y en ese sentido, es cuestionable si tales fideicomisos cumplieron con la función financiera inherente a todo proceso de titulización de activos. ■

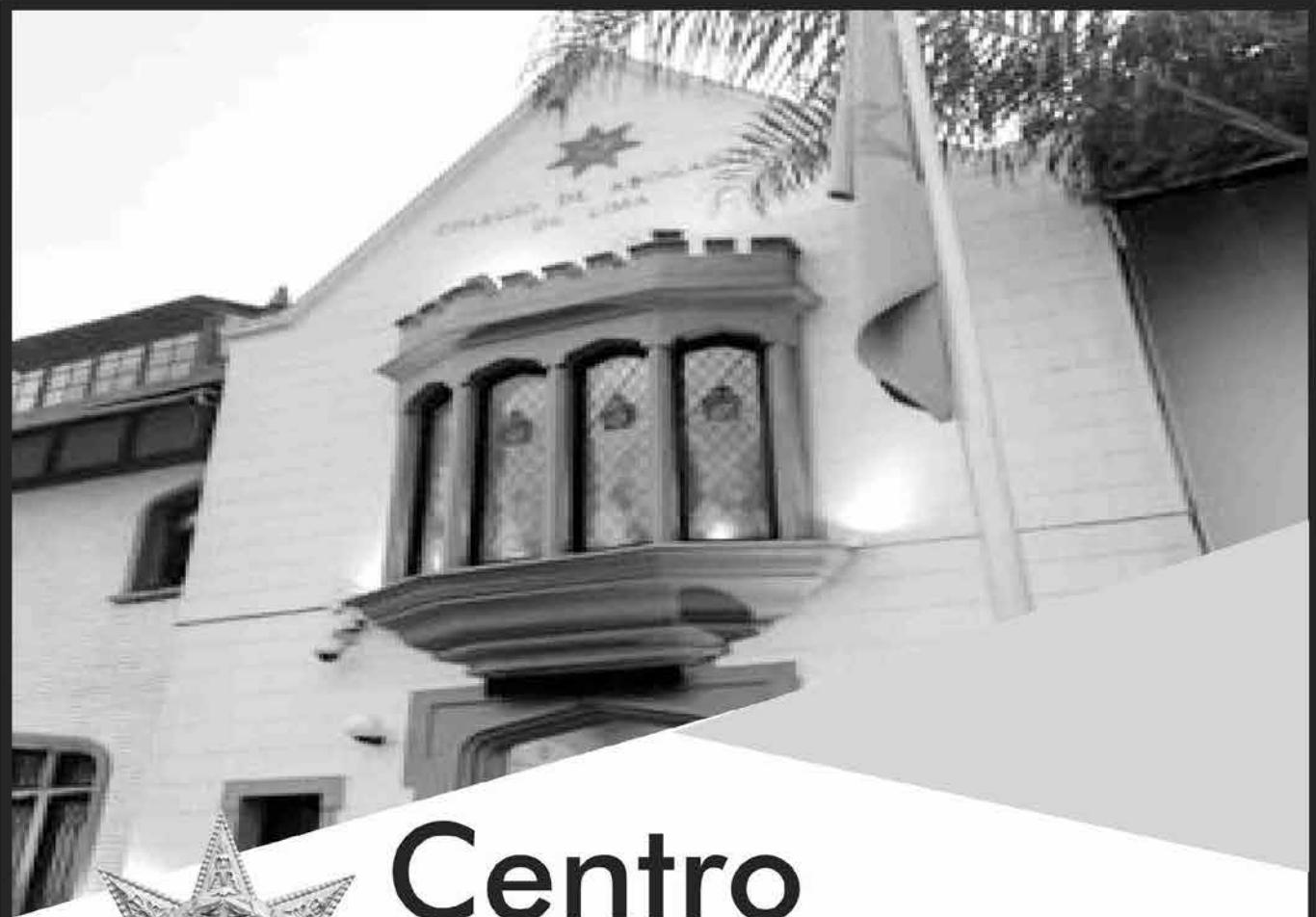
REFERENCIAS

- Alcázar Uzátegui, R. (1997). La titulización de activos en el Perú. *Ius Et Veritas*, (15), 295-303.
- Benavides, J. (2002). La Titulización de Activos. En G. Serra (ed.), *El Mercado de Valores en el Perú* (pp. 553-601). Cultural Cuzco.
- Buendía Sardón, J. A. (1995). La titularización. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (31), 99-113.
- Castritius, P. (2012). Legislación de titulización de activos en Perú: reflexiones y propuestas a la luz de sus más de 16 años de vigencia. *Advocatus*, (87), 87-107. <https://doi.org/10.26439/advocatus2012.n027.4147>
- Corzo de la Colina, R. (1997). El fideicomiso. Alcances, alternativas y perspectivas. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (35), 47-63.
- Lazo, J. (2007). Una visión general sobre la titulación de activos en el Perú. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (31), 177-203.
- López-Aliaga, R., & Souza, L. (1997). La Intermediación Financiera y Banca de Inversiones en el Perú. *Derecho & Sociedad*, (12), 110-119.
- Rocca, L. (2017). *El Mercado de Valores en Fácil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rodríguez Azuero, S. (2002). *Contratos Bancarios: Su Significación en América Latina*. Legis.
- Rubio Correa, M. (2012). *El Sistema Jurídico: Introducción al Derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Schwarcz, S. (2000). La alquilimia de la securitización de activos. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (40), 113-122.
- Valdez Paredes, D. (2009). Una Visión Panorámica de la Regulación Financiera en el Perú: A Propósito de la Crisis Económica Mundial. Entrevista al Doctor Guillermo Ferrero Álvarez-Calderón. *Derecho & Sociedad*, (32), 17-23.
- Zusman, S. (2018). *La Interpretación de la Ley: Teoría y Métodos*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

- Decreto Supremo 093-2002, Texto Único Ordenando de la Ley del Mercado de Valores, Diario Oficial *El Peruano*, 12 de junio de 2002 (Perú).
- Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Diario Oficial *El Peruano*, 9 de diciembre de 1996 (Perú).
- Ley 27287, Ley de Títulos Valores, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de junio de 2000 (Perú).
- Ley 29720, Ley que Promueve las Emisiones de Valores Mobiliarios y Fortalece el Mercado de Valores, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de junio de 2011 (Perú).
- Resolución CONASEV 001-1997, Reglamento de los Procesos de Titulización de Activos, 9 de enero de 1997 (Perú).
- Resolución CONASEV 141-98-EF/94.10, Reglamento de Oferta Pública Primaria y de Venta de Valores Mobiliarios, 21 de octubre de 1998 (Perú).
- Resolución SBS 1010-99, Reglamento del Fideicomiso y de las Empresas de Servicios Fiduciarios, 11 de noviembre de 1999 (Perú).
- Resolución SMV 040-2020-SM/02, Resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de superintendencia adjunta SMV 051-2017-smv/10, que constituye Precedente de Observancia Obligatoria, Diario Oficial *El Peruano*, 4 de mayo de 2020 (Perú).

MESA REDONDA



Centro de Arbitraje

CEAR-CAL

Ilustre Colegio de Abogados de Lima

INFORMES :

Para mayor información, puede consultar a la Secretaría General
del Centro a través del siguiente correo electrónico:
mp_arbitrajecal@calperu.org.pe / jescajadillo@calperu.org.pe

Telf: 7106607

César Humberto Bazán Naveda
Decano

MESA REDONDA: CONTROL DE TASAS DE INTERÉS

ROUND TABLE: CONTROL OF INTEREST RATES

Roxana Barrantes Cáceres*

Banco Central de Reserva del Perú

Pontificia Universidad Católica del Perú

Martín Naranjo Landerer**

Asociación de Bancos del Perú

Ivan Alonso***

Alonso & Muñoz

What justifies charging interest rates? What are its costs and/or benefits? Are certain people justified in being assigned comparatively higher interest rates? What is the effect of state control of interest rates? What does it mean to apply significantly high limits?

This round table responds to each of these questions and many more, setting up a controversial debate around this area of financial law.

KEYWORDS: *Interest rates; price control; credit contract; money offer; free market.*

¿Cuál es la razonabilidad que justifica el cobro de tasas de interés? ¿Cuáles son sus costos y/o beneficios? ¿Se justifica que a ciertas personas se les asignen tasas de interés comparativamente mayores? ¿Cuál es el efecto del control estatal de las tasas de interés? ¿Qué implica aplicar límites significativamente altos?

La presente mesa redonda responde a cada una de estas interrogantes y muchas más, configurándose un controversial debate en torno a este ámbito del derecho financiero.

PALABRAS CLAVE: *Tasas de interés; control de precios; contrato de créditos; oferta de dinero; libre mercado.*

* Economista. Doctora en Filosofía por la Universidad de Illinois at Urbana-Champaign. Máster of Science por la misma universidad. Docente principal de la Facultad de Economía y directora de la Maestría de Economía en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Investigadora principal del Instituto de Estudios Peruanos (IEP). Exjefa del gabinete de asesores del Ministerio de Energía y Minas. Exvocal de la Sala Especializada de Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual (Indecopi). Miembro del directorio del Banco Central de Reserva del Perú (BCR) (Lima, Perú). Contacto: barrantes.r@pucp.edu.pe

** Economista. Máster en Economía por la Universidad de Pennsylvania. Exdocente y director de la Maestría en Finanzas de la Universidad del Pacífico. ExGerente General del Banco de Desarrollo del Perú (COFIDE). ExSuperintendente de Banca, Seguros y AFP (SBS). Exmiembro del Directorio del Banco de Desarrollo de América Latina (CAF). Presidente del Consejo Directivo de la Asociación de Bancos del Perú (ASBANC). Presidente de la Red de Estudios para el Desarrollo (REDES). Miembro del Consejo Directivo de la Confederación de Instituciones Privadas Empresariales (CONFIEP) (Lima, Perú). Contacto: mnaranjo@asbanc.com.pe

*** Economista. Doctor en Economía por la Universidad de California. Licenciado en Filosofía por la Pontificia Universidad Católica de Perú (PUCP). Ex vicepresidente de Citibank. Ex profesor de microeconomía en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y Universidad del Pacífico (UP). Socio de Alonso & Muñoz (Lima, Perú). Contacto: ivan.alonso@alonsoymunoz.pe

1. **Desde las primeras civilizaciones (por ejemplo, Sumeria, Persia, Grecia), los prestamistas han cobrado intereses compensatorios. La Tabla de Drehem (2100 a.C.) contiene referencias explícitas al derecho a recibir esos intereses. Al margen de cada contexto histórico específico, ¿Cuál es la racionalidad económica y moral que justifica el cobro de intereses por dinero?**

ROXANA BARRANTES: La racionalidad económica es sencilla. Cuando uno cobra un interés hay una relación de promesa de pago involucrada. Yo estoy renunciando a satisfacer mis necesidades de hoy a cambio de una promesa de que me paguen y pueda satisfacer mis necesidades de consumo o mi demanda por bienes y servicios en el futuro. En la medida en que hay un sacrificio también hay un costo, el cual debe ser pagado y asumido por quien lo incurre, es decir, la persona que ha estado recibiendo los recursos. También se puede agregar el tema de la productividad marginal del capital, pues se espera que no sea simplemente una postergación del consumo. Un ejemplo es dentro del programa “Juntos” cuando las personas explican que están ahorrando, porque están postergando el consumo, otro ejemplo es que una persona compre una máquina para que le brinde más recursos a futuro. Lo moral es pagar el costo que haces incurrir a la sociedad.

MARTIN NARANJO: La moralidad detrás descansa en la observación del costo en que haces incurrir a la sociedad. No obstante, supongamos que el interés es cero ¿Por qué prestaríamos? ¿Por qué alguien tomaría el riesgo? Cuando uno da crédito, en cualquier dirección, se compra una promesa de pago que tiene diferente verosimilitud según quién la haga. Esto hace la diferencia dentro de las tasas de interés. Las figuras más elementales son el costo de oportunidad del dinero, el hecho de que las transacciones se hacen libremente y el hecho de que lo que se está haciendo es comprar promesas de pago.

IVAN ALONSO: La racionalidad del cobro de intereses se resume en la preferencia en el tiempo. Cuando presto dinero a alguien, le estoy cediendo mi turno en la cola del consumo. Sacrifico mi consumo presente para que otra persona pueda hacerlo con esos recursos, mientras que yo espero. La espera implica sacrificio y riesgo, no solo de que no exista el pago, sino también de que yo no pueda cobrar el préstamo en el futuro. También ocurre esto cuando es un préstamo de dinero recién creado. Cuando el banco crea dinero para hacer un préstamo, la persona que lo recibe tiene los medios para presentarse en la cola del consumo y solicitar ciertos bienes y servicios. Se hace toda una

cadena, donde cada persona está cediendo un turno por un período de tiempo a otra. Y el que está a la cabeza, es decir, el que recibió el préstamo del banco, puede realizar un gasto o inversión sin sacrificar su consumo presente, usando el trabajo o paciencia de los otros para satisfacer primero sus necesidades. De cualquier forma que se produzca el préstamo, siempre ocurre que alguien pospone su consumo y eso es remunerado con un interés. Esa es la racionalidad del pago de intereses.

2. **Históricamente, disciplinas ajenas a la economía han ejercido influencia en la construcción de una narrativa en torno al dinero. Por ejemplo, desde épocas tempranas la religión católica ha abogado por el control de las tasas de interés en todas sus expresiones. ¿Qué opina sobre el papel de esas disciplinas en la configuración de la narrativa pública sobre el dinero?**

MARTIN NARANJO: No solamente ocurre con el crédito, también con temas de género y otros que arrastramos culturalmente. Cuando la norma social que emanaba del antiguo testamento decía que no se podía cobrar intereses a los hermanos, se interpretaba que esto se refería a todo pueblo judío. Ahí nace esa capacidad de prestamista. Otra salida es la de la banca islámica, que comparte la misma tradición. Transforma en instrumentos de renta variable las rentas fijas cuando comparten resultados. Entonces, si bien las construcciones morales de ese tipo existen desde mucho tiempo atrás, siempre se ha encontrado una manera de seguir adelante.

IVAN ALONSO: Esta narrativa se inicia mucho antes de la Iglesia Católica. Está en Aristóteles, quien decía que el dinero es estéril, por lo cual era inmoral cobrar intereses. No obstante, es una manera figurativa de hablar. Extraña que Aristóteles haya tenido esa lógica, porque tenía la idea de que la función hace al órgano. Sorprende que no haya desarrollado una teoría de la moneda y del interés en función de los servicios que presta el dinero en la economía. Aristóteles tuvo gran influencia en la edad media y la escolástica. Recién llegando al siglo XVI comienzan a cambiar esas concepciones sobre la inmoralidad del interés y a entenderse el dinero de otra manera.

ROXANA BARRANTES: Esto se orienta más a la dimensión de poder y dimensión política. Por buena parte de la historia moderna, esta tradición judeo-cristiana con la religión católica ha sido predominante en la toma de decisiones. Es por las narrativas, que están asociadas a dimensiones políticas, vinculadas a quién controla el capital o los medios de producción, y quién los quiere controlar para

obtener algún beneficio. Si se deja lo religioso a la fe, eso será válido para sus creyentes, pero no para una sociedad laica donde lo que tiene que primar son los derechos de las personas, así como ser compensada por un costo que está incurriendo.

- 3. Históricamente la intervención de los gobiernos en los mercados de dinero ha afectado la oferta y la demanda. Hacia 1788 a.C. el emperador Rim-Sin emitió un decreto para controlar las tasas de interés con el fin de contrarrestar el emergente poder de la clase financiera. A causa de ese decreto, esa clase dejó de financiar las expediciones marítimas de Ur. Por tal razón, el tráfico comercial entre Ur (Sumeria) y Dilmun (que controlaba las rutas del Golfo Pérsico) cesó por 1000 años. ¿Por qué a lo largo de la historia se insiste, una y otra vez, con la idea de que es posible controlar las tasas de interés sin afectar la oferta de dinero?**

IVAN ALONSO: La idea de que se pueden controlar las tasas de interés sin afectar la oferta de dinero no es más que una manifestación particular de un error generalizado sobre los controles de precio. Mucha gente dice creer que los controles de precios no afectan la oferta de los productos, es decir, que el mercado seguirá funcionando. Eso no es cierto, el control afecta la oferta. Mucha gente piensa que el dinero no es un producto y eso es otro error. En ninguna de sus formas el dinero pierde la relación entre precio y cantidad que tienen todos los bienes en el mercado. Si sube el precio del oro, se extrae más oro. Si sube el interés que se paga por el oro, también. Igual ocurre dentro del mercado inmobiliario. Entonces, el caso del dinero bancario es el mismo. Si se puede cobrar un interés mayor, los bancos tendrán mayores incentivos para crear más dinero y préstamos. Si el interés está controlado, habrá menor incentivo, afectando la oferta de dinero, impidiendo la inversión y el comercio. El dinero es un lubricante de las transacciones. Una reducción abrupta de la oferta de dinero creará un descalabro en la actividad económica. Por todo ello, queda claro que un control de precios de la tasa de interés generará una retracción en la oferta.

ROXANA BARRANTES: La tasa de interés es un precio. Cuando se impone un control de precios, se está interviniendo en el mercado. En teoría económica, eso se conoce como regulación. Cuando se quiere controlar un precio, se quiere eliminar la capacidad del mercado de ajustarse o reaccionar a lo que los agentes quieren realizar (quienes terminamos siendo los ciudadanos que queremos comprar, emprender, postergar consumos, etc.). Entonces, sería una de las intervenciones que afectaría más gravemente los derechos de propiedad.

Un control de precios dice que esa señal de escasez relativa del dinero ya no da información, por lo cual debe conseguirse en otro lado, afectando todos los flujos de las actividades económicas. Es contraproducente buscar afectar un precio. Además, esas transacciones se presumen realizadas en libertad, pero se le estaría diciendo a los ciudadanos que no confien en el precio ni en la transacción formal y que no tienen libertad sobre los recursos. Es profundamente autoritario. Si se tiene un problema social, debe resolverse en sí mismo, no afectando el funcionamiento del mercado.

MARTIN NARANJO: Completamente de acuerdo. Explicaré algunos ejemplos. Una vez me encontraba con mi familia en Madrid y había una gran cola para entrar a un museo debido a que era gratis, a lo que mi hijo dice "hacer una cola de dos horas no es gratis". De esta manera, se insiste porque políticamente es menos costoso aceptar las colas antes que los precios oficialmente más altos. Por otro lado, la dimensión política tiene mucho que ver, la salida populista de ofrecer soluciones erradas que acumulan distorsiones ha estado presente en muchas otras experiencias y mercados.

- 4. Los abogados, al analizar las leyes, no solo nos preocupamos de la dimensión económica, sino también la moral. Hay 3 corrientes principales, la kantiana, aristotélica y utilitarista. ¿Desde alguno de estos puntos de vista hay razón para también rechazar el control de las tasas de interés?**

ROXANA BARRANTES: Incluso moralmente lo que corresponde es que quien hace incurrir en un costo a la sociedad, luego lo pague. Debe separarse una participación libre en el mercado del hecho realizada sobre la base de dotaciones iniciales del hecho de que esas dotaciones iniciales no te permitan participar de manera libre. Este es el problema de la equidad o social. Son dos temas diferentes.

IVAN ALONSO: Incluso moralmente es equivocado. Por ejemplo, si se pone un tope de 10% a la tasa de interés, pero dos personas están dispuestas a hacer una transacción con un tope más elevado que es mutuamente beneficiosa ¿Por qué se evitaría eso? El control le quitaría a una de esas personas la posibilidad de resolver un problema. Por ello, moralmente también es condenable cerrarle la puerta a mucha gente que mediante un préstamo puede lograr objetivos importantes en su vida.

MARTIN NARANJO: Desde una perspectiva de eficiencia y autonomía, es perfectamente compatible con la estructura moral. El crédito lo que hace, en esencia, es levantar una restricción de liquidez que estaba impidiendo la materialización de una riqueza.

za potencial. Entonces ¿Qué restricciones deben levantarse? Las que consideres que efectivamente son posibles de materializarse como promesa. Eso tiene un precio. El crédito, cuando escoge aquello que efectivamente tendrá mayor probabilidad de materializarse, también deja de lado a aquellos que considera que no son razonables dentro de la estructura del mercado. El crédito conecta con el futuro y lo va creando. Y esto debe ser eficiente en un mercado libre y autónomo, donde la información se comparta de forma fidedigna y las promesas sean válidas. Por todo ello, incluso desde la perspectiva de la virtud es perfectamente compatible con el referido cobro de intereses.

5. Existe la idea de que no es justo que las personas con pocos recursos paguen intereses comparativamente altos. ¿Por qué razón el mercado asigna tasas de interés comparativamente altas a esas personas?

ROXANA BARRANTES: El interés es un indicador de la verosimilitud de la promesa de pago. Esta es una manera sencilla de ver qué tan verídico es que una persona pague, es decir, de ver la noción de riesgo. Pero ¿Qué ocurre con las personas de bajos recursos? Pueden enfrentar otro tipo de riesgos a los que les darán más prioridad si se plasman, dejando de lado la promesa de pago en un mercado formal de dinero. El precio justo es aquel que reconoce efectivamente el sacrificio en el margen de los recursos involucrados en un bien o servicio. Si el riesgo es mayor, el sacrificio también, y tiene sentido que esa tasa de interés también lo sea. Existe un riesgo asociado a la verosimilitud de la promesa de pago. A mayor verosimilitud, menos riesgo y menos costo.

MARTIN NARANJO: Una vez visité a un cliente que cultivaba café en Machetillo, que está a dos horas de Bagua. Para encontrar al agricultor se debe llegar antes de las seis de la mañana, por lo que debes salir antes de las cuatro de la mañana. El crédito era de mil soles. Hay riesgo y costos de transacción. Pero cuando llegó el cliente no estaba, pues era tarde. Apareció su esposa, quien no había ido a recoger el desembolso porque ahorraba para el pasaje, que en total hubiera sido de sesenta soles. Entonces, para un crédito de mil soles ya habría costo de sesenta que no está vinculado al crédito. En este caso es la ausencia de infraestructura la que hace que el precio se eleve, en otros casos es la ausencia de los mecanismos de protección social que hagan que sean menos vulnerables respecto de sus propios ingresos.

Si se quiere hacer una emisión en el mercado internacional, se puede hacer, pero no tiene ningún sentido hacerlo por menos de cien millones de dóla-

lares. Hay escalas que determinan si los costos de transacción pueden ser o no absorbibles. Ahí hay una segmentación que identifica que se tiene que llegar a tasas que deben ser pagables, acá el límite está en el otro lado. En el de la ausencia de infraestructura física y de protección social.

IVAN ALONSO: El crédito más caro es el que no existe. En un mercado libre, nadie está obligado a pagar una tasa de interés mayor de lo que está dispuesto a pagar. De la misma manera, nadie está obligado a prestar a una tasa de interés menor a aquella a la que está dispuesto a prestar. Por ende, no veo injusto ni inmoral que ciertas personas paguen tasas mayores que otras, a menos que haya un monopolio legal que los obligue a tomar prestados de ciertas personas en particular, pero si el mercado es libre y competitivo, no hay problema. Tampoco suscribo la idea de que los pobres necesariamente paguen más que los ricos. Puede haber correlación, pero hay otras variables aparte del nivel de ingreso que inciden en la tasa de interés. La verosimilitud del riesgo del crédito tiene que ver con otros factores, tales como los activos, la experiencia previa con el banco en calidad de pagador, o la voluntad o carácter de pago.

Entonces, si a una persona se le ofrece crédito a una tasa que a nosotros nos parece muy alta, lo primero que hay que hacer es preguntarle si preferiría que se le niegue el crédito. No creo que sea adecuado hacernos problemas morales por los precios que se observan en el mercado fruto de la voluntad de las partes. Es difícil saber externamente cuáles son los verdaderos costos de prestarle a una persona u otra.

También hay costos fijos. Hay una experiencia de hace algunos años en Camboya, donde se aplicó un control de las tasas de interés. El efecto que se generó a los meses es que desaparecieron los préstamos por montos menores al equivalente de dos mil dólares ¿Por qué había costos fijos? La tasa de interés controlada con este monto no daba para cubrir los costos fijos. Si las partes, considerando todo en su situación particular, están dispuestas a acordar un préstamo a cierta tasa de interés, mal podemos nosotros desde afuera condenarlo moralmente.

6. Desde una perspectiva económica, las políticas públicas deben sustentarse en un análisis costo-beneficio, que determine que la presunción razonable de que la adopción de una norma generará beneficios netos. ¿Cuáles son los costos y beneficios derivados del control de intereses?

MARTIN NARANJO: Los análisis costo-beneficio de las normas del Congreso son todos iguales, siem-

pre se dice que no hay costos. Personalmente, no encuentro beneficios económicos, probablemente solo habrá beneficio político a corto plazo. Los costos dependen de qué tan restrictiva es esta condición. Si se coloca a un nivel donde lo que se excluye es pequeño, entonces el costo es menor que excluyendo a un grupo más grande. Los costos son evidentes, se genera exclusión, racionamiento, mercados negros, violencia asociada a los mismos. En Colombia existe un control y mucha liquidez vinculada al narcotráfico y negocios ilegales. Los mercados han llegado a un extremo donde los informales te obligan a aceptar la obligación, sin que hayas solicitado el crédito ¿Qué ocurre? Alguien tiene un negocio, pero llegan informales que te obligan a aceptar el crédito. Tal persona luego tiene que pagar la deuda en las condiciones impuestas. De lo contrario, se puede llegar al extremo del asesinato. Esos costos son enormes, quizás el mayor sea una asignación de recursos completamente ineficiente para la sociedad.

IVAN ALONSO: No veo ningún beneficio neto para la sociedad. El control de tasas de interés únicamente genera un beneficio para la persona que aún puede conseguir crédito a la tasa regulada, pero esos beneficios se obtienen a costa, en primer lugar, del prestamista y, en segundo lugar, de sacar del mercado a otras personas que dejarán de recibir crédito. El control de la tasa va a reducir la oferta de crédito. Esas personas van a pagar un costo, pues no podrán materializar las oportunidades que tenían dada una restricción que no podrán levantar por efecto del control de la tasa de interés.

Entonces, cuando se balancean los beneficios para los que siguen obteniendo crédito, estos en realidad no son tales, solamente son transferencias de riqueza (del prestamista al prestatario) y el costo para los que quedan fuera sí es un costo real pues son oportunidades que se dejan de concretar. Siempre el control de precios inhibe la realización de las transacciones que quedan al margen y ahí está el costo, pues cada una de esas transacciones generaba más beneficios para una de las partes que los costos que se le imponía a la otra. La suma de esas pérdidas es la pérdida para la sociedad. El control de precios siempre tiene un costo o beneficio neto negativo para la sociedad.

ROXANA BARRANTES: Solo de manera complementaria, considero importante pensar cuál es el tipo de medidas que tienen que analizarse con un examen de costo-beneficio o de costo-efectividad, pero aquello nos desvía del tema. Con respecto al mismo, me gustaría agregar que cuando una persona es excluida del mercado y acude a los mercados negros, estos tienen tasas de interés y costos

de transacción muchísimo más altos, pues en buena parte de los casos está en riesgo la vida o salud. Y, además, son en períodos muchísimo más cortos que obligan a reducir el horizonte de planeamiento y el plazo que se le da al emprendimiento para surgir, por ende, tiende a promover posibles emprendimientos especulativos. De esa manera, hay una gran serie de transacciones que quedarán excluidas y no podrán seguir.

MARTIN NARANJO: En Colombia se ha observado el 'efecto murciélagos' que tiene que ver con las tasas de consumo y de micronegocios. Este consiste en que todas las tasas se pegan al techo que permite la tasa máxima regulatoria, por lo que aun los que tienen crédito lo tienen a tasas más altas, pues el límite y la posibilidad de racionar hacen que se puedan elevar así las tasas. En una circunstancia de mercado libre podrías tener un crédito alejado del promedio que responde a la distribución de costos y riesgos, pero en el momento en el que se impone un límite se produce una posibilidad de racionamiento que eleva las tasas promedio significativamente.

IVAN ALONSO: Efectivamente, las personas desplazadas del mercado formal del crédito acudirán al mercado informal donde pagarán tasas más altas. No obstante, en el mismo también se elevarían las tasas en caso de aplicarse un control. Primero, porque hay una demanda que se desplaza de un mercado a otro. Y segundo, porque la tasa de interés también va a afectar la oferta de crédito en el mercado informal, que es una especie de mercado secundario donde recircula el dinero creado en el sistema formal. Por ende, si no calificas o no tienes las conexiones para conseguir crédito después del control, te obliga a ir a un mercado informal donde el crédito será aun más caro de lo que era previamente.

7. Existe una regla según la cual no se pueden controlar las tasas de interés. Posteriormente, se modifica y se establece que se pueden controlar bajo ciertos límites. No obstante, los políticos consideran que los límites son muy altos y que el mercado no debería afectarse, por lo que deciden que fijarán límites tan altos que no alteren los modelos de negocio de los agentes del mercado. ¿Existe algún problema económico en esa justificación?

IVAN ALONSO: La crítica es que un techo muy alto es inefectivo y es una forma de no cumplir con el mandato de poner una tasa tope. Ese es el dilema que enfrentaba el Banco Central de Reserva cuando se dio la reciente ley en la materia, y lo que hizo –sabiamente– fue fijar un tope que estaba de

alguna manera ligado a lo que ocurría en el mercado. El Banco no podía rehusarse a cumplir la ley, pero tampoco podía cumplirla solamente fijando un tope astronómico, por ende, optó por fijar un tope relativamente alto pero vinculado a la realidad del mercado.

ROXANA BARRANTES: Cuando se coloca un tope que no guarda relación con el mercado se está debilitando la ley, generando que las normas vayan perdiendo credibilidad, así como la institución encargada de cumplirlas. Eso puede tener un efecto complicado cuando efectivamente sea necesario como activo principal de la entidad dar alguna medida.

MARTIN NARANJO: El Banco Central ha reaccionado bien, el límite es adecuado para no excluir significativamente, pero de todas maneras excluye a un grupo y tiene un costo importante. Por ende, el balance implica conocer cuál es el costo que podemos asumir, además de tener que dar credibilidad y estabilidad a la aplicación de la norma. El balance debe manejarse y revisarse constantemente.

8. **¿El cambio de una regla de no control a una regla de control no crearía un riesgo importante y, desde el punto de vista institucional, no generaría que los agentes dejen de confiar en que las cosas se mantendrán igual que en el presente?**

ROXANA BARRANTES: El problema cuando se establece este tipo de control es que se aplica la lógica de 'para mis amigos todo y para mis enemigos la ley'. Para los que regularían eso, bastaría tener la ley sin importar lo que ocurra a futuro.

IVAN ALONSO: El control no es bueno, por lo cual se ha buscado crear uno a niveles estratosféricos, para que supuestamente no tenga efectos y no cause daños. No obstante, el problema es que, en el futuro, discrecionalmente, ese tope bajará y comenzará a tener el efecto pernicioso que sabemos que va a tener.

MARTIN NARANJO: En esta misma línea, considero que hay acciones de inconstitucionalidad que deberían ser atendidas.

9. **Aceptando que en ciertos segmentos se cobran intereses relativamente altos, ¿No existen mecanismos alternativos –al control de tasas de interés– capaces de lograr la reducción de esos intereses?**

ROXANA BARRANTES: Una tasa de interés relativamente alta para algunos segmentos responde a dos elementos. Primero, la verosimilitud de la

promesa de pago. Esta implica que todas las medidas que contribuyan a aumentar esa verosimilitud permitirán reducir la tasa de interés. Y segundo, la tecnología crediticia o costos de transacción alrededor de completar un contrato de créditos. Cuanto más altos sean los costos de transacción, es probable que las tasas de interés también lo sean. ¿Cómo controlas costos de transacción? Examinando la infraestructura que los soporta. Por ejemplo, con respecto a la conectividad a internet, es importante que sea fluida en lugar de gastar en coordinar una reunión presencial. Entonces, las cuestiones son ¿Cómo bajamos los costos de transacción alrededor de los contratos de crédito? Y ¿Cómo contribuimos a aumentar esa verosimilitud de la promesa de pago?

MARTIN NARANJO: Hay una distinción elemental entre lo que es una red lógica y una red física. Las redes lógicas y físicas crecen de la mano, no puede haber una sin la otra. No sirve tener teléfonos inteligentes si no se tienen programas y viceversa.

Lo mismo ocurre con los contratos financieros. Representan una red lógica, que se mueve sobre una red física, que tiene dos componentes principales. Primero, la red física misma (caminos, telefonía, internet, energía). Eso tiene que ver directamente con los costos de transacción. Luego, la red de protección social (educación, salud, seguridad, justicia) que está directamente relacionada con los riesgos asociados a los contratos financieros.

Con respecto a instituciones, algunas son importantísimas. Quizás en el Perú al observar cómo resolvemos nuestros conflictos. Se debe analizar si hay estabilidad económica, si hay independencia del Banco Central, si la política monetaria lleva a la estabilidad, etc. En adición, también son importantes los instrumentos, por ejemplo, FAE-Mype, FAE-Turismo, Reactiva Perú. Algunos han sido muy potentes para reducir los costos del crédito. Hay maneras de crear dichos instrumentos y también existe experiencia. Es perfectamente posible construir o solicitar la construcción de portafolios para después darles liquidez, comprarlos, aglutinarlos, ponerlos en un fideicomiso, etc. ¿Cómo amplías la red lógica de contratos financieros sin ampliar las redes físicas que le dan soporte? Ese es el rol del gobierno. La lógica de la inversión pública debe ser de inclusión. La inversión en infraestructura física y de protección social debe diseñarse y ejecutarse siempre desde una perspectiva de inclusión.

IVAN ALONSO: Discrepo de la premisa que indica que en ciertos segmentos se cobran tasas demasiado altas. No obstante, estamos aceptando como hipótesis que es así. ¿Qué mecanismos alternativos habría para reducir las tasas de interés? Primero,

debemos tomar en cuenta el costo de producción interno de los bancos, el proceso de crédito. Eso desde afuera no es conocido por nosotros, es el negocio exclusivo de los bancos. Segundo, lo que acelera ese proceso es la competencia. La existencia de más bancos incentiva ponerle más empeño a la reducción de costos. No obstante, creo que ya no se avanzará mucho más. Tenemos un mercado financiero abierto, competitivo, donde no hay límites de capital mínimo para los bancos, pero los mismos no son exorbitantes. No creo que acá se pueda llegar más lejos.

Empero, con respecto a los costos de transacción sí. Yo me enfocaría en los costos cuando las cosas no salen bien. El crédito puede o no pagarse en los términos acordados. En los escenarios de recuperación, aún enfrentamos una cantidad de restricciones (por ejemplo, cuánto toma ejecutar una hipoteca) que al final son parte del costo de producción, pues son un escenario posible, inciden en el precio que se le pone al riesgo. Por ende, si algo puede hacerse desde el gobierno es observar las maneras mediante las cuales esos costos de transacción para la recuperación de créditos y exclusión de garantías puedan reducirse.

10. En términos históricos, el dinero ha sido esencialmente un recurso secundario (empleado para facilitar el intercambio de bienes y servicios) producido por los mercados. El monopolio del Estado sobre la producción del dinero es relativamente reciente. ¿Cuál es el efecto del control de las tasas de interés en la relación dinero del Estado-dinero de los mercados (por ejemplo, criptomonedas)? ¿Ese control no genera incentivos para que las empresas y los consumidores elijan el dinero de los mercados en lugar del dinero del Estado?

MARTIN NARANJO: En teoría sí. La diferencia principal es el curso legal (por ejemplo, no se pueden pagar impuestos con criptomonedas). Además, las criptomonedas no siguen los fundamentos de ninguna economía en particular. Entonces, en teoría sí, mientras más caro sea usar el dinero público, más atractivo se hace el privado, pero este no es el caso de las criptomonedas pues tienen un atractivo especulativo muy independiente de lo que sucede con los fundamentos económicos.

IVAN ALONSO: Con seguridad el control de las tasas de interés aumenta el costo de usar la moneda estatal y el incentivo de optar por una moneda

privada, pero no estoy seguro de que el aumento sea tan grande como para superar las ventajas que tiene la moneda estatal. No se sabe si el tránsito a una moneda privada se va a dar, puede ser que con el cambio tecnológico se superen esas barreras y por eso hay mucha gente esperanzada en que el *blockchain* ponga a todo el sistema monetario privado fuera de la intromisión del Estado. No obstante, me temo que no se va a dar.

Lo que sí temo es que, en algún momento, cuando los Estados quieran tomar control del *blockchain*, lo van a realizar. Personalmente, soy bastante escéptico al respecto y creo que la tendencia hacia las monedas digitales es peligrosa. En algún momento lo que estará en juego no es solo la privacidad, sino también la libertad de las personas. Pienso en un gobierno de tendencias autoritarias que le bloquea el uso de sus depósitos a los opositores al régimen, o programa las monedas para que solo puedan usarse en determinadas transacciones y no en otras. También es un riesgo para la propiedad privada. La justificación que muchos economistas respetables proponen a favor de las monedas digitales es la posibilidad de cobrar tasas de interés negativas. Si en caso el *cash* desaparece, ya no se tiene escapatoria, el interés se cobra de tu cuenta. El *cash* es finalmente la única ancla que queda para que la emisión de moneda no crezca sin medida. Por ende, temo que las consecuencias inflacionarias de la desaparición del *cash* puedan ser mayores de las que estamos reconociendo en el presente momento.

ROXANA BARRANTES: Esta pregunta nos obliga a mirar al futuro, uno que muchos países ya están construyendo. En esa medida, hay un conjunto de conceptos involucrados. Como el *bitcoin* se denomina 'criptomoneda', se asume que debería ser una moneda, pero no es tal, es un activo digital. De esta manera, una persona solamente podría pagar impuestos si las hace líquidas en *cash*. Otra cosa son las monedas digitales respaldadas por bancos centrales, que están en pleno proceso de desarrollo, por ejemplo, en Nigeria. Pero al mismo tiempo se encuentra el Banco Central de Suecia, que ha dicho que no desea *cash* para el año 2030. Y también tenemos el caso de El Salvador, donde se ha hecho al *bitcoin* de curso legal, manteniéndose controlado por una empresa privada. Con esta pregunta nos queda una agenda de investigación, tomando en cuenta todos los retos que tenemos los países en desarrollo (retos en la inclusión financiera, en la confianza en el Estado o en la confianza en nuestros sistemas financieros). 

RICARDO ELÍAS

ABOGADO PENALISTA & CONSULTOR

Av. Javier Prado Este 596, oficina 602 - San Isidro, Lima
Telf. 01 400 5181
contacto@eliaspuelles.com

 [/eliaspuelles](#)

 [@eliaspuelles](#)

 [@estudio.eliaspuelles](#)

BID RIGGING O CONCERTACIÓN EN LICITACIONES: ¿QUÉ, CUÁNDO Y CÓMO SE PRODUCE UN HARD CORE CARTEL BAJO ESTA MODALIDAD?

BID RIGGING OR COLLUSIVE TENDERING: WHAT, WHEN AND HOW IS A HARD CORE CARTEL PRODUCED UNDER THIS MODE?

Juan Santiago Chang Tokushima*

Baxel Consultores

Mario Fernando Drago Alfaro**

Ex Editor General de THĒMIS-Revista de Derecho

Baxel Consultores

In the last couple of years, the National Institute for the Defense of Competition and the Protection of Intellectual Property has focused its efforts on the persecution and sanction of horizontal practices, initiating a substantial step in favor of improving free market competition.

This paper analyses the reasons why public bid riggings are considered per se illegal conducts by our national legislation, as well as how the National Institute for the Defense of Competition and the Protection of Intellectual Property has prosecuted and sanctioned these practices. The authors consider that classifying bid riggings as per se illegal is a consequence of their social impact, since there aren't any economic reasons that differentiate them from other per se illegal conducts.

KEYWORDS: *Collusion; tendering; collusive tendering; bid rigging; hard core cartels; naked cartels; ancillary doctrine.*

En los últimos años, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual ha enfocado sus esfuerzos en la persecución y sanción de prácticas horizontales, iniciando un paso sustancial a favor de mejorar la libre competencia de mercado.

En este trabajo se analizan las razones por las cuales la legislación de libre competencia nacional considera a las concertaciones en licitaciones públicas como conductas per se ilegales, y cómo el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual ha perseguido y sancionado tales prácticas. Los autores consideran que la tipificación expresa de las concertaciones en licitaciones públicas como prácticas prohibidas de carácter absoluto responde a su impacto social, antes que a un razonamiento económico que la diferencia de otras conductas ilegales per se.

PALABRAS CLAVE: *Colusión; licitaciones; licitaciones públicas; concursos públicos; carteles desnudos; doctrina de los acuerdos complementarios.*

* Abogado. Magíster en Economía, Regulación de los Servicios Públicos y Competencia por la Universidad de Barcelona. Socio de Baxel Consultores (Lima, Perú). Contacto: jchang@baxel.pe

** Abogado. Programa de Políticas Públicas de la Universidad del Pacífico. Profesor de la Universidad del Pacífico (UP) (Lima, Perú). Socio de Baxel Consultores (Lima, Perú). Contacto: mdrago@baxel.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 3 de marzo de 2022, y aceptado por el mismo el 14 de julio de 2022.

I. INTRODUCCIÓN

Tres empresas de movilidad escolar forman un consorcio para proveer servicios de transporte bajo un único contrato con el Ministerio de Educación. ¿Podríamos estar ante una conducta anticompetitiva? Para la Federal Trade Commission de los Estados Unidos, sí (Federal Trade Commission, s.f.). De hecho, este es el ejemplo con el cual la autoridad estadounidense define qué es un *bid rigging* (Caso *Federal Trade Commission c. B&J School Bus Services, Inc.*, 1993).

Pero seamos más precisos. No es el *joint venture* lo que se consideraría anticompetitivo, sino el hecho de que dicho contrato no implicase una integración de operaciones para, por ejemplo, ahorrar costos. Este consorcio no buscaba lograr una eficiencia, sino evitar competir en un concurso público.

Desde nuestro punto de vista, la colusión en los concursos públicos podría enmarcarse dentro de las otras circunstancias que el numeral 11.2 del artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas), ya considera hoy como ilegales *per se*: (i) fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio; (ii) limitar la producción o las ventas, en particular, por medio de cuotas; y (iii) el reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas (Decreto Supremo 030-2019-PCM).

Cuando los competidores se ponen de acuerdo para afectar el proceso competitivo de una licitación pública, no hacen otra cosa que establecer cuánto va a ofertar cada postulante (fijación de precios), cuánto del bien ofrecerá cada quién (limitación de producción) y/o quiénes se presentarán a una licitación (reparto de clientes, zonas y proveedores).

Este tipo de actos, denominados *Hard Core Cartels*, afectan directamente la competencia, puesto que la anulan. Es decir, son intrínsecamente nocivos para el bienestar de los consumidores, ya que generan precios altos y mala calidad de servicios. Es por ello que no sólo en Perú, sino también en otras latitudes, se les considera como prohibiciones absolutas y su sola verificación conlleva una infracción a la legislación *antitrust*.

Sin perjuicio de lo mencionado anteriormente, el lector podrá verificar que el numeral 11.2 del artículo 11 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas agrega un supuesto

adicional de ilegalidad *per se* de conductas anticompetitivas: establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates (Decreto Supremo 030-2019-PCM).

¿Por qué si las licitaciones colusorias pueden enmarcarse en uno o más de los supuestos reconocidos por el TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas como prácticas anticompetitivas, el legislador ha creado un supuesto separado y específico para los concursos públicos? El presente documento busca responder esta pregunta y, a su vez, explicar nuestra perspectiva sobre la aproximación legislativa y jurisprudencial del tema.

En los últimos años, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi) ha enfocado sus esfuerzos en la persecución y sanción de prácticas horizontales, con un incremento significativo de las multas tanto a las empresas como a las personas naturales directamente vinculadas a estos actos. De hecho, en un reciente caso, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia ha confirmado la máxima multa impuesta por el Indecopi tanto a una sola empresa (más de 9 500 UIT) como a una persona natural (más de 65 UIT) en un caso de concertación de precios (Resolución 157-2019/SDC-INDECOP)¹. En otro caso mucho más reciente, la multa en conjunto para las empresas imputadas superó los 10 450 UIT (Resolución 015-2021/CLC-INDECOP).

Este cambio de rumbo del Indecopi y, en especial, de la Secretaría de la Comisión de Libre Competencia –antes muy enfocado en los casos de abuso de posición dominante iniciados como consecuencia de denuncias de parte– ha significado un paso sustancial a favor de mejorar la competencia en los mercados. Las concertaciones en procesos de licitación son parte necesaria de esta agenda debido a su relevancia actual. Por ello, enfocaremos este artículo en desmenuzar, de manera simple y didáctica, qué, cuándo y cómo se produce un *Hard Core Cartel* bajo esta modalidad.

II. ¿EN QUÉ CONSISTE EL *BID RIGGING*?

Tal y como señalan Jones y Sufrin, el denominado *collusive tendering* o *bid rigging* se produce cuando

[...] las empresas colaboran o responden a invitaciones a licitaciones para el suministro de productos o servicios. Esta práctica limita la

¹ La multa total a las empresas involucradas ascendió a más de S/ 49 millones (USD 15 millones aproximadamente).

competencia entre los actores y las cantidades en un intento por parte de los postores para distribuirse el mercado entre ellos. En lugar de competir para presentar la menor oferta posible al margen más ajustado posible, los actores pueden acordar en cuál será la mejor oferta por presentar o acordar entre ellos quién será el participante ganador (2014, p. 689).

Esta conducta se encuentra listada como una práctica colusoria horizontal sancionable bajo el numeral 11.1 del artículo 11 del TUO de Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas de la siguiente manera:

Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales 11.1. Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:

[...]

j) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; [...] (Decreto Supremo 030-2019-PCM).

Del texto citado podemos desprender lo siguiente:

a) En primer lugar, y como ocurre en general con el concepto de un acuerdo horizontal (acuerdos inter-marca entre personas que están situadas dentro de la misma fase del proceso de producción, distribución o comercialización), no se requiere que exista un documento expreso, entendido como un 'concierto de voluntades' o, si se quiere, un 'contrato'.

La norma, de manera adecuada y expresa, incluye: (i) a las 'decisiones', que son los entendimientos de carácter vinculante bajo un gremio o asociación; (ii) a las 'recomendaciones'², que son entendimientos de carácter orientativo, no vinculante, pero que

pueden influir en el comportamiento de los actores; y (iii) a las 'prácticas concertadas', que juegan el papel de 'cajón de sastre' para cualquier otra conducta que implique cierto grado de coordinación entre los agentes (Deza Sandoval, 2009). En este último rubro podríamos incluir a aquellos actos de colusión tácitos.

- b) No es necesario que la conducta se produzca entre todos los postores que participan en una misma licitación. Bastará que la conducta exista entre dos o más agentes.
- c) No es necesario, siquiera, que los actores involucrados califiquen siempre como postores. Esto se debe a que, como bien señala la norma precitada, y tal como abordaremos más adelante, es perfectamente posible que el cartel consista en un acuerdo para no ofertar, o, peor aún, auto-descalificarse.
- d) Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que lo sancionado bajo el TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas es aquella conducta que tenga como efecto "restringir, impedir o falsear la libre competencia" (Decreto Supremo 030-2019-PCM, art. 11.1). Esto significa que no se encuentran sancionadas aquellas conductas que puedan incurrir los agentes pertenecientes a un mismo grupo económico dentro de un mismo proceso de licitación. En este caso, las empresas pueden buscar dar la apariencia de competencia, pero, como bien se señala en la Guía para Combatir la Concertación en las Contrataciones Públicas emitida por el Indecopi:

Cuando dos agentes pertenecen al mismo grupo económico, estos no son competidores, porque representan un mismo centro de interés. Y en tal sentido, no puede hablarse de una práctica restrictiva de la competencia entre dos agentes que en realidad no son competidores (2018b, p. 12).

Este tipo de conductas constituye una infracción en legislaciones especiales, como en el caso de la Ley de Contrataciones del Estado³.

² Los conceptos de 'decisiones' y 'recomendaciones' se encuentran muy bien explicados en los lineamientos para la interpretación de aspectos específicos del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas emitido por el Indecopi (2018a).

³ Artículo 14, inciso 1:

Cuando la Entidad, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o el Tribunal de Contrataciones del Estado verifique la existencia de indicios de conductas anticompetitivas en un procedimiento de selección en los términos de la normativa especial, debe remitir toda la información pertinente a la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI para que ésta, de ser el caso, inicie el procedimiento admi-

- e) Las conductas pueden producirse tanto en licitaciones públicas como en licitaciones privadas. Sin embargo, y como es evidente, los casos seguidos y sancionados en Perú como prohibiciones absolutas se concentran en las licitaciones públicas porque: (i) en ellas existe mayor transparencia en la información; y (ii) se presume un impacto social de mayor alcance.
- f) Las conductas sancionables no se limitan al sistema de licitaciones, sino que se extienden a cualquier tipo de figura que tenga un propósito similar. Esto es, ser un mecanismo para motivar la presentación de múltiples ofertas, simultáneas y/o sucesivas, para designar a un ganador.
- g) Es importante no confundir el uso del término público en la frase “licitaciones o concursos públicos o privados” de la norma, del uso que se le da en la sección inmediata siguiente de “u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates” (Decreto Supremo 030-2019-PCM, 2019, art. 11.1, literal j).

Que la norma considere sancionable las licitaciones o concursos públicos o privados debería ser suficiente para considerar sancionable cualquier acto anticompetitivo que se produzca también en sistemas de concursos privados, sin importar su modalidad. El término indeterminado ‘concurso’ conlleva dicha posibilidad de manera expresa. En este sentido, cuando la norma hace alusión a “otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates” (Decreto Supremo 030-2019-PCM, art. 11.1, literal j), no conlleva a que sólo puedan ser persegibles y sancionables aquellas conductas anticompetitivas que se produzcan dentro de otro tipo de mecanismos, siempre que sean a favor de entidades públicas y que se encuentren reguladas en la legislación pertinente (sea cual fuera esta).

III. ¿CUÁNDO SE SANCIONA UN BID RIGGING?

El artículo 11.2 del TUO de Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece lo siguiente:

11.2. Constituyen prohibiciones absolutas las prácticas colusorias horizontales inter marca que no sean complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos y que tengan por objeto:

[...]

d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates (Decreto Supremo 030-2019-PCM).

Si bien el TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas cita, en su artículo 11.1, una serie de conductas que califican como prácticas colusorias horizontales, dicha lista no es cerrada y refleja únicamente a las prácticas sancionadas más comunes. De esta manera, pueden presentarse casos de conductas colusorias no indicadas de manera expresa por la ley bajo comentario.

Sin embargo, lo que sí incluye su artículo 11.2, de manera expresa y taxativa, son aquellas conductas que, por su gravedad y efectos en el mercado, son consideradas como conductas prohibidas de manera absoluta y, por tanto, sancionadas con su sola verificación. Esto es lo que se conoce como la regla *per se*, que determina que dichas conductas sean sancionables incluso si nunca fueron ejecutadas y, por tanto, sin necesidad de que el Indecopi deba probar el daño o la posibilidad de causar daño al proceso competitivo.

Este tipo de conductas, para ser sujetas a la regla *per se*, deben calificar como *naked cartels*, también denominados ‘acuerdos desnudos’. Si un acuerdo no es ‘desnudo’, pero sí accesorio a otro más amplio cuya finalidad no ha sido la de restringir la competencia –piénsese, por ejemplo, en los acuerdos de colaboración, contratos asociativos, entre otros–, será analizado bajo la regla de la razón. De allí que, conforme al artículo 11.2 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, se haya precisado que “[c]onstituyen prohibiciones absolutas las prácticas colusorias horizontales inter marca que no sean complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos” (Decreto Supremo 030-2019-PCM).

Esta excepción a la regla *per se* es conocida como la doctrina de los acuerdos complementarios, o *ancillary doctrine*, bajo la cual los únicos acuerdos que se deben sujetar a la aplicación de la regla *per*

nistrativo sancionador correspondiente contra los presuntos responsables. Esta decisión debe ser mantenida en reserva y no debe ser notificada a los presuntos responsables a fin de asegurar la eficacia de la investigación (Decreto Supremo 082-2019-EF, art. 14.1).

se, deben ser aquellos cuyo único propósito es el de falsear la competencia.

Ya la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi se ha pronunciado, de manera expresa, con respecto a la aplicación de esta doctrina (a propósito de un caso iniciado bajo la antigua legislación de competencia peruana, el Decreto Legislativo 701). En dicho caso, la Empresa de Transportes Civa S.A. (en adelante, Civa) denunció a la Empresa de Transportes Mariscal Cáceres S.A.C. con motivo de la existencia de un contrato de servicio de agencia de transportes, a través del cual la denunciada se comprometió a arrendar parte de sus instalaciones en un terminal terrestre a favor de distintas empresas, incluyendo Civa. Sin embargo, este contrato exigía a Civa a cumplir con un reglamento interno que incluía la división de rutas y fijación de tarifas a las empresas de transporte terrestre que usarán el terrapuerto. Civa consideró que existía un cartel de precios y reparto geográfico de mercado.

En su decisión, la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi aclaró lo siguiente:

[...] de alguna manera reducen rivalidades entre las empresas, no son considerados *per se* ilegales ya que pueden implicar una integración en una determinada actividad productiva y, en tal sentido, tienen la posibilidad de crear eficiencia y reducción de costos en beneficio del consumidor. En tal caso no se puede hablar realmente de un acuerdo de fijación de precios o de repartición de mercado, sino de un acuerdo de asociación, de «*joint venture*» u otra forma de integración productiva.

[...] En ese orden de ideas, los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercados serán *per se* ilegales cuando no son consecuencia o no forman parte de un contrato de integración o no resultan efectivos para lograr la eficiencia de dicha integración. Lo que se pretende explicar es que dichos acuerdos saltan la barrera de *per se* ilegales y su legalidad debe ser analizada desde la perspectiva de la regla de la razón (Resolución 206-97-TDC/INDECOPI, pp. 6-7).

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi concluyó que este tipo de acuerdos de colaboración no eran *per se* ilegales debido a que

[...] se han realizado entre empresas que cooperan entre sí brindando el servicio público de transporte terrestre interprovincial de pasajeros en un lugar común y que, en ese sentido, tienen por finalidad brindar un servicio más completo a los consumidores compitiendo en mejores condiciones en el mercado (Resolución 206-97-TDC/INDECOPI, p. 8).

Ahora bien, resulta sumamente interesante y cuestionable desde el punto de vista económico, que la norma comentada haya considerado como una prohibición absoluta –sujeta a la regla *per se*– al *bid rigging* producido en licitaciones o concursos públicos; más no así a los acuerdos colusorios horizontales producidos en licitaciones o concursos privados.

Es decir, un acuerdo colusorio horizontal desnudo en una licitación privada no será tratado bajo la regla *per se*, al menos no bajo el literal d del artículo 11.2 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, ya que bien podría constituir un acuerdo desnudo bajo alguna otra modalidad. Deberá ser considerado, para todos los efectos legales, como una prohibición relativa –si es que acaso no encaja en algún otro supuesto en la lista taxativa del artículo 11.2– y, por tanto, “para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores” (Decreto Supremo 030-2019-PCM, art. 9).

Ciertamente, desde un punto de vista práctico, resulta sumamente difícil concebir un supuesto en que la *ancillary doctrine* pueda ser aplicable a un acuerdo colusorio horizontal producido en un proceso de licitación o concurso. Esto se debe a que, tal y como lo ha señalado la Comisión Europea en su decisión sobre el caso del Cartel Europeo del Azúcar:

En un sistema de subastas, la competencia es la esencia. La competencia se elimina, o al menos se distorsiona o restringe si las ofertas presentadas por aquellos que participan no son resultado de un cálculo económico individual, sino del resultado del conocimiento que los concursantes tienen de otros participantes o debido a la concertación entre ellos (Comisión Europea, 1973, p. 26) [traducción libre]⁴.

⁴ Texto original:

In a system of tendering, competition is of the essence. If the tenders submitted by those taking part are not the result of individual economic calculation, but of knowledge of the tenders by other participants or of concertation with them, competition is prevented, or at least distorted and restricted (2015, p. 571).

Después de todo, y como señalan Whish y Bailey, la colusión en procesos de licitación puede ser un negocio sumamente rentable:

[...] las ofertas colusorias es una práctica donde las firmas acuerdan entre ellas en colaborar sobre sus respuestas a las invitaciones a ofrecer. Es particularmente probable encontrarlas en industrias de ingeniería y construcción donde las firmas compiten por contratos muy grandes; usualmente el licitante tendrá un poder significativo de negociación y los contratistas sienten la necesidad de concertar su poder de negociación. **Desde la perspectiva de un contratista la colusión sobre ofertas tiene otros beneficios aparte del hecho que puede llevar al incremento de precios: significa que menos contratistas se toman la molestia en participar en un negocio en particular (licitar, por si mismo, puede ser un negocio costoso) por lo que los gastos operativos se mantienen bajos [...] (2015, p. 571) [el énfasis es nuestro].**

Quizá, la única situación que podemos imaginarnos –aunque no descartamos que pueda existir algún otro supuesto sumamente creativo– se produce en los casos de ofertas presentadas mediante consorcios o acuerdos participativos. A través de estos, varias empresas, no necesariamente parte del mismo grupo económico, se reúnen y acuerdan los términos que, en conjunto, presentarán en un proceso de licitación o concurso⁵.

Pese a ello, y de manera prudente, la Guía para Combatir las Concertaciones en las Contrataciones Públicas emitida por el Indecopi, señala lo siguiente con respecto a la posibilidad de *bid riggings* dentro de consorcios que participan en licitaciones públicas:

Los consorcios son lícitos y están permitidos como regla general por la Ley de Contrataciones del Estado y otros regímenes de contratación estatal. Sin embargo, se deberá *vigilar con mayor exhaustividad cuando estos consorcios se forman en mercados en los que existen pocos competidores o cuando es conformado por empresas que tienen una alta participación en el mercado con capacidad de ofrecer de forma independiente el objeto materia de la contra-*

tación (no siendo razonable que se consorcien con un competidor). Además se requiere de pruebas (como reuniones o intercambios de comunicaciones) que evidencien que no hubo una motivación legítima de complementariedad entre los potenciales postores, sino que existió *un acuerdo colusorio para no competir entre ellos, normalmente en una pluralidad de concursos públicos* (2018b, p. 16).

Sería posible, sin embargo, que la conducta anticompetitiva, por ejemplo, tenga como propósito obligar a la autoridad licitante a convocar la participación de consorcios. Por ejemplo, nos imaginamos que los miembros del cartel acuerden no presentarse en las licitaciones para obligar al licitante a cambiar las reglas de juego y permitir así la participación de consorcios. Ciertamente, estamos ante conductas sofisticadas y, por lo tanto, difíciles de catalogar.

Nótese que la guía precipitada se centra únicamente en los acuerdos colusorios producidos dentro de licitaciones o concursos públicos. Esto debido a que, como hemos señalado, las licitaciones o concursos privados no se encuentran listados como sujetos de prohibición absoluta. En todo caso, siempre será posible alegar que un acuerdo anticompetitivo horizontal desnudo, dentro de un concurso privado, podrá ser sancionado bajo la regla *per se* sobre la base de los demás supuestos regulados en la lista cerrada del artículo 11.2 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (acuerdos de precios u otras condiciones comerciales o de servicio, limitación de producción o ventas, o reparto de mercado).

Lo anterior nos trae un tema sumamente interesante a tratar: ¿Realmente era necesario incorporar como una conducta sujeta a prohibición absoluta distinta a los acuerdos colusorios horizontales en procesos de licitación o concursos públicos? Desde un punto de vista económico, pareciera que no. Al final de cuentas, y dependiendo del tipo de acuerdo involucrado, un *bid rigging 'público'* puede ser sancionado bajo los otros supuestos contenidos en la lista taxativa del artículo 11.2 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (acuerdo de precios, reparto de mercado, etc.).

⁵ Desde un punto de vista de competencia, es objetable que los acuerdos de consorcio sean relevantes en términos anticompetitivos. A fin de cuentas, se trata de varias personas presentando una misma oferta conjunta. Es decir, no son competidores entre sí dentro del proceso de subasta. Usualmente, las reglas de los procesos preven la posibilidad de presentar ofertas en consorcio. En ese sentido, sería cuestionable que un consorcio creado sobre la base de las reglas previstas en el propio concurso, pueda ser luego considerado *per se ilegal* en términos anticompetitivos. En un caso así, los participantes estarían jugando bajo reglas, entendemos legítimas, impuestas por el propio licitante. Esto, especialmente cuando en las reglas de licitaciones que permiten la participación consorcios, tratan de generar un escenario de transparencia que haría sumamente evidente un cartel por parte de los consorciados.

De hecho, ya desde 1993, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (en adelante, OECD) consideraba a las licitaciones colusorias como una especie de concertación de precios:

[...] el *Bid Rigging* es una forma particular de comportamiento colusorio de fijación de precios por el cual las empresas coordinan sus ofertas en contratos de compras o proyectos. Hay dos formas comunes de *Bid Rigging*. En el primero, las empresas acuerdan presentar ofertas comunes, eliminando así la competencia de precios. En el segundo, las empresas acuerdan qué empresa será el mejor postor y rotan, de tal manera que cada empresa gane un número o valor acordado de los contratos. Dado que la mayoría (pero no todos) los contratos abiertos a licitación involucran a los gobiernos, son ellos quienes con mayor frecuencia son el objetivo de los *Bid Rigging*. El *Bid Rigging* es una de las formas de colusión más ampliamente procesadas (1993, p. 16) [traducción libre]⁶.

Tan cierto es lo anterior que, el caso peruano más conocido hasta la fecha –el caso del oxígeno medicinal– fue sancionado por reparto de mercado geográfico porque la norma anterior no incluía, dentro de su lista expresa de conductas sancionables, a las colusiones dentro de procesos de licitación pública (Resolución 1167-2013/SDC-INDECOPI). De igual manera, en el primer caso de *bid rigging* peruano, resuelto contra Distribuidor Exclusivo Bryant S.A. (en adelante, Rheem Perú) y Envases Metálicos Inca S.A.C. (en adelante, Envases Metálicos) en la década de 1990, se sancionó a ambas empresas por una concertación de precios (Resolución 255-97/TDC-INDECOPI).

Es sumamente interesante, de hecho, que en el caso más reciente de *bid rigging* sancionado por el Indecopi, se haya indicado, de manera expresa, dos modalidades de licitaciones colusorias: la de fijación concertada de ofertas y la de reparto de zonas geográficas o de clientes (Resolución 015-2021/CLC-INDECOPI). Y los casos dados como ejemplo de estas conductas hayan sido, precisamente, los casos del oxígeno medicinal y de Rheem Perú y Envases Metálicos:

De igual manera, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Inde-

copi (en adelante, la Sala) ha precisado que el tipo infractor comprendido en el artículo 11.1. inciso j) del TUO de la LRCA abarca una serie de actuaciones destinadas a influir en los procesos de contratación con el Estado, encontrándose entre ellas la coordinación de ofertas, posturas o propuestas para que los agentes económicos participantes se repartan las adjudicaciones o eviten competir por precios en los procesos.

[...]

Una de las modalidades de licitaciones colusorias que ha sido objeto de sanción por parte de la Comisión es la fijación concertada de la oferta económica que dos o más proveedores ofrecen en la licitación de un bien o servicio. Así, por ejemplo, en el procedimiento iniciado por denuncia de Petróleos del Perú - Petroperú S.A. contra Rheem Peruana S.A. y Envases Metálicos S.A., se determinó que las denunciadas incurrieron en una concertación de sus ofertas entre 1995 y 1996, fijando el mismo precio y repartiéndose las cuotas de producción [...]

Una segunda modalidad de licitaciones colusorias sancionadas por Indecopi es el reparto de mercado, en el que dos o más proveedores acuerdan asignarse las licitaciones que se lleven a cabo en determinada zona geográfica o por determinados clientes. Así, por ejemplo, en el procedimiento iniciado de oficio contra Aga S.A., Messer Gases del Perú S.A. y Praxair Perú S.R.L., se determinó que las investigadas incurrieron en una práctica restrictiva de la competencia, consistente en el reparto del mercado de adquisición de oxígeno medicinal, en los procedimientos de selección convocados por el Seguro Social de Salud – EsSalud, a nivel nacional, entre enero de 1999 y junio de 2004. [...] (Resolución 015-2021/CLC-INDECOPI, párrs. 38-40).

Estos casos serán explicados a detalle posteriormente. Entonces, cabe preguntarse, ¿por qué si ya sería posible sancionar a las licitaciones públicas colusorias bajo cualquiera de las otras conductas *per se* ilegales, el legislador ha decidido incorporarlas como una conducta distinta?

Incorporar dentro de la lista taxativa de acuerdos horizontales desnudos a las licitaciones públicas es

⁶ Texto original:

Bid rigging is a particular form of collusive price-fixing behaviour by which firms coordinate their bids on procurement or project contracts. There are two common forms of bid rigging. In the first, firms agree to submit common bids, thus eliminating price competition. In the second, firms agree on which firm will be the lowest bidder and rotate in such a way that each firm wins an agreed upon number or value of contracts. Since most (but not all) contracts open to bidding involve governments, it is they who are most often the target of bid rigging. Bid rigging is one of the most widely prosecuted forms of collusion (1993, p. 16).

una decisión que no responde a un criterio económico, sino a una incompleta adaptación del modelo estadounidense. Entendemos que el objetivo del legislador peruano fue prever cualquier otro tipo de conducta colusoria que pudiera ser innovada en el futuro –y, por tanto, que no está listada en la actualidad en los demás casos del artículo 11.2– y explotada dentro de estos procesos. Lo que no es entendible es por qué hacer la diferencia entre concursos privados y públicos.

La historia, resumida, sobre cómo el *bid rigging* terminó siendo considerado como *per se* ilegal en Estados Unidos puede ayudarnos a entender por qué la adaptación peruana aún tiene pendiente un desarrollo jurisprudencial. Estados Unidos, al igual que Perú, considera al *bid rigging* –público y privado– como una conducta absolutamente prohibida. Pero, a diferencia del caso peruano, el establecimiento de la regla *per se* y la regla de la razón no se dio a nivel normativo, sino jurisprudencial. La sección 1 del Sherman Antitrust Act de 1890 declaró ilegal “todo contrato, combinación y conspiración que limite irrazonablemente el comercio interestatal y extranjero” (Department of Justice, 2015). Fue la jurisprudencia posterior la que se encargó de delimitarlas.

Por ejemplo, ya en el siglo XIX, en el caso *Addyston Pipe and Steel Co. c. United States*, la Corte Suprema de los Estados Unidos sancionó a un grupo de productoras de tuberías que habían acordado repartirse las licitaciones de los municipios, bajo la mecánica de ofertar por encima del precio base (1899). En este caso, el Estado había planteado que la conducta de las infractoras debía ser considerada siempre ilegal.

Durante los siguientes años, la jurisprudencia fue construyendo los supuestos en que las conductas anticompetitivas siempre eran consideradas ilegales. Esto decantó, para la década de 1940, en que la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció el precedente de la regla *per se* en el caso *U.S. c. Socony-Vacuum Oil Co., Inc.* (1940)⁷. De allí en adelante, la Corte comenzaría a delimitar con mayor especificidad qué conductas deberían ser consideradas como absolutamente ilegales.

Para el caso del *bid rigging*, más de 100 años de jurisprudencia formaron la convicción de que estas conductas son *per se* ilegales⁸. Froeb, Koyak y Werden, referidos en el documento 386 de la Office of Fair Trading, dan cuenta de ello con una estadística sorprendente:

[...] en 5 años previos a 1993, 70 por ciento de los casos de cartel investigados por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, involucraron colusión en licitaciones más que fijación de precios, siendo la colusión en licitaciones dentro de los procesos del gobierno una cuestión típica. Tal vez por esta razón, mucha de la lectura empírica del efecto de carteles se concentra en colusión dentro de licitaciones. Mientras que existen excepciones, en general, la evidencia sugiere que los carteles generan el incremento de precios por sobre el 10 por ciento, y en ocasiones por sobre el 20 por ciento, de los niveles competitivos (citado en Jones & Sufrin, 2014, p. 689).

El legislador peruano ha tratado de capturar un siglo de experiencia estadounidense en la norma, pero, a diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos, el haber delimitado la prohibición *per se* para las licitaciones colusorias públicas puede generar eventuales problemas probatorios para los casos de las licitaciones privadas.

En Estados Unidos, la construcción de la prohibición es el resultado de la maduración de su jurisprudencia, y no una incorporación descontextualizada en la norma. Mucho antes de que la Corte Suprema establezca en 1940 la regla *per se* como criterio obligatorio, diferenció los acuerdos desnudos de los complementarios. La comentada sentencia *Addyston Pipe and Steel Co. c. United States* (1899) había sido la primera en tratar este tema al interpretar el alcance del Sherman Antitrust Act.

Para la Corte, el *bid rigging* debe ser considerado como absolutamente ilegal no porque se trate de un concurso público, sino porque el objetivo de los infractores es atentar contra la libre e irrestric平a competencia en dicho concurso; es decir, en generar un acuerdo desnudo (como explicamos líneas arriba). Ese es hoy el criterio que adopta el Department of Justice cuando señala que:

⁷ Allí se señaló lo siguiente:

Any combination which tampers with price structures is engaged in an unlawful activity. Even though the members of the price-fixing group were in no position to control the market, to the extent that they raised, lowered, or stabilized prices, they would be directly interfering with the free play of market forces. The Act places all such schemes beyond the pale and protects that vital part of our economy against any degree of interference (Caso *United States c. Socony-Vacuum Oil Co., Inc.*, 1940).

⁸ Para mayores detalles sobre la jurisprudencia que fue formando la convicción sobre la ilegalidad *per se* del *bid rigging* en Estados Unidos, sugerimos revisar la apelación del caso *United States c. Heffernan* (1994), en donde se resumen una notable cantidad de decisiones sobre el tema.

Casi todas las formas de ardides de arreglo de licitaciones tienen una cosa en común: un acuerdo entre algunos o todos los proponentes que predetermina quién será el proponente ganador y limita o elimina la competencia entre los proveedores conspiradores (2012, p. 3).

La forma en que la legislación y jurisprudencia estadounidenses se aproximan a los casos de libre competencia les permite tener flexibilidad en cuanto a las sanciones de conductas *per se* ilegales. Caso a caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos va definiendo y reinventando el derecho de la libre competencia⁹. La manera en que se ha establecido la prohibición *per se* para las licitaciones públicas en Perú, podría dificultar la labor del Indecopi en la investigación de casos que antes se revisaban bajo cualquiera de las otras tres causales.

El caso europeo también es una muestra de que la prohibición *per se* de las licitaciones públicas puede ser un problema en la legislación peruana si no hay un tratamiento jurisprudencial adecuado. El artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, UE) no prohíbe expresamente a las licitaciones colusorias (2010). La autoridad las ha sancionado en virtud de los supuestos previstos en la norma, que son similares a los de la legislación nacional¹⁰, por su capacidad para restringir la competencia. Como refieren Whish y Bailey:

Colusiones en licitaciones ha sido una importante cuota en los casos de carteles en años recientes. Las empresas pueden hacer sus máximos esfuerzos para coludir en cada aspecto del proceso competitivo. Por ejemplo, en el caso Elevators and escalators, la Comisión impuso una sanción de €992 millones a una serie de licitantes por colusión en licitaciones, acuerdo de precios, reparto de proyectos, reparto de mercado e intercambio de información en relación a la instalación y mantenimiento de ascensores

y escaleras eléctricas en Bélgica, Alemania, Luxemburgo y Holanda. La Comisión refirió que los postores involucrados se informaron entre ellos sobre las invitaciones para participar y coordinaron sus ofertas de acuerdo a un pre-acuerdo de cuotas. En el caso de Car glass, la Comisión impuso multas de €1.3 billones – la multa más alta en una única decisión en la historia del Artículo 101. La Comisión sancionó a, entre otras prácticas ilícitas, al encubrimiento de precios: esto es que las ofertas daban la apariencia de competencia, pero fueron deliberadamente fijadas a un precio más alto que el miembro del cartel cuyo turno había sido acordado para ser ganador del contrato (2015, pp. 572-573).

Al respecto, Van Hove señala que, en Europa, el *bid rigging* puede tomar la forma de un acuerdo de precios, reparto de mercado, reparto de clientes e intercambio de información, etc. Además, puede ser una conducta aislada o parte de una infracción múltiple (2017).

Lo que muestra la experiencia europea es que no es necesario establecer una prohibición expresa para las licitaciones colusorias públicas como mecanismo para combatir sus efectos negativos sobre la competencia.

IV. ¿CÓMO SE VE UN *BID RIGGING*? UNA APROXIMACIÓN DESDE LA EXPERIENCIA PERUANA

Según refieren Jones y Sufrin con respecto al mercado comunitario: “[p]ese a la relativa escasez de casos de colusión en licitaciones en la UE, la evidencia sugiere que las colusiones en licitaciones, al menos en algunos países, podrían ser conductas generalizadas, en especial en casos de adquisiciones estatales” (2014, p. 689).

En el Perú existen pocos casos. De hecho, la mayoría se persiguieron y sancionaron cuando la norma

⁹ Recordemos, por ejemplo, el caso *Leegin Creative Leather Products, Inc. c. PSKS, Inc.* (2007), que revirtió el precedente establecido por el caso *Dr. Miles Medical Co. c. John D. Park & Sons Co.* (1911) y estableció, luego de casi 100 años, que las restricciones verticales ya no serían *per se* ilegales, sino que debían observarse bajo la regla de la razón.

¹⁰ Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea:

1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:
 - a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
 - b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
 - c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
 - d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
 - e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

[...] (2010).

ni siquiera preveía al *bid rigging* como una conducta listada, y las imputaciones y posteriores sanciones fue como consecuencia de fijaciones de precio y repartos geográficos entre los miembros de la colusión. El caso de *bid rigging* más reciente ha sido el de las licitaciones de textos escolares. En dicho caso, el Indecopi sancionó a los imputados Amauta, Metrocolor, Navarrete y Quad Graphics con más de 10 450 UIT por “práctica colusoria horizontal en la modalidad de establecimiento de posturas o abstenciones para el reparto de ítems en licitaciones, concursos y otras formas de contratación o adquisición pública” (Resolución 015-2021/CLC-INDECOPI, párr. 18.c.).

Como hemos adelantado, la colusión en procesos de licitación y subastas es una conducta anticompetitiva no por tratarse de una licitación, y menos por ser pública, sino porque implica un acuerdo desnudo para desnaturalizar el proceso competitivo, lo que claramente podría clasificarse como una fijación concertada de precios, un reparto de clientes, un reparto de mercado geográfico, etc. En cierto modo, podemos decir que la licitación es un mercado en sí mismo porque dentro de este sistema de competencia existen reglas preestablecidas que, precisamente, buscan reflejar ciertas condiciones de competencia justa y equitativa para lograr precios competitivos.

A continuación, veremos que las modalidades que se verifican con más frecuencia en los actos de colusión dentro de licitaciones o concursos son aquellas que ya venían siendo prohibiciones absolutas en la legislación de competencia nacional¹¹:

A. Acuerdos de precios

El caso más común de carteles desnudos es el de acuerdo de precios. Los integrantes del cartel, en simple, acuerdan fijar un precio común, o, al menos, precios que se muevan dentro de ciertas bandas. Sin embargo, y como es evidente, en un concurso o licitación solo puede haber un ganador. Tal y como refiere la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi:

Si todos los postores presentan una misma oferta económica, entonces el desempate podría resolverse por azar. En tal sentido, no son tan comunes los acuerdos de precios aislados, sino que podrían venir acompañados de acuerdos complementarios, como de fraccionamiento

to o incluso podrían repartirse el monto a obtener en el concurso público (2018b, p. 13).

Desde la perspectiva de la autoridad, los acuerdos desnudos vinculados a precios no son tan comunes y, por el contrario, están asociados a otras modalidades, a fin de asegurar que uno de los postores cartelizados sea el ganador.

En el Perú, el caso emblemático es el procedimiento resuelto contra Rheem Perú y Envases Metálicos como consecuencia de una denuncia de la empresa estatal Petróleos del Perú - Petroperú S.A. (Resolución 004-97-INDECOPI-CLC; Resolución 255-97/TDC-INDECOPI). En este caso, las empresas fueron sancionadas:

[...] por concertar el precio de venta de envases metálicos para lubricantes, requeridos por la empresa estatal Petroperú. El acuerdo consistía en un incremento concertado de los precios ofertados a Petroperú y una reducción del volumen de unidades ofrecidas, con el objetivo de que la compra de Petroperú sea fraccionada y repartida entre los dos proveedores (Comisión de Defensa de la Libre Competencia, 2018b, p. 14).

La concertación de precios, sin embargo, no se da sólo en la presentación de la oferta final, sino que incluso puede presentarse antes de la convocatoria. En 2018, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (Resolución 068-2018/SDC-INDECOPI) confirmó la sanción impuesta por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia a 31 centros de hemodiálisis que concertaron precios para incrementar:

[...] el valor referencial en el Concurso Público 1-2010-ESSALUD/CNSR y en la Adjudicación de Menor Cantidad Derivada 1190-2011-ESSALUD/CNSR en su primera, segunda, tercera y cuarta convocatoria, para la prestación de servicios de hemodiálisis con reúso en Lima y Callao, durante los años 2010, 2011 y 2012 [...] los referidos centros de hemodiálisis se abstuvieron de forma conjunta y coordinada de participar en los referidos procesos de selección, con el objeto de reforzar la eficacia del acuerdo antes indicado. Lo anterior obligó a EsSalud a declarar desierto los referidos concursos y a realizar sucesivas convocatorias durante un periodo de más de dos (2) años, dificultando y poniendo en riesgo la prestación efectiva y oportuna del

¹¹ Este listado ha sido elaborado sobre la base de la información contenida en los Lineamientos para la interpretación de aspectos específicos de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 2018a) y los Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos [OECD], 2009).

servicio de hemodiálisis, de vital importancia para la salud de los afiliados a EsSalud (Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI, párr. 1).

B. Ofertas de resguardo

El acuerdo de precios está muy vinculado a la modalidad de 'ofertas de resguardo'. Bajo este esquema, todos los postores, salvo uno, presentan ofertas perdedoras –con precios excesivamente altos– a fin de que sea solo el agente elegido quien obtenga la adjudicación, usualmente al mayor precio aceptable bajo las reglas de la licitación. Como bien señala la Comisión de Defensa de la Libre Competencia:

Con el objetivo de que se ejecute el acuerdo colusorio que busca favorecer a un postor en particular, el resto de empresas participantes puede presentar ofertas que solo den la apariencia de competencia genuina. Así, estas ofertas no serán mejores que la oferta escogida por el cártel como la ganadora (2018b, p. 15).

Por su parte, la OCDE señala que:

Las ofertas de resguardo (también llamadas complementarias, de cortesía o simbólicas) son la manera más frecuente de implementar esquemas de manipulación de licitaciones. Las ofertas de resguardo se presentan cuando personas o empresas acuerdan presentar ofertas que contemplan por lo menos un elemento de entre los siguientes: (1) un competidor acepta presentar una oferta más alta que la del ganador designado; (2) un competidor presenta una oferta que se sabe demasiado alta para ser aceptada; o (3) un competidor presenta una oferta que contiene términos especiales que se sabe son inaceptables para el comprador. La presentación de ofertas de resguardo está diseñada para aparentar una competencia genuina (2009, p. 2).

En el Perú, Indecopi sancionó a un grupo de empresas comercializadoras de oxígeno medicinal (Messer Gases del Perú S.A., Aga S.A. y Praxair Perú S.R.L.) por repartirse las licitaciones convocadas por el Seguro Social de Salud (en adelante, EsSalud), a nivel nacional (Resolución 051-2010/CLC-INDECOPI; Resolución 1167-2013/SDC-INDECOPI). Las modalidades empleadas por las empresas infractoras fueron varias, pero tenían un mismo objetivo: que Aga S.A. provea con exclusividad en la zona norte del país, Messer Gases del Perú S.A. en la zona centro y Praxair Perú S.R.L. en la zona sur y en Lima.

Para lograr ello, y según refiere la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi:

[...] las empresas aludidas ejecutaron un esquema colusorio por el cual, en cada procedimiento de selección, dos de ellas presentaban posturas «de resguardo», por encima del límite superior establecido por las normas de contratación pública entonces vigente, con la finalidad de ser descalificadas y garantizar que Essalud otorgase la buena pro a la tercera empresa que previamente había sido designada entre ellas (2018b, p. 26).

C. Descalificaciones

El caso más común es la oferta de precios que, por ser excesivamente elevados, descalifiquen al postor y, con ello, garantizar (o, al menos, buscar) que un determinado miembro del cartel sea ganador en las mejores condiciones posibles. Pero la auto descalificación, también llamada 'ofertas perdedoras', no se limita al precio, sino que pueden también generarse como consecuencia del incumplimiento voluntario de ciertos requisitos exigidos por las reglas de la licitación o el concurso.

El caso de oxígeno medicinal descrito líneas arriba encaja también en este supuesto. Como detalla el Indecopi en su decisión:

[...] el mecanismo de auto descalificación fue una estrategia diseñada para crear la apariencia de competencia, en particular, durante la primera etapa, en la cual, debido a las condiciones impuestas en las bases de EsSalud, no era posible el ingreso de otras empresas que participaran por los ítems ofertados, además de las tres imputadas (Resolución 1167-2013/SDC-INDECOPI, párr. 640).

En el caso de los textos escolares, también se da cuenta de este tipo de modalidad como la más común dentro de la conducta anticompetitiva sucedida a lo largo de los años:

La existencia de patrones derivados del análisis de la evidencia económica: la Secretaría Técnica identificó dos patrones que se revelan en las posturas que las empresas asumían al momento de la presentación de propuestas:

El primero, que denominó «patrón de autoeliminación», fue el mecanismo más utilizado por las empresas investigadas para la ejecución del acuerdo anticompetitivo. Este patrón se observa en las propuestas presentadas por las empresas imputadas en aquellos ítems que no les habían sido asignados a través de la conducta anticompetitiva investigada. Así, en aplicación de este patrón, estas empresas renunciaban a competir por aquellos ítems que no les correspondían por medio de dos formas:

o (i) la empresa presentaba ofertas cercanas al valor referencial, las cuales por lo general podían oscilar alrededor de 1% o menos de dicho porcentaje (por ejemplo, 0.5% o 0.7%) respecto del valor referencial, descalificándose de esta forma, o (ii) dicha empresa se absténía de postular al ítem en cuestión (Resolución 015-2021/CLC-INDECOPI, párr. 99.c).

Así, las empresas concertaron elevar sus precios por encima del límite de la licitación en varios de los casos para que una única empresa pueda adjudicarse la buena pro.

D. Supresión o retiro de ofertas

En este caso, los miembros del cartel, acuerdan no participar siquiera en la licitación, o retirarse, a fin de que se adjudique el contrato al miembro del cartel designado previamente. Aquí no se da apariencia de competencia, es más, no hay competencia.

El caso de los centros de hemodiálisis arriba citado también tuvo características similares, pero con ligeras diferencias respecto al momento y la finalidad de corto plazo por la que se concertó. En esta oportunidad, las empresas infractoras concertaron no participar de los concursos de EsSalud debido a que la entidad estatal no subió los precios de referencia sobre la base de una cotización previa concertada.

En efecto, las infractoras habían planeado enviar precios elevados como respuesta a la indagación de mercado de EsSalud, para que el precio de referencia se eleve, beneficiando a los postores. En tanto la entidad no realizó la subida, las involucradas decidieron no participar en sucesivas convocatorias.

E. Rotación de ofertas

El propósito del acuerdo colusorio es asignar turnos para que las empresas coludidas ganen en los procesos de licitación. A diferencia de los casos anteriores, que pueden conllevar una única conducta, en este caso la conducta se prolonga en el tiempo a fin de abarcar varios procesos de licitación o concursos. La manera en que se logra la adjudicación puede involucrar cualquiera de las conductas previamente detalladas (por ejemplo, mediante ofertas descalificadoras, supresión de ofertas, ofertas de resguardo, etc.).

Este caso también podría explicarse con la resolución de oxígeno medicinal citada líneas arriba. En dicho caso, las empresas implicadas presentaron ofertas más altas en las zonas geográficas que no les correspondían según el acuerdo, rotando al ganador de la buena pro.

F. Reparto de mercado

Al igual que el caso de rotación de ofertas, se trata de una conducta prolongada en el tiempo. En este caso, existe un reparto geográfico o de clientes, de manera tal que los miembros del cartel se adjudican zonas definidas en las que saldrán ganadores, o licitaciones realizadas por ciertas entidades. De manera similar a lo que ocurre con la rotación de ofertas, los miembros del cartel recurren a otras figuras que permiten asegurar la adjudicación al miembro seleccionado.

Al igual que en el caso anterior, este supuesto también se analiza en la resolución de oxígeno medicinal citado líneas arriba:

Aga, Messer y Praxair presentaron ofertas por encima del máximo permitido fuera de las zonas geográficas donde típicamente obtenían la Buena Pro o, se absténian de participar en los procesos de selección en estas zonas. La primera conducta se presentó mayoritariamente en la primera etapa, mientras que la última se configuró en la segunda etapa (Resolución 1167-2013/SDC-INDECOPI, párr. 449).

Existen ciertos indicios que permiten deducir la posible existencia de un acuerdo colusorio dentro de un proceso de licitación o concurso. Esto sucede porque las colusiones de este tipo suelen ser conductas continuas, es decir, que abarcan varios procesos de licitación y se prolongan en el tiempo.

Desde una perspectiva meramente económica, no tendría sentido para los miembros de un cartel incurrir en tal conducta en un solo proceso con el propósito que el beneficiario será solo alguno, o algunos, de sus integrantes¹². Por lo general, los acuerdos colusorios suelen implicar sucesivas concertaciones que beneficien a los miembros del cartel.

Finalmente, en estos casos es sumamente difícil encontrar pruebas directas de la concertación, aunque en algunos casos las conductas pueden resultar tan burdas que la infracción se acredita a

¹² Ello sin perjuicio que existe la posibilidad de que los miembros del grupo colusor, a través de un solo acto anticompetitivo, puedan implementar un esquema que beneficie a todos sus miembros (por ejemplo, a través de subcontrataciones de los postores perdedores o a empresas de sus respectivos grupos). También puede suceder, simplemente, que un postor consiga a un grupo de empresas para simular competencia en un solo concurso.

través de indicios o presunciones que corroboran, más allá de toda duda razonable, la existencia de una colusión (Bullard González, 2005, p. 227).

V. ¿QUÉ SE PUEDE HACER PARA EVITAR UN BID RIGGING? LA OPINIÓN DEL OECD

Como es evidente, la persecución y sanción de este tipo de conductas también debe ir de la mano con la implementación de ciertas políticas públicas por parte de las instituciones estatales que, precisamente, recurren a los sistemas de subastas para suministrarse de insumos y servicios. Esto, considerando que conforme lo ha precisado la OECD, “[e]n 2017, las compras públicas representaron el 46.4% de los gastos gubernamentales generales en Perú, la cuota más alta en Latinoamérica y el Caribe” (2021, p. 3).

Es bajo esta premisa que la propia OECD, en el documento precitado, ha planteado una serie de recomendaciones a fin de que el régimen de compras estatales, para el caso específico de EsSalud, donde se han verificado los casos más importantes detectados en los últimos años, sea consistente con las buenas prácticas sugeridas por la OECD. Entre ellas, podemos citar algunas que consideramos más relevantes:

A. Planificar las compras públicas

La correcta planificación de las compras permite, a través de estudios de mercado (ofertas pasadas, precios actuales del mercado, información de compras de otras entidades estatales), definir la cantidad de potenciales participantes en las licitaciones. De esta manera, el Estado puede optar por establecer las mejores condiciones que garanticen una mayor participación de los privados. En este sentido, la OECD indica lo siguiente:

EsSalud debería colaborar con los proveedores, en las primeras fases del proceso de planificación de las compras, ya que suelen tener más información que la entidad compradora sobre los costos, precios, tendencias del mercado, productos o servicios y sus sustitutos. Los intercambios tempranos con los proveedores también pueden maximizar la participación en el procedimiento de licitación al proporcionar información sobre oportunidades de compras futuras y permitir que los licitadores potenciales tengan tiempo para preparar sus ofertas (2021, p. 69).

Es a través de este estudio de mercado que Essalud podría, por ejemplo, ajustar sus requerimientos y especificaciones técnicas, de manera tal que estos permitan que una mayor cantidad de privados puedan participar. Muchas veces, según refiere la OECD, las entidades estatales consignan requerimientos que se ajustan a un solo postor en específico; probablemente, por una falta adecuada de investigación del mercado.

B. Maximizar el número de licitadores competidores

Mientras mayor sea el número de participantes en una licitación, menor será la posibilidad de que exista colusión. Esto se debe a que, en un sistema con muchos jugadores, es difícil que todos ellos arriben a un acuerdo anticompetitivo. Es más, los jugadores, muchas veces, se convierten en fiscalizadores de los mercados (denunciando posibles actos anticompetitivos).

La OECD muestra, en su estudio, información sobre el promedio de licitadores en procesos iniciados por Essalud. Es ciertamente preocupante la poca cantidad de jugadores que existen en el mercado:

Tabla 1: Métodos de compras utilizadas por EsSalud (2019)

Año	Régimen	Método de Compra	Cantidad	Cantidad (millones, PEN)	Número promedio de licitadores
2019	Ley de Compras Públicas – Ley 30225	Adjudicación simplificada	1093	424.7	2.5
		Comparación de precios	423	2.2	3.2
		Concurso público	189	663.5	2.6
		Adjudicación directa	144	374.6	1.0
		Oferta pública	179	476.6	2.2
		Subasta inversa electrónica	88	255.8	3.1
	Otros regímenes	Adjudicación simplificada – Decreto 1355	1	1.1	1.0
		Contratación internacional	8	1.1	1.0

Fuente: OECD (2021, p. 78, Tabla 6.1)

En mercados sumamente especializados, existe la posibilidad de que los participantes sean pocos. Sin embargo, existen mecanismos que podrían ayudar al incremento de postores. Las recomendaciones son múltiples, y no es propósito de este documento citarlas todas. Solo para referencia, mencionamos algunas que son de nuestro especial interés:

- a) Otorgar la posibilidad de ofertas productos o servicios que, si bien no cumplen con todos los requisitos técnicos, podrían resultar alternativas más económicas, pero igualmente efectivas para satisfacer la necesidad que motiva la compra pública (mediante mecanismos de homologación).
- b) Eliminar requisitos innecesarios y/o irrelevantes para participar en la licitación, así como utilizar especificaciones y documentos estándares que reduzcan los costos de participar en licitaciones, pues, muchas veces, el 'papeleo' y la burocracia son barreras que, de por sí, motivan que potenciales postores no quieran participar en las licitaciones.
- c) Reducir la facultad que tienen las entidades para acudir a adjudicaciones directas.
- d) Regular con mayor énfasis los requisitos para poder participar en consorcio (a fin de evitar ofertas conjuntas cuyo único propósito sea el de reducir la competencia). De igual manera, se debe evitar la posibilidad de la subcontratación cuando ésta no tenga efectos pro competitivos.

C. Otorgar transparencia a los criterios de adjudicación

Cualquiera que ha participado en una licitación pública conoce, de primera mano, que las entidades siempre se centran en exigir requisitos mínimos que tienen la intención de garantizar, supuestamente, la idoneidad del futuro prestador. Sin embargo, estos requisitos muchas veces se centran en los medios, y no en los resultados.

En ese sentido, y entrando al mundo de la oferta legal, tenemos que las licitaciones para patrocinios al Estado se centran, por ejemplo, en que las firmas postoras acrediten una cantidad mínima de facturación y de permanencia de años en el mercado. De esta manera, firmas nuevas, pero con abogados capacitados y de experiencia, no pueden participar en dichas licitaciones cuando la firma (como persona jurídica) tiene solo unos cuantos años de constituida.

La OECD plantea una solución bastante sencilla:

Los Lineamientos de la OCDE (OECD, 2009) recomiendan que los organismos públicos definan las especificaciones de las licitaciones en términos de requisitos basados en el desempeño que se enfoquen en objetivos, en lugar de métodos de implementación. De este modo, pueden fomentar soluciones alternativas o innovadoras, impulsar la competencia y a través de una presión competitiva, hacer menos probable la manipulación de las licitaciones.

La contratación basada en el rendimiento establece los objetivos del contrato, dejando a la discreción del adjudicatario la forma concreta de alcanzar dichos resultados. El buen rendimiento puede medirse con medidas de resultados comúnmente aceptadas y adecuadas al producto en cuestión, como la puntualidad, la fiabilidad y el cumplimiento de los objetivos del contrato. Los contratos basados en el rendimiento suelen contener un esquema de penalizaciones o recompensas por el rendimiento a lo largo del periodo del contrato (2021, p. 101).

La opinión de la OECD es mucho más amplia, pero nos da una pauta de las mejoras que pueden ser implementadas, a corto y mediano plazo y con bajos costes, en el sistema de contrataciones públicas. Lo importante para ello es el 'cambio de chip'.

VI. CONCLUSIONES

La inclusión de las licitaciones públicas como conductas ilegales *per se* en la legislación peruana no debe responder ni a su naturaleza de concurso, ni a su carácter público. Por el contrario, debe ser consecuencia de su condición de acuerdo desnudo, tal como se deriva de la experiencia jurisprudencial estadounidense.

Creemos que no ha sido un acierto el establecer una prohibición absoluta únicamente para las licitaciones públicas, pues ello permite interpretar que debe aplicarse la regla de la razón en los concursos privados. La experiencia europea permite concluir que las prohibiciones expresas que ya existían en el TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas eran suficientes para sancionar las licitaciones colusorias a través de desarrollos jurisprudenciales por parte del Indecopi. 

REFERENCIAS

- Bullard González, A.J. (2005). Armando Rompecabezas Incompletos. El Uso de la Prueba Indicaria. *Derecho & Sociedad*, (25), 227-238.

Deza Sandoval, T.R. (2009). Análisis de las prácticas colusorias horizontales contenidas en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas a la luz de la jurisprudencia europea. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 5(9), 31-62.

Federal Trade Commission (s.f.). Bid Rigging. <https://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/guide-antitrust-laws/dealings-competitors/bid-rigging>

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi] (2018a). *Lineamientos para la interpretación de aspectos específicos de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas*. <https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3898344/CLC%20-20Lineamientos%20para%20la%20interpretaci%C3%B3n%20de%20aspectos%20espec%C3%ADficos%20de%20la%20Ley%20de%20Represi%C3%B3n%20de%20Conductas%20anticompetitivas.pdf>

(2018b). *Guía para Combatir las Concertaciones en las Contrataciones Públicas*. <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/2961200/Gu%C3%A3A+de+Libre+Competencia+en+Compras+P%C3%ABlicas/>

Jones, A., & Sufrin, B. (2014). *EU Competition Law - Text, Cases, and Materials* (5ta ed.). Oxford University Press.

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos [OECD] (1993). *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*. <https://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>

(2009). *Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas*. <https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42761715.pdf#pdf>

(2021). *Lucha contra la colusión en el sector de la salud en el Perú*. <https://www.oecd.org/competition/lucha-contra-la-colusion-en-el-sector-de-la-salud-en-el-peru-un-examen-del-regimen-de-contratacion-publica-de-essalud.htm>

U.S. Department of Justice [Departamento de Justicia de los Estados Unidos] (2012). *Ardides de fijación de precios, arreglo de licitaciones y asignación de mercado: qué son y qué buscar. Manual básico sobre las leyes antimonopolios*. <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2012/11/29/price-fixing-es.pdf>

(15 de diciembre de 2015). *Leyes Antimonopolio y usted*. <https://www.justice.gov/atr-esp/leyes-antimonopolios-y-usted>

Van Hove, K. (octubre de 2017). *Bid-rigging and deterrence under EU law* [ponencia]. International Competition Network Cartel Workshop, Ottawa, Canadá.

Whish, R., & Bailey, D. (2015). *Competition Law* (8va ed.). Oxford University Press.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Addyston Pipe & Steel Co. c. United States, 175 U.S. 211 (1899).

Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, 21 de febrero de 1997, Resolución 004-97-INDECOPI-CLC, Expediente 024-96/CLC (Perú).

Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, 13 de agosto de 2010, Resolución 051-2010/CLC-INDECOPI, Expediente 002-2008/CLC (Perú).

Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, 10 de febrero de 2016, Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI, Expediente 008-2012/CLC (Perú).

Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, 5 de mayo de 2021, Resolución 015-2021/CLC-INDECOPI, Expediente 002-2019/CLC (Perú).

Comisión Europea. 73/109/EEC: Commission Decision of 2 January 1973 relating to proceedings under Articles 85 and 86 of the EEC Treaty (IV/26 918 - European sugar industry). (1973). *Official Journal*, L 140, 17-48.

Decreto Legislativo 701, Decreto Legislativo contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, Diario Oficial *El Peruano*, 5 de noviembre de 1991 (Perú).

Decreto Supremo 030-2019-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Diario Oficial *El Peruano*, 18 de febrero de 2019 (Perú).

Decreto Supremo 082-2019-EF, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, Diario Oficial *El Peruano*, 13 de marzo de 2019 (Perú).

BID RIGGING O CONCERTACIÓN EN LICITACIONES: ¿QUÉ, CUÁNDO Y CÓMO SE PRODUCE UN HARD CORE CARTEL BAJO ESTA MODALIDAD?

Dr. Miles Medical Co. c. John D. Park & Sons Co., 220 U.S. 373 (1911).

FTC c. B&J School Bus Services, Inc., 116 F.T.C. 308 (1993).

Leegin Creative Leather Products, Inc. c. PSKS, Inc., 551 U.S. 877 (2007).

Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi, 13 de agosto de 1997, Resolución 206-97-TDC/INDECOPI, Expediente 0077-95-CLC (Perú).

Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi, 22 de octubre de 1997, Resolución 255-97/TDC-INDECOPI, Expediente 024-96-CLC (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi, 15 de julio de 2013, Resolución 1167-2013/SDC-INDECOPI, Expediente 002-2008/CLC (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi, 26 de marzo de 2018, Resolución 068-2018/SDC-INDECOPI, Expediente 008-2012/CLC (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi, 26 de agosto de 2019, Resolución 157-2019/SDC-INDECOPI, Expediente 011-2015/CLC (Perú).

Sherman Antitrust Act (15 U.S.C. 1 *et seq.*)

United States c. Heffernan, 43 F.3d 1144 (7th Cir. 1994).

United States c. Socony-Vacuum Oil Co. Inc., 310 U.S. 150 (1940).

Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea art. 101, October 26, 2012, 2012 O.J. (C 326) 88.

PENSAR Y SENTIR DE ESTUDIANTES DE DERECHO EN SU CONTACTO CON EL MUNDO PROFESIONAL

LAW STUDENTS THINKING AND FEELING IN THEIR CONTACT WITH THE WORKPLACE

Fernando del Mastro Puccio*

Pontificia Universidad Católica del Perú

In Peru, law students must complete a preprofessional internship period. Despite the relevance of these experiences as their first encounter with the reality of the professional practice, there are no investigations that inquire into their impact on the student learning process. In this article, based on a theoretical framework around Hannah Arendt and the narrative analysis of students accounts, we seek to identify and understand how frozen thoughts operate in their experience as trainees.

In our analysis, we identified the following frozen thoughts: (i) it is necessary to work in excess in order to learn, (ii) mistreatment is acceptable if everyone is subject to it and (iii) tasks must be carried out without thinking or questioning them. Even though these thoughts are transmitted to the students in grave situations of legal non-compliance, mistreatment, and the commission of professional ethic violations, they act as expected without saying or doing anything. What reigns in them is the fear of not being valued, and not a process of reflection where they can question what they're being told. There are, however, cases where students do doubt that these thoughts are correct, but the inner conflict is left unresolved.

The relevance of this work lies in showing part of what happens in a training environment that has a great impact on learning, but has been neglected. In particular, it shows ways in which emotional factors, such as the desire to be recognized and self-worth doubt, works as barriers in the processes of thought and action. Finally, at the level of pedagogical reflection, Socratic pedagogy is presented as an approach that can have good results at the level of ethical training of students who experience situations such as those analyzed.

KEYWORDS: Hannah Arendt; higher education; legal education; experiential learning; law and psychology; legal ethics.

En el Perú, quienes estudian la carrera de derecho deben completar un periodo de prácticas preprofesionales. Pese a la relevancia que tienen estas experiencias como primer contacto con la realidad del ejercicio profesional, no se ha investigado cuál es su impacto en la formación de los estudiantes. En este artículo, a partir de un marco teórico centrado en Hannah Arendt y del análisis narrativo de relatos de estudiantes, se busca comprender cómo operan los pensamientos congelados en sus experiencias como practicantes preprofesionales.

A partir del análisis, se han identificado los siguientes pensamientos congelados: (i) trabajar en exceso es necesario para aprender, (ii) el maltrato es válido si les ocurre a todos y (iii) el propio rol consiste en cumplir los encargos sin pensar ni cuestionar. Aunque estos pensamientos son transmitidos a los estudiantes en situaciones de incumplimiento legal, maltrato y comisión de faltas éticas, suelen actuar conforme a lo esperado sin decir ni hacer algo. Predomina el miedo a no ser valorados y se deja de lado cualquier proceso de reflexión donde puedan cuestionar lo que les indican. Hay, sin embargo, casos donde los estudiantes dudan de si tales pensamientos son correctos, pero el conflicto interno queda sin resolver.

La relevancia de este trabajo radica en mostrar parte de lo que acontece en un ámbito formativo que tiene gran impacto en el aprendizaje, pero que ha sido desatendido. Particularmente, muestra modos en los que factores anímicos, como el deseo de ser reconocido y la duda respecto a la propia valía, funcionan como barreras en los procesos de pensamiento y acción. Finalmente, a nivel de reflexión pedagógica, se presenta a la pedagogía socrática como aproximación que puede tener buenos resultados a nivel de la formación ética de estudiantes que viven situaciones como las analizadas.

PALABRAS CLAVE: Hannah Arendt; educación superior; enseñanza del derecho; aprendizaje por la experiencia; derecho y psicología; ética legal.

* Abogado. Magíster en Derecho (LL.M.) por Duke University como becario Fulbright y Magíster en Estudios Teóricos en Psicoanálisis por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Director de la Oficina de Ética y Bienestar de la Facultad de Derecho de la PUCP. Profesor y Coordinador del Área de Ética y Responsabilidad Profesional en la Facultad de Derecho de la PUCP. Director de la Maestría en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional en la Escuela de Posgrado de la PUCP. Actualmente, es candidato a doctor en Estudios Interdisciplinarios en Psicoanálisis en la PUCP. Contacto: fdelmastro@pucp.edu.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 12 de enero del 2022, y aceptado por el mismo el 9 de junio del 2022.

Dedico este trabajo a las personas con las que compartí salas de practicantes.

I. INTRODUCCIÓN

¿Qué aprenden quienes estudian la carrera de derecho a través de sus vivencias como practicantes preprofesionales?¹ ¿Cómo impactan sus modos de pensar, sentir y actuar como personas que se están formando para ejercer la abogacía? ¿Qué rol cumplen en la configuración de su ética profesional? Estas son preguntas que no tienen respuesta desde la investigación académica enfocada en la enseñanza del derecho en el Perú.

En general, el ámbito de las prácticas pre-profesionales ha sido poco examinado, pese a que oficialmente se reconoce como pieza clave en la formación. La poca información con que se cuenta es cuantitativa y general, lo que no es suficiente para comprender qué papel cumplen las prácticas en la formación de nuestros estudiantes. Sin embargo, sí muestra realidades problemáticas, tales como la normalización del incumplimiento del horario máximo permitido por la Ley 28518, Ley sobre Modalidades Formativas Laborales². Asimismo, recientemente han tenido lugar denuncias en redes sociales, que mostraban casos de maltrato, humillación y hostigamiento a practicantes de la carrera de derecho³. Estas denuncias llevaron a que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (en adelante, MINJUSDH) emitiera un comunicado de rechazo a todo acto de hostigamiento o maltrato en espacios formativos como centros de prácticas preprofesionales (2020). Del mismo modo, la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, PUCP) emitió un pronunciamiento ante las graves denuncias de practicantes sobre maltratos y humillaciones, en el que, entre otras cosas, “invoca a los estudiant-

tes a reflexionar sobre el sentido de las prácticas” (2020, párr. 6) y afirma que “nadie tiene que «pagar derecho de piso» por nada. Nadie tiene que hacer «sacrificios», para obtener reconocimiento, no existe justificación para el uso de la violencia ya que ello constituye una vulneración de derechos” (2020, párr. 6).

Se suma a la falta de investigación, una desatención en el plano pedagógico. En efecto, no conocemos espacios formativos en las facultades de derecho de nuestro país que busquen promover en los estudiantes la reflexión acerca de sus vivencias como practicantes en el mundo del ejercicio profesional. No es exagerado decir, así, que se trata de un ámbito de medular relevancia en el proceso formativo, pero en gran medida desatendido en los planes de estudio⁴. Esto es particularmente grave en un modelo de formación por competencias, toda vez que esta da lugar central al plano de las experiencias en las que los estudiantes se desenvuelven como sujetos integrales (Tobón, 2013).

Este trabajo es un esfuerzo por pensar en el impacto formativo de las prácticas pre-profesionales a partir del análisis de relatos de un grupo de estudiantes de la carrera de derecho acerca de sus vivencias como practicantes. Nuestro propósito es identificar y analizar los “pensamientos congelados” (Arendt, 2002, p. 198) que tienen lugar en sus experiencias: quiénes los dicen, en qué situaciones surgen, cómo son utilizados, qué rol cumplen en los estudiantes de la carrera de derecho y qué papel juegan en la construcción de su ética profesional, entre otros.

El término ‘pensamiento congelado’, que tomamos del último libro de Hannah Arendt, *La Vida del Espíritu*, es utilizado por la autora para dar cuenta de aquellos pensamientos que no han sido exami-

¹ En el Perú, los estudiantes de derecho deben cumplir con un periodo de prácticas pre-profesionales para completar la carrera y poder optar por el título de abogados. De ese modo, las prácticas se siguen mientras son estudiantes y se realizan en entidades estatales, firmas de abogados, empresas, organizaciones no gubernamentales, entre otros. La modalidad pre-profesionales está regulada en la Ley 28518, Ley sobre Modalidades Formativas Laborales.

² La referida ley establece en su artículo 44 que la dedicación del practicante preprofesional no puede ser mayor de treinta horas semanales. Al respecto, la Oficina de Prácticas Preprofesionales de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) muestra que alrededor del 40% de los estudiantes que practican en estudios de abogados indican que trabajan más de treinta horas semanales (2019 y 2020).

³ Para consultar un ejemplo, véase a Constantino y Del Mastro (2020).

⁴ Para este trabajo, no hemos realizado una indagación empírica centrada en identificar qué iniciativas existen vinculadas al tema. Nuestra afirmación parte del conocimiento de diversas facultades de derecho en el Perú, pero también de un trabajo en el que se indagó por la enseñanza de la ética en 14 facultades de derecho peruanas (Tapia & Acosta, 2016). Por supuesto, conozco directamente el caso de Derecho PUCP. En nuestra experiencia, la Oficina de Prácticas Preprofesionales conduce diversas actividades que contribuyen a nuestros y nuestras estudiantes, entre las que se encuentran campañas, conversatorios y ferias que promueven la reflexión y toma de conciencia acerca de algunas problemáticas. Asimismo, cuenta con un sistema de quejas, realiza un ranking de mejores centros de prácticas, difunde información, entre otros. Sin perjuicio de eso, reconocemos la necesidad de que exista un espacio formativo pedagógicamente pensado para que los estudiantes puedan reflexionar acerca de sus experiencias y potenciar su formación en el ámbito preprofesional.

nados por las personas, pero que juegan un papel importante en sus decisiones y acciones (2019). El modelo contrario es el de Sócrates, que buscaba que las personas se detuvieran y pusieran en cuestión aquellas ideas, definiciones, frases o doctrinas con las que operaban.

Los pensamientos congelados tienen relación con las “frases hechas” a las que Arendt alude en su informe Eichmann en Jerusalén: Un estudio sobre la banalidad del mal (2019, p. 35). Estas son un modo particular en que se manifiesta la irreflexividad del sujeto, cuando piensa y habla a través de afirmaciones preconfiguradas, que se repiten en diversas situaciones sin variación y sin ser puestas en cuestión. Cuando estas frases aparecen, cierran la interrogación y cualquier posibilidad de diálogo o cuestionamiento. Ello llama la atención porque surgen justamente ante hechos frente a los que el cuestionamiento parece claro y necesario.

Los pensamientos congelados parecen jugar un rol importante en el mundo anímico del ser humano. Desde nuestro punto de vista, y a la luz de nuestro análisis, consideramos que son funcionales a la satisfacción de tres necesidades psíquicas de primer orden: (i) la de justificarse a uno mismo; (ii) la de evitar la angustia del sinsentido; y (iii) la de ser reconocido y ser parte. Como veremos, el nexo entre los pensamientos congelados y estas necesidades pueden advertirse en el trabajo de Arendt, pero también en diversas aproximaciones psicoanalíticas como la de Alice Miller.

En los relatos analizados, es posible identificar diversos pensamientos congelados, que se manifiestan en frases hechas, tales como: a) ‘tú no me traigas más problemas, tráeme soluciones’; b) ‘hay que pagar derecho de piso’; c) ‘son gajes del oficio’; d) ‘estás acá para hacer, no para pensar’; e) ‘acostúmbrate, así tratan a todos acá’; f) ‘si quieras aprender no importa el horario’, entre otras. Estos son algunos ejemplos de aquello que jefes y compañeros dicen a estudiantes en diversas y graves situaciones. En efecto, los relatos muestran que estas frases hechas son dichas cuando se incumple abiertamente el horario máximo fijado en la Ley 28518, cuando se les maltrata con insultos y frases humillantes, y cuando se les involucra en la comisión de faltas éticas, tales como ofrecerle regalos a un juez, actuar fuera del procedimiento establecido en la normativa o engañar a un cliente. Desde nuestro análisis, los ‘pensamientos congelados’ que subyacen son: trabajar en exceso es necesario para aprender, el

maltrato no es un problema si es que le sucede a todos y el propio rol es cumplir encargos sin pensar ni cuestionar.

Frente a estos pensamientos y en estas situaciones, los relatos muestran a los estudiantes como personajes que no dicen nada y actúan conforme a lo esperado. En diversos casos, la falta de cuestionamiento opera también internamente; es decir, no genera en la mente de los estudiantes un espacio de reflexión acerca de la corrección del pensamiento congelado y respecto a cómo reaccionar frente a lo vivido. En algunos casos, sin embargo, esta oposición interna sí tiene lugar: los estudiantes piensan que aquello que se les ha dicho no es correcto, pero, al mismo tiempo, dudan de ello y el dilema queda irresuelto. En diversos casos, tienen lugar sentimientos de frustración y malestar, pero de ellos no se deriva un proceso reflexivo, sino que prima el cuestionamiento de la propia capacidad para desempeñarse en ‘esa realidad’ que se concibe como ‘la realidad’ del ejercicio profesional.

En los relatos, jefes, compañeros de trabajo y abogados jóvenes, que son quienes transmiten los ‘pensamientos congelados’, lo hacen dentro de un discurso que genera en los estudiantes temor a no ser reconocidos ni valorados, a dejar de ser parte y a dejar una impresión negativa. De ese modo, el deseo de ser reconocidos pareciera operar junto con los pensamientos, haciendo que estos no sean puestos en cuestión. Frente al decir del otro, prima entonces una sensación de desvalorización antes que un proceso reflexivo. Al actuar sin resistencia en un entorno de maltrato, faltas éticas e incumplimiento de la ley, es posible que luego los estudiantes se apropien de las frases hechas a fin de satisfacer la necesidad de justificarse y evitar la angustia del sin-sentido de su desempeño profesional.

Consideramos que el presente trabajo aporta a la comprensión sobre cómo funcionan y qué importancia pueden tener los pensamientos congelados y el deseo de ser reconocido en la formación ética de nuestros estudiantes⁵. Asimismo, constituye un llamado de atención a las facultades de derecho, se busca motivar que se ponga el foco en estas realidades, ya que son experiencias contrarias a los objetivos de la enseñanza del derecho, que parecen impactar centralmente en el modo en que los estudiantes actúan en su primer contacto con el entorno del ejercicio profesional. Desde la lógica de formación por competencias, pero también a la luz de aproximaciones pedagógicas verdaderamente socráticas, las universidades tienen la responsabi-

⁵ Es preciso señalar que los resultados de este trabajo no se pueden generalizar, al tratarse de un análisis cualitativo que busca comprender el rol de los pensamientos congelados en las vivencias de un grupo de estudiantes.

lidad de generar con sus estudiantes espacios de reflexión y formación enfocados en sus vivencias como practicantes.

En esa línea, el desarrollo de mayores niveles de reflexividad y agencia en los estudiantes de derecho no puede ser una meta que se deje en sus manos. Las facultades de derecho deben asumir su rol formativo en este ámbito, no solo a través de espacios formativos, sino también mediante acciones que, con firmeza, pongan límites a los centros de prácticas preprofesionales y generen un discurso distinto que verse sobre lo que es lo valioso en el ejercicio del derecho.

Más allá del ámbito de la enseñanza del derecho, los resultados del trabajo aportan a la comprensión de cómo ciertas necesidades anímicas, como el deseo de ser reconocido, juegan un rol en los procesos de pensamiento, como factor que cierra la interrogación e inhibe la reflexividad. Así, este es un aporte al enfoque de formación por competencias en tanto permite poner el foco en las interrelaciones que existen entre el pensar, el sentir y el hacer.

II. PENSAMIENTOS CONGELADOS Y FRASES HECHAS

En su último libro, *La Vida del Espíritu*, Hanna Arendt utilizó el término “**pensamiento congelado**” (2002, p. 198) para dar cuenta de aquellos pensamientos que no son examinados por las personas, que no se han ‘puesto en movimiento’, que se tienen en la mente pese a no habernos detenido a pensarlos y a ponerlos en cuestión. En contraste, Arendt muestra a Sócrates como un pensador que tenía como meta que los ciudadanos de Atenas descongelen sus pensamientos: hacía que su interlocutor se paralice y se detenga a examinar aquello que daba por sentado, a fin de que nazca desde dentro de sí algo nuevo y maduro. Arendt indica que los pensamientos congelados pueden ser definiciones, ideas, frases o doctrinas. Así, aquello que los caracteriza no es tanto su falta total de sustento, sino el hecho que el sujeto opere con estos pensamientos sin haberlos sometido a una examinación particular: aquella en el que la persona genuinamente pone en cuestión lo que piensa a través del diálogo abierto con otros y con uno mismo. Respecto a esto último, Arendt resalta la idea del ‘dos-en-uno’ socrático, es decir, del diálogo “silencioso [...] del yo consigo mismo, que [...] hace del pensamiento una actividad auténtica, en la que soy tanto quien pregunta como quien responde” (2002, p. 208). Un pensamiento congelado no es fruto del ‘dos-en-uno’ porque el sujeto los mantiene y actúa a partir de ellos sin cuestionarlos en la propia mente.

Considero que los pensamientos congelados tienen relación con las “frases hechas”, a las que se alude en el polémico informe Eichmann en Jerusalén (2019, p. 84). En 1961, *The New Yorker* le pidió a Hanna Arendt informar acerca del juicio a Adolf Eichmann, nazi responsable de operar la expulsión de los judíos de Alemania y luego su deportación a campos de concentración. Para la autora, Eichmann no era un “sádico pervertido” (p. 122), como se le denominó en la acusación, ni tenía una “insaciable sed de sangre” (p. 102), como se afirmó en la sentencia. Para ella, se trataba de un sujeto que parecía común ¿Qué identificó Arendt en Eichmann? Una manera específica de hablar y pensar a través de **frases hechas**. Las frases hechas son formulaciones breves y preconfiguradas que el sujeto se apropió y repite en múltiples situaciones. No son razonamientos, no son argumentos ni ideas elaboradas, son frases similares a los eslóganes y clichés, que Eichmann repetía ante cada pregunta acerca de su vida y sus actos.

Así, por ejemplo, frente a la pregunta de si se sentía arrepentido por sus actos, respondía que ‘el remordimiento es cosa de niños’. Decía también que a los judíos se daba ‘una muerte sin dolor’, que las cámaras de gas buscaban ‘evitar sufrimientos innecesarios’ y afirmaba que ‘la batalla era el terrible destino del pueblo alemán’. Se trata de frases producidas por el régimen nazi que pueden ser consideradas como manifestaciones de ‘pensamientos congelados’ en tanto aquello comunicado con la frase no es examinado: a una ‘frase hecha’ no le sigue una explicación, un desarrollo o una justificación que sea producto de una indagación y de una puesta en cuestión. Por el contrario, las frases hechas cierran la interrogación, constituyen una respuesta final a los asuntos que se plantean y ello es desconcertante porque pareciera evidente lo cuestionable de aquello que se afirma con ellas. De ese modo, es propio de estas frases la falta de justificación y de examen, así como su manera particular de cerrar cualquier posible cuestionamiento. Esto se evidenció en el caso de Eichmann, como advierte Arendt en el interrogatorio:

Cuando el interrogador de la policía israelí le preguntó a Eichmann si no creía que la orden de evitar sufrimientos innecesarios era un tanto irónica, habida cuenta de que el destino de sus víctimas no podía ser otro que la muerte, Eichmann ni siquiera comprendió el significado de la pregunta, debido a que su mente llevaba todavía firmemente anclada la idea de que el pecado imperdonable no era el de matar, sino el de causar dolor innecesario (2019, p. 60).

Frente al intento de la policía, de ‘poner en movimiento el pensamiento’ con un cuestionamiento,

se tiene entonces la incomprendión de Eichmann, la imposibilidad de abrir la interrogación respecto a la idea que se encuentra ‘firmemente anclada’. Las cámaras de gas en campos de concentración eran un modo de matar con inimaginable e innecesario sufrimiento y, en todo caso, ¿Qué sustento tiene el afirmar que el pecado no es matar sino causar dolor innecesario? Los pensamientos y frases de Eichmann parecieran ser no solo cuestionables, sino funcionar para cerrar la interrogación justamente cuando esta es absolutamente justificada y necesaria.

A partir de esto, Arendt acuña el término ‘banalidad del mal’, para mostrar que la maldad en Eichmann no tenía una raíz en un odio profundo, en un sadismo o en raciocinios malvados, sino que se sostenía en pensamientos y frases sin profundidad y, en ese sentido, banales. Sin embargo, los pensamientos congelados y las frases hechas son un modo de pensar y de hablar que sí parece asociado a una ‘profundidad psíquica’ y, más concretamente, a necesidades anímicas de vital importancia. Específicamente, consideramos que este modo de pensar es funcional a: (i) la necesidad de justificar nuestro modo de actuar y de vivir; (ii) la necesidad de encontrar sentido; y (iii) la necesidad de ser reconocidos y de ser parte.

En cuanto a la necesidad de justificar nuestro modo de actuar y de vivir, partimos de advertir que Arendt llama a las frases hechas “clichés de satisfacción” (p. 84), “frases consoladoras” (p. 86), entre otras. A lo largo de su informe, es claro que para ella estas frases cumplían una función en Eichmann: le permitían vivir consigo mismo, sin conciencia de su realidad como criminal. Con ellas, no buscaba engañar a otro, sino que lograba engañarse a sí mismo como un “requisito moral para sobrevivir” (2019, p. 31). La irreflexividad en las frases hechas era, así, “[...] la más segura de las protecciones contra las palabras y la presencia de otros, y por ende contra la realidad como tal” (2019, p. 27). Dice Arendt, en esa línea, que Eichmann

[...] no había olvidado ni una sola de las frases que en uno u otro tiempo habían servido para darle una sensación de satisfacción. En consecuencia, siempre que los jueces, en el curso del interrogatorio, intentaban apelar a su conciencia, se encontraban con su satisfacción y se sentían indignados y desconcertados al darse cuenta de que el acusado tenía a su disposición un cliché de satisfacción para cada periodo de su vida y para cada una de sus actividades (2019, p. 33).

De ese modo, las frases hechas eran un recurso que permitía justificar su vida, en cada una de sus

etapas y actividades: Eichmann requería de la banalidad para vivir consigo mismo.

Esta necesidad parece ser propia del ser humano. Desde el psicoanálisis, podemos reconocer diversos mecanismos a través de los cuales las personas construyen y protegen una imagen tolerable e idealizada de sí mismos y evitan tomar conciencia de lo negativo en la propia historia y en el propio modo de vivir. Por ejemplo, Carl Gustav Jung sostuvo que un aspecto de la personalidad del ser humano, que llamó la sombra, es negado por este por ir en contra de su autoimagen y estar asociado a vivencias pasadas dolorosas (2010, p. 209). Otro ejemplo lo podemos encontrar en el trabajo de Alice Miller acerca del círculo de la violencia familiar. La autora mostró cómo personas que repiten patrones de violencia que vivieron cuando eran niños tienden a idealizar ese pasado, como una protección frente al reconocimiento del propio dolor y la propia violencia (1980). Estas personas no reconocen lo negativo de la violencia que vivieron en el pasado y la justifican al concebirla como necesaria.

En segundo lugar, la necesidad de encontrar sentido está ligada a la angustia que genera el no-saber y el sinsentido. Desde el psicoanálisis, Castoriadis construye una aproximación al respecto desde la idea freudiana de pulsión de saber. En el capítulo Pasión y Conocimiento de su obra Hecho y por Hacer, dice que el ser humano necesita “[...] crearse una imagen del mundo y de su lugar en él” (2018, p. 162) y que “más que leche y sueño, la psique pide sentido; pide que se mantenga unido, para ella, todo eso que parece presentársele sin orden ni relación” (2018, p. 170). El sujeto, de ese modo, ejerce un dominio sobre el mundo mediante el dominio de las representaciones acerca del mismo. Los pensamientos congelados pueden ser funcionales a esta necesidad porque otorgan un sentido a aquello que acontece y a la realidad en general y lo hacen con certeza, sin apertura a cuestionamientos. El mundo se torna entendible, se sabe cómo son y deben ser las cosas, cuáles son sus causas y consecuencias, cómo es el otro y uno mismo, lo que nos permite operar sin angustia. Por el contrario, como advierte Arendt, ‘descongelar’ un pensamiento implica una doble parálisis. De un lado, una casi física, toda vez que uno debe detenerse y pensar; pero, de otro lado, una parálisis más psíquica: nos quedamos paralizados “[...] tras perder la seguridad de lo que nos había parecido indudable [...]” (2010, p. 198). En esa línea, el descongelamiento trae consigo fisuras en la babel de sentido que habíamos construido. De ahí que Castoriadis advierta que la psique se defiende del sinsentido clausurando la interrogación (2018, p. 171).

Finalmente, abordamos la necesidad de ser reconocido y ser parte. Al respecto, Arendt dijo lo siguiente acerca de Eichmann:

Él quería estar de acuerdo con los demás, poder decir **nosotros**, y ese modo de estar de acuerdo con el resto y querer formar parte de un nosotros fue suficiente para hacer posible el mayor de los crímenes [...] (2020, p. 54) [el énfasis es nuestro].

Esta reflexión puede ser asociada a un punto que Arendt resalta con frecuencia en su informe del juicio: Eichmann quería ser parte de la organización nazi, quería ascender, ser reconocido y hacer carrera. En esa línea, la eficiencia era un deber central para él y operar con las frases hechas era un requisito ineludible para lograr esa meta. También podemos advertir la necesidad de ser parte en quienes dialogaban con Sócrates. Según Platón, incluso un discípulo suyo, como Critón, le propone escapar de prisión y eludir su muerte porque, caso contrario, la gente creerá “[...] que no lo hemos evitado por cierta debilidad o cobardía” y, en esa medida, “[...] no sea que a la vez que una desgracia, sea también una deshonra para ti y para nosotros” (2017, p. 144). Frente a ello, responde Sócrates

[...] es menester examinar si esto debe hacerse o no; porque yo, no solo ahora, sino siempre, he sido tal que no he cedido a ninguno de mis amigos, sino a aquella razón que después de haber reflexionado me haya parecido la mejor [...] (2017, p. 145).

Critón presenta un pensamiento congelado, en tanto que la acción natural pareciera la de eludir la propia muerte, y lo asocia al temor de la ‘deshonra’, de perder valor frente al resto. Frente a ello, Sócrates responde con el viento del pensamiento, examinado si el curso de acción propuesto es el correcto.

Desde el psicoanálisis, el deseo de ser reconocido ha sido central en la comprensión del mundo anímico y se ha estudiado centralmente en la relación que tienen niños y niñas con sus cuidadores. Freud sostuvo que “[...] lo malo es, originalmente, aquello por lo cual uno es amenazado con la pérdida del amor” (2012, p. 181). El reconocimiento es una necesidad que juega un rol en la construcción de la propia identidad. Por ejemplo, Winnicott mostró

cómo el sujeto tiene una tendencia a construir un **falso ser** por la necesidad de adaptarse a cuidadores poco empáticos que regulan desde su deseo y verdad. Dice, en esa línea:

Los procesos de maduración pueden rodearse y reemplazarse por una serie de identificaciones, de modo que lo que se ve [...] es un *self falso* que interpreta un papel, quizás una copia de alguien; lo que podría llamarse *self verdadero* o esencial queda oculto y privado de experiencia (2014, p. 133).

En esa línea, Miller muestra el poder de esta necesidad en los ‘niños brillantes’, es decir, personas muy exitosas que a lo largo de sus vidas habían ‘logrado todo’, pero que caían en una depresión profunda. En su análisis, Miller muestra cómo en sus infancias había quedado insatisfecha “[...] una necesidad peculiarísima del niño, desde el principio, [...] de ser visto, considerado y tomado en serio como lo que es en cada caso y momento” (2015, p. 22). Lejos de ello, sus padres y madres condicionaban su amor a que sus hijos fueran como ellos necesitaban que fueran. El deseo de ser querido, en estos casos, lleva a ser aquello que el otro necesita. Finalmente, podemos mencionar a Fromm, quien también llamó la atención sobre el poder que tiene ‘el mercado de las personalidades’ (2012, pp. 81-96) para mostrar al sujeto qué factores de personalidad son valorados, llevando a que este se torne en aquello deseado en el entorno. A partir de estas referencias, encontramos que el ‘pensar como el resto’, sin ser discordante, sirve para eludir el riesgo de perder valor. Si ello es así, los pensamientos congelados pueden ser funcionales, como en el caso de Eichmann, para ser parte y evitar el rechazo.

El poder decir ‘nosotros’, desde una mirada psicoanalítica, permite además la gratificación narcisista y es un móvil para renunciar a la propia agencia para fusionarse con un poder mayor. En ese sentido, dice Brunner acerca de Eichmann:

dying as an autonomous subject he also achieved control over spontaneity, desires and inclinations, attaining superhuman predictability and consistency. Moreover, by killing himself symbolically as an individual he became an active part of an omnipotent political apparatus which caused death and destruction on an unprecedented scale (1998, p. 80)⁶.

⁶ Traducción libre:

Muriendo como un sujeto autónomo, también logró el control sobre la espontaneidad, deseos e inclinaciones, alcanzando una previsibilidad y consistencia sobrehumana. Además, al suicidarse simbólicamente, se convirtió en parte activa de un aparato político omnipotente que causó muerte y destrucción a una escala sin precedentes.

De ese modo, el renunciar al propio pensamiento permitiría no solo el deseo de ser reconocido, sino también la gratificación que genera la sensación de omnipotencia. En esa línea, dijo también Arendt que Eichmann quería:

[...] estar de acuerdo con los demás –en el sentido de un acuerdo que implica que mucha gente actúa al unísono– genera poder. Mientras uno está solo, se ve impotente, por muy fuerte que sea. La sensación de poder [...] surge al actuar conjuntamente [...] actuar así conlleva un placer extremo (2019, p. 54).

III. PENSAMIENTOS CONGELADOS EN RELATOS DE PRACTICANTES PREPROFESIONALES

A lo largo de mi experiencia como docente he buscado generar espacios de diálogo en mis cursos que nos permitan, a los estudiantes y a mí, compartir vivencias y reflexionar abiertamente respecto a las mismas. Dichas reflexiones se dan a la luz de diversos marcos teóricos, como el que he compartido de Hannah Arendt. En el curso de Ética y Responsabilidad Profesional a mi cargo⁷, luego de una clase dedicada a trabajar la idea de los pensamientos congelados y frases hechas, pedí a los estudiantes que compartieran por escrito alguna vivencia que hubieran tenido como practicantes y que identificarán algún pensamiento congelado operando en ella. Diecisiete estudiantes presentaron su tarea, pero se seleccionaron diez que presentaron relatos⁸. Asimismo, se tuvo presente la clase siguiente a la presentación de los relatos, en la que se dialogó acerca de cómo se sienten los estudiantes al oír los pensamientos en cuestión.

Desde una aproximación cualitativa (González Rey, 2003), realicé un análisis temático (Braun & Clarke, 2006) y narrativo (Moules, 2002; Ricoeur, 2000), a fin de comprender cómo operan los pensamientos congelados en las experiencias de un grupo de estudiantes de la carrera de derecho dentro de sus prácticas preprofesionales.

Hemos organizado los pensamientos congelados temáticamente en tres ejes, que tienen que ver

tanto con las situaciones en las que surgen, como con los pensamientos que identificamos como subyacentes: (i) aquellos que surgen cuando se incumple el horario máximo de prácticas preprofesional, con el pensamiento subyacente: el exceso es necesario para aprender; (ii) aquellos que surgen cuando se maltrata al practicante, con el pensamiento subyacente: si todos lo sufren, no hay porque cuestionar; y (iii) aquellos que surgen cuando se les involucra en la comisión de faltas éticas, con el pensamiento subyacente: el propio rol es hacer sin pensar ni cuestionar.

A. Incumplimiento del horario máximo establecido en la Ley

De acuerdo a los primeros dos relatos recogidos, algunas frases dichas para justificar el incumplimiento del horario máximo establecido legalmente para la realización de prácticas preprofesionales son las siguientes:

- (i) ‘Si de verdad tienes ganas de aprender, no te van a importar las horas que pases en la firma’ (Estudiante 1).
- (ii) ‘Las 30 horas son referenciales si tienes verdaderas ganas de aprender’ (Estudiante 1).
- (iii) ‘[...] Acuérdate que aquí no se duerme hasta cumplir con todas las indicaciones’. La estudiante señala: “[...] decidí no decirle más por temor a perder la experiencia y el aprendizaje que te dan las prácticas” (Estudiante 2).

En estos casos, estamos ante frases cuestionables a las que subyace un pensamiento: trabajar en exceso es parte de aprender. Sin embargo, ¿Qué entendemos por aprender? ¿Incumplir la Ley 28518, que fija un horario máximo, es un buen aprendizaje? ¿No importa el descanso para poder aprender? ¿Qué pasa con la dedicación a los cursos que se siguen en la universidad cuando un estudiante madruga para cumplir sus tareas como practicante?

A una estudiante en una ocasión la llamaron en altas horas de la noche y le pidieron un informe

⁷ Curso dictado a mitad de la carrera (cuarto semestre) en la Facultad de Derecho de la PUCP.

⁸ De los diez relatos, nueve son de estudiantes que realizan prácticas en estudios de abogados y uno en el Poder Judicial. No se precisaron las áreas del derecho de las prácticas ni se describió a los centros de prácticas en función, por ejemplo, el tamaño de los estudios de abogado. Se remitió un correo a cada estudiante cuya respuesta fue seleccionada, solicitando su autorización para utilizarla con anonimato en la investigación. En dicha ocasión, hice explícito que podían indicarme que preferían que no utilice su respuesta, sin que fuera necesario que me indicaran justificación alguna y sin que ello significase ningún problema. Asimismo, indiqué que podían pedirme que les precise la parte exacta que utilizaría y que, si lo consideraban necesario, podía darles más detalle de la investigación. Todos los estudiantes respondieron autorizando el uso de sus respuestas. En los casos que sí se tuvo autorización, respondí a cada uno agradeciendo la autorización y precisando que en cualquier momento me podían pedir revisar el texto de la investigación o retirar su respuesta hasta antes de la fecha de presentación del artículo a la revista donde sería publicada. Precisé en dicha ocasión que presentaría el artículo a una revista de la Facultad de Derecho de la PUCP.

para primera hora del día. La estudiante respondió que estaba estudiando para un examen y solicitó entregarlo durante el transcurso del día siguiente. La respuesta a su solicitud fue “[...] aquí no se duerme hasta cumplir [...]” (Estudiante 2). La jefa es presentada como alguien que no advierte que el ‘aquí’ de las prácticas preprofesionales no se ubica en la casa de la practicante fuera del horario de trabajo que fija la Ley 28518. La estudiante, que se vio ‘inmersa directamente’ en esta situación no dijo nada más, dejó de estudiar y cumplió. Nótese en este caso que la estudiante justifica su ‘no decir más’ en el temor a ‘perder la experiencia y el aprendizaje’. En esa línea, advertimos cierta irreflexividad, puesto que sería posible preguntar ¿Qué se aprende en esta experiencia? ¿Qué aprendizaje tiene lugar en un ambiente donde ‘no se duerme hasta cumplir’ (un encargo ordenado en altas horas de la noche)? ¿Qué se aprende acerca del respeto al otro, particularmente a quién ocupa una posición de subordinación? ¿Así funciona el ejercicio del derecho? ¿Qué significa entonces aprender a ser profesional del derecho? ¿Qué debemos aprender y para qué aprendemos? Se trata de preguntas difíciles, que pueden generar angustia al poner en cuestión la realidad del ejercicio profesional, el sentido mismo de la abogacía y de lo que será nuestra vida en el mundo del derecho.

Nótese entonces que el ‘temor a perder la experiencia y el aprendizaje’ se presenta sin examinar qué entendemos por ‘experiencia y aprendizaje’. En esa línea, parece que estamos más ante un **temor** que ante una reflexión o una afirmación a la que siga una interrogación. Así, ese temor se presenta y cierra la posibilidad del diálogo con quien lo dice, pero también del ‘diálogo silencioso con uno mismo’.

Otra estudiante comenta en su relato la siguiente declaración: “mi jefe me hizo sentir que me estaban haciendo un favor al contratarme por mi falta de experiencia” (Estudiante 1). En adición, agrega que este le dijo: “[...] el practicante pasado era un chico que siempre estaba pendiente de las horas y pucha no se podía trabajar así” (Estudiante 1). En ese sentido, advertimos que estos pensamientos aparecen en un discurso que los asocia a la necesidad de ser reconocido y permanecer, de ser parte y no ser expulsado. En otro caso, una estudiante dice: “quizá toleramos ello porque en el exterior no quisiéramos vernos como personas que abandonan un centro de trabajo porque ‘no le gusta trabajar mucho’” (Estudiante 3). Se muestra el peso que tiene el exterior para ‘vernos’ a nosotros mismos de un modo negativo. El camino de la re-

flexión podría llevar a preguntarnos: ¿Querer que se respete la ley es abandonar el centro de trabajo? ¿Aquello que vale en el mundo profesional es valioso para uno mismo? ¿No hay ámbitos profesionales en los que se valora aquello que uno también valora? ¿Qué consecuencias tendrá el actuar según el temor a ser percibido negativamente en la configuración de la propia ética profesional? Estas son algunas de las interrogantes que no aparecen en los relatos. En estos parece primar la fuerza de la mirada del otro que marca el modo en que uno mismo se mira.

La debilidad de estos pensamientos congelados a nivel racional, así, parece compensada por la fuerza que tienen como requisito para ser valorado en un entorno nuevo en el que no se tiene experiencia. Una frase reiterada en lo que toca al horario y al exceso en los encargos es, en similar línea: ‘tienes que pagar derecho de piso’ o ‘todos hemos pagado derecho de piso’⁹. Estas frases surgen como una justificación, al igual que cuando se dice ‘así son las cosas’. Sin embargo, el hecho de que así funcionen las cosas en muchos ámbitos no justifica que nosotros aceptemos dichas condiciones, ni que estas condiciones sean correctas. Estas frases parecen ligadas también al temor de no ser parte: el pagar derecho de piso nos hace pensar en que uno tiene que seguir sin cuestionar para poder estar parado donde uno está, para tener el derecho de ser parte y de pisar el suelo que pisa el resto.

B. Maltrato

Con respecto a las situaciones de maltrato, se recogieron las siguientes frases:

- (i) “Acostúmbrate a los gritos, aquí todos gritan cuando están estresados/estresadas” (Estudiante 3).
- (ii) “Tranquila, no eres la primera a la que maltrata. Ella es así” (Estudiante 3).
- (iii) “[...] el asociado joven me dijo que ignorara los comentarios idiotas del socio fundador, que le decía lo mismo a todos los practicantes, y que hiciera los encargos” (Estudiante 4).

En este eje, identificamos frases a las que subyace un pensamiento cuestionable: el maltrato no es problemático cuando ocurre a todos ¿El hecho de que maltraten a muchos o a todos justifica los actos? ¿Acaso no se debe cuestionar una práctica de maltrato por el hecho que sea generalizada? ¿No

⁹ Se trata de frases que invariablemente surgen cuando se comparten vivencias de practicantes.

deberíamos pensar justamente lo contrario y decir que el maltrato generalizado es más cuestionable y que debería ser frenado?

En estos casos, es preciso anotar que son los mismos compañeros de prácticas o abogados jóvenes los que comparten los pensamientos. Cuenta la estudiante del tercer relato: “Esto me lo dijo un compañero de prácticas, luego de que mi jefa gritara en medio de la oficina: ¿no sabes leer? Para eso contrato a una niña de primaria” (Estudiante 3). La falta de cuestionamiento se da frente a la jefa, pero también frente al **compañero de prácticas** que dijo “[...] tranquila, no eres la primera [...]”. La frase brinda cierta tranquilidad por llevarse consigo el temor a ser dejado de lado, a no ser valorado. En efecto, al no ser ‘la primera’, al ser todos quienes experimentan el maltrato, este se hace tolerable porque no se experimenta como amenaza de exclusión o rechazo. Por el contrario, soportarlo se convierte en un factor que nos liga al resto, que nos identifica como parte del grupo. Se hace más fácil, de ese modo, acostumbrarse a comentarios denigrantes. Así, nuevamente encontramos la ligadura entre la frase hecha y el deseo de ser reconocido y de ser parte.

Quienes integran la organización y ya conocen del maltrato parecen ser figuras centrales en comunicar la normalidad que busca calmar. En ese sentido, cuando el socio del estudio de abogados le dice a un estudiante “soy el dueño del circo, y los payasos bailan cuando yo digo [...]” (Estudiante 4) y lo dice “sin algún gesto que significara que fuera una broma [...]” (Estudiante 4):

[...] el asociado joven chocó muy despacio su pie con el mío y me hizo un gesto con la mano que tenía debajo de unos files para que no me inmutara, y procedió a entablar conversación acerca del encargo con el socio fundador. Despúes salimos de su oficina, no hice ningún gesto, y me fui a mi escritorio a buscar en el sistema los expedientes que me habían pedido. Cuando me paré para ir al archivo a recogerlos, el asociado joven me dijo que ignorara los comentarios idiotas del socio fundador, que le decía lo mismo a todos los practicantes, y que hiciera los encargos (Estudiante 4).

El relato muestra el mandato de no inmutarse e ignorar, que se transmite con un gesto que es un mandato de no hacer. Quien ya forma parte enseña que es necesario incorporar o tolerar el pensamiento congelado para ser parte. Por supuesto, podemos suponer que quienes comunican esta normalidad lo hacen con la intención de generar calma en el otro que sufre el maltrato: de ayudar a la estudiante a que no pierda la tranquilidad cuan-

do se le dice “[...] para eso contrato a una niña de primaria” y de calmar al estudiante al decirle que ignore el comentario del socio. La empatía con el otro y el deseo de ser reconocido son factores anímicos comprensibles, pero en estos casos se manifiestan en frases que tienen como efecto el hecho de cerrar la interrogación y el cuestionamiento. De ese modo, podemos pensar en preguntas que no se examinan: ¿Debemos quedarnos tranquilos frente a un trato humillante generalizado? ¿Qué nos dice esa actitud respecto a la formación como profesionales del derecho? ¿Debo tolerar comentarios humillantes porque se los dicen a todos los practicantes? ¿Qué otras prácticas incorrectas debo tolerar por el hecho que estén normalizadas?

C. Faltas a la ética profesional

Con respecto a las situaciones que implicaron faltas a la ética profesional, se han tomado en cuenta las siguientes frases:

- (i) “Tú no me traigas más problemas, tráeme soluciones” (Estudiante 5).
- (ii) “Si quieres llegar a algún lado, tienes que aprender de una vez como es el negocio” (Estudiante 6).
- (iii) “Tú has nomás, no podemos contradecir a los socios” (Estudiante 7).
- (iv) “Ya se encargarán los abogados de la clienta, y que al fin y al cabo nosotros no firmaríamos el informe sino los socios” (Estudiante 7).
- (v) “Estás acá para hacer, no para pensar” (Estudiante 8).

Las frases son cuestionables y surgen ante encargos que suponen diversas y graves faltas éticas:

uno de los jefes pidió obtener una copia de un expediente sin la necesidad de pedirla por escrito [...] nunca se mencionó la palabra coima, aunque el contexto era más que evidente pues indicó el uso de la caja chica del centro (Estudiante 5).

En otra situación, otro estudiante señala que “[...] pidieron acelerar un proceso llevándole un regalo al juez” (Estudiante 6).

En estos casos, el pensamiento que parece ligado a estas frases es que uno cumple su rol cuando lo hace sin cuestionar. Así, afirma la irrelevancia del propio pensamiento dentro de una estructura organizacional jerárquica. Se trata de frases que sur-

gen ante encargos no solo cuestionables, sino en casos ilegales y contrarios a los principios y deberes éticos de nuestra profesión ¿No podemos contradecir a los socios, aunque se esté engañando a una clienta? ¿Las prácticas preprofesionales están para que hagamos sin pensar? ¿El que nadie se vaya a enterar del asunto, justifica actuar en contravención a la ley? Sin embargo, los estudiantes cumplen con los encargos sin cuestionamiento.

Frente al encargo, un estudiante debe sostener que el cliente tiene razón, aunque es claro que no la tiene, entonces encuentra “[...] doctrina antigua, para nada actualizada ni acorde a la normativa vigente” y se la da al asociado, que le dice:

[...] ya se encargarán los abogados de la clienta [...] al fin y al cabo nosotros no firmaríamos el informe sino los socios. Así quedó, se presentó el informe, pero yo sabía que era información falsa y que con toda seguridad la clienta había sido timada (Estudiante 7).

El asociado muestra al practicante cómo se puede eludir la propia responsabilidad dentro de una organización en la que los informes los firman los socios. La situación vivida afirma la irrelevancia del propio pensamiento, así como el deber de operar sin ser un sujeto autónomo, en abierta contradicción con el mensaje de la facultad de derecho. Al decir “[...] pero yo sabía [...]”, el estudiante mantiene el conocimiento de la verdad en el fuero interno, sin decirlo al asociado, pero, al mismo tiempo, parece no interrogarse respecto a la gravedad del propio acto. El estudiante entonces cumple con el mandato: “Tú has no más, no podemos contradecir a los socios” (Estudiante 7) y sostiene un punto de vista sobre la base de una regulación no vigente. El desplazamiento de la responsabilidad hacia los socios tampoco es puesto en cuestión ¿El hecho que uno no firme implica que no tiene responsabilidad? ¿No hay responsabilidad al continuar sin decir nada en una organización que no tiene problema en ‘timar’ a una clienta? La falta de interrogación en este punto parece asociada a la necesidad de justificar los propios actos y evitar la angustia del sinsentido de la propia profesión ¿Acaso estudiamos la carrera de derecho para sostener puntos de vista incorrectos con la finalidad de cobrar?

En otro caso, se le dice a un estudiante “si quieres llegar a algún lado, tienes que aprender cómo es

el negocio” (Estudiante 8). Advertimos entonces que las faltas éticas se presentan como prácticas que forman parte de la normalidad, del funcionamiento que hay que comprender y operar para ser parte y poder llegar a una situación de éxito. En tanto estas frases son dichas por quienes están ‘en una situación de éxito’, los estudiantes advierten que ponerlas en cuestión equivale a singularizarse dentro del grupo, con el riesgo de que su disonancia lleve a su separación. Nuevamente, entonces, el temor a no ser parte aparece como factor anímico que cierra el camino de la reflexión y hace que aquello oído se tome como verdad y justificación.

IV. LA FRUSTRACIÓN DEL DIÁLOGO CON UNO MISMO

En los relatos, los estudiantes se muestran actuando conforme a los pensamientos congelados, sin examinarlos ni cuestionarlos en el momento en que ocurren los hechos que viven¹⁰. Sin embargo, vale resaltar que, en la clase siguiente a la presentación de los relatos, los estudiantes manifiestan que al oír los pensamientos sienten desconcierto, frustración, tristeza, rabia, entre otras emociones. Estas emociones darían cuenta de un rechazo a lo ocurrido y al pensamiento congelado. Sin embargo, el rechazo opera a nivel anímico y no aparece ligado a un proceso reflexivo acerca de la validez del pensamiento y acerca de qué debe hacer y decir uno ante esas situaciones. Esto se evidenciaría en que, como hemos visto antes, prima el temor a quedar mal y a no lograr lo que se espera de uno. En esa línea, en la clase siguiente a la tarea, una estudiante indica que en una ocasión pensó “[...] si es que yo no me acoplo [...] si no cumple [...] no voy a poder ser nadie en la vida [...] no voy a poder crecer”, mientras que otros estudiantes comparten esta idea al considerar que en estas situaciones dudan de sí mismos.

Con ello se da cuenta que: (i) se atribuye al pensamiento congelado la fuerza de la realidad, de representar de modo total el modo en que funcionan las cosas en todo ámbito, sin que sea posible hacer algo o tomar otro rumbo; y (ii) más que cuestionar el pensamiento congelado, los estudiantes tienden a cuestionarse a sí mismos. El pensamiento congelado se usa, de ese modo, para mostrar ‘la realidad’ y hacer que el estudiante sienta que no es lo suficientemente bueno para ser parte de ella. En ambos casos, los estudiantes dan esto por

¹⁰ Queda por indagar si la ausencia de interrogación continua después de vividos los hechos, en los días, semanas y meses siguientes. De modo preliminar, podemos decir que en diversas conversaciones con estudiantes acerca de este tema, se comparte la idea de que, por lo general, esos pensamientos no son puestos en cuestión luego de que se hayan vivido los hechos, sino que suelen reforzarse en nuevas vivencias. En algunos casos, los estudiantes renuncian al centro de prácticas, pero no necesariamente por un proceso reflexivo que ‘descongela’ los pensamientos, sino movidos por el malestar anímico y la sensación de no poder rendir más.

hecho, sin cuestionarlo en un proceso reflexivo: ¿Realmente son así las cosas en todo ámbito de ejercicio profesional? ¿No se puede hacer nada frente a esos sucesos? ¿Es uno mismo el que actúa incorrectamente o es el jefe quien actúa de esa forma? ¿Acaso todos los jefes actúan de esa manera y coinciden en esos pensamientos?

Los relatos muestran también que nuestros estudiantes mantienen por momentos la actitud del 'dos-en-uno' socrático, es decir, de diálogo silencioso con uno mismo. Ello da cuenta de que la actitud ante los pensamientos congelados no es unívoca y que la reflexividad tiene niveles. En los casos donde hay un cuestionamiento, sin embargo, el nivel de reflexividad es bajo, ya que la interrogación se detiene con rapidez. Dice, por ejemplo, una estudiante:

Una parte de mí aceptó lo que dijo, en tanto me dije a mí misma, de verdad tengo ganas de aprender, quiero empezar a practicar y no puedo estar limitando todo, entonces se va a ver que no tengo la disposición necesaria. Sin embargo, otra parte de mí decía que no estaba bien, porque si bien son prácticas, es necesario establecer un horario, ahora estudio, practico y estoy en dos organizaciones de la universidad, necesito organizarme (Estudiante 1).

Se vive entonces una contradicción entre una parte de uno mismo, que parece operar con un pensamiento más autónomo y otra que acepta como premisa válida el pensamiento congelado y eso lleva a que el cuestionamiento se centre en uno mismo. La disyuntiva se presenta de modo general y queda planteada, sin presentarse un desenlace o continuidad en el proceso reflexivo. En el plano de la acción, entre el decir o no decir, el cumplir o no cumplir y el seguir o renunciar, el estudiante se decanta por lo general hacia el no decir, cumplir y seguir: "[...] a pesar de ello, decidí callar y asentir a esa frase". La decisión y la acción se da 'a pesar' de una disyuntiva interna que queda solo como una formulación.

Me parece increíble, como en esta simple frase puede resultar manipuladora hasta cierto punto. Se juega con la mente del practicante, quien, en mi caso, no tiene experiencia, y hace que cuestione sus ganas de aprender y ejercer su carrera, con algo que está establecido por ley (horarios por prácticas preprofesionales) (Estudiante 1).

'Se juega con la mente' del estudiante en tanto se les lleva a cuestionar si tienen las ganas de aprender, si desean realmente ejercer su carrera y si tienen la disposición suficiente. Aquello que

se les dice genera, de ese modo, temor a no ser parte, a no tener aquello que se requiere para serlo y, en esa medida, frena el proceso reflexivo. La estudiante, entonces, duda si tiene o no ganas de aprender y decide cumplir. Al hacerlo, no continúa con el **dos-en-uno**, esto es, se corta el diálogo con 'la otra parte' de sí, que presentaba otro punto de vista.

En otro caso, el socio de un estudio pide encargos personales a los practicantes. Un estudiante cuenta lo siguiente al respecto:

[...] aunque sabíamos que estaba mal, no queríamos quedar mal con él. La mayoría de practicantes ya habíamos llevado laboral especial y habíamos visto las responsabilidades del practicante, uno de los motivos de la desnaturalización del convenio era esta (Estudiante 9).

En este caso, los estudiantes prefieren incumplir la ley y lo que han aprendido en la universidad, antes de generar una impresión negativa con el socio del estudio. Nótese que nuevamente el temor a generar impresiones personales negativas hace que no surja el diálogo del estudiante consigo mismo. En efecto, saben que es incorrecto y no quieren generar dichas impresiones, pero lo segundo prima sin que se enfrente un dilema, sin que surja una pregunta que cuestione o explore la fuerza que tiene el 'no querer generar impresiones negativas' en la decisión final.

En similar línea, al discutir estas situaciones en clase, los estudiantes suelen decir: "[...] si cuestionamos no nos contratarán en ningún lugar" o "si digo algo no lograré nada". ¿Es esta también una frase hecha, aunque ahora desde el decir estudiantil? Hay razones para pensar que sí. Independientemente de su posible sustento, se trata de frases con las que se cierra la interrogación, que posiblemente dan una cierta sensación de calma y permiten seguir viviendo lo que les acontece sin mayor dilema. Al mismo tiempo, son frases que pueden ser cuestionadas y que pueden suscitar un diálogo interno, pero ello no ocurre. ¿Dar una opinión o hacer una pregunta discordante luego de oír una frase hecha, derivaría necesariamente en perder el trabajo? Hay ejemplos en los que ello ha ocurrido, pero otros en los que no. En todo caso, ¿decir algo contracorriente implica que nadie más los contratará? Quizá ese sea un riesgo, pero no un destino necesario. El problema puede radicar en que, si uno adopta esa manera autónoma de vivir la profesión, seguro existirán lugares donde no sean bienvenidos, pero ¿uno quiere estar en esos lugares? La interrogación puede llegar así al ámbito de la vocación, a la pregunta por el sentido y por la corrección en el propio modo de vivir

la profesión. Parece ser una frase hecha, entonces, porque existiendo cuestionamientos claros y necesarios, esta cierra la interrogación y evita el malestar de vivir en contradicción entre el pensar y el hacer.

V. BREVE ANOTACIÓN ACERCA DE LA PEDAGOGÍA SOCRÁTICA COMO MÉTODO

En mi experiencia, la reflexión alrededor de estos temas, desde una pedagogía socrática, puede tener un buen impacto en los estudiantes. Al hablar de metodología socrática no me refiero al método socrático, tal como es entendido en la enseñanza del derecho y que ha sido acusado de traicionar el legado de Sócrates (Suk, 2017). Mi propuesta se sostiene en aquello que Foucault y Arendt resaltan en sus estudios acerca del *ethos* socrático, es decir, de la manera en que Sócrates vivió (Del Mastro, 2020a). Para este trabajo, me parece especialmente relevante resaltar ciertas características de la *parrhesía* socrática (Foucault, 2014).

Como muestra Foucault, la *parrhesía* era un tipo particular de diálogo que se daba con la finalidad de revelar, a uno mismo y al otro, la verdad del propio modo de vivir. Para ello, se debía hablar con franqueza, es decir, sin camuflar ni cifrar el propio pensamiento, así como sin ánimo de convencer al otro ni de dar una respuesta final a los asuntos o dudas (2014). Por ello, en dicho diálogo, no hay un sujeto que sabe y otro que no sabe: se encuentran sujetos que parten del reconocimiento de su no-saber, con la finalidad de revelar y examinar la verdad de sus pensamientos y modos de vivir en igualdad de condiciones. La meta final de dicho diálogo y del examen de uno mismo no es saber más de sí, sino mejorar el propio modo de vivir.

En el caso de las prácticas preprofesionales, de lo que se trataría es de generar un diálogo con esas características con la finalidad de revelar la verdad de las propias vivencias como practicantes, incluyendo aquellas que tuvo el docente, para examinarlas con el fin de que cada quien pueda, sobre esa base, ocuparse de su propio modo de vivir. Hemos visto a lo largo de este trabajo cómo un grupo de practicantes operan de modo irreflexivo en un contexto jerárquico y hostil. Dialogar abiertamente acerca de estas vivencias, con la finalidad de examinar las propias actitudes, es un paso importante para mejorar la reflexividad y explorar posibles acciones. Sin embargo, ello es complicado, ya que supone enfocar la mejora en la parte que se siente débil dentro de la ecuación, para explorar dicha debilidad sin que existan respuestas claras. Por lo demás, nuestras actitudes con figuras de autoridad en las prácticas preprofesionales se sostienen en nuestro pasado.

En ese sentido, se puede explorar nuestro modo de vivir presente, pero también su nexo con nuestros modos de vivir previos (Del Mastro, 2020b). Por todo esto, la pedagogía socrática y particularmente el diálogo propio de la *parrhesía*, se muestra como un camino idóneo para sostener un trabajo enfocado en uno mismo.

En la enseñanza del derecho, generar este tipo de diálogo con los estudiantes, sin que el docente se coloque en la posición del sujeto que sabe, juzga, dice qué está bien y mal y qué se debe hacer, es muy difícil. En algunas ocasiones, los estudiantes comparten dudas o vivencias como practicantes con docentes y la situación pasa de ser un intento de diálogo a un monólogo en el que el docente presenta sus verdades como **las verdades**, sin ánimo de ponerlas en cuestión. De ese modo, el docente no duda, porque se concibe como sujeto que da respuestas y no que explora interrogantes junto con el otro. Por supuesto, en ese contexto, se frustra la posibilidad de que los estudiantes examinen y revelen la verdad de su propio pensamiento, ya que se muestra que la única verdad que importa es la del docente.

El reconocimiento socrático del propio no saber puede no ser una actitud común en facultades de derecho, donde los docentes se sienten incómodos cuando el tema del que se habla reta su saber y les genera el riesgo de examinar su propio modo de vivir.

Los docentes suelen utilizar frases hechas que dan cuenta de esta dificultad: 'en mi época era igual' o 'en mi época era peor'. Esta frase surge como respuesta cuando estudiantes cuestionan aspectos de la carrera o de las prácticas, como la hostilidad o el exceso de carga. ¿Qué pensamiento subyace a dicha frase? ¿Es algo examinado por quien lo dice? Podemos pensar en múltiples cuestionamientos. De un lado, las épocas y los contextos cambian en diversos aspectos, incluyendo qué es aceptado o tolerado. De otro lado, el que las cosas hayan sido antes de un modo, no significa que fueron buenas o que no pudieron ser mejores. Afirmar el propio pasado para justificar el presente, de acuerdo con Miller, suele ser un mecanismo defensivo: se idealiza el pasado al no reconocer su dimensión negativa, particularmente aquella que afectó al sujeto que lo presenta como el deber ser (2015). 'En mi época era así', quiere decir tanto 'así debía ser' como 'hoy cuestionan sin razón'. En ambos casos, puede subyacer una resistencia a examinar el propio pasado y cuestionar la actitud presente. En los hechos, cuando dicen esa frase, suelen cerrar la interrogación.

La dificultad de seguir una aproximación socrática, entiéndela en este sentido, radica también

en la apertura para advertir y hablar de aquello que no nos hace ver bien como profesión, como carrera y como docentes (Del Mastro, 2020b). En esa línea, dialogar acerca de lo problemático en las prácticas pre-profesionales puede generar angustia y resistencias porque nos hace ver aquello negativo de lo que no nos ocupamos. Desde una lógica psicoanalítica, se trata no solo de un asunto que no conocemos, sino que nos resistimos a conocer (Felman, 1982).

VI. REFLEXIÓN FINAL

Se podría formular la siguiente crítica a lo expresado en este artículo: no deberíamos enfocar el problema en los estudiantes, ya que la responsabilidad de abordarlo es de las facultades de derecho y de los centros de prácticas. Diríamos así que las primeras deberían asegurar que los segundos tengan estándares adecuados, mientras que la responsabilidad de los estudiantes es su propia formación.

No cabe duda de que las facultades de derecho tienen la principal responsabilidad frente a la problemática abordada. Este trabajo busca motivar que se asuma dicho rol y para ello muestra el impacto negativo que pueden tener las prácticas en la formación de los estudiantes. Sin embargo, considero que ese rol tiene un doble foco: (i) tener mayor firmeza con los centros de prácticas preprofesionales; y (ii) preparar a los estudiantes para que puedan reflexionar y aumentar su agencia ante situaciones como las mostradas en este trabajo. No se trata, así, de colocar la responsabilidad por el problema en los estudiantes, sino de asumir el rol de formar de modo integral para que puedan ser profesionales reflexivos que actúen conforme a aquello que estiman correcto. Si dejamos pasar estas vivencias sin reflexionar acerca de ellas, reforzamos la normalización y el fatalismo que, como señala Freire, caracteriza el estado mental de quien se encuentra en una situación de opresión (1971, pp. 45-47). De ese modo, no formamos a nuestros estudiantes para que sean profesionales con agencia en entornos profesionales con altos niveles de perversión.

VII. CONCLUSIONES

El contacto de los estudiantes de la carrera de derecho con el entorno del ejercicio profesional tiene un impacto formativo de gran relevancia. Esta investigación muestra parte de dicho impacto en la existencia de pensamientos congelados, es decir, ideas o frases no examinadas que, sin embargo, juegan un rol central en su modo de vivir como practicantes.

En este trabajo, identificamos como pensamientos de este tipo el que es necesario trabajar en exceso

para aprender, que no hay problema con el maltrato si es que les ocurre a todos y que el propio rol consiste en cumplir los encargos sin pensar ni cuestionar. Estos pensamientos son transmitidos a los estudiantes en situaciones graves en las que se incumple el horario máximo permitido por ley, se les maltrata y se les involucra en la comisión de faltas a la ética profesional. En diversos relatos, aparece el temor de los estudiantes a no ser valorados como factor anímico que da fuerza a los pensamientos congelados y frustra la reflexión acerca de su corrección.

La investigación busca generar conciencia acerca de un ámbito formativo de vital relevancia, particularmente en la formación ética, pero desatendido en las facultades de derecho del Perú. Asimismo, busca ser un aporte a la comprensión de cómo los factores anímicos influyen en los modos de pensar y actuar. 

REFERENCIAS

- Arendt, H. (2002). *La vida del espíritu* (Trad. F. Birlúles & C. Corral). Centro de Estudios Constitucionales. (Trabajo original publicado en 1977).
- (2019). *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal* (Trad. C. Ribalta). Lumen. (Trabajo original publicado en 1963).
- (2020). *Responsabilidad personal y colectiva*. (Trad. R. Ramos Fontecoba). Página indómita. (Trabajo original publicado en 1964).
- Braun, V., & Clarke, V. (2006). Using thematic analysis in psychology. *Qualitative Research in Psychology*, 3(2), 77-101. <https://doi.org/10.1191/1478088706qp063oa>
- Bruner, J. (1996). Eichmann, Arendt and Freud in Jerusalem: On the evils of narcissism, and the pleasures of thoughtlessness. *History and Memory*, 8(2), 61-88.
- Castoriadis, C. (2018). *Hecho y por hacer*. Enclave.
- Constantino Caycho, R., & Del Mastro Puccio, F. (3 de julio del 2020). ¿Ejemplo de qué?: El deber ético de ser ejemplo y el maltrato a practicantes por parte de abogados y abogadas [Entrada de blog]. <https://www.parthenon.pe/esp/interdisciplinario/ejemplo-de-que-el-deber-etico-de-ser-ejemplo-y-el-maltrato-a-practicantes-por-parte-de-abogados-y-abogadas/>
- Del Mastro Puccio, F. (2020a). Ethos socrático y formación del ser en la enseñanza del derecho. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica*

- tica del Derecho*, 7(1), 195-224. <https://doi.org/10.5354/0719-5885.2020.57701>
- (2020b). La enseñanza del derecho frente al pasado de sus estudiantes. *Derecho PUCP*, (84), 393-442. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.013>
- Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (25 de junio del 2020). Pronunciamiento ante las graves denuncias de practicantes sobre maltratos y humillaciones en sus centros de prácticas. *Facultad de derecho*. <https://facultad.pucp.edu.pe/derecho/noticias/pronunciamiento-ante-las-graves-denuncias-practicantes-maltratos-humillaciones-centros-practicas/>
- Felman, S. (1982). Psychoanalysis and Education: Teaching Terminable and Interminable. *Yale French Studies*, (63), 21-44. <https://doi.org/10.2307/2929829>
- Foucault, M. (2014). *El coraje de la verdad. El gobierno de sí y de los otros. Curso del Collège de France II (1983-1984)* (Trad. H. Pons). Ediciones Akal. (Trabajo original publicado en 1984).
- Freire, E. (1971). *Pedagogy of the oppressed*. Herder and Herder.
- Freud, S. (2012). *El malestar en la cultura y otros escritos sobre violencia y sociedad*. (Trad. L. López Ballesteros). RBA Libros. (Trabajo original publicado en 1930).
- Fromm, E. (2012). Ética y psicoanálisis. (Trad. De H. Morck). Fondo de Cultura Económica. (Trabajo original publicado en 1947).
- González Rey, F. (2003). La investigación cualitativa en psicología: algunas cuestiones actuales. *Revista de psicología de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, 6(2), 41-56.
- Jung, C. (2010). *Civilización en transición*. Editorial Trotta.
- Ministerio de Justicia y Derecho Humanos [MINJUS-DH] (25 de junio del 2020). MINJUSDH rechaza todo acto de hostigamiento o maltrato en espacios formativos como centros de prácticas profesionales y SECIGRA. *Gob.pe*. <https://www.gob.pe/institucion/minjus/noticias/188416-minjusdh-rechaza-todo-acto-de-hostigamiento-o-maltrato-en-espacios-formativos-como-centros-de-practicas-preprofesion>
- Miller, A. (1998). *Por tu propio bien. Raíces de la violencia en la educación del niño*. (Trad. J. J. Del Solar). Tusquets. (Trabajo original publicado en 1980).
- (2015). *El drama del niño dotado* (Trad. J. J. Del Solar). Austral. (Trabajo original publicado en 1979).
- Moules, N. (2002). Hermeneutic Inquiry: Paying Heed to History and Hermes. An Ancestral, Substantive and Methodological Tale. *International Journal of Qualitative Methods*, 1(3), 1-21. <https://doi.org/10.1177/16094069020010030>
- Oficina de Prácticas Preprofesionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú (5 de diciembre del 2019). *Ranking de centros de prácticas: resultados de pregunta respecto a horario* [Publicación]. Facebook. <https://www.facebook.com/PracticaDerechoPUCP/photos/a.1103727606428219/1796730820461224/?type=3&theater>
- (29 de mayo del 2020). *Encuesta en el marco de la cuarentena* [Publicación]. Facebook. <https://www.facebook.com/PracticaDerechoPUCP/photos/a.2000289103438727/2000289313438706/?type=3&theater>
- Platón. (2017). *El juicio y la muerte de Sócrates* (Trad. A. Longué y Molpeceres). Academia Peruana de la Lengua & Alastor Editores. (Trabajo original publicado entre 393 y 389 a. C.).
- Ricoeur, P. (2000). Narratividad, fenomenología y hermenéutica. *Anàlisi: quaderns de comunicació i cultura*, (25), 189-207.
- Suk, J. (2017). The socratic method in the age of trauma. *Harvard Law Review*, 130(9), 2320-2347.
- Tobón, S. (2013). *Formación integral y competencias. Pensamiento complejo, currículo, didáctica y evaluación*. ECOE.
- Winnicott, D. (2014). *Los procesos de maduración y el ambiente facilitador* (Trad. J. Piatigorsky). Paidós. (Trabajo original publicado en 1965).
- LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**
- Ley 28518, Ley Sobre Modalidades Formativas Laborales, Diario *El Peruano*, 3 de mayo de 2005 (Perú).

EL GÉNERO EN LA CONCEPCIÓN Y APLICACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL

THE GENDERED CONCEPTION AND PRACTICE OF CRIMINAL JUSTICE

Josefina Miró Quesada Gayoso*

Exmiembro de THĒMIS

Pontificia Universidad Católica del Perú

The article analyzes, from a legal and criminological perspective, the role of gender in the conception and application of the criminal justice system, throughout its different stages. As such, it starts by questioning the apparent neutrality offered by criminal law categories, built up and interpreted from an androcentric lens that excludes and devalues female experiences, interests and values. Through a critical literature review that studies the interaction of punitive and patriarchal power, the direct and indirect empirical effects, at a comparative level, of criminal laws, substantive and procedural, designed and applied without a gender perspective are exposed and analyzed. The author affirms that legal practitioners that apply criminal law tools ought to do so in consideration with gender sensitivity, while formulas of alternative justice that decentralize the traditional punitive paradigm are devised.

KEYWORDS: Gender; criminal justice; feminisms; gender-based violence; discrimination.

El artículo analiza, a partir de una perspectiva jurídico penal y criminológica, el rol del género en la concepción y aplicación del sistema de justicia penal, a lo largo de sus distintas etapas. En esa línea, parte de los cuestionamientos a la aparente neutralidad que ofrecen las categorías jurídico-penales, construidas e interpretadas desde un lente androcéntrico que excluye y desvaloriza las experiencias, intereses y valores femeninos. A través de una revisión crítica de la literatura que estudia la interacción del poder punitivo y el poder patriarcal, se expone y analizan los efectos empíricos, a nivel comparado de leyes penales, sustantivas y procesales, pensadas y aplicadas sin perspectiva de género. Se sostiene, así, la necesidad de operadores de la justicia de aplicar el derecho penal con perspectiva de género, mientras se idean fórmulas de justicia que descentralicen el paradigma punitivo tradicional.

PALABRAS CLAVE: Género; justicia penal; feminismos; violencia de género; discriminación.

* Abogada. Máster en Criminología por la Universidad de Cambridge y Visiting Scholar por el Instituto de Criminología de la misma casa de estudios. Ha sido adjunta de docencia de cursos de Derecho Penal y Criminología, y jefa de práctica de Introducción a las Ciencias Jurídicas en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Miembro del Grupo de Investigación de Derecho Penal y Criminología (GRIPEC) y del Grupo de Investigación sobre Protección Internacional de los Derechos de las Personas y los Pueblos (PRIDEP-PUCP). Profesora de derecho penal en la PUCP (Lima, Perú). Contacto: josefina.miro.quesada@gmail.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 25 de marzo de 2022, y aceptado por el mismo el 19 de julio de 2022.

I. INTRODUCCIÓN

El sistema de justicia penal no es ajeno al género. Así como ocurre con otras instituciones sociales, está fuertemente influenciado por él. El género contribuye a determinar qué tipo de comportamientos son etiquetados como delictivos, a quiénes se les considera delincuentes o víctimas, quién merece protección y quién no, cómo reacciona la sociedad a los comportamientos criminales, y cómo responde el aparato estatal en su objetivo de reprimirlos. Permea, por tanto, y así lo ha hecho históricamente, la configuración normativa y práctica del derecho penal en todas sus facetas. Desde la primera interacción que tiene una persona con el sistema de justicia penal, esta es susceptible de ser impactada por un conjunto de normas, valores y prácticas que tienen su base en un sistema de sexo-género que se entrelaza y refuerza con otras estructuras de opresión que definen su selectividad y tratamiento, en cada una de sus etapas y procesos.

Este trabajo plantea que el derecho no es ciego al género, aunque pretenda serlo. En buena cuenta, que el derecho es causa y consecuencia de cómo se organiza el poder en una sociedad. Es causa porque ha sido un instrumento de validación de relaciones de poder profundamente desiguales e injustas. Y es consecuencia porque el derecho no surge de la nada, sino que bebe continuamente de estas mismas desigualdades sociales, económicas y culturales que sirven de fuente de inspiración de sus propias configuraciones.

El poder al que se hará referencia, para efectos de este trabajo, es el que genera y reproduce la estructura patriarcal; esto es, un sistema de jerarquización entre individuos que favorece el dominio masculino y refuerza la subordinación femenina. El derecho, en este caso, el derecho penal, se enmarca y construye a través de estas dinámicas del poder patriarcal.

A modo de aclaración, es necesario realizar las siguientes precisiones. Primero, qué entendemos por género. Renzetti define el género como el conjunto de “expectativas y normas construidas socialmente que rigen el comportamiento y las actitudes de hombres y mujeres, generalmente organizadas de forma dicotómica como feminidad y masculinidad, reproducidas y transmitidas a través de la socialización” (2013, p. 129). Estas normas tienen pretensión de ser percibidas como ‘naturales’, debido a que se asientan en diferencias anatómicas entre hombres y mujeres (por ejemplo, en las hormonas, genes y cromosomas) que se asumen como innatas e inmodificables. La manera en la que, por siglos, las sociedades han interpretado estas diferencias biológicas y extraído de ellas,

mandatos de comportamientos, es lo que finalmente construye el género. Este sistema no sólo distingue a las personas en función del género al que pertenecen (dentro de la dualidad femenino-masculino), sino que las jerarquiza de acuerdo con cómo cada persona adecúa su comportamiento o perfil a estas expectativas socioculturales. Aquellas personas que desafían estos mandatos serán vistas como ‘no apropiadas’ o desvaloradas en sociedad (piénsese en las mujeres que deciden no ser madres). Tales mandatos sobre cómo ‘debemos ser’ o ‘comportarnos’ según nuestro género, son los ‘estereotipos de género’ que operan como creencias preconcebidas fundadas en esta forma de organización social.

En segundo lugar, a pesar de que este trabajo se centrará en la teoría del derecho penal y el tratamiento del sistema de justicia penal hacia las mujeres, este no es un tema ‘solo’ de mujeres. Aunque las experiencias que viven las mujeres en este ámbito han sido ampliamente estudiadas por las criminologías feministas debido a su invisibilización como objeto de estudio (Smart, 1977), las investigaciones sobre el impacto del género en el diseño y funcionamiento del sistema penal largamente exploran el papel de las masculinidades hegemónicas (Connell, 2005; Messerschmidt, 2001). Ello se ve, por ejemplo, cuando el sistema de justicia penal trata de manera más benigna ciertas violencias masculinas sobre otras, sino sobre la base de la adherencia que mantienen con idearios sobre ‘cómo ser hombre’ en sociedad, anclados en expresiones de autoafirmación de la fuerza, autoridad y virilidad; aunque también se ve cuando ciertos delincuentes son más susceptibles que otros (jóvenes, pobres, indígenas o afrodescendientes) de ser detectados por el sistema penal dada la interacción de estas masculinidades con nociones estructurales de clase y raza (Katz, 2019).

En tercer lugar, si bien en su gran mayoría, el género se define en términos binarios (donde se asume que solo hay un género femenino y otro masculino tradicional); en realidad, este abarca un espectro amplio de identidades. En ese sentido, las personas que no se adecúan a la matriz binaria del género, o a la matriz heteronormativa de la cissexualidad, esto es, que no constituyen mujeres u hombres cis-heterosexuales, son igualmente –o hasta aún más– objetos de formas diferenciadas o, incluso, acentuadas de discriminación y violencia de género (Valcore & Pfeffer, 2018).

En cuarto lugar, el género jamás actúa en aislamiento. Este dialoga e interactúa con múltiples formas de desigualdades de poder que generan experiencias distintas y profundizan los niveles de discriminación ya creados por el sistema sexo-

género (Burgess-Proctor, 2006). Ni los hombres ni las mujeres son colectivos homogéneos. Los diagnósticos y respuestas, por ende, que se generen para prevenir la violencia masculina hacia las mujeres deben atender las particularidades de cada grupo. El enfoque de género, tal como lo conciben los movimientos feministas, debe así reconocer y comprender el complejo tapiz de opresiones que viven mujeres, niñas y adolescentes por razones de raza, clase, sexualidad, discapacidad, colonialidad, y otros, a través de una mirada interseccional.

En quinto lugar, finalmente, la definición de violencia de género que será utilizada aquí es aquella recogida por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como la Convención de Belém do Pará –de la que Perú es Estado Parte– para referirse al concepto de violencia contra la mujer: “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” (1995, art. 1). Es decir, no se limita únicamente a la violencia de pareja.

Tomando estas premisas, este artículo explorará y analizará la influencia del género en la teorización y aplicación del sistema de justicia penal. Como tal, se estructurará de la siguiente manera. La primera sección abordará la concepción del derecho penal como una disciplina androcéntrica, desentrañando su ‘masculinidad’ arraigada en sus orígenes, a través del tiempo. Posteriormente, se desarrollará cómo la administración de la justicia penal, a través del diseño e implementación de las leyes penales reproduce dinámicas de género y resultados discriminatorios directos e indirectos a lo largo de sus respuestas, centrándose en el impacto hacia mujeres en su condición de víctimas y victimarias. En esta parte, además, se incluirá como estudio de caso el análisis de una sentencia de un caso de violación. Enseguida, se expondrán los alcances sobre los debates de la ‘igualdad versus la diferencia’ en la respuesta que debe ofrecer el derecho penal al atender la criminalidad; y finalmente, se esbozarán los desafíos y posibles soluciones para futuras intervenciones dentro, pero, sobre todo, más allá del paradigma de la justicia formal masculina propia del derecho penal.

II. EL PECADO ORIGINAL: LA FALSA NEUTRALIDAD DEL DERECHO PENAL

La ley ve y trata a las mujeres como los hombres
ven y tratan a las mujeres
Catherine MacKinnon (2006, p. 644)

Durante años, las necesidades, intereses, experiencias y valores protegidos por las leyes han sido

los de un supuesto sujeto neutro cuyas características se han construido a imagen y semejanza de las de un varón (Bodelón, 2008; Fuller, 2016; Schulhofer, 1995). El así llamado ‘sesgo androcéntrico’ que históricamente ha caracterizado al derecho refiere a una visión del mundo que asume como ‘norma’ y eje de todas las cosas el punto de vista masculino (Facio & Fries, 2005). Se trata de una mirada que representa un ideal masculino descrito en términos ‘universales’, ergo, trasladables a la humanidad, que deliberadamente excluye y desvaloriza todo aquello vinculado a lo femenino. Lo dijo Simone de Beauvoir: “[é]l es el Sujeto, él es el Absoluto; ella es lo otro” (1949, p. 49).

La exclusión de lo femenino en la regulación de intereses a proteger ha sido una constante a lo largo de diversos mecanismos de control social, incluido el derecho penal. Tradicionalmente, esta disciplina se ha enseñado como si sus reglas fueran neutras al género, o como si el género en el desarrollo del comportamiento criminal, o la identidad del victimario o la víctima fueran irrelevantes en la forma en la que se interpretan y aplican estas reglas (Nicolson, 2000, p. 1). No es sino a partir de la década de 1970 que los movimientos feministas en occidente lograron hacer visible el papel que jugaba el género en la teorización del derecho penal, específicamente, la ‘masculinidad’ incrustada en sus bases y categorías.

La intervención del derecho penal en regular experiencias e intereses femeninos antes ignorados surgió como respuesta a trabajos que revelaron que el derecho, lejos de proteger efectivamente por igual a las personas, operaba de manera apática o destructiva con relación a las mujeres (Burman & Gelsthorpe, 2017; Facio, 2009b; Larrauri, 2007; MacKinnon, 2006; Smart, 1989). El derecho tenía un “poder de exclusión casi invisible” (Ni Aolain, 2012, p. 115). En palabras de Olsen, “las actividades importantes de nuestra sociedad son reguladas por el derecho y cuando éste mantiene una postura o posición de ‘no intervención’, esto implica que las mujeres simplemente no son tan importantes para que sean dignas de regulación legal” (2009, p. 149). La hipocresía de esta normatividad no sólo desconocía daños desproporcionadamente experimentados por ellas al interior de sus hogares, sino que esta impunidad legitimaba las violencias ejercidas por varones que generalmente mantenían una relación de confianza con ellas, por ejemplo, en lo referido a la violencia doméstica. No eran extraños, como ocurría con otras formas de criminalidad **tradicional**, los que cometían esta violencia, sino personas –en específico, varones– sobre las que existían (y existen) expectativas de respeto o protección, de las que justamente se abusaba.

Como esta violencia se perpetraba principalmente en el espacio privado, la percepción de esta como un asunto que solo incumbía a las personas directamente involucradas –y no a la sociedad– no sólo reflejaba (y aun así lo refleja) extendidos imaginarios colectivos; sino informaba las leyes procesales que la trataban (Schneider, 2010). Por ejemplo, en el Perú la violación era regulada como un delito de acción privada –siguiendo la lógica de los delitos contra el honor donde el fiscal no persigue– que permitía, además, la conciliación como un mecanismo para resolverlo, como si se tratara del incumplimiento de un contrato civil entre partes iguales. Por ello, hasta 1997, las víctimas tenían que directamente presentar una denuncia penal para que la maquinaria del sistema de justicia penal peruano se activara. Esta invisibilización por parte del derecho penal al abordar las violencias de género contra mujeres encontró en la criminalización una forma de materializar la existencia de un problema que antes no era visto como tal (Bodelón, 2008, p. 293). Así, conforme se fueron conociendo algunas de las formas más prevalentes y devastadoras de violencia hacia mujeres y niñas, inicialmente focalizadas en el ámbito familiar, fueron ampliando y profundizándose la comprensión y las definiciones de lo que se consideraba delito (Burman & Gelsthorpe, 2017, p. 9).

La aparente neutralidad del derecho penal ha sido ampliamente criticada por autoras feministas que han estudiado no sólo la selectividad en las conductas a reprimir y sancionarse, sino la misma dogmática penal, desde sus principios jurídicos hasta las teorías de atribución de responsabilidad penal (Bodelón, 2008; Daly & Chesney-Lind, 1988; Facio, 2009a; Larrauri, 2007; MacKinnon, 2006; Maqueda Abreu, 2014; Olsen, 2009; Smart, 1989). En lo que respecta a la no criminalización de conductas, el derecho penal –tanto en su poder represivo como comunicativo–, ha contribuido hasta fines del siglo pasado a normalizar ciertas conductas masculinas en el espacio privado, como la violencia doméstica ejercida por esposos o padres; o a enmarcarlas como comportamientos lesivos únicamente si lesionan intereses ajenos a los de las mujeres. La ‘honorabilidad’ de una mujer, por ejemplo, era el bien jurídico a proteger en los delitos de violación, y hasta hace poco más de dos décadas, la gran mayoría de legislaciones en la región preveía como exención de responsabilidad penal que el acusado ofreciera casarse con la víctima para ‘restaurar’ el honor mancillado. Incluso, en casos de violación grupal, bastaba que uno hiciera el pedido para eximir de pena al resto.

Este poder patriarcal no sólo se manifestaba (y manifiesta) en la no criminalización de conduc-

tas dañosas para mujeres y niñas, sino a través de la criminalización de la sexualidad y reproducción femenina. Piénsese en los delitos de aborto o en la prostitución. En el primer caso, la libertad de decisión de las mujeres sobre su cuerpo es censurada a través del uso de la fuerza estatal, y etiquetada como algo desviado y delincuencial. Se obvian así intereses, o propiamente, derechos fundamentales de las mujeres y personas gestantes, como la integridad, una vida libre de violencia, libre desarrollo de la personalidad, o la prohibición de tortura o sufrir tratos crueles e inhumanos. Mientras se castiga a las mujeres por interrumpir su embarazo, reforzando el mandato social de la maternidad –aun si esta es directamente contraria a la voluntad de la gestante–, se ignora el papel que juegan los hombres en la formación de ese concebido que se dice proteger. En otras palabras, un hombre puede ‘abortar’ su responsabilidad pre-parental sin ningún tipo de consecuencia penal. Con ello, el derecho penal reafirma el destino social de las mujeres, anclado a su capacidad reproductora, validando así, la violencia sexual en su forma de maternidad forzada.

Con relación al trabajo sexual, al margen de la fórmula legal que los Estados adopten en la intervención penal, sea de la prestación del servicio, su consumo o las actividades circundantes, no se puede obviar la vinculación que tiene esta actividad con el poder punitivo. El género influye, por ejemplo, en el diseño de una política criminal que decide no criminalizar a clientes –en su gran mayoría, hombres– de la prostitución por considerar perfectamente ‘normal’ que un hombre ejerza una transacción comercial sobre el uso y dominio sexual del cuerpo de una mujer (Larrauri, 2008, p. 23). Paradójicamente, el género también influye cuando se criminaliza a los consumidores al afectar desproporcionadamente a las trabajadoras sexuales quienes al recibir menos ingresos pierden la capacidad para negociar, tienen menos poder, y por ende, más posibilidades de ser violentadas (Bachlakova, 2020). Influenciados, además, por dinámicas de clase y raza, el género influye en la actuación de oficiales que selectivamente sospechan y vigilan a quienes ejercen la prostitución en la calle (*streetwalkers*), mientras ignora a las así llamadas *escorts* y *call-girls* (Nicolson, 2000, p. 9).

A la actualidad, sorprende que, a pesar de las múltiples modificaciones a legislaciones abiertamente sexistas –siguiendo las recomendaciones de organizaciones internacionales de derechos humanos–, en la región, persisten leyes que cobijan aún expectativas de comportamientos masculinos o femeninos considerados ‘naturales’ y/o ‘apropia-

dos'. Es decir, las leyes siguen construyendo desde su literalidad el género. Así, el Código Penal Federal de México, por ejemplo, hasta antes de la sentencia de la Corte Suprema de 2021 que despenalizó el aborto hasta la semana 14, atenuaba las penas de este delito a mujeres cuyo embarazo era el resultado de una relación sexual fuera del matrimonio, solo si la mujer no tenía una mala reputación y si el embarazo se mantenía en secreto (Nuñez Rebolledo, 2019, p. 33). Por su parte, el Código Penal peruano, que solo tiene despenalizado el aborto terapéutico –cuando la vida o integridad de la gestante peligra–, atenúa la pena en casos de violación siempre que el embarazo fuera producto de una violación "ocurrida fuera del matrimonio" (art. 120, inciso 1), con lo cual, normaliza la violación conyugal. Finalmente, en el caso de Chile, el artículo 365 del Código Penal aún criminaliza las relaciones sexuales consentidas entre jóvenes de 14 a 18 años, siendo la edad para consentir 14 en el resto de los casos; institucionalizando con ello, el control sobre el deseo sexual no heteronormativo.

El Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, Comité CEDAW) en su recomendación 33 sobre acceso a la justicia, señala que los códigos y leyes penales y/o de procedimientos penales discriminan contra la mujer cuando: (i) tipifican como delitos formas de comportamiento que no son delitos ni son punibles con el mismo rigor que si fueran realizados por hombres; (ii) tipifican como delitos comportamientos que sólo pueden ser realizados por mujeres, como el aborto; (iii) evitan penalizar o actuar con la debida diligencia para prevenir y proporcionar recursos en delitos que afectan desproporcionada o únicamente a las mujeres; y (iv) encarcelan a mujeres por delitos leves y/o incapacidad para pagar la fianza por dichos delitos (Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer [Comité CEDAW], 2015, p. 20). En la dogmática penal, esta discriminación se evidencia principalmente en la implementación de sus reglas. De acuerdo con Larrauri, el derecho penal neutraliza a las mujeres cuando en sus normas, regula comportamientos 'en abstracto', que en la 'práctica' arrojan resultados que afectan particularmente a las mujeres (2008, p. 24). Es decir, ofrece reglas que aparentan adaptarse a una realidad indistintamente del sexo de una persona, cuyos efectos discriminatorios aparecen en el momento de su interpretación y aplicación.

Tomando el caso peruano, el ejemplo más claro es la figura del 'homicidio por emoción violenta' del artículo 109 del Código Penal. Aunque teóricamente la ley no distingue quién se beneficia de

la mitigación de responsabilidad penal, cuando una persona mata a otra en el contexto de una 'pasión incontrolable', en la práctica, esta figura ha sido utilizada reiteradamente para favorecer a hombres que matan a 'sus' parejas o exparejas femeninas, motivados por razones estrechamente vinculadas al sistema sexo-género dominante. En ese contexto, el operador de justicia que interpreta este atenuante se pregunta ¿Cómo reaccionaría el 'hombre promedio' a la provocación de su 'víctima', quien le ha sido infiel? Si en el Perú, un tercio de la población considera que una mujer infiel debe ser castigada por su pareja (Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI], 2020), tomando en cuenta que esta creencia hoy ampliamente respaldada era aún más extendida en años anteriores, no es raro considerar que tal creencia influirá en el contenido de dicha norma. En el contexto de una infidelidad o de celos, donde se representa a las mujeres bajo el estereotipo de género de ser posesión de un varón o donde se les cosifica, la aplicación de esta figura aparentemente 'neutra' termina, bajo una interpretación sin enfoque de género, legitimando la violencia de género como herramienta de control cada vez que una mujer desafía esta representación socialmente construida (Díaz *et al.*, 2019). Visto así, en realidad, casos como estos serían supuestos de feminicidio, donde debiera existir una pena mayor (no menor).

Los efectos discriminatorios en la aplicación de un derecho penal aparentemente neutro en su formulación se revelan también en la figura de la legítima defensa. Un ejemplo frecuente que suele utilizarse para mostrar los supuestos en los que esta es aplicable es el de un ciudadano (la representación mental es la de un hombre) atacado inesperadamente en la calle que se defiende de un ladrón (otro hombre) con un arma. Basado en un modelo masculino paradigmático de defensa, el requisito de repeler una agresión actual, inminente y 'proporcional' (aunque en muchos casos, como el peruano, el criterio de proporcionalidad ha sido reemplazado por el de racionalidad del medio) para que sea aplicable, ignora deliberadamente los supuestos de mujeres que son víctimas de abuso doméstico sistemático y prolongado, que matan o lesionan a sus parejas/agresores, para defenderse a sí o a sus seres queridos. Por razones de socialización, las mujeres no responden de igual forma que los hombres a la violencia que se ejerce sobre sí. Debido a su menor tamaño, fuerza y tendencia a reaccionar en el acto, sino, más bien, después de situaciones prolongadas de miedo, desesperación y humillación, esta figura ha sido intrínsecamente inadecuada para beneficiar a las mujeres (Nicolson, 2000, p. 12). Según Ortega Ortiz:

Este intercambio ataque-respuesta inmediata hacia la violencia es inherente a la masculinidad hegemónica. Es decir, la norma penal perpetúa un mandato de género: los hombres responden —o deben responder— como protectores de su familia, de su propiedad, del ámbito privado que dominan y que les pertenece frente a las agresiones injustas e intempestivas provenientes del ‘afuera’. Es esta conducta que legitima la norma penal; esta es la racionalidad o la carga simbólica detrás de la exigencia de que la reacción sea inmediata (2021, p. 222).

En estos casos, además, la interpretación que se haga del ‘dolo’ para evaluar la tipicidad subjetiva arrojará igualmente resultados dispares al momento de analizar la reacción de la mujer. La pregunta ahí recaerá en si el uso de los medios disponibles para repeler el ataque respondió a un ‘dolo’ de matar o solo ‘de lesionar’. Si, como resultado de la agresión, el hombre no muere, los operadores de justicia deben evaluar si ella quiso matarlo (y no pudo) o solo lesionarlo. Es decir, si fue un homicidio en grado de tentativa o unas lesiones consumadas, teniendo el primer caso, una pena mayor. Uno de los indicadores para saber qué tipo de ‘dolo’ debe aplicarse refiere al arma que utilizó una persona para defenderse. Normalmente, cuando el arma es peligrosa, este es un indicio que hubo ‘dolo de matar’. Lo que no dice el derecho penal en estos casos, es que, mientras un hombre puede estrangular con sus manos a su pareja y matarla, una mujer raramente podría hacerlo (Larrauri, 2008). Sea para lesionar o matar, será habitual que la mujer use un arma peligrosa.

Visto en esos términos, es mucho más probable que, frente a una defensa de este tipo que no culmina en la muerte del agresor, ella sea juzgada con ‘dolo de matar’, aún si este no murió. Si el caso hubiere sucedido a la inversa, sin embargo, bastaba que el agresor usare su fuerza para repeler la agresión de una mujer, lo que implicaría una mayor probabilidad de que, al margen del resultado de muerte, sea juzgado con ‘dolo de lesionar’. El razonamiento que suele imperar en estos casos es que, si él hubiera querido matarla, lo habría hecho, pero si no muere (por motivos ajenos a los del autor), es porque no quiso, por ende, sería un delito de lesiones, y no un homicidio en grado de tentativa. Es decir, para un hecho que parece teóricamente el mismo, quien recibiría, en la práctica, una sanción mayor sería siempre la mujer que se defiende, y no el hombre (si la situación ocurriera a la inversa).

Esta manera de poner a prueba una dogmática aparentemente neutral fue estudiada por Larrauri

en sentencias españolas que dieron muestra del patrón antes señalado, donde la presencia del mismo elemento (por ejemplo, un arma letal) se usó como un indicio para negar el ‘dolo de matar’ en los hombres (‘si quería matarla, lo hubiera hecho’), y afirmarlo en el caso de las mujeres (‘si tenía el arma es porque quería matarlo, pero falló’), lo que genera, en la práctica, sanciones más elevadas en el caso de las mujeres (Larrauri, 2008). En este mismo estudio, Larrauri además identificó, cómo una figura agravada en el caso de un homicidio con ‘alevosía’ —es decir, aprovechando el estado de indefensión de la víctima—, suele ser aplicada cuando la mujer, víctima de maltrato sistemático mata al marido, pero no a la inversa. Esto, porque la mujer para tener éxito en su hazaña matará siempre de forma desprevenida (cuando duerme, está ebrio o de espaldas), mientras que el marido no necesita que ello ocurra así para consumar un homicidio. Este modo de actuar de parte de la mujer sindicada sería, para los tribunales, ‘cautelosa y taimada’, por tanto, más reprochada (Larrauri, 2008, p. 26). La aplicación discriminatoria, así, de una figura que parece neutra hará que la mujer siempre reciba una sanción mayor que el varón en la práctica.

Esto ha sido advertido igualmente en un informe del Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belem do Para (en adelante, MESECVI), en el que señala que la interpretación de la ‘legítima defensa’ sin perspectiva de género ha hecho que un importante número de mujeres en la región, sujetas a un contexto de violencia doméstica sistemático, sean procesadas penalmente por el delito de homicidio o lesiones, a pesar de haber actuado en defensa de ellas o de sus hijos o hijas (2018, p. 4). Interpretar la figura de la legítima defensa con perspectiva de género implica, por tanto, tomar en cuenta lo siguiente:

la desproporción física (en muchas ocasiones las mujeres tienen una menor contextura física que sus agresores); la socialización de género (que hace que muchas veces las mujeres no estén entrenadas para responder a agresiones físicas con medios equivalentes, o la falta de entrenamiento para el manejo de armas), así como la dinámica propia del ciclo de violencia, donde las mujeres se encuentran desprovistas de herramientas emocionales para reaccionar de acuerdo al estándar masculino propuesto por el derecho penal tradicional (Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belem do Para [MESECVI], 2018, p. 13).

Las variadas formas en las que el género da forma a la dogmática del derecho penal han sido

ampliamente estudiadas por criminólogas feministas. Su aporte ha permitido explorar el impacto que tiene el género en el proceso de criminalización y victimización, el objeto de estudio, la reacción social al crimen, y en particular, la propia disciplina criminológica: sus teorías, epistemologías, metodologías, etc. (Burman & Gelsthorpe, 2017; Carrington, 2013; Wahidin, 2013). Desde las teorías feministas del derecho también se ha logrado desnudar la masculinidad del derecho penal, ofreciendo herramientas jurídicas, dogmáticas y metodológicas para contrarrestar sus efectos discriminatorios directos e indirectos. Androcéntrico de raíz, el derecho penal ha conducido inevitablemente a un tratamiento empíricamente diferenciado –y en muchas ocasiones, perjudicial– de las mujeres y diversidades sexuales, a lo largo de las etapas del sistema del que forma parte.

III. EL TRAYECTO PENAL

El sistema de la justicia penal falla a las víctimas, a los perpetradores, y a la comunidad: nadie gana
Gelsthorpe & Larrauri (2010)

La justicia penal involucra un proceso extenso y complejo compuesto por decisiones múltiples que toman diferentes actores a lo largo de diferentes etapas. Desde policías y fiscales, hasta jurados (ahí donde el sistema legal lo permite) y jueces, cada operador de justicia decide qué y a quién (y cómo) denunciar, investigar, enjuiciar, condenar, absolver o castigar.

Al igual que en su ideación, la impartición de la justicia penal también se encuentra modelada por factores basados en género. Reconociendo las variaciones dentro de cada jurisdicción doméstica, comparto en esta sección estudios a nivel comparado que revelan cómo interviene el género en tres fases que suelen tener los procesos penales: (i) la investigación y acusación; (ii) el juzgamiento y la sentencia; y (iii) la ejecución de la pena en prisión y la reparación. Por último, se tomará como ejemplo una sentencia del Poder Judicial en Perú sobre un caso de violación que da cuenta de las maneras cómo se infiltran los estereotipos de género en la administración de justicia.

A. Investigación y acusación

La primera etapa es probablemente la más importante del proceso penal. Las decisiones que toman policías y fiscales, en la fase de investigación y acusación, respectivamente, determinan quién ingresa y supera los filtros del sistema de justicia penal y, en última instancia, deciden si un caso será

llevado a juicio o no. Por eso, se dice que son los ‘guardianes’ del sistema (Spohn *et al.*, 2015, p. 93); y, lamentablemente, muchas de las denuncias de violencia de género contra mujeres acaban ahí (Tapia, 2021).

Con respecto a la policía, al igual que con otras profesiones dominadas por hombres, como el ejército, diversas investigaciones han demostrado cómo el género organiza el comportamiento de hombres y mujeres en este primer momento (García-Moreno *et al.*, 2013; Kruahiran *et al.*, 2020). Ahí, aunque factores legales, como la gravedad del delito y la solidez de la evidencia juegan un papel importante en las decisiones de procesar una denuncia o no, igual o más importancia tienen los factores extralegales, como las características personales de las víctimas y los delincuentes (Spohn *et al.*, 2015, p. 94).

Variados trabajos evidencian que las investigaciones policiales, desde etapas preliminares, en casos de violencia basada en género se guían por estereotipos que hacen a algunas víctimas-sobrevivientes más creíbles que otras (Garza & Franklin, 2021; Hotaling & Buzawa, 2003; Kruahiran *et al.*, 2020). Por ejemplo, se ha demostrado que el consumo de alcohol por parte de las víctimas influye la respuesta policial en su tendencia a considerar que estas son parcialmente responsables de su victimización, lo que reduce las posibilidades de adoptar una respuesta energética, así como las posibilidades de llamar a un fiscal o arrestar al sospechoso (Goodman-Delahunty & Graham, 2011; Venema, 2019).

A nivel del Perú, la culpabilización de la víctima no es ajena a la evaluación del delito en esta primera etapa del proceso. Estudios no publicados sobre la presencia de estereotipos de género en fiscales, destacan que un 34% de ellos considera que la mujer víctima de violencia doméstica es parcialmente responsable de la agresión que ha vivido (De Assis, 2019).

Estas formas de trasladar sutilmente la responsabilidad de la agresión a las víctimas, sin embargo, no son propias del cuerpo policial, sino que invaden los imaginarios populares en sociedades sexistas, donde la respuesta hacia el mismo comportamiento realizado por personas de distinto sexo recibe una valoración diferente, según nociones de género imperantes. Este doble estándar es especialmente evidente con el consumo de alcohol y/o drogas por parte de mujeres y/o varones. Como afirma la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS), si es una mujer quien ha consumido alcohol o drogas, esta será generalmente culpabilizada por la agresión sexual que sufre; pero

si es un hombre quien agrede en esas condiciones, entonces, será usual que se le justifique o excuse por estar 'bajo la influencia' de tales sustancias, pues se espera que no pueda controlar su comportamiento (Organización Mundial de la Salud [OMS], 2003, p. 8).

Aunque culpar a las víctimas de la violencia que denuncian es una reacción que no sólo ocurre en los delitos de género, la dimensión y forma que toman ahí es desproporcionada en perjuicio de las mujeres. Un estudio que compara las reacciones de un grupo de participantes hacia víctimas de una violación con víctimas del delito de robo revela que la presencia de factores como la intoxicación de las víctimas o la relación previa entre víctima y victimario, inciden en la percepción que se tiene sobre la culpa de las víctimas en su propia victimización. Así, cuando estos dos factores están presentes en ambos delitos, la tendencia a culpabilizar a las víctimas del delito de violación es mucho mayor en comparación a la tendencia de culpabilizar a las víctimas de un delito de robo (Bieneck & Krahé, 2011).

Al igual que con el consumo de alcohol, se ha documentado también que otras características propias de los delitos de violación que se corresponden con el paradigma de la 'violación real' (Estrich, 1987) tienen más probabilidades de desembocar en el arresto del presunto delincuente (Bouffard, 2000). El estereotipo de la 'violación real' describe una representación social sobre las violaciones como delitos perpetrados por desconocidos, usualmente llevados a cabo con un arma, en el espacio público, donde hay de por medio forcejeo y resistencia física por parte de la víctima; todos elementos que no suelen estar presente en la gran mayoría de casos. Por poner un ejemplo, del total de denuncias por violación en Perú, solo el 16.7% fue perpetrado por un extraño; mientras que el 38.2% fue por un familiar, el 3.9% por una pareja o ex pareja y el 41.2% por un conocido (Ministerio Público, 2018). Del mismo modo, de las denuncias presentadas por este delito, solo el 4% ocurrió en la vía pública y 5% en un descampado (INEI, 2018). La representación de la 'violación real' no sólo jerarquiza las formas de cometer una violación sexual, tratando con mayor severidad aquellos casos que cumplen con este paradigma, sino que termina generando una reacción más indulgente con aquellos casos que no encajan en este ideal, que son casualmente, la mayoría.

En esa línea, estudios sobre la decisión que toman policías o fiscales que reciben denuncias por violación contra mujeres adultas, cuyas características coinciden con la representación de la 'violación

real' o algún mito sobre la violación usado para justificar o minimizar su gravedad (Burt, 1980), como que las denuncias sean 'oportunas' (es decir, presentadas inmediatamente después del delito o poco tiempo después) o que haya existido resistencia física por parte de la víctima, revelan que los agentes perciben estos elementos como facilitadores de una condena, por lo que aumentan la probabilidad de formular una acusación y llevar los casos a juicio (Spohn & Tellis, 2019; Wentz, 2020). Por último, cuando se trata de violaciones sexuales donde la víctima es un varón, hallazgos sugieren que, dado que los oficiales de la policía tienden a representarse a las víctimas varones de violación como 'homosexuales', las actitudes homofóbicas al interior de la subcultura policial hace que estas se vuelvan invisibles; lo que lleva a la incredulidad o culpabilización de la víctima, y a asumir el delito como algo trivial (Javaid, 2015).

Con respecto a las mujeres delincuentes, se ha documentado que la apariencia de las mujeres aumenta las sospechas de la policía y las posibilidades de detenerlas si no son vistas como 'mujeres respetables' (Edwards, 1984). Las trabajadoras sexuales que desafían la convención social de 'víctimas ideales', no solo son más susceptibles de ser arrestadas por policías, sino también más propensas a ser victimizadas por ellos (Nixon *et al.*, 2002), incluso hay países donde no es delito la prestación de sus servicios (Daich & Sirimarco, 2014). Esto también se ve con las mujeres trans en Canadá, que narran cómo la policía las perfila comúnmente como trabajadoras sexuales y las arresta sin causa alguna, en lo que se conoce como la práctica de "caminar mientras se es trans" (Grant *et al.*, 2011, p. 138). Con respecto a los poderes de detención y registro de los efectivos, Keenan afirma que, aunque es más probable que los hombres sean detenidos que las mujeres (especialmente si son jóvenes, pobres y pertenecen a una minoría social), esto puede explicarse debido a las diferencias de socialización de género en su estilo de vida que resultan en menos mujeres optando por salir solas a la calle por la noche (2000, p. 37).

B. Juzgamiento y sentencia

En lo que respecta al juzgamiento de un caso, las dinámicas de género intervienen usualmente en la valoración de la evidencia llevada a juicio y en la decisión final que toman los jueces (o jurados) sobre la culpabilidad de un acusado (Di Corleto, 2017; Piqué, 2019). Los estereotipos de género se erigen así como un paradigma mental a través del cual se toman decisiones basadas en creencias preconcebidas o mitos, antes que en hechos. Como señala el Comité CEDAW, estos interfieren

al evaluar el comportamiento que debió tener una mujer en el escenario juzgado, sea como víctima o acusada, o en su credibilidad, dando, así, como resultado, una interpretación errónea de la ley o aplicación defectuosa (2015, p. 14)

En los delitos de violación, por ejemplo, el mito de la 'violación real' puede influir en la expectativa de los jueces de contar con medios probatorios que demuestren rezagos de violencia física ejercida sobre las víctimas-sobrevivientes y de resistencia física como respuesta a ello para valorar el caso con mayor severidad, ignorando que la gran mayoría no cumple con estas características. Según la OMS, al menos dos tercios de delitos de violación no dejan este tipo de lesiones (2003, p. 11). De ahí que el MESECVI haya señalado expresamente que no necesariamente debe existir evidencia física en la víctima para acreditar un caso de violación (2021, p. 35). A pesar de ello, la ausencia de este tipo de lesiones es, en casos, interpretado por juzgadores como un elemento que abona a la no culpabilidad del acusado, incluso en supuestos en donde la víctima estaba bajo los efectos del alcohol o se paralizó por miedo (Munro & Kelly, 2009, p. 290).

Esta representación restrictiva de la violación es informada por nociones de género que describen un ideal sobre 'cómo deberían responder las mujeres' a estas violencias, sin tomar en cuenta el temor que usualmente les invade en el momento; o, en todo caso, que lo racional sería no resistir físicamente para evitar mayor violencia o represalias en su contra. La presencia de lo 'físico', que se asume como 'real' o 'palpable', invade también la valoración que tienen los jueces en estos casos cuando no hay en el juicio pericias médicas que demuestren lesiones genitales en el 'canal vaginal'. No sólo se interpreta como menos grave, sino que, incluso, como evidencia de que, la ausencia de fricciones en aquella zona del cuerpo implicaría que hubo lubricación, por tanto, un 'orgasmo femenino' que demostraría el consentimiento de la víctima. La prioridad que otorgan los jueces a la pericia médico legal para resolver estos casos es señal de esta sobrevaloración, en desmedro de otras pruebas, como el testimonio o las pericias psicológicas (Defensoría del Pueblo, 2011; Siles, 1995).

Se ha documentado que la caracterización de la violación (sea de la víctima, del acusado o del hecho) y las pruebas que se tengan determina en gran parte el sentido de los fallos (Lovett & Kelly, 2009; McKimmie *et al.*, 2014). Según un informe sobre los obstáculos que enfrentan las víctimas de delitos sexuales en España, mientras los procesos penales por delitos sexuales violentos perpetrados

por un desconocido suelen terminar en sentencia condenatoria, aquellos que se cometen dentro de una situación más amplia de violencia doméstica, donde hay una relación afectiva duradera entre personas adultas, suelen tener tasas de absolución más elevadas, decantándose más los éxitos en condenas por violencia o maltrato habitual (Soleto *et al.*, 2021, p. 47). Una explicación podría estar vinculada a la influencia que tienen los mitos de violación sexual, en virtud del cual, se aprecia que la violación al interior de una relación sentimental es menos grave, o no lo es, pues influye el estereotipo de género de cosificación o posesión del varón sobre su pareja mujer.

Con relación a las mujeres en su condición no de víctimas denunciantes, sino de acusadas, el sistema de justicia penal también es susceptible de arrojar resultados discriminatorios al deliberar sobre la atribución de su responsabilidad penal. En un estudio jurisprudencial sobre mujeres delincuentes, Laureno Copello advirtió que esto puede ocurrir cuando los jueces realizan una aplicación puramente formalista y descontextualizada de las normas penales, sin perspectiva de género (2019). Para ello, menciona tres supuestos. El primero, cuando se les condena por no evitar que sus hijos sean agredidos por su pareja maltratadora, obviando el contexto de violencia familiar y el temor al que están sujetas, filtrándose expectativas sexistas que delimitan la interpretación de su 'deber de garante' conforme a su rol de madre/cuidadora y exigiéndole actuar de manera heroica para evitar dicho resultado. Segundo, cuando, en un contexto de maltrato habitual, las mujeres matan o lesionan a su pareja agresora y al evaluar la antijuricidad de la conducta, se evita aplicar la eximente de legítima defensa o, incluso, el miedo insuperable para el análisis de la culpabilidad, interpretando de manera restrictiva y androcéntrica los elementos de tales figuras. Tercero, en los delitos de tráfico de drogas, donde la evidencia da cuenta que el grueso de mujeres delincuentes acaba ahí por razones de profunda marginalidad socioeconómica vinculados a la feminización de la pobreza, cuando no se consideran los males concretos que enfrentan las mujeres en esas circunstancias, propias de sus roles de género, y se obvia explorar eximentes de responsabilidad penal aplicables, como el estado de necesidad. Tales contextos de violencia y discriminación que enmarcan la criminalidad femenina no pueden, por ende, obviarse a la hora de enjuiciar su conducta delictiva.

Ciertamente, en lo vinculado a las condenas contra mujeres delincuentes, la literatura ha identificado que estas suelen recibir sentencias más indulgentes que aquellas aplicadas a los varones (Bontrager

et al., 2013; Carlen & Worrall, 2004; Hedderman et al., 1997). La tesis que explicaría esta tendencia es que el sistema de justicia penal no necesitaría ser más severo con ellas, pues las mujeres ya son fuertemente disciplinadas a través de medios informales de control, como, por ejemplo, el de la familia (Maqueda Abreu, 2014, p. 120). Esta indulgencia, sin embargo, no se aplica de la misma manera a todas las mujeres. Entender el impacto diferenciado del género en el sistema de justicia penal pasa por comprender que esta no sólo responde diferente a las conductas femeninas con relación a las masculinas, sino que trata diferente las conductas al interior de cada grupo social sino sobre la base de cómo se adecúa el comportamiento a mandatos de feminidad o masculinidad tradicional.

En esa línea, se ha identificado que existe un trato más severo del sistema de justicia penal a aquellas mujeres a las que se le considera 'dolemente desviadas' tanto de la ley, como de las normas de género (Gelsthorpe, 2004). En otras palabras, quienes siguen el rol de ser una 'buena mujer' (por ejemplo, encargada de la crianza de sus hijos o del cuidado de su esposo), suelen recibir un mejor trato en sus condenas que las mujeres lesbianas o las madres solteras (Eaton, 1986), o simplemente, que aquellas consideradas 'malas madres' (Russell, 2013; Worrall, 1990). Por su parte, la severidad de las condenas no sólo vendría influenciada por el género al que pertenece el infractor, sino por la relación que mantiene el infractor con la víctima a la luz de las expectativas de género dominante. Así, un estudio sobre sentencias en Estados Unidos demostró que los delincuentes varones que victimizan a mujeres recibían sentencias más largas en comparación con otros delitos en el que el género de la víctima era indiferente. La razón, de acuerdo al autor, estaría vinculada a la infracción adicional de un mandato social, propio del sexismó benevolente (o mejor dicho, paternalista), que representa a los hombres como naturalmente protectores de las mujeres, por lo que existiría una infracción y desvaloración social adicional al delito *per se*, vinculadas al incumplimiento de su rol protector (Curry et al., 2004).

C. La ejecución de la pena y la reparación

Centrándonos en la forma y ejecución de la pena, se ha afirmado que los regímenes penitenciarios donde están recluidas las mujeres prisioneras históricamente se han organizado para feminizar, domesticar, medicalizar e infantilizarlas (Carlen & Worrall, 2004). Una investigación sobre tales sistemas penitenciarios en el Reino Unido evidencia que las mujeres están sujetas a una mayor vigilancia y regulación que los hombres recluidos (Sim, 1990) y que los tratamientos socioeducati-

vos que reciben están orientados a equipar a las reas con habilidades que es más probable que sean utilizadas cuando salgan en libertad, esto es, tareas domésticas, de costura o peluquería (Carlen, 1983). Un estudio de prisiones en Andalucía, España confirma el sesgo de género no sólo al haber menos ofertas de puestos de trabajo para las internas en las prisiones mixtas, sino en el tipo de trabajo ofertado (Castillo Algarra & Ruiz García, 2010). Según Castillo Algarra, "los puestos de trabajo específicos para los hombres son de carpintería, carpintería metálica, cocina y panadería; mientras que los de las mujeres son de corte y confección, lavandería y limpieza" (2010, p. 484); lo que termina siendo un mecanismo adicional de control social para la construcción de identidades de género.

Aunque la formación resocializadora que reciben las mujeres encarceladas se adecúa a roles de género, en lo que respecta al ejercicio de la maternidad, las prisiones operan de manera tal que la dificultan, acentuando el sufrimiento punitivo que viven las madres recluidas. Un estudio sobre mujeres privadas de libertad en cárceles federales en Argentina reveló que al 2011, 9 de cada 10 reas eran madres, en promedio, de tres hijos en su mayoría menores de 18 años, siendo ellas las responsables primarias de su cuidado (Centro de Estudios Legales y Sociales [CELS] et al., 2011, p. 154). Tomando en cuenta esta data, se señala que, a pesar de que la normativa reconoce las responsabilidades que tradicionalmente asumen las mujeres como madres –permitiéndoles, por ejemplo, mantener con ellas en prisión a sus hijos menores de 4 años–, el sistema penitenciario no establece medidas destinadas a hacer posible su ejercicio y, por el contrario, produce tantos obstáculos que el cumplimiento de la función maternal se torna imposible. Esta situación afecta de manera particular a las madres, quienes viven el encierro con mayor angustia, pero además su encarcelación suele ocasionar el desmembramiento de las familias, generando gravísimas consecuencias para los hijos menores (2011, p. 199).

En ese sentido, el régimen penitenciario que viven las mujeres encarceladas no solo les inflige daños diferentes, sino desproporcionados en lo que refiere a la experiencia del castigo (Crewe et al., 2017). Al impacto devastador que la cárcel genera sobre el ejercicio de la maternidad, se suman otros: al contar con menos cárceles para mujeres, la distancia geográfica les dificulta mantener vínculos con sus familiares –lo que resulta aún más problemático en el caso de las mujeres migrantes–; y, debido a las historias de abuso físico o sexual que puedan haber tenido en su pasado, las experiencias que viven a través de prácticas rutinarias como

los registros corporales que practican los oficiales al interior de las prisiones vuelve particularmente traumática su estadía (Jeffries, 2002, p. 32).

El daño que viven las mujeres encarceladas no es homogéneo. De ahí la importancia de tomar distancia de una mirada esencialista sobre sus vivencias. En el ejemplo de Argentina, se ha documentado que las reas más jóvenes son quienes sufren con mayor frecuencia e intensidad la violencia por parte del sistema penitenciario, que son las mujeres con hijos sobre las que se ejerce mayor control y restricción de derechos básicos como formas de condicionar la manera en la que han de ejercer la maternidad en el penal, y que son las mujeres extranjeras, a las que se les vulnera sus derechos a través de la interrupción de los vínculos que tienen con el exterior de la cárcel, sea familiares o institucionales (CELS *et al.*, 2011, p. 149). La realidad en la que se encuentran encarcelados hombres y mujeres no es solo diversa entre sí, sino al interior de cada grupo. Las dimensiones de género interactúan con las de clase, nacionalidad y edad haciendo a unos más vulnerables de recibir castigos específicos.

Finalmente, un aspecto no menos importante sobre la justicia penal es su idoneidad para reparar los daños que derivan de la criminalidad, principalmente, la violencia de género. Las críticas al sistema penal no sólo comprenden su diseño androcéntrico, sino punitivo y vertical, donde la resolución del conflicto se centra en sancionar al perpetrador, antes que reparar el daño de las víctimas, quienes ocupan un rol secundario (Bodelón, 2008; Zehr, 1985). Aunque hoy son más los derechos reconocidos a las víctimas al interior del proceso, siendo la reparación integral uno de ellos y parte de la obligación de debida diligencia de los Estado parte de la CEDAW, aún los desafíos para garantizarla adecuadamente son múltiples.

En sentencias de feminicidio o violencia sexual en el Perú, por ejemplo, se ha identificado no solo una falta de proporcionalidad en la reparación civil otorgada a las víctimas directas e indirectas con relación a los daños, sino de uniformidad en los criterios para determinarla (Defensoría del Pueblo, 2011; 2015). En España, por su parte, cuenta la abogada Laia Serra que los pedidos de indemnización para reparar el daño de víctimas de violencia sexual suelen ser enfrentados con estereotipos de género sobre la cantidad que se requiere:

«Si pides tan poco, es que no te ha afectado tanto y quizás la agresión no sea tan cierta o tan grave», «si pides tanto dinero y superas el importe reclamado por la Fiscalía, es que pretendes enriquecerte y quizás sea éste el verda-

dero móvil de la denuncia [...]». Decidamos lo que decidamos, será cuestionado y deslegitimado (2020).

En este punto es importante precisar que, siendo complejo cuantificar el daño de esta violencia, las reparaciones desde una perspectiva de género deben trascender lo económico y tener, más bien, una ‘vocación transformadora’. No solo reparar y restituir el daño, sino corregir las situaciones que lo generaron.

D. Estudio de caso

En esta sección, para complementar la revisión de literatura antes desarrollada, se analizará una sentencia emitida en 2020 sobre violación contra una víctima mujer adulta, en el que destacan referencias estereotipadas basadas en género, principalmente en la valoración de la prueba. Primero se realizará una breve descripción del caso, para luego analizar las afirmaciones sostenidas por el tribunal en su razonamiento que convalidan la aplicación patriarcal del derecho penal, inspirada en mitos de violación sexual.

La sentencia a la que se hace referencia aborda una acusación por violación, realizada en Ica por una joven de 20 años, contra un amigo de la infancia, quien la habría violado en su casa, luego de ella haberlo acompañado a celebrar la obtención de su título profesional en un bar donde estuvieron consumiendo alcohol. El fallo, resuelto por el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial transitorio Zona Sur de la Corte Superior de Justicia de Ica, que absolvió finalmente al acusado, generó una respuesta condenatoria por parte de la opinión pública al difundirse parte de los argumentos utilizados para llegar a dicho resultado. Entre ellos, la inferencia de que el uso por parte de la víctima de una prenda íntima determinada (una trusa roja de encaje) permitía concluir que se había preparado o estaba dispuesta a tener relaciones sexuales con el acusado. Pese a que la atención se enfocó en este fragmento, no fue el único tratamiento discriminatorio en el que incurrieron los jueces.

Este análisis se centrará en la motivación desarrollada por los jueces, pese a que la argumentación esbozada por las otras partes en el proceso penal, incluida la defensa técnica o los mismos peritos, cargan igualmente con connotaciones de género que resultan revictimizantes para la víctima-sobreviviente. Así, se partirá de una serie de afirmaciones extraídas de las sentencias, que pueden bien agruparse en las siguientes categorías: (i) la víctima ideal; (ii) el consumo de alcohol; y (iii) la prueba física.

Cuadro 1

Tema	Extractos (el resaltado es propio)	Análisis
La víctima ideal	<p>“Un hecho singular que no pasa desapercibido por este Tribunal y llama la atención que según los psicólogos Calle Arévalo como De La Cruz Nieto, quienes examinaron a la agraviada coinciden...en señalar que «es una mujer tímida [...] muestra una actitud pasiva, dificultades para poder ser asertiva y poder decir no, de una manera tajante, lo cual se refleja a través de su timidez, dificultades para tomar decisiones y también que la colocan de alguna manera en una posición de sumisión frente a otras personas» «rasgos de personalidad dependiente con tendencia a la extroversión ese tipo de personalidad se caracteriza por ser una persona sensible, indefensa , sumisa, con cierta inmadurez se percibe como débil y frágil [...]» [...] sin embargo, suele vestir prendas interiores como la descrita por la bióloga forense Doris Matilde García Espinoza en su dictamen de biología forense 201907000119, describiéndolo «[...] trusa femenina de color rojo con encaje en zona delantera, blondas en contorno de pierna [...]» resultando extraño que la supuesta personalidad que presenta la misma (tímida) no guarde relación con la prenda íntima que utilizó el día de los hechos, pues por las máximas de la experiencia este tipo de atuendo interior femenino suele usarse en ocasiones especiales para momentos de intimidad, por lo conlleva a inferir que la agraviada se había preparado o estaba dispuesta a mantener relaciones sexuales con el imputado, de allí que de forma consciente se autoderminó quedarse en la casa del imputado, pues contaba con la ausencia de su señora madre doña Mirtha [...]” (2020, fundamento 35).</p>	<p>En el referido pasaje, el tribunal utiliza los informes periciales para construir una representación estereotipada de la víctima que sirve como parámetro de análisis al juzgar su conducta. El estereotipo de género de víctima ideal –sumisa, indefensa o introvertida–, opera como un paradigma para inferir que una mujer de dicho perfil no podría usar cierto tipo de vestimenta íntima. Partiendo de dicha premisa, deduce que la víctima no podría ser ese tipo de ‘mujer’ indefensa, debido a la prenda que usó, por ende, en realidad, ella habría buscado, de manera anticipada, tener relaciones sexuales con el acusado, descalificándola como víctima. Al señalar que ella decidió quedarse en su casa (‘se autodeterminó’) la referencia al comportamiento previo social se usa para derivar de ahí el consentimiento.</p> <p>Esta valoración de las pruebas periciales no sólo parte de un prejuicio de género sobre cómo deben comportarse cierto ‘tipos de mujeres’, sino que, castiga a quienes no se comportan como debieran acorde a estos perfiles –no era realmente una mujer ‘tímida’ o ‘indefensa’–, trasladándole a ella la responsabilidad de los actos sufridos. Dicho de otra forma, concluye que ella lo habría buscado.</p>
Consumo de alcohol	<p>“ [...] si bien señala que solo ha tomado una copita pequeña de cachina colada, refiriendo que después de ello no recuerda más, sin embargo por las reglas de la lógica y máximas de la experiencia, bien pudo haber adoptado el mismo comportamiento que precedió al consumo de la cachina colada, evitando beber en exceso, así lo ha indicado la agraviada «[...] no bebe licor a menos que haya una reunión con familiares, pero no bebe con regularidad, ni bebe en exceso, en esta ocasión ha bebido cerveza y quiso mantener la cerveza hasta el final [...]” (2020, fundamento 32).</p> <p>“ [...] de las declaraciones de los involucrados, así como del testigo presencial Gino David Ditolvi Loyola, no se advierte que el imputado tuviera un comportamiento de querer poner a la agraviada o aprovecharse de un estado en que no pueda brindar su libre consentimiento para yacer con ella sexualmente, pues la agraviada es una persona adulta de 20 años de edad, ha bebido licor en la cantidad que ha querido beber; tampoco se ha advertido alguna manifestación, de parte del imputado, de acercamiento hacia ella, de cortejo, flirteo, interés romántico o interés de establecer una relación íntima [...]” (2020, fundamento 33).</p>	<p>Ambos pasajes evidencian un tratamiento discriminatorio sino sobre la base de género en función de si es la víctima o el acusado en un delito de violación sexual quien ha consumido alcohol (OMS, 2003). En el primer caso, la credibilidad del testimonio de la víctima se ve afectada por referencias que la culpan de “beber en exceso” (2020, fundamento 32). En otras palabras, se recurre al mito de violación que la hace corresponsable de la violencia debido a la situación ‘de riesgo’ que debió evitar y no hizo.</p> <p>En el segundo caso, al analizar la conducta del imputado, el Tribunal concluye, sino sobre la base de su testimonio y al de su amigo –que declaró a su favor–, que el imputado no quería aprovecharse de la víctima sobre la base de razones que conducen a la conducta de la víctima –“ha bebido licor en la cantidad que ha querido beber” (2020, fundamento 33)–. Aquí cabe precisar que la violación sexual, en contextos de consumo de alcohol, no requiere que una persona fuerce a otra a beber, sino que basta que el autor se aproveche de una situación que le impida a la víctima consentir, al margen de quién haya ocasionado ese estado de ebriedad. Resulta curioso, además, que el estándar para medir cómo se espera que actúe una persona ‘adulta’, solo se utiliza para juzgar el actuar de la víctima, más no del agresor.</p> <p>Finalmente, la representación del tribunal de la violación es impactada por nociones de género y sexualidad normativa, en virtud de la cual esta estaría motivada por sentimientos de pasión, deseo o romance, antes que de poder, control o dominación de un género sobre el otro (OMG, 2003, p. 9). Bajo esa lógica, si no hay ‘flirteo’ o ‘interés romántico’ por parte del sujeto activo, no podríamos estar hablando de una violación.</p>

Tema	Extractos (el resultado es propio)	Análisis
La prueba física	“«[...] en este caso, a la evaluación de la perita da, no le ha encontrado ninguna lesión [...]. Siendo así, se tiene prueba científica que acredita que la agravida no ha sido vulnerada en su sexualidad , pues no se han hallado vestigios de introducción peneana en cavidad vaginal, más aún que ante la circunstancia que era una sexualidad no consentida, no se producía la lubricación de la zona genital femenina y el forzamiento en la introducción causaría alguna lesión no propiamente en el himen sino en el introito vaginal, sea labios mayores, menores, clítoris, orla, entre otros, producidos ante la fricción o el frotis como lo indicó al perito psicóloga forense” (2020, fundamento 28).	<p>En este caso, la falta de lesiones en la cavidad vaginal es utilizada por el tribunal para descartar que hubo una vulneración en la ‘sexualidad’ de la víctima. Desde esta perspectiva, la ‘sexualidad’ se interpreta únicamente desde lo físico, reduciéndolo a un asunto de genitalidad, obviando su componente multidimensional en lo psicológico y sociocultural (Pérez Fuentes & Mora López, 2021, p. 480). Es decir, construye la violación a la existencia de lesiones en las partes íntimas de la víctima, lo que refleja una representación estereotipada y restrictiva de la violación sexual (Estrich, 1987). En este caso, se obvia, además, que, según la acusación, el imputado apenas la penetró y al darse ella cuenta del hecho, lo apartó.</p> <p>Es aún más sorprendente la inferencia del tribunal de sostener que la falta de lesiones físicas indicaría consentimiento, pues una relación ‘no consentida’, no lubricaría la zona genital y no generaría la fricción que lleva a la lesión. Este razonamiento estereotipado guarda un correlato con el mito de violación que retrata a las mujeres como deseando inconscientemente o disfrutando que sean violadas (Ben-David & Schneider, 2005), pero además, ignora que, las víctimas pueden experimentar orgasmos involuntarios, lo que no significa que sea consentido (OMS, 2003, p. 36).</p>

Fuente: Elaboración propia a partir de los fundamentos contenidos en la sentencia recaída en el Expediente 002822-2019-90-1401-JR-PE-03

Los extractos antes analizados derivan únicamente de un caso de violación sexual. Sin embargo, una sola sentencia da cuenta de cómo los estereotipos de género invaden el razonamiento utilizado por los jueces en la valoración de los medios probatorios actuados en juicio. No solo no existe un análisis integral de las pruebas en su conjunto, sino que convenientemente se asigna distintos pesos a cada elemento probatorio en función de si convalidan o no tales estereotipos ya asentados. Estos no solo contribuyen a crear representaciones distorsionadas de las víctimas, sino que, refuerzan actitudes de culpabilización hacia ellas, que justifican o minimizan las agresiones y a los agresores.

IV. EL DILEMA DE LA IGUALDAD VS. LA DIFERENCIA

¿Cómo transformar un derecho dominador en uno cooperador en la convivencia de mujeres y hombres?
Facio & Fries (2005, p. 294)

Como se ha demostrado a lo largo de este trabajo, el sistema de justicia penal carece de neutralidad. La falta de una sensibilidad de género en su teorización y puesta en práctica ha provocado una protección más débil de la ley penal, discriminación, daños, riesgos de revictimización que refuerzan la desigualdad de género, en perjuicio principalmente de mujeres y minorías sexuales. El poder punitivo reproduce –y legítima– esquemas discriminatorios y privilegiados, donde no solo distribuye desigualmente su protección, sino que también gestiona, de manera selectiva, las inmu-

nidades y riesgos de ser criminalizado (Maqueda Abreu, 2014, p. 104).

El planteamiento de que la igualdad formal ante la ley no garantiza en absoluto la igualdad sustantiva ha desencadenado inacabables debates feministas sobre cómo el sistema de justicia penal debe responder a las mujeres, en su condición de víctimas o victimarias (Daly & Chesney-Lind, 1988). La pregunta que guía esta discusión es ¿Debe el derecho penal adscribirse a un modelo de la ‘igualdad’ con disposiciones neutras en sus formulaciones respecto a los sujetos a los que se le aplique? ¿O a un modelo de la ‘diferencia’ que ofrezca respuestas diferenciadas, en función de las necesidades, experiencias e intereses de los sujetos a los que se le aplique, con disposiciones específicas? En otras palabras, ¿se debe tratar a hombres y mujeres con los mismos estándares legales, o se deben reflejar las diferencias de sexo/género con reglas, parámetros e incluso, figuras delictivas distintas? (Nicolson, 2000, p. 20).

El enfoque de la ‘igualdad’ se inspira en una metodología liberal feminista, que asume como presupuesto la imparcialidad y neutralidad en la aplicación de las leyes, y que busca garantizar los mismos derechos que tienen los hombres y las mujeres (Renzetti, 2013, p. 132). El problema de esta mirada radica en la aplicación sexista de leyes que no son neutras y que contribuyen a mantener el dominio masculino, mientras ignoran la distribución inequitativa de recursos (simbólicos y/o materiales) de las mujeres para garantizar el efectivo goce

y ejercicio de los derechos que dispone reconocer la ley (Costa, 2010, p. 241). La postura de la ‘diferencia’ problematiza este planeamiento, al indicar que la ley no debe suprimir las diferencias de sexo/género a través de una ‘asimilación’, sino reconocerlas (Barclay, 2001, p. 169). Sin embargo, sectores de los feminismos han percibido que una protección legal especial dirigida a las mujeres corre el riesgo de reafirmar el dominio de los hombres sobre ellas, al reproducir perspectivas esencialistas sobre las mujeres como ‘naturalmente’ domésticas, dependientes, débiles y emocionales. En palabras de MacKinnon, la diferencia, que ya significa dominio, afirmaría “las cualidades y características de la impotencia” (1994, p. 39). Ser diferente bajo un estándar inherentemente masculino implicaría que las mujeres son, nuevamente, ‘el otro’ o algo ‘menos que’ los hombres.

Tomando el ejemplo de la legítima defensa, los defensores de un tratamiento especial para las víctimas de violencia doméstica que responden después de años de abuso sistemático con violencia contra sus agresores podrían pasar por alto los efectos indirectos que leyes especiales podrían tener al presentar a las mujeres como inherentemente ‘débiles’ o ‘irracionales’ en sus reacciones. La introducción de delitos particulares que reconocen expresamente la violencia de género como el feminicidio, por su parte, corren el riesgo de tener éxito en términos comunicativos y simbólicos, pero no necesariamente en brindar una protección reforzada a las mujeres, en disminuir la imagen estereotipada de mujeres como siempre víctimas (Toledo Vásquez, 2014, p. 287) o en reconocer todas las formas de violencia letal que surge por incumplir el mandato de género, como las muertes evitables de mujeres por sida como consecuencia de no poder negociar con sus parejas o clientes el uso de preservativos (Fuller, 2016). Del mismo modo, en lo que refiere al juzgamiento y a las sentencias judiciales, las disposiciones ‘específicas de género’ que buscan responder a las particularidades de la criminalidad femenina pueden también contribuir a reforzar los roles de género (por ejemplo, ‘ser más indulgente en el castigo solo si la delincuente es una madre’).

Estas consecuencias no deseadas han empujado a algunas académicas feministas a trascender el dilema de la ‘igualdad vs la diferencia’ sobre la base de que ambos modelos parten de aceptar a los hombres como la ‘norma’, a la que las mujeres deberían asimilarse o diferenciarse (Jeffries, 2002; Smart, 1989). El sistema de derecho penal en su teoría y operatividad es impactado por relaciones de género, aun si pretende ser ‘neutral’ en sus términos. La pregunta es entonces ¿Cómo limitar esta herramienta punitiva para que no exacerbe las des-

igualdades de género y otras formas de opresión? En palabras de Zaffaroni, sin embargo, “es inconcebible que el poder jerarquizante de la sociedad, el instrumento más violento de discriminación, la herramienta que apuntala todas las discriminaciones, pueda convertirse en un instrumento de lucha contra la discriminación” (2009, p. 333).

La ‘masculinidad’ en los fundamentos del derecho penal difícilmente será eliminada con una codificación ‘específica de género’ para las mujeres, pues la propuesta seguirá estando inserta en el paradigma de justicia penal patriarcal. En palabras de Maqueda, más que ser parte de la solución, el actual sistema de justicia penal es parte del problema (2014, p. 216). Sin embargo, mientras siga operando, es fundamental insistir en incluir consideraciones sobre las circunstancias sociales en las que se desenvuelve la criminalidad, previendo el impacto diferenciado del género, la raza, la clase y sexualidad en el ejercicio de la discreción por parte de los operadores de justicia, sea para mujeres u hombres. Por ejemplo, se pueden otorgar sentencias más indulgentes en función del rol de cuidador que tenga un acusado, independientemente de si es madre o padre.

Esto es precisamente lo que pretende lograr la aplicación de una perspectiva de género en la administración de la justicia penal, que tome en cuenta los roles de género asumidos por las partes y el contexto sociocultural de relaciones desiguales de poder basados en el sistema sexo-género. Que analice, por ejemplo, el ejercicio de la sexualidad vulnerada en los delitos de violencia sexual, no en la neutralidad, sino con base en roles y prácticas de identidad sexo-genérica que se interiorizan desde la infancia mediante procesos de socialización (Pérez Fuentes & Mora López, 2021, p. 481). Ello, además, significa cuestionar los hechos y valorar pruebas sin incurrir en estereotipos de género que refuerzan este sistema desigual, e incluso, activamente desafiarlos cuando se invocan por otras partes procesales. La perspectiva de género, en esa línea, constituye una herramienta fundamental para cuestionar el impacto del género y los resultados discriminatorios que ello genera en el acceso a una justicia en condiciones de igualdad material.

V. REFLEXIONES FINALES

Tal como ha sido expuesto a lo largo de este artículo, el derecho penal está lejos de ser una institución neutral; no lo fue en su concepción y tampoco lo es en su aplicación. En su teorización, la dogmática penal ha sido creada desde un lente androcéntrico que por siglos ha excluido y desvalorado las experiencias femeninas, normalizando

el daño experimentado por las mujeres en su diversidad. El poder punitivo se ha utilizado hasta la actualidad, además, como una herramienta de control de la sexualidad y reproducción femenina, y de los ideales de la heteronormatividad, siendo así, funcional a los roles tradicionales de género que favorecen el poder patriarcal. A pesar de los avances en visibilizar esta problemática gracias a los movimientos feministas y lograr cambios en las legislaciones que eliminan tales sesgos de género, los desafíos persisten en la interpretación y aplicación de figuras que aparentan ser neutrales, pero que arrojan resultados discriminatorios sino sobre la base del género.

Desde las criminologías feministas, se ha logrado identificar y explicar las formas en las que el género influye en distintas etapas de la justicia penal. En su condición de víctimas-sobrevivientes, los estereotipos de género intervienen en la toma de decisiones que los operadores de justicia realizan sobre los hechos que denuncian. La credibilidad en sus testimonios o la agresividad o indulgencia en la respuesta penal es, así, afectada por el comportamiento que tuvieron en el contexto de la violencia o su adhesión a nociones de una 'víctima ideal'. En su condición de victimarias, las posibilidades de ser captadas por el sistema penal o sancionadas con mayor severidad, están también marcadas por factores extralegales, como su apariencia o la distancia que tomen del ideal de feminidad tradicional. Estas dinámicas de género se evidencian también en la etapa de juzgamiento y sentencia con la valoración de medios probatorios y determinación de los hechos, influenciados por mitos de violación sexual y estereotipos de género que generan una interpretación y aplicación descontextualizada de los tribunales de la ley penal. Incluso, después de aplicadas las normas, se ha evidenciado que los regímenes penitenciarios que experimentan las mujeres encarceladas pueden contribuir a la construcción social de las identidades y roles de género dominantes, y al obviar las particularidades de sus vivencias, como el de la maternidad, el daño y el castigo de sus 'desviaciones' se acentúan, siendo mayor en casos donde la opresión de género interactúa con la clase, nacionalidad y edad.

El efecto del género como sistema de jerarquización social se revela en la justicia penal cuando, en su teorización y aplicación, los resultados reforzán las construcciones sociales de feminidad y masculinidad tradicionales que alimentan las relaciones de desigualdad estructural entre hombres y mujeres, y perjudican a mujeres, hombres y personas no binarias que no se ajustan a las normas de género y sexualidad imperantes. A pesar de décadas de reformas legales, el sistema jurídico

co-penal continúa reforzando el sistema de sexo/género (Gunnison *et al.*, 2017; Maier & Bergen, 2013; Rogers, 2020; Tapia, 2021); y es que, como ocurre con otros medios de control social, el poder punitivo reproduce también las dinámicas de la desigualdad social. Exponer cómo lo hace es un primer paso para pensar en mejores alternativas en la respuesta a la violencia o, mejor dicho, a los daños que viven las mujeres y diversidades sexuales en su interacción con la justicia penal. Mientras se diseñan y evalúan propuestas que contribuyan a descentralizar una noción de justicia centrada en el paradigma hegemónico penal, la perspectiva de género como herramienta metodológica se vuelve imprescindible en la administración de la justicia penal; es esta la que permite contextualizar la violencia como parte de un continuum más allá del hecho individual. 

REFERENCIAS

- Bachlakova, P. (16 de octubre de 2020). Long read: How the Nordic model in France changed everything for sex workers. *Open Democracy*. <https://www.opendemocracy.net/en/beyond-trafficking-and-slavery/long-read-how-nordic-model-france-changed-everything-sex-workers/>
- Barclay, C. (2001). Toward substantive equality: A feminist critique of the notion of difference in the Canadian and South African Equality Tests. *International Journal of Discrimination and the Law*, (5), 167-188.
- Ben-David, S., & Schneider, O. (2005). Rape Perceptions, Gender Role Attitudes, and Victim-Perpetrator Acquaintance. *Sex Roles*, (53), 385-399. <https://doi.org/10.1007/s11199-005-6761-4>
- Bieneck, S., & Krahé, B. (2011). Blaming the Victim and Exonerating the Perpetrator in Cases of Rape and Robbery: Is There a Double Standard? *Journal of Interpersonal Violence*, 26(9), 1785-1797. <https://doi.org/10.1177/0886260510372945>
- Bodelón, E. (2008). La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: Perdidas en la traducción jurídica del feminismo. En P. Laurenzo, M. L. Maqueda, & A. Rubio (eds.), *Género, violencia y derecho* (pp. 275-300). Tirant lo blanch.
- Bontrager, S., Barrick, K., & Stupi, E. (2013). Gender and sentencing: A meta-analysis of contemporary research. *Gender Race & Just*, 16(2), 349-372.

- Bouffard, J. (2000). Predicting type of sexual assault case closure from victim, suspect, and case characteristics. *Journal of Criminal Justice*, 28(6), 527-542. [https://doi.org/10.1016/S0047-2352\(00\)00068-4](https://doi.org/10.1016/S0047-2352(00)00068-4)
- Burgess-Proctor, A. (2006). Intersections of Race, Class, Gender, and Crime: Future Directions for Feminist Criminology. *Feminist Criminology*, 1(1), 27-47. <https://doi.org/10.1177/1557085105282899>
- Burman, M., & Gelsthorpe, L. (2017). Feminist criminology: Inequalities, powerlessness, and justice. En M. Burman, & L. Gelsthorpe (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/he/9780198719441.003.0010>
- Burt, M. (1980). Cultural myths and supports for rape. *Journal of Personality and Social Psychology*, 38(2), 217-230. <https://doi.org/10.1037/0022-3514.38.2.217>
- Carlen, P. (1983). *Women's Imprisonment: A study of social control*. Routledge and Kegan Paul.
- Carlen, P., & Worrall, A. (2004). *Analysing women's imprisonment*. Willan Pub.
- Carrington, K. (2013). Chapter 5: Feminism and critical criminology: Confronting genealogies. En R. Hogg, & K. Carrington (eds.), *Critical Criminology* (pp. 114-142). Willan.
- Castillo Algarra, J., & Ruiz García, M. (2010). Mujeres extranjeras en prisiones españolas. El caso andaluz. *Revista Internacional de Sociología*, 68(2), 453-472. <https://doi.org/10.3989/ris.2008.05.15>
- Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer [CEDAW]. (2015). *Recomendación general núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf>
- Centro de Estudios Legales y Sociales [CELS], Ministerio Público de la Defensa de la Nación, & Procuración Penitenciaria de la Nación (2011). *Mujeres en prisión. Los alcances del castigo*. Siglo Veintuno Editores Argentina.
- Connell, R. (2005). *Masculinities* (2da ed.). University of California Press.
- Costa, M. (2010). El debate igualdad/diferencia en los feminismos jurídicos. *Universidad de Alican-* te, *Centro de Estudios sobre la Mujer*, 235-252. <https://doi.org/10.14198/fem.2010.15.12>
- Crewe, B., Hulley, S., & Wright, S. (2017). The Gendered Pains of Life Imprisonment. *British Journal of Criminology*, 57(6), 1359-1378. <https://doi.org/10.1093/bjc/azw088>
- Curry, T., Lee, G., & Rodriguez, S. (2004). Does Victim Gender Increase Sentence Severity? Further Explorations of Gender Dynamics and Sentencing Outcomes. *Crime & Delinquency*, 50(3), 319-343. <https://doi.org/10.1177/0011128703256265>
- Daich, D. & Sirimarco, M. (2014). Policías y prostitutas: El control territorial en clave de género. *Antropología y Ciencias Sociales*, 17(12), 27-45.
- Daly, K. & Chesney-Lind, M. (1988). Feminism and Criminology. *Justice Quarterly*, 5(4), 497-538. <https://doi.org/10.1080/07418828800089871>
- De Assis, C. (2019). *Diagnóstico de Estereotipos de género en las Fiscalías Provinciales Transitorias Especializadas en Violencia contra la Mujer y los Integrantes del Grupo Familiar penales y mixtos del Ministerio Público en la actuación de la investigación de los delitos de violencia de género y feminicidios en el Perú* [Próxima publicación].
- De Beauvoir, S. (1949). *El segundo sexo* (A. Martorell Linares, trad.). Editions Gallimard.
- Defensoría del Pueblo (2011). *Violencia sexual en el Perú: Un análisis de casos judiciales, Informe de Adjuntía 004-2011-DP/ADM*. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe-adjuntia-004-2011-DP-ADM.pdf>
- (2015). *Feminicidio Íntimo en el Perú: Análisis de Expedientes Judiciales (2012-2015)*, *Informe 173-2015-DP*. <https://peru.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Informe-Defensorial-N-173-FEMINICIDIO-INTIMO.pdf>
- Di Corleto, J. (2017). *Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: Estándares probatorios en casos de violencia de género*. Género y justicia penal.
- Díaz, I., Rodriguez, J., & Valega, C. (2019). *Feminicidio. Interpretación de un delito de violencia basada en género*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Eaton, M. (1986). *Justice for women? Family, court and social control*. Open University Press.

- Edwards, S. (1984). *Women on trial: A study of the female suspect, defendant, and offender in the criminal law and criminal justice system*. Manchester University Press.
- Estrich, S. (1987). *Real rape*. Harvard University Press.
- Facio, A. (2009a). El derecho a la igualdad entre hombres y mujeres. En Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano* (pp. 65-78). Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- (2009b). Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. En R. Ávila, J. Salgado, & L. Valladares (comp.), *El género en el derecho: Ensayos críticos*, (pp. 181-224). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador.
- Facio, A., & Fries, L. (2005). Feminismo, género y patriarcado. *Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, 3(6), 259-294.
- Fuller, N. (2016). La criminología desde una perspectiva de género. En M. Ledesma Narváez (ed.), *Género y justicia: Estudios e investigaciones en el Perú e Iberoamérica* (pp. 255-272). Centro de Estudios Constitucionales.
- García-Moreno, C., Pallitto, C., Devries, K., Stöckl, H., Watts, C., & Abrahams, N. (2013). *Global and regional estimates of violence against women: Prevalence and health effects of intimate partner violence and non-partner sexual violence*. World Health Organization.
- Garza, A., & Franklin, C. A. (2021). The Effect of Rape Myth Endorsement on Police Response to Sexual Assault Survivors. *Violence Against Women*, 27(3-4), 552-573. <https://doi.org/10.1177/1077801220911460>
- Gelsthorpe, L. (2004). Back to basics in crime control: Weaving in women. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 7(2), 76-103. <https://doi.org/10.1080/1369823042000266530>
- Gelsthorpe, L., & Larrauri, E. (2010). Gender and crime in Europe. En S. Body-Gendrot, M. Hough, K. Kerezsi, R. Lévy, & S. Snacken (eds.), *The Routledge Handbook of European Criminology*. Routledge.
- Goodman-Delahunty, J., & Graham, K. (2011). The influence of victim intoxication and victim attire on police responses to sexual assault. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*, (8), 22-40. <https://doi.org/10.1002/jip.127>
- Grant, J., Mottet, L., Tanis, J., Harrison, J., Herman, J., & Keisling, M. (2011). *Injustice at Every Turn: A Report of the National Transgender Discrimination Survey*. National Center for Transgender Equality and National Gay and Lesbian Task Force.
- Gunnison, E., Bernat, F., & Goodstein, L. (2017). *Women, crime, and justice: Balancing the scales*. Wiley-Blackwell.
- Hedderman, C., Gelsthorpe, L., & Great Britain. (1997). *Understanding the sentencing of women*. His Majesty's Stationery Office [H.M.S.O].
- Hotaling, G., & Buzawa, E. (2003). *Revictimization and Victim Satisfaction in Domestic Violence Cases Processed in the Quincy, Massachusetts, District Court, 1995-1997: Archival Version*. Interuniversity Consortium for Political and Social Research [ICPSR].
- Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI] (2020). *Encuesta Nacional sobre Relaciones Sociales. ENARES 2019. Principales Resultados*. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/presentacion_enares_2019.pdf
- (2018). *Perú: Encuesta Demográfica y de Salud Familiar. ENDES 2017. Nacional y Regional*. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1525/index.html
- Javaid, A. (2015). Police responses to, and attitudes towards, male rape: Issues and concerns. *International Journal of Police Science & Management*, 17(2), 81-90. <https://doi.org/10.1177/1461355715580914>
- Jeffries, S. (2002). Just or Unjust? Problematising the Gendered Nature of Criminal Justice. *Women's Studies Journal*, 18(1), 24-41.
- Katz, J. (2019). *The macho paradox: Why some men hurt women and how all men can help*. Sourcebooks.
- Keenan, C. (2000). The same old story: Examining women's involvement at initial stages of the criminal justice system. En L. Bibbings, & D. Ni-

- colson (eds.), *Feminist perspectives on criminal law*. Cavendish.
- Kruahiran, P., Boonyasiriwat, W., & Maneesri, K. (2020). Thai Police Officers Attitudes Toward Intimate Partner Violence and Victim Blaming: The Influence of Sexism and Female Gender Roles. *Journal of Interpersonal Violence*, (37), 9-10. <https://doi.org/10.1177/0886260520969405>
- Larrauri, E. (2007). *Criminología crítica y violencia de género*. Editorial Trotta.
- (2008). En *Mujeres y sistema penal: Violencia doméstica*. Editorial B de F.
- Laurenzo Copello, P. (2019). Mujeres en el abismo: Delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (21), 1-42.
- Lovett, J., & Kelly, L. (2009). *Different systems, similar outcomes? Tracking attrition in reported rape cases across Europe*. Child and Women Abuse Unit [CWASU].
- MacKinnon, C. (1994). *Feminism unmodified: Discourses on life and law*. Harvard University Press.
- (2006). Feminismo, marxismo, método y Estado: Hacia una teoría del Derecho feminista. En M. García Villegas, I. C. Jaramillo Sierra, & E. Restrepo Saldarriaga (eds.), *Critica jurídica: Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos* (pp. 193-222). Uniandes.
- Maier, S., & Bergen, R. (2013). Critical Issues in Intimate Partner Violence. En W. S. DeKeseredy, & M. Dragiewicz (eds.), *Routledge Handbook of Critical Criminology*. Routledge.
- Maqueda Abreu, M. (2014). *Razones y sinrazones para una criminología feminista*. Dykinson.
- McKimmie, B., Masser, B., & Bongiorno, R. (2014). What Counts as Rape? The Effect of Offense Prototypes, Victim Stereotypes, and Participant Gender on How the Complainant and Defendant are Perceived. *Journal of Interpersonal Violence*, 29(12), 2273-2303. <https://doi.org/10.1177/0886260513518843>
- Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará [MESECVI]. (2018). *Recomendación General N. 1 del Comité de Expertas del MESECVI sobre legítima defensa y violencia contra las mujeres de acuerdo al artículo 2 de la Convención de Belém do Pará*. <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-CEVI-XV-doc.249-ES.pdf>
- (2021). *Recomendación General del Comité de Expertas del MESECVI (No. 3): La figura del consentimiento en casos de violencia sexual contra las mujeres por razones de género*. https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI_CEVI_doc.267_21.ESP.RecomendacionGeneral-ConsentimientoSexual.XVIII%20CEVI.pdf
- Messerschmidt, J. (2001). *Masculinities, crime and prison*. Temple University Press.
- Ministerio Público (2018). *Infografía de Violación sexual (2013-2018)*. [https://www.mpfn.gob.pe/Docs/observatorio/files/violaci%C3%B3n_sexual_\(1\)_rev.pdf](https://www.mpfn.gob.pe/Docs/observatorio/files/violaci%C3%B3n_sexual_(1)_rev.pdf)
- Munro, V., & Kelly, L. (2009). A vicious cycle? Attrition and conviction patterns in contemporary rape cases in England and Wales. En M. Horvath, & J. Brown (eds.), *Rape: Challenging contemporary thinking* (pp. 281-300). Willan Publishing.
- Ni Aolain, F. (2012). Advancing Feminist Positioning in the Field of Transitional Justice. *International Journal of Transitional Justice*, 6(2), 205-228. <https://doi.org/10.1093/ijtj/ijt013>
- Nicolson, D. (2000). Criminal law and feminism. En L. Bibbings, & D. Nicolson (eds.), *Feminist perspectives on criminal law*. Cavendish.
- Nixon, K., Tutty, L., Downe, P., Gorkoff, K., & Ursel, J. (2002). The Everyday Occurrence: Violence in the Lives of Girls Exploited Through Prostitution. *Violence Against Women*, 8(9), 1016-1043. <https://doi.org/10.1177/107780120200800902>
- Nuñez Rebolledo, L. (2019). ¿Es la criminalización un instrumento de libertad femenina? En I. Arduino (comp.), *Feminismos y política criminal. Una agenda feminista para la Justicia* (pp. 31-39). Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales [INECIP].
- Olsen, F. (2009). El sexo del derecho. En R. Avila Santamaría, M. J. Salgado Alvarez, L. Valladares, & M. J. Añón Roig (eds.), *El género en el derecho: Ensayos críticos* (pp. 137-156). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Organización Mundial de la Salud [OMS] (2003). *Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence*. <https://apps.who.int/iris/>

- bitstream/handle/10665/42788/924154628X.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Ortega Ortiz, A. (2021). Teoría del delito con perspectiva de género. En E. Vela Barba (ed.), *Manual para Juzgar con Perspectiva de Género en Materia Penal* (pp. 249-201). Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Pérez Fuentes, D., & Mora López, D. (2021). Herramientas para la incorporación de la perspectiva de género en los delitos sexuales. En E. Vela Barba (ed.), *Manual para Juzgar con Perspectiva de Género en Materia Penal* (pp. 467-548). Suprema Corte de la Justicia de la Nación.
- Piqué, M. (2019). *La recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género en el ámbito de la CABA*. https://www.academia.edu/42790316/La_recolecci%C3%B3n_y_valoraci%C3%B3n_de_la_prueba_con_perspectiva_de_g%C3%A9nero_en_el_%C3%A1mbito_de_la_CABA.
- Renzetti, C. (2013). Feminist Perspectives. En W. S. DeKeseredy, & M. Dragiewicz (eds.), *Routledge Handbook of Critical Criminology*. Routledge.
- Rogers, A. (2020). "But the Law Won't Help Us": Challenges of Mobilizing Law 348 to Address Violence Against Women in Bolivia. *Violence Against Women*, 26(12-13), 1471-1492. <https://doi.org/10.1177/1077801219870613>
- Russell, B. (2013). Perceptions of Female Offenders: How Stereotypes and Social Norms Affect Criminal Justice Response. En B. L. Russell (ed.), *Perceptions of Female Offenders* (pp. 1-8). Springer New York.
- Schneider, E. (2010). La violencia de lo privado. En J. Di Corleto & K. Abramson (eds.), *Justicia, Género y Violencia* (pp. 43-56). Librería.
- Schulhofer, S. (1995). The Feminist Challenge in Criminal Law. *University of Pennsylvania Law Review*, 143(6), 2151-2207. <https://doi.org/10.2307/3312589>
- Serra, L. (12 de febrero de 2020). La reparación de las violencias sexuales. *Pikara Magazine*. <https://www.pikaramagazine.com/2020/02/la-reparacion-de-las-violencias-sexuales/>
- Siles, A. (1995). *Con el solo dicho de la agravuada: ¿es discriminatoria la justicia en procesos por violación sexual de mujeres?* Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer [DEMUS].
- Sim, J. (1990). *Medical power in prisons: The prison medical service in England 1774-1989*. Open University Press.
- Smart, C. (1977). *Women, crime, and criminology: A feminist critique*. Routledge.
- (1989). *Feminism and the Power of Law*. Routledge.
- Soleto, H., Oubiña Barbolla, S., Jullien de Asís, J., & Grane, A. (2021). *Obstáculos que enfrentan las víctimas de delito sexual en las etapas del proceso penal. Informe Nacional España*. Re-Treat.
- Spohn, C., & Tellis, K. (2019). Sexual Assault Case Outcomes: Disentangling the Overlapping Decisions of Police and Prosecutors. *Justice Quarterly*, 36(3), 383-411.
- Spohn, C., Tellis, K., & O'Neal, E. (2015). Policing and prosecuting sexual assault: Assessing the pathways to justice. En H. Johnson, B. Fisher, & V. Jaquier (eds.), *Critical Issues on violence against women. International perspectives and promising strategies*. Routledge & Taylor & Francis Group.
- Tapia, S. T. (2021). Beyond Carceral Expansion: Survivors' Experiences of Using Specialised Courts for Violence Against Women in Ecuador. *Social & Legal Studies*, 30(6), 848-868. <https://doi.org/10.1177/0964663920973747>
- Toledo Vásquez, P. (2014). *Femicidio*. Didot.
- Valcore, J., & Pfeffer, R. (2018). Systemic error: Measuring gender in criminological research. *Criminal Justice Studies*, 31(4), 333-351. <https://doi.org/10.1080/1478601X.2018.1499022>
- Venema, R. (2019). Making Judgments: How Blame Mediates the Influence of Rape Myth Acceptance in Police Response to Sexual Assault. *Journal of Interpersonal Violence*, 34(13), 2697-2722. <https://doi.org/10.1177/0886260516662437>
- Wahidin, A. (2013). 15. Gender and Crime. En C. Hale, K. Hayward, A. Wahidin, & E. Wincup (eds.), *Criminology* (pp. 308-326). Oxford University Press.
- Wentz, E. A. (2020). Funneled Through or Filtered Out: An Examination of Police and Prosecutorial Decision-Making in Adult Sexual Assault Cases. *Violence Against Women*, 26(15-16), 1919-1940. <https://doi.org/10.1177/1077801219890419>

- Worrall, A. (1990). *Offending women: Female lawbreakers and the criminal justice system*. Routledge.
- Zaffaroni, E. (2009). El discurso feminista y el poder punitivo. En R. Avila Santamaría, M. J. Salgado Alvarez, L. Valladares, & M. J. Añón Roig (eds.), *El género en el derecho: Ensayos críticos*. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Zehr, H. (1985). Retributive justice, restorative justice. *New Perspectives on Crime and Justice*. http://www.antoniocasella.eu/restorative/Zehr_1985.pdf.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Código Penal [CP], Decreto Legislativo 635, Diario Oficial *El Peruano*, 8 de abril de 1991 (Perú).

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), Jun. 9, 1994.

Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Transitorio Zona Sur de la Corte Superior de Justicia de Ica, 8 de octubre de 2020, sentencia recaída en el Expediente 002822-2019-90-1401-JR-PE-03 (Perú).

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPONOBILIDAD PARA LA SOLUCIÓN DE CASOS DE DOBLE VENTA INMOBILIARIA: UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

THE APPLICATION OF THE OPPOSABILITY FOR THE SOLUTION OF DOUBLE SALE OF PROPERTY CASES: A JURISPRUDENTIAL ANALYSIS

Luis Diego Vargas Sequeiros*

Pontificia Universidad Católica del Perú
Avendaño Abogados

Cases of double sale of property are handled by the supreme court of this country with a diversity of interpretations of the Civil Code. Good faith and the correct systematic interpretation of articles 1135 and 2022 of the Civil Code are important aspects that have been overlooked over the years, despite being essential to provide a coherent solution to this problem.

This article dives deeper into this issue. The author urges the development of good faith in the articles mentioned and challenges for good faith interpretation. To support his claims, the author further analyzes a variety of Supreme Court cases and appeals.

KEYWORDS: Good faith; double sale of property; opposability; concurrence of creditors; registration priority.

Los casos de doble venta inmobiliaria en nuestro país son resueltos por los jueces de la Corte Suprema con una diversidad de interpretaciones del Código Civil. La buena fe y la correcta interpretación sistemática de los artículos 1135 y 2022 del Código Civil son aspectos importantes que han sido desapercibidos a lo largo de los años, a pesar de ser esenciales para dar una solución coherente a esta problemática.

El presente artículo tiene como objetivo el estudio de dicha situación. El autor hace hincapié en el desarrollo de la buena fe, en los artículos mencionados y propone una interpretación de los mismos. Para ello, analiza diversas casaciones de la Corte Suprema.

PALABRAS CLAVE: Buena fe; doble venta inmobiliaria; oponibilidad; concurrencia de acreedores; prioridad registral.

* Abogado. Candidato a Magíster en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Adjunto de docencia en los cursos de Derechos Reales y Garantías en la PUCP. Miembro del área inmobiliaria y del equipo de arbitraje del Estudio Avendaño (Lima, Perú). Contacto: luisdiego.vargas@eja.com.pe

Este artículo contó con la colaboración de Jimena Infantas Changanaqui, alumna de la Facultad de Derecho de la PUCP. Asistente de docencia del curso de Derechos Reales en la Facultad de Derecho de la PUCP. Ex comisionada del Equipo de Derecho Inmobiliario. Miembro de la Sociedad de Debate de la PUCP. Miembro de la Asociación Civil THÉMIS.

Participaron en la búsqueda y desarrollo de parte de la jurisprudencia del presente artículo los abogados Carlos Salazar, Carla Villa y Jedia Otero.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 15 de marzo de 2022, y aceptado por el mismo el 20 de mayo de 2022.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas inmobiliarios que más se producen en nuestro país es la denominada doble venta inmobiliaria. En este caso una misma persona transfiere dos o más veces un mismo inmueble a diversas personas. Evidentemente, nos encontramos frente a un escenario problemático, debido a que los acreedores de esta concurrencia reclaman ser los legítimos dueños, siendo el ordenamiento jurídico quien debe brindar una solución y privilegiar a uno de los acreedores del dominio.

Somos de la opinión que esta situación se produce por los defectos de nuestro sistema de transferencia inmobiliario. En nuestro país, la transferencia de propiedad se produce con la “sola obligación de enajenar” de acuerdo con el artículo 949 del Código Civil¹. En ese sentido, bastará la confluencia de la oferta y la aceptación de la transferencia de un inmueble para que se transfiera el dominio. No es necesario que el acuerdo conste en un documento privado o público (escritura pública), ni que se inscriba en el registro.

Siendo este el escenario, es común que el transferente disponga más de una vez un mismo inmueble a favor de diversas personas. Ante esta situación, el sistema jurídico brinda una solución legislativa, mediante los artículos 1135 y 2022 del Código Civil de 1984, que expresamente indican:

Artículo 1135.- Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de **buena fe** cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.

Artículo 2022.- Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, **es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone**. Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común [el énfasis es nuestro].

Una interpretación sistemática de las normas antes descritas nos permite llegar a una solución ante el escenario problemático de la doble venta inmobiliaria. En concreto, cuando existen diver-

sos acreedores que reclaman la propiedad de un bien, el sistema privilegia al acreedor que de buena fe inscribió primero su adquisición. En defecto de registro, el ordenamiento protege al adquirente que de buena fe obtuvo un documento de fecha cierta más antiguo y, en defecto de fecha cierta, se privilegia al acreedor que de buena fe obtuvo un documento simple con anterioridad en el tiempo.

En palabras del profesor Arata:

La lectura de los artículos 1135 y 2022 del Código Civil permite advertir que, para el caso de **títulos provenientes del mismo transferente**, supuesto conocido como “concurso de acreedores” o de “doble venta”, existen hasta tres criterios debidamente jerarquizados que se expresan de la siguiente manera: (i) se prefiere al primero que, **de buena fe**, accede al signo registral de recognoscibilidad de su derecho es el preferido; (ii) a falta de publicidad de la titularidad, se prefiere al que, **de buena fe**, cuenta con una prueba fehaciente de la antigüedad de su título es el preferido; y, (iii) a falta de publicidad o de una prueba fehaciente de la antigüedad del título, será preferido quien simplemente pueda demostrar la mayor antigüedad de su título (2020, p. 438) [el énfasis es nuestro].

Como se puede apreciar, la solución al problema de la doble venta inmobiliaria la otorga la interpretación sistemática de los artículos 1135 y 2022 del Código Civil (1984). Las referidas normas disponen que, ante un escenario de doble venta, debe prevalecer el acreedor que de buena fe inscribió su derecho en el registro. En caso no hubiera inscripción, se privilegia al acreedor que tenga un documento de fecha cierta anterior. Finalmente, si no hubiera ningún documento con fecha cierta, prevalece el acreedor con documento simple más antiguo.

Nótese que en todo el orden de prelación se encuentra a la buena fe como un requisito indispensable para que uno de los acreedores pueda obtener la tutela del sistema. Únicamente se puede privilegiar al adquirente que contrató confiando en que su transferente era el legítimo propietario del inmueble. El sistema protege con la inscripción sobre la base del principio de oponibilidad, pero, únicamente, si el acreedor inscribió actuando de manera honesta y teniendo la plena convicción que contrató con el legítimo dueño (buena fe).

Este criterio indispensable para obtener la tutela en los casos de doble venta inmobiliaria ha sido

¹ Artículo 949.- La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario (1984).

abordado de manera contradictoria en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Algunos jueces consideran que el acreedor privilegiado debe inspeccionar únicamente el registro, para efectos de tener buena fe. En cambio, otro sector de la jurisprudencia exige que, además de la diligencia registral, se inspeccione la realidad extra registral, como, por ejemplo, la situación posesoria del inmueble.

Asimismo, en nuestra investigación, hemos podido ubicar casaciones donde la Corte Suprema aplica el principio de oponibilidad presente en el artículo 2022 del Código Civil (1984), en casos de duplicidad registral. Aplicación con la que estamos en desacuerdo conforme explicaremos más adelante.

Siendo este el panorama, en el presente trabajo de investigación se realizará un análisis de la jurisprudencia antes mencionada. Primero, se abordará, a través de la dogmática, el supuesto de la concurrencia de acreedores, el principio de oponibilidad y la buena fe requerida en estos escenarios. Posteriormente, analizaremos cada una de las casaciones identificadas durante la investigación. Finalmente, se emitirá una opinión respecto de las posiciones jurisprudenciales identificadas.

II. LA CONCURRENCIA DE ACREDITORES Y EL PRINCIPIO DE OPONIBILIDAD

A. La concurrencia

La concurrencia de acreedores se encuentra regulada en el artículo 1135 del Código Civil peruano de 1984. Es una norma que está redactada en el libro de obligaciones y, como tal, regula un supuesto de concurrencia de acreedores a quienes el mismo deudor se obligó a dar un bien inmueble. Estos acreedores pueden tener diversos títulos de donde emana la obligación, siendo el aspecto más relevante que los acreedores tengan el derecho a exigir la entrega del bien para ejercer alguno de los atributos de la propiedad o para ejercer el dominio mismo.

En palabras de los profesores Osterling Parodi y Castillo Freyre:

Otro de los temas relativos a las obligaciones de dar bienes ciertos es el de la **concurrencia de acreedores**. Éste se encuentra regulado en los artículos 1135 y 1136, en los que se determina un orden de prelación para los casos de bienes inmuebles y bienes muebles, respectivamente.

Para un desapercibido lector, los artículos citados podrían entenderse referidos sólo al orden de preferencia para la transmisión de propie-

dad, en caso de existir diversos acreedores. Sin embargo, el ámbito de ambas normas es distinto, ya que sus preceptos aplican, en términos generales, a la concurrencia de acreedores respecto de las obligaciones de dar, vale decir, a **todos aquellos casos en que por cualquiera de las fuentes de las obligaciones (los contratos, la voluntad unilateral o la ley), una persona se encuentra obligada a entregar el mismo bien, en calidad de deudor, a diversos acreedores, los que no necesariamente pueden tener títulos o derechos similares sobre el bien**.

Los acreedores, en efecto, podrían actuar con títulos de distinta naturaleza, **pero lo relevante será que todos ellos tengan derecho a que el deudor les entregue el mismo bien, ya sea para el ejercicio de cualquiera de los atributos de la propiedad (uso y goce) o ya sea la propiedad misma** (2008, pp. 152-153) [el énfasis es nuestro].

Nótese que la concurrencia de acreedores respecto de un bien inmueble se encuentra regulada en el artículo 1135 del Código Civil. Esta norma está pensada para los supuestos en los que un mismo deudor se obliga a entregar (obligación de dar) un mismo inmueble a diversos acreedores. La fuente de esta obligación puede ser diversa, por ejemplo, el contrato, el negocio unilateral o incluso la ley. El aspecto fundamental es que el acreedor, independientemente de su título, tenga derecho a que se le entregue el inmueble para efectos de que ejerza alguno de los atributos del dominio (uso o disfrute) o incluso la propiedad misma.

Sin embargo, no es una norma que esté pensada exclusivamente para los supuestos de transferencia de propiedad. Así, somos de la opinión que la solución a los casos de doble venta inmobiliaria no la brinda el artículo 1135 de manera independiente, sino que debe darse interpretando sistemáticamente los artículos 1135 (concurrencia de acreedores) y 2022 (principio de oponibilidad) del Código Civil. Solo entonces, con esta lectura normativa, encontramos coherencia en el sistema.

La regulación expresa de la primera norma (artículo 1135) indica:

Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primariamente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de **fecha cierta más antigua** (Código Civil, 1984) [el énfasis es nuestro].

Como podemos apreciar, en esta norma se regula un orden de prelación para determinar quién es el acreedor con mejor derecho, el cual es el siguiente: (i) el ordenamiento prefiere al acreedor de buena fe cuyo título se inscribió primero; (ii) en caso no haya inscripción, se prefiere al acreedor cuyo título sea de fecha cierta anterior; y (iii) en caso no haya inscripción y ninguno de los títulos sea de fecha cierta, se prefiere al documento simple de fecha más antigua.

Nótese que la norma regula un orden de prelación determinado para dar preferencia a los acreedores. En este orden de prelaciones se exige la presencia de la buena fe. Este actuar de buena fe exigido al acreedor debe complementarse con un actuar diligente para que encuentre amparo en el ordenamiento, tal como expresamente enseña el profesor Fernández Cruz:

En consecuencia, mediante el orden de prelación establecido en el artículo 1135 del Código Civil se va a preferir a aquel adquirente que suma a su buena fe la diligencia en el obrar. Esta nuestra afirmación, va a suponer básicamente dos hechos jurídicos claros:

- a) Que el artículo 1135 citado protege al tercero civil que se convierte en tercero registral; y,
- b) Que precisamente, para que un tercero civil se convierta en tercero registral es indispensable la buena fe en el actuar de dicho tercero, lo que significa en suma que la denominada buena fe civil se encuentra ínsita dentro del concepto de fe pública registral. En la demostración de estas dos afirmaciones, que realizaremos a continuación, pretendemos sustentar en forma clara y definitiva el porqué de la razón de la preferencia otorgada al acreedor que inscribe con buena fe (1987, pp. 197-198) [el énfasis es nuestro].

Como podemos observar, para la aplicación del artículo 1135 del Código Civil (1984) es indispensable que el acreedor privilegiado actúe con buena fe y diligencia en su obrar. Estos conceptos sobre la buena fe han sido discutidos en la doctrina. Así, algunos consideran que la buena fe debe ser entendida en términos de desconocimiento (creencia); en cambio, otros autores opinan que la buena fe debe entenderse en términos de diligencia (prudencia). Nos ocuparemos de analizar estas distinciones conceptuales en un acápite posterior.

B. El principio de oponibilidad

El principio de oponibilidad se encuentra regulado en el artículo 2022 del Código Civil (1984). Esta norma tiene dos supuestos de hecho, los cuales

se encuentran regulados por separado en los dos párrafos de dicho dispositivo normativo. En el primer párrafo, se establece la solución legal para un conflicto entre dos derechos reales. Por su parte, en el segundo párrafo se prevé la solución jurídica ante un conflicto entre dos derechos de diferente naturaleza.

Expresamente, en el artículo 2022 se indica:

Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone.

Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común (Código Civil, 1984).

Como podemos observar, en la norma citada se distinguen dos supuestos de hecho distintos. Para la presente investigación nos interesa resaltar el primer párrafo, en el cual se regula el escenario de conflicto entre dos derechos reales. En este escenario aplica el principio de oponibilidad, haciendo prevalecer el derecho real de aquel que se inscribió primero. Sin embargo, para que aplique este principio también tiene que exigirse una actuación de buena fe, a pesar que no esté expresamente exigida por la ley.

En efecto, existen varios argumentos que permiten sostener la exigencia de buena fe para la aplicación del principio de oponibilidad. Sobre el particular, el profesor Pasco Arauco anota:

Argumento ético: [...] Y esto claramente involucra un elemento ético, en tanto realizar determinada adquisición a sabiendas que con ello se lesioná irremediablemente el interés de un tercero, merece de parte del sistema jurídico un reproche que no puede ser obviando por el simple hecho que la norma (2022 CC) no exija expresamente a la buena fe. **Lo contrario implicaría permitir que el sistema proteja conductas antijurídicas [...]**

Argumento sistemático: Todas las normas que protegen adquisiciones *a non domino* exigen la buena fe de aquel que adquiere en segundo lugar pero que inscribe primero. **Por ello debemos aplicar al 2022 CC los mismos requisitos (buena fe) que nuestro CC, de forma sistemática, exige allí cuando se protege una adquisición hecha en base al Registro [...]**

Argumento analógico: [...] En conclusión, el 1135 CC engloba, entre otras, a las ventas múltiples, a las donaciones múltiples, las permutas

múltiples, los arrendamientos múltiples, los comodatos múltiples, e incluso la combinación de alguna de estas figuras. Entonces, como el 2022 está “dentro” del 1135, y este sí hace referencia a la buena fe, **se debe concluir que el 2022 solo protege al tercero registral cuando este, además de haber inscrito primero, lo hizo de buena fe.**

Argumento teleológico: [...] No exigir la buena fe en aquel que inscribe primero y aun así proteger su adquisición, conllevaría a convertir nuestro sistema registral en uno de carácter constitutivo. [...] Esto no es lo que nuestro sistema busca, pues la naturaleza de nuestro Registro es ser declarativo y no constitutivo de derechos. ¿Cómo se genera el incentivo para que, ante una discrepancia manifiesta entre Registro y realidad, los adquirentes opten por esta y no por aquél? **Exigiendo que la adquisición se realice de buena fe, de modo que quien actúe en base al Registro pese a no confiar en él, termine siendo afectado por la realidad que pasó por alto.**

En conclusión, la buena fe sí es un requisito que debe ser tomado en cuenta a efectos de otorgarle protección a aquella adquisición que ingresó primero al Registro. Ahora toca responder una pregunta no menos ardua, ¿qué implica exigirle buena fe al tercero registral? (2020, pp. 121-125) [el énfasis es nuestro].

Como podemos ver, existen cuatro argumentos fundamentales, en función de los cuales se sostiene que debe exigirse la buena fe en la aplicación del principio de oponibilidad. No es ético que se obvie este requisito permitiendo la protección de conductas antijurídicas. Una interpretación sistemática de las normas del Código Civil (1984) permite concluir que los dispositivos reguladores de adquisiciones *a non domino* (art. 2022), exigen buena fe. Este argumento puede verse también desde una óptica analógica, asemejando los artículos 1135 (donde se pide buena fe expresamente) y 2022. Todo este escenario es razonable y coherente. Una lectura diferente sería un despropósito que brindaría efectos constitutivos a los registros públicos, teniendo en consideración que nuestro sistema registral es declarativo.

Siendo esta la situación, somos de la opinión que la buena fe debe ser exigida para la aplicación del principio de oponibilidad, a pesar de no encontrarse expresamente en el texto de la norma. Sin embargo, ahora nos toca absolver una pregunta aún más difícil: ¿Qué se entiende por buena fe en los escenarios de aplicación del principio de oponibilidad? Concretamente ¿Qué actos debe realizar el acreedor de la doble venta para ser privilegiado por el sistema?

Para dar respuesta a estas preguntas es necesario recurrir a la dogmática, donde se ha desarrollado el concepto de buena fe desde dos enfoques. Algunos sostienen que la buena fe en las operaciones inmobiliarias debe ser entendida como una buena fe creencia (desconocimiento). En cambio, otros autores sostienen que esta buena fe debe ser entendida en términos de probidad (buena fe diligencia). Veamos esta disquisición dogmática en las siguientes líneas.

III. LA BUENA FE EN LA DOGMÁTICA

A. Buena fe creencia

Respecto de la buena fe creencia, la doctrina entiende este primer concepto como un estado meramente psicológico. Bajo esta lógica, los adquirentes tendrán buena fe en caso crean contratar con el verdadero dueño. Esta situación psicológica proviene de la confianza publicitada por el registro. Una persona que contrata en función de la información brindada por el Estado debe ser protegida, al haber actuado confiando en dicha publicidad.

Sobre el particular, el profesor García sostiene que la buena fe exigida para la aplicación del principio de fe pública registral es un estado de desconocimiento. En otros términos, el ‘no conocimiento’ de una inexactitud de la información brindada por el registro. Esta posición se explica sobre la base del segundo párrafo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria española (1946) (art. 2014 del Código Civil peruano), en el cual se estipula que la buena fe se presume, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro (1993a, pp. 305-306).

En la misma línea, los tratadistas Ramón Roca Sastre y Luis Roca-Sastre Muncunill indican que la buena fe es de tipo subjetivo, psicológico e intelectivo. En un sentido negativo, constituye la ignorancia respecto de la inexactitud registral y, en un aspecto positivo, equivale a la creencia o confianza en la exactitud de la información publicitada por el registro (1979a, p. 652).

De manera similar, el profesor Diez-Picazo, analizando el artículo 34 de la Ley Hipotecaria Española, concluye que la buena fe es puramente psicológica (de creencia). La buena fe es el desconocimiento de la inexactitud o creencia en la exactitud (1995, p. 458). Los adquirentes son protegidos, en la medida que adquieren un derecho confiando en la fe del registro.

Asimismo, el registrador público español Chico Ortiz anota que, a efectos de la aplicación del principio de fe pública registral, la buena fe debe ser entendida en un aspecto puramente intelectivo.

En otras palabras, no se puede exigir una actuación diligente en cabeza de los terceros, salvo lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria Española (2000, p. 262).

Como podemos apreciar, la buena fe para los autores antes citados debe entenderse en términos únicamente registrales. Basta que el adquirente contrate confiando en la publicidad registral para que actúe de buena fe. No se le puede exigir ninguna diligencia adicional. La lógica que se encuentra detrás de esta posición es que el registro brinda información confiable para las adquisiciones. Así, se reducen costos de transacción y se incentiva la circulación de bienes. Sostener que la buena fe va más allá del registro supondría contravenir la lógica de esta primera postura doctrinaria.

B. Buena fe diligencia

Con una lógica distinta, se desarrolla el concepto de buena fe diligencia. En este segundo caso no se entiende a la buena fe como un mero estado de puro desconocimiento, sino como un código de conducta que obliga a los adquirentes a asumir un accionar diligente, imponiéndose deberes de verificación extraregistral (Pasco Arauco, 2020, p. 85).

La razón de ser de este segundo criterio es que, ante la elección trágica a favor de los adquirentes de las denominadas adquisiciones *a non domino* – como por ejemplo la concurrencia de acreedores del artículo 1135 o el principio de oponibilidad del artículo 2022 regulados en el Código Civil de 1984 – y la inevitable afectación al derecho del verdadero propietario, se les debe exigir a los adquirentes la mayor actividad de diligencia posible. Ello les debe permitir tener plena convicción que contratan con el verdadero dueño.

En la dogmática, podemos encontrar con esta segunda postura al profesor Gordillo Cañas, quien sostiene que a los adquirentes les es exigible una conducta diligente para tener buena fe en una operación inmobiliaria. Este estándar debe ser entendido como la diligencia “normal en un corriente adquirente de cualquier finca” (2006, p. 611). No puede ser considerada como diligencia normal la de aquel que no verifica la situación posesoria del inmueble. Una posesión en calidad de dueño es una de esas situaciones que enerva la buena fe de los terceros (2006, pp. 610-611).

En esta línea, el autor Sanz Fernández sostiene que la buena fe debe entenderse en términos de diligencia, la cual puede seguir la lógica del estándar de un buen padre de familia. Evidentemente, dentro de este tipo de diligencia deberá existir un examen previo del estado del inmueble, la situa-

ción tributaria municipal y toda documentación referente a dicho bien, la cual difícilmente podrá tener una persona que no posee como el legítimo propietario (citado en Santillán, 2014, pp. 74-75).

Siguiendo esta posición, el profesor Peña Bernaldo de Quirós sostiene que no tiene buena fe quien ignora la inexactitud registral por falta de diligencia exigible. En otros términos, el tercero no tiene buena fe si sostiene que ignora la inexactitud del registro, a pesar que tuvo medios racionales o motivos suficientes para conocer dicha situación, tal como se exige en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria Española (1986, p. 596).

Finalmente, en nuestro medio, el profesor Gonzales Barrón concluye que la buena fe consiste en un estado de convicción y no un mero estado psicológico. Quien tiene buena fe está convencido de haber obrado de manera diligente, prudente y honesta. Así, para tener buena fe, el tercero tiene que estar persuadido de la certeza, licitud y legitimidad de su conducta en el marco de la operación inmobiliaria (2018, pp. 121-122).

Como podemos observar, en esta segunda posición doctrinaria, la buena fe no es entendida en términos únicamente de desconocimiento. En realidad, la buena fe debe ser entendida como una actuación que se ciñe a los cánones de la ética. Es un actuar plenamente honesto que exige la verificación del registro, pero también la inspección de la información extraregistral, dependiendo de cada caso en concreto.

C. Opinión del autor

Después de haber analizado las diversas posiciones que existen en la dogmática, se defiende que debe prevalecer la posición de la buena fe diligencia. Opinamos que en los escenarios de las adquisiciones *a non domino*, como son los casos de concurrencia de acreedores del artículo 1135 o el principio de oponibilidad del artículo 2022 del Código Civil (1984), en el que nos encontramos frente a situaciones trágicas, el sistema debe elegir entre proteger al verdadero dueño o al adquirente que contrata confiando en el registro.

Claramente, nos encontramos frente a un escenario problemático, alguien tiene que perder. No pueden existir dos propietarios respecto de un mismo bien inmueble. Ante esta situación, es correcto que el ordenamiento jurídico proteja al adquirente, toda vez que debemos incentivar el tráfico de bienes y la circulación de riqueza. Sin embargo, para que se proteja a estas personas, es indispensable exigirles una actuación ceñida a los cánones de la buena fe diligencia. Es decir, se

le debe exigir una actuación que busque asegurar con total convicción que está adquiriendo del verdadero dueño.

Estos actos del adquirente no pueden implicar únicamente la verificación de la apariencia registral. Por el contrario, somos de la opinión que los adquirentes deben de realizar también diligencias extraregistrales, como, por ejemplo, la verificación *in situ* del inmueble materia de adquisición. Incluso podrá haber determinados casos que exijan al adquirente realizar actuaciones distintas a la posesión.

En efecto, en la práctica inmobiliaria se pueden apreciar casos en los que la información de los títulos archivados brinda indicios respecto de algún defecto en el título del transferente. Por ejemplo, en los casos donde el transferente adquirió a través de los mecanismos de formalización del Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI), los Gobiernos Regionales o alguna entidad estatal que tiene o tuvo potestad para formalizar el dominio inmobiliario. En estas circunstancias, opinamos que la buena fe diligencia debe abarcar la verificación de la información de estas entidades.

Siendo esta la situación y habiendo descrito nuestra posición respecto de la buena fe en la aplicación del principio de oponibilidad, a continuación, nos ocuparemos de describir y analizar la jurisprudencia que hemos ubicado en nuestra investigación. Concretamente, veremos el entendimiento de la Corte Suprema respecto de la buena fe en la aplicación del principio de oponibilidad (casos de doble venta inmobiliaria), así como alguna jurisprudencia que, por la relevancia de su contenido, ha sido analizada en el presente trabajo.

IV. EL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En el presente acápite, nos ocuparemos de describir y analizar la jurisprudencia que hemos ubicado en nuestra investigación. Para estos efectos, primero, nos encargaremos de explicar los hechos centrales de cada sentencia que hemos ubicado, así como el análisis de la Corte Suprema en cada caso en concreto. Posteriormente, realizaremos un análisis crítico de la opinión de la Corte Suprema en las diversas resoluciones analizadas.

A. Desarrollo de las casaciones

1. Casación 2032-2003-Piura

En el presente caso, se produjo una doble venta. La propietaria primigenia del inmueble materia del proceso, Mercedes Hermelinda Pacheco Ro-

dríguez, vendió por primera vez dicho predio a la demandada, Celinda Aurora Pacheco Risco. La compraventa fue registrada, según ficha registral, en el año 1944. Posteriormente, en virtud de escritura pública de 23 de octubre de 1967, Mercedes Hermelinda Pacheco Rodríguez volvió a vender el inmueble, esta vez a favor de su hermano, Manuel Isidoro Pacheco Rodríguez, quien procedió a enajenar el bien al demandante, Manuel Amador Ramos Pacheco.

Siendo esta la situación, la Corte Suprema se pronunció y dispuso la aplicación del artículo 2022 del Código Civil para resolver la controversia, el cual señala que: en caso de existir dos o más personas que alegan tener derechos reales sobre un determinado inmueble, como solución, corresponde oponer el que se encuentre inscrito con mayor antigüedad (1984), norma que coincide con lo dispuesto en el artículo 2016 referente al principio de prioridad registral (1984). De este modo, de acuerdo con la Corte Suprema, la preferencia registral favorece plenamente a Celinda Aurora Pacheco Risco, quién inscribió primero su titularidad.

En el presente caso, queremos resaltar que los magistrados de la Corte Suprema realizaron un análisis netamente registral del principio de oponibilidad y omitieron evaluar la buena fe. Tal como indicamos previamente, somos de la opinión que en aplicación de una interpretación lógica y sistemática que identifique la razón de ser de la norma, pese a no encontrarse regulada de forma expresa, la buena fe es menester aplicarla en el análisis del primer párrafo alusivo al principio de oponibilidad.

Así, en este caso de doble venta inmobiliaria, corresponde privilegiar a aquel que de buena fe inscribió primero y, para ello, corresponde un criterio extraregistral sobre la base de indicios. La relación consanguínea entre Celinda Aurora Pacheco Risco y Manuel Isidoro Pacheco Rodríguez, su hermano, permite asumir un conocimiento previo respecto a la situación del inmueble por parte de este último, concluyendo con la ausencia de un comportamiento ejemplar.

2. Casación 3223-2015-Del Santa

Los hechos centrales de este segundo caso consisten en que, mediante contrato de fecha 12 de diciembre de 2007, la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador ofertó al demandante, Julio Martín Colchado Rojas, la venta del inmueble materia del proceso, por la suma de USD 2 184.00, prestación que cumplió en su integridad. Ello dio pie a la expedición de un certificado de adjudicación de fecha 2 de diciembre de 2008.

La Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador no perfeccionó la transferencia, por lo que el demandante interpuso una demanda de otorgamiento de escritura pública, cuyo resultado fue favorable, con sentencia de fecha 19 de julio de 2011. En este sentido, al momento de remitir los partes notariales a la oficina de registros públicos, esta última informó que la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador, a través de contrato de compraventa, transfirió el mismo predio a favor del demandado Jorge Luis Agurto Ramos, quién inscribió su titularidad el 19 de mayo de 2010. Nótese que nos encontramos frente a un caso de doble venta inmobiliaria.

La Corte Suprema resolvió este conflicto realizando una interpretación teleológica del artículo 2014 del Código Civil (1984), referente al principio de fe pública registral, y señaló que el espíritu de este es proteger al tercero que adquiere un determinado bien a título oneroso, manteniendo su adquisición, aun cuando el derecho inscrito de su transferente haya sido anulado, rescindido o resuelto. La buena fe exigida por esta norma se desvanece en caso se demuestre que dicho tercero conocía la inexactitud del registro.

Asimismo, los magistrados señalaron que el análisis de la buena fe se realiza en función a la conducta del adquirente, no de quien transfiere, a excepción de los casos en los que haya un contubernio entre ambos sujetos del contrato, tendiente a causar un perjuicio (Casación 3223-2015-Del Santa, 2016). Dicho esto, la compraventa inscrita en los registros públicos, celebrada entre la Caja de Beneficios de Seguridad Social del Pescador y la parte demandada (Jorge Luis Agurto Ramos) se encuentra protegida por el principio de fe pública registral toda vez que dicho señor contrató confiando en la publicidad registral.

Como podemos apreciar, en este caso, la Sala Suprema sigue un criterio netamente registral en la aplicación del artículo 2014 del Código Civil (1984). Según entienden los magistrados, existe una presunción de la buena fe hasta demostrarse lo contrario en el proceso judicial, la cual va a subsistir mientras la información inmersa en el contexto contractual y registral conlleve a un desconocimiento de la realidad existente fuera del registro. De esta manera, al presumirse la buena fe, salvo prueba en contrario, los magistrados deben evaluar todo medio probatorio ofrecido durante el proceso para corroborar si el adquirente conocía la inexactitud de los datos registrales.

Es de importancia mencionar que, en este caso, los jueces de la Corte Suprema tienen diversas interpretaciones respecto a la doble venta inmobiliaria.

En el caso anterior, aplicaron los artículos 2022 (principio de oponibilidad) y 2016 (principio de prioridad registral). En cambio, en este caso, aplican el artículo 2014 (principio de fe pública registral). Es posible que se presente una inconsistencia que se debe analizar posteriormente. Además, podemos notar que nos encontramos frente a una posición netamente registral de la buena fe.

3. Casación 5421-2015-Arequipa

En nuestra investigación sobre la aplicación del principio de oponibilidad en los conflictos inmobiliarios, identificamos la presente sentencia. En esta, la Corte Suprema aplica el referido principio frente a un supuesto de superposición de partidas. Claramente, nos encontramos frente a una inadecuada aplicación de la oponibilidad registral, por lo que es relevante analizar este caso en el presente trabajo.

En este caso, la Empresa Nacional de Edificaciones en Liquidación–Enace (demandante) solicitó se declare su mejor derecho de propiedad sobre el predio de 141 411.84 m², ubicado en el Distrito de Alto Selva Alegre, inscrito en la ficha registral 954763, asiento 001, rubro B del registro de la propiedad inmueble de Arequipa. Asimismo, requirió se ordene cancelar la partida 108158 del registro de la propiedad inmueble de Arequipa referente al inmueble (67 8750 hectáreas), inscrito a favor de Santiago Delgado Delgado y Roxana Yolanda Reynoso Paredes (demandados), el cual se encuentra parcialmente superpuesto con el predio.

La Corte Suprema aplicó los artículos 2016 (principio de prioridad) y 2022 (principio de oponibilidad), sosteniendo que estas normas permiten resolver un conflicto ante la existencia de más de un titular del bien (Casación 5421-2015-Arequipa, 2017). Es decir, se presenta el enfrentamiento de dos títulos, donde corresponde a los magistrados dilucidar cuál de ellos se antepone frente al otro.

De este modo, se estableció un listado de prioridad, teniendo, en primer lugar, al acreedor que actuó de buena fe e inscribió primero su título en el registro. En segundo lugar, al acreedor de buena fe con título de fecha cierta de mayor antigüedad. En tercer lugar, al acreedor con título en documento privado más antiguo. Aplicando este orden de prelación, la Corte Suprema resolvió el caso privilegiando al demandante, quién inscribió su derecho el 3 de septiembre de 1990, a diferencia de los demandados, quienes inscribieron su titularidad recién el 27 de febrero de 1998.

De lo expuesto, es preciso observar que, al estar en un supuesto de duplicidad de partidas y no de

doble venta inmobiliaria, no corresponde la aplicación de los artículos 2016 y 2022 del Código Civil (1984). Estos atienden la concurrencia de títulos provenientes de la misma cadena de transmisión, es decir, del mismo transferente.

Al no existir un acreedor común, nos encontramos ante cadenas de propiedades distintas, donde se aplican de manera confusa los principios de oponibilidad y prioridad registral. Asimismo, en este caso no se toma en cuenta que los demandados se encontraban en posesión del inmueble, por lo que, aplicando un criterio netamente registral, los magistrados omitieron el análisis crucial de la buena fe en este tipo de conflictos. Nos ocuparemos de analizar todos estos temas posteriormente.

4. Casación 3464-2013-Lima Norte

Los hechos centrales de este caso fueron desarrollados por el profesor Gilberto Mendoza del Maestro en los siguientes términos. El caso trata de una doble venta inmobiliaria. La primera transferencia fue realizada por la señora Lucila Ortenciana Altamirano Dongo, a favor del señor Jorge Vicente Chávez Guillerhua, el 31 de agosto de 1988 (demandante). Por su lado, la segunda transferencia fue realizada por la misma señora en favor de sus hijos Jackeline Benavides Altamirano y Manuel Edgar Benavides Altamirano el 18 de mayo de 2001 (codemandados en el caso). La Corte Suprema resuelve este conflicto presumiendo la mala fe de la segunda transferencia, toda vez que fue realizada entre familiares (2016, pp. 415-416).

Como podemos apreciar, en este caso la Corte Suprema sostuvo que se debe acreditar la buena fe de la inscripción, la cual no se acredita, toda vez que el derecho de propiedad de los codemandados fue otorgado por Lucila Ortenciana Altamirano Dongo, madre suya y también demandada. En adición, ella habría transferido con anterioridad el bien al demandante, hecho del que, se presume, tenían conocimiento sus hijos, Jackeline Benavides Altamirano y Manuel Edgar Benavides Altamirano, dado el vínculo consanguíneo que los une.

En el presente caso, para determinar la existencia de buena fe, la Sala Suprema emplea un razonamiento probatorio basándose en indicios. Al tener en cuenta que la parte demandada, Lucila Ortenciana Altamirano Dongo de Benavides, realizó la enajenación del predio posterior a la transferencia de 1988 a Manuel Edgar Benavides Altamirano y Jackelin Benavides Altamirano, hijos suyos y codemandados, se entiende que usualmente un hijo conoce sobre los actos de disposición que efectúan sus padres. El vínculo consanguíneo entre los demandados conlleva concluir que hubo conoci-

miento de la situación del inmueble, quebrantando la buena fe e incurriendo en actos fraudulentos.

5. Casación 1634-2015-Cajamarca

En este caso, nos encontramos frente al conflicto denominado doble venta inmobiliaria. Concretamente, en el caso, la sucesión de Armida Ortiz Castillo adquirió la propiedad del inmueble materia del proceso a través de la escritura pública de fecha 14 de febrero de 2008. Posteriormente, la sociedad conyugal, conformada por Otón Gerardo García Quiroz y Marcelina Evarista Jare de García, adquirió el mismo inmueble del mismo transferente mediante la escritura pública de fecha 10 de abril de 2012, que se inscribió en el registro el 11 de abril de dicho año.

Ante el referido conflicto de doble venta, la Corte Suprema consideró importante evaluar la buena fe de las partes. Para dicho efecto, en este caso, los magistrados adoptaron una concepción extraregistral de la buena fe. Puntualmente, la Corte Suprema concluyó que los señores Otón Gerardo García Quiroz y Marcelina Evarista Jare no verificaron la situación posesoria del inmueble ni el título posesorio. De este modo, concluyeron que no actuaron con buena fe.

Como podemos apreciar, en este caso, que bajo nuestra postura se resuelve sobre la base de una interpretación sistemática de los artículos 1135 (concurrencia de acreedores) y 2022 (principio de oponibilidad), la Corte Suprema adoptó una concepción amplia de la buena fe y no limitó su análisis a un enfoque puramente registral. Por el contrario, resolvió con una concepción extraregistral, exigiendo la verificación posesoria y el título posesorio.

A diferencia de casos previos, vemos que la Corte Suprema realiza un análisis exhaustivo de la buena fe para resolver la controversia, exigiendo la verificación posesoria y del título posesorio para actuar con el referido código de conducta. En el siguiente acápite, nos ocuparemos de emitir nuestra opinión sobre este criterio interpretativo, así como los otros criterios identificados en la presente investigación.

6. Casación 889-2017-Lima

En este caso, también nos encontramos frente a un escenario de doble venta inmobiliaria. Concretamente, Ferpo Lima S.A. transfirió dos veces el mismo inmueble. Primero, a favor del demandante, Carlos Gregorio Rosemberg de la Torre, a través de un contrato de compraventa ingresado a una notaría el 19 de julio de 2006. Luego, la segunda venta se produjo a favor del demandado, Edwin

Walter Baumann, mediante escritura pública de fecha 7 de junio de 2007, la cual accedió a los registros públicos.

La Corte Suprema consideró importante evaluar la buena fe de las partes, elemento que constituye un componente transversal en todo ordenamiento jurídico, el cual exige actuar con discernimiento y de acuerdo con la conducta de 'comportamiento ejemplar'. Más allá de lo que arrojen formalmente los documentos, los magistrados evalúan la conducta que muestran las partes durante el desarrollo de los acontecimientos, pues a partir del análisis de este accionar se pueden obtener conclusiones muy importantes para resolver el conflicto.

Siendo este el escenario, en el presente caso, el criterio jurisprudencial asumido se basa en la concepción extrarregistral de la buena fe, en la cual, además de incluir la inspección registral, se evalúa actuaciones u hechos acorde a un actuar coherente, diligente y veraz. Respetando los parámetros de razonabilidad, la Corte Suprema analizó el comportamiento adoptado por el demandado y verificó si efectivamente actuaron bajo los cánones de la buena fe.

Concretamente, los jueces concluyeron que el referido demandado no actuó con buena fe en la operación inmobiliaria, toda vez que tomó conocimiento de la titularidad del demandante cuando se apersonó a un proceso de otorgamiento de escritura pública, iniciado por este último. Evidentemente, en este proceso judicial, pudo verificar la ilegitimidad del título de propiedad de su transferente.

7. Casación 23329-2017-Ancash

Nos encontramos frente a un caso de doble venta. La sociedad conyugal conformada por Consuelito Manuel Trejo Barreto y Carmela Santa Flores Santos transfirió la propiedad del predio materia del proceso en dos oportunidades. Primero, a favor del demandado, el señor Teodoro Filomeno Granados Loli, el mismo que logró formalizar el documento privado celebrado el 15 de octubre de 1997, mediante demanda interpuesta ante el primer juzgado mixto de Huaraz (expediente 2005-0476), otorgándose la escritura pública de fecha 12 de noviembre de 2008. Sin embargo, dicho título nunca se logró inscribir en el registro.

Por su lado, la segunda transferencia se generó a favor de María Isabel Acuña Bello, quien sí inscribió en el registro el 19 de septiembre de 2008. De este modo, después de tres transferencias, el ahora demandante, el señor Jorge Alberto Samiento Serafín, adquirió la propiedad de predio

sub litis, logrando su inscripción con fecha 09 de diciembre de 2013.

La Corte Suprema señaló que si bien las instancias de mérito se han basado en los principios de buena fe registral y prioridad registral (arts. 2014 y 2016 del Código Civil de 1984, respectivamente), no es óbice de haberse procedido con la evaluación de lo accionado por la sociedad conyugal. Esto es el haber transferido en dos oportunidades el mismo predio en cuestión, originando los defectos que generan la nulidad del acto jurídico, los que no se convalidan con la inscripción registral, salvo que se acredite la buena fe del adquirente.

En el caso concreto, si bien la parte demandante posee un título de propiedad inscrito en el registro, la parte demandada ostenta un título de propiedad que goza de fecha cierta como resultado del proceso de otorgamiento de escritura pública con fecha 12 de noviembre de 2008. Además, se encuentra en la posesión física del inmueble, siendo corroborado mediante la inspección judicial, situación que consta en los actuados del juicio.

De este modo, la Corte Suprema concluye que las instancias de mérito no han cumplido con analizar si el título del accionante se encontraba o no afectado por algún vicio de carácter estructural o funcional, en razón a la doble venta realizada por la sociedad conyugal. Así, se deberá verificar si el demandante actuó o no como un comprador diligente al momento de la adquisición del predio en cuestión, ello en razón a que la inscripción registral en nuestro país tiene un carácter declarativo y no constitutivo.

La Sala Suprema sigue un criterio de buena fe diligencia en la aplicación del artículo 2014 del Código Civil (1984). Esta indica que existe una presunción de la buena fe hasta demostrarse lo contrario en el proceso judicial, la cual va a subsistir mientras que se verifique que el adquirente actuó o no como un comprador diligente, debido que quien adquiere un inmueble debe indagar a título de qué ocupa el inmueble una tercera persona (en el caso en concreto, el demandado).

8. Casación 16476-2017-La Libertad

En el presente caso, los propietarios primigenios del inmueble *sub litis* fueron los señores Felito Hermitaño Llaro Calderón y su esposa, así como Alcira Carranza Contreras. Estos señores transfirieron dicho predio a favor de los demandados Máximo Flaminio Burgos Castillo y Santos Nélida Castillo, mediante escritura pública de fecha 27 de diciembre de 2004. A partir de esa fecha los de-

mandados comenzaron a poseer el bien *sub litis*, pero no inscribieron su titularidad en el registro.

Posteriormente, el señor Felito Hermitaño Llaro Calderón volvió a vender el inmueble materia del proceso, pero esta vez a favor de la parte demandante, la señora Marita Carranza Alvites. Se realizó mediante la escritura pública de compraventa de fecha 06 de julio de 2013, la cual se inscribió en el registro el 12 de agosto del mismo año.

La Corte Suprema señaló que el tema central de la controversia reside en analizar si la Sala Superior actuó adecuadamente al confirmar la sentencia de primera instancia. Ello debido a que si bien la demandante tiene un título de propiedad inscrito, también es cierto que los demandados tienen una escritura pública con fecha anterior al de la actora, además que se encuentran en posesión del inmueble desde la adquisición.

Siendo esta la situación, la Corte Suprema consideró oportuno indicar que, en los supuestos de doble venta, el órgano judicial está obligado a determinar el mejor derecho de propiedad a efectos de establecer el legítimo dueño del bien, por lo que se atendió a lo señalado por el profesor Moisés Arata, quien indica lo siguiente:

[...] Cuando se discuten títulos provenientes de un mismo transferente como cuando los mismos provienen de distintas titulaciones, pueden sintetizarse así:

i) La probanza no debe estar orientada a discutir la validez de los títulos sino su oponibilidad frente a terceros interesados; ii) es necesario demostrar que se cuenta con un título válido y apto para la adquisición del dominio; iii) se debe acreditar la identidad del bien; iv) acreditar que se goza de un nivel preferente de formalización o publicidad de la titularidad respecto al del adversario o tener una razón para desvirtuar el del adversario; v) la prevalencia del título que goza de la prioridad en el acceso al registro, supone que en el proceso no se desvirtúe la presunción de buena fe del titular inscrito; vi) otra excepción a la prevalencia del título inscrito es la sobreviniente ineficacia de dicho título (citado en la Casación 16476-2017-La Libertad, 2019, fundamento 3.11).

En esta línea, la Corte Suprema consideró que la presunción de buena fe del acreedor con derecho inscrito registrado es un asunto que debe dilucidarse de forma previa, debido que el comprador tenía impuesto también el deber de "verificar mínimamente y en forma previa la situación actual del predio a adquirir" (Casación 16476-2017-La Libertad). Así, la instancia suprema tomó como

parte del análisis jurisprudencial lo señalado en el considerado décimo séptimo de la Casación 2825-2017-Lima Sur, en el cual se indica lo siguiente:

[...] es menester que, quien adquiere un bien por la publicidad del registro debe tener una conducta diligente al momento de la adquisición, imponiéndosele deberes elementales de verificación e información, de tal suerte que no basta la sola invocación de la publicidad registral, sino que además se encuentra obligado a realizar una actuación conforme a los cánones mínimos de honestidad en la adquisición (buena fe-diligencia) (2018).

En ese sentido, la Sala suprema consideró que las instancias inferiores no emitieron un pronunciamiento objetivo sobre un elemento esencial que debe cumplir el acreedor a quien se le prefiere por tener un título de propiedad primeramente inscrito, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1135 del Código Civil: la buena fe. Y es que, en el caso en concreto, la 'buena fe' del acreedor que logró inscribir su adquisición, no fue analizada en las instancias de menor jerarquía.

Como podemos apreciar, en el presente caso, la Corte Suprema adoptó una concepción extrarregional de la buena fe. Asimismo, acogió la posición de la buena fe diligencia. De acuerdo con este criterio jurisprudencial, el adquirente privilegiado en una doble venta inmobiliaria no solo debe verificar la información publicitada por el registro para tener buena fe, sino que también tiene la obligación de realizar diligencias extrarregistrales, como, por ejemplo, la verificación de la situación posesoria del inmueble.

9. Casación 4826-2012-Junín

Este también es un caso de doble venta. La señora Maricela Encarnación Meza Alania (titular primigenia del inmueble materia del proceso) transfirió dicho predio en dos oportunidades. Primero, a favor de la empresa Romero Trading S. A., mediante escritura pública de fecha 23 de octubre de 1998, siendo que este después lo transfiere al ahora demandado de este juicio, el señor Cesar Simón Paredes Espinoza, mediante minuta de compraventa de fecha 14 de diciembre de 2004, quien después de la compra tomó posesión del bien. Sin embargo, este último contrato no fue elevado a escritura pública, ni inscrito en el registro.

Posteriormente, la señora Maricela Encarnación Meza Alania volvió a vender el inmueble, esta vez a favor del demandante de este proceso, el señor Hans Carlos Paucar Oré, mediante escritura pública de fecha 19 de octubre de 2006, inscrita en el registro el 20 de octubre de 2006. No obstante, al

querer tomar posesión del predio *sub litis* se encontró que otra persona (el demandado) estaba en posesión, por lo que procedió con remitir carta notarial a fin de que el demandado desocupe y restituya el bien inmueble.

La Corte Suprema señala que un proceso sobre mejor derecho de propiedad tiene por objeto oponer este derecho real frente a un tercero que también alega ese mismo derecho sobre el bien. Así, los magistrados opinan que este conflicto se resuelve con la aplicación del artículo 2022 del Código Civil en concordancia con los artículos 2014 y 2016 del Código Civil (1984). Aplicando dichos dispositivos normativos, la Corte Suprema concluyó que la propiedad del inmueble materia de *litis* le corresponde al demandante por haberlo inscrito primero en el registro, debiendo presumirse la buena fe del adquirente registral.

Como podemos apreciar, en este caso, la Sala Suprema privilegia al adquirente que inscribió primero su adquisición, a pesar que el contrato no inscrito es de fecha anterior a la inscripción, debiendo presumirse la buena fe del adquirente registral. Claramente, en esta casación a diferencia de otras resoluciones previamente analizadas, la Corte Suprema adopta un criterio netamente registral de la buena fe para la aplicación del principio de oponibilidad en los escenarios de doble venta. Así, los magistrados únicamente exigen la indagación registral para actuar con buena fe y no requieren una diligencia extraregistral, como, por ejemplo, la inspección posesoria del bien.

10. Casación 3187-2013-Cajamarca

Esta última casación aborda un conflicto de mejor derecho de propiedad. En la presente casuística existen dos personas que ostentan distintos títulos de propiedad del inmueble materia del proceso. La señora Fredesvinda Arana Márquez transfirió la propiedad de dicho predio a favor de la parte demandante, la señora Conversión Agustina Contreras Luis, mediante escritura pública de fecha 04 de julio de 2008, la cual se inscribió el 10 de julio del mismo año. Por otro lado, los esposos José Rosas Castillo Toribio y Adriana Paulina Márquez Toribio (que conforman la parte demandada) adquirieron tres lotes colindantes de terreno:

- El primero mediante escritura pública de compraventa de fecha 3 de septiembre de 1985, con un área de 162.75 m², cuyo vendedor fue el señor Juan Francisco Arana Zavaleta.
- El segundo, mediante escritura pública de fecha 05 de setiembre de 1985 con un área

de 72m², cuyo vendedor fue la sociedad conyugal Márquez-Toribio, siendo estos que lo adquirieron de su anterior propietaria, la señora Fredesvinda Arana Márquez, a través de escritura pública de fecha 02 de julio de 1958.

- El tercero mediante escritura pública de fecha 15 de junio de 1993 con un área de 92.40m², cuya vendedora fue la señora Andrea Toribio Polo viuda De Márquez.

Los tres predios antes descritos suman un área total de 327.15 m², donde el área que reclama la parte demandante está siendo poseída por los demandados.

La Corte Suprema tomó en cuenta que la Sala Superior privilegió la posesión de la parte demandada, debido a que contaban con un título de propiedad. Asimismo, la parte demandante no pudo acreditar la aplicación de un mínimo de diligencia a fin de constatar que, si bien pretendía adquirir, el bien inmueble estaba poseído por terceros con título de propietarios. Ello debido a que la diligencia ordinaria mínima impone al comprador el deber de verificar el estado actual del bien que adquiere y principalmente quién o quiénes detentan posesión de este. En adición, se tomó en cuenta que la compraventa realizada por la parte demandante fue celebrada en la época en que los demandados venían ejerciendo la posesión del inmueble, lo cual pudo haber permitido a la compradora tomar pleno conocimiento acerca de la real situación del inmueble que estaba adquiriendo.

Como podemos apreciar, en el caso presentado, la Sala Suprema no sigue un criterio registral en la aplicación del artículo 2014 del Código Civil (1984). Existe una presunción de la buena fe hasta demostrarse lo contrario en el proceso judicial, la cual va a subsistir mientras que se verifique que el adquirente actuó o no como un comprador diligente, dado que quien adquiere un inmueble debe indagar a título de qué ocupa el inmueble una tercera persona (en el caso en concreto, la parte demandada). Claramente, nos encontramos frente a una concepción extraregistral de la buena fe.

V. OPINIÓN SOBRE LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES UBICADOS

Tal como pudimos observar en las casaciones previamente explicadas, en la Corte Suprema peruana se han empleado diversos criterios respecto de la norma aplicable al conflicto conocido como doble venta inmobiliaria. Los magistrados de la Corte Su-

prema han aplicado de diversas formas el principio de oponibilidad. Asimismo, utilizaron el referido principio para dar solución a casos donde media superposición de partidas.

A continuación, nos ocuparemos de explicar, analizar y emitir una opinión respecto de estos hallazgos de nuestra investigación jurisprudencial.

A. La normativa aplicada a la doble venta inmobiliaria

Conforme explicamos en el primer acápite de la presente investigación, somos de la opinión que el conflicto de la doble venta inmobiliaria se resuelve sobre la base de una interpretación sistemática de los artículos 1135 (conurrencia de acreedores) y 2022 (principio de oponibilidad) del Código Civil (1984). Sobre la base de una interpretación integral de dichas normas, concluimos que en el conflicto de doble venta se debe privilegiar al adquirente que inscribió primero su derecho. En defecto de inscripción, se debe tutelar a quién obtiene un documento con fecha cierta anterior y, finalmente, si no hubiera ningún documento de fecha cierta en el caso, el ordenamiento tutela a quien tiene un documento simple más antiguo.

Evidentemente, en todo el orden de prelación antes referido es indispensable que el adquirente privilegiado por el sistema haya actuado de buena fe. En caso la persona con mejor título no haya actuado honestamente y creyendo fielmente en la legitimidad del derecho del transferente (buena fe), jamás podrá obtener protección del ordenamiento. La buena fe requerida en las operaciones inmobiliarias es un canon de conducta determinante para brindar tutela a los adquirentes.

Todo el esquema estuvo desapercibido en la jurisprudencia de la Corte Suprema que hemos ubicado en la presente investigación. Por el contrario, encontramos posiciones diferentes para resolver el mismo supuesto de hecho. Algunos magistrados opinaban que en el caso debía aplicar el 2022 del Código Civil (principio de oponibilidad)². Otros concluían que estos conflictos de doble venta debían resueltos sobre la base del artículo 2014 del Código Civil (principio de fe pública registral)³. Incluso encontramos jueces que sosténían que estos casos se resuelven en aplicación del artículo 1135 (conurrencia de acreedores) o el artículo 2016 (principio de prioridad registral)⁴.

Sobre el particular, tenemos una opinión distinta a la de los magistrados de la Corte Suprema. Consideramos que el caso de doble venta inmobiliario no puede ser resuelto únicamente con el artículo 2022 (principio de oponibilidad), debido a que esta norma no tiene un orden de prelación, sino que únicamente regula el mandato que el derecho real inscrito prevalece frente al derecho real no inscrito. Sin embargo, no establece qué pasa cuando hay un conflicto entre dos derechos reales que no han sido inscritos al registro, situación que se encuentra muy presente en nuestra realidad.

Tampoco aplica el artículo 2014 del Código Civil (1984). Esta norma regula un supuesto específico en el cual un tercero adquiere un inmueble confiando en el registro, sin tener conocimiento de la patología (anulación, rescisión, resolución o cancelación) del negocio jurídico adquisitivo de su transferente. Como es evidente, no estamos frente a un supuesto en el que una persona vende dos veces el mismo inmueble a personas diferentes (doble venta inmobiliaria).

En la misma línea, no es aplicable el artículo 2016 del Código Civil (1984). Es cierto que esta norma dispone que la prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro. No obstante, no resuelve el complejo caso de la doble venta inmobiliaria. Esta norma únicamente fija el criterio de prioridades registrales, pero no constituye un orden de preferencia en caso se produzca una doble venta.

De igual forma, somos de la opinión que el artículo 1135 del Código Civil (1984), por sí solo, no resuelve el conflicto materia de análisis. Como indicamos previamente, esta norma está pensada en las obligaciones de dar. El artículo regula, concretamente, el supuesto de la conurrencia de acreedores en materia obligacional y no es una norma que de por sí aplica a los conflictos inmobiliarios.

Siendo esta la situación, se puede concluir que en la investigación hemos identificado que la Corte Suprema ha utilizado diferentes normas respecto a la doble venta inmobiliaria. Esta situación genera incertidumbre en el sistema, la cual además conlleva a que no haya una adecuada circulación de bienes. Igualmente, este no es el único problema ubicado, sino que también existe una discrepancia en el análisis respecto a la buena fe exigible en todas las normas antes descritas. A continuación, se analizará este segundo tema.

² Véase la Casación 2032-2003-Piura.

³ Véase la Casación 3223-2015-Del Santa.

⁴ Véase la Casación 2032-2003-Piura.

B. Los criterios poco uniformes de la buena fe en la aplicación del principio de oponibilidad

Un segundo problema de la jurisprudencia de la Corte Suprema que se ha ubicado, es la falta de uniformidad en los criterios sobre el requisito de buena fe en la aplicación del principio de oponibilidad. Concretamente, en las sentencias que hemos analizado hemos podido identificar que algunos jueces requieren únicamente la verificación registral a los adquirentes privilegiados en los casos de doble venta inmobiliaria⁵.

En cambio, otros magistrados exigen a los adquirentes que realicen una diligencia registral y extraregistral como, por ejemplo, la verificación posesoria del inmueble. Bajo este segundo criterio, únicamente se privilegia al acreedor que adquiere cumpliendo los cánones de la buena fe diligencia descrita en el análisis dogmático del presente trabajo de investigación⁶.

Entonces, existen supuestos similares (doble venta inmobiliaria) que se resuelven de manera diferente dependiendo del juez que resuelva la controversia. Claramente estamos frente a un escenario de incertidumbre que afecta la correcta circulación de bienes. Sin perjuicio de ello, se debe emitir una opinión sobre las posturas identificadas en la presente investigación. Consideramos que la jurisprudencia debería uniformarse hacia la interpretación de la buena fe diligencia. Tal como se explicó, en la parte dogmática del presente trabajo, se defiende que la buena fe de las operaciones inmobiliarias, como los supuestos de doble venta, debe ser entendida en los términos de la denominada buena fe diligencia.

En efecto, se comparten las opiniones de los autores españoles Gordillo Cañas, Sanz Fernández, Peña Bernaldo de Quirós y, en el ámbito nacional, del profesor Gonzales Barrón. Dichos autores sostienen que la buena fe de las operaciones inmobiliarias debe ser entendida en términos de diligencia. Es decir, se debe proteger al adquirente que actúa honestamente y tiene plena convicción de que está contratando con el legítimo propietario.

Aplicando este criterio al caso que nos ocupa (doble venta inmobiliaria), el acreedor privilegiado

en este conflicto debe desplegar una conducta honesta, creyendo fielmente que contrató con el legítimo dueño. Así, por ejemplo, compartimos la posición de algunas sentencias desarrolladas en la presente investigación, en las que se indica que es necesario verificar la situación posesoria del inmueble para actuar con buena fe⁷.

Recuérdese que, en el caso de la doble venta, estamos frente a un escenario en el que se debe preferir a uno de los acreedores de la concurrencia por el dominio. De este modo, es imperativo exigir los mayores cánones de honestidad en su adquisición. Solo habiendo verificado el registro, inspeccionando la realidad física de la finca, así como realizado cualquier otra actuación de diligencia exigible por la naturaleza propia de operación concreta, puede ser protegido por nuestro ordenamiento jurídico.

Opinamos que esta interpretación debe prevalecer en nuestro sistema. Recientemente, en un Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil, se optó por la buena fe diligencia para la aplicación de los artículos 2014 y 1135 del Código Civil (1984)⁸. Este Pleno constituye doctrina jurisprudencial, pero no fija precedentes vinculantes, como un Pleno Cassatorio de la Corte Suprema. Sin perjuicio de ello, constituye un punto de partida que puede ser seguido por la Corte Suprema para uniformizar los criterios jurisprudenciales.

C. La controversial aplicación del principio de oponibilidad

Existe un problema latente respecto al principio de oponibilidad, ya que se presentan inconsistencias al aplicarlo a supuestos de duplicidad de partidas. Concretamente, los jueces están aplicando principios registrales en escenarios patológicos como la superposición de partidas. Evidentemente, estos supuestos de duplicidad registral son escenarios donde coexisten, de manera irregular, dos cadenas de transferencia respecto de un mismo predio. A pesar de ello, se suele aplicar el principio de oponibilidad que, en realidad, está regulado para escenarios donde existe una sola cadena de transferencia.

Sobre el particular, en la doctrina mayoritaria, se entiende que los principios registrales no se

⁵ Véase la Casación 4826-2012 Junín, así como la Casación 3223-2015-Del Santa.

⁶ Véase las casaciones 16476-2017-La Libertad, 23329-2017-Ancash, 889-2017-Lima, y 1634-2015-Cajamarca.

⁷ Véase la Casación 1634-2015-Cajamarca.

⁸ Concretamente, el referido Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil indica que: (i) en el supuesto de doble venta inmobiliaria debe prevalecer el adquirente que empezó a poseer el inmueble frente a quién inscribió su adquisición, pero el inmueble ya se encontraba poseído por el primer adquirente; y (ii) en los casos de donde aplique el principio de fe pública registral (art. 2014 del Código Civil), la buena fe debe entenderse en términos de diligencia.

aplican a los conflictos de duplicidad registral. Por ejemplo, el profesor José Manuel García García indica:

En todos estos supuestos de doble inmatriculación, se plantean problemas de difícil solución, en los que no siempre es posible atender a los principios registrales para resolverla, y según numerosa jurisprudencia, ocurre, al contrario, que los principios registrales no pueden aplicarse, y, en consecuencia, tampoco los que derivan de la fe pública registral.

Aunque no siempre puede llegarse a conclusiones tan tajantes, es verdad que, tratándose de doble inmatriculación, no caben soluciones en base exclusivamente a la fe pública registral, y de ahí que estemos ante uno de los supuestos en que cabe hablar de excepción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (1993, p. 456) [el énfasis es nuestro].

En esta línea, el profesor Martín Mejorada anota:

Así pues, para resolver casos de duplicidad no podemos aplicar la buena fe registral. En primer lugar, porque nadie podría alegar el desconocimiento de la otra partida, y segundo porque aun si omitiéramos la presunción legal y atendiéramos a la real ignorancia (buena fe), más de uno podría atribuirse dicha condición y reclamar el derecho, por tanto, no se resolvería nada. **La cuestión no pasa por los principios registrales sino por el examen de cada título, desentrañando defectos materiales, validez y eficacia, es decir disipando las dudas sobre el alcance material del bien, y si este se originó lícitamente en quien decía tener la propiedad.** En el caso que ocupa estas líneas, se presume que el adquirente de segundo lugar sabía que el título primeramente inscrito presentaba un error en el área y que sus linderos revelaban un polígono mayor. Puede que en la realidad el Estado y su adquirente no supieran este detalle, pero la presunción legal no tiene excepciones (2019) [el énfasis es nuestro].

Asimismo, los profesores Jorge Avendaño Valdez y Luis Felipe del Risco Sotil enseñan:

Como puede apreciarse, **ante casos de duplicidad de partidas registrales no puede aplicarse el principio de fe pública registral, pues precisamente el propio Registro está informando que presenta inexactitudes y, por tanto, no puede haber terceros de buena fe.** ¿Cómo afrontar el problema entonces?

El derecho de propiedad se acredita comúnmente con el título de propiedad. Ahora bien, ¿qué sucede si dos personas tienen un título de

propiedad sobre un mismo bien? ¿Qué derecho prevalece?

Cuando se presentan este tipo de situaciones, debe analizarse necesariamente los títulos de ambas partes para determinar quién tiene mejor derecho de propiedad. Y es que no puede haber dos propietarios sobre un mismo bien, pues por naturaleza el derecho de propiedad es de carácter exclusivo, a menos, claro está, que se convenga pacíficamente en mantener una titularidad común sobre el bien o la ley establezca tal régimen (es el caso de la copropiedad o de otras modalidades de propiedad colectiva admitidas en nuestro ordenamiento jurídico). Por esta razón, sólo el título de una las partes debe prevalecer (2012, p. 201) [el énfasis es nuestro].

Como se puede apreciar, en la doctrina se entiende que los principios registrales no se aplican a los casos de duplicidad registral. Pese a ello, la realidad se opone a la doctrina, tal como hemos podido verificar en la presente investigación. Es preocupante, además, que se omita analizar elementos relevantes como la buena fe en este tipo de operaciones. Por ejemplo, en la presente investigación, se pudo apreciar que en un caso de duplicidad registral donde aplican el principio de oponibilidad, la Corte Suprema omite analizar el requisito determinante de la buena fe. Esta situación hubiera cambiado completamente el resultado del proceso.

VI. CONCLUSIONES

- Para brindar una solución legal al conflicto de la doble venta inmobiliaria es necesario realizar una interpretación sistemática de los artículos 1135 (conurrencia de acreedores) y 2022 (principio de oponibilidad) del Código Civil (1984). Esta interpretación nos permite concluir que, en un caso de doble venta, prevalece el adquirente que inscribió de buena fe primero su derecho. En ausencia de inscripción se debe tutelar a quién de buena fe obtuvo un documento de fecha cierta más antigua. Y, en caso no hubiera documento de fecha cierta alguno, el sistema debe proteger a quien de buena fe adquirió vía documento simple con anterioridad en el tiempo.
- En el orden de prelación para resolver la doble venta inmobiliaria existe un requisito preponderante para otorgar tutela a uno de los acreedores: la buena fe. En la dogmática se ha desarrollado este concepto, concretamente, para las operaciones inmobiliarias.

Un sector de la doctrina entiende a la buena fe bajo los cánones de la denominada 'buena fe creencia'; es decir, el adquirente únicamente debe realizar una verificación somera del registro para tener buena fe. En cambio, otro sector de la doctrina opina que la buena fe de las operaciones inmobiliarias debe ser entendida bajo los cánones de la denominada 'buena fe diligencia'; así el adquirente debe estar convencido de haber obrado de manera diligente, prudente y honesta en su adquisición.

Particularmente, nos encontramos de acuerdo con la 'buena fe diligencia'. Opinamos que, para tener buena fe, el adquirente debe tener la plena convicción de haber contratado con el legítimo dueño, realizando todos los actos diligencia necesarios, que incluso pueden ser extraregistrales, como la inspección posesoria del inmueble. Por lo tanto, la buena fe debe ser interpretada de esta manera, tal como lo desarrolla el segundo sector de la doctrina mencionado en la presente investigación.

c) En la jurisprudencia de la Corte Suprema, los jueces utilizan diferentes interpretaciones de las normas del Código Civil de 1984 para resolver el problema de la doble venta inmobiliaria. Algunos magistrados aplican el artículo 2016 (principio de prioridad registral), otros aplican el artículo 2014 (principio de fe pública registral). Asimismo, existen jueces que aplican el artículo 1135 (conurrencia de acreedores) y algunos el artículo 2022 (principio de oponibilidad). Esto supone una manera incongruente de interpretación que ha sido perpetuada a lo largo de los años.

Opinamos que el artículo 2016 (principio de prioridad registral) no aplica a la doble venta, porque no regula un orden de prelación, dejando sin solución a los problemas de ventas extraregistrales. Tampoco aplica el artículo 2014 (principio de fe pública registral), el cual claramente regula un supuesto de hecho diferente a la doble venta.

En esta línea, no puede utilizarse únicamente el artículo 1135 (conurrencia de acreedores), porque esta norma regula supuestos obligacionales. Tampoco puede utilizarse únicamente el artículo 2022 (principio de oponibilidad) porque este no regula un orden de prelación necesario para solucionar eventos de doble venta. Como explicamos, la solución la brinda una interpretación sistemática de los artículos 1135 y 2022.

d) Es importante establecer un criterio uniforme sobre los alcances del requisito de la buena fe, la cual es necesaria para la aplicación del principio de oponibilidad en los escenarios de doble venta. Algunos jueces de la Corte Suprema opinan que únicamente se debe verificar el registro para tener buena fe. En cambio, otros magistrados ciñen su interpretación a los cánones de la buena fe diligencia y exigen la verificación de la realidad extraregistral como la inspección posesoria del inmueble.

Recientemente, las Salas Superiores emitieron un Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil, donde los jueces optaron por exigir la verificación extra registral para actuar con buena fe. 

REFERENCIAS

- Arata Solís, M. (2020). Principio de Oponibilidad. En *Gaceta Jurídica, Código Civil Comentado* (tomo X, pp. 421-470). Gaceta Jurídica.
- Avendaño Valdez, J., & del Risco Sotil, L. (2012). Pautas para la aplicación del Principio de Fe Pública Registral. *Ius et Veritas*, 22(45), 188-201.
- Chico Ortiz, J. (2000). *Estudios sobre Derecho Hipotecario* (4ta ed.). Marcial Pons.
- Diez-Picazo, L. (1995). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III: Las Relaciones Jurídico-Reales, el Registro de Propiedad y la Posesión* (4ta ed., Vol. III). Editorial Civitas.
- Fernández Cruz, G. (1987). La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles. *Derecho PUCP*, (41), 159-226. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.198701.006>
- García García, J. (1993a). *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario* (tomo I). Editorial Civitas.
- (1993b). *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario* (tomo II). Editorial Civitas.
- Gonzales Barrón, G. (2018). *Fraude inmobiliario y principio de fe pública registral en el derecho peruano* (tesis para optar por el grado de doctor en Derecho). Universidad de Castilla-La Mancha, Castilla-La Mancha, España.
- Gordillo Cañas, A. (2006). El principio de Fe Pública Registral (I). *Anuario de Derecho Civil*. Madrid, 59(2), 509-656.
- Mejorada Chauca, M. (08 de abril de 2019). ¿Fe pública en duplicidad de partidas?. *La Ley*. <https://laley.pe/art/7650/fe-publica-en-duplicidad-de-partidas>

Mendoza del Maestro, G. (2016). Doble venta u oponibilidad. *Derecho PUCP*, (77), 415-420.

Osterling Parodi, F., & Castillo Freyre, M. (2008). *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Palestra Editores.

Pasco Arauco, A. (2020). *Fe Pública Registral. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial*. Gaceta Jurídica.

Peña Bernaldo de Quirós, M. (1986). *Derechos Reales. Derecho Hipotecario* (2da ed.). Artes Gráficas Iberoamericanas S.A.

Roca Sastre, R. M., & Roca-Sastre Muncunill, L. (1979a). *Derecho Hipotecario* (7ma ed., tomo I). Bosch.

(1979b). *Derecho Hipotecario* (7ma ed., tomo II). Bosch.

Santillán, P. (2014). *La problemática de la usufrucción del dominio contra tabulas en el Derecho Peruano. Una visión desde la legislación y doctrina Española* (tesis para optar por el grado de Magíster). Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).

Decreto del 8 de febrero de 1946, Ley Hipotecaria (B.O.E., 1946) (Esp.).

Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil, 28 y 29 de abril de 2022 (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 7 de abril de 2016, Casación 1634-2015-Cajamarca (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2 de agosto de 2018, Casación 2825-2017-Lima Sur (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, 31 de julio de 2018, Casación 889-2017-Lima (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia, 31 de marzo de 2014, Casación 4826-2012-Junín (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 22 de octubre de 2014, Casación 3187-2013-Cajamarca (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 3 de junio de 2015, Casación 3464-2013-Lima Norte (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 24 de agosto de 2016, Casación 3223-2015-Del Santa (Perú).

Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, 24 de mayo de 2005, Casación 2032-2003 (Perú).

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República, 18 de abril de 2017, Casación 5421-2015-Arequipa (Perú).

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 4 de junio de 2019, Casación 23329-2017-Ancash (Perú).

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 14 de marzo de 2019, Casación 16476-2017-La Libertad (Perú).

APROXIMACIONES Y COMENTARIOS A LAS REORGANIZACIONES SOCIETARIAS TRANSFRONTERIZAS: LA FUSIÓN Y LA REDOMICILIACIÓN

APPROACHES AND COMMENTS ON CROSS-BORDER CORPORATE REORGANIZATIONS: MERGERS AND RE-DOMICILIATION

Samuel Jair Véliz Ortíz*

Payet, Rey, Cauvi, Pérez

Paula D'Medina Valdez**

Payet, Rey, Cauvi, Pérez

The aim of this paper is to analyse the so-called cross-border corporate reorganisations, which have the particularity of involving companies incorporated and existing in different countries, focusing on mergers and the redomiciliation of companies.

To this end, the authors analyse the legal concepts of nationality and domicile of legal entities, mergers and redomiciliation of companies, the considerations that lead to the implementation of this type of operations and, finally, whether it is possible to carry out a cross-border merger and redomiciliation of a Peruvian company abroad according to the current regulations.

KEYWORDS: Corporate reorganizations; merger; redomiciliation; cross-border.

El presente trabajo tiene como objetivo analizar las denominadas reorganizaciones societarias transfronterizas, que tienen la particularidad de involucrar a sociedades constituidas y existentes en distintos países, centrándose en las fusiones y la redomiciliación de sociedades.

Para ello, los autores analizan los conceptos jurídicos de nacionalidad y domicilio de las personas jurídicas, fusión y redomiciliación de sociedades, las consideraciones que conllevan a la implementación de este tipo de operaciones y, finalmente, si es posible ejecutar una fusión transfronteriza y una redomiciliación de una sociedad peruana al extranjero según la normativa vigente.

PALABRAS CLAVE: Reorganizaciones societarias; fusión; redomiciliación; transfronteriza.

* Abogado. Magíster en Derecho de la Empresa por la Universidad de Navarra. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Asociado del Área Corporativa en Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados (Lima, Perú). Contacto: svelizo@pucp.edu.pe

** Abogada. Exmiembro de la Asociación Civil Ius et Veritas. Asociada del Área Corporativa en Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados (Lima, Perú). Contacto: pdv@prcp.com.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 9 de mayo de 2022, y aceptado por el mismo el 8 de junio de 2022.

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas se ha producido una aceleración en el mercado de las fusiones y adquisiciones como nunca se había visto, la cual, junto con la cada vez más creciente globalización, han desdibujado lo que tradicionalmente se entendía como **reorganizaciones societarias** (refiriéndonos a las fusiones, escisiones y transformaciones). Hoy en día, es perfectamente posible pensar que estas operaciones excedan la jurisdicción de un país, y que este fenómeno no tendrá un efecto meramente geográfico, sino también, como es evidente, comercial y legal. Así, no resultaría complicado para el lector imaginar una fusión entre compañías de distintos países o que una sociedad se traslade a un país distinto al de su origen. Además, es innegable que –como lo reconocía Oliver Hart desde hace décadas atrás– las empresas son el motor del crecimiento de las modernas economías capitalistas (2003, p. 2).

A manera de ejemplo, en el 2019 se promulgó la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo, la cual regula actualmente el traslado internacional del domicilio social denominado por dicha directiva como ‘transformación transfronteriza’, la cual, según indica en su artículo 86, es una

operación mediante la cual una sociedad, **sin ser disuelta ni liquidada**, convierte la forma jurídica en la que está registrada en un Estado miembro de origen en una forma jurídica societaria de un Estado miembro de destino, y traslada al menos su domicilio social al Estado miembro de destino al tiempo que conserva su personalidad jurídica [el énfasis es nuestro].

En otras palabras, la transformación transfronteriza consiste en la decisión de la propia sociedad, a través de sus órganos societarios, de ‘migrar’ a otro país adoptando una forma societaria permitida en este, pero manteniendo su personalidad jurídica. Por ejemplo, a nivel europeo, sería la decisión de una sociedad constituida y existente en España de trasladarse a otro país, como podría ser Italia.

La Directiva (UE) 2019/2121 también brinda el marco normativo a: (i) la fusión transfronteriza por la cual dos o más sociedades registradas en distintos Estados miembros de la Unión Europea decidirán si una es absorbida por la otra (fusión por absorción) o si crean una nueva sociedad (fusión por constitución de nueva sociedad o por incor-

poración); y (ii) la escisión transfronteriza, por la cual una(s) sociedad(es) registrada(s) en un Estado miembro de la Unión Europea aportará(n) bloques patrimoniales a otra(s) sociedad(es) registrada(s) en un Estado miembro distinto (2019).

En vista a lo presentado, el caso europeo es un gran referente en operaciones transnacionales precisamente por la existencia de la Unión Europea. Sin embargo, el caso latinoamericano también se ve influido en este tipo de operaciones debido al auge de las empresas multilatinas¹ y el comercio entre países gracias a tratados de comercio internacional y mecanismos de articulación económica (como, por ejemplo, la Alianza del Pacífico). No obstante, como se explicará más adelante, la realización de una reorganización transfronteriza no cuenta con un marco normativo claro desde la legislación peruana.

Por otra parte, existen más factores a considerar que los meramente comerciales o societarios. A manera de ejemplo, en el Perú, la protección internacional de inversiones no siempre ha sido una prioridad relevante al momento de establecer la estructura de una inversión, sino que se han priorizado otros aspectos, como la legislación societaria, el régimen tributario o el régimen laboral. Debido a ello, existen ciertas estructuras ineficientes desde el punto de vista de la protección internacional de inversiones, tal como es el caso de las compañías **holding** domiciliadas en las jurisdicciones extranjeras y que cuentan con escasa o nula protección internacional de inversiones.

Abordados los puntos anteriores, el presente artículo se centra principalmente en analizar conceptos jurídicos que se encuentran presentes en las reorganizaciones transfronterizas, las razones que consideramos que motivan su realización y cómo se encuentran reguladas en el Perú. Para ello, se hará énfasis en las fusiones transfronterizas y las redomiciliaciones transfronterizas, debido a que, según la experiencia de los autores, son las operaciones que más consultas han generado durante los últimos años en el Perú dado (entre otros aspectos) a la incertidumbre política y económica.

II. DOMICILIO Y NACIONALIDAD DE UNA PERSONA JURÍDICA

Como primer punto, consideramos necesario distinguir entre los conceptos de **domicilio** y **nacionalidad** de una persona jurídica.

¹ Empresas con presencia en varios países latinoamericanos.

A. El domicilio de las personas jurídicas

El domicilio social está regulado en el artículo 20 de la Ley 26887, Ley General de Sociedades, que señala lo siguiente:

Artículo 20.- Domicilio

El domicilio de la sociedad es el lugar, señalado en el estatuto, donde desarrolla alguna de sus actividades principales o donde instala su administración.

En caso de discordancia entre el domicilio de la sociedad que aparece en el Registro y el que efectivamente ha fijado, se puede considerar cualquiera de ellos.

La sociedad constituida en el Perú tiene su domicilio en territorio peruano, salvo cuando su objeto social se desarrolle en el extranjero y fije su domicilio fuera del país (1997).

Bajo la Ley General de Sociedades y el Reglamento del Registro de Sociedades, aprobado mediante Resolución 200-2001-SUNARP-SN (que, en la práctica, muchas veces funciona más allá de ser una norma registral como un tipo de reglamento de la propia Ley General de Sociedades), la fijación del domicilio social tendrá diversas consecuencias relevantes para el desarrollo de la sociedad. Así, por ejemplo, el domicilio social determinará la competencia registral (Resolución 200-2001-SUNARP-SN, 2001, art. 2), la competencia procesal respecto a la impugnación de acuerdos de la junta general de accionistas (Ley 26887, 1997, art. 143), el lugar donde deberá sesionar la junta general de accionistas (Ley 26887, 1997, art. 112), entre otros.

En línea de lo señalado en el párrafo anterior, debemos recordar que el domicilio social no es solo una formalidad, sino que es un elemento estructural de la sociedad que, tal como lo señala el artículo 200, numeral 2, de la Ley General de Sociedades, en caso se acuerde el traslado del domicilio social al extranjero, será una causal para que se gatille el derecho de separación de los socios que votaron en contra de dicho acuerdo o que no concurrieron a la junta (1997)². Sobre la posibilidad real de que la sociedad cambie su domicilio al extranjero volveremos más adelante.

El domicilio social no puede ser fijado de forma arbitraria por los socios, sino que debe tener una vinculación o nexo real con las actividades que realice la sociedad. Por ello, el artículo 20 de la Ley General de Sociedades brinda dos opciones para que se fije el domicilio social: (i) donde la sociedad desarrolla alguna de sus actividades principales; o (ii) donde la sociedad instala su administración (1997). Por ejemplo, una sociedad (como podría ser una entidad financiera) podrá fijar su domicilio social estatutario en Lima, en caso tuviese en esta ciudad sus oficinas principales, y desarrollar sus actividades en todo el país.

Un aspecto interesante por considerar es que el artículo 20 de la referida ley indica que “en caso de discordancia entre el domicilio de la sociedad que aparece en el Registro y el que efectivamente se ha fijado, se puede considerar cualquiera de ellos” (1997). Es decir, la norma societaria se pone en el supuesto que la sociedad haya fijado un domicilio estatutario (inscrito en la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, en adelante, Registros Públicos) que no guarda relación con el domicilio ‘real’ de la sociedad. Lo anterior es perfectamente posible ya que el registrador –principalmente en la constitución de una sociedad– no tiene forma alguna de comprobar que el domicilio fijado en los estatutos sociales es el lugar donde la sociedad desarrolla alguna de sus actividades principales o donde tiene su administración.

Esta disposición encuentra su similar en el artículo 10 de la Ley de Sociedades de Capital española que señala que “en caso de discordancia entre el domicilio registral y el que corresponde según el artículo anterior, los terceros podrán considerar como domicilio cualquiera de ellos” (Real Decreto Legislativo 1/2010, 2010). Esta regla es una norma de protección a terceros como bien nos expliaca Espiniella:

Para el supuesto en que falte la coincidencia entre domicilio registral y domicilio real, el precepto establece la posibilidad de que los terceros escojan entre cualquiera de ellos, es decir, entre el domicilio que aparece en los estatutos y el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación. La finalidad de la norma es precisamente

² El artículo 200 de la Ley General de Sociedades dispone lo siguiente:

Artículo 200.- Derecho de separación del accionista

La adopción de los acuerdos que se indican a continuación concede el derecho a separarse de la sociedad:

1. El cambio del objeto social; [...]

Sólo pueden ejercer el derecho de separación los accionistas que en la junta hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes, los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto y los titulares de acciones sin derecho a voto (Ley 26887, 1997).

proteger a los terceros que podrían resultar perjudicados en supuestos de deslocalización de la sociedad (2011, p. 244).

Dicho esto, la posible diferencia entre el '**domicilio estatutario**' y '**domicilio real**' ha sido abordada también por la doctrina peruana utilizando el concepto de '**sede social**' como un equivalente al '**domicilio real**'. Lo anterior se puede apreciar cuando Elías Laroza considera que debe diferenciarse el '**domicilio**' de la '**sede social**', ya que el primero puede ser una circunscripción territorial determinada en cuyo registro público se inscribe la sociedad³, mientras que el segundo es el lugar preciso en el que la sociedad puede realizar actividades o fijar su administración (2001, pp. 56-54).

Así, la normativa peruana permite expresamente el cambio de domicilio de una sociedad dentro del país, en tanto que el artículo 30 del Reglamento del Registro de Sociedades establece el procedimiento para inscribir dicha modificación ante los Registros Públicos (2001). Es claro que, según el artículo 29 del Reglamento del Registro de Sociedades, el domicilio social es una ciudad ubicada en el territorio peruano (2001). Entonces, una sociedad podría constituirse indicando su domicilio social en Lima para luego cambiarlo a Arequipa; lo cual sería una redomiciliación en territorio nacional.

Es necesario mencionar que la normativa peruana también reconoce la figura de las sucursales, definidas por el artículo 396 de la Ley General de Sociedades como un "establecimiento secundario a través del cual una sociedad desarrolla, en lugar distinto a su domicilio, determinadas actividades comprendidas dentro de su objeto social" (1997). Al ser un establecimiento de una sociedad, lógicamente, no es una sociedad distinta, por lo que la ley precisa que carecen de personería jurídica independiente, a pesar de gozar de representación legal permanente y autonomía de gestión en el ámbito de sus actividades, conforme esto fuera asignado por la sociedad (denominada '**principal**').

De este modo, la sociedad principal podría ser una sociedad extranjera que constituya una sucursal con domicilio en el Perú conforme está regulado en el artículo 403 y siguientes de la Ley General

de Sociedades. En ese caso, la sociedad extranjera será reconocida como tal en el territorio peruano, y se regirá por las leyes del país de su constitución. En ese sentido, el Código Civil detalla lo siguiente:

Artículo 2073.-

La existencia y la capacidad de las personas jurídicas de derecho privado se rigen por la ley del país en que fueron constituidas.

Las personas jurídicas de derecho privado constituidas en el extranjero **son reconocidas de pleno derecho en el Perú**, y se reputan hábiles para ejercer en el territorio del país, eventual o aisladamente, todas las acciones y derechos que les correspondan.

Para el ejercicio habitual en el territorio del país de actos comprendidos en el objeto de su constitución, se sujetan a las prescripciones establecidas por las leyes peruanas.

La capacidad reconocida a las personas jurídicas extranjeras no puede ser más extensa que la concedida por la ley peruana a las nacionales (1984) [el énfasis es nuestro].

B. La nacionalidad de las personas jurídicas

La nacionalidad es un concepto del derecho internacional que puede ser definido como la "expresión jurídica del hecho de que el individuo a quien se le ha conferido [...], está más estrechamente vinculado a la población del Estado que se la ha conferido que a la [población] de cualquier otro Estado" (Corte Internacional de Justicia, 1955).

Sin embargo, la Ley General de Sociedades no contiene ninguna regulación sobre la nacionalidad de las sociedades. Esta falta de regulación en la Ley General de Sociedades no ha sido involuntaria, sino que se debe, como lo señala Elías Laroza, a que se consideró que la nacionalidad de las sociedades se generaba a propósito de la protección diplomática a las sociedades de un determinado Estado, aspecto que había quedado en desuso en el derecho internacional (2001)⁴.

La doctrina societaria no siempre ha sido unánime con respecto a la cuestión de nacionalidad de las

³ Al respecto, el artículo 29 del Reglamento del Registro de Sociedades establece que: "[e]n el asiento de inscripción del pacto social, del establecimiento de sucursal, o de sus modificaciones, deberá consignarse como domicilio una ciudad ubicada en territorio peruano, precisándose la provincia y departamento a que dicha ciudad corresponde" (Resolución 200-2001-SUNARP-SN, 2001).

⁴ El autor citado sostiene que:

En cuando a la protección diplomática, que fue el origen del debate sobre la nacionalidad de las sociedades, podemos decir que es un tema superado en el derecho moderno. Si bien en el pasado las grandes potencias protegían los intereses económicos de sus ciudadanos en otros países, inclusive con la fuerza militar, hoy en día la inversión extranjera se sujeta a las leyes y a la jurisdicción del país respectivo y es inaceptable que se acepten interferencias

personas jurídicas, siendo que anteriormente se ha negado ello por considerar que no existiría un vínculo afectivo entre la persona jurídica y el Estado, y debido a que una persona jurídica no podría ejercer los derechos políticos que una persona natural sí. A manera de ejemplo, la primera vez que en el Perú se propuso hablar de nacionalidad de las personas jurídicas fue durante las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil en 1923, donde se argumentó a favor de dicho concepto para poder “establecer el control fiscal, determinar la jurisdicción de los tribunales y fijar el derecho a la protección diplomática” (Mac Lean, 1963, p. 329). No obstante, la mayor parte de la doctrina se manifestó en contra de dicho concepto (Mac Lean, 1963, p. 330).

Por ejemplo, la Corte Permanente de Justicia Internacional reconoció en el Asunto de los Intereses Alemanes en la Silesia Polaca que:

El término ‘nacional’ en la Convención de Ginebra contempla generalmente personas físicas. Pero una relación análoga a la que existe entre las personas físicas y un Estado, que se llama nacionalidad, también existe, aunque en forma diferente, en el caso de corporaciones de derecho interno (Corte Permanente de Justicia Internacional, citada por Mac Lean, 1963, p. 330).

Por su parte, en el Perú, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 03592-2007-PA/TC, ha reconocido que las personas jurídicas también son titulares de diversos derechos constitucionales y dentro de los derechos que se les reconoce se encuentra el derecho a la nacionalidad (2009).

Entonces, si aceptamos que las personas jurídicas sí tienen nacionalidad propia –tal como ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional peruano– surge otra importante (y quizás principal) interrogante ¿Cómo determinar la nacionalidad de la persona jurídica? Para esa respuesta, la doctrina⁵ ha desarrollado los siguientes criterios:

- a) **Teoría de la constitución:** Bajo este criterio, la nacionalidad, entendida como el cumplimiento de los requisitos formales establecidos por una determinada legislación para la obtención de la personalidad jurídica, sería aquella del Estado en el cual se constituyó la

sociedad. Dicha teoría encuentra su principal fundamento en la separación de la sociedad y quienes la constituyen; siendo que la persona jurídica tiene obligaciones y derechos propios distintos a los de sus accionistas. Es decir, si los socios fundadores, sin importar su nacionalidad, han cumplido con todos los procedimientos para constituir una sociedad según la legislación de un país, la sociedad –que cuenta con personalidad jurídica propia independiente– tendrá la nacionalidad de dicho país.

- b) **Teoría del domicilio:** Bajo esta teoría, la sociedad tendrá la nacionalidad del país en donde se encuentre su **domicilio real**. Recordemos en este punto que más allá del domicilio estatutario de una sociedad, se considerará como domicilio real aquel lugar en donde la sociedad realice sus actividades principales o donde tenga su administración. Con ello, no bastará con que una sociedad se constituya en un determinado país para adquirir su nacionalidad, sino que deberá tener su domicilio real en dicho país. Como vemos, esta teoría será más dinámica que la teoría de la constitución, debido a que no se fija principalmente en el momento de la constitución de una sociedad, sino que se centra en la realidad económica de las actividades empresariales de la sociedad.

- c) **Teoría del control:** La nacionalidad sería la de los accionistas o socios que ejercen el control de la sociedad. Por ejemplo, si los accionistas mayoritarios –o quienes en la práctica ostenten el control (por ejemplo, por tener el derecho de nombrar a la mayoría del directorio de la sociedad)– de una sociedad son mexicanos, la sociedad también adoptará dicha nacionalidad. Esta teoría cobró interesante aplicación durante la Primera Guerra Mundial cuando se incautaban bienes de una sociedad aliada o neutral porque, a pesar de su lugar de constitución o domicilio, estaba controlada por intereses económicos enemigos (Novak, 1997).

Cada teoría tiene sus pros y contras. Así, la teoría de la constitución y del domicilio generan que sea mucho más sencillo determinar la nacionalidad de una persona jurídica, ya que responden a términos objetivos, pero no servirían para –por ejemplo– lo

diplomáticas en conflictos por intereses económicos privados (...) nuestra LGS ha optado por no denominar a las sociedades como «peruanas» o «extranjeras», sino como «constituidas en el Perú» y «constituidas en el extranjero» (Elías, 2001, p. 72).

⁵ Para más información, véase a Mereminskaya (2005b).

grar que sus accionistas cuenten con una protección internacional de su inversión en la sociedad. En cambio, el criterio del control si podría ser susceptible de generar una nacionalidad más 'real' de la sociedad con la ventaja de contar con una protección de la inversión de los accionistas, pero será mucho más difícil de determinar en sociedades que cuenten con un verdadero accionariado disperso (como sociedades que cotizan en bolsa) o cuando existan situaciones de 'co-control' entre distintas personas.

Quizás el caso más paradigmático en el tema de nacionalidad de sociedades es el caso *Barcelona Traction Light and Power Company Limited (España c. Bélgica)* conocido por la Corte Internacional de Justicia en 1970. Según la Corte, la teoría de control generaba una situación de inseguridad jurídica debido a que la nacionalidad de la sociedad se encontraría en un estado de constante mutación y, por ello, consideró que la nacionalidad de las personas jurídicas debía determinarse por las leyes del Estado en donde se constituyó, adoptando de tal modo la teoría de la constitución (Corte Internacional de Justicia, 1970, citado en Novak, 1997).

En reorganizaciones societarias transfronterizas será importante determinar el criterio a emplear respecto a la nacionalidad de las personas jurídicas, especialmente, al referirse a la protección de las inversiones. No obstante, como fue comentado, en el Perú no existe una disposición en la Ley General de Sociedades o en el Código Civil que reconozca como 'peruanas' a las sociedades constituidas y/o domiciliadas en el Perú.

III. ¿QUÉ SON LAS FUSIONES Y POR QUÉ SE REALIZAN?

La doctrina ha buscado definir a la fusión como

[U]na operación jurídica afectante a dos o más sociedades, que conduce a la extinción de todas o alguna de ellas y a la integración de sus respectivos socios y patrimonios en una sola

sociedad ya preexistente o de nueva creación (Uría González, 2005, p. 342).

O, dicho de otra manera, como

Una operación mediante la cual dos o más sociedades se reúnen a efectos de formar una sola, confundiendo sus respectivos patrimonios e integrando a sus socios, de acuerdo a las formas previstas por la ley y cumpliendo con los requisitos establecidos en ésta (Israel & Filomeno, 2003, p. 1188).

En palabras simples y coloquiales, una fusión no es más que la unión de dos o más sociedades para formar una sola. Esta unión se puede llevar a cabo, fundamentalmente, de dos maneras⁶:

- a) **Fusión por absorción:** Es la forma más común de fusión, en la cual una de las sociedades participantes (denominada '**absorbente**') adquiere el patrimonio de la otra (denominada '**absorbida**') y esta última se extingue.
- b) **Fusión por incorporación:** En esta otra modalidad, todas las sociedades participantes se extinguirán, y se constituirá una nueva sociedad que será la que adquiera el patrimonio de las sociedades participantes.

Si bien ambas modalidades tienen estructuras diferentes, existen elementos comunes para toda fusión, como son: (i) la extinción de la personalidad jurídica de una o más sociedades (las sociedades absorbidas, en el primer caso, o de todas las participantes, en el segundo); (ii) la transmisión en bloque y a título universal del patrimonio de las sociedades que se extinguen a favor de las que no se extinguen; y (iii) la compenetración o agrupación de los accionistas de las sociedades (Hundskopf Exebio, 2007, p. 254).

Ahora bien, no es intención del presente artículo profundizar en los requisitos y elementos legales

⁶ Al respecto, el artículo 344 de la Ley General de Sociedades indica lo siguiente:

Artículo 344.- Concepto y formas de fusión

Por la fusión **dos a más sociedades se reúnen para formar una sola cumpliendo los requisitos prescritos por esta ley**. Puede adoptar alguna de las siguientes formas:

1. La **fusión de dos o más sociedades para constituir una nueva sociedad incorporante** origina la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades incorporadas y la transmisión en bloque, y a título universal de sus patrimonios a la nueva sociedad; o,
2. La **absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente** origina la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas. La sociedad absorbente asume, a título universal, y en bloque, los patrimonios de las absorbidas.

En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades que se extinguen por la fusión reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente, en su caso (1997) [el énfasis es nuestro].

concernientes a las fusiones⁷, pero sí es importante recordar que estas últimas, así como el derecho corporativo en general, obedecen a motivaciones prácticas, tales como necesidades comerciales, financieras y/o económicas de la compañía, su grupo económico y/o sus accionistas. El desarrollo legal de estas actividades, por el contrario, es una herramienta al servicio de estos intereses y necesidades.

Algunas de las razones de índole empresarial detrás de las fusiones serán las sinergias, que se refieren a los “efectos derivados de la acción conjunta de dos o más empresas, destacando que tal efecto no se producirá si estas trabajasen de forma independiente” (citado en Arce, 2008, p. 143). Estas pueden clasificarse en:

a) **Sinergias operacionales⁸:**

- **Integración horizontal:** Se produce entre empresas de un mismo mercado o sector, y puede deberse, por ejemplo, a razones de economía de escala en las que se fusionan compañías para reducir costos fijos.
- **Integración vertical:** Se produce entre empresas de mercados diferentes, pero que están relacionadas en su cadena de producción, con la principal razón de reducir los costos de transacción. Un ejemplo sería el caso de una empresa que adquiere a las compañías que manejan sus canales de distribución.
- **Diversificación de actividades relacionadas:** Al igual que en el caso anterior, se produce entre empresas de mercados diferentes, pero que pueden estar relacionadas comercial o económicoamente.

b) **Sinergias financieras:**

- **Sinergias financieras puras:** En este caso, se buscará una estructura de capital más eficiente.
- **Sinergias fiscales:** Con estas operaciones se puede buscar optimizar la estructura tributaria de las compañías mediante las fusiones, así como explotar ventajas fiscales que no fueron previamente aprovechadas (como concesiones fiscales, compensaciones de pérdidas, entre otras) (Mascareñas, 2005, pp. 11-12).

- c) **Sinergias estratégicas:** son aquellas que aportan distintas oportunidades de crecimiento y/o diversificación de las compañías. Dentro de estas sinergias, por ejemplo, podríamos mencionar la eliminación de una gestión ineficiente por parte de los administradores de una o más de las compañías involucradas en la fusión (Mascareñas, 2005, pp. 11-12).

En ese sentido, será muy importante tener en consideración cuáles pueden ser las motivaciones detrás de una fusión –motivaciones que, cómo se puede apreciar, van más allá del campo jurídico– para evaluar cuál puede ser la mejor estrategia legal por emplear según el caso concreto.

IV. ¿QUÉ ES UNA REDOMICILIACIÓN Y POR QUÉ SE REALIZA?

A diferencia de una fusión, el concepto de redomiciliación es mucho más sencillo, ya que consiste en la decisión de una sociedad de cambiar su domicilio social y, de este modo, cambiar el ordenamiento jurídico que le resulta aplicable. Por ejemplo, como señalamos previamente, una redomiciliación nacional se daría con el cambio del domicilio de una sociedad de la ciudad de Lima a la ciudad de Arequipa. Ello generará que la sociedad se encuentre inscrita en una oficina registral distinta y las normas que utilicen el concepto de domicilio social se entiendan con el nuevo domicilio (lugar de celebración de juntas, competencia del juez de domicilio social, entre otros), sin que sea necesario disolver ni liquidar la sociedad, y manteniendo de tal manera su personalidad jurídica.

La redomiciliación de sociedades al extranjero consideramos que tendrá como principal objetivo cambiar la normativa que le sea aplicable, no solo societaria, sino también como podría ser la laboral, tributaria, regulatoria, entre otras. La doctrina española ha considerado que

El traslado del domicilio social al extranjero implica, conforme al Derecho Español, que la sociedad adopta la nacionalidad del país de destino. Por ello, el traslado del domicilio lleva, en realidad, la adopción de una nueva nacionalidad y consiguientemente un cambio del Derecho aplicable a la sociedad. El traslado del domicilio social implica una modificación de la *lex societatis* (Goenechea & García, 2009, p. 16).

⁷ Dichos requisitos se encuentran en el Título II de la Ley General de Sociedades, entre otras normas.

⁸ Véase a Ferrero Álvarez Calderón (2003).

Como puede notarse, el cambio de nacionalidad de la sociedad producto de una redomiciliación estará estrechamente vinculada a si las jurisdicciones involucradas adoptan el criterio de domicilio para determinar la nacionalidad de las personas jurídicas.

V. LA GLOBALIZACIÓN

Es indudable que en los últimos años se ha producido una aceleración del fenómeno de la globalización y, consecuentemente, una creciente integración de las economías locales hacia una economía de mercado global. Tres variables se han usado típicamente para estudiar la globalización económica: (i) el comercio extranjero; (ii) la inversión directa extranjera (considerada como inversión en la cual se tiene control de la administración de la compañía); y (iii) la inversión de cartera extranjera (considerada como inversión **pasiva**, en el sentido que no se tiene control de la administración de la compañía, sino que la ganancia es meramente especulativa) (Babones, 2007, p. 145).

El campo de las reorganizaciones societarias no ha sido ajeno a este panorama. Desde los años noventa empezó a aumentar el número de operaciones de fusiones y adquisiciones transfronterizas (Kang & Johansson, 2000), y con ello se agudizó la necesidad de regulación que facilitara estas operaciones.

Sin embargo, este fenómeno no ha estado exento de dificultades:

Debido a las fusiones internacionales, la nacionalidad de las empresas se vuelve aún más imprecisa. Las empresas multinacionales están más libres que nunca [...]. Las propias empresas tienen instalaciones y empleados en diversos países, atienden muchos mercados nacionales y compran suministros y componentes en todo el mundo. Muestran menos lealtad a países particulares y un resentimiento creciente hacia las regulaciones y restricciones a nivel nacional que pueden obstaculizar sus actividades y evitar que obtengan las ganancias de las inversiones transfronterizas (Kang & Johansson, 2000, p. 6).

En otras palabras, con la globalización y las operaciones transfronterizas, las empresas tienen más libertad de decidir en qué país finalmente se es-

tablecerán, teniendo en consideración, además de los criterios propiamente empresariales, el elemento regulatorio, es decir, qué normas consideran que se adaptan mejor para las actividades que quieren realizar.

VI. CONSIDERACIONES PARA UNA REESTRUCTURACIÓN TRANSFRONTERIZA

Como el lector podrá notar, una reorganización societaria transfronteriza (refiriéndonos a la fusión y redomiciliación) dista mucho de ser un asunto sencillo. Al contrario, existen distintos aspectos relacionados a estas operaciones que se encuentran dentro del grupo de 'transacciones estructurales' (como lo ha denominado la doctrina), debido a que "modifican el perfil organizativo, funcional o económico de la empresa" (Paz-Ares, 2019, p. 104).

A. Consideraciones de Derecho Internacional

La nacionalidad de las personas jurídicas tradicionalmente ha sido relevante para los efectos de la protección diplomática que un Estado les puede prestar a sus nacionales. Por ello, resulta de gran relevancia que la normativa de cada país adopte alguna teoría para determinar la nacionalidad de las personas jurídicas. Por ejemplo, el artículo 8 de la Ley de Sociedades de Capital española regula bajo el título de 'nacionalidad' que: "serán españolas, y se regirán por la presente ley todas las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido" (2010).

En ese sentido, cabe mencionar que, por ejemplo, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI) exige en el Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en adelante, Convenio CIADI), entre sus requisitos, para que pueda conocer una controversia, que la disputa surja directamente de una inversión y que se plantee entre el Estado receptor de la inversión y un nacional de otro Estado (ambos signatarios del Convenio), precisando que el '**nacional de otro Estado**' debe ser una persona natural o jurídica que tenga la **nacionalidad** de dicho otro Estado (2006)⁹. El Convenio CIADI no especifica qué debe entenderse por **nacionalidad**

⁹ El Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Entre Estados y Nacionales de Otros Estados establece lo siguiente:

Artículo 25

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el **nacional de otro Estado Contratante** y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

en el caso de personas jurídicas, aunque en su jurisprudencia, históricamente, el CIADI muchas veces ha adoptado el criterio de constitución (Vives Chillida, 1998, p. 108).

No obstante lo anterior, el Convenio CIADI se refiere excepcionalmente en su artículo 25, numeral 2, literal b, al control que tienen los accionistas sobre la sociedad, al mencionar la posibilidad de que “las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter [de nacional], a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero” (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2006). Al respecto, para que esta excepción produzca efectos jurídicos, “se requiere, primero, que el control extranjero sea un hecho real y, segundo, que el Estado receptor haya expresado su consentimiento de brindar a tal sociedad local un trato que correspondería a las extranjeras” (Mereminskaya, 2005b, p. 150).

B. Consideraciones societarias

Como se ha mencionado al momento de hablar de la globalización, fenómenos como las fusiones y redomiciliaciones transfronterizas permiten que las sociedades elijan finalmente la jurisdicción que mejor se acomodará a sus intereses e incluso tomando en cuenta el país que consideran que cuenta con un marco jurídico más estable, puesto que no estarán limitados únicamente a su jurisdicción inicial. Los controladores de una sociedad podrán, de esta manera, tener la posibilidad de migrar la sociedad al país con el régimen que más le convenga, que consideren más predecible o estable, teniendo en consideración diferentes aspectos como las formas societarias permitidas en cada país, el sistema de protección de inversiones, las normas sobre la información exigida por los reguladores a las sociedades, la posibilidad de listar las acciones en determinado mercado de valores, entre otros.

Sin embargo, como hemos indicado, esta decisión de las compañías de ‘mudarse’ a otra jurisdicción puede traer inconvenientes, especialmente para los países receptores. A manera de ejemplo, existe una figura conocida como el ‘abuso de la jurisdic-

ción’, el cual se configura cuando “un demandante adquiere una inversión con el único propósito de conseguir la jurisdicción de un tribunal de inversiones, basado en su nacionalidad respecto a una controversia que ya existe o cuya existencia es inminente” (Puccio Sala, 2020, p. 190). Es un fenómeno que en buena cuenta podríamos asemejar a un ‘abuso del derecho’.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que el punto societario más relevante a analizar es si las jurisdicciones involucradas en la reorganización societaria permiten la celebración de las mismas, es decir, si el país de origen (entendido como el país donde se encuentra constituida la sociedad a migrar o las sociedades involucradas en la fusión) y el país receptor (entendido como el país a donde desea trasladarse el domicilio social o donde subsistirá la sociedad resultante de la fusión) permiten la ejecución de reorganizaciones societarias transfronterizas principalmente en el sentido que aseguran el mantenimiento de la personalidad jurídica en el país donde desea establecerse la sociedad o en donde subsistirá la sociedad resultante de la fusión.

C. Consideraciones tributarias

Hemos mencionado, al hablar de las razones detrás de una fusión, que las sinergias financieras son de gran importancia en estas decisiones, y dentro de ellas se encuentran las consideraciones tributarias que pueden tener los controladores de una sociedad al momento de optar por realizar una fusión transfronteriza. En el caso de la redomiciliación, el aspecto tributario cobrará especial atención sobre la posible búsqueda de estar sometido a un determinado régimen tributario que pueda resultar más beneficioso (por ejemplo, por aplicarse tasas de impuestos más bajas, existencia de tratados con beneficios tributarios, entre otros).

Al momento de evaluar si se realizará la fusión transfronteriza o una redomiciliación transfronteriza, se tendrán que evaluar los aspectos tributarios de la operación con relación a dos aspectos fundamentales:

(2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”:

- (a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la **nacionalidad de un Estado Contratante** distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y
- (b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la **nacionalidad de un Estado Contratante** distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, **por estar sometidas a control extranjero** (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2006) [el énfasis es nuestro].

a) **Respecto a la operación misma:** Una fusión transfronteriza, incluso con normas que lo permitan, siempre será una operación compleja. Además, mientras más grande sea la empresa que se 'mudará de país', más difícil será dicha mudanza desde el punto de vista tributario. En ese caso, se tendrán que evaluar los impactos tributarios no solo del movimiento de la sociedad como tal, sino también del negocio que esta representa (es decir, un movimiento de bienes incluyendo flujos dinerarios). Por su parte, si bien pareciera que la redomiciliación sería más sencilla al no involucrar a más sociedades, también deberá evaluarse si el traslado del domicilio social a un país extranjero gatilla el pago de un tributo de salida que –en algunos casos– podría incluso tratarse como una venta de activos.

b) **Respecto a las operaciones posteriores:** Tan o incluso más importante que lo anterior es la evaluación del nuevo régimen tributario para la sociedad si se trasladara, como producto de la fusión, una sociedad y/o su negocio (en caso dicha sociedad sea absorbida) y mucho más claro en la redomiciliación al extranjero.

Por ejemplo, en términos sencillos, si una sociedad constituida en su país se traslada a un país distinto, pero sus accionistas (y/o beneficiarios finales) son domiciliados en un país tercero (distinto al del país de origen y de destino). Se deberá evaluar las ventajas o desventajas de los distintos regímenes jurídicos aplicables. ¿El régimen del país destino es más beneficioso para la entrada y/o salida de flujos hacia el país en el que están domiciliados los accionistas? ¿Qué otras consecuencias existen para los accionistas? Como es evidente, las consideraciones serán prácticas, y dependerán de la operativa de cada compañía en concreto.

D. Consideraciones empresariales

Como hemos mencionado, las reorganizaciones societarias obedecen fundamentalmente a razones empresariales (comerciales, financieras, económicas, entre otras). En ese sentido, existirán distintas razones para que una empresa pueda considerar participar en una fusión transfronteriza o mudar su domicilio al extranjero. Estas pueden ser:

a) **Mejorar el régimen societario de la sociedad y/o de su grupo económico:** Por ejemplo, en ocasiones, se puede decidir simpli-

fcar la malla societaria de un determinado grupo que tiene distintas empresas en diferentes países, pero que, tal vez, sus operaciones se realicen en unos pocos países. En ese caso, podría ser más conveniente para el grupo simplificar la cantidad de empresas que tiene y las jurisdicciones donde estas se encuentran, lo cual ahorraría costos de transacción.

b) **Expandir el grupo económico:** Mediante las fusiones transfronterizas se podría transferir el patrimonio de una compañía a otra que se encuentre domiciliada en otro país, lo cual podría significar fortalecer la inversión de ese grupo económico en dicho país.

c) **Elegir un régimen laboral más acorde a sus actividades:** En este caso, la posibilidad de elegir la *lex societatis* que regirá las actividades de la sociedad (ya sea cambiando el domicilio social al extranjero o siendo absorbida por una sociedad extranjera) también implicará la alternativa de escoger un régimen laboral más compatible según la realidad económica de la empresa. Por ejemplo, se podrá tener en cuenta los plazos para los períodos de prueba en distintas jurisdicciones, la regulación sobre trabajadores de confianza, entre otros.

d) **Consideraciones respecto a paraísos fiscales:** En ocasiones, los grupos económicos constituyen compañías en los denominados 'países de baja o nula imposición', también conocidos como 'paraísos fiscales' por las ventajas tributarias que aquello podría traerles. Sin embargo, otros factores pueden hacer que, mediante una fusión, se elija transferir su patrimonio (incluyendo líneas de negocio) al Perú.

Por ejemplo, imaginemos que una empresa 'Y' se encuentra domiciliada en Panamá y es un **holding** de empresas domiciliadas en el Perú, dentro de las cuales se encuentra la compañía 'X', que desarrolla sus actividades en el Perú. En este caso, la única utilidad de 'Y' para el grupo económico es ser propietaria de 'X', por la ventaja tributaria que le podría representar estar domiciliada en un paraíso fiscal. Sin embargo, existen otras desventajas operativas, como tener que contratar administradores y asesores legales que trabajen en Panamá, entre otras. El grupo económico podría optar en ese caso con fusionar a 'X' e 'Y', con lo cual 'Y' se extinguiría y simplificaría la administración del negocio.

VII. LA REGULACIÓN DE LA REDOMICILIACIÓN Y FUSIÓN TRANSFRONTERIZA EN EL PERÚ

Luego de haber logrado diferenciar a la redomiciliación de la fusión transfronteriza, analizaremos en los siguientes párrafos la regulación especial de ambas figuras en nuestro país.

A. Redomiciliación

En el Perú, es posible que una sociedad que haya sido constituida en el extranjero pase a radicar en el Perú manteniendo su personalidad jurídica, es decir, sin tener que liquidarse en su país de origen y constituir una nueva sociedad peruana. En ese sentido, el artículo 394 de la Ley General de Sociedades regula que:

Cualquier sociedad constituida y con domicilio en el extranjero, puede radicarse en el Perú, conservando su personalidad jurídica y transformándose y adecuando su pacto social y estatuto a la forma societaria que decida asumir en el Perú. Para ello debe cancelar su inscripción en el extranjero y formalizar su inscripción en el Registro (1997).

En la misma línea, el Reglamento del Registro de Sociedades regula expresamente el procedimiento para la redomiciliación, el cual consiste en lo siguiente:

- Deberá elaborarse una escritura pública extendida ante notario o cónsul peruano, que contenga el texto de la resolución o acta emitida por el órgano competente de la sociedad extranjera, acordando expresamente: (i) la decisión de radicar en el Perú y transformarse; (ii) la forma societaria peruana a escoger y la consecuente adecuación del pacto; (iii) la designación de la persona autorizada para suscribir la minuta y la escritura pública en el Perú; y (iv) la decisión de solicitar al registro del país de origen (o institución análoga) la cancelación de su inscripción, después de que registros públicos efectúe la anotación preventiva de la reorganización de la sociedad extranjera.

Cabe mencionar que, para que la redomiciliación opere, es necesario que el objeto social de la sociedad extranjera sea compatible con el país receptor. Por ejemplo, una sociedad que en los Países Bajos se dedique al comercio legal de marihuana difícilmente podría redomiciliarse al Perú con ese mismo objeto social, dado que en el Perú aquello no constituye una actividad lícita y, por tanto, es contraria al ordenamiento jurídico peruano.

- La referida escritura pública deberá presentarse ante los registros públicos peruanos y dará lugar a la apertura preventiva de una partida registral, según corresponda a la forma escogida por la sociedad extranjera, en cuyo asiento registral se indicará el plazo de su vigencia, entre otros datos pertinentes a la forma societaria elegida por la sociedad extranjera.
- En un plazo de seis meses a partir de la fecha de la apertura preventiva de la partida, la sociedad extranjera deberá acreditar la cancelación de su inscripción en el registro de su país de origen (o institución análoga), indicando la fecha de cancelación. En caso no se acredite la cancelación en el plazo mencionado, caducará la apertura preventiva de la partida registral de la sociedad redomiciliada en el Perú.
- Luego de que la sociedad extranjera haya acreditado la cancelación de su inscripción en el registro de su país de origen, se producirá la inscripción definitiva en la partida registral peruana. En este caso, los efectos de la inscripción se retrotraerán a la fecha de la cancelación de su inscripción en el registro o institución análoga en el país de origen (2001).

El procedimiento descrito operará como una constitución de una sociedad en el Perú, en el sentido que, posteriormente a la inscripción de la sociedad redomiciliada en los registros públicos peruanos, deberá gestionarse la inscripción en el Registro Único de Contribuyentes de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria y tramitar las legalizaciones de los libros societarios y contables correspondientes.

Asimismo, la redomiciliación tiene diferentes ventajas además de permitir el cambio de la sede social a otra jurisdicción, tales como las siguientes:

- Permite la transformación societaria de una forma jurídica prevista en la ley del país de origen a una nueva forma societaria, correspondiente a la nueva jurisdicción. Asimismo, existirá una nueva *lex societatis* que rija a la sociedad redomiciliada.
- Debido a que la sociedad redomiciliada no se extingue, conservará su personalidad jurídica, lo cual permitirá que exista continuidad de la personalidad jurídica de la sociedad redomiciliada y, como tal, también que existirá una conservación de su patrimonio y de los actos comerciales y actos societarios celebrados previamente en su país de origen.

- Claro está que este patrimonio estará sujeto a las normas del nuevo país (incluyendo los aspectos tributarios).
- c) Conserva las posiciones de los socios y contrapartes contractuales.

Ahora bien, desde el punto de vista fiscal, la redomiciliación con frecuencia cambia la calidad de contribuyente para efectos tributarios. Nuevamente, el Estado será un protagonista en estas consideraciones.

Como hemos venido mencionado, en buena cuenta, a los Estados no les agrada del todo que las empresas puedan irse de su país a su antojo a buscar otro país con 'condiciones de mercado' que les sean más afines (es decir, una especie de competencia regulatoria y legislativa en la cual 'el consumidor' son las empresas) o que consideren que les brinda un marco jurídico más predecible (que podría generar incluso una fuga de capitales al extranjero). De esta manera, existe la figura de un '*exit tax*', que no es otra cosa que un impuesto de salida disuasivo para aquellas grandes fortunas que cambian de domicilio de un país a otro con la finalidad de evadir impuestos o, dicho de otro modo, son "barreras a la libertad de movimiento de las empresas que los Estados deciden implementar, como aquélla que «descubre» nuevos intangibles, a fin de gravar la plusvalía que se genera cuando una sociedad traslada su sede a otro país" (Mares, 2013, p. 3).

Estos impuestos se han implementado principalmente en la Unión Europea con la finalidad de prevenir la evasión y el fraude fiscal, así como proteger su recaudación, considerando, como sostiene Mares, que el:

Traslado de un contribuyente a otro Estado miembro puede buscar sólo el aprovechamiento indebido de un régimen fiscal menos oneroso y ello va en detrimento de la legítima expectativa de ingresos tributarios que tiene el Estado de origen sobre unas rentas que el contribuyente ha generado dentro de su jurisdicción antes de su traslado (Mares, 2013, p. 14).

Por el contrario, otras jurisdicciones como los llamados 'paraísos fiscales' no suelen aplicar tributos a la migración internacional de sociedades.

Hasta este punto del presente apartado, hemos reflexionado acerca de la redomiciliación de una

sociedad extranjera a nuestro país, lo cual está permitido expresamente por las mismas normas. Sin embargo, la situación no es clara si la miramos al revés, es decir, si una sociedad peruana se quisiera redomiciliar en el extranjero.

Como hemos mencionado, el artículo 200 de la Ley General de Sociedades establece como causal que gatilla la posibilidad que los accionistas ejerzan su derecho de separación de la sociedad, el que se haya adoptado el acuerdo de trasladar el domicilio de la sociedad al extranjero (1997). Asimismo, el artículo 20 de dicha ley indica que la "sociedad constituida en el Perú tiene su domicilio en territorio peruano, salvo cuando su objeto social se desarrolle en el extranjero y fije su domicilio fuera del país" (1997). En ese sentido, la misma Ley General de Sociedades pareciera en un primer término reconocer que una sociedad peruana sí podría redomiciliarse al extranjero.

No obstante, en la Ley General de Sociedades no encontramos una norma equivalente al artículo 394 que permita expresamente que una sociedad peruana pueda trasladarse al extranjero. Además, a diferencia de lo que sucede con el procedimiento previsto por la normativa registral para redomiciliar una empresa extranjera al Perú, no existe un procedimiento formal para redomiciliar una sociedad peruana al extranjero. Por lo tanto, a nivel normativo no existiría la posibilidad que una sociedad peruana traslade su domicilio al extranjero.

Por otra parte, el Anteproyecto de la Ley General de Sociedades¹⁰, que reemplazaría a la actual Ley General de Sociedades, sí se preocupa en regular expresamente tanto la redomiciliación de sociedades extranjeras al Perú como la redomiciliación de sociedades peruanas al extranjero. Esto se observa en su artículo 381, que señala lo siguiente:

Artículo 381.- Redomiciliación de sociedades
Cualquier sociedad con domicilio en el extranjero, siempre que la ley nacional y la legislación del país de origen no lo prohíban, puede radicarse en el Perú, conservando su personalidad jurídica y transformándose y adecuando su estatuto a la forma societaria que decida asumir en el Perú. Para ello, debe cancelar su inscripción en el extranjero y formalizar su inscripción en el Registro.

Cualquier sociedad con domicilio en el Perú, siempre que la ley nacional y la ley extranjera aplicable no lo prohíban, puede radicarse en

¹⁰ Anteproyecto de la Ley General de Sociedades, elaborado por el grupo de trabajo conformado por Resolución Ministerial 0108-2017-JUS.

el extranjero, conservando su personalidad jurídica y transformándose y adecuando su estatuto a la forma societaria que decida asumir en la jurisdicción extranjera aplicable. Para ello, debe cancelar su inscripción en el Registro y formalizar su inscripción en el registro aplicable de la jurisdicción extranjera correspondiente (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018) [el énfasis es nuestro].

Sin perjuicio de lo señalado previamente, debemos traer a mención la Resolución 444-2022-SUNARP-TR de la Cuarta Sala del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos emitida el 7 de febrero del 2022. En el caso analizado, en primera instancia se tachó sustancialmente la solicitud de inscripción de cierre de partida registral por cambio de domicilio al extranjero de la persona jurídica denominada Stracon Mining Infraestructure S.A.C. debido a que la registradora consideró que:

No constituye acto inscribible el cierre de la partida registral por cambio de domicilio de una sociedad peruana al extranjero, al efecto se le indica que de acuerdo al art. 394 de la Ley General de Sociedades y Art. 135 del Reglamento de Registro de Sociedades, los actos regulados y admitidos por la legislación peruana son la Reorganización de sociedades constituidas y con domicilio en el extranjero (Redomicilio) y su formalización e inscripción en el Registro Público peruano [...] Respecto al cierre definitivo de partida social, deberá cumplir con la formalidad requerida para la disolución, liquidación y extinción de la sociedad (2022).

Es decir, la registradora adoptó un criterio similar al expuesto previamente en el presente trabajo. Sin embargo, en segunda instancia, el Tribunal Registral adoptó un criterio distinto al considerar que, por analogía al artículo 30 del Reglamento del Registro de Sociedades (que regula el cambio de domicilio social dentro del territorio peruano) (Resolución 200-2001-SUNARP-SN)¹¹, correspondía admitir la posibilidad de cerrar una partida de una sociedad peruana que haya adoptado la decisión de cambiar su domicilio al extranjero bajo el siguiente argumento principal:

El objetivo o justificación subyacente del artículo 30 del Reglamento del Registro de Sociedades es indudable: franquear la posibilidad que las personas jurídicas señalen libremente un domicilio, como «el de su principal asiento» que más convenga a sus intereses, pueda ejercer libremente sus derechos y obligaciones en dicho lugar y así los terceros puedan conocer fácil y eficazmente, dónde «hallarle» jurídicamente, conocer dónde se inscribe y publica sus actos societarios y, por tanto, los hace oponibles.

Desde esa perspectiva es clara la identidad de la situación puesta a nuestra consideración cuya única diferencia relevante sería el lugar hacia donde la persona jurídica traslada su domicilio, dentro del territorio nacional en la regla jurídica y fuera de él como supuesto de hecho no comprendido, por lo que podemos concluir que el artículo 30 del Reglamento de Registro de Sociedades es infra inclusivo con relación a ello y supone un franco recorte en el derecho a la libertad de empresa en el aspecto de la libertad de organización que contiene, entre otros, la libre elección del domicilio (EXP. 0003-2006-PI/TC) por lo que la regulación normativa de dicho artículo debe extender sus alcances al supuesto de hecho en que el cambio de domicilio ocurra hacia el extranjero, estando al mandato constitucional de no discriminación y al principio *pro homine* (2022).

Entonces, de acuerdo con el último criterio adoptado por el Tribunal Registral en la resolución citada, será posible jurídicamente cerrar la partida registral de una sociedad peruana por su cambio de domicilio social al extranjero sin tener que pasar por todo el proceso de disolución, liquidación y extinción previsto en la Ley General de Sociedades; pese a que la misma no reconoce expresamente dicha posibilidad.

Desde nuestro punto de vista, concordamos con el fondo de la resolución del Tribunal Registral, ya que es clara su intención de permitir que una sociedad peruana sea libre de trasladar su domicilio social al extranjero. Por ende, consideramos

¹¹ Sostiene lo siguiente:

Artículo 30.- Cambio de domicilio

Para inscribir el cambio de domicilio en el Registro de una Oficina Registral distinta a aquella donde está inscrita la sociedad o sucursal, se presentará al Registrador del nuevo domicilio, además de la escritura de modificación del estatuto, copia literal de todos los asientos de inscripción de la partida registral, que incluya el del cambio de domicilio, salvo que el sistema informático permita la remisión por medio electrónico autorizado de dichos asientos.

El Registrador abrirá una partida registral y reproducirá literalmente los asientos de inscripción referidos, dejando constancia de la certificación, de su fecha y del Registrador que lo expidió, cuando corresponda. Luego extenderá el asiento de cambio de domicilio y lo hará conocer al Registrador originario, quien procederá a cerrar la partida registral de la sociedad (Resolución 200-2001-SUNARP-SN, 2001).

que precisamente ese debe ser el objetivo de la normativa peruana en línea de las tendencias y realidad respecto a la movilidad internacional de las empresas. No obstante, no somos de la opinión de que basta con realizar una interpretación analógica del artículo 30 del Reglamento del Registro de Sociedades para brindar un marco ordenado para que una sociedad peruana se redomicilie al extranjero manteniendo su personalidad jurídica en el país de destino y que el artículo 20 de la Ley General de Sociedades sea la norma sustantiva habilitante para que una sociedad peruana cambie su domicilio al extranjero.

Sobre la norma sustantiva habilitante, opinamos que –más allá de que la Ley General de Sociedades actualmente contiene los artículos 20 y 200 que prevén disposiciones sobre el traslado domicilio de una sociedad peruana en el extranjero– debería existir una norma espejo al artículo 395 de la Ley General de Sociedades que permita expresamente el traslado del domicilio de una sociedad peruana al extranjero tal como lo prevé el Anteproyecto de la Ley General de Sociedades citado anteriormente. Lo anterior debido a que debe tenerse presente que el gran ‘riesgo’ de no contar con una norma en la Ley General de Sociedades clara y un procedimiento registral –o al menos un artículo especial en el Reglamento del Registro de Sociedades– para la redomiciliación de sociedades peruana genera que el criterio de la Cuarta Sala Civil del Tribunal Registral pueda ser modificado en caso la misma sala u otra sala del Tribunal Registral decida apartarse del mismo y convocar al Pleno del Tribunal Registral para decidir cuál criterio prevalece conforme lo señala el artículo 33 del Reglamento General de los Registros Públicos¹².

Además, el ordenamiento jurídico peruano debería brindar un marco legal más ordenado con respecto a los efectos de una redomiciliación de una sociedad peruana al extranjero, ya que, si

bien con el último criterio del Tribunal Registral será posible esta medida desde un punto de vista registral, ello no se condice –al menos a la fecha de elaboración del presente trabajo– con el criterio adoptado por la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, en el sentido de que una persona jurídica se consideraría domiciliada en el Perú para efectos tributarios salvo que se extinga¹³.

B. Fusión transfronteriza

Como señalamos, la fusión transfronteriza de sociedades es, en buena cuenta, una fusión en la que las sociedades involucradas tienen su domicilio en distintas jurisdicciones. Dicho de otra manera, se trata de:

Una operación, de naturaleza contractual, mediante la cual una o varias sociedades por acciones o anónimas, de diferentes nacionalidades, regularmente constituidas conforme a la legislación nacional a la que estén sujetas, transfieren a otra sociedad ya existente (la sociedad absorbente), o constituida por ellas (la sociedad de nueva creación), que les sucede y asume la condición de empleador respecto de los trabajadores de las sociedades que se fusionan, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación y extinción, la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo, mediante la atribución a sus socios, bien de acciones de la sociedad absorbente, o de la sociedad de nueva creación, bien de otros intereses, obligaciones, otros valores, derechos de contenido patrimonial o efectivo, o bien de una combinación de cualesquiera de ellos, salvo que la sociedad absorbente ya posea la totalidad de sus acciones (Tapia Frade, 2017, p. 17).

Al igual que en una redomiciliación, con una fusión transfronteriza se busca la continuidad de la sociedad en el sentido de que no sea necesaria su liqui-

¹² El artículo 33 sostiene lo siguiente:

[...]

b.2.) Cuando una Sala del Tribunal Registral conozca en vía de apelación un título con las mismas características de otro anterior resuelto por la misma Sala u otra Sala del Tribunal Registral, aquella deberá sujetarse al criterio ya establecido, salvo lo dispuesto en el siguiente párrafo.

Cuando la Sala considere que debe apartarse del criterio ya establecido, solicitará la convocatoria a un Pleno Registral extraordinario para que se discutan ambos criterios y se adopte el que debe prevalecer. La resolución respectiva incorporará el criterio adoptado aun cuando por falta de la mayoría requerida no constituya precedente de observancia obligatoria, sin perjuicio de su carácter vinculante para el Tribunal Registral (Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 2012).

¹³ La Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria opinó en su Informe 040-2021-SUNAT/7T0000 que:

Una sociedad constituida en el Perú que no ha sido disuelta y liquidada y mantiene su personalidad jurídica, así como todos sus activos, pasivos y realiza sus operaciones en el Perú, para efectos del Impuesto a la Renta, continúa considerándose persona jurídica domiciliada en el país, siendo que el hecho de fijar un domicilio para efectos societarios fuera del país no enerva dicha situación y, por tanto, no podría ser considerada como un establecimiento permanente en el Perú (2021).

dación y extinción para poder realizar el objetivo: en el caso de una redomiciliación, poder mudarse a otro país; y en el caso de la fusión transfronteriza, fusionarse con una sociedad de otro país.

El artículo 2074 de nuestro Código Civil pareciera contemplar la posibilidad de una fusión transfronteriza, cuando menciona que requiere el reconocimiento en los Estados de los domicilios de las compañías involucradas: “La fusión de personas jurídicas con leyes de constitución distintas se aprecia sobre la base de ambas leyes, y de la ley del lugar de la fusión cuando ésta tenga lugar en un tercer país” (1984).

Sin embargo, sucede lo mismo que con la redomiciliación de sociedades peruanas: la legislación es escasa y confusa y, por tanto, en este caso, inaplicable en la práctica. La Ley General de Sociedades no prevé la **fusión directa** de una sociedad peruana con una sociedad extranjera. Por tanto, parecería que el camino para realizar una fusión entre sociedades de jurisdicciones distintas sería que una se redomicilie, y luego, en un siguiente paso, se fusione. Sin embargo, la solución no es tan perfecta si recordamos que en nuestro país la posibilidad de que una sociedad peruana se redomicilie al extranjero depende actualmente de un criterio del Tribunal Registral y no de una clara prevista en la Ley General de Sociedades.

Para entender cómo funcionan las fusiones transfronterizas, en teoría, imaginemos que una sociedad peruana será absorbida por una sociedad extranjera. En ese caso, como resultado, los bienes, derechos y obligaciones de la sociedad peruana pasan a la sociedad extranjera y los socios de la sociedad peruana pasan a ser socios de la extranjera.

Llegado a este punto, debemos mencionar que el artículo 395 de la Ley General de Sociedades se refiere a la reorganización de la sucursal de una sociedad constituida en el extranjero, indicando que, además, puede “ser transformada para constituirse en el Perú adoptando alguna de las formas societarias reguladas por esta ley, cumpliendo los requisitos legales exigidos para ello y formalizando su inscripción en el Registro” (1997).

En esa misma línea, el artículo 140 del Reglamento del Registro de Sociedades menciona que la reorganización indicada en el párrafo anterior podría ocurrir mediante una “fusión por absorción en la cual la sucursal absorbe a una o más sociedades” (2001). Para ello, el artículo 145 del citado reglamento exige que la escritura pública de fusión contenga los requisitos que la Ley y del Reglamento establezcan para la fusión de sociedades, en lo que resulte pertinente (2001).

Entonces, según la normativa peruana vigente, una sociedad peruana podrá ser absorbida por una sociedad extranjera siempre y cuando dicha sociedad extranjera establezca una sucursal en el Perú. Si bien parecería que el establecimiento de una sucursal en el Perú solamente genera un ‘paso adicional’ en una fusión transfronteriza, no debe perderse de vista que luego de la fusión aún subsistiría la sucursal en el Perú y que, pese a no tener personalidad jurídica, sí cuenta con una partida propia en registros públicos, existiendo también normas en la Ley General de Sociedades que la regulan. Entonces, ¿Qué sucederá con esta sucursal que se constituyó en el Perú para absorber a una sociedad peruana? En caso se desee extinguir esta sucursal peruana, tendría que liquidarse siguiendo el procedimiento previsto en el Título II de la Sección Cuarta del Libro Cuarto de la Ley General de Sociedades (que regula la liquidación de sociedad constituidas en el Perú), conforme lo señala el artículo 404 de la Ley General de Sociedades (1997).

Por otro lado, desde una perspectiva fiscal, las fusiones tienen tratamiento neutral bajo el impuesto a la renta y el impuesto general a las ventas en el Perú solo si todas las sociedades involucradas tienen la condición de domiciliadas en el país, pero ello no incluye la figura de la fusión con una sucursal de sociedad extranjera. Excepcionalmente, bajo el artículo 67 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, “se permite la fusión de una o más sucursales de personas jurídicas no domiciliadas y una persona jurídica domiciliada, siempre que esté precedida de la fusión de la respectiva matriz u oficina principal con dicha persona jurídica domiciliada” (1994), pero ello no se podrá llevar a cabo bajo el marco legal vigente debido a las limitaciones mencionadas en los párrafos precedentes.

VIII. COMENTARIOS FINALES

Como hemos desarrollado a lo largo del presente trabajo, la creciente economía global genera la aparición de reorganizaciones societarias que involucran a más de una jurisdicción. El pensamiento de que solamente se pueden fusionar sociedades que se encuentran sujetas a una misma jurisdicción o que las sociedades únicamente pueden migrar dentro de un mismo país va quedando desfasado. De este modo, uno de los principales retos que encontrará el derecho corporativo a futuro es brindar un marco jurídico que permita la ejecución de este tipo de operaciones, tal como viene sucediendo a nivel de la Unión Europea.

Actualmente, consideramos que nuestra Ley General de Sociedades como norma sustantiva –la cual data de 1997– y las normas registrales como normas procedimentales no brindan el marco ju-

rídico adecuado; salvo por la puntual excepción de la redomiciliación de sociedades extranjeras al Perú, que sí cuenta con una norma habilitante en la Ley General de Sociedades y un procedimiento claro previsto en el Reglamento del Registro de Sociedades.

Así, la posibilidad de que una sociedad peruana traslade su domicilio al extranjero actualmente se basa en un reciente criterio del Tribunal Registral (que podría ser modificado en un futuro) y no en una normativa orgánica clara tal como debería ser la existencia de una disposición sustantiva expresa en la Ley General de Sociedades y un procedimiento especial a nivel registral. Situación similar corre la posibilidad de ejecutar una fusión transfronteriza ya que la normativa actual únicamente permite la posibilidad de que una sucursal de una sociedad extranjera (la cual no tiene persona jurídica) absorba a una sociedad peruana, lo cual implica que no sea posible que una sociedad extranjera absorba directamente a una sociedad peruana sin que sea necesario constituir una sucursal peruana o que una sociedad peruana absorba a una sociedad extranjera. ■

REFERENCIAS

- Arce Burgoa, L. (2008). Sinergia estratégica: una necesidad para la supervivencia de las empresas. *Perspectivas*, (21), 141-160.
- Babones, S. (2007). Studying Globalization: Methodological Issues. En G. Ritzer (ed.), *The blackwell companion to globalization*. Wiley Blacwell. <https://doi.org/10.1002/9780470691939.ch7>
- Elías Laroza, E. (2001). *Derecho Societario Peruano*. Editorial Normas Legales.
- Espiniella Menéndez, A. (2011). Nacionalidad. En A. Rojo, & E. Beltrán (coords.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (pp. 227-232). Editorial Civitas.
- Ferrero Álvarez Calderón, G. (2003). Aspectos económicos y financieros en las fusiones en el Perú. *Advocatus*, (9), 317-328.
- Goenechea, J., & García, C. (2009). Traslado al extranjero del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas tras la entrada en vigor de la ley de modificaciones estructurales. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, (25), 15-26.
- Hart, O. (2003). Una perspectiva económica sobre la teoría de la empresa. *THĒMIS Revista De Derecho*, (46), 1-13.
- Hundskopf Exebio, O. (2007). Implicancias de una fusión por absorción en lo concerniente al objeto social. *Actualidad Jurídica*, (158), 253-255.
- Israel Llave, L. & Filomeno Ramírez, A. (2003). La fusión y la escisión en la nueva Ley General de Sociedades: algunas aproximaciones. En O. Hundskopf, & H. Montoya (coords.), *Tratado de Derecho Mercantil* (pp. 403-464). Gaceta Jurídica.
- Mac Lean Martins, R. (1963). Las personas jurídicas en el derecho internacional privado argentino y peruano. *Derecho PUCP*, (22), 210-211.
- Mares Ruiz, C. (2013). Los exit taxes: marchas y contramarchas en la apertura a los movimientos de capitales y a la deslocalización de las empresas. *Tribuna Fiscal*, (266), pp. 21-28.
- Mascareñas Pérez-Iñigo, J. (2005). *Fusiones y adquisiciones de empresas*. McGraw-Hill.
- Mereminskaya, E. (2005a). Nacionalidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Internacional. *Revista de Derecho Valdivia*, XVIII(1), pp. 145-170.
- (2005b). Nacionalidad de las personas jurídicas en el Derecho internacional. *Revista de Derecho Valdivia*, XVIII(1), pp. 145-170.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos [MINJUS] (2018). *Anteproyecto de la Ley General de Sociedades*. <https://www.gob.pe/institucion/minjus/informes-publicaciones/1941768-anteproyecto-de-la-ley-general-de-sociedades>
- Nam-Hoon, K., & Johansson, S. (2000). *Cross-border mergers and acquisitions: their role in industrial globalization*. Organisation for Economic Co-operation and Development.
- Novak Talavera, F. (1997). Caso Barcelona Traction LightandPowerCompanyLimited, España vs. Bélgica (1970). *Agenda Internacional*, 4(8), 77-115.
- Paz-Ares Rodríguez, J. (21 de noviembre de 2019). *Operaciones vinculadas y grupos de sociedades* [ponencia]. Curso académico 2019-20 de la Academia Matritense del Notariado.
- Puccio Sala, R. (2020). La nacionalidad de las personas jurídicas en el arbitraje internacional de inversiones. *Advocatus*, (36), 181-191.
- Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria [SUNAT] (2021). *Informe 040-2021-SUNAT/7T0000*. <https://e-consulta.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2021/informe-oficios/i040-2021-7T0000.pdf>

Tapia Frade, A. (2017). *La fusión transfronteriza de sociedades anónimas* (tesis para optar por el grado de Doctor). Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España.

Uría González, R. (1995). *Derecho Mercantil*. Marcial Pons.

Vives Chillida, J. (1998), *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*. McGraw Hill.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Caso Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), Sentencia, 1955 C.I.J. (6 de abril).

Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).

Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas en Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, 18 de marzo de 1965, 4 I.L.M. 524.

Decreto Supremo 122-94-EF, Aprueban el Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, Diario Oficial *El Peruano*, 21 de septiembre de 1994 (Perú).

Directiva 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas, 2019 O.J. (L 321/1) (EU).

Ley 26887, Ley General de Sociedades, Diario Oficial *El Peruano*, 5 de diciembre de 1997 (Perú).

Real Decreto Legislativo 1/2010, Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (B.O.E., 2010, 7) (Esp.).

Resolución 200-2001-SUNARP-SN, Aprueba el Reglamento de Registro de Sociedades, 1 de septiembre de 2001 (Perú).

Resolución 126-2012-SUNARP-SN, Aprueba el Texto Único Ordenado del Reglamento General de Registros Públicos, 18 de mayo de 2012 (Perú).

Resolución 444-2022-SUNARP-TR, 7 de febrero de 2022 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 24 de noviembre de 2009, sentencia recaída en el Expediente 03592-2007-PA/TC (Perú).

MEMORIA INSTITUCIONAL

2021-2

COMISIÓN DE CONTENIDO

La comisión de Contenido es la encargada de la edición y publicación de THĒMIS-Revista de Derecho. En el ciclo 2021-2, la comisión continúo con su labor de elaborar su tradicional producto con la excelencia académica que lo caracteriza, buscando acercarse cada vez más sus objetivos de indización, internacionalización y rigurosidad académica.

La comisión tuvo el agrado de presentar la edición 79 de THĒMIS-Revista de Derecho, número dedicado a la relación entre el Derecho y la Tecnología. Esta entrega estuvo bajo la coordinación académica de los abogados José Miguel Porto (Porto Legal) y Diego Fernández (Marval O'Farrell Mairal), y contó con la asesoría temática de Miguel Morachimo (Hiperderecho). Los artículos de esta edición analizan temas que van desde los avances tecnológicos y los derechos fundamentales; pasando por el gobierno electrónico y las oportunidades de regulación; la modernización de la función jurisdiccional; la optimización digital y los desafíos para el derecho mercantil; hasta los retos del derecho laboral frente a las nuevas tecnologías.

Asimismo, en el marco del lanzamiento de la edición, la comisión realizó el evento “Actualización de software: El Derecho en la nueva era digital”, el cual se conformó por dos mesas de discusión, moderadas por nuestros coordinadores. La primera, titulada “Zona de pruebas: Una discusión sobre la creación de un *sandbox* regulatorio para *FinTech* en el Perú” fue el escenario para las ponencias de Rocío Robles, quien relató la experiencia mexicana con el mecanismo; Juan Diehl, quien aportó la perspectiva argentina; y Tamara Rezqallah, quien explicó la implementación del proyecto en el Perú. La segunda mesa, en la cual se exploró la protección de los derechos constitucionales en las redes sociales, fue “Sin filtro ni censura: Alcances de las libertades comunicativas en el ciberespacio”. En esta contamos con las participaciones de Macarena Gatica (Alessandri Abogados), Verónica Dibós (Facebook) y Miguel Morachimo.

En paralelo, la comisión gestionó el proceso editorial de la edición 80, dedicada al Derecho, Políticas Públicas y Covid-19. Para ello, una vez culminada la convocatoria, se realizó una meticulosa selección de los artículos que conformarán la edición, sobre la base de su pertinencia, novedad, contenido y uso de fuentes bibliográficas. Posteriormente, estos fueron sometidos a un proceso de arbitraje a doble ciego (*double blind peer review*), que permitió evaluar y mejorar su calidad académica.

Finalmente, la comisión tuvo el placer de anunciar a los ganadores del concurso “Generación del Bicentenario: Derecho, crisis y reflexión”. Este se realizó con el fin de motivar la participación estudiantil en la creación de conocimiento jurídico, para lo cual invitamos a estudiantes de Derecho de todo el país a escribir un artículo relacionado con la temática de la revista. Los ganadores fueron seleccionados por un jurado independiente compuesto de académicos de nuestra profesión y sus artículos, siempre y cuando aprueben el arbitraje a doble ciego, serán publicados en la edición 80.

COMISIÓN DE ACTUALIDAD JURÍDICA

EnfoqueDerecho.com tiene como objetivo principal la difusión de la cultural jurídica a nivel nacional e internacional, apostando por la innovación y el aprovechamiento de las herramientas que la tecnología nos brinda. En ese sentido, nuestro portal se presenta como un lugar donde estudiantes y profesionales brindan información de calidad mediante artículos, entrevistas, infografías, entre otros.

Durante el ciclo 2021-2 Enfoque Derecho ha contado con un total de nueve miembros que asumieron el reto de continuar con el legado de innovación de nuestro portal. Por tal motivo, contamos con el recurso humano necesario para cubrir todos los hechos de coyuntura provenientes de los resultados de las Elecciones Generales 2021, cubriendo los hechos con entrevistas, post informativos, reporte de resultados en tiempo real, cobertura en vivo de los eventos más importantes como el nombramiento del Gabinete Ministerial, entre otros.

Asimismo, con la intención de abordar diversos debates y temas de interés en la comunidad nuevo jurídica, realizamos una serie de conversatorios con especialistas destacados en diferentes materias, como “Cuestión de Confianza ¿Figura Obsoleta o Control Eficaz de Poderes?”, “Organizaciones Políticas y el Derecho de Participación”, “Eliminación de la Suspensión perfecta de labores”, “¿Despenalización del aborto en el Perú?”, “Libertad de expresión, libertad sindical y Derecho Penal”, “Proceso Judicial vs. Proceso Arbitral”, “¿Consulta previa en pandemia?: Iniciativas estatales en materia indígena y la posibilidad de llevar a cabo procesos de consulta previa”.

Igualmente, Enfoque Derecho en aras de generar un mejor contenido y contar con la participación de especialistas de gran nivel tanto nacional como internacional contó con la colaboración de diversas entidades para llevar a cabo proyectos especiales. Dentro de estos proyectos encontramos el evento “De la Historia hasta el Tribunal: El Legado de Carlos Ramos”, el cual fue un homenaje a la vida y trayectoria del doctor Carlos Ramos y se realizó en colaboración con Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional. Asimismo, apoyamos a la Maestría en Investigación Jurídica - Escuela de Posgrado PUCP y la prestigiosa Associazione Italiana di Diritto Comparato para presentar los eventos “La santidad de los contratos hoy”, con la participación del renombrado civilista y comparatista italiano, Prof. Pier Giuseppe Monateri, y “Le stagioni del diritto civile”, con la intervención del profesor Pietro Perlingieri. Otras de las alianzas que realizamos para la presentación de productos fue la realizada con el Club Español de Arbitraje para la presentación de la entrevistas “Arbi-Talks”, la alianza con el Equipo de Derecho Inmobiliario para el evento “Versus Inmobiliario”, entre otros.

Logramos todo ello sin dejar de lado la creación de nuestro contenido clásico, como las semanas temáticas de “Derecho y Deporte”, “Hollywood y Derecho” y “Derecho Ambiental”. Igualmente, se concretó la apertura de nuevos blogs como “Cibercrimen & Castigo”, trabajado por el Observatorio Peruano de Cibercriminalidad; “Artistas & Abogados”, el #blog de la Comisión Arte y Derecho PUCP; “Bancario, financiero y actualidad.”, trabajado por el estudio Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría.

Finalmente, nos gustaría destacar el arduo trabajo en redes sociales realizado por el equipo de Enfoque Derecho, consolidando nuestro buen posicionamiento como una fuente de información confiable en redes como Instagram, Facebook, LinkedIn, entre otras.

COMISIÓN DE CURSOS & CAPACITACIONES

En el periodo 2021-2, la comisión se centró en la innovación. Se generaron nuevas estructuras para los cursos y capacitaciones a efectuar, con el objetivo de promover una experiencia más agradable y enriquecedora para el participante.

Primero, se consolidaron las modalidades tradicionales y efectivas al momento de brindar cursos a nivel virtual a través del “Curso de Derecho de la Propiedad Intelectual” con un enfoque en derecho comparado a través de la presencia de profesionales en la materia provenientes de diferentes regiones del continente como son Argentina, Chile y Perú.

Segundo, se desarrollaron nuevas dinámicas y estrategias de aprendizaje para fortalecer el enfoque pedagógico de la comisión y ampliar la categoría de productos a brindar por parte de esta. Dicha finalidad se logró, a través de la plataforma de la comisión.

En esa línea, se llevó a cabo el “Curso de Derecho Procesal Civil” en la modalidad virtual. El curso estuvo compuesto por módulos con sesiones sincrónicas y asincrónicas lo cual produjo que el curso se desarrollará en una mayor cantidad de horas y se otorgue énfasis en lo teórico, pero también en lo práctico. Este curso, fue el primero en la Asociación en contar con módulos completamente asincrónicos dirigidos por especialistas en la materia. Asimismo, el curso contó con dos coordinadores encargados de la aprobación de las temáticas de cada módulo y de la verificación de la calidad de las actividades prácticas brindadas en cada uno de ellos, mejorando los procesos de la comisión para brindar actividades completamente monitorizadas por profesionales con comprobada experiencia.

De esta manera, la comisión desarrolló a profundidad las funcionalidades de llevar a cabo un curso virtual con módulos sincrónicos y asincrónicos con la finalidad de poder aplicar esta herramienta con posterioridad en diferentes formatos como capacitaciones, talleres y cursos especializados.

COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN

La comisión de Administración es la encargada de la gestión económica y legal de la Asociación Civil THĒMIS. Nuestras funciones combinan labores administrativas, financieras, comerciales, tributarias y registrales. Durante el ciclo 2021-2, hemos continuado afrontando la pandemia del COVID-19, ahora con más experiencia de cómo gestionar y organizar una Asociación virtualmente.

En ese sentido, hemos trabajado mucho en perfeccionar nuestros canales de venta online, así como nuestros servicios de delivery a todo el país, buscando generar una experiencia completa de un e-commerce eficiente para todos nuestros clientes.

De la misma manera, hemos seguido trabajando en conjunto con otras comisiones para seguir ofreciendo nuestros esperados descuentos, ya sea a través de Packs que incluyan entradas a eventos de la Asociación y productos físicos, a través de códigos de descuento especiales, o a través de precios diferenciados para estudiantes, funcionarios del sector público y ventas corporativas. Todo ello, con el fin de seguir mejorando la exposición de la marca THĒMIS, fomentando y consolidando nuestra presencia en el mercado local, y posicionándonos como una Asociación al servicio del desarrollo jurídico del país.

En lo que queda del 2021, seguiremos sumando todos nuestros esfuerzos por seguir construyendo una gestión eficiente, que nos permita hacer de THEMIS una asociación jurídica de primer nivel.

COMISIÓN DE SEMINARIOS

La comisión de Seminarios tiene como objetivo principal la planificación y ejecución de eventos académicos, procurando siempre contar con un enfoque interdisciplinario y análisis crítico. Asimismo, a través de los diversos Congresos o Seminarios que realizamos cada ciclo, tratamos de abordar temáticas de relevancia coyuntural y de interés general.

Durante el segundo semestre del 2021, la comisión de Seminarios continuó con su misión de difundir la cultura jurídica a través de sus eventos en modalidad virtual, mediante la plataforma Zoom Webinar. En ese sentido, se gestionaron dos eventos durante el ciclo.

El primer de ellos fue el “Congreso de Derecho Procesal Penal y Litigación Oral”, el cual se realizó los días jueves 14, viernes 15 y sábado 16 de octubre. El evento congregó a las más destacadas especialistas en la materia, tanto nacionales como internacionales, entre las cuales se encuentran Ricardo Elías Puelles (PUCP), Isabel Tello Carbajal (Rodrigo, Elías & Medrano Abogados), Armando Sánchez Málaga (PUCP), Liliana Calderón (Benítez, Vargas & Ugaz), Raúl Pariona (PUCP), Nayko Coronado Salazar (Estudio Muñiz), Francisco Ferrer Arroyo (UBA), Raiza Arroyo Manzour (Benítez, Vargas & Ugaz), entre otros destacados especialistas.

Por otro lado, debido a la promulgación de la Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, la comisión consideró de suma relevancia organizar y ejecutar el “Congreso de Derecho Inmobiliario y Urbanístico”, el cual se llevó a cabo los días jueves 25, viernes 26 y sábado 27 de noviembre. El evento se enfocó en las siguientes aristas: (i) derecho a la ciudad y la vivienda digna; (ii) el ordenamiento territorial y la planificación urbana; (iii) los retos del sector inmobiliario desde el Derecho ambiental; entre otros.

La comisión de Seminarios reafirma su compromiso de seguir innovando y continuar con su labor de contribuir con la difusión de la cultura jurídica.

COMISIÓN DE FINANCIAMIENTO

La comisión de Financiamiento tiene como misión buscar ideas para la sostenibilidad e innovación de la Marca THEMIS, lo cual ha continuado a lo largo del ciclo 2021-2.

En ese sentido, durante el semestre mencionado la comisión se dedicó a la búsqueda de auspicios para los diversos productos, entre ellos las Revistas y Libros de la Editorial THEMIS. Para ello se tuvo como tarea principal contactar con diversos estudios de abogados e instituciones, obteniendo el apoyo de estos a través de la consigna de beneficio mutuo.

Finalmente, la comisión viene trabajando en nuevos productos como “El Buffet” que tiene como objetivo dar a conocer el Derecho de manera práctica y divertida. Asimismo, la comisión trabajó en el mantenimiento de la página web para el lanzamiento de ofertas y descuento exclusivos como el tradicional “RemaThemis”.

COMISIÓN DE DESARROLLO SOCIAL

De acuerdo con su misión y visión, durante el ciclo 2021-2 Khuska, el Programa de Desarrollo Social de THĒMIS, ha continuado trabajando permanentemente para promover el desarrollo social a través de la cultura jurídica. Para ello, en base al contexto actual, este ciclo se culminó con el proyecto “Yo me sumo”, en favor del comedor popular Sor Ana de los Angeles 2, en el que se realizaron 4 talleres.

Por otro lado, la comisión realizó el proyecto del ciclo “Empodérate: Conoce tus derechos como madre adolescente”, organizado junto al Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar (INABIF). En este proyecto se realizaron diversos taller objetivo de difundir la cultura jurídica a madres adolescentes que son residentes del Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar. Los talleres realizados fueron “Derechos para mis hijos/as: Filiación y pensión de alimentos”, “Mis derechos como madre adolescente”, y “¿Cómo se manifiesta la violencia?”.

Asimismo, Khuska se mantuvo presente en los meses temáticos, como en torno al 25N, “Día Internacional de la Eliminación de la Violencia contra la Mujer”, para el que se realizaron diversos productos, incluyendo Espacios Sostenibles. Además se siguieron elaborando diversos productos para Facebook e Instagram, como los Khuska Informa, 1 Minuto con Khuska, Efemérides, Identidades y también los Viernes Legal.

Finalmente, durante el ciclo se realizó una encuesta a la comunidad PUCP para conocer sus nociones de desarrollo social en miras al rebranding de Khuska, por lo que se pudo trabajar en el avance del nuevo logo y la línea gráfica.

COMISIÓN DE IMAGEN INSTITUCIONAL

La función de la comisión de Imagen Institucional es promover la marca THĒMIS mediante la elaboración, gestión y difusión de contenido publicitario a través de las redes sociales de la Asociación. Para ello, los comisionados de Imagen Institucional diseñan las líneas gráficas de todas las campañas publicitarias de los productos THĒMIS, sean revistas, libros, cursos, seminarios u otros. Asimismo, tienen a su cargo la realización de las campañas y eventos de la Liga THĒMIS y el tradicional Acércate a THĒMIS. En este semestre, el tema de la Liga THĒMIS fue la protección al consumidor en el ámbito digital y los retos que este presenta.

La campaña se tituló “Liga THĒMIS contra la Discriminación Lingüística”. El evento central de la Liga fue el conversatorio “Rompiendo barreras: análisis al fenómeno de la discriminación lingüística”, el cual se realizó el 28 de octubre mediante la plataforma Zoom. Este tuvo como ponentes a Manuela Valentín, Renato Constantino, Ileana Rojas, Gianella Ferreyra, Calip Sierra y Alonso Teque. El conversatorio tuvo una gran acogida, tanto en el evento en sí, como en la transmisión en vivo por Facebook. Por otro lado, en esta oportunidad se escogió la temática de Harry Potter para el Acércate a THĒMIS, representando a la magia que se conoce al pertenecer a la asociación. El evento se realizó el 2 de diciembre del 2021 y contó con los miembros extraordinarios: Agustín Grandez, Gianfranco Iparraguirre, Alejandra Quintanilla, Ricardo Rizo Patrón y Flavia Martínez.

COMISIÓN DE RECURSOS HUMANOS

La Comisión de Recursos Humanos cumple el rol de asegurar un ambiente de bienestar y amistad dentro de la Asociación en el marco de sus funciones integradora y fiscalizadora dentro de THĒMIS. Esto incluye organizar actividades en las que los miembros ordinarios de la Asociación puedan conocerse y desarrollar una mayor confianza entre sí; así como velar por el cumplimiento de las normas de conducta dentro de la asociación y, de ser el caso, sancionar a quienes las transgredan.

En el marco de su función integradora, la comisión realizó la bienvenida para los nuevos miembros en modalidad virtual, vía Zoom, en la que los miembros de la Asamblea 2021-2 pudieron participar en una serie de retos, actividades y juegos que permitieron romper con la timidez inicial de algunos, la temática que escogimos este ciclo fue “Casino”, para ello contamos con el apoyo del Consejo Directivo y de la Comisión de Imagen Institucional. Por otro lado, también se llevó a cabo la despedida para miembros que dejaron THĒMIS en el 2021-1. Esta fue una reunión virtual commovedora en la que se celebró a aquellos que habían dedicado parte de su vida universitaria a nuestra querida Asociación.

Además, a lo largo del ciclo, la comisión organizó diversas actividades, entre ellas, la tradicional Semana Thēmis cuya temática fue “ESTO ES GUERRA – El Mundial”; una innovadora iniciativa llamada “THEMIS – BUDDIES”, en donde repartimos a los miembros de las diversas comisiones en equipos para poder integrarnos y conocernos mejor; y finalmente también realizamos el “Intercomisiones”, en donde realizamos diversas actividades que fermentaban la integración al interior de las comisiones. Continuamos con nuestro “Boletín mensual”, en el cual contábamos con secciones para mostrar el trabajo de las comisiones, recomendaciones de películas o series, datos sobre los miembros, entre otros. Además, incorporamos al mismo el anuncio de logros personales de los comisionados (reconocimientos educativos, artísticos o deportivos), así como una sección en donde apoyábamos emprendimientos de los comisionados que quisieran tener mayor visibilidad dentro de la asociación.

Por otro lado, en el marco de sus funciones fiscalizadoras, la comisión se encargó de velar el orden de la Asociación, así como de registrar la asistencia a las asambleas virtuales y demás eventos de THĒMIS. Asimismo, se llevaron a cabo entrevistas personales con los miembros nuevos al inicio de ciclo y con todos los miembros al final del ciclo, para asegurarnos de su bienestar en la Asociación y poder estar al tanto de cualquier inquietud.

Finalmente, la Comisión se encuentra muy esperanzada de poder retomar las actividades presenciales pronto y conocer de cerca a todos los miembros de la Asociación.

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Continuado con su labor de elaborar y publicar libros de vanguardia y gran calidad académica, la comisión de Publicaciones, encargada de la Editorial Jurídica THĒMIS, publicó el libro “Derecho y medicina: una perspectiva legal sobre la salud”. El libro aborda la profesión médica y el acceso a la salud desde diversas ramas del derecho. Esta importante obra contó con 19 artículos arbitrados elaborados por diferentes profesionales del derecho tanto de Perú como de diversas partes de América.

La comercialización del libro se dio de manera física. Asimismo, la presentación del libro se dio de forma virtual contando con la destacada participación de la Dra. Milagros Maraví, la Dra. Paula Siverino, el Dr. César Landa y el Dr. Alex Sosa.

HISTORIA DE LA COMISIÓN DE CONTENIDO

En 1965, **THĒMIS** se fundó con la idea de difundir la cultura jurídica a través de un solo producto que ha perdurado y se ha modernizado a lo largo de los años. Se trata de **THĒMIS-Revista de Derecho**, una publicación editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la PUCP, pertenecientes a la Asociación Civil **THĒMIS**. El editor general de **THĒMIS-Revista de Derecho** es el director de la Comisión de Contenido. La edición de nuestro producto bandera ha estado a cargo, desde sus inicios, por los siguientes abogados, académicos y estudiantes de Derecho:

PRIMERA ÉPOCA

THĒMIS 1	Domingo García Belaúnde, Luis Arbulú Alva, Luis Stucchi Díaz	THĒMIS 4	Domingo García Belaúnde
THĒMIS 2	Domingo García Belaúnde, Luis Arbulú Alva, Luis Stucchi Díaz	THĒMIS 5	Domingo García Belaúnde
THĒMIS 3	Domingo García Belaúnde, Luis Arbulú Alva, Luis Stucchi Díaz	THĒMIS 6	Luis Arbulú Alva
		THĒMIS 7	Luis Arbulú Alva

SEGUNDA ÉPOCA

THĒMIS 1	José Daniel Amado Vargas, Fernando Arias-Stella Casillo, Eduardo de Riveiro Santana, Jacqueline Chappuis Cardich, Gustavo López- Ameri Cáceres	THĒMIS 9	María Teresa Quiñones Alaya y Juan José Ruda Santolaria
THĒMIS 2	José Daniel Amado Vargas, Fernando Arias-Stella Casillo, Eduardo de Riveiro Santana, Jacqueline Chappuis Cardich, Gustavo López- Ameri Cáceres	THĒMIS 10	María Teresa Quiñones Alaya y Juan José Ruda Santolaria
THĒMIS 3	José Daniel Amado Vargas, Fernando Arias-Stella Casillo, Eduardo de Riveiro Santana, Jacqueline Chappuis Cardich, Gustavo López- Ameri Cáceres	THĒMIS 11	María Teresa Quiñones Alaya y Juan José Ruda Santolaria
THĒMIS 4	José Daniel Amado Vargas, Fernando Arias-Stella Casillo, Eduardo de Riveiro Santana, Jacqueline Chappuis Cardich, Gustavo López- Ameri Cáceres	THĒMIS 12	María Teresa Quiñones Alaya y Juan José Ruda Santolaria
THĒMIS 5	Beatrix Boza Dibós	THĒMIS 13	Javier Chocano Portillo y César Parodi Martins
THĒMIS 6	Beatrix Boza Dibós	THĒMIS 14	Javier Chocano Portillo y César Parodi Martins
THĒMIS 7	Beatrix Boza Dibós	THĒMIS 15	Javier Chocano Portillo
THĒMIS 8	Beatrix Boza Dibós	THĒMIS 16	Verónica Zavala Lombardi
		THĒMIS 17	Verónica Zavala Lombardi
		THĒMIS 18	Martín Mejorada Chauca
		THĒMIS 19	Martín Mejorada Chauca
		THĒMIS 20	Martín Mejorada Chauca
		THĒMIS 21	Eduardo Sotelo Castañeda
		THĒMIS 22	Eduardo Sotelo Castañeda

THĒMIS 23	José Ignacio Castro Otero	THĒMIS 56	Mario Drago Alfaro
THĒMIS 24	José Ignacio Castro Otero	THĒMIS 57	María José Higueras Chicot
THĒMIS 25	Enrique Felices Saavedra	THĒMIS 58	Claudia Lazarte Abarca y Mariano Peró Mayandía
THĒMIS 26	Enrique Felices Saavedra	THĒMIS 59	Mariano Peró Mayandía y Guillermo Arribas Irazola
THĒMIS 27	Enrique Felices Saavedra	THĒMIS 60	Guillermo Arribas Irazola
THĒMIS 28	Enrique Felices Saavedra	THĒMIS 61	Marco Zaldívar Chauca
THĒMIS 29	Enrique Felices Saavedra	THĒMIS 62	Marco Zaldívar Chauca
THĒMIS 30	José Juan Haro Seijas	THĒMIS 63	Carlos Fernando de Træzegnies Valdez
THĒMIS 31	José Juan Haro Seijas	THĒMIS 64	Carlos Fernando de Træzegnies Valdez
THĒMIS 32	Juan Antonio Égüez Toledo	THĒMIS 65	Luis Fernando Roca Lizarraburu
THĒMIS 33	Gonzalo Zegarra Mulanovich	THĒMIS 66	Luis Fernando Roca Lizarraburu
THĒMIS 34	Gonzalo Zegarra Mulanovich	THĒMIS 67	Gonzalo J. Monge Morales
THĒMIS 35	Gonzalo Zegarra Mulanovich	THĒMIS 68	Carla Regina Odar Chang
THĒMIS 36	Gonzalo Barrionuevo Alba	THĒMIS 69	Carla Regina Odar Chang y Erick E. Vargas Guevara
THĒMIS 37	Gonzalo Barrionuevo Alba	THĒMIS 70	Erick E. Vargas Guevara y Ciro Vladimir Ortega Mejía
THĒMIS 38	Bruno Amiel Rodríguez-Carpi	THĒMIS 71	Ciro Vladimir Ortega Mejía y Joseline Zela Concha
THĒMIS 39	Bruno Amiel Rodríguez-Carpi	THĒMIS 72	Renzo Augusto Zárate Villantoy y Joseline Zela Concha
THĒMIS 40	Bruno Amiel Rodríguez-Carpi	THĒMIS 73	Renato Higa Griffin
THĒMIS 41	Gilda Spallarossa Lecca	THĒMIS 74	Gabriela Rosa Pacheco Rodríguez
THĒMIS 42	Carlos Arata Delgado	THĒMIS 75	Axel Valverde Pariasca
THĒMIS 43	Carlos Arata Delgado	THĒMIS 76	Axel Valverde Pariasca y Lucía Beatriz López Gallardo
THĒMIS 44	Fernando Berckemeyer Olaechea	THĒMIS 77	Lucía Beatriz López Gallardo y Luz Andrea Caycho Cáceres
THĒMIS 45	Enrique Pasquel Rodríguez	THĒMIS 78	Luz Andrea Caycho Cáceres y Sol María Guevara Ratto
THĒMIS 46	Mirella Miranda Nique	THĒMIS 79	Chiara Lucía Jacob Camaiora
THĒMIS 47	Alejandro Manayalle Chirinos	THĒMIS 80	Franco Arce Saldarriaga y Joyce Uriol Quiroz
THĒMIS 48	Alejandro Manayalle Chirinos	THĒMIS 81	Joyce Uriol Quiroz y Miguel Garcés Gutiérrez
THĒMIS 49	Javier Alonso de Belaúnde de Cárdenas		
THĒMIS 50	Javier Alonso de Belaúnde de Cárdenas		
THĒMIS 51	Óscar Súmar Albújar		
THĒMIS 52	Óscar Súmar Albújar		
THĒMIS 53	Luis Miguel Velarde Saffer		
THĒMIS 54	Luis Miguel Velarde Saffer		
THĒMIS 55	Mario Drago Alfaro		

Exmiembros de la Asociación Civil THĒMIS

Luis Abramovich Ackerman | Carmen María Accinelli Obando | Otto Alonso Acosta Bernedo | Luis Enrique Adrianzén Trint | Úrsula Afán Castillo | Valeria Aguado Araujo | Édgar Aguirre Ramos | Alexandra Aguirre Sumarriva | Romina Alarcón Bonilla | Guillermo Alarcón Zubiaurr | Omar Alejos Mata | Javier Albán González | César Antonio Alcorta Suero | Jenny Aliaga Aliaga | Luis Aliaga Blanco | Jimena Aliaga Gamarra | María Cristina Alva Noriega | Juan Carlos Alvarado Ortiz | Andrea Valeria Álvarez Tapia | José Daniel Amado Vargas | Marisa Amado Vargas | María José Amado Villacorta | Kathy Ames Valdivieso | Bruno Amiel Rodríguez-Carpi | Alejandra del Carmen Aquije Cornejo | Andrés Avelino Aramburú Piaggio | Carlos Arata Delgado | Agnes Arbaiza Mejía | Marco Antonio Arbaya Obeso | César Arbe Saldaña | Joao Windson Arbildo Caro | Luis Arbulú Alva | Gabriela Arbulú León- Prado | Teresa Arce Coronel | Mario Arce Rodríguez | Diana Arciniega López | Sergio Arellano Gonzales | Fernando Arias- Stella Castillo | Cristina Arizmendi Bellido-Tagle | Ariana Armacanqui Paredes | Guillermo Arribas Irazola | Giancarlo Arrivasplata Núñez | Arturo Arróspide Villarán | Carla Arteaga Alarcón | Sergio Avendaño Ballestrello | Lucía Ávila Bedregal | Carolina Awapara Penalillo | Álvaro Ayllón Bondy | Felipe Ayulo Elejalde | Cecilia Azerrad Urrutia | Inés Baca de la Piedra | Juan Luis Balarezo Revilla | Francesco Balbi Castellano | Fabiola Baquerizo Micheline | Alonso Barreda Ayllón | Jorge Gonzalo Barrionuevo Alba | Ana Cristina Barrionuevo Luna | Manuel Barrios Arbulú | María Barrón Rodríguez | Sebastián Basombrío Dughi | Sandra Basurco García-Zapatero | Ariana Bassino Balta | Jack Batieovsky Sapck | Pamela Battifora del Pozo | Andrés Bayly Letts | Kiara Bazán Santillán | Micaela Bedoya Bahamonde | Carmen Luisa Bedoya Eyzaguirre | Eduardo Bedoya Pérez | María del Carmen Bedoya Valdez | María Lucía Bellido Bertie | Adriana Bellido Ludowieg | María Fátima Benavides Maza | Ximena Benavides Reverditto | Francisca Benavides Roose | Carla Bengoa Rojas | Úrsula Ben-Hammou Novoa | Licy Benzaquén Gonzalo | Fernando Berckemeyer Olaechea | Gonzalo Bernal Neunmann | Gabriela Bernales Wan | Javier Berrospi Vivar | Sergio Alejandro Berrospi Vivar | María Cecilia Blume Cillóniz | Iván Blume Moore | Miluska Bobadilla Chancafe | Zuly Niskar Bolaños Enríquez | Ramiro Bolaños Flores | Gonzalo Bonifaz Tweddle | Costanza Borea Rieckhof | Lorena Borgo Hannach | Víctor Alfonso Bosleman Córdova | Beatriz Boza Dibós | Guillermo Bracamonte Hinostroza | Laura Bravo Chagua | Ángel Sebastián Bravo Morales | Elizabeth Briones Gómez | Patricia Brocos Duda | Mayra Bryce Alberti | Alfredo Bullard González | Vivian Bustamante Yabar | Cyndel Caballero Fernández | Daniel Cabrera Morgan | Franco Marco Caccia Arana | Fernando Cáceres Freyre | Franklin Cáceres Freyre | Aldo Cáceres Martínez | Augusto Cáceres Vega | Andrea Cadenas Cachay | Alejandra Calderón Santillán | Ana Calderón Torres | Héctor Calero Ramírez | José Calero Zavaleta | Jorge Calle Brush | Analía Calmell del Solar del Río | Javier Calmell del Solar Monasi | María Jimena Camacho Vega | Andreína Camargo Neyra | Paula Lucía Camino Morgado | Cecilia Cánepa Olaechea | Lilian Cánepa Yufra | Carlos Alfonso Canevaro Montesinos | Fernando Cantuarias Salaverry | María Fernanda Caparó Beltrán | Alejandro Cardoza Ayllón | Pamela Léia Caro Coria | Mariella Carrasco Gadea | Verónica Carrasco Núñez | Alejandra Sofía Carrillo Ayala | Diego Carrión Álvarez-Calderón | Christian Armando Carvajal Valenzuela | Carlos Casabonne Stoessel | Juan Manuel Casalino Franciskovic | Patricia Casaverde Rodríguez | Julio Casma Rocha | Renzo Castagnino Abásolo | Alejandra Castañeda Andrade | Gian Paul Castañeda Carruitero | Fernando Castañeda Melgar | Marcelo Castilla Báez | Andréé Castro Arequipeno | José Ignacio Castro Otero | Diego Castro Panez | Evelyn Castro Ramos | Álvaro Castro Reátegui | Junior David Castro Reynoso | Augusto Francisco Cauti Barrantes | Constanza Cavallero Portugal | Alejandro Cavero Alva | Luz Andrea Caycho Cáceres | Mariana Cazorla Quiñones | Daniel Chancafe Rosas | María Fernanda Chanduví Herrera | Daniela Chang Rodríguez | Jackeline Chappuis Cardich | Vanessa Chávarry Meza | Adriana Chávez Copa | Melady Steffania Chávez Macuado | María José Chávez Pozzi-Escott | Mauricio Checa Oliva | Jorge Chiang Belliki | Carolina Chipollini Román | Liz Chirinos Cuadros | Marco Alejandro Chirinos Herrera | Javier Chocano Portillo | Rafaela Chumpitazi Saltarich | Astridt Chuy Colonia | Karina Chung Fernandini | Aldo Renato Cisneros Jirón | Camilo Clavijo Jave | María Andrea Colina Cardoso | Úrsula Collimboy Sayán | Jorge Contreras Condezo | Lorena Cook Llosa | Marcel Cordero Cabrera | Patricia Córdova Muñoz | Luis Felipe

Cornejo Arenas | Nicolás Cornejo Gerner | Rita Cornejo Lanao | Carlos Cornejo Vargas | Micaela Cortés Cabieses | Iván Cortés Tejada | Mariliha Alejandra Corzo Tueros | Carlos Cotera Solano | Chiara Crestani Queirolo | Juan Carlos Crisanto Vargas | Claudio Cruces Larco | Pablo Cueto Saco | Ana Sofía Cuevas Sánchez | Lucia Cuglievan Blume | Vera Czichowsky Hinterseer | Jorge Dajes Fleishman | Joanna Dawson Pendavis | Alberto de Belaúnde de Cárdenas | Javier Alonso de Belaúnde de Cárdenas | Luis de Bernardis Llosa | Federico de Cárdenas Romero | Arantxa de la Flor Giuffra | Fernando de la Flor Koechlin | Nicolás de la Flor Puccinelli | José María de la Jara Plaza | Martín de la Jara Plaza | Fernando Damián de la Puente Limay | Javier de la Vega Gómez | Jimena de la Villa Bayona | Camila de Lasa Larrea | Gabriela Lucía de Olazával Aguilar | Milagros de Pomar Saettone | Eduardo de Rivero Santana | Sebastián de Rutté Boisset | Patricio Ato del Avellanal Carrera | Rodrigo del Carpio Alarcón | Enrique del Castillo Fernández | Fernando del Mastro Puccio | María Verónica del Mastro Puccio | José Antonio del Risco Ramírez | Álvaro del Valle Roeder | Óscar del Valle Salinas | Chantal Marie Deleplanque Sánchez | Mariana Delgado Zeppilli | Miguel Denegri Portela | Tomás Denegri Vargas | Kai Díaz-Albertini Northcote | José Díaz del Valle | Margarita Díaz Picasso | Talía Díaz Rodríguez | Nathalie Díaz Silva | Gisella Domecq Garcés | Andrea Domínguez Noriega | Mario Drago Alfaro | Paul Duclós Parodi | Camila Dueñas Quiñones | Enzo Dunayevich Morales | Augusto Durand Palacios | Javier Echecopar Sabogal | Juan Antonio Égüez Toledo | Inés Elías Dupuy | Juan Diego Elías Puelles | Ricardo Elías Puelles | María José Erausquin Herrada | María José Escobar Castillo | Angela Mérylin Escobar Huanca | Cedrik Hernán Espejo Tello | Stephanie Espejo Espinal | Alessandra Espino Beltrán | Walter Esquivel Valera | Anthony Exebio Mori | Yhasira Elisa Fabián Terreros | Rodrigo Falla Valdez | Jacqueline Febres Ballón | Enrique Felices Saavedra | Kevin Fernando Fernández Herrera | Enrique Ferrand Rubini | Arturo Ferrari Carrasco | Cristina Ferraro Delgado | Verónica Ferrero Díaz | Manuel Ferreyros Pérez-Ízaga | Pamela Ferro Cornejo | Gustavo Fierro Campos | Alejandra Flecha Corvetto | Rodrigo Flores Benavides | Daniel Flores Consiglieri | Cristina Flores Ligarda | Francisco José Floríndez Aramburú | Hugo Forno Odría | Ian Michael Forsyth Daneri | Laura Francia Acuña | Daniel Francisco Pimentel | José Enrique Frías Amat y León | Sandra Fuentes Ñique | Alexia Gaitán Meléndez | Nicolás Galindo García | Marcos Gallardo Jiménez | Alejandra Estefanía Gallardo Siguas | Patricia Gallegos Quesquén | Susana Gallo Alzamora | Giuseppe Galluccio Tonder | Viviana Gálvez Córdova | Edgardo Gamarra Bellido | Marco Antonio Gamarra Galindo | Nicol Lucero Gaona Buitrón | Carlos Garatea Grau | Adriana Garcés García | Gabriela García Arcía | Domingo García Belaúnde | Víctor Geancarlo García Huamán | Juan García-Montúfar Sarmiento | Alejandra García Oviedo | Frank Fermín García Santos | José Luis Gargurevich Valdez | Santiago Gárnica Franco | Mijaíl Garrido-Lecca Palacios | Rubiela Gaspar Clavo | Bruno Giusti Díaz | Carlos Glave Mavila | Andrés Gómez de la Torre Barrera | Enrique Gómez Ossio | Carlos Andrés Gómez Ramos | Corina Gonzales Barrón | Cristina Gonzales Camarena | Daniel Gonzales La Rosa | Arabella Gonzales Netto | Cinthia Gonzales Ramos | Lucrecia González-Olaechea Dutari | Óscar González Romero | Cristy Layla Gonzales Sifuentes | Gianina Gotuzzo Oliva | José Bernardo Goyburu Vassallo | Carlos Granda Bullón | Agustín Grández Mariño | Daniella Guerrero Menes | Melisa Guevara Paredes | Sol Guevara Ratto | Nydia Guevara Villavicencio | Ian Dolph-Jean Guimaraes Vidal | Mauricio Gustín de Olarte | Juan Carlos Gutiérrez Azabache | Carlos Hamman García-Belaúnde | José Juan Haro Seijas | Allan Hennings Marianyi | Gabriela Herbozo Villayzán | Mariella del Carmen Hernández Valencia | Ximena Herrera Blácido | Kristiam Herrera-Carrasco Monteagudo | Fanny Herrera Ceasco | Fernando Hesse Alfageme | Alonso Hidalgo Salinas | Renato J. Higa Griffin | María José Higuera Chicot | Gerardo Holguín Salazar | Zoila Horna Zegarra | Isábo Hospital Alcántara | Steven Hu Huang | Juan Israel Huamán Koo | Mario Huapaya Nava | Camilo Huaroc Chacón | Loana Huerta Hidalgo | Eduardo Hurtado Arrieta | Fernando Hurtado de Mendoza Pomar | Úrsula Indacochea Prevost | Patricia Inga Falcón | Eduardo Gonzalo Iñíguez Ortiz | Gianfranco Iparraguirre Romero | Roy Irribarren Calderón | Rosario Isasi Morales | Katia Cecilia Jacinto Moya | Chiara Lucía Jacob Camaiora | Alessandra Jaramillo Rojas | José Alfredo Jiménez García | María Alejandra Justo O'Hara | Baldo Kresalja Roselló | Rúzika Kresalja Santos | Antonio Kuljevan Pagador | Diego La Rosa Gonzales del Riego | Sheila La Serna Jordán | Juan Miguel Labarthe Ferreyros | Félix Labrín Mendoza | Alexa Laguna García | Rafael Lanfranco

Gallofré | Fernando Lanfranco Garrido Lecca | Elizabeth Laqui Martínez | Katherine Larios Pulido | Erick Lau Gastelo | Anthony Laub Benavides | Claudia Lazarte Abarca | Elsa Marina Lazarte Zabarburú | Joaquín Lazo Pérez-Palma | Denise Ledgard Antúnez de Mayolo | Alexandra Lelouch Loeb | Adrián Rodolfo Lengua Parra | Wendy León Espinoza | Sebastián León Saavedra | Alessia Lercari Bueno | Mario Lercari Bueno | Nicolás Lerner von Mallinckrodt | Eliana Gisella Lesem Guerra | Julián Li Díaz | Diego Ignacio Liendo Ganoza | Ariana Lira Delcore | Francisco Lira Miró Quesada | Isabel Lira Miró Quesada | Alejandro Lira Pinedo | Juan Alberto Liu Sánchez | Beatriz Llanos Cabanillas | Pedro Llerena Córdova | Mónica Llosa Gastañeta | Alejandra Llosa Parró | Gustavo López-Ameri Cáceres | José Rodrigo López Castro | Lucia Beatriz López Gallardo | Henrry López Javier | Uber Adán López Montreuil | Julia Loret de Mola Cáceres | Eduardo Loret de Mola Ugarte | Claudia Lovón Benavente | Óscar Lozada Mego | Lucía Luna Negrón | Álvaro Luna-Victoria Saravia | Rosa Isabel Luna-Victoria Jammaers | Roberto Guillermo MacLean Martins | Kiana Maggiolo Cook | Mariana Mallea Quiroz | Elody Malpartida Zamora | Francisco Mamani Ortega | Alejandro Manayalle Chirinos | Renato Manrique Portal | Jonatan Samuel Marcés Everness | Chiara Marinelli Tagliavento | Úrsula Martínez García | Mercedes Martínez Meza | Lucía Martínez Mezón | Juan José Martínez Ortiz | Natalia Martínez Rosado | Flavia Martínez Tarazona | Kathia Martínez Tarazona | Pablo Martínez Valdez | Giuseppe Marzullo Carranza | Verónica Maseda Beaumont | Camila Masini Ortiz | Daniel Masnjak Marín | Paola Massa Belaúnde | Giorgio Massari Figari | Daniela Maurate de la Torre | Elías Maya Zusman | Renzo Kenneth Mayor Mayor | Joaquín Alejandro Mejía Cacho | Juan Carlos Mejía Cornejo | Jorge Melo Vega | Ernesto Mendiola Chirinos | Mariana Mendoza Benza | María del Carmen Mendoza Delgado | Patricia Mendoza Franco | Fiorella Mendoza Graza | Ana Paula Mendoza Rázuri | Daniela Meneses Sala | Marilú Merzthal Shigyo | Diana Milberg Garrido-Lecca | Hector Gianfranco Míñoape Ferro | Francisco Miranda Aguilar | Guillermo Miranda Benavides | Renzo Miranda Lucas | Mirella Miranda Nique | Josefina Miró-Quesada Gayoso | Manuela Alejandrina Molina Altamirano | Fernando Molina Rey de Castro | Gonzalo Monge Morales | Luis Javier Montalva Capella | Grecia Montesinos Calero | Rosa María Montero Musso | Juan Francisco Monteverde Vargas | Óscar Montezuma Panez | Giacomo Montiel Ibarguren | Miguel Morachimo Rodríguez | Diego Morales Alferrano | Elva Morán Rodríguez | Sheyla More Sánchez | Andrea Morelli Ferreyros | Jorge Luis Morelli Ferreyros | Sebastián Morello Montes | Giuliana Moreno Horna | Pablo Mori Bregante | Johanna Mosqueira González | Vasco Mujica Roggero | Ítalo Muñoz Bazán | Milagros Muñoz Bazán | Jaime Mur Campoverde | Jackeline Murillo Díaz | Valeria Alejandra Murrieta Noly | Milagros Mutsios Ramsay | Alonso Nájar Ramal | Héctor Willman Navarro Toledo | Mariana Negri Mendiola | Aritha Neyra Mejía | Paul Nina Nina | Gonzalo Milton Noriega Chuquiray | Ariana Novoa Suarez | Manuel Noya Sarmiento | Fabio Núñez del Prado Chaves | Manuel Núñez Farfán | Freddy Salvatore Núñez Marmanillo | Mary Cielo Núñez Minaya | Monica Núñez Salas | Raúl Ñato Zevallos | Cecilia O'Neill de la Fuente | Yascila Oblitas Obeso | Diego Ocampo Acuña | Paola Ochoa Olivera | Carla Regina Odar Chang | Lucía Olavarría Salinas | Pilar Olavide Galdós | Pía Gabriela Olea Ubillús | Pilar Oliva Rocca | Antonio Olórtegui Marky | Bernardo Ortega Malatesta | Ciro Vladimir Ortega Mejía | Mishel Ortiz Ayala | Katherine Lisseth Ortiz Cornejo | Gonzalo Ortiz de Zevallos Olaechea | Carlos Osorio Alza | Valeria Osorio Véliz | Andrés Osterling Letts | Gabriela Pacheco Rodríguez | Giselle Pacheco Guillén | Claudia Pacora Rodríguez | Rodrigo Padilla Philipps | Ximena Palacios Landauro | Álvaro Palao Carrera | Xavier Palao Carrera | Andrea Marcela Paliza Olivares | Emilio Paliza Ortega | Paola Palma Mormontoy | Susana Paniagua Jara | Valentín Paniagua Jara | Fernando Pardo Segovia | César Augusto Parodi Martins | Andrea Parra Estela | Diego Alonso Parra Ortiz | Mario Pasco Lizárraga | Enrique Pasquel Rodríguez | Carlos Alberto Patrón Salinas | Denisse Paucar Laurencio | Juan Manuel Pazos Aurich | José Pedraza Newton | Milan Pejnovic Delgado | Eduardo Peláez Santillán | Macarena Penny Yrigoyen | Fernando Peña Neves | Álvaro Peña Villanueva | Miranda Peñaloza Gonzales | Sebastián Pepper Smith | Joseline Pérez Cámará | Miguel Ángel Pérez Caruajulca | Carolina Pérez Harm | Diego Pérez Terry | Mariela Pérez-Costa Piscoya | Luz María Pérez-Garland Gamio | Mariano Peró Mayandía | Chiara Pescetto Bustamante | Alejandro Peschiera Bonifaz | Renato Piazzón Falcone | Noé Fernando Nicolás Piérola Castro | Grecia Pillaca Burga | Antonio Pinilla Cisneros | Pilar Pizarro Bustamante |

Alejandra Podestá Gutarra | Alfredo Polo Gálvez | Vladimir Popov | Andrea Portaro Pancorvo | José Miguel Porto Urrutia | Diego Portocarrero Koechlin | Stefany Porudominsky Rotstain | Patricia Pow-Sang Tejada | Rafael Prado Bringas | Bertha Prado Manrique | Angélica Patricia Pretell Gómez | Manuel Privat Colla | Roque Puch de Romaña | Luis Guillermo Puelles Olivera | Juan Sergio Puicón Deza | Rafael Puiggrós Aramburú | Diego Pulgar-Vidal Lehmkemper | Flavia Queirolo Nicollini- Pflucker | Alejandra Quintanilla Gutiérrez | María Teresa Quiñones Alaya | Matías Quiroz Arellano | Carmen Luz Quiroz Romero | Emily Quispe Cullampe | Arturo Magno Quispe Quiroz | Cindy Quispe Valencia | Rodrigo Rabines Matta | Sergio Ismael Ramírez Cárdenas | Pedro Ramírez Pequeño | Roxana Ramírez Ráez | Christian Ramírez-Gastón Durán | Fernando Ramírez-Gastón Lecca | Stacy Ramírez Wong | Gabriela Ramos Traverso | Rodrigo Ramos Vásquez | Silvana Rebagliati Castro | Alberto Rebaza Torres | Aldo Reggiardo Denegri | Fernanda Rénique Vega | Cristina Rey Montes | Claudia Cristina Reyes Juscamaita | Tamara Rezqallah Arón | Virginia Rieckhof Borja | Viviana Ritchie Martínez | Eduardo Reyna Oie | Farid Borhan Rifai Bravo | Carla Rizo-Patrón Labarthe | Ricardo Rizo-Patrón Olaechea | André Robilliard Escobal | Grecia Robles Vila | Alessia Roca Lizarzaburu | Luis Fernando Roca Lizarzaburu | Alessandra Camila Rocca Rodríguez | Lucía Rodrigo Rohrhirsch | Ana Lucía Rodríguez Angulo | Sergio Rodríguez Asencios | Romina Rodríguez Damiani | María Paz Rodríguez Galiano | Brunella Fiamma Rodríguez Giorgio | José Luis Rodríguez Guardamino | Víctor Rodríguez Macedo | Daniel Rodríguez Tamo | Marco Patricio Rodríguez Terry | Darío Rodríguez Uriol | Diana Roig Trelancia | Carlos Rojas Klauer | Rodrigo Román Olarte | Angela Romero Carranza | Diana Romero Rodríguez | Marcelo Roncal Pagador | Miguel Ángel Ronceros Neciosup | Miguel Rosas Ramírez | Carla Rossini Medina | Juan José Ruda Santolaria | Ángela Ruiz de Somocurcio Cornejo | Milo Ruiz Gonzales | Arturo Ruiz Ortiz | Ignacio Ruiz Valle | Jennifer Saavedra Sáenz | Silvia Ruiz Sandoval | Rosario Saco Oliva | María Gracia Sáenz González | Jhunelly Salazar Briceño | Rafael Salazar Gamarra | Sebastián Salazar Jeaunneau | Michel Salazar Tarazona | Alonso Salazar Zimmermann | Michelle Salcedo Teullet | José Antonio Salgado Silva | Alexis Salinas Temoche | Liliana Salomé Resurrección | Marjorie Salvador Chávez | Rafael Sánchez Ríos | Mauricio Santa Cruz Vásquez | Jordi Sardá Paz | Rocío Saux Valdez | Luis Andrés Schrader Mindreau | Christian Schroeder Romero | Michel Seiner Pellny | Claudia Mariana Sequeiros Ugarte | María Teresa Serpa Santos | Karen Sheppard Castillo | Estefanía Shulca Romero | Hernando Domenack Sifuentes | Cynthya Siles Estabridis | Juliana Silva Cabrera | Rosa Sobrados Burgos | Kerli Solari Díaz | Gerardo Solís Vissher | Sebastián Soltau Salazar | Karla Soria Valeriano | Sara Sotelo Aguilar | Eduardo José Sotelo Castañeda | Martín Sotero Garzón | Gilda Spallarosa Lecca | Brenda Sparrow Alcázar | Patrick Stenning de Lavalle | Luis Stucchi Díaz | Óscar Súmar Albújar | Mitchel Sztrancman Torres | Claudia Sztuden Napadenschi | Deisy Taboada Huamán | Alejandro Tafur Coronel-Zegarra | Adriana del Pilar Tapia Quintanilla | Rossana Pilar Taquia Gutiérrez | Luciana Tataje Villalobos | Martín Tayro Cuba | Isabel Mabila Tello Carbajal | Jaime Thorne León | Edison Tito Peralta | Ludim Toledo Calla | Andrés Fernando Toledo Pérez | María del Pilar Torres | Romina Toso Altamirano | Augusto Townsend Klinge | Josefina Townsend Diez-Canseco | Daniela Tramontana Hinostroza | Carlos Fernando de Trazegnies Valdez | Jorge Trelles Castro-Mendivil | Óscar Trelles de Belaúnde | Gladis Triveño Chan Jan | Mariella Nathalia Trujillo Würtella | Manuel Ugarte Maggiolo | Camila Ugaz Heudebert | Jadhira Unda Valverde | Rafael Urbina Fletcher | Renato Urbina Santillán | Alejandra Uribe del Águila | Mateo Francisco Valdez Alcazar | Jessica Valdivia Amayo | Andrés Valdivia Montes | Fernanda Valdivia Rossel | Renato Martín Valdizán Cervantes | Eduardo Valdizán Sala | Agustín Valencia-Dongo Medina | Axel Valverde Pariasca | Carlos Valverde Reyes | Cristina van Zuiden Pancorvo | Erick E. Vargas Guevara | Luis Ernesto Vargas Loayza | Lucía Varillas Palacios | María Inés Vásquez Albán | Nelly Vásquez Jiménez | Delia Vásquez Llerena | Robinson Vásquez Montes | Katia Vásquez Reyes | Aracelly Vásquez Yrigoin | Miguel Vega Alvear | Nuria Vega Flores | Inés Vega Franco | Rodrigo Vega Méndez | Fernando Vega Sánchez | Jorge Vega Velasco | Claudia Velarde Arnáez | Jorge Velarde Arnáez | Sebastián Velarde Ferreyros | Luis Miguel Velarde Saffer | Nicole Velazco Velazco | César Eduardo Vélez Núñez | Pedro Mario Vera Ortiz | Bryan Vera Vargas | Cristina Verano Calero | Verónica Vergaray Béjar | Aaron Verona Badajoz | Inti Vidal Felip | Nancy Vidal Rodríguez | Ramón Vidurrizaga de Amézaga | Crisbeth Lorena Vigo Florián | Vanessa Villalobos

Ylizarbe | Rosa Mariela Villalón Orellana | Alessandra Villanueva Aramayo | Micaela Villanueva Carreño | Diego Villanueva Contardo | Gonzalo Villanueva Llanos | María Fernanda Villanueva Ruete | Carmen María Villarán Ascenso | Milagritos Villavicencio Pachas | Jimena Villegas Ingúnza | Thalía Villegas Zorrilla | Piero Vivar Pajuelo | Joyce Vivas Huaccho | María Teresa Vizcarra Alarcón | María José Vizcarra Pasapera | Percy Wilman Arriarán | Deborah Woll Castañeda | Christian Fernando Wong Vargas | Leonela Yauri Malpica | Rocío Yépez Minaya | Angie Yman Palomino | Enzo Yturriaga Aguirre | Rodrigo Zaldívar del Águila | Marco Ismael Zaldívar Chauca | Mayra Zambrano García | Cristian Zamora Dávila | Bruno Zanolo Maggiolo | Avecita del Carmen Zapata Cano | Verónica Zavala Lombardi | Ximena Zavala Lombardi | Sofía Zavala Quiroz | Eliana Zavala Uzuliaga | Gonzalo Alonso Zegarra Mulanovich | Juan Carlos Zegarra Vélchez | Joseline Zela Concha | Carlos Zelada Acuña | Grecia Zorrilla Garay | Gloria Zubizarreta Rondón | Fiorella Zúñiga Dede

MIEMBROS HONORARIOS DE THĒMIS

Giorgio Del Vecchio † | Felipe Osterling Parodi † | Jorge Avendaño Valdez † | César Landa Arroyo | Javier de Belaúnde López de Romaña | Carlos Fernández Sessarego † | Javier Neves Mujica †

AGRADECIMIENTOS

THĒMIS-Revista de Derecho agradece a todas las personas e instituciones que colaboraron con nosotros de distintas maneras, y sin cuyo apoyo, no hubiera sido posible la publicación de la presente edición; en particular a:

Sergio García Long, María Paz Delgado Yábar, John Pineda Galarza, Mario Arce Rodríguez, Mercedes Fernández Moscol, Astrid Mogollón Calderón, Miguel Viale Leo, Mateo Lanata Dávila, Iván Alonso, Roxana Barrantes Cáceres, Martín Naranjo Landerer, Juan Chang Tokushima, Mario Drago Alfaro, Fernando del Mastro Puccio, Josefina Miró Quesada Gayoso, Luis Diego Vargas Sequeiros, Samuel Véliz Ortiz, Paula D'Medina Valdez.

Estudio Hernández & Cía.; CMS Grau; Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados; Estudio Elías Puelles; Hugo Sologuren Calmet y Colegio de Abogados de Lima.

Mario Popuche Llontop, Ismael Canales Negrón y Gustavo Ponce Estrada.

De manera especial, **THĒMIS-Revista de Derecho** agradece a Liz Cachi Delgado, María José Sardón Barrios, Nayeli Peña Asenjo, Valentina Hernández Bernos y Mariel Abad Vergara por haber colaborado en la producción de la presente edición.

THĒMIS-Revista de Derecho agradece de forma especial a los miembros que dedicaron parte de su vida universitaria al trabajo de nuestra institución y que se retiran junto con la presente edición; a ellos les deseamos siempre lo mejor:

Adriana Chávez Copa, Angela Romero Carranza, María Paz Rodríguez Galiano, Joaquín de Almenara Lértora, Rosa Sobrados Burgos, Ariane Escobar Villena, María José Escobar Castillo, Vivian Bustamante Yabar, César Eduardo Véliz Núñez, Gonzalo Noriega Chuquiray, María Fernanda Villanueva Ruete, Alejandra Podestá Gutarra, Mateo Valdez Alcazar, Chiara Jacob Camaiora, Lucia Cuglievan Blume, Angie Yman Palomino, Gabriela Herbozo Villayzán, Katherine Larios Pulido, Sebastián Morello Montes, Rodrigo Falla Valdez, Álvaro Peña Villanueva, Alexis Salinas Temoche.

Normas para los autores para la publicación en THĒMIS

1. THĒMIS-Revista de Derecho considerará para su publicación artículos originales, no publicados en cualquier otro medio nacional o internacional. Los artículos deberán versar sobre temas de contenido jurídico o relacionado con el mundo del Derecho.
2. Los artículos presentados serán evaluados por el sistema de arbitraje por pares a doble ciego, el cual consiste en la evaluación de los artículos por dos árbitros con mayor grado académico que el autor. Asimismo, los árbitros son externos a la Revista y revisan los artículos de forma anónima. Las partes de la Revista que están sometidas a arbitraje por pares a doble ciego son el tema central y las misceláneas.
3. Todos los artículos contarán con una reseña tanto en español como en inglés, llamada gorrito o *abstract*, y que no deberá exceder los 800 caracteres.
4. El formato del artículo será Arial tamaño 11, con espacio simple y sin sangría. Los subtítulos del artículo serán presentados en el mismo tipo de letra y tamaño y con sangría de 1 centímetro. Los pies de página se presentarán en el mismo tipo de letra, con tamaño 8 y con sangría de 0.5 centímetros. En todos los casos el texto debe estar justificado.
5. Todas las palabras en un idioma distinto del español deben ir en cursivas, salvo los nombres de personas, instituciones y obras.
6. Relieve: Si se pone alguna palabra de relieve, esta deberá ir en negrita.
7. Palabras clave: En español e inglés. Descripción del contenido del trabajo usando cinco palabras clave para su inclusión en los índices nacionales o internacionales. Se presentará al final de la reseña.
8. El formato de las referencias bibliográficas es el APA (American Psychological Association) séptima edición.
9. En la parte final del artículo se deberá incluir un apartado bibliográfico, siguiendo el siguiente orden:

Referencias

Colocar las referencias de autores siguiendo el formato APA (séptima edición) y para las referencias legales, The Bluebook: A Uniform System of Citation.

10. Todos los artículos deberán ser presentados con una carátula de acuerdo al modelo que se encuentra en la siguiente página.
11. La edición de todos los artículos será realizada por los miembros del Consejo Ejecutivo, según los criterios de edición de la Revista y bajo el formato de edición escalonada en tres ocasiones.
12. Los miembros, editores, autores, árbitros y demás colaboradores de THĒMIS-Revista de Derecho están sujetos a los Criterios de Ética de la Revista, disponibles vía web.

TÍTULO DEL ARTÍCULO

ARTICLE TITLE

Nombre y apellidos del autor*

Institución en la que el autor enseña o labora

En caso corresponda, vínculo del autor con THĒMIS (Miembro honorario, Miembro del Consejo Consultivo, exmiembro, exmiembro del Consejo Ejecutivo, exmiembro del Consejo Directivo o Exeditor General)

Short paragraph on the article, with the object to invite people to read it.

It must be two short paragraphs, in which further details on the article can be mentioned briefly, as well as the themes that the article will develop or the solutions that the author presents to determined issues.

KEYWORDS: Five keywords that allow people to find the article by the themes developed. For instance: *Administrative Law; Tax Law; Civil Law; Civil Code; public employment.*

Breve reseña sobre el artículo, que invite al público a leerlo.

Deben ser dos párrafos breves, en los que se pueden enunciar algunos breves detalles del artículo y de los temas que éste tratará, o las soluciones que propondrá el autor a determinados problemas.

PALABRAS CLAVE: Cinco palabras clave que permitan al público llegar al artículo por los temas que trata. Por ejemplo: *Derecho Administrativo; Derecho Tributario; Derecho Civil; Código Civil; empleo público.*

* Abogado (u otra profesión ejercida, siempre sin especificación de la institución en la que se obtuvo el título). Grado académico y universidad en la que se obtuvo. Cargos que ha llevado a cabo en el pasado (opcional). Indicar si es profesor y en qué universidad imparte clases. Membresías. Cargo ejercido en la institución en la que se desenvuelve profesionalmente. Contacto: correo del autor para fines académicos.

Nota del Editor: Fecha en que el autor envió la versión final del artículo y fecha en la que el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho lo aceptó.

THĒMIS-REVISTA DE DERECHO 82

La siguiente edición de THĒMIS-Revista de Derecho tendrá como eje central **Inversión y Recursos Naturales**.

PARTICIPACIÓN EN THĒMIS-REVISTA DE DERECHO

THĒMIS-Revista de Derecho se encuentra en constante convocatoria abierta para recepción de artículos relativos al tema central que el Consejo Ejecutivo elija, o a cualquier otro tema relacionado a la disciplina del Derecho.

Todos los interesados en colaborar con **THĒMIS-Revista de Derecho** mediante sugerencias, comentarios o la publicación de artículos, pueden enviar un correo electrónico a themisconsejoeditorial@gmail.com.

THĒMIS-Revista de Derecho agradece todo envío sin comprometerse a su publicación.