

**BENAVENTE TEIXEIRA, JUAN CARLOS**

El teletrabajo y sus implicancias legales

**BENITES IRIARTE, JOHANA**

Las Fintech de servicios de préstamos: cuando la regulación se convierte en un ancla para su desarrollo

**CÁRDENAS KRENZ, RONALD**

Derecho y robots: el futuro ya está presente

**GÁLVEZ CALLIRGOS, PAOLA KATHERINE**

Introducción a la inteligencia artificial y la ética: vehículos autónomos como caso de estudios

**GUZMÁN ARIAS, CHRISTIAN**

Proveedor, ¿Cuál es el precio? -Inbox-  
El problema de la oferta en la contratación electrónica de consumo

**HUAROC LLAJA, PERCY**

Delitos informáticos

**MONTENEGRO RUIZ, GUADALUPE**

Ojos que no ven ¿Golpes que no sientes?  
El cyberbullying en el Perú: ¿estamos realmente preparados para combatir esta situación?

**MORALES CÁCERES, ALEJANDRO**

Competencia en el sector tecnológico

**MORÁN CAVERO, ADOLFO**

**AGUEDO HUIZA, BEATRIZ ALEXANDRA  
DÁVILA NEYRA, KAREN VANESSA**

Bajo la lupa: ¿Qué tan cierto es que las criptomonedas son propicias para el lavado de activos?

**NAKAYA VARGAS MACHUCA, FERNANDO**

La revolución digital y el arbitraje: retos y propuestas

**NAVARRO PALACIOS, INDIRA  
GARCÍA DONAYRE, CARLOS SAÚL**

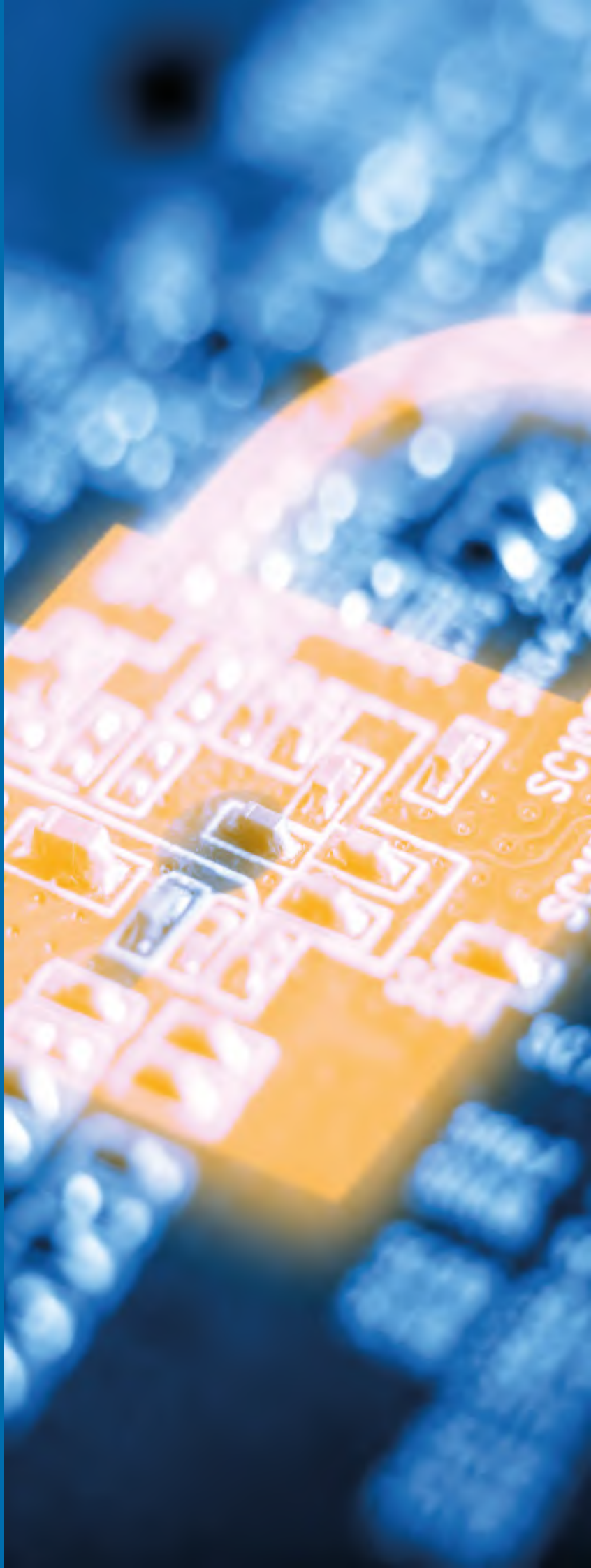
Videoguegos digitales: un vistazo tributario a su comercialización hacia el exterior

# DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS



# TÍTULOS PUBLICADOS

- No. 73: Protocolo Familiar
- No. 72: Temas Actuales de Protección al Consumidor
- No. 71: Responsabilidad Social Empresarial
- No. 70: Temas Actuales de Derecho Laboral y Empresa
- No. 69: Procedimiento Administrativo Sancionador y Empresa
- No. 68: Derecho Penal y Empresa
- No. 67: Tutela del Consumidor
- No. 66: Pequeña y Micro Empresa
- No. 65: Empresa y Medio Ambiente
- No. 64: Gobierno Corporativo y Responsabilidad Social
- No. 63: Financiamiento y Garantías
- No. 62: Hidrocarburos y Electricidad
- No. 61: Tributación Empresarial
- No. 60: Comercio Exterior: A propósito del TLC
- No. 59: Industrias Extractivas: Minería
- No. 58: Derecho Laboral y Empresa
- No. 57: Inversión Privada en Servicios Públicos
- No. 56: Arbitraje y Empresa
- No. 55: Tributación y Empresa
- No. 54: Temas Societarios
- No. 53: Telecomunicaciones y Empresa
- No. 52: Balance de la Ley General de Sociedades
- No. 51: Derecho Informático y Teleinformática Jurídica
- No. 50: Nueva Ley General de Sociedades – 2da parte
- No. 49: Títulos Valores y Valores Negociables
- No. 48: Nueva Ley General de Sociedades – 1era parte
- No. 47: Del Código de Comercio al Código de Empresa
- No. 46: Mercado y Empresa
- No. 45: Contratos Mercantiles
- No. 44: Sociedad y Mercado de Valores
- No. 43: Reestructuración Empresarial
- No. 42: La Empresa en la Nueva Constitución
- No. 41: Reforma Laboral en la Empresa
- No. 30: Contratos y Empresa
- No. 29: Quiebra, Reflotamiento y Empresa
- No. 28: El Derecho del Trabajo y la Empresa
- No. 27: Empresa y Desarrollo
- No. 26: Pequeña Empresa
- No. 25: Banca y Empresa
- No. 24: Delito Económico y Empresa



# ÍNDICE

- Editorial **Pág 4**
- El teletrabajo y sus implicancias legales **Pág 5**  
Juan Carlos Benavente Teixeira
- Las Fintech de servicios de préstamos: cuando la regulación se convierte en un ancla para su desarrollo **Pág 13**  
Johana Benites Iriarte
- Derecho y Robots: el futuro ya está presente **Pág 24**  
Ronald Cárdenas Krenz
- Introducción a la Inteligencia Artificial y la Ética: Vehículos Autónomos Como Caso De Estudio **Pág 41**  
Paola Katherine Gálvez Callirgos
- Proveedor, ¿Cuál es el precio? -Inbox- El problema de la oferta en la contratación electrónica de consumo **Pág 54**  
Christian Guzmán Arias
- Delitos informáticos **Pág 72**  
Percy Huaroc Llaja
- Ojos que no ven, ¿Golpes que no sientes? El cyberbullying en el Perú: ¿Estamos realmente preparados para combatir esta situación? **Pág 79**  
Guadalupe Montenegro Ruiz
- Competencia en el sector tecnológico **Pág 91**  
Alejandro Morales Cáceres
- Bajo la lupa: ¿Qué tan cierto es que las criptomonedas son propicias para el lavado de activos? **Pág 142**  
Adolfo Morán Cavero  
Beatriz Alexandra Aguedo Huiza  
Karen Vanessa Dávila Neyra
- La Revolución Digital y el Arbitraje: retos y propuestas **Pág 158**  
Fernando Nakaya Vargas Machuca
- Videojuegos digitales: un vistazo tributario a su comercialización hacia el exterior **Pág 172**  
Indira Navarro Palacios  
Carlos García Donayre





# EDITORIAL

---

En esta ocasión la Revista Peruana de Derecho de la Empresa, ha decidido dedicar este nuevo número al Tema de “Derecho y Nuevas Tecnologías”, con el fin de ayudar a los empresarios a conocer todas las obligaciones legales que surgen al momento de implementar nuevas tecnologías en la empresa y con ello mitigar cualquier contingencia legal.

En efecto, los servicios digitales y las nuevas tecnologías se encuentran en constante transformación. Esa evolución condiciona la continua adaptación del ordenamiento jurídico en este ámbito, bien mediante la elaboración de nuevas reglas bien como consecuencia de los avances en la interpretación y aplicación de las ya existentes.

Ciertamente, la implementación de nuevas tecnologías y los procesos de transformación digital que han llevado a cabo o piensan llevar las empresas impacta en distintas ramas del Derecho como la propiedad intelectual, la protección de los datos personales, la tutela al consumidor, las relaciones laborales, la recaudación tributaria, el derecho a la competencia, entre otros.

Bajo este orden de ideas, la presente revista presenta artículos de autores (quienes cuentan con una importante experiencia en la materia) nacionales habiendo elaborado artículos de diferente índole, como, por ejemplo, las criptomonedas y las normas de prevención de lavado de activos; la competencia en el sector tecnológico; el comercio electrónico; el arbitraje digital; el cyberbullying; el teletrabajo; la inteligencia artificial; la robótica; los delitos informáticos y los videojuegos.

Dejamos en sus manos este volumen que estamos seguros será una herramienta legal importante para empresarios, abogados, docentes y alumnos de Derecho para efectos de conocer el impacto legal de las nuevas tecnologías en el Perú.

**Alejandro Morales Cáceres**  
Coordinador de la Revista No. 74



# EL TELETRABAJO Y SUS IMPLICANCIAS LEGALES

Autor:  
**Juan Carlos Benavente Teixeira**

---

# EL TELETRABAJO Y SUS IMPLICANCIAS LEGALES

**Juan Carlos Benavente Teixeira<sup>1</sup>**

## SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Concepto de Teletrabajo.
- III. Demostración del Teletrabajo con relación dependiente.
- IV. Implementación del Teletrabajo.
- V. Provisión de equipos y provisiones para el Teletrabajo.
- VI. Contenido del Acuerdo de Teletrabajo.
- VII. Sistema mixto de trabajo; Teletrabajo y Trabajo Presencial.
- VIII. Jornada de trabajo en el Teletrabajo.
- IX. Derechos y Obligaciones del trabajador.
- X. Inspección laboral del Teletrabajo.
- XI. Reflexión final.

## **I. INTRODUCCIÓN.**

Si nos hubieran preguntado hace 40 años atrás si era posible mantener una conversación telefónica y al mismo tiempo visualizar en tiempo real a nuestro interlocutor o intercambiar mensajería o documentos en cuestión de segundos -no obstante encontrarnos en diferentes lugares incluso del mundo-, hubiéramos considerado esa realidad como una de ciencia ficción.

Hoy vivimos esa realidad, pues el desarrollo de las telecomunicaciones y las herramientas tecnológicas ha revolucionado la dinámica social, la interacción en la sociedad y por supuesto en las relaciones laborales.

La normatividad laboral no se ha encontrado ajena a esta realidad y ha intentado ajustarse a ella, regulando las nuevas formas de prestación de los servicios dependientes entre los cuales se encuentra, claro está, el teletrabajo, es decir el trabajo subordinado realizado a distancia, sin necesidad de asistir físicamente al centro de trabajo. La asistencia virtual ha demostrado, en tal sentido, cumplir prácticamente la misma funcionalidad que la presencial.

---

<sup>1</sup> Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Socio Senior y Jefe del Área Laboral del Estudio Torres y Torres Lara Abogados. Especialista en Derecho Laboral y Procesal. Autor de diversos artículos en la materia. Conferencista.

En el presente artículo, nos referiremos brevemente a la regulación especial del teletrabajo en el Perú, sus formalidades, requisitos y las obligaciones y derechos específicamente vinculados a la modalidad.

## **II. CONCEPTO DE TELETRABAJO.**

El denominado "teletrabajo" se encuentra normado en el Perú mediante la Ley N° 30036, publicada el 05 de Junio de 2013, denominada "Ley que regula el Teletrabajo", reglamentada a su vez mediante Decreto Supremo N° 017-2015-TR publicado el 03 de Noviembre de 2015.

Mediante esta normatividad se regula esta modalidad de prestación de servicios laborales dependientes y subordinados, como una forma especial de brindar el servicio contratado a un trabajador en favor de un empleador en el marco de un contrato de trabajo, siendo la característica relevante de la misma, la del uso de tecnologías de la información y las telecomunicaciones, tanto a favor de empleadores del sector privado como del sector PÚBLICO.

En ese orden de ideas, la norma define el trabajo remoto como aquél que se caracteriza por el desarrollo subordinado de labores sin que exista la presencia física del trabajador en la empresa con la que mantiene vínculo laboral, denominando a aquél como "teletrabajador", y caracterizándose dicha prestación de servicios por el uso de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, a través de los cuales el empleador ejerce, además, el control y supervisión correspondiente.

Nótese que la norma no exige que el lugar en donde el trabajador desarrolle sus labores sea alguno en especial, bastando que no exista presencia física del trabajador en el centro de trabajo y que exista uso de tecnologías de la información y las telecomunicaciones, por lo que el trabajador bien podría desarrollar sus servicios desde su lugar de residencia habitual, desde su lugar de residencia vacacional (casa de verano o de campo, por ejemplo), desde el domicilio de un tercero o incluso desde una cabina de internet y por qué no, desde el extranjero.

Con ello, se entendería que la gran diferencia existente entre el teletrabajo, que se pueda realizar desde el domicilio del trabajador y, el "trabajo a domicilio" que regula el Artículo 87 y siguientes de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, es el uso de tecnologías de la información y las telecomunicaciones; pero nos preguntamos si el trabajo a domicilio prohíbe el uso de tales medios, concluyendo en que no, por lo tanto son figuras que se entremezclan y confunden.

Del mismo modo, la modalidad del teletrabajo encuentra algunos puntos de confluencia con el denominado trabajo remoto, establecido por la normatividad laboral dictada con ocasión de la Pandemia del Covid 19 que afecta al PERÚ y al mundo.

Pues bien, sin perjuicio de lo adelantado, en las próximas líneas haremos referencia a las principales disposiciones de la modalidad del teletrabajo, haciendo énfasis en especial a su aplicación en la relación laboral en el sector privado.

### **III. DEMOSTRACIÓN DEL TELETRABAJO CON RELACIÓN DEPENDIENTE.**

Para efectos de poder demostrar que existe un contrato de trabajo en el marco del trabajo realizado mediante la utilización de tecnologías de la información y las telecomunicaciones sin presencia física en el centro de trabajo, es decir, en el teletrabajo, la norma dispone que son elementos que ayudan a tipificar la existencia de una relación laboral dependiente, la provisión por parte del empleador de los medios físicos y métodos informáticos, la dependencia tecnológica y la propiedad de los resultados, entre otros.

Es claro pues que, mediante los citados indicios de laboralidad y la aplicación del principio de primacía de la realidad, se podrá llegar a la conclusión de la existencia de un contrato de trabajo ejecutado por el trabajador en la modalidad de teletrabajo.

Pero en estricto, no debiera ser el único indicio, pues claramente debe poder demostrarse la existencia de subordinación, ya sea mediante el dictado de instrucciones y órdenes o por la aplicación del poder sancionatorio del empleador. De hecho, el denominado trabajo remoto al que ya hemos hecho referencia, permite que sea el trabajador el que provea o suministre los medios y condiciones tecnológicos para la prestación del servicio, sin que ello afecte la calidad dependiente de la relación.

De tal manera, queda claro que no toda prestación de servicios mediante el uso de tecnologías de la información y las telecomunicaciones, corresponde necesariamente a una relación de carácter laboral, pues, como resultado lógico y razonable, también pueden brindarse servicios claramente independientes mediante el simple uso de tecnologías de la información y telecomunicaciones, en el marco de una relación de carácter civil regulada por el Código Civil

### **IV. IMPLEMENTACIÓN DEL TELETRABAJO.**

Respecto de la forma de implementación del teletrabajo, se regula en forma clara y precisa que, la misma depende de la existencia de un acuerdo entre el trabajador y el empleador que además conste por escrito, pudiendo pactarse que el cambio es indeterminado o sujeto a un plazo determinado. Naturalmente, resultan aplicables todas las modalidades de contratación que reconoce la normatividad laboral, es decir, plazo indeterminado, fijo o contratos a tiempo parcial.

Por tanto, no corresponde la implementación del teletrabajo en forma unilateral por parte del empleador ni por exigencia del trabajador, siendo ello una diferencia sustancial con el denominado trabajo remoto cuya implementación devino, con ocasión de la pandemia del Covid 19, en una suerte de exigencia legal cuando por la naturaleza de las actividades es posible su establecimiento por parte del empleador.

Así, el teletrabajo se podrá implementar cuando existan razones debidamente sustentadas para variar la forma de prestación del servicio, lo cual en absoluto modifica la naturaleza del vínculo laboral, la categoría, la remuneración y demás condiciones de trabajo, salvo aquellas vinculadas a la asistencia al centro de trabajo.

En ese sentido, la normatividad exige expresamente, para el caso de cambios de modalidad presencial a teletrabajo, que se consigne por escrito la justificación del cambio así como los objetivos que se buscan con la variación pactada.



Naturalmente, el teletrabajo puede ser implementado como modalidad de prestación de servicios dependientes desde el inicio de la relación laboral o cuando esta ya se encuentra en marcha, es decir, convirtiéndose de la modalidad de prestación presencial a teletrabajo.

En ese mismo orden de ideas, solo el acuerdo entre las partes, como regla general, permitirá dejar sin efecto la modalidad de teletrabajo, hecho que se encuentra reconocido cuando se dispone que el trabajador puede solicitar el retorno a la modalidad de trabajo presencial, lo cual puede ser aceptado o denegado por el trabajador. El citado acuerdo, también debe constar por escrito.

Si fue el trabajador quien solicitó la referida reversión y el empleador no está de acuerdo con la solicitud, la respuesta denegatoria debe sustentarse y comunicarse por escrito en un plazo no mayor a 6 días naturales. En caso que la respuesta al trabajador sea fundada, se deberá indicar la fecha de retorno al centro de trabajo.

La excepción a la forma de dejar sin efecto el teletrabajo, se produce cuando el empleador toma la decisión unilateral de reponer al trabajador a la modalidad de trabajo presencial, si se acredita que mediante el teletrabajo no se alcanzan los objetivos de la actividad bajo la modalidad de teletrabajo.

En este caso, el empleador comunica al trabajador de su decisión con 15 días naturales de anticipación, debiendo precisar en dicha comunicación los motivos por los cuales no se han alcanzado los objetivos de la actividad en la modalidad de teletrabajo. Se trata pues de una decisión unilateral del empleador pero debidamente motivada.

Un supuesto final de reversión, se produce cuando la modalidad de teletrabajo ha sido pactada sujeta a un plazo, por tanto, al vencimiento del mismo, el trabajador debe retornar a laborar bajo la modalidad presencial si es que dicho plazo no es ampliado de común acuerdo.

## **V. PROVISIÓN DE EQUIPOS Y CONDICIONES PARA EL TELETRABAJO.**

En relación a la provisión de equipos, la regulación dispone que cuando estos los suministre el empleador, el trabajador tiene la responsabilidad de su uso correcto y de su conservación, evitando que los mismos sean utilizados por terceros ajenos a la relación laboral. Los bienes y servicios que brinde el empleador como condiciones de trabajo, no tienen carácter remunerativo para ningún efecto legal.

Cuando es el trabajador el que aporta sus propios equipos o elementos de trabajo, el empleador tiene la obligación de compensar todos los gastos que ello signifique, incluidos los de comunicación. En caso el trabajador se agencie de equipos que no sean de su propiedad ni del empleador, realizando por ejemplo sus labores en cabinas de internet o similares, el empleador también tiene la obligación de asumir los gastos que ello impliquen. La citada compensación se realiza en dinero y en moneda de curso legal, determinándose el monto por acuerdo entre las partes. De no existir acuerdo, el valor corresponderá al que tenga en el mercado.

En el marco del trabajo remoto implementado con ocasión de la Pandemia del Covid 19, en caso fuese el trabajador el que brinda sus propias condiciones y materiales informáticos o similares, solo podrá ser retribuido el gasto que ello irrogue, en la medida que se haya pactado con el empleador, caso contrario no tendrá derecho a compensación alguna.

En lo relativo a las responsabilidades vinculadas a la entrega de medios a emplearse para el teletrabajo se precisa lo siguiente:

- Es obligación de quien suministra los medios y equipos a emplearse, el garantizar su idoneidad para la prestación del servicio.
- El incumplimiento oportuno en la entrega de los medios y equipos por parte del empleador, pese a que el trabajador está a disposición para prestar el servicio, mantiene inalterable la obligación de pagar la remuneración pactada con el trabajador.

En casos de sustracción, deterioro, pérdida o deficiencias, que hagan imposible el uso de las condiciones de trabajo por razones no imputables a las partes, el trabajador lo debe informar al empleador para que adopte las medidas necesarias para la continuidad del servicio. Si por razón de ello el trabajador hubiera incurrido en gastos autorizados, el empleador debe reembolsárselos.

## **VI. CONTENIDO DEL ACUERDO DE TELETRABAJO.**

Habíamos mencionado que la formalidad con la que debe pactarse el trabajo remoto supone la celebración de un documento escrito, el cual, por exigencia de la norma, debe contener información específica, dentro de la que cabe resaltar las siguientes que se vinculan directamente a los medios informáticos y de telecomunicaciones:

- Se deben precisar los medios informáticos y de telecomunicaciones y similares que se deban emplear para realizar el teletrabajo y a qué parte de la relación laboral corresponde suministrarlos, precisándose que si es el empleador quien los proporciona debe indicarse las condiciones de utilización y responsabilidades del trabajador sobre los mismos y el procedimiento de devolución al finalizar la modalidad.
- Si es el trabajador quien proporciona estos medios, el contrato debe precisar el monto de la compensación que debe recibir del empleador.
- Se deben fijar las medidas sobre la gestión y seguridad de la información derivadas del uso de los medios con que se preste el servicio.
- Deben establecerse los mecanismos de supervisión o de reporte a implementarse para facilitar el control y supervisión de labores por parte del empleador, de ser el caso.

## **VII. SISTEMA MIXO DE TRABAJO: TELETRABAJO Y TRABAJO PRESENCIAL.**

En relación al teletrabajo, debe considerarse que se reconoce la posibilidad de una modalidad mixta, es decir de un teletrabajo parcial, o mejor dicho de una combinación de trabajo presencial alternado con teletrabajo, quedando fuera de esta modalidad mixta, los casos de personas que solo de manera ocasional prestan servicios fuera del centro de trabajo.

Si bien la norma no lo establece, se entiende que en el marco de una modalidad mixta, la existencia de un documento escrito que pruebe al acuerdo de voluntades para la implementación, es una exigencia legal.

## **VIII. JORNADA DE TRABAJO EN EL TELETRABAJO.**

En lo que respecta a la jornada de trabajo y sus limitaciones, son aplicables las mismas que establecen las normas generales y la Constitución Política del Estado, siendo aplicables también, naturalmente, regímenes a tiempo parcial o de media jornada, en la medida que los trabajadores bajo dicho sistema se encuentren sujetos a fiscalización inmediata de la jornada.

Al igual que en los casos regulares de trabajo presencial, la jornada máxima de trabajo no resultará aplicable a trabajadores de dirección, a los no sujetos a fiscalización inmediata, a los trabajadores de confianza no sujetos a control efectivo de su tiempo de trabajo, entre otros.

## **IX. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL TRABAJADOR.**

En lo que respecta a los derechos y obligaciones del trabajador, se reconocen a este los mismos que le son aplicables en el marco del trabajo presencial, salvo los relacionados a la asistencia personal al centro de trabajo. En todo caso, se garantiza al trabajador los siguientes derechos:

- Derecho a la capacitación sobre los medios informáticos, de telecomunicaciones y similares para el desempeño del trabajo, así como sobre las restricciones en el empleo de dichos medios, la legislación vigente en materia de protección de datos personales y seguridad de la información. Dicha capacitación debe producirse en forma previa al inicio del trabajo remoto.
- Derecho a la intimidad, privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados del trabajador.
- Derecho a la protección de la maternidad y el periodo de lactancia.
- Derecho a la seguridad y salud en el trabajo, en lo que fuera pertinente y considerando las características especiales del teletrabajo.
- Derecho a la libertad sindical y los demás derechos colectivos, por lo que en ningún caso la aplicación del teletrabajo puede afectar su ejercicio.

Sobre las obligaciones de los trabajadores sujetos al teletrabajo, serán las mismas que correspondan a la modalidad presencial, destacando la norma las siguientes:

- Obligación de cumplir con las normas vigentes sobre seguridad de la información, protección de datos personales, confidencialidad de los datos y seguridad y salud en el trabajo.
- Obligación de estar disponible durante la jornada de trabajo, para las coordinaciones con el empleador.
- Obligación de guardar confidencialidad de la información proporcionada por el empleador.
- Obligación de evitar que terceros utilicen los elementos y medios para la realización de las labores y de restituirlos con tan solo el deterioro que provenga de su uso natural.

## **X.INSPECCIÓN LABORAL DEL TELETRABAJO.**

Cabe señalar que el cumplimiento de las normas y disposiciones vinculadas al teletrabajo, son sujetas a control y fiscalización por parte de SUNAFIL; y no podía ser de otra forma pues en el marco de la relación laboral, la actividad fiscalizadora del Estado debe encontrarse presente aun cuando la actividad laboral del trabajador pueda desarrollarse fuera de las instalaciones del empleador.

## **XI. REFLEXIÓN FINAL.**

La normatividad laboral a la que hemos hecho referencia en el presente artículo es claramente perfectible y merece sin duda ser mejorada, pues fue creada para un escenario excepcional, sin embargo, en los tiempos actuales, más aún con situaciones como la Pandemia del Covid 19, queda claro que el teletrabajo se convertirá en la regla general para muchos puestos de trabajo, pues hemos aprendido a trabajar con la misma eficiencia sin necesidad de asistir físicamente a un centro o local de trabajo; nuestros hogares se han convertido en el centro de trabajo y ello exige sin duda una revolución normativa que también priorice la conciliación de la vida laboral con la familiar, sobre la cual, la Ley del Teletrabajo, no se pronuncia en forma alguna.





# LAS FINTECH DE SERVICIOS DE PRÉSTAMOS: CUANDO LA REGULACIÓN SE CONVIERTE EN UN ANCLA PARA SU DESARROLLO

Autora:  
**Johana Benites Iriarte**

---

# LAS FINTECH DE SERVICIOS DE PRÉSTAMOS: CUANDO LA REGULACIÓN SE CONVIERTE EN UN ANCLA PARA SU DESARROLLO

Johana Benites Iriarte<sup>1</sup>

## SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Las Fintech en el Perú y su regulación.
- III. Sobre las Fintech de Servicios de Préstamos.
- IV. Obligatoriedad para las empresas de préstamo de registrarse ante la SBS.
- V. Las Fintech vs la libertad de empresa.
- VI. Análisis de la Barrera Burocrática
- VII. Conclusiones.
- VIII. Reflexiones finales.

## **I. INTRODUCCIÓN.**

Con el avance exponencial de la era digital y de la tecnología, las inversiones en negocios digitales se han visto incrementadas en todo el mundo. Es así como se está haciendo muy común escuchar términos, mayormente de origen inglés, que identifican a distintos modelos de negocios digitales.

En sintonía con este desarrollo, los servicios financieros también han tenido que adaptarse a la digitalización y, quienes han promovido esos cambios son las denominadas Fintech, las cuales son un modelo de negocio que brindan o facilitan los servicios financieros bajo el uso de la tecnología.

En ese contexto, las empresas del sistema financiero también han tenido que reinventarse -hasta incluso adquirir algunas Fintech- pues estas han resultado ser sus grandes competidoras, al brindar soluciones financieras simples, innovadoras y de menor costo a consumidores más jóvenes, quienes se interesan en realizar operaciones en corto tiempo y al alcance de su presupuesto.

Como toda innovación, las Fintech están mostrando en cortos períodos de tiempo su capacidad para integrar actores, cambiar esquemas y crear nuevos productos acordes a las necesidades del

---

<sup>1</sup> Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres. Asociada Senior del Estudio Torres y Torres Lara Abogados. Especialista en Derecho Corporativo, Cooperativo y Prevención de Lavado de Activos.

público, desarrollando novedosos aspectos que las diferencian del esquema tradicional del sistema financiero.

Su mayor fortaleza consiste en integrar nuevas tecnologías que se ajustan a las necesidades de la población. Es así como el desarrollo de aplicaciones y productos digitales, unido a la conexión entre diversos actores, permite cambiar los esquemas en que se ha venido desarrollando el sistema financiero.

En esa línea, Choy Marylin señala que los nuevos servicios financieros que vienen ofreciendo estas empresas, además de ser eficientes y de rápida evolución, son en muchos casos, innovaciones disruptivas que cambian no solamente el modelo de negocio, sino también la estructura del mercado financiero. Esta mayor eficiencia les permite contribuir en muchos países en vías de desarrollo, a acercar los servicios financieros a la población<sup>2</sup>.

Asimismo, las Fintech representan una excelente herramienta para promover la inclusión financiera, al atraer sectores vulnerables que se veían excluidos del Sistema Financiero, posibilitando el cierre de la brecha de la inclusión financiera.

## II. LAS FINTECH EN EL PERÚ Y SU REGULACIÓN.

Si bien en el Perú la brecha digital ha hecho que el crecimiento del modelo Fintech se vea un tanto rezagado, en comparación con otros países de la región, es cierto que cada vez son más los inversionistas o *startup* que apuestan por este modelo de negocio. Ciertamente, lo que más podría atraer de este tipo de empresas son los mínimos costos de inversión en infraestructura física que implica su puesta en marcha.

En mayo de 2017, Finnovista<sup>3</sup> mostró en el "Fintech Radar Perú" que existían en total 47 emprendimientos Fintech, cifras que se incrementaron en más del 100% para el año 2019. En efecto, hasta el año 2019 se han identificado 124 empresas Fintech operando en Perú, -en su mayoría concentradas en Lima- seguidos de emprendimientos en ciudades como Arequipa y Tacna. Estas empresas identificadas se clasifican por tipos de negocios, siendo estos: (i) Pagos y transferencias, (ii) Financiamiento participativo, (iii) Cambio de divisas, (iv) Gestión de finanzas empresariales, (v) Gestión de finanzas personales, (vi) Préstamos, (vii) Marketplaces de préstamos y/o ahorros, (viii) Plataformas de criptomonedas, (ix) Insurtech, (x) Puntaje crediticio, (xi) Savings e (xii) Inversiones<sup>4</sup>.

Ahora bien, respecto al desarrollo de la industria Fintech en el Perú, es importante señalar que el Informe Fintech de Finnovista 2018 determinó que la tasa de mortalidad de las Fintech en el Perú es de 19%, con ello apreciamos que estos nuevos emprendimientos, enfrentan varios desafíos regulatorios y de mercado que pueden llegar a convertirse en cuellos de botella para que logren alcanzar su consolidación como empresa. No obstante, esto se puede revertir si se establecen

---

<sup>2</sup> CHOY M. (2019) El desarrollo de las fintech y sus desafíos regulatorios. Revista Moneda 177 Lima, marzo 2019. Recuperado de <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/moneda177/moneda-177-02.pdf>

<sup>3</sup> Finnovista es una organización de impacto que potencia la transformación de la industria financiera y aseguradora, construyendo puentes de colaboración entre startups y grandes empresas para crear un mundo mejor.

<sup>4</sup> Información obtenida en: [https://vodanovic.pe/wp-content/uploads/2019/06/INFORME-FINTECH-VL-2019\\_Interactivo.pdf](https://vodanovic.pe/wp-content/uploads/2019/06/INFORME-FINTECH-VL-2019_Interactivo.pdf) - pg 29 y 30.

políticas públicas adecuadas que permitan mejorar las condiciones de mercado y promuevan el ecosistema Fintech. Para ello, se necesitará de un trabajo conjunto entre los actores del mercado Fintech y las autoridades a cargo.

Cabe precisar que, el marco normativo actual de las Fintech regula determinadas áreas asociadas a su actividad. Así, por ejemplo, el aspecto de la mitigación del riesgo de lavado de activos y financiamiento del terrorismo está a cargo de la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) adscrita a la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP; los aspectos relacionados con la protección al consumidor y comportamiento de mercado, regulado por Indecopi; la aplicación de impuestos está a cargo de la SUNAT; y las actividades vinculadas a la emisión de valores las norma y supervisa la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV).

No obstante ello, no existe una regulación específica para cada tipo de actividad financiera que realizan los diferentes modelos Fintech, aspecto que debe ser solucionado a la brevedad, a fin de que estas puedan iniciar operaciones con las reglas claras para una competencia en igualdad de condiciones que permita su desarrollo en el mercado, lo que va reducir las asimetrías de información entre los agentes involucrados, logrando que exista un campo de juego nivelado para los participantes.

### **III. SOBRE LAS FINTECH DE SERVICIOS DE PRÉSTAMOS.**

Desde un enfoque sectorial, una de las modalidades de Fintech que más desarrollo ha alcanzado, son aquellas que brindan servicios de préstamo de forma digital; es decir, de forma remota, sin necesidad de acercarse a una oficina física, como tradicionalmente se hace. Estas empresas operan a través de una página web o de aplicaciones que los usuarios deben descargar a sus aplicativos móviles para acceder a un financiamiento.

Estas Fintech se han convertido en una opción muy atractiva para muchos peruanos, debido a que el acceso al crédito a través de los canales habituales les resultaba casi imposible. En efecto, una de las principales características de este tipo de financiamiento, es la no exigencia de una calificación crediticia previa en el Sistema Financiero.

Las empresas de préstamo Fintech que brindan sus servicios de forma presencial o vía online utilizan sus propios recursos dinerarios para el otorgamiento de préstamos a sus usuarios. Por ende, al no realizar intermediación financiera, no se encuentran bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP ("SBS"), pero sí requieren registrarse ante dicha entidad, conforme lo regula la Resolución SBS No. 6338-2012. Dicho registro permite mapear el universo de empresas de ese rubro y; además, es el requisito previo para que puedan contar con un Oficial de Cumplimiento en materia de prevención de lavado de activos y del financiamiento del terrorismo.

### **IV. OBLIGATORIEDAD PARA LAS EMPRESAS DE PRÉSTAMO DE REGISTRARSE ANTE LA SBS.**

Las empresas de préstamo o empeño, sea que vayan a brindar sus servicios de forma presencial o a través de medios digitales, deben acceder al Registro de la SBS de forma previa al inicio de operaciones. Asimismo, no podrán designar ante la UIF a su Oficial de Cumplimiento en materia de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo de no inscribirse.



A modo de antecedente, el Registro de Empresas de Préstamo y Empeño a cargo de la SBS, fue creado a través de la Quinta Disposición Complementaria de la Ley No. 27693<sup>5</sup>, registro que estuvo pensado para empresas que operan solo de forma presencial (física) pues hacía referencia a que el incumplimiento del acceso al registro generaría la cancelación de la licencia de funcionamiento o autorización de la autoridad municipal:

***“Quinta: Registro de empresas y personas que efectúan operaciones financieras o de cambio de moneda***

*Créase el Registro de Empresas y Personas que efectúan Operaciones Financieras o de Cambio de Moneda, el cual será supervisado y reglamentado por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.*

***La inscripción en el referido Registro es obligatoria para:***

- a) *Las personas naturales o jurídicas dedicadas a la compra y venta de divisas o moneda extranjera.*
- b) *Las empresas de créditos, préstamos y empeño.*

***Para ejercer las actividades*** descritas en los incisos precedentes, ***las correspondientes personas naturales o jurídicas deberán inscribirse en el Registro***, conforme al procedimiento que para tal efecto señale la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

***El incumplimiento de la inscripción generará la cancelación de la licencia de funcionamiento o autorización de actividad por la respectiva municipalidad***, sin perjuicio de que la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones disponga el cierre de los locales, conforme a las atribuciones conferidas en la Ley N° 26702.”

Es por ello que, cuando el Registro fue reglamentado en el año 2012, solo contemplaba el acceso al mismo para empresas que operaran de forma física. No obstante, posteriormente, el Reglamento fue modificado por la Resolución SBS No. 1201-2018 que incorporó dentro del término de empresa de préstamo a las que realizan la actividad de manera electrónica:

**Artículo 2°.- Definiciones y Abreviaturas**

(...)

- c) *Empresa de préstamos y/o empeño: persona natural con negocio o persona jurídica dedicada a otorgar préstamos de dinero con fondos propios a favor de una persona natural o jurídica (cliente), pudiendo recibir en garantía un bien mueble y/o inmueble, otorgada por el cliente o un tercero, incluyendo garantía sobre alhajas u otros objetos de oro o plata, así como de oro en lingotes. La actividad se realiza de manera: i) presencial, en un establecimiento con licencia de funcionamiento vigente para otorgar préstamos y/o empeño expedida por la Municipalidad correspondiente, o ii) electrónica, a través de una plataforma virtual, debiendo contar con la autorización respectiva expedida por la Municipalidad correspondiente”.*

Es a partir de dicho momento, en que las Fintech de préstamo debían cumplir también con registrarse ante la SBS para poder iniciar actividades.

---

<sup>5</sup> Incorporada por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo No. 1106, publicado el 19 de abril de 2012.

Conforme lo señala la norma en mención, a pesar de que se trata de una actividad que se realiza de forma digital, a través de una plataforma virtual, se les exige a estas empresas que deben contar con una licencia de funcionamiento para operar.

Ello implica que dichas empresas, para poder iniciar operaciones, deben asumir el costo de contar con una oficina con la respectiva licencia de funcionamiento aún cuando no la necesiten para realizar su actividad.

Como vimos en la Ley que creó el Registro, la consecuencia de que no se inscriban en el Registro, es que se cancele su licencia de funcionamiento. Ello no implicaba en modo alguno, que la licencia de funcionamiento se considere como un requisito exigible para todas las empresas, más aún cuando el cierre del local para una Fintech de servicios de préstamo no impide que continúe operando.

Si el objetivo principal que se buscaba con la creación del Registro, era mapear al universo de empresas de préstamo y empeño que operan para que la UIF pueda efectuar una supervisión y fiscalización efectiva a dichas empresas; y, así, prevenir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, en el caso de las Fintech de servicios de préstamo dicho objetivo no logra alcanzarse, pues solo un mínimo de dichas empresas llega a inscribirse en el mismo, lo que consecuentemente genera que operen al margen de la legalidad e imposibilitadas de designar a su Oficial de Cumplimiento ante la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF). Ello, sin mencionar que también desincentiva a los nuevos empresarios dispuestos en invertir en ese modelo de negocios.

Ante ese escenario, de no contar con un Oficial de Cumplimiento acreditado ante la UIF, no pueden reportar las operaciones sospechosas que en el curso de su actividad detecten, siendo uno de los rubros que más riesgos de lavado de activos enfrenta.

En este caso, vemos que la regulación en vez de incentivar a la formalización y aminorar el riesgo de lavado de activos, se está convirtiendo más en una barrera de acceso y de permanencia en el mercado que no les permite actuar en igualdad de condiciones, conforme desarrollaremos más adelante.

## V. LAS FINTECH VS LA LIBERTAD DE EMPRESA.

En el Perú, la iniciativa privada es libre, y se ejerce en una economía social de mercado<sup>6</sup>. Asimismo, el Estado estimula la creación de riqueza, garantiza la libertad de empresa, comercio e industria, y promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.<sup>7</sup>

Para el Tribunal Constitucional, la economía social de mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de derecho. En esta imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado (EXP N.º 0646-96-AA/TC F.J. 2). En consecuencia, dichos valores (libertad y justicia) dan origen a dos principios constitucionales: la libertad propiamente dicha y la promoción de la igualdad.

---

<sup>6</sup> Artículo 58º de la Constitución Política del Perú.

<sup>7</sup> Artículo 59 de la Constitución Política del Perú.

De este modo, cuando el artículo 59° de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa, está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no solo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (**libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado**, así como la libertad de cesación o de salida del mercado.<sup>8</sup>

Asimismo, la Constitución a través del derecho a la libertad de empresa garantiza **el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad**.

A mayor detalle, el Tribunal Constitucional (sentencia del Exp. 0008-2003-AI/TC) ha señalado que la función orientadora del Estado, en el marco de la libre iniciativa privada, tiene como una de sus características más resaltantes el **respeto a la libertad de los privados para desenvolverse en el mercado**. Es decir, el Estado puede orientar los fines deseables para la sociedad, **pero los privados fijan libremente el modo en el que alcanzarán esos fines**:

*38. [...] dentro del respeto a la libre iniciativa privada, la función orientadora del Estado tiene como propósito el desarrollo del país, procurando que se materialice el componente social del modelo económico previsto en la Constitución.*

*39. Dicha **función orientadora** presenta, sustancialmente, las siguientes **características**: a) el Estado puede formular indicaciones, siempre que éstas guarden directa relación con la promoción del desarrollo del país; b) los **agentes económicos tienen la plena y absoluta libertad para escoger las vías y los medios a través de los cuales se pueden alcanzar los fines planteados por el Estado**; y, c) el Estado debe estimular y promover la actuación de los agentes económicos.*

Asimismo, en la referida sentencia, el mismo Tribunal ha reconocido que si bien la autodeterminación —como garantía constitucional para el ejercicio de la libre iniciativa privada y requisito esencial para el desarrollo de la libre competencia— puede ser objeto de límites o restricciones con el objeto de garantizar intereses generales, existe una **libertad inviolable, una garantía que no se puede sacrificar: la libertad de los privados para diseñar su propia estrategia en la prestación servicios en el mercado**, es decir, su **organización y procesos internos** no puede ser objeto de intromisión por parte del Estado:

*33. [...] la libre iniciativa privada y, concomitantemente, la libre competencia y demás libertades patrimoniales consagradas en la Constitución y ejercitadas en el seno del mercado, presuponen necesariamente tres requisitos:*

- a) La autodeterminación de iniciativas o de acceso empresarial a la actividad económica;*
- b) La autodeterminación para elegir las circunstancias, modo y forma de ejercitar la actividad económica; y,*
- c) La igualdad de los competidores ante la ley.*

---

<sup>8</sup> EXP. N.° 01405-2010-PA/TC

*A estos requisitos que determinan conjuntamente las garantías de defensa de los intereses individuales en la economía, se suman aquellos que garantizan el interés comunitario; a saber:*

- a) La sujeción a la Constitución y a las leyes;*
- b) El respeto de los derechos fundamentales; y,*
- c) La proyección de cualquier actividad económica hacia el bien común.*

***El ejercicio de toda actividad económica puede limitarse. Sin embargo, es preciso que las restricciones legales adoptadas no enerven esa legítima autonomía, así como también impidan a los operadores económicos privados diseñar su propia estrategia para ofrecer, adquirir, vender o hasta permutar en el mercado. Ello, sin perjuicio de reconocer que incluso las medidas estatales que pretendan operar sobre el ámbito de las libertades económicas deben ser razonables y proporcionadas.***

Como se puede apreciar, la libre voluntad de crear una empresa, y la libre organización de la actividad empresarial son componentes esenciales del derecho a la libertad de empresa, así como el acceso al mercado empresarial. Este derecho se entiende, en buena cuenta, como la capacidad de toda persona de poder formar una empresa y que esta funcione sin ningún tipo de traba administrativa, sin que ello suponga que no se puede exigir al titular requisitos razonablemente necesarios, según la naturaleza de su actividad.<sup>9</sup>

### **5.1 ¿El Reglamento de Registro de Empresas de Préstamo vulnera la libertad de empresa?**

Bajo el contexto de lo expuesto, correspondería analizar y reflexionar si la Resolución SBS No. 6338-2012, que exige como requisito una licencia de funcionamiento municipal a las Fintech de servicios de préstamo, estaría vulnerando la Constitución y los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional.

Como hemos visto, una Fintech de préstamos brinda sus servicios de forma remota; es decir, sin necesidad de que el consumidor de estos servicios se acerque a algún establecimiento físico para su atención.

Sin embargo, la exigencia de una licencia municipal para ingresar al registro de la SBS implica que el empresario tenga que conseguir necesariamente infraestructura física para el funcionamiento de una oficina permanente, cuando ya es sabido que este tipo de empresas necesita inversión en infraestructura digital de calidad y segura.

Ahora bien, si enlazamos el contexto normativo actual (Resolución SBS No. 6338-2012) de las Fintech de préstamos con los criterios del Tribunal Constitucional expuestos previamente, claramente advertimos una vulneración del derecho fundamental a la libertad de empresa de los particulares interesados en este modelo de negocio.

Ciertamente, pretender que una empresa que recién inicia sus operaciones como una Fintech de préstamos, mantenga a su disposición, de forma continua y permanente, un ambiente o local físico que no necesita para llevar a cabo sus operaciones, constituye un agravio a la libertad de acceso al mercado, pues todo empresario tendría que incrementar sus costos de acceso y

---

<sup>9</sup> Chanamé Orbe, R. (2006). Comentarios a la Constitución. Tercera Edición, Jurista Editores. (Pag. 243).



permanencia- de forma innecesaria, para conseguir una licencia de funcionamiento municipal que le facilite su acceso al Registro de la SBS.

Adicionalmente, se estaría infringiendo la libertad de organización del empresario, pues con la solicitud de una licencia municipal como pre requisito para inscribirse en el registro de la SBS y operar bajo condiciones de legalidad, se obliga a los privados a organizarse sin el establecimiento de sus propios objetivos, sino de forma tal que las decisiones sobre la gestión de la empresa, gestión de personal, horarios de trabajo, mobiliario y herramientas de trabajo etc., estaría en función al espacio físico inmueble que el poder público obliga a mantener, aunque éste sea totalmente prescindible para el modelo de negocio de Fintech de préstamos.

Finalmente, precisamos que la obligación de contar con la posesión de una infraestructura inmueble, con la mera finalidad de obtener una licencia de funcionamiento municipal, que permita la inscripción de las Fintech de préstamos en el registro de la SBS, infringe la libertad de dirección de la empresa, pues no permite al empresario dirigir y planificar libremente su actividad, de acuerdo a sus requerimientos empresariales, a los recursos que administra, ni de acuerdo a lo que solicita el mercado; sino que lo ata a planificar y gestionar su actividad en función a una disposición reglamentaria.

## VI. ANÁLISIS DE LA BARRERA BUROCRÁTICA.

De conformidad con lo establecido por el artículo 3° de la Ley, constituyen barreras burocráticas los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública que establecen exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros para la realización de actividades económicas que limitan la competitividad empresarial en el mercado<sup>10</sup>.

Teniendo en cuenta lo anteriormente señalado, podemos afirmar que, para evaluar si una exigencia puede ser considerada como una barrera burocrática, será necesario determinar si la medida está contenida en un acto o disposición emitida por una entidad estatal en ejercicio de su función administrativa, lo cual se cumplirá en el presente caso conforme hemos expuesto anteriormente.

La SBS a través de la Res. SBS No. 6338-2012, ha establecido la exigencia de que las empresas de préstamo que operan a través de una plataforma virtual deben contar con una licencia de funcionamiento para acceder al Registro. En ese contexto, comprobamos que está contenida en un acto de la Administración Pública.

---

<sup>10</sup> DECRETO LEGISLATIVO N° 1256, LEY DE PREVENCIÓN Y ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS. Artículo 3°.- Definiciones

Para efectos de la presente ley, debe tenerse en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

3. Barrera burocrática: exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa. La sola calidad de exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro no implica necesariamente su carácter ilegal y/o su carencia de razonabilidad. (...)

Ahora, cabe analizar si dicha exigencia es ilegal e irracional. Al respecto, debemos recordar que en la Ley No. 27693, que crea el Registro, no establece dicha exigencia para las empresas de préstamo y empeño, sino que, es un requisito establecido vía reglamentaria.

A través de la Ley No. 27693, se le facultó a la SBS para que vía reglamentaria establezca el procedimiento para que las empresas de préstamo y empeño accedan al Registro, no facultándola para que establezca tal exigencia; por tanto, vemos un exceso en las facultades de la SBS.

Asimismo, el Reglamento limita el ejercicio de la libertad empresarial y de organización para el empresario de este modelo de negocio, conforme hemos desarrollado anteriormente, límite que solo una norma con rango legal puede efectuar cuando atienda a solucionar un problema social o económico que lo haga razonable.

Por esos argumentos, se puede concluir que estamos frente a una barrera burocrática ilegal.

Una vez aclarado ello, pasamos a determinar si dicha medida es carente de racionalidad, para ello es necesario verificar si la exigencia que realiza la SBS es arbitraria.

Si bien, la creación del Registro tiene como finalidad máxima la protección del Sistema Financiero de los riesgos de lavado de activos, en una actividad que resulta ser usada como un medio para lavar dinero, la exigencia de requerir una licencia de funcionamiento para acceder al Registro para poder iniciar operaciones y designar un oficial de cumplimiento, desincentiva el acceso al Registro pues no la necesitan para operar por medios digitales, no permite mapear el universo de empresas que existen de este rubro (sujetos obligados), ni que reporten las operaciones sospechosas que detecten en el curso de sus actividades por carecer de oficial de cumplimiento.

Para complementar lo anterior, tal exigencia no resulta ser proporcional para los fines que persigue, pues no genera ningún beneficio para el órgano supervisor (UIF), pues el no acceso al Registro le hace más complicado mapear el universo real de esas empresas ni permite que le reporten las operaciones sospechosas que detecten; y, traslada un costo para el administrado que les impide el acceso a dicho mercado, habiendo podido establecer otras medidas más eficaces para lograr la finalidad que busca la norma.

En conclusión, estamos ante una barrera burocrática ilegal y carente de racionalidad que puede ser denunciada como tal ante el INDECOPI, órgano competente para resolver sobre dicha materia.

## **VI. CONCLUSIONES.**

Como hemos visto, la exigencia de que las Fintech cuenten con licencia de funcionamiento para acceder al registro trae como consecuencia que el objetivo principal que se perseguía con la creación del Registro (mapear el universo de empresas de préstamo y empeño que operan para que la UIF pueda efectuar una supervisión y fiscalización efectiva a dichas empresas y, así, prevenir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo), no logra alcanzarse, pues solo un mínimo de dichas empresas llega a inscribirse en el mismo, lo que consecuentemente genera que operen al margen de la legalidad e imposibilitadas de designar a su Oficial de Cumplimiento ante la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF). Ello, sin mencionar que también desincentiva a los nuevos empresarios dispuestos en invertir en ese modelo de negocios.

Ante ese escenario, de no contar con un Oficial de Cumplimiento acreditado ante la UIF, no pueden reportar las operaciones sospechosas que en el curso de su actividad detecten.

Dicha exigencia normativa, vulnera el derecho a la libertad de acceso al mercado, libertad de organización y dirección de las empresas, que se encuentran debidamente protegidas en la Constitución Política del Perú.

En este caso, vemos que la regulación en vez de incentivar a la formalización y aminorar el riesgo de lavado de activos, se ha convertido en una barrera burocrática ilegal y carente de racionalidad que puede ser denunciada ante el INDECOPI.

## **VII. REFLEXIONES FINALES.**

Se debe tener en cuenta que el mundo está migrando cada vez más rápido a la prestación de servicios financieros netamente virtuales, lo que implica que ya muchas empresas no requieran operar a través de una oficina, al menos no las más pequeñas. Muestra de ello es que, en esta pandemia la prestación de servicios y/o adquisición de productos financieros por los usuarios no se ha detenido.

Ante ese escenario, vemos una necesidad de que la regulación y supervisión de empresas que brindan servicios financieros digitales se adecúe a estas nuevas realidades. Por tanto, la legislación tiene que modernizarse y no ser un obstáculo para el desarrollo del país. Habrá entonces que reformular y repensar cómo adecuar la legislación a los nuevos cambios tecnológicos sobre todo dentro de una economía social de mercado.

Finalmente hay que señalar que, para una adecuada transformación digital es imprescindible un trabajo conjunto entre el sector público y el privado de modo tal que se trabaje en una infraestructura de mercado digital que permita a su vez mayor desarrollo económico. Por su parte la SBS, tiene la gran tarea de emitir una regulación apropiada para servicios financieros innovadores y que no resulten ser un ancla que les impida operar o que les imponga sobrecostos que los haga operar al margen de la legalidad.



# DERECHO Y ROBOTS: EL FUTURO YA ESTÁ PRESENTE

Autor:  
**Ronald Cárdenas Krenz**

---



# DERECHO Y ROBOTS: EL FUTURO YA ESTÁ PRESENTE <sup>1</sup>

Ronald Cárdenas Krenz<sup>2</sup>

## SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Cuando el futuro se va volviendo cosa del pasado.
- III. Algunas cuestiones jurídicas vinculadas con el desarrollo de la robótica.
- IV. Algunas reflexiones vinculadas con el desarrollo de la Robótica.
- V. Conclusiones.
- VI. Referencias Bibliográficas.

## **I. INTRODUCCIÓN.**

Las nuevas tecnologías han irrumpido disruptivamente en nuestras vidas: la comunicación se ha vuelto más dinámica e intensa, contratamos de nuevas formas, existen sofisticados tratamientos médicos antes impensados, el entretenimiento se hizo virtual y la educación pasó de la pizarra a la pantalla, entre otros múltiples cambios. Todo ello con el conocimiento como fuente inagotable de recursos. La tecnología no solo ha cambiado el mundo sino también nuestra forma de estar en él.

Pero en la sociedad del conocimiento, como en todo, las virtudes pueden devenir también en riesgos. La información viaja más rápidamente y en mayor escala, pero a la vez somos víctimas de una infodemia en cuya vorágine se mezclan *fake news*, postverdades, medias verdades, chismes y -a veces- algunas verdades. La indignación ciudadana ha encontrado nuevas y democráticas formas de

---

<sup>1</sup> El presente artículo es parte de la investigación que sobre la materia realizara el autor para el Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima, contando con el valioso apoyo, como Asistente de Investigación, de la Srta. Valeria Padilla Verde, estudiante de la Facultad de Derecho de dicha casa de estudios.

<sup>2</sup> Doctorando en Derecho. Magíster en Bioética y Biojurídica. Magíster en Derecho Civil y Comercial. Profesor de la Facultad de Derecho e Investigador del IDIC de la Universidad de Lima. Ex Superintendente Nacional de los Registros Públicos y Presidente del Consejo del Notariado. Miembro de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro de la Pontificia Academia para la Vida.

protesta, disponible las veinticuatro horas del día, ya sea para la denuncia justa como para la acusación ligera, ya sea para el halago o para el agravio.

Con los medios a la mano para exponer hiperbólicamente nuestras vidas, llevados por el egocentrismo, queremos ser protagonistas en la sociedad del espectáculo; y entonces cualquier cosa se puede postear con tal de llamar la atención, de una manera que hasta al propio Oscar Wilde se escandalizaría; llevamos una doble vida, en donde no solo los demás ya no pueden distinguir lo virtual de lo real, sino también nosotros mismos. La vanidad se toma *selfies* y el valor de la vida parece reducirse al número de *likes* de la última foto colgada. Narciso ya no se mira al espejo, ahora tiene Instagram o Facebook.

Y así entonces, sabemos más de todos y menos de todo. Tenemos más información, pero menos conocimiento, tejiendo colectivamente una red que ha terminado por atraparnos. Nada importa con tal de estar en línea, sea que ello signifique estar conectados o lucir una buena figura.

En una sociedad orwelliana, Google sería lo más parecido a el Gran Hermano. La intimidad ha cedido el paso a la extimidad.

Seducidos por la tecnología, se habla de edificios inteligentes, autos inteligentes, teléfonos inteligentes, mientras nosotros somos cada vez más ignorantes de una tecnología que nos desborda.

La ingeniería genética ha adquirido dimensiones revolucionarias; ya no son solo pollos con tres piernas, cabras combinadas con ovejas, o perros fosforescentes, pues también existen ya nuevas técnicas de edición como CRISPR-Cas 9, para manipular nuestro genoma como si usáramos un procesador de textos; de esta manera, podremos curar viejas enfermedades, pero también crear otras nuevas; sanar a muchos, pero también comprometer a las próximas generaciones manipulando la propia línea germinal humana.

Como dice Eckman, nos encontramos en un conflicto entre dos ideas: por un lado la de: *"We can do it, then we should do it"*; y, por otro, la de: *"Can does not mandate ought"*.

En España, se creó hace ya unos años un método para detectar más temprano el síndrome de Down en bebés en gestación a fin que sus progenitores puedan estar mejor preparados para recibirlos; pero, enterados del dato, hoy los padres suelen usarlo para eliminarlos antes de nacer. En una sociedad mercantilista, nadie quiere "productos fallados".

A tono con las nuevas formas de contratación, compramos vía internet libros, cursos, artículos de primera necesidad o de la última, a un vendedor remoto que puede estar en la esquina, en Estados Unidos o en China. Vamos de compras sin salir de casa, aunque también hay *hackers* que nos pueden robar desde la comodidad de su sillón.

Drones y satélites nos tienen mejor informados, pero también pueden informar más de nosotros. En nombre de la seguridad, las calles están cada vez más llenas de cámaras; mas a la vez terminamos sacrificando nuestra privacidad o secuestrando la ajena, vulnerando la intimidad del otro con un



lapicero, un botón o un reloj cuyas cámaras son suficientes para traerse abajo desde matrimonios hasta presidentes, dándole nuevos alcances al *homo videns* del que hablaba Sartori.

A propósito de matrimonios, ya hace algún tiempo la tecnología nos planteó la pregunta si podemos ser infieles virtualmente y todavía no nos ponemos de acuerdo con la respuesta. Pero las cosas, en materia de familia, se vuelven más complicadas todavía si vemos cómo se venden bebés creados a la carta, se siguen congelando embriones y cada vez se pone más en entredicho la vieja frase de "madre solo hay una", sobre todo cuando ya es fácticamente posible un bebé creado del óvulo de una mujer, pero con el núcleo de otra, para generar un embrión que cargará en su vientre una tercera, que al final de repente se lo entregue a una cuarta.

En los límites del desborde (si es que no nos hemos pasado ya), está en curso una campaña para promover los "úteros-máquina", promocionándolos como una nueva forma de "liberar" a la mujer. Por otro lado, se ha anunciado ya el envío de una mujer embarazada al espacio para saber "qué pasa" cuando dé a luz allí, sin importar a los organizadores los riesgos para el bebé, pensando solo en futuros viajes espaciales tripulados a lugares más lejanos de nuestra humanidad. Junto con ello, crecen los pedidos para la criogenización, a la que aplican sujetos ansiosos de que se congelen sus cerebros una vez muertos, para que luego sean implantados en la cabeza de otra persona o en una computadora, una vez que contemos con la tecnología para ello. Y, entonces, no sabemos, si la tecnología está para realizar nuestros sueños o para crear impensadas pesadillas.

La definición de la medicina como arte o ciencia para curar, va cediendo peligrosamente su lugar a una medicina del deseo, ofreciendo sus servicios ya no en función de la necesidad sino de la mera frivolidad, incluyendo dentro de sus clientes a preocupadas tías que no tienen mejor idea que regalar a sus quinceañeras ahijadas un par de implantes mamarios por su cumpleaños.

Algunos padres reclaman para que se les permita implantar sensores bajo la piel de sus hijos a fin de monitorearlos. Una modelo anuncia que desea que le implanten un tercer seno. Un científico de Harvard quiere "resucitar" al hombre de Neanderthal. Otra mujer anuncia una vigésima operación para parecerse más a Barbie. Y una pareja sordomuda pide ayuda de la ciencia para tener hijos que nazcan exprofesamente sordos.

La tecnología salta de los laboratorios y consultorios para llegar a las autopistas, de modo que ya vienen circulando a modo de prueba vehículos autónomos, generando nuevos dilemas: ¿cómo programarlos? Si un peatón imprudente se cruza y no hay tiempo para frenar, ¿qué debe hacer el coche? ¿abrirse a un costado para no atropellarlo aunque ello signifique chocar contra una pared y acabar con la vida de los pasajeros del auto? ¿O atropellar nomás al peatón para no poner en riesgo a los pasajeros? La gente encuestada sobre el tema, dice que debería programarse para que haga lo primero, pero a la vez esa misma gente preferiría comprar un auto como el segundo.

Antes de que siquiera empecemos a poner en orden algunas ideas, la tecnología está yendo mucho más rápido que la reflexión jurídica. La robótica es uno de esos campos.

Hoy en día, existen los más sorprendentes tipos de robots, ofreciendo infinitas posibilidades, pero también nuevos riesgos. Y entonces, es importante hacer un alto para detenernos y ver lo que se nos

viene, ya sea para un mejor aprovechamiento de las máquinas a efectos del mejor el ejercicio de nuestros derechos, o ya sea para evitar que ellas mismas puedan terminar vulnerándolos. De eso tratan las siguientes páginas.

Soñamos con *cyborgs* que curiosamente no podrán soñar; y la ciencia ficción es cada vez más ciencia y menos ficción. La tecnología lo va cambiando todo, incluso a nosotros mismos, por lo que habrá qué pensar qué queda de nuestra humanidad y qué hacer para preservarla, antes de que nos convirtamos en un producto más de desecho.

Lo peor -parece ser- no es que los robots se parezcan a nosotros, sino que nosotros nos convirtamos en simples y mecánicos autómatas.

## II. CUANDO EL FUTURO SE VA VOLVIENDO COSA DEL PASADO.

Con motivo de la pandemia del coronavirus, los robots fueron utilizados en Wuhan, para repartir alimentos; y, en general, en China, la escasez de trabajadores y la necesidad de evitar el contacto personal, llevó a que se incremente el uso de robots en dicho país;<sup>3</sup> además, se han empleado drones y otras aplicaciones algorítmicas para detectar y hacer el seguimiento a personas infectadas con el Covid-19.

En el Perú, Walter Velásquez, un profesor de Huancavelica, creó la robot *Qipi*, que habla, canta y recita en quechua, ayudándolo a dictar clases en los diversos caseríos hasta donde llegan en plena pandemia del coronavirus.

No cabe duda que la ciencia-ficción es cada vez menos fantasía y más realidad. Los recientes avances en robótica son particularmente notables en la satisfacción de necesidades, deseos o simplemente caprichos, generando enormes expectativas, a la vez que interrogantes.

Mirando al mañana, una de las ideas más recurrentes en el imaginario colectivo, es la de un mundo en donde los seres humanos convivimos con los robots.<sup>4</sup> A partir de allí, se han tejido historias en donde pueden aparecer a veces como héroes, otras como villanos; a veces como fieles servidores del hombre, otras pretendiendo dominarlo, con una serie de matices intermedios entre uno y otro extremo.

En ese elenco futurista, con los robots como protagonistas, desfilan desde *HAL* de la película "2001: Odisea del Espacio" hasta *R2D2* y *C3PO* en la saga de "Star Wars", pasando por "Yo Robot" con Will Smith, el robot de la serie "Perdidos en el Espacio", la *Robotina* de "Los Supersónicos", la niña robot de "La pequeña maravilla", el robot de Mitsuo Suwa en "El hombre par", el robot de "El Hombre Bicentenario" o el memorable *C19* del profesor Semo en las fantásticas aventuras de "Fantomas".

---

<sup>3</sup> Ver: Diario El Comercio, edición del 21.03.20, p. 10.

<sup>4</sup> La palabra "Robot", que viene de la palabra checa *robota* y significa "trabajo forzado", se origina en una obra teatral checa de ciencia ficción, titulada "RUR Rossum's Universal Robots" (1921), escrita por Karel Capek; aunque su difusión y alcance tiene que ver con la obra "Robot", escrita por Isaac Asimov en 1941 (Martínez, 2018, p. 58).

Ahora bien, ¿cuál es la realidad en la materia? Un dato interesante es que, en el año 2008, el número de robots industriales en operación era de un millón (Lichocki et al., 2010, p. 39), y si bien estamos todavía lejos de las puestas en escena de Hollywood, podemos decir que el futuro ya empezó. Baste decir que, para el 2019, la Federación Internacional de Robótica (2018) proyectó la existencia de casi 2'800,000 unidades, previéndose para el 2020 un mercado de robots industriales de cerca de 45 mil millones de dólares.

Ya no solo se trata de máquinas que se encarguen de las tareas más difíciles, meramente mecánicas o riesgosas; ahora podemos encontrarlas como meseras, atendiendo enfermos o recogiendo el polvo de la casa.

Así, en mayo del 2019, en la ciudad de Génova (Italia), el Gran Café Rapallo incorporó a su *staff* de mozos, nada menos que a dos robots traídos desde China,<sup>5</sup> listos para llevar a la mesa los pedidos tomados por los camareros; en Afganistán, la primera camarera robot se llama *Timea*, habiendo también mozos meseros en diversos locales en Nepal, Japón y China. Ya desde antes, en Estados Unidos, existen restaurantes con robots-barman que preparan excelentes cocteles que incluso saben mejor que los preparados por humanos, teniendo en cuenta la precisión con la que pueden combinar sus ingredientes. Algo más lejos, existe, en un café de Tokio, el robot *OriHime-D*, que actúa como camarero, siendo la primera cafetería en emplear robots dirigidos a distancia por personas con discapacidades físicas graves.

Se habla también de robots humanoides, los cuales poseen la capacidad de interactuar dinámicamente con nosotros, asemejándonos en "comportamiento" y aspecto (Núñez, 2019), como es el caso de *Zora*, que puede ver, oír y desplazarse, visitar a pacientes ancianos y hacer que practiquen ejercicios terapéuticos. Sumado a este, tenemos a *Pepper*, un robot de compañía que reconoce las emociones fuertes. Además, el robot *Nao*, permite que un niño enfermo tenga la posibilidad de participar de sus clases desde su cama en el hospital (Pouliquen, 2018, pp. 49 y 50). Existen, además, androides como *Geminoid*, creado por el japonés Hiroshi Ishiguro.

Una de las más famosas robots hoy en día es *Sophia Hanson*, de la compañía japonesa Hanson Robotics, una robot humanoide, inspirada en la actriz Audrey Hepburn, diseñada para aprender y adaptarse al comportamiento humano, capaz de dar entrevistas,<sup>6</sup> y que es el primer robot al que se le ha dado ciudadanía, en Arabia Saudita, y sin obligación de andar acompañada de un hombre o de llevar velo, a diferencia de las mujeres de carne y hueso de dicho país.

Dubai tiene ya un policía robot, proyectándose que para el año 2030, el 25% de las fuerzas policiales sean compuestas por robots (Shouk, 2017). En Japón, hay un hotel gestionado casi en su totalidad por robots; y, en el mismo país, los monjes del templo Kodajji contrataron hace poco a los mejores especialistas para crear un robot, de 1,95 cm. de alto, que representa a Kannon, "la diosa de la compasión", la cual habla, predica y se desplaza, siendo adorada por sus seguidores, con los que

---

<sup>5</sup> <https://www.chenews.it/2019/05/05/rapallo-gran-caffe-camerieri-robot/>

<sup>6</sup> Véase: <https://www.youtube.com/watch?v=o6hDcl20Vjc>; <https://www.youtube.com/watch?v=yEYJFx-mG4>

interactúa desde inicios del 2019; también existe el robot *Mindar*, que recibe a los visitantes de un templo<sup>7</sup> y puede interactuar con ellos; aparte, en otro templo, está el pequeño y carismático *Xianer*.<sup>8</sup>

Existen ya robots que pueden escribir música, estando en ejecución el proyecto *DeepBach*, cuyo objeto es crear música al modo de Bach haciendo uso de la inteligencia artificial. De hecho, hoy en día, la inteligencia artificial es ya un recurso para componer canciones.

En materia de pintura, en junio del 2019, en Oxford, Inglaterra, se organizó la primera exhibición de arte de un robot con los dibujos hechos por *Ai-Da*, una robot con forma humanoide -creada por el artista Aidan Meller- que cuenta con un sistema de inteligencia artificial<sup>9</sup> que le permite reproducir las imágenes capturadas por las cámaras ubicadas en sus ojos, y hablar;<sup>10</sup> aparte, existe el algoritmo del proyecto holandés *The Next Rembrandt*, que es una obra impresa en 3D, que se empleó para recrear cuadros pintados por el famoso artista holandés hace cuatro siglos (Becerra, 2018).

Otro rubro es el de la empresa Boston Dynamics, que ha creado un perro robot llamado *Spot*, el cual, desde setiembre del 2019, ya se encuentra a la venta, y puede servir para inspeccionar el avance de obras y acciones de patrullaje, entre otros usos; su velocidad es de 10 kph, tiene una autonomía de 90 minutos y puede cargar hasta 14 kilos. La misma empresa viene perfeccionando, asimismo, el robot humanoide *Atlas*, el cual puede hacer *parkour* y una rutina de gimnasia.<sup>11</sup>

Gracias a la inteligencia artificial tenemos también una pequeña pelota: *Ballie*, que puede servir para cuidar personas, la casa o a nuestra mascota, teniéndonos al tanto de ellos si estamos ausentes; puede incluso hacer llamadas de emergencia, habiendo sido presentada en la feria de consumo electrónico de Las Vegas en enero del 2020.

Por otro lado, existen ya empresas como Real Doll que fabrica maniqués realistas destinados a satisfacer las apetencias sexuales de los interesados, capaces incluso de responder preguntas que se pueden personalizar a través de una aplicación; los muñecos de plástico con los que cuenta la compañía están debidamente provistos para satisfacer los requerimientos sexuales también de mujeres. De hecho, en Barcelona, existe ya "una" robot llamada *Samantha*, muñeca sexual de joven apariencia femenina, cuyas medidas son 90-60-90 y está dotada de sensores, prestando sus "servicios" en un prostíbulo.

---

<sup>7</sup> <https://www.youtube.com/watch?v=Z7kLgwAVaeQ>

<sup>8</sup> <https://www.youtube.com/watch?v=nWEKcDNOESI>

<sup>9</sup> El término "inteligencia artificial" fue introducido por John McCarthy en 1956, no habiendo un concepto único para definirlo. Para efectos del presente estudio, entendemos por tal al "área de la ciencia informática que se dedica a las máquinas que aprenden por sí mismas" (Frank, et al., 2018, p. 68). Se le puede definir, asimismo, como "una ciencia que trata de estudiar el comportamiento inteligente a través de modelos matemáticos" (Diaz, 2018, p. 14).

<sup>10</sup> <https://cnnespanol.cnn.com/video/robot-ai-da-inteligencia-artificialdibujar-oxford-pkg-digital-original/>

<sup>11</sup> Flores, C. (25 de setiembre del 2019). Spot, el perro robot de Boston Dynamics, comienza a fabricarse en masa y ya es posible comprarlo. *El Economista*. Recuperado de: <https://www.economista.es>

En el plano deportivo, en la actualidad, el programa *Stockfish* supera con facilidad a cualquier ajedrecista, existiendo diversos motores de ajedrez que compiten entre sí en campeonatos; lo cierto es que desde que, en 1997, la computadora *Deep Blue*, de IBM, venciera al campeón mundial de ajedrez Gary Kasparov, las máquinas han incursionado en diversos juegos con éxito: Google cuenta con el programa *AlphaGo*, que es capaz de entrenarse a sí mismo y que en el 2016 venció a uno de los campeones del mundo en el antiguo juego de mesa chino: Go. La inteligencia artificial también se ha sentado en la mesa de póker y, últimamente, ha incursionado en la pantalla de los videojuegos, siendo capaz de coordinar *on line* con diversos compañeros de equipo hasta diseñar estrategias que le permitan ganar el juego.<sup>12</sup>

No cabe duda de que la tecnología ha avanzado increíblemente desde que Leonardo da Vinci diseñara su "Caballero Mecánico",<sup>13</sup> y demás está hablar de la presencia de los robots en las fábricas ya desde hace buen tiempo, cumpliendo funciones mecánicas, siendo más bien novedoso su concurso en el área de salud, contándose con un robot como *PaPeRo* que ayuda en el cuidado de niños.

La aplicación de la robótica en el tratamiento médico de las personas ha generado interesantes resultados. Entre otras aplicaciones, aparte de las ya mencionadas, podemos encontrar las cápsulas médicas inteligentes, el monitoreo de pacientes, el apoyo para los discapacitados, la ayuda en el tratamiento de niños con autismo<sup>14</sup>, etc. Su uso en la medicina es ciertamente prometedor; incluyendo su aplicación en la mejora de la detección del cáncer<sup>15</sup> y el desarrollo de la medicina personalizada; de esta manera, existe el robot terapéutico *PARO*, *Tug* lleva medicamentos a las enfermeras, y *MABU* le recuerda al paciente cuándo tomar sus pastillas, existiendo otros que acompañan simplemente, como *Loomo*, constituyendo toda una nueva categoría de robots sociales destinados especialmente para asilos, hospitales o casas para adultos mayores, y cuyas ventas ascendieron a 5.600 millones de dólares en el 2018 (Nugent, 2019). Cabe resaltar que es en el ámbito de robots asistenciales, personales y de servicio en donde hay una mayor interacción entre humanos y robots, lo cual si bien es positivo, nos lleva también a la necesidad de ser conscientes de la posibilidad de riesgo respecto a un posible daño personal (Núñez, p. 63), incluyendo -como lo hemos dicho ya- invasiones a la intimidad.

Por otro lado, científicos de Estados Unidos han utilizado una pequeña sonda robot para recorrer los ventrículos de un cerdo vivo, lo que podría ayudar a detectar problemas cardiacos en seres

---

<sup>12</sup> [http://www.ansalatina.com/americalatina/noticia/tecnologia/2019/06/01/otra-derrota-humana-ante-inteligencia-artificial\\_7f5c0283-961b-4f1c-aba4-086076a25a3e.html](http://www.ansalatina.com/americalatina/noticia/tecnologia/2019/06/01/otra-derrota-humana-ante-inteligencia-artificial_7f5c0283-961b-4f1c-aba4-086076a25a3e.html)

<sup>13</sup> Un autómatas de tamaño humano, cual caballero con armadura, que podía moverse gracias a un sistema de engranajes y poleas, que puede verse en el museo Da Vinci en Florencia.

<sup>14</sup> En el Perú, un grupo de estudiantes de la ciudad de Huancayo ha creado recientemente *Baymax*, un robot para tratar a niños con autismo (y cuyo nombre recuerda a un personaje de Disney de la película "Big Hero 6"); para más detalle, véase: <https://caretas.pe/nacional/conoce-a-baymax-el-primer-robot-para-tratar-a-ninos-con-autismo-desarrollado-por-huancainos/>

<sup>15</sup> Existen ya, por ejemplo, sistemas de inteligencia artificial capaces de superar a los humanos en la predicción del cáncer de mama (Mayer et al., 2020).

humanos.<sup>16</sup> Ello aparte de la creación de softwares que permiten una mayor precisión en la interpretación de mamografías o el diagnóstico de diferentes enfermedades. O la aplicación cada vez mayor de Da Vinci, el primer robot cirujano del mundo que se utiliza desde el año 2000 en cirugías de próstata, riñón, estómago y otras. El uso de brazos robóticos para apoyar a los cirujanos, como una extensión virtual de sus manos y ojos, ha permitido acortar el tiempo en las operaciones de próstata, reduciendo el riesgo de sangrado, el peligro de infecciones y disminuyendo el tiempo de internamiento, entre otros efectos positivos (Alcalde, 2016, pp. 199-200).

Desde que el médico canadiense Mehran Anvari, introdujo la telemedicina haciendo la primera operación remota de hospital a hospital para realizar una intervención laparoscópica en una paciente a 500 kilómetros de distancia, en donde un sistema de realidad virtual registraba sus movimientos y los trasladaba a un robot sobre el cuerpo de una paciente (Alcalde, 2016, p. 208), sin duda mucha agua ha pasado debajo del puente.

Empero, los usos en el área de la salud no han sido siempre de la forma más apropiada (Cacho, 2018), como sucedió con Ernest Quintana, un paciente de 78 años, a quien a través de un robot con una pantalla de video, se le informó acerca de los resultados de unas pruebas médicas importantes que le habían hecho, en vez de la atención y cuidado especial que el caso ameritaba (Andone & Moshtaghian, 2019).

En el ámbito empresarial, hoy por hoy, ya existen robots que toman decisiones en las empresas, como lo ha resaltado la revista Forbes.<sup>17</sup> En materia de finanzas, las compañías de gestión de activos están empezando a introducir *robo advisors*, ofreciendo servicios de asesoría financiera, los cuales requieren poca o ninguna intervención humana, cometiendo menos errores y cobrando comisiones más bajas (Rouhiainen, 2018, p. 59). Cabe decir que, en el año 2015, seis de los ocho principales fondos de alto riesgo de Estados Unidos, gracias a algoritmos derivados de la inteligencia artificial, ganaron alrededor de 8 000 millones de dólares. También existen empresas como Betterment, de Jon Stein, quien a sus mediados treinta años, convirtió a su empresa en líder mundial en el campo de robots asesores para la asesoría financiera, los cuales atienden durante las 24 horas del día y a un precio más módico que los asesores tradicionales (Frank et al., 2018, pp. 16, 20).

Se habla ahora incluso de una "Tecnología Social", en la cual las máquinas ya no solo nos ayudan a hacer más cómodas nuestras vidas, automatizar algunas cosas o a bajar los costos de producción, sino que también pueden cumplir un papel importante en la defensa de los derechos humanos. De esta manera, por ejemplo, hoy se usan drones para repartir vacunas y medicinas en lugares de difícil acceso. Vanuatu es un país ubicado en el Pacífico Sur, conformado por pequeñas islas a las que es complicado llegar, por lo que, en diciembre de 2018, UNICEF firmó un contrato con el Ministerio de Salud de dicho país para usar drones a fin de entregar vacunas. A su vez, en Ghana, en mayo del 2019, se aprobó la incorporación de drones al sistema público sanitario para el envío de medicinas y sangre a todo el país.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Diario El Comercio. Lima: edición del 26.04.19, p. 19.

<sup>17</sup> <https://www.forbes.com.mx/llegaron-los-robots-que-toman-decisiones-en-las-empresas/>

<sup>18</sup> <http://www.thetechnolawgist.com/2019/05/06/los-drones-que-salvan-vidas-repartiendo-vacunas-y-sangre/>



La variedad de aplicaciones es amplísima: Un robot bombero tuvo protagonismo durante el incendio de la catedral de Notre Dame en el 2019; existen tenedores “inteligentes”,<sup>19</sup> un robot que orienta a los pasajeros en el aeropuerto de Munich<sup>20</sup> y hasta un robot diseñado por Samsung para llevar papel higiénico.

En el Perú, la robótica viene ingresando a las organizaciones tanto como opción de hardware como de software, ya sea a través del uso de brazos mecánicos o el procesamiento de datos, siendo de mencionar que el 20% de las empresas de nuestro país usan robots/chatbots, 14% ya utiliza inteligencia artificial y un 10% emplea drones, previéndose un alza exponencial en la robótica en los años siguientes.<sup>21</sup> Existe también un robot diseñado para recoger desperdicios en la playa: *Sullkapata*, diseñado en el Perú por el ingeniero Miguel Siguenza, el cual puede recoger objetos de menos de cuatro centímetros, como también el ya mencionado *Bayman*,<sup>22</sup> creado por un grupo de estudiantes para ayudar a niños con trastorno del lenguaje.

Dentro de los logros más sorprendentes, han empezado a aparecer robots que pueden tener programado un “libre albedrío” artificial, de modo que, entre varias opciones, sus circuitos “eligen” la opción más adecuada (Golombek, 2013, p. 181). Existen ya, en Estados Unidos, robots que tienen cierta autoconsciencia.<sup>23</sup> Se trata de sistemas robóticos que tienen una capacidad de autoaprendizaje, pero que incluyen un componente negativo: la generación de reacciones imprevisibles, con comportamientos o interacciones inesperadas, y con una pérdida de control o dirección por parte de su creador, propietario o programador (Núñez, pp. 12 y 13).

Los avances en el estudio del cerebro y la aplicación de la tecnología, vienen promoviendo la creación de interfaces cerebro-ordenador (BCI según sus siglas en inglés), que tratan de abrir un canal de comunicación que contacte al cerebro con un dispositivo externo, ya sea una prótesis, un brazo robótico o una computadora (Viosca, 2018, p. 39), pudiendo permitir entonces a una persona que ha tenido un accidente, volver a tener la capacidad de sentir, moverse o hablar. En diciembre de 2012, la revista británica *The Lancet* informó que investigadores estadounidenses han creado un brazo artificial que puede ser movido con el pensamiento. Por otro lado, la Universidad de Montfort, en Inglaterra, ha desarrollado un videojuego que se controla con la vista, pensando en los niños con discapacidad severa que no pueden usar un teclado.

---

<sup>19</sup> Hapifork ha creado el tenedor inteligente que avisa al comensal si está comiendo demasiado rápido y mide la frecuencia con que nos llevamos la comida a la boca, entre otras aplicaciones.

<sup>20</sup> En febrero de 2018, en el aeropuerto de Munich, empezó a brindar servicios de orientación el robot llamado *Josie Pepper*, en la Terminal 2 de dicho aeropuerto, siendo la primera prueba de un robot humanoide equipado con inteligencia artificial que atiende en un aeropuerto alemán. Más detalles sobre el particular, puede encontrarse en la propia página web del aeropuerto: <https://www.munich-airport.com/hi-i-m-josie-pepper-3613413>.

<sup>21</sup> Fuente: Suplemento Día 1. El Comercio, edición del 06.05.19, p. 16.

<sup>22</sup> Suplemento El Dominical del diario El Comercio. Lima: edición del 31.03.19.

<sup>23</sup> Diario El Comercio. Lima: edición del 06.02.19, p. 15.

Pero los alcances de estas interfaces pueden ser más sorprendentes, pues ya se habla de la posibilidad de contar con máquinas que pueden deducir lo que una persona quiere, permitiendo una comunicación neural directa (Andersen, 2019, p. 24).

Vivimos en un mundo en donde nos servimos y dependemos cada vez más de la inteligencia artificial, a través de artefactos diseñados para superar nuestras propias limitaciones físicas y mentales.<sup>24</sup> Estos avances nos permiten manejar un número mayor de datos, a mayor velocidad, y sobre la base de sofisticados modelos de redes, aparte de permitirnos hacer cosas que por nuestros propios medios no podríamos, en un desarrollo tecnológico espectacular.

La tecnología digital es parte fundamental de nuestra vida ordinaria y contamos entonces con aparatos que nos indican cómo llegar a un lugar (GPS), que nos guían entre el tráfico y hasta nos avisan si hay un policía en el camino (Waze), que nos recomiendan qué películas y series ver (Netflix), que seleccionan las noticias de nuestros amigos que más nos interesan (Facebook), que pueden atender diversas cosas de la casa (Alexa), hacer llamadas por nosotros (Siri) o hasta ayudarnos a encontrar pareja (Tinder).

Hemos abierto las puertas a diversas formas de inteligencia artificial porque hacen nuestra vida más cómoda y agradable, integrándose a nuestro día a día hasta llegar a pasar casi desapercibidas (Frank et al., 2018).

Inventamos las calculadoras para hacer cálculos complejos que nos era complicado realizar, y ahora les dejamos a ellas hasta los cálculos más sencillos, tanto que hasta ya hemos olvidado cómo se hacían. Si antes ejercitábamos nuestra memoria guardando los números telefónicos de nuestros seres queridos, ahora dejamos la tarea al celular y sin él no somos capaces de llamar a casi nadie. Podemos conversar a través de las redes sociales con una persona en cualquier lugar del mundo, pero paradójicamente hablamos menos con quien tenemos enfrente. Y hasta hay quienes piensan en para qué estudiar si Google de inmediato tiene todas las respuestas.

Sin querer, las máquinas controlan o determinan aspectos sustanciales de nuestras vidas más allá de lo que estamos dispuestos a reconocer.<sup>25</sup> Y ya no solo nosotros nos conectamos con ellas, ahora también ellas se conectan entre sí, a través del internet de las cosas, prescindiendo de nosotros inclusive: así, por ejemplo, en medio del tráfico, contamos con una aplicación que recoge la información de diversos teléfonos que se conectan con un sistema de satélites a través de un ordenador central que procesa la información para decirnos la mejor ruta para llegar a nuestro destino, de esta manera: “Estamos controlados, supervisados, aconsejados, informados, condicionados por ordenadores que hablan con otros ordenadores” (Latorre, 2019, p. 72).

Vale decir que se estima que, para el 2020, los dispositivos interconectados en todo el mundo podrían oscilar entre 50 000 millones y 200 000 millones (Frank et al., 2018).

---

<sup>24</sup> Mientras que, sacar la cuenta del restaurante nos toma unos 3 minutos, existen ya superordenadores que realizan más de un millón de billones de operaciones por segundo, lo que equivale a un uno seguido de quince ceros (Latorre, 2019, p. 50).

<sup>25</sup> Señala Marcos Saudoy: “We think we’re in control, and at the moment, we’re not. And unless we learn the ways that we’re being pushed and pulled around by algorithms, we’re going to be at their mercy” (Harris, 2019).

Pero las oportunidades no vienen solas, pues suelen llegar de la mano con riesgos, como el caso del accidente del robot que fue atropellado por un vehículo autónomo en una feria en Las Vegas en el 2019 o, el atropello de una persona por un vehículo autónomo. Pero existen otros usos más complejos y delicados, como es el empleo de drones y *Robot Killers* para matar a un enemigo a distancia cuyos usos pueden atentar contra el Derecho Internacional Humanitario.

Sea como sea, lo cierto es que los robots han llegado del futuro para hacerse cada vez más presente en los más diferentes ámbitos de nuestras vidas, planteando enormes posibilidades pero también complejos y formidables retos para el pensamiento jurídico.

### **III. ALGUNAS CUESTIONES JURÍDICAS VINCULADAS CON EL DESARROLLO DE LA ROBÓTICA.**

Ya pueden hacerse notar algunos temas de discusión, los cuales no vamos a desarrollar aquí ya que excederían el objetivo y extensión del presente artículo, pero que es oportuno enlistar, ya que el derecho tendrá que analizarlos y pronunciarse sobre ellos.

La pregunta acaso más importante es si los avances en robótica deben llevarnos a considerar a los robots como sujetos de derecho, como ya lo vienen planteando algunos, hablándose de otorgarles un estatuto jurídico especial, promoviendo su consideración como personas electrónicas; aunque también ha sido calificado por otros como una aberración; cabe mencionar que existe una Resolución del Parlamento Europeo, del 16 de febrero del 2017 en la que reconoce que cabría hablar (aunque sea) a largo plazo de una *personalidad jurídica específica para los robots*.

Al margen de que no sean sujetos de derecho, queda la cuestión de qué hacer con un robot que sea utilizado para cometer o ayudar a cometer un crimen. ¿Podría haber sanciones que recaigan sobre el robot y obligarlo, por ejemplo, a realizar trabajos forzados o a desconectarse?

Asumiendo que son objetos, la pregunta es quién responde por lo que hagan: ¿el programador, el fabricante, el vendedor, el comprador o el Estado que acepta su comercialización? El sistema clásico de la responsabilidad civil tendrá que repensarse, pues la realidad lo pondrá en aprietos, debiendo descartarse previamente si tras las propuestas del reconocimiento de la responsabilidad de los robots exista en algún caso una manipulación tendenciosa para liberar de responsabilidad a los fabricantes o a otras personas (Rogel, 2018, pp. 21-22).

Aunado a ello está el tema del uso de robots para actividades de control y seguridad ciudadana, ¿podríamos usarlos para reprimir una manifestación aunque ello signifique el uso de la fuerza? ¿podríamos programarlos para identificar a un delincuente que está libre y detenerlo en cuanto lo encuentre?

A fin de reducir el número de entuertos que retarán a los jueces, será importante definir los criterios que deben regir la programación de robots; en este punto, más allá de las reglamentaciones legales, o precisamente por la imposibilidad de ellas para cubrirlo todo, será fundamental el desarrollo de la que ha venido a llamarse una "roboética", es decir, una ética vinculada con los robots.

Demás está decir la necesidad de repensar el tema laboral en la medida que los robots van incursionando cada vez más en el área del empleo. De hecho, su presencia ha de significar la reducción de diversos puestos de trabajo en las empresas (casos conocidos son, por ejemplo, los de Apple, Samsung y Dongguan). Vale decir que un estudio de Oxford Economics de agosto del 2019, calcula que los robots han acabado con 400.000 empleos netos en Europa desde el 2000.<sup>26</sup> Sin embargo, a la vez, esta incorporación de los robots al ámbito laboral implicará la aparición de nuevos empleos para las personas, menos manuales y más intelectuales, menos mecánicos y más productivos. Vinculado con este tema, como una propuesta para paliar el desempleo que ocasionarán los robots, se ha planteado la posibilidad de establecer un impuesto sobre éstos, metiendo de esta manera en el lío de su regulación también a los tributaristas.

Visto que los robots pueden ahora componer, pintar o hacer retratos, una discusión particularmente compleja es la que tiene que ver con los derechos de autor. Si bien suena poco racional imputar a un robot la autoría de una obra, parece también arbitrario imputársela al dueño del robot pues no fue él quien en realidad pintó el cuadro. Menudo problema.

Adicionalmente, no quedará duda que deberá revisarse los derechos vinculados con la guerra para intentar regular de alguna manera el uso de robots en el transcurso de conflictos bélicos, como también deberán revisarse los criterios para definir la infidelidad en la pareja cuando la esposa se entere que su marido la engaña con un robot.

### **3.1 Posibilidades específicas que ofrece la inteligencia artificial en el ejercicio y aplicación del Derecho.**

En el ámbito legal, la inteligencia artificial ofrece innumerables posibilidades como la posibilidad de contar con una plataforma que permita revisar la jurisprudencia, leyes y doctrina en forma rápida y más integral, así como el historial de los propios magistrados y abogados que son parte de un proceso.

Ya se habla en el Derecho, de “roboabogados”<sup>27</sup>, estando en plena aplicación sistemas informáticos que la emplean para la mejor ejecución de procesos de *Due Diligence* (Frank et al., 2018). A su vez, JP Morgan Chase & Co. cuenta con un programa de aprendizaje automático que ha suprimido más de 360 000 horas de trabajo al año que antes realizaban abogados (Rouhiainen, 2018, p. 60).

En la Universidad de Cambridge, un grupo de estudiantes de Derecho ha desarrollado la startup *Case Crunch*, la cual, integrando el derecho con la i.a., permite anticipar el resultado de un proceso en forma más eficiente que los estudios de abogados, lo que se ha corroborado en una competencia ad hoc en donde mientras los letrados tuvieron una eficacia del 66.3 % en la predicción de los casos, los robots alcanzaron un 86.6 % de aciertos.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> [https://www.abc.es/economia/abci-robots-arrasan-400000-empleos-netos-europa-desde-2000-201908261316\\_noticia.html](https://www.abc.es/economia/abci-robots-arrasan-400000-empleos-netos-europa-desde-2000-201908261316_noticia.html)

<sup>27</sup> Se trata de programas informáticos capaces de buscar en internet información diversa de interés, brindando ayuda legal (Kaku, 2018, p. 148).

<sup>28</sup> Para mayor detalle al respecto, véase: <http://www.elfinanciero.com.mx/tech/los-robots-quieren-ganarle-a-los-abogados-y-lo-estan-logrando?fbclid=IwAR3owcW3hEKfaNmUS4KjROvNIZPQRNMB0fi>

En un paso más audaz, en Estonia, desde el año 2019, el Ministerio de Justicia de dicho país -a la vanguardia en el tema- viene trabajando en una inteligencia artificial que actúe como juez, para encargarse de los casos sencillos, sobre reclamos menores, aun cuando la decisión final igual estaría siempre a cargo de un juez. El robot podría analizar miles de documentos legales y cruzar información para resolver, con el consiguiente ahorro de tiempo (Connelly, 2019).<sup>29</sup>

En Colombia, existe *Siarelis*, que es un sistema que puede ayudar al juez en sus proyectos de resolución y absolver consultas de las partes, ahorrándole horas de trabajo y dándole agilidad a los procesos.<sup>30</sup>

En Estados Unidos, existe *ROSS*, que responde preguntas jurídicas, da cuenta de juicios pasados y de las últimas novedades jurídicas en internet (Scaliter, 2016). A su vez, *Public Safety Assessment* es un sistema que ayuda a establecer fianzas o calcular el riesgo de decisiones judiciales (Latorre, 2019, p. 143).

Aparte de las ventajas de una mayor celeridad y manejo de información, la tecnología ofrece, junto a la posibilidad de contar con un servicio de justicia más predecible, el beneficio de eliminar la corrupción y las influencias sospechosas, contando con un sistema jurídico más neutro e independiente.

Finalmente, ante posibles errores o “falta de criterio” de los sistemas informáticos, o cuestiones que exijan una sensible capacidad de ponderación, podría incluirse siempre la posibilidad de apelar a una última instancia humana, como ya se viene planteando en la doctrina (Latorre, 2019, p. 141).

#### **IV. ALGUNAS REFLEXIONES VINCULADAS CON EL DESARROLLO DE LA ROBÓTICA.**

El debate científico está abierto. Así como hay quienes piensan que será posible contar en el futuro con robots que tengan conciencia como nosotros, hay quienes piensan que ello es imposible.

En todo caso, en este indetenible proceso, como dice Latorre, si creamos máquinas que nos superen intelectualmente, habrá que pensar en cuál es el lugar que nos queda a nosotros (Latorre, 2019, pp. 11-12).

Algo que resulta claro, es que, pudiendo ser tan hábiles a la hora de sacar cálculos, carecen sin embargo de algo tan obvio para nosotros como es el sentido común. Y entonces, son torpes para desplazarse por una casa, entender que el tiempo no va para atrás, o que las cuerdas son para tirar mas no para empujar (Kaku, 2010, pp. 141, 145).

---

<sup>29</sup> [http://www.thetechnolawgist.com/2019/05/06/estonia-se-prepara-para-tener-jueces-robot-basados-en-inteligencia-artificial/?fbclid=IwAR1twG\\_v-pSuacFZ9egmdnT5fsm1U8Sof2atR\\_rrJuqqAsSCbKWXaXk00](http://www.thetechnolawgist.com/2019/05/06/estonia-se-prepara-para-tener-jueces-robot-basados-en-inteligencia-artificial/?fbclid=IwAR1twG_v-pSuacFZ9egmdnT5fsm1U8Sof2atR_rrJuqqAsSCbKWXaXk00)

<sup>30</sup> Guauque, C. (11 de Octubre de 2018). El robot que entró al equipo de la Supersociedades para asistir en pleitos mercantiles. Recuperado de Semana: <https://www.semana.com/>

En todo caso, quizás sea necesario reparar en que los robots no podrán ser como nosotros porque ni el ordenador es un cerebro, ni el cerebro es un ordenador.

No somos meros impulsos eléctricos sino también experiencias; no solo somos razón sino también sentimientos, no solo estamos condicionados por nuestra física y nuestra química, sino que también somos fruto de nuestra libertad. Somos la síntesis de una singular experiencia subjetiva, y ella demanda, “una capacidad de examinar y un razonamiento abstracto propio del espíritu” (Jouve, 2015).

#### **4.1 Una tarea necesaria.**

Existen ya algunos instrumentos internacionales que se van aprobando. Europa cuenta con una Resolución del Parlamento Europeo, del 16.02.17, con recomendaciones para la Comisión sobre normas de Derecho Civil sobre Robótica. También es interesante mencionar que la Comisión Europea ha presentado el 19.02.30 una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada «Dando forma al futuro digital de Europa».

Sería conveniente entonces empezar a trabajar en la región en un marco legal que nos permita contar con el andamiaje jurídico necesario para la más debida recepción de las nuevas tecnologías en robótica, anticipándonos a futuros escenarios.

### **V. CONCLUSIONES.**

1.- La robótica y la inteligencia artificial han tenido avances extraordinarios en los últimos tiempos, poniéndonos en los inicios de una revolución. Han llegado para quedarse y nuestro derecho debe prepararse para recibirlos.

2.- Si bien en una gran cantidad de aspectos específicos los robots superan ya ampliamente a los seres humanos, desde una perspectiva integral no puede compararse la inteligencia artificial con la inteligencia humana. Los valores no se pueden programar. Los robots no tienen conciencia. Un ordenador nunca podrá ser un cerebro, pues el cerebro no es un ordenador.

3.- Desde una perspectiva social y jurídica, dadas las fantásticas posibilidades que puede ofrecer la robótica para el beneficio de la sociedad, ella debe desarrollarse de la mano de una robo-ética y con un marco jurídico básico, hoy inexistente.

4.- El desarrollo de la robótica plantea diversas cuestiones jurídicas en diferentes ámbitos del derecho, lo cual requiere de desarrollos específicos en cada disciplina jurídica, debiendo tenerse siempre en consideración el respeto de los Derechos Fundamentales de la persona. La regulación de los vehículos autónomos se presenta como el terreno en donde empezarán estos debates y se irán adoptando las primeras pautas fundamentales sobre la materia.

6.- No podemos exigir conductas éticas a los robots, pero sí a quienes los programan y a quienes los comercializan.



7.- Así como el Derecho puede orientar el desarrollo de la robótica en el cauce del respeto de los derechos, la inteligencia artificial puede ser aprovechada por el Derecho para facilitar la tarea de jueces y abogados.

## VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Alcalde, Jorge (2016). *¿Por qué los astronautas no lloran? La gran ciencia de las pequeñas cosas*. Barcelona: Planeta.

Andone, D. y Moshtaghian, A. (10 de marzo de 2019). Un médico usó un robot con pantalla para decirle a un paciente que iba a morir, la familia del hombre está molesta. CNN. Recuperado de: <https://cnnespanol.cnn.com/>

Becerra, J. (14 de junio de 2018). Por qué las máquinas nunca podrán crear arte. El Mundo. Recuperado de: <https://www.elmundo.es/>

Díaz Alabart, Silvia. *Robots y responsabilidad civil*. Pág. 7. Madrid: Editorial Reus. (2018).

Flores, C. (25 de setiembre del 2019). Spot, el perro robot de Boston Dynamics, comienza a fabricarse en masa y ya es posible comprarlo. El Economista. Recuperado de: <https://www.eleconomista.es>

Frank, M., Roehrig, P. y Pring, B. (2018). *Qué haremos cuando las máquinas lo hagan todo*. Madrid: LID Editorial Empresarial.

Golombek, Diego. *Cavernas y Palacios*. Pág. 181. Siglo Veintiuno Editores (2013)-

Harris, J. (05 de marzo de 2019). Could robots make us better humans? The Guardian. Recuperado de: <https://www.theguardian.com/international>

Latorre, José Ignacio. *Ética para máquinas*. Barcelona: Editorial Planeta. (2019).

Lichocki, Pawel. Kahn, Peter & Billard, Aude. (2011). *The Ethical Landscape of Robotics*. IEEE Robotics & Automation Magazine, (Abril de 2011). At. 39.

Martínez Mercadal, Juan José. *Vehículos autónomos y derecho de daños*. Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional del Nordeste. Octubre de 2018. At. 55.

Michio Kaku. *Física de lo Imposible*. Pág. 141 y 145. Debolsillo. (2010).

Michio Kaku. *El futuro de la humanidad*. Pág. 140, 141, 145, 146 y 148. Penguin Random House Grupo Editorial. (2018).

Núñez, María del Carmen. *Inteligencia artificial y responsabilidad civil*. Madrid: Editorial Reus. (2019).

Pouliquen, Tanguy Marie (2018). Transhumanismo y fascinación por las nuevas tecnologías. Madrid: Ediciones RIALP, S.A.

Rogel Vide, Carlos et al. Los robots y el Derecho. Madrid: Editorial Reus. (2018).

Shouk, Al. (13 de marzo de 2017). First robot cop to join Dubai Police by May, official says. Gulf News. Recuperado de: <https://gulfnews.com/>

Viosca, José. El cerebro. Descifrar y potenciar nuestro órgano más complejo. Pág. 121. National Geographic. (2018).

Scott Mayer McKinney ET AL. *International evaluation of an AI system for breast cancer screening*. Nature. January 1, 2020. At. 89.



# INTRODUCCIÓN A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LA ÉTICA: **VEHÍCULOS AUTÓNOMOS COMO CASO DE ESTUDIO**

Autora:  
**Paola Katherine Gálvez Calligos**

# “Introducción a la inteligencia artificial y la ética: vehículos autónomos como caso de estudio”

*"Todos debemos detenernos por un momento y enfocarnos no sólo en hacer nuestra Inteligencia Artificial mejor, sino también en beneficio de la humanidad"*  
Stephen Hawking<sup>1</sup>

**Paola Katherine Gálvez Callirgos<sup>2</sup>**

## **SUMARIO**

- I. Introducción a la Inteligencia Artificial.
- II. Las dos caras de la “caja negra”.
- III. Tecnología, política pública y derecho.
- IV. Introducción a la gobernanza, regulación y la ética digital.
- V. Vehículos autónomos como caso de estudio.
- VI. Perspectiva ante una probable regulación.
- VII. Conclusiones.

## **I. INTRODUCCIÓN A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL.**

La inteligencia artificial es, en nuestros días, la tecnología de mayor capacidad e impacto disruptivo en la sociedad. John McCarthy, el investigador que es considerado el padre de la inteligencia artificial moderna, la definió como la ciencia y la ingeniería de la producción de máquinas inteligentes<sup>3</sup>.

La inteligencia artificial que conocemos es esencialmente una forma de “*machine learning*”, en la que una computadora puede: (i) reaccionar a estímulos externos a partir de información previamente provista, y (ii) tener la capacidad de mejorar su respuesta con base en el incremento y análisis de información derivados de su interacción con los seres humanos. En otras palabras, estamos ante un software de inteligencia artificial cuando una máquina imita las funciones cognitivas de la mente humana, como por ejemplo aprender, analizar información, atender solicitudes y resolver problemas.

---

<sup>1</sup> Tomado de un discurso pronunciado por Stephen Hawking en la Cumbre de Internet llevada a cabo en Lisboa en noviembre de 2017.

<sup>2</sup> Abogada por la Universidad de Lima cuya práctica se centra en privacidad y ciberseguridad, economía digital y políticas públicas. Actualmente es consultora en Niubox y anteriormente trabajó en Montezuma & Porto y Microsoft. Miembro del directorio del Observatorio de la Juventud de Internet Society. Conferencista en foros nacionales e internacionales sobre temas relacionados con la industria tecnológica.

<sup>3</sup> McCarthy, J. (12 de noviembre de 2007) *What is artificial intelligence?* Stanford University. <http://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai.pdf> Recuperado el 17 de abril de 2020.

Algunos ejemplos cotidianos del uso de esta tecnología ocurren en nuestros teléfonos móviles, con la incorporación de asistentes personales como Siri en el caso de los iPhone, que han sido programados para proveer información, seguir instrucciones, facilitar tareas o predecir actividades con base en las preferencias del usuario; otro ejemplo con el que interactuamos son los "chatbot" (robot conversacionales) de las páginas de comercio electrónico, los cuales mantienen una conversación con una persona al proveer respuestas automáticas relacionadas con los productos ofrecidos. A la fecha, innumerables soluciones informáticas utilizan inteligencia artificial para analizar grandes volúmenes de información y ejecutar tareas en función de sus resultados.

Durante el estado de emergencia sanitaria generado a nivel mundial con la propagación del COVID-19, la inteligencia artificial no fue ajena al despliegue de soluciones desarrolladas. China, el país con el primer epicentro de la enfermedad y que a su vez es reconocido por su avance en el campo de la inteligencia artificial, ha desplegado esfuerzos con esta tecnología para adoptar medidas que restringen el movimiento de la población, que permiten la previsión de la evolución de los brotes y que coadyuvan en la investigación para el desarrollo de una vacuna, en tanto la inteligencia artificial permite predecir la estructura del virus<sup>4</sup>.

Los gigantes tecnológicos como Amazon, IBM, Google y Microsoft, por su parte, han proporcionado su tecnología de inteligencia artificial al gobierno de Estados Unidos para procesar grandes conjuntos de datos sobre epidemiología, bioinformática y modelización molecular<sup>5</sup>.

Algunos autores reconocen a la inteligencia artificial como la nueva electricidad<sup>6</sup> en la medida que su desarrollo y alcance son exponenciales. Esto se debe a la enorme cantidad de información (*Big Data*) disponible, combinada con su procesamiento y almacenamiento a través de la computación en la nube, siendo una tecnología que puede ser aplicada en cualquier industria y generar disrupción.

En un momento dado, el reconocimiento óptico de caracteres, u OCR por sus siglas en inglés, que es la tecnología que permite digitalizar textos, fue considerado como inteligencia artificial avanzada y ahora se considera un tipo de tarea sencilla y capaz de ser realizada por cualquier dispositivo. Aunque imperceptible, la inteligencia artificial se encuentra presente en la mayoría de plataformas tecnológicas con las que interactuamos en el día a día.

## II. LAS DOS CARAS DE LA "CAJA NEGRA".

La capacidad computacional que requieren las soluciones de inteligencia artificial implica necesariamente replicar en cierta manera el proceso mental de un ser humano. La inteligencia artificial se asocia con los conceptos de redes neurales y aprendizaje profundo, en tanto ambos permiten la aptitud de los sistemas de inteligencia artificial de inferir un resultado a partir de infinitos datos que no necesariamente han sido previamente proporcionados.

---

<sup>4</sup> Chun, A. (18 de marzo de 2020). *In a time of coronavirus, China's investment in AI is paying off in a big way*. South China Morning Post. <https://www.scmp.com/comment/opinion/article/3075553/time-coronavirus-chinas-investment-ai-paying-big-way>. Recuperado el 26 de mayo de 2020.

<sup>5</sup> Lardinois, F. (22 de marzo de 2020) *IBM, Amazon, Google y Microsoft se asocian con la Casa Blanca para proporcionar recursos de computación para la investigación de COVID-19*. Techcrunch. <https://techcrunch.com/cdn.ampproject.org/c/s/techcrunch.com/2020/03/22/ibm-amazon-google-and-microsoft-partner-with-white-house-to-provide-compute-resources-for-covid-19-research/amp/> Recuperado el 26 de mayo de 2020.

<sup>6</sup> Wharton University of Pennsylvania. (07 de noviembre de 2017). *Why AI Is the 'New Electricity'*. Knowledge @ Wharton <https://knowledge.wharton.upenn.edu/article/ai-new-electricity/> Recuperado el 26 de mayo de 2020.

El aprendizaje o proceso neural en la mente humana es como una caja negra, en la que se desconoce a ciencia cierta las interacciones que ocurren para que se produzca una respuesta a partir de cierta información; de manera similar operan los mecanismos de inteligencia artificial, a través de la cual es posible obtener un resultado que no depende de la ejecución exacta de un algoritmo perfectamente programado, sino que tiene la capacidad de considerar nueva información o de evaluar la misma información bajo otras perspectivas.

Para los estudiosos de esta tecnología, la caja negra de la inteligencia artificial resulta un aspecto fascinante y al mismo tiempo, perturbador. Los más extremos consideran que en tanto no sea posible conocer la cadena de "razonamiento" de un sistema de inteligencia artificial, en otras palabras, cómo llega a un determinado resultado, habremos perdido el control sobre la tecnología y por ende, sobre sus efectos en la sociedad.

Soy de la opinión que, como toda herramienta tecnológica, la inteligencia artificial es una espada de doble filo. Si bien puede ayudarnos en nuestros trabajos y en la vida diaria al liberarnos de realizar tareas repetitivas y monótonas<sup>7</sup>, por otra parte, conlleva diversos desafíos, entre ellos la discriminación que se produce a raíz de decisiones automatizadas, su uso para fines militares, la rápida transmisión de *malware* y el consecuente reemplazo de algunos puestos de trabajo a partir de la automatización de labores.

Los desafíos planteados por la inteligencia artificial han recibido la especial atención de los responsables de formular políticas públicas, legisladores y reguladores de todo el mundo. ¿Cuál es el rol que debe asumir la regulación alrededor de la inteligencia artificial?

### **III. TECNOLOGÍA, POLÍTICA PÚBLICA Y DERECHO.**

Para identificar el rol que debe asumir la regulación alrededor de la inteligencia artificial, considero importante partir por sentar las bases de tres conceptos esenciales sobre la materia: tecnología, política pública y derecho.

En primer lugar, la tecnología es la fuerza bruta de la creación; palabra que proviene de "techne" cuyo significado griego es arte, habilidad, o manualidad; una técnica, principio, o método por el cual algo es creado o alcanzado. En esa línea, bajo este análisis la tecnología representa la posibilidad, aquello que es posible de ser realizado.

Por otro lado, la política pública tiene el rol de árbitro que concilia intereses para llegar a un consenso, investiga, entiende la tecnología y su impacto. La política pública representa la virtualidad, en tanto se trata de lo que todavía no existe. Las políticas públicas se anticipan, son las futuras normas u otras formas de regulación en sentido holístico.

Las políticas públicas admiten la posibilidad de nuevas leyes, pero no las exige. En el caso de la inteligencia artificial, puede ser factible evaluar una regulación sobre la inteligencia artificial en una etapa en la que la tecnología haya demostrado las conductas pasibles de ser reguladas. De ese modo, actualmente es prudente y oportuno estudiar y planificar los posibles efectos de la inteligencia artificial en la sociedad.

Esa tarea puede realizarse incluso mediante el desarrollo de conocimientos especializados, la investigación de los impactos sociales actuales, el estudio de cambios en las diferentes doctrinas

---

<sup>7</sup> Siau, K. (2017) Impacto de la IA, robótica y automatización en la educación superior. *Conferencia de las Américas*.



y leyes apropiadas en respuesta a los efectos positivos y negativos de la inteligencia artificial. Las políticas públicas transmiten la necesidad de explorar y planear, la conciliación de diferentes intereses sin apoyar o rechazar rotundamente la intervención regulatoria.

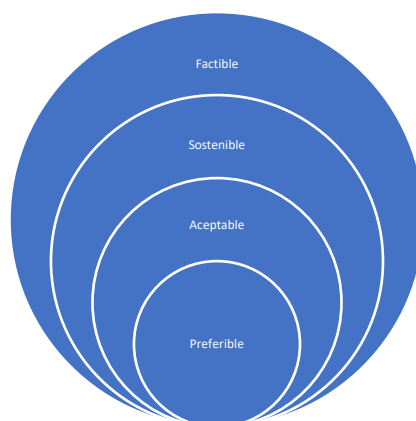
Finalmente, pero no menos importante, el derecho refleja el aspecto normativo y la fuerza regulatoria, el instrumento de regulación que establece el marco de la tecnología. Así, el derecho representa la realidad, pues su rol es determinar el orden que debe existir en el mundo.

#### IV. INTRODUCCIÓN A LA GOBERNANZA, REGULACIÓN Y LA ÉTICA DIGITAL.

La gobernanza digital es la práctica de establecer e implementar políticas, procedimientos y estándares para el adecuado desarrollo, uso y gestión de la infoesfera (comunicaciones e información).

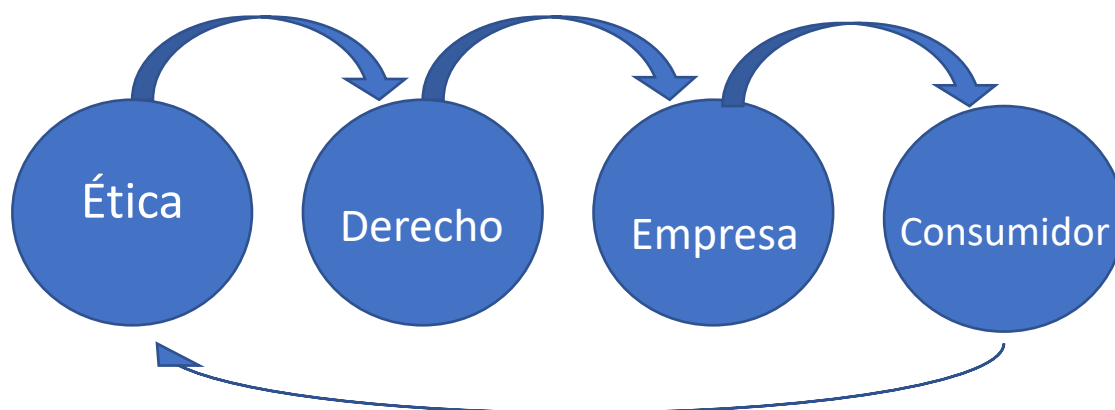
Por su lado, la regulación digital es otra forma de hablar de la legislación relevante, un sistema de normas elaboradas y aplicadas a través de instituciones sociales o de gobierno para regular el comportamiento de los agentes relevantes en la infoesfera, mientras que la ética digital da forma a la regulación digital y la gobernanza digital a través de la relación de la evaluación moral a través de la ética dura, -lo que es moralmente bueno o malo, y lo que debe o no debe hacerse en el proceso de formulación de nuevas regulaciones o desafiando a las existentes- y la ética blanda que significa lo que debe o no debe hacerse más allá de la regulación existente.

La ética digital, con sus valores, principios, elecciones, recomendaciones y restricciones ya influye en el mundo de la tecnología mucho más que cualquier otra fuerza. Esto se debe a que la evaluación de lo que es moralmente bueno, correcto o necesario da forma a la opinión pública. De ahí lo aceptable o preferible y políticamente factible, y por lo tanto, en última instancia, lo legalmente exigible, y lo que los agentes pueden o no hacer socialmente.



Gráfica No. 1 Evaluación moral

A largo plazo, las personas como usuarias de esta tecnología, están limitadas en función a lo que pueden o no pueden hacer las organizaciones que, a su vez, están limitadas por la ley, pero esta última está formada y limitada por la ética, que es donde las personas deciden en qué tipo de sociedad quieren vivir.



Gráfica No. 2 Limitaciones morales

La ética se está convirtiendo en el espacio privilegiado para definir y debatir la búsqueda de las agendas legislativas en las áreas de inteligencia artificial y *big data*. Una prueba de ello son los grupos de expertos establecidos por instituciones europeas y algunos gobiernos encargados de elaborar códigos de buenas prácticas tales como el *High-Level Expert Group on Artificial Intelligence* establecido por la Comisión Europea o el grupo de Sages sobre inteligencia artificial y *Big Data*.

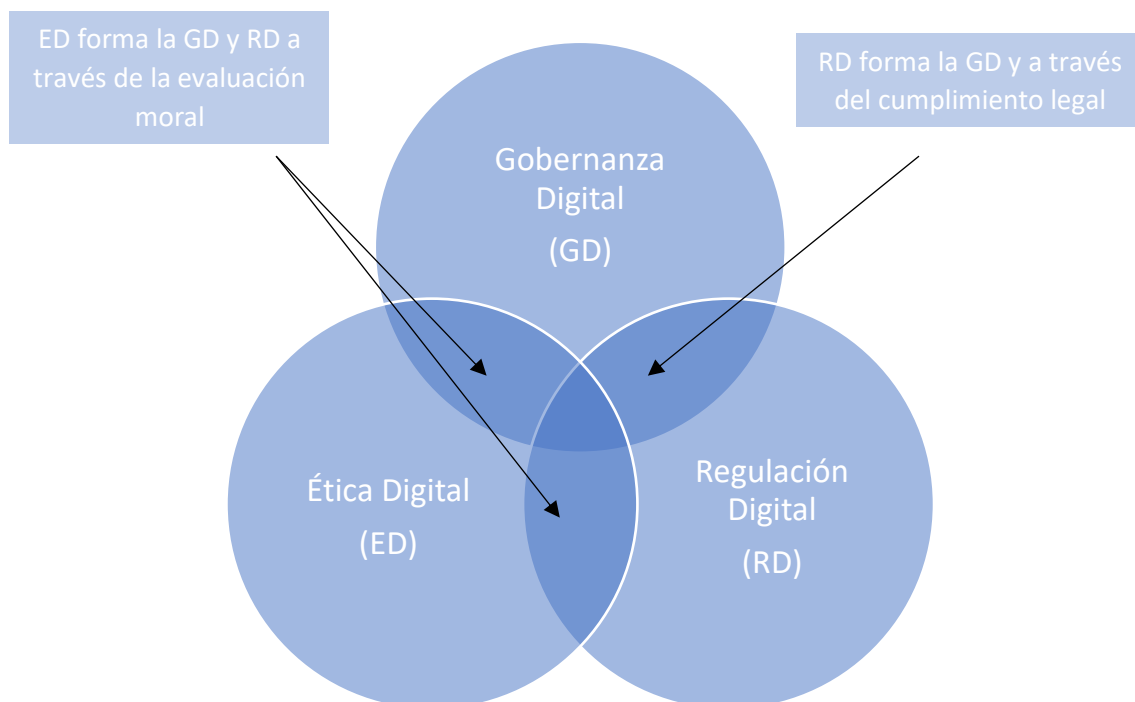
Asimismo, se han establecido centros y *think tanks* con el fin de discutir los temas éticos y son asignados con la misión de proveer recomendaciones a los gobiernos, por ejemplo el Centro para Ética de Datos e Innovación establecido por el gobierno del Reino Unido.

En adición a ello, contamos a la fecha con reportes emitidos por las autoridades de protección de datos en relación al aspecto ético de los algoritmos que, en medio de sus propuestas, recomienda la creación de una plataforma nacional para auditar algoritmos. Por ejemplo, el reporte "*¿Cómo pueden los humanos ganar ventaja? Cuestiones éticas de los algoritmos e Inteligencia Artificial*"<sup>8</sup> emitido por la Comisión Nacional de Informática y de las Libertades de Francia y la creación de directorios encargados de evaluar los proyectos con data analítica.

Sin duda, la ética es un componente que se encuentra entre las normas vigentes y la futura regulación. A continuación, se presenta una gráfica que permitirá entender las intersecciones explicadas líneas más arriba:

---

<sup>8</sup> Ver <https://www.cnil.fr/en/how-can-humans-keep-upper-hand-report-ethical-matters-raised-algorithms-and-artificial-intelligence>



Gráfica No. 3 Gobernanza, regulación y ética digital

La ética actualmente es vista como la pre configuración de las normas legales, en tanto se realiza un proceso de orientación en materia legal. En esa línea, el hecho de que el legislador pida a una institución que participe en el proceso de pensamiento ético significa que este paso pronto será seguido por un marco legislativo correspondiente.

## V. VEHÍCULOS AUTÓNOMOS COMO CASO DE ESTUDIO.

Los vehículos autónomos han sido reconocidos como el futuro de los sistemas de transporte a nivel mundial. Los vehículos autónomos se refieren a los vehículos que pueden operar autoconducción sin ayuda humana, incluso sin la presencia de un ser humano. Esto último significa que un vehículo desocupado puede conducir desde el lugar A al lugar B para recoger a alguien o trasladar algún objeto.

Por otro lado, los vehículos que cuentan con alguna funcionalidad autónoma, son definidos como autos semi-autónomos, por ejemplo aquellos vehículos de marca Tesla y Nissan que son capaces de combinar el control de la velocidad de cruce y la posición dentro del carril de manera segura, sumando además la habilidad de estacionar solos o mantener una distancia segura con los autos contiguos.

Existen seis niveles de autonomía en los vehículos que fueron definidos en el 2014 por la Sociedad de Ingenieros Automotrices<sup>9</sup> (SAE por sus siglas en inglés). La escala contempla valores situados entre los niveles 0 y 5, como se detalla a continuación:

<sup>9</sup> Ver [https://www.smmmt.co.uk/wp-content/uploads/sites/2/automated\\_driving.pdf](https://www.smmmt.co.uk/wp-content/uploads/sites/2/automated_driving.pdf)

- Nivel 0: Control humano. Todas las funciones operativas son controladas por el conductor humano. Esto no excluye indicadores de advertencia que alertan al conductor que debe atender a una determinada cuestión, como puede ser el caso de la falta de combustible.
- Nivel 1: Asistencia al conductor. En este nivel, tecnologías tales como los frenos automáticos de emergencia (AEB) o el control de crucero, pueden ser controladas por el vehículo para asistir al conductor.
- Nivel 2: Automatización parcial. Al menos dos funciones automatizadas simultáneas pueden ser controladas por el vehículo. Por ejemplo, la aceleración y la dirección pueden asistir al conductor, aunque este siempre mantiene el control del vehículo.
- Nivel 3: Autonomía condicional. En ciertas circunstancias, el vehículo puede gestionar todas las funciones críticas relacionadas con la seguridad, pero se espera que el conductor tome el control cuando sea advertido. El conductor debe permanecer alerta incluso cuando el vehículo esté bajo control autónomo.
- Nivel 4: Autonomía predefinida. El vehículo es totalmente autónomo en algunos escenarios de conducción, si bien no en todos. La autonomía total en entornos predefinidos requiere que no haya intervención de un conductor humano.
- Nivel 5: Autonomía total. El coche es totalmente capaz de circular de forma autónoma en cada situación y en cada entorno sin necesidad de intervención de un conductor humano.

Todas las funcionalidades mencionadas de los vehículos autónomos son producidas gracias al uso de la inteligencia artificial. Actualmente, en algunos estados de Estados Unidos de América los vehículos autónomos se encuentran permitidos y en países como España<sup>10</sup> se aprobó un marco normativo estable para realizar las pruebas o ensayos de investigación con este tipo de vehículos autónomos en vías abiertas al tráfico.

Como mencionaba, los sistemas de transporte a nivel mundial y el uso del automóvil va a cambiar de manera drástica en la sociedad cuando se masifique la comercialización y el uso de los vehículos autónomos, hoy en día reservado para modelos de alta gama exclusivamente.

Además de los incentivos de comodidad para los viajeros, los vehículos autónomos utilizarán energía eléctrica, por lo que la sociedad pasará del transporte impulsado mediante combustibles fósiles a una forma de energía menos contaminante con menos emisiones de carbono, lo que implicará una reducción del efecto invernadero.

En contrapartida son diversas las problemáticas legales, como también las consideraciones éticas, que emergen de la inteligencia artificial aplicada en los vehículos autónomos. Algunos de ellos han sido revelados y puedo prever que otros se revelarán en un futuro cercano. Lo que es más desafiante para el rol de los reguladores es que la mayoría de estas problemáticas aún no tienen una respuesta conocida.

Se han generado múltiples debates en torno a estas problemáticas alrededor del mundo, por ejemplo, ¿quién (o qué) será responsable cuando un vehículo autónomo cause un accidente? Es preciso encontrar una respuesta a esta interrogante ya que en el 2016

---

<sup>10</sup>Ver <http://www.dgt.es/es/prensa/notas-de-prensa/2015/20151116-traffic-establece-marco-realizacion-pruebas-vehiculos-conduccion-automatizada-vias-abiertas-circulacion.shtml>

murió el primer hombre que se trasladaba en un vehículo autónomo usando el piloto automático, y en el 2018 se produjo un accidente de consecuencias fatales con un vehículo autónomo de Uber que realizaba pruebas.

Con la excepción de la legislación de algunos estados en los Estados Unidos de América con respecto a vehículos autónomos y drones, existen pocas leyes que aborden específicamente los desafíos únicos planteados por la inteligencia artificial, y prácticamente no hay jurisprudencia que haya desarrollado estándares que aborden quién (o qué) debe ser considerado legalmente responsable si un desarrollo con inteligencia artificial causa un daño.

Los métodos tradicionales de regulación, como las licencias de productos y la responsabilidad extracontractual, podrían ser una manera adecuada para gestionar los riesgos asociados con las máquinas inteligentes y autónomas sin incurrir en sobrerregulación.

Por lo tanto, cuando pensamos en vehículos autónomos, pensemos en lo que tiene que ser programado en un algoritmo antes de que se tome una decisión. Así, por ejemplo, digamos que un vehículo autónomo ha perdido el control. Una colisión es inevitable y hay obstáculos en el camino. En esas circunstancias es muy probable que el vehículo tenga que colisionar con al menos uno de esos obstáculos.

Las prioridades que se fijan para ese coche son establecidas por un humano de antemano. Digamos que en el camino hay algunos animales y seres humanos. Hay una paloma, hay un perro, hay una persona adulta, un niño y otro niño con un perro. Todas estas personas y animales están potencialmente en el camino. ¿Cómo prioriza un vehículo qué obstáculo evitar? Podríamos debatir por horas cuáles son los pros y los contras de las diferentes prioridades.

Algunos de nosotros probablemente amamos a los perros y defenderemos los derechos de los animales tanto como la vida de un ser humano, pero el punto es que los ingenieros tienen que pensar en estas prioridades y ponerlos en su lugar en el algoritmo.

Siendo ello así, propongo que se ponga por un momento en el lugar del programador; si se le pidiera que programe un vehículo autónomo que tuviera que decidir entre colisionar con una motocicleta cuyo conductor está usando un casco o una motocicleta cuyo conductor no está usando un casco, ¿qué haría?

Indudablemente es una cuestión difícil de responder. Fui consultada sobre esta situación hipotética en una audiencia de veintitrés personas durante un *focus group*. Para mi sorpresa, solo dos personas dijeron que programarían el algoritmo de modo que opte por colisionar con una motocicleta cuyo conductor no usa un casco, y la gran mayoría eligió programar un algoritmo que colisionaría con una motocicleta cuyo conductor usa un casco.

La minoría explicó que un conductor responsable y que sigue las normas de tránsito debe usar un casco por lo que entre ambas opciones no consideraban que se deba arriesgar la vida de un conductor diligente. ¿El programador del algoritmo que guía las acciones de los vehículos autónomos tiene tanto poder como para elegir entre la vida de una y otra persona en función a su nivel de "diligencia"? Una vez más el aspecto ético y moral salen a relucir en estas cuestiones.

Continuando con las situaciones hipotéticas, si tuviera que elegir entre las siguientes dos opciones: (a) un vehículo autónomo programado para salvar la mayor cantidad de vidas, o (b) un vehículo autónomo programado para salvar su vida a cualquier costo, en su calidad de pasajero y propietario del vehículo. ¿Qué vehículo autónomo compraría? Frente a esta pregunta, la decisión entre los que participamos del *focus group* estuvo dividida y por la diferencia de un voto se impuso el vehículo que salvaría el mayor número de vidas. No obstante, once de los encuestados prefería un auto que salve sus vidas a todo costo.

¿Preferiría tener un vehículo autónomo que solamente esté programado para realizar traslados de una dirección a otra, o uno que tome decisiones de forma aleatoria sobre algunas preferencias predeterminadas? ¿Es aceptable que un vehículo autónomo evite una motocicleta desviándose en una pared, teniendo en cuenta que la probabilidad de supervivencia es mayor para el pasajero del coche, que para el conductor de la motocicleta? ¿Quién o qué asume la responsabilidad frente a los daños que se generen? Son muchas las reflexiones que podemos hacer sobre las diversas situaciones que se pueden producir con un vehículo autónomo.

Si el fabricante ofrece diferentes versiones de su algoritmo moral, y un comprador elige una de ellas a sabiendas de cómo reaccionará el vehículo autónomo frente a diversas situaciones de riesgo, entonces ¿podríamos afirmar que el comprador es el responsable de las consecuencias perjudiciales de las decisiones del algoritmo?

Considero que las decisiones en torno a la forma de programar el algoritmo de los vehículos autónomos deben ser evaluadas por expertos con un debido debate y considerando las innumerables aristas en juego. Recordemos que cuando un ser humano conduce un vehículo y ocurre un accidente, el ser humano reacciona y sus actos, en la mayoría de las ocasiones, no son premeditados; en cambio, estos autos funcionan bajo un algoritmo que ha sido previamente analizado por su desarrollador. El aspecto de responsabilidad civil debe ser visto desde este otro ángulo.

Por otro lado, un aspecto que debería ser más sencillo de abordar es el de la diversidad y no discriminación. Hemos visto en algunos entornos de cara al consumidor que los datos o las pruebas sesgados pueden tener un impacto realmente negativo en el producto final. Esto quiere decir que cuando los desarrollos de inteligencia artificial no son provistos de información lo suficientemente diversa -en términos de etnia, género, raza, edad, entre otros- sus respuestas son sesgadas y, por ende, discriminatorias.

Para citar unos ejemplos<sup>11</sup>, ocurrió hace unos años que un dispensador de jabón automático no reconoció el color de la piel de las personas de raza negra cuando extendían su mano debajo del dispensador y por lo tanto, el jabón no saldría; dicho dispensador solo reconocía la piel de las personas de raza blanca. Eso sucedía porque las empresas de tecnología no habían hecho suficientes pruebas con un público diverso, por lo que los datos que se aportaban en el sistema no eran diversos y estaban sesgados. Y, por lo tanto, la aplicabilidad de las herramientas es, en última instancia, sesgada.

---

<sup>11</sup>Ver <https://www.lavanguardia.com/cribeo/geek/20200412/48379148935/inteligencia-artificial-podriaestar-desarrollando-ctitudes-machistas-racistas.html>



En el caso de los vehículos autónomos, un estudio del Instituto de Tecnología de Georgia<sup>12</sup> reveló que algunos algoritmos mostraban mayor factibilidad de colisionar con personas de raza negra que con personas de otra raza.

No perdamos de vista que detrás de la tecnología hay un ser humano que la ha desarrollado. Por ese motivo, es muy importante que las empresas de tecnología aseguren la participación de las mujeres, y las minorías en el proceso de desarrollo del software, para que tales desarrollos sean inclusivos, y representen la pluralidad de intereses, culturas, intereses y perspectivas.

## VI. PERSPECTIVA ANTE UNA PROBABLE REGULACIÓN.

Encuentro a primera vista un error de concepto que se produce en las ocasiones en que se plantea regular a la inteligencia artificial, como si ésta fuera un individuo reconocible al que se puede permitir o prohibir conductas, y sancionar un incumplimiento.

En realidad, aunque semánticamente los propios abogados solemos referirnos a la regulación de una materia, las normas jurídicas se ocupan sólo de la conducta humana. En ese sentido, es incorrecto regular tecnologías de forma particular.

Es entendible que surjan temores respecto del impacto de las nuevas tecnologías en la sociedad; sin embargo, una regulación anticipada puede frenar la innovación y resultar en un desperdicio.

Retrocedamos a la invención de las comunicaciones telefónicas, y pensemos en todos los retos y oportunidades que se produjeron con el nuevo avance en la tecnología. Probablemente se discutieron propuestas normativas que debían desarrollarse para que esa invención no se utilice de forma negativa, tales como fraudes telefónicos o la planeación de un secuestro vía telefónica.

La misma situación existía en los primeros días de internet durante la década de los noventa. En ese entonces los formuladores de políticas públicas luchaban con encontrar la mejor manera de lidiar con esos cambios para capitalizar sus potenciales beneficios mientras se intentaban mitigar sus potenciales riesgos.

*A fines del 2017, Vladimir Putin dijo que la inteligencia artificial es el futuro, no sólo para Rusia, sino para toda la humanidad, y añadió que "Quien sea que se convierta en el líder en este ámbito, dominará al mundo"*<sup>13</sup>.

No obstante, una legislación doméstica a priori respecto de un fenómeno relativamente naciente corre el riesgo de impedir el desarrollo de la tecnología en el país de que se trate. Por el contrario, resultaría en la obstrucción de la expansión de la tecnología para producir bienestar a la sociedad.

Para lograr una regulación flexible que garantice que internet y las herramientas digitales continúen siendo un medio para el crecimiento de las economías, es necesario primero identificar las conductas pasibles de regulación y verificar si las normas vigentes son

---

<sup>12</sup> Ver <https://www.scs.gatech.edu/news/620309/research-reveals-possibly-fatal-consequences-algorithmic-bias>

<sup>13</sup> Citado en CNN (02 de setiembre de 2018). Este es el país que dominará al mundo, según Vladimir Putin. <https://cnnespanol.cnn.com/2017/09/02/este-es-el-pais-que-dominara-al-mundo-segun-vladimir-putin/> Recuperado el 26 de mayo de 2020.

capaces de dar respuesta a las nuevas circunstancias. Adicionalmente, es preponderante que el marco normativo sea construido sobre la base del entendimiento del nuevo fenómeno y el ecosistema digital.

Existen otras cuestiones más de orden ontológico, pero que podrían devenir en esfuerzos regulatorios, en el desarrollo e implementación de soluciones y aplicaciones de Inteligencia Artificial, como por ejemplo el impacto en la automatización de tareas, la consecuente pérdida y creación de nuevos puestos de trabajo; la distribución de la riqueza creada por estas máquinas o sistemas; la consolidación de prácticas discriminatorias o prejuicios; la necesidad de integrar la igualdad de género en los principios del desarrollo de las soluciones; los derechos de los robots, y muchos otros que hoy no conocemos. Es por ello, que varias empresas de tecnología han conformado una Alianza para ir definiendo ciertos principios y valores en el diseño de la Inteligencia Artificial<sup>14</sup>.

El interés por regular la inteligencia artificial ha aumentado en los últimos años en la comunidad internacional de legisladores y reguladores. Tanto las Naciones Unidas, como la OCDE<sup>15</sup>, la UIT, el Foro Económico Mundial y los países de mayor peso económico como Estados Unidos, la Unión Europea, Japón y Corea han creado grupos de trabajo para analizar estos asuntos, siendo las preguntas en torno a la responsabilidad civil por la seguridad y protección de la inteligencia artificial las principales en el radar de los responsables políticos de todo el mundo.

El profesor Matthew U. Scherer propone un proceso de certificación de soluciones de inteligencia artificial en donde los fabricantes de este tipo de sistemas que sean previamente certificados gozarían de responsabilidad limitada, mientras que los fabricantes de sistemas de inteligencia artificial no certificados se enfrentarían a una responsabilidad integral e ilimitada<sup>16</sup>.

Sin duda la inteligencia artificial conlleva grandes implicaciones sociales; sin embargo, este interés por regular de forma categórica está influido en algunos casos por el miedo a lo desconocido o a sus efectos sociales negativos. Dado el carácter global de esta tecnología, la evaluación de su impacto, la definición de la estrategia a seguir y su probabilidad de ser regulada no deberían realizarse de manera aislada por un país o una región.

El conjunto de consideraciones que orienten un eventual marco legal en materia de inteligencia artificial debe cumplir con los principios generales de una adecuada regulación: claridad y proporcionalidad, así como ser desarrollados mediante procesos abiertos a todas las partes interesadas de modo que se escuchen todas las voces del ecosistema, generando una discusión enriquecida de conocimiento profundo del tema.

## **VII. CONCLUSIONES.**

Los desarrollos de inteligencia artificial ofrecen innegables ventajas de eficiencia, eficacia y productividad para sus usuarios. Por otro lado, la inteligencia artificial presenta riesgos y debates éticos y morales en su implementación, los cuales se producen por la automatización de tareas,

---

<sup>14</sup> Ver <https://www.partnershiponai.org/>

<sup>15</sup> Ver <http://www.oecd.org/going-digital/ai-intelligent-machines-smart-policies/>

<sup>16</sup> Ver <http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v29/29HarvJLTech353.pdf>

los efectos discriminatorios, así como por cuestiones legales en cuanto a la responsabilidad por daños.

En ese contexto, el interés por regular la inteligencia artificial ha aumentado en la comunidad internacional de legisladores y reguladores. Dado que el desarrollo de la inteligencia artificial es un fenómeno global que tiene efectos sociales y económicos en todo el mundo, se deben adoptar nuevos modelos de gobernanza internacionales que se ocupen de la interacción entre el derecho, la ética y la inteligencia artificial. Además, se deben considerar aspectos éticos en el momento del desarrollo del software, junto con asegurar la participación de las mujeres y minorías, para que tales desarrollos sean inclusivos, y representen la pluralidad de intereses, culturas, intereses y perspectivas.



# PROVEEDOR, **¿CUÁL ES EL PRECIO?-INBOX-**

EL PROBLEMA DE LA OFERTA EN LA CONTRATACIÓN  
ELECTRÓNICA DE CONSUMO

Autor:  
**Christian Guzmán Arias**

---

# -PROVEEDOR, ¿CUÁL ES EL PRECIO? -INBOX-

## EL PROBLEMA DE LA OFERTA EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA DE CONSUMO

*Christian Guzmán Arias<sup>1</sup>*

### SUMARIO

- I. Planteamiento del Problema.
- II. La contratación en masa y la contratación electrónica.
- III. ¿Oferta al público o invitación a ofrecer?
- IV. La opción del Código de Consum: la oferta al público sí es oferta
- V. Las posibles causas del problema / una propuesta de solución
- VI. Conclusiones y Reflexiones finales
- VII. Referencias Bibliográficas.

### **I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.**

El título de este artículo de opinión refleja solo uno de los problemas a los que nos enfrentamos actualmente cuando hablamos de la formación de un contrato en el comercio electrónico. Creo poder afirmar, sin temor a equivocarme, que todos nosotros hemos estado al menos una vez frente a esa situación, que, en contra de lo que pareciera ser la mayor característica de las ventas en línea, nos deja una sensación de lentitud o pesadez en la comunicación con el vendedor y una experiencia tediosa cuando queremos comprar aquello que hemos visto en alguna red social o en algún sitio web.

Es cierto que no todos los anuncios en la internet son iguales o requieren igual dinamismo. La publicación de una persona que quiere arrendar una habitación de su departamento, pero, naturalmente, también quiere conocer a su futuro *roomate*, es distinta a la publicación de una tienda de libros y artículos de referencia cultural que tiene 100 fotos de productos a la venta —que poco importará quién los compre— y 50 comentarios en cada una de ellas preguntando por el precio, todas con la misma respuesta: *inbox*.

Como sabemos, un contrato se forma cuando el receptor de la oferta la acepta y se lo comunica al oferente. Es decir, la aceptación, conocida por el oferente, perfecciona el contrato (art. 1373 del Código Civil). Sin embargo, hay supuestos problemáticos en los que no queda muy claro cuándo exactamente se produce ese consentimiento. Puig Bruteau (Escobar 1991: 243-244) expuso dos ejemplos jurisprudenciales:

---

<sup>1</sup> Abogado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional del Altiplano. Estudios concluidos en la Maestría de Derecho Civil de la UCP. Asociado Senior del área Competencia y Buenas Prácticas de Mercado del Estudio Torres y Torres Lara Abogados.

- a) En Inglaterra, la venta de productos tóxicos requiere la intervención de un farmacéutico colegiado, pero cualquiera tiene acceso a esos productos en los estantes de los autoservicios: ¿la venta queda perfeccionada cuando el cliente los toma del estante o cuando paga por ellos en la caja? Si la exhibición de los productos es una verdadera oferta, se vulnera la ley, pero no si es que se considera una invitación a ofrecer y el acuerdo se forma cuando el cajero “valida” la compra.
- b) En Estados Unidos, un consumidor quiso beber de una botella de agua mineral en la estantería de un supermercado, pero la botella explotó y le ocasionó daños: ¿ya se había perfeccionado el contrato o primero era necesario que el consumidor pague por la botella en la caja? Si la venta ya se había perfeccionado en la estantería, la responsabilidad era contractual, pero si se perfeccionaba cuando se pagara en la caja, la responsabilidad era extracontractual.

En los contratos en masa, sobre todo en el comercio electrónico, existe esa interrogante: ¿estamos frente a una verdadera oferta o frente a una invitación a ofrecer? Nosotros también tenemos ejemplos problemáticos en nuestra jurisprudencia:

- a) Una persona X ingresó al sitio web de Ripley y le dio clic al botón “comprar” debajo de la imagen de un televisor, cuya publicación señalaba que había tres en *stock*. Pagó con su tarjeta de crédito, recibió un correo de “recepción de solicitud de compra”, media hora después otro en el que se le informó que ya no había *stock* y 25 días después le devolvieron lo pagado. Según la defensa de Ripley, la compra no se concretó porque en sus términos y condiciones se establecía que era necesaria una “validación” (Indecopi 2018).
- b) Una persona Y hizo lo mismo en el sitio web de Wong para comprar una bicicleta, pero no había indicación del *stock*. Pagó con su tarjeta de crédito, recibió un correo de “recepción de orden de compra”, luego otro de “preparación para despacho” y finalmente un correo de cancelación por falta de *stock*. La defensa de Wong señaló que el contrato no se había perfeccionado porque las compras virtuales están sujetas a un “quiebre de *stock*” (Indecopi 2018b).
- c) Una persona Z ingresó en el sitio web de Linio con la finalidad de comprar un coche para bebés, que era vendido por la tienda Línea Hogar. Tampoco había indicación del *stock*. Pagó con tarjeta de crédito y días después Línea Hogar le informó por correo que ya no tenía *stock*, pero que le podía enviar un coche con similares características. Paralelamente, Linio le dijo por correo que el pedido se cancelaba y le devolvería lo pagado mediante una nota de crédito, para que pueda comprar otros productos (Indecopi 2019).

¿Cómo deberían solucionarse estos tres casos? La respuesta requeriría despejar la duda —si acaso debería existir— acerca de si nos encontramos frente a contratos ya formados o aún no: si bastaba la aceptación de los consumidores o era necesaria una “aceptación” de los “oferentes” a través de la internet. En las siguientes líneas expondremos las opiniones de algunos autores destacados en la materia y algunas ideas preliminares propias para responder esas interrogantes.

---



## II. LA CONTRATACIÓN EN MASA Y LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.

Partamos por entender las figuras de contratación en masa y de la contratación electrónica. Se ha dicho que la contratación en masa inició con el maquinismo, que «fue estimulado y difundido por la industria, y su aplicación, a su vez, generó la aplicación de las máquinas a los medios de transporte, de comunicación, etc., con el fin de desarrollar una comercialización masiva de su producción» (De la Puente 2001: 235).

La Revolución Industrial trajo consigo la incorporación de la máquina en el proceso productivo. La producción en masa permitió el ingreso de grandes cantidades de bienes y servicios en el mercado y la satisfacción —o, desde otro punto de vista, la creación— de necesidades de un gran número de personas. Surgió entonces el interés por la contratación estandarizada, debido a que el elevado número de transacciones comerciales y de consumo requiere mucho dinamismo.

La velocidad de estas transacciones motivó primero la utilización de los contratos de adhesión, ante los cuales solo se puede aceptar o rechazar la integridad de las estipulaciones. Luego surgió la necesidad de incorporar ciertas estipulaciones particulares, pero manteniendo cláusulas generales, cuando los intereses de la masa contratante no eran del todo homogéneos. En efecto, los contratos de adhesión y las cláusulas generales de contratación satisfacen dos necesidades particulares:

Los contratos por adhesión son más aptos para la contratación masiva de bienes y servicios homogéneos, como los supermercados, espectáculos públicos, transporte global, etc., en que todos los clientes son tratados de manera uniforme, sin distinguirse las necesidades de unos y otros.

Las cláusulas generales de contratación, en cambio, se prestan más para la contratación masiva en que, si bien existen estipulaciones comunes para todos los clientes, hay paralelamente situaciones particulares que deben contemplarse en cada caso, como ocurre en las operaciones bancarias, compraventa de vehículos nuevos, contratos de seguros, etc., en que se requiere un acuerdo propio con cada cliente. (De la Puente 2001: 236).

La contratación en masa no debe ser confundida con la contratación electrónica. Lo que define a esta última, independientemente de que sea masiva o no, es la utilización de medios electrónicos. La primera nace de una necesidad de adquirir dinamismo en las relaciones obligatorias, mientras que la segunda es intrínsecamente dinámica -en comparación con la contratación física y salvando excepciones atribuibles a los agentes que entorpecen, aisladamente, ese dinamismo-.

En el ámbito en el que ocurre este tipo de contratación, el comercio electrónico, se define como «toda aquella actividad que tiene por objeto o finalidad el intercambio de bienes o la prestación de servicios [...] cuando dicho comercio se realiza por medio de herramientas electrónicas (redes electrónicas abiertas: Internet; o cerradas: EDI), facilitando así la actividad económica comercial» (Nieto 2016: 62).

El comercio electrónico, sin embargo, no está referido únicamente al intercambio efectivo de bienes y servicios, sino que debe concebirse de manera más amplia, pues «[a]un cuando los pedidos de bienes o servicios se reciben o colocan electrónicamente, no es necesario que el pago y la entrega o

prestación final de los bienes o servicios se realicen en línea» (Organización Mundial del Comercio 2013: 2). En ese sentido, toda la operación, incluida la oferta —a pesar de no ser aceptada— y la publicidad es considerada comercio electrónico.

El contrato electrónico, en particular, respeta la misma definición que el contrato en general, «con la particularidad de que el consentimiento de las partes se presta por medios electrónicos, los cuales pueden permitir o no, según sea el caso, una comunicación inmediata de las partes». Un ejemplo de comunicación inmediata —a pesar de seguir siendo de la categoría de “contratos a distancia”— es aquél celebrado en un establecimiento comercial, con presencia física de un empleado del establecimiento, pero con la utilización de dispositivos electrónicos. (Nieto 2016: 65-66)

El beneficio de la contratación electrónica para los proveedores radica en que pueden «[prescindir] de uno de los elementos más gravosos en este sector, [...] la disposición de un local comercial, y a la par, brinda la posibilidad de la internacionalización del comercio, con un lógico crecimiento en el número de consumidores». Mientras que, para los consumidores, la ventaja radica en «la comodidad de la realización del acto de compra desde el propio domicilio, evitando desplazamientos y disminuyendo considerablemente el tiempo empleado para dicha contratación» (Nieto 2016: 63).

La velocidad y el dinamismo de las transacciones están presentes tanto en la contratación en masa como en la contratación electrónica. El trasfondo en ambos casos es el ahorro de costos de transacción. Pero recordemos que no toda contratación en masa se realiza de forma electrónica y no toda contratación electrónica es contratación en masa. El ejemplo mencionado en el acápite anterior sobre un *roomate* es contratación electrónica pero no en masa. Los ejemplos de Ripley, Saga y Linio son contrataciones en masa y también electrónicas.

Si nos centramos en la contratación masiva, en la que participan consumidores, y que es llevada a cabo a través de medios electrónicos, un problema inicial —como lo hemos advertido en el planteamiento del problema— puede ser la identificación de la oferta y la aceptación. Unos piensan que, precisamente por el dinamismo que caracteriza este tipo de contratación, el acuerdo de voluntades se produce cuando el consumidor acepta el producto o servicio y se lo hace saber al proveedor. Otros, en cambio, aseguran que es necesario anticiparnos a posibles incumplimientos y darle la oportunidad al proveedor de tener la última palabra para perfeccionar el contrato. Veamos ambas posturas.

### III. ¿OFERTA AL PÚBLICO O INVITACIÓN A OFRECER?

La oferta es una manifestación de voluntad destinada a crear una relación jurídica contractual cuando el destinatario de ella, a su vez, manifieste su voluntad de aceptarla. «El rol de la oferta en la formación del contrato es proponer al destinatario la celebración del mismo [sic] en términos tales que para que éste quede celebrado basta con que el destinatario la acepte» (De la Puente 2001: 234). Entonces, la existencia de una oferta y una aceptación nos permite saber que dos personas han llegado a un acuerdo y también desde qué momento podemos decir que existe un contrato.

De ambas manifestaciones, podría decirse que la más trascendente y compleja en su formación es la oferta, pues no solo obliga —por regla general— al ofertante e inicia una posible relación jurídica entre dos partes, sino que debe contener ciertas características para lograr ese cometido. Sobre lo primero, se ha dicho que la oferta:

[...] constituye el ejercicio del poder negocial del oferente que a la vez legitima al destinatario de la oferta para que ejerza su poder negocial mediante la aceptación dando lugar a la modificación de la realidad jurídica en virtud de la celebración del contrato poniendo con él en existencia un reglamento de intereses. (Forno 1997: 184)

En cuanto a los requisitos de la oferta, la doctrina reconoce con cierta unanimidad que debe ser completa y debe presuponer una intención seria de contratar. También se ha incluido su carácter recepticio (De la Puente 2001) —al que nos referiremos más adelante— y la formalidad:

- a) **La oferta debe ser completa o autosuficiente.** Es decir, que no se requiera de otra declaración para que se entienda qué contrato se va a celebrar y cuáles son sus características. «La propuesta debe contemplar, pues, todos los elementos esenciales del contrato y aquellos otros que regularán la relación contractual si la aceptación se verifica, o la forma en que han de determinarse aquellos puntos que no han sido en ella contemplados» (Forno 1991: 217).
- b) **La oferta debe emitirse con seria intención de contratar.** Para determinar si existió realmente la intención de formar un contrato, «el intérprete debe asegurarse que la declaración no contiene una simple enunciación de un propósito (no definitivo aún), o un mero deseo de contratar, de tal naturaleza que permitan suponer razonablemente que todavía se encuentra vigente el período de los tratos preliminares» (Forno 1991: 223).
- c) **La oferta debe revestir eventualmente una forma específica.** En principio, en nuestro ordenamiento existe la libertad de forma (art. 143 del Código civil), de tal manera que dicha libertad también es aplicable a la oferta; «el declarante puede formular la oferta utilizando la forma que considere más adecuada a los fines de poner en conocimiento del destinatario el contenido de su propuesta» (Forno 1991: 225).

En “El contrato en general” (1991), Manuel de la Puente consideró que la oferta al público era una verdadera oferta, pero que su eficacia era la de una invitación a ofrecer porque estaba dirigida a sujetos indeterminados. Sin embargo, años más tarde (2001: 234-235) se rectificó de esta afirmación y sostuvo que precisamente porque aquella declaración está destinada a un público en general y no a una persona determinada —es decir, no es recepticia—, no es una verdadera oferta, sino una “policitación” —el género sería la “propuesta” y las especies la “oferta”, que obliga al oferente y está dirigida a personas determinadas, y la “policitación”, que no obliga al proponente y dirigida al público en general.

Lo que regula el primer párrafo del artículo 1388 del Código civil—«[l]a oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente»—, a pesar de los términos que usa, es, entonces, la policitación, que no tiene la fuerza de vincular al proponente, quien solo comunica su intención de celebrar un contrato posteriormente. En su artículo rectificatorio, Manuel de la Puente justifica la conveniencia de la policitación en la contratación en masa porque:

No debe ocultarse el peligro que existe de que cada aceptación dará lugar a la celebración de un contrato en los términos de la propuesta, de tal manera que el proponente puede verse en situación de incumplimiento si sus posibilidades de cumplimiento son menores

que las aceptaciones expresadas, con la consiguiente responsabilidad por inejecución de obligaciones. (De la Puente 2001: 237)

Para ese entonces, ya se había dicho que la regla contenida en el artículo 1388 del Código civil no tenía un sustento práctico y que la regla debería ser, más bien, la inversa: que la excepción contenida en el segundo párrafo de dicho artículo —«[s]i el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal»— pase a ser la regla general y que solo sea una invitación a ofrecer si el proponente lo indica expresamente. Para esta posición:

[...] la postura pro-consumidor no se condice con una regla que lejos de proteger al débil protege al proveedor, protección que, peor aun, el proveedor no necesita pues comercialmente él asume que su oferta puesta en medios de comunicación es obligatoria y, mas bien, cuando no desea que tenga este carácter se cuida de limitarla. (Benavides 1996: 33)

También se había señalado que el Código civil no tuvo en cuenta al consumidor en la regulación de la contratación en masa, sino que está pensando para la contratación tradicional, de tipo paritario, «cuando la intención de contratar [es] en relación [con] uno o pocos bienes y de reservarse la potestad de elegir a [la] contraparte» (Jiménez 2000: 8). Pero no solo eso, incluso se afirmó que, si se sigue la lógica del artículo 1388 del Código Civil, no existirían los contratos de adhesión cuando se contrate en masa:

[...] sólo existirían estos contratos (por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación) en la contratación paritaria, o mejor dicho en la contratación en que la oferta es dirigida a persona determinada y no al público, donde el aceptante es el destinatario de la oferta, pues aquí quien formula la oferta sería la misma persona que predispone las condiciones. Pero como estas modalidades contractuales corresponden a la contratación masiva, entonces nos encontramos ante un circuito sin salida auténticamente kafkiano, un total despropósito. (Jiménez 2000: 15)

Una tercera crítica señala que si el Código civil contempló contratación en masa, debió considerar también la oferta en masa y así superar el requisito de que la oferta sea “recepticia” —que deba ser dirigida a una persona determinada—. El Código civil se habría quedado, entonces, con la concepción tradicional de “oferta”, que es incompatible con la estandarización de los contratos:

No resulta lógico concebir la contratación en masa si no podemos concebir la oferta también en masa; no podemos concebir la despersonalización del contrato si no concebimos también la despersonalización de la oferta, porque, precisamente, la oferta al público viene a encontrar su más natural (aunque no único) ámbito de actuación en esta esfera del contrato masivo. Es como si el legislador admitiese el contrato como expresión del moderno mundo industrial, pero exigiese para su formación un procedimiento artesanal. (Forno 1991: 247)

La respuesta a estas críticas —que no se prefiere a la parte débil, que el estipulante no puede ser quien acepte una oferta y que debe despersonalizarse al destinatario de la oferta en masa— fue, por un lado, que es incorrecto pensar que el consumidor siempre será la parte débil, situación que solo se presentaría si «se [encuentra] en estado de necesidad respecto de la provisión de un bien o servicios y [considera] que únicamente a través de un determinado contrato a celebrarse con personas ciertas pueden satisfacer tal necesidad» (De la Puente 2001: 238).

---

Por otro lado, se respondió que «la protección de los derechos del consumidor no es necesariamente contra actos del proveedor, sino que está orientada, en realidad, a garantizar que los bienes y servicios que adquiera el consumidor sean idóneos» y, que la finalidad de los contratos en masa es distinta: «[n]o se trata ya de proporcionar al consumidor la información adecuada para adquirir los bienes y servicios [...] sino de facilitar la celeridad del tráfico [...]» (De la Puente 2001: 238).

Aparentemente estamos frente a dos posturas irreconciliables: una, que defiende el carácter de policitud —propuesta no vinculante— a toda “oferta” al público, incluidas las ofertas a consumidores; la otra, que postula el carácter de oferta propiamente dicha —que vincula al oferente— cuando los destinatarios son consumidores. Pero ¿en verdad son posturas irreconciliables en la práctica? En todo caso, ¿cuál de los dos conceptos —“oferta” y “policitud”— es compatible con las propuestas de relaciones de consumo en el comercio electrónico?

#### IV. LA OPCIÓN DEL CÓDIGO DE CONSUMO: LA OFERTA AL PÚBLICO SÍ ES OFERTA.

Es oportuna esta precisión: la opción de una u otra teoría no siempre proviene de la ley, debería ser así si el legislador ha sido consciente del problema y ha expresado una postura legislativa. Pero incluso en ese supuesto no puede impedirse que el derecho se amolde a nuevas realidades sociales o nuevas necesidades en el futuro. Como fuera, este no es ese caso, porque, como es costumbre en nuestra legislación, la norma que aparentemente zanja la discusión —me refiero al artículo 46 del Código de Consumo, que replicó el artículo 20 de la Ley de Protección al Consumidor— ha sido “trasplantada” del Código de defensa del consumidor de Brasil sin reparar en el contexto de ese derecho foráneo.

El texto del artículo 30 del Código de Defensa del Consumidor brasileño (1990) —capítulo V, “De las prácticas comerciales”, sección II, “De la oferta”—, es el siguiente:

**Art. 30. Toda información** o publicidad, **suficientemente precisa**, transmitida por cualquier forma o medio de comunicación con relación a productos y servicios ofrecidos o presentados **obliga al proveedor** que la haya transmitido o que de ella se utilice, **pasando a integrar el contrato** que venga a ser celebrado.  
[Negritas añadidas]

El artículo 20 de la Ley de Protección al Consumidor (Decreto Legislativo 716, de 1991) tenía el siguiente texto:

**Artículo 20.- La oferta**, promoción y publicidad de los productos o servicios se ajustará a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. **Su contenido**, las características y garantías ofrecidas, **dan lugar a obligaciones** de los proveedores que serán exigidas por los consumidores o usuarios, **aun cuando no figuren en el contrato** celebrado o en el documento o comprobante recibido.  
[Negritas añadidas]

El artículo 46 del Código de Consumo (2010) actual reza así:

**Artículo 46.- Integración y vinculación de la oferta, promoción y publicidad**

La oferta, promoción y publicidad de los productos o servicios se ajusta a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad.

**El contenido de la oferta**, promoción o publicidad, las características y funciones propias del producto o servicio y las condiciones y garantías ofrecidas **obligan a los proveedores** y son exigibles por los consumidores, **aun cuando no figuren en el contrato** celebrado o en el documento o comprobante recibido.

[Negritas añadidas]

El artículo 30 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil no define cómo es la oferta que se dirige a los consumidores, lo que señala es que la información publicitaria —o de otra fuente— integra el contrato y obliga al proveedor. Es decir, está regulando el contenido de la publicidad, no la oferta propiamente dicha. Eso es así porque en Brasil no tienen el problema del artículo 1388 de nuestro Código Civil. El Código Civil brasileño trata a la oferta al público como lo que es, una oferta verdadera —siempre que tenga los requisitos esenciales del contrato—:

**Art. 429.** La oferta al público equivale a una propuesta<sup>2</sup> cuando encierra los requisitos esenciales del contrato, salvo que lo contrario resulte de las circunstancias o de los usos.

Parágrafo único. Puede revocarse la oferta por la misma vía de su divulgación, siempre que esta facultad esté reservada en la oferta realizada.<sup>3</sup>

No se entra en una discusión de “dos derechos” como en el Perú porque ya se sabe que su oferta, en cualquier ámbito, es eso mismo. Inclusive, si es que cupiera la duda acerca del requisito “recepticio” de la oferta en la doctrina, el Código de defensa del consumidor de Brasil establece que «se equiparan a consumidores todas las personas determinables o no» (art. 29).

De acuerdo con sus antecedentes, entonces, el artículo 46 de nuestro Código de consumo estaría regulando realmente el contenido de la publicidad y otras fuentes de información, que en muchos casos pueden no llegar a ser ni siquiera invitaciones a ofrecer. Pensemos en un comercial de champú en la televisión: no se propone una venta ni se realiza una invitación, solo se muestran las bondades del producto, pero el proveedor está obligado a cumplir con las características publicitadas.

---

<sup>2</sup> Por “propuesta”, el Código Civil brasileño se refiere a la manifestación que obliga al proponente para formar el contrato. Es el equivalente a nuestra “oferta” en sentido estricto. Así puede notarse en su artículo 427 (dentro de la sección “De la formación de los contratos”):

Art. 427. La propuesta de contrato obliga al proponente, si lo contrario no resulta de sus propios términos, de la naturaleza del negocio o de las circunstancias del caso.

[Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.]

<sup>3</sup> Traducción libre de:

Art. 429. A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos.

Parágrafo único. Pode revogar-se a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada.



La postura peruana, por lo tanto, ya no es una postura legislativa, sino que es necesaria una postura interpretativa. En este ámbito, incluso se llegó a decir, como primer punto, que el artículo 20 de la Ley de Protección al Consumidor —y, por extensión, el artículo 46 del Código de consumo— no se refiere a la oferta en el sentido jurídico —propuesta obligatoria de contratar—, sino a la oferta en el sentido coloquial y comercial —rebaja o precio especial— (De la Puente 2001: 237). Esta posibilidad fue advertida previamente y se explicó que la confusión terminológica —si es que debería haber una—, se subsanó cuando se modificaron los artículos 21 y 22 de la Ley y se diferenció implícitamente la oferta de la promoción, la rebaja y el descuento (Jiménez 2000: 18-19).

Considero que el artículo 46 del Código sí se refiere a la oferta en sentido jurídico y no coloquial, pues en más de un artículo en ese Código se ha incluido la palabra oferta para referirse a la propuesta de contratar o, más ampliamente, la puesta en venta de bienes y servicios<sup>4</sup>. Y, además, porque de no considerar la acepción jurídica, no habría referencia en el Código de Consumo a la manifestación de voluntad que motiva la formación de un contrato de consumo, solo habría una mención a una rebaja del precio y no a lo más trascendental: la voluntad negocial.

Superada esa confusión terminológica, quisiera regresar a una idea que ya había citado cuando vimos las críticas a la lógica del artículo 1388 del Código Civil. La idea de que la regla de este artículo es incompatible con la contratación en masa nos trae una premisa importante:

[...] **en la contratación masiva**, que se realiza fundamentalmente mediante contratos por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, **el predisponente de tales cláusulas es quien formula la oferta**, siendo la otra parte la que se adhiere o no, aceptando o rechazando celebrar el contrato. Lo que equivale a decir que **el que se adhiere es el aceptante** o destinatario de la oferta, el cual se adherirá a las *condiciones redactadas o preformuladas por el otro* [negritas añadidas]. (Jiménez 2000: 14)

Para reparar en esta premisa debemos preguntarnos quién establece las condiciones para la contratación. ¿Podríamos imaginar a un oferente que no tenga el mínimo control sobre las reglas de juego? Me parece que no. Entonces, por definición, en la contratación masiva es el estipulante (que redacta el contrato de adhesión o emplea las cláusulas generales de contratación) quien es en verdad el oferente. Si dijéramos lo contrario, tendríamos que afirmar que el consumidor tiene el poder de definir las reglas contractuales y sabemos que eso no es así.

No es necesario, por tanto, que una norma contradiga la regla del artículo 1388 del Código Civil para poder amparar el interés de los consumidores. Es más, Manuel de la Puente llega a la misma idea: el segundo párrafo del artículo 1388 tiene más sentido en la contratación en masa, «en la que el proponente no quiere verse inmerso en el lento juego de la invitación a ofrecer [...] sino prefiere celebrar inmediatamente sendos contratos con todas las personas que manifiesten su deseo de hacerlo» (2001: 237).

En otras palabras, debido a la rapidez de este tipo de contratación, lo más natural —lo que corresponde— es que el oferente —proponente, inicialmente, según Manuel de la Puente— establezca que su propuesta vale como oferta y señale el número de contratos que está en capacidad de celebrar, porque se entiende que puede controlar su *stock*.

---

<sup>4</sup> Cf. artículos: 2.3, 14.1, 25, 56.1.a, 56.2, 77.1.d, 77.2 (literales c, e, i), 78.1.e, 94, 96, 97.f y 152.

En este último aspecto reparó Manuel de la Puente, porque el proponente podría verse en escenarios de incumplimiento si las aceptaciones superan en número a sus posibilidades de contratar (2001: 237). Este problema, sin embargo, «no tiene por qué afectar la verdadera naturaleza de la institución», y además el control del *stock* es mucho más sencillo «[c]on los sistemas modernos de control de inventarios y la ayuda de la informática» (Benavides 1993: 108).

Para ambas posturas lo preferible en la práctica en la contratación en masa es que el proveedor sea el oferente y los consumidores los aceptantes, pero al parecer el último bastión de los que opinan que es el proveedor quien debe decidir si su proposición lo obliga o no, es la preocupación del manejo del *stock*.

Considero que el riesgo del *stock* es tan inherente a la contratación en masa, que carece de sentido intentar evitarlo o suprimirlo del todo, sobre todo si para ello se distorsiona la operatividad de este tipo de contratación, que se supone ágil. ¿Cuál es el riesgo que decide correr el proveedor: una demanda a la que eventualmente no pueda hacerle frente o un reducido número de ventas que sobrevivan al trámite de esperar por una “validación” (aceptación)? Qué decidiría el empresario: ¿tener muchos pedidos o muy pocos? El costo de asumir uno u otro riesgo está en controlar su *stock*. ¿En realidad es tan complicado hacerlo?

Lo cierto es que, complicado o no, si hablamos de relaciones de consumo, es decir, de contrataciones en masa, los proveedores están obligados a informar sobre su *stock*. Llegamos a esta obligación a través de una sistematización de los deberes legales que tienen los proveedores y los derechos que tienen los consumidores, recogidos en el Código de consumo.

Por un lado, los proveedores tienen el deber de mostrar a los consumidores toda información relevante para una decisión de contratar. Según el Código de consumo, esa información debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna, fácilmente accesible y en castellano. En el artículo 2.3 también se dispuso que se considera información relevante «toda aquella sin la cual no se hubiera adoptado la decisión de consumo o se hubiera efectuado en términos substancialmente distintos [sic]», por lo cual **la información omitida por el proveedor no puede desnaturalizar su oferta**:

**Artículo 2.- Información relevante**

2.1 El proveedor tiene la obligación de ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo [...]

2.2 La información debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible, debiendo ser brindada en idioma castellano.

2.3 [...] para analizar la información relevante se tiene en consideración a toda aquella sin la cual no se hubiera adoptado la decisión de consumo o se hubiera efectuado en términos substancialmente distintos. [...] se debe **examinar si la información omitida desnaturaliza las condiciones en que se realizó la oferta al consumidor**.

[Negritas añadidas]

Los proveedores también tienen el deber legal de informar la cantidad mínima de unidades disponibles de los productos que ofrecidos cuando estamos frente a la publicidad de promociones:

**Artículo 14.- Publicidad de promociones**

14.1 La publicidad de promociones de ventas **debe consignar**, en cada uno de los anuncios que la conforman, la indicación clara de su duración y **la cantidad mínima de**

---

**unidades disponibles de productos ofrecidos.** En caso contrario, el proveedor está obligado a proporcionar a los consumidores que lo soliciten los productos o servicios ofertados, en las condiciones señaladas. Corresponde al proveedor probar ante las autoridades el cumplimiento del número y calidad de los productos ofrecidos y vendidos en la promoción.  
[Negritas añadidas]

Es curioso que en este supuesto, en el que nos referimos únicamente a la publicidad de “promociones de ventas” —es decir, ocasiones «excepcionales y temporales, que aparecen como más ventajosas respecto de las condiciones de la oferta ordinaria o estándar», según el artículo 59.h del Decreto Legislativo 1034—, el legislador haya hecho la precisión —quizá involuntaria— de que nos encontramos frente a una verdadera oferta, en términos de propuesta contractual que vincula al oferente. De otro modo no podríamos explicar que el proveedor esté obligado a atender todas las aceptaciones de los consumidores.

Por otro lado, los consumidores tienen el derecho de acceder a la información relevante, oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible (art. 1.1.b del Código de consumo) sobre los productos y servicios que se ofrecen en el mercado. Solo en dos supuestos, los productos y servicios de salud (art. 67) y educativos (art. 74), el legislador ha incluido como característica de la información que debe trasladarse a los consumidores la de ser “completa”. No se ha especificado por qué solo en estos dos ámbitos la información ha de ser completa o si en los demás tipos de productos y servicios puede ser incompleta —lo cual es una lectura improbable.

Definitivamente el *stock* es un dato relevante cuando nos encontramos frente a una oferta. Esta indicación se traduce en saber cuántos contratos está dispuesto a celebrar nuestro oferente y, por lo tanto, nos permite saber —dentro de lo razonable— si es posible aceptar la oferta o no. Si una tienda en línea nos dice que tiene 100 PlayStation 5 disponibles para la venta, o si un teatro pone a la venta en su página web entradas para tres funciones de una obra, con una capacidad de 350 personas por cada función, sabremos que estamos frente a ofertas limitadas y que, eventualmente, podríamos no llegar a adquirir esos productos o servicios pasado un tiempo prudente.

Ocurrirá lo contrario si es que la tienda virtual no señala cuántos PlayStation 5 puede vender y el teatro no indica cuántas funciones montará ni cuál es su capacidad. En estos dos supuestos, como consumidores destinatarios de la oferta, estaríamos frente a una incertidumbre y podríamos tener la expectativa válida de que la oferta no está limitada y que podemos adquirir el producto o contratar el servicio en cualquier momento. Es por ello que, en las relaciones de consumo (masivas), el proveedor está obligado a difundir la información **relevante** y a **no omitir información que contradiga su oferta**. Precisamente, el *stock* se encuentra en este ámbito y los consumidores destinatarios de las ofertas tienen el derecho de conocerlo.

Acabamos de superar, entonces, el último problema expuesto por los que defienden la postura de que el proveedor necesita tener la potestad de “aceptar”, a su vez, la aceptación del consumidor. Recordemos que ambas posturas —también, naturalmente, la que defiende el carácter obligatorio de la oferta masiva— consideran más adecuado que el contrato se forme con la aceptación del consumidor, para que sea posible el dinamismo de este tipo de contratación. Esto guarda coherencia con el hecho de pensar en el predisponente como un verdadero oferente y, además, con las obligaciones de información de los proveedores.

Si esto es así, ¿por qué tenemos, al parecer, una práctica contraria generalizada en la contratación electrónica en el Perú? ¿Cómo resolvió Indecopi los tres casos mencionados al inicio?

## V. LAS POSIBLES CAUSAS DEL PROBLEMA / UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN.

En los tres ejemplos que propusimos al inicio, los proveedores (Ripley, Wong y Linio<sup>5</sup>) prevén en sus términos y condiciones que «toda aceptación de oferta quedará sujeta a la condición de que la empresa oferente valide la transacción». Esta cláusula también está presente, por ejemplo, en la web de Saga Falabella. Un dato interesante es que todos estos sitios web tienen en común el país de procedencia. Esto puede darnos ciertas luces del origen de esta cláusula que aparentemente va en contra de nuestra legislación.

En Chile, la Ley 19496, sobre la protección de los derechos de los consumidores (1997) no tiene una disposición similar al segundo párrafo del artículo 46 de nuestro Código de Consumo. En buena cuenta, no podría decirse, de una lectura literal de la ley chilena, que sus proveedores están vinculados a sus ofertas —no estoy diciendo, sin embargo, que no sea así en su derecho común—. Es por ello que los proveedores electrónicos chilenos no tendrían, en principio, ningún reparo en consignar en sus términos y condiciones que sus ofertas no los vinculan sino hasta que “confirman” la celebración del contrato luego de la aceptación del consumidor. Además, se ha defendido en su doctrina la existencia de “ofertas sujetas a reserva” (con la condición de que sea expresa) en la contratación electrónica (De la Maza 2009: 79-82).

Esa realidad, y la posible imitación de las nuevas páginas web, es una de las posibles causas de que en el Perú se estipule que el proveedor electrónico tiene el derecho de “aceptar” o “validar” la aceptación de la oferta por parte del consumidor. La falta de familiarización con nuestro derecho, y la repetición irreflexiva de los nuevos proveedores electrónicos, explica que incluso se utilicen las categorías “oferta” y “aceptación” pero no se recurra —que sería lo más cómodo de hacer— al artículo 1388 del Código civil peruano.

Otra de las posibles causas —esta sí consciente— puede ser la administración de riesgos comerciales por parte de los proveedores. La idea está íntimamente relacionada con la preocupación mostrada por Manuel de la Puente (2001) acerca del *stock*. Es previsible que los proveedores quieran minimizar los riesgos de incumplimiento y establezcan cláusulas más beneficiosas para ellos. La práctica de estipular “cláusulas no equilibradas” tendría el sustento de «mitigar, a costos bajos, el problema de selección adversa<sup>6</sup> que afecta a los proveedores y, por ende, al mercado» (Escobar 2011: 273).

De acuerdo con la postura citada, las cláusulas no equilibradas sirven como herramienta para desincentivar malos comportamientos de consumidores oportunistas y negociar *ex post* con aquellos consumidores de buena fe (Escobar 2011: 269-273). Sin embargo, esta estrategia también está limitada, como cualquier derecho, por supuestos en los que debe preferirse algún derecho inalienable de los consumidores —por ejemplo, la información— o cuando se va en contra de una

---

<sup>5</sup> Linio se presenta como un *marketplace*, es decir, no como el verdadero proveedor de los productos que se ofrecen en su página web, sino como un agente neutro. Si bien esta no es la ocasión para analizar esta afirmación, sí puedo decir que las obligaciones que adquieren este tipo de empresas dependen mucho de su forma de comportarse en el mercado —pues definitivamente sí tienen ciertas obligaciones—, que a veces contradice incluso lo afirmado en sus términos y condiciones.

<sup>6</sup> El autor se refiere al riesgo que tienen los proveedores de contratar con consumidores “oportunistas”, que se aprovechen de ciertas situaciones para obtener una ganancia indebida.

---

categoría elemental, como es la oferta contractual. Por lo demás, ya me referí detenidamente a que el riesgo del *stock* es uno que en este caso debe ser asumido por el proveedor.

Identificadas estas posibles causas del problema, es momento de analizar la postura que ha adoptado el Indecopi al resolver los casos citados. Aunque no lo dice expresamente, el Indecopi ha optado por considerar la oferta del proveedor electrónico como una invitación a ofrecer:

- a) En el caso contra Ripley, no nos confiemos en que la Comisión —que actuó como última instancia— afirme que «el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente», pues, párrafo seguido, indica que «[s]i bien, no obra en el expediente información correspondiente a la **confirmación** del mencionado pedido por parte de la denunciada, el hecho de que Ripley haya realizado el débito de la compra [...] es motivo suficiente para concluir que dicha etapa se llevó a cabo» (Indecopi 2018: 10).
- b) En el caso contra Wong, sí existió el correo de “confirmación”, por lo que fue más fácil para la Comisión decir que el contrato ya se había formado: «Wong remitió un correo [...] informando que [el] pedido fue **aprobado**, siendo que además se advierte que el cargo a la tarjeta de crédito del consumidor fue efectuado correctamente, por lo que es motivo suficiente para concluir que la etapa de compra se llevó a cabo» (Indecopi 2018b: 11).
- c) En el caso contra Linio, la Comisión —además de un criterio procesal bastante cuestionable<sup>7</sup>— consideró que el denunciado había subsanado su conducta infractora al devolver, luego de una semana, lo pagado por la consumidora —quien se vio en la encrucijada de recibir el reembolso o recibir otro producto—, por lo que la denuncia fue declarada improcedente (Indecopi 2019). Cabe señalar que, en este caso, al igual que los anteriores, se anuló la compra por falta de *stock* y el argumento de defensa fue el mismo que Ripley y Wong.

Si bien el Indecopi ha resuelto los dos primeros casos de manera favorable al consumidor, podemos observar que los fundamentos no son del todo sólidos, porque dependen, por un lado, de que el proveedor haya recibido el pago y, por otro, que el consumidor haya recibido un correo de “confirmación”. Estos dos argumentos están relacionados con la idea de una invitación a ofrecer, no con la idea de una oferta contractual —aunque quizá la intención fue esta última—. En el tercer caso, la argumentación es inexplicablemente contradictoria, pero no podría decir que es un cambio de criterio, pues no solo la motivación brilló por su ausencia, sino que la decisión se sustentó en la forma y no en el fondo del asunto.

Nos encontramos, entonces, frente a un problema que necesita una postura más profunda: considerar conscientemente que en la contratación de consumo en masa los proveedores “ofrecen”, no “invitan a ofrecer”. La realidad debe prevalecer sobre cualquier teorización, pues el derecho explica las relaciones sociales y se adecúa a ellas para ofrecer soluciones justas, no al revés. Nosotros mismos, cuando queremos comprar algo por internet, ¿estamos interesados en lanzar ofertas a las tiendas virtuales?, ¿o estamos interesados en aceptar los productos y servicios que se ofrecen?

Reparemos nuevamente en los requisitos de una oferta: completitud y seriedad. Ya hemos visto cómo se relaciona el primer requisito con el deber de información. Ahora, la necesidad de que la oferta deba responder a una seria intención de contratar proviene del hecho mismo de que estemos

<sup>7</sup> Revocó la decisión de primera instancia que declaró responsable a la tienda Línea Hogar, a pesar de que ese extremo se encontraba firme, pues no fue apelado por la tienda ni por la denunciante.

hablando de una manifestación de voluntad negocial. Como toda manifestación de voluntad, lo manifestado debe coincidir con la voluntad; y, como todo “acto de comunicación”, debe ser interpretado. Para nuestro caso, debemos tener en cuenta lo siguiente:

[...] es aventurado creer que se puedan fijar reglas hermenéuticas iguales para todos los negocios jurídicos. En los contratos hay por lo menos dos lecturas de la reglamentación. Porque cada parte es destinataria de una declaración. En la formación misma del contrato se entrecruzan la oferta y la aceptación, cada una con su contenido. (León 2019: 49)

El criterio interpretativo aplicable en nuestro caso (art. 168 del Código civil) incluye una «materia a descifrar» —la referencia «de acuerdo a lo que se haya expresado en él»— y la regla de la integración según la **buena fe** (León 2019: 51). Aquí podemos hacer una referencia sobre todo a la contratación a distancia, en la que es particularmente difícil que una de las partes pueda percatarse que la manifestación de la otra no es acorde con su voluntad:

En el comercio electrónico por internet, por ejemplo, es imposible que el administrador del portal *online* de ventas nacional o internacional —Amazon, eBay, Mercado Libre, etcétera—, al recibir un pedido, conozca que el autor de la orden, según la información que se desprende de esta, la realizó coaccionado por un delincuente. El administrador solo verifica el uso de las claves del cliente, la correcta inserción de sus datos y el uso de un medio de pago válido. Es toda la información de la que dispone. Comprobar que lo querido por el adquirente de los bienes coincide con sus deseos volvería lento y costoso el comercio electrónico. (León 2019: 54)

También hay casos en los que no hubo —o se alegó que no hubo— una concordancia entre lo declarado y la voluntad real. Por ejemplo, en 1992, Pepsi anunció en Filipinas que aquella persona que encontrara la tapa número 349 se haría millonario. Lo malo fue que, por error, Pepsi imprimió 800 000 tapas con ese número, se negó a cumplir la costosísima promesa a los 800 000 filipinos y el desliz terminó en manifestaciones, heridos y demandas por estafa<sup>8</sup>. Otro ejemplo menos trágico y más reciente es el de la marca Dell en Chile, que en el 2008 ofertó en su página web laptops a 31 000 pesos chilenos (alrededor de 200 soles), que no quiso entregar «alegando que la oferta no fue real» o «la existencia de un error en el precio» (Barrientos 2012).

Fuera de estos casos límite, que no voy a abordar en esta oportunidad, considero que lo que debemos respondernos cuando tengamos que analizar un caso como los que resolvió el Indecopi es si el anuncio o propuesta del proveedor se corresponde con una voluntad seria de contratar. Pero no solo según lo que el propio proveedor diga —bien puede negar el carácter vinculante de su propuesta, pero comportarse de otro modo—, sino bajo el criterio interpretativo —integrador— de la buena fe (art. 168 del Código Civil).

¿La publicación de ciertos productos en Facebook guarda una intención seria de venta?, ¿o guarda una intención de que los cibernautas ofrezcan comprarlos? ¿El interés del proveedor termina en comunicar los consumidores que tiene una intención de vender?, ¿o le interesa colocar sus productos de una manera rápida y sin más trámite que un clic? Si el proveedor busca beneficiarse con la fluidez de la contratación electrónica, entonces también debe hacerse cargo de la seriedad —aparente y que genera una expectativa legítima— de su oferta.

---

<sup>8</sup> La noticia puede verse en el siguiente enlace: [https://elpais.com/diario/1993/07/29/ultima/743896801\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1993/07/29/ultima/743896801_850215.html)

---



Ripley buscaba vender sus televisores a cuanto consumidor pudiera, pero omitió información importante: la cantidad que podía vender. Wong no estaba interesado en que los cibernautas le hicieran preguntas sobre sus bicicletas, sino en colocarlas de manera ágil en el mercado, pero se dio cuenta que no tenía *stock* incluso después de “confirmar” la compra. Linio completó el proceso de venta, incluso cobró el precio de la tarjeta de crédito, como lo hicieron también Ripley y Wong, pero no tuvo la diligencia de cerciorarse del *stock* antes de ello. En los tres casos se cumplen los requisitos de la oferta contractual, que vinculaba a los oferentes hasta la aceptación de los consumidores.

De acuerdo con lo desarrollado en el acápite anterior, se puede decir que la propuesta masiva de los proveedores ya requiere ser completa (primer requisito), según lo que manda la ley. Sin embargo, es posible que en ciertas ocasiones no se encuentre presente la voluntad de contratar (segundo requisito), por ejemplo, en los comerciales de televisión —en los que incluso se puede incluir el precio sugerido—<sup>9</sup>. Este segundo requisito debe ser valorado por el juzgador en cada caso concreto, de acuerdo con lo que diga el propio proveedor, pero también de acuerdo con el criterio de la buena fe. Considero, además, que en este nivel de análisis no se debería partir de “presumir” una propuesta no vinculante, sino todo lo contrario, pues la propia actividad comercial de los proveedores electrónicos así lo hace entender.

## VI. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES.

Se podría sostener la idea de que la solución al problema de la oferta a los consumidores es el artículo 46 del Código de Consumo. Pero en algún momento podríamos caer en cuenta que lo que se reputa obligatorio no es la oferta, sino la información presente en la publicidad y en el contenido de la oferta (cuando realmente se plantea una). Así que podríamos buscar la solución en un nivel más profundo, en la definición misma de la oferta y cómo se presenta en la contratación en masa.

La respuesta al problema de la obligatoriedad de la oferta en la contratación electrónica de consumo tampoco pasa por derogar o cambiar las reglas del artículo 1388 del Código civil. La propuesta al público no siempre es masiva —tenemos el caso del *roomate*—. Pero cuando hablamos de contratación en masa, ocurre algo adicional: bien se usan contratos de adhesión —para intereses homogéneos— o cláusulas generales de contratación —para intereses no homogéneos del todo—. En ese supuesto, por definición, el que estipula las reglas contractuales tiene la legitimidad negocial de oferente. Su propuesta es de tal importancia, que aquel consumidor que concuerde con ella se verá inmerso en un programa contractual cuyas reglas han sido fijadas por el proveedor.

La oferta en sentido estricto requiere que sea completa y con voluntad seria de contratar. Sobre lo primero, de la legislación especial de protección al consumidor se deduce que el proveedor se encuentra obligado a trasladar información completa cuando realice una oferta. No hay más completitud que la pre-estipulación de las cláusulas del contrato en la adhesión o en el uso de cláusulas generales. El segundo requisito debe encontrarse no solo en las estipulaciones de la oferta, sino requiere en cada caso una interpretación de acuerdo con el criterio de la buena fe, sobre todo cuando el proveedor se comporta en la práctica como un verdadero oferente, que es lo más común, debido al dinamismo del comercio electrónico.

---

<sup>9</sup> Por otro lado, también puede cuestionarse el carácter vinculante de las ofertas de contratación electrónica en servicios especializados, como los bancarios, financieros y de seguros. Si bien este es un tema que requiere mayor desarrollo y lo dejo para una próxima oportunidad, puedo adelantar que el problema se encontraría no tanto en la seriedad de la oferta, sino en la cualidad del destinatario. Es decir, la oferta al público sigue teniendo efectos vinculantes, pero el universo de consumidores calificados para aceptarla tiene sus propias características, como por ejemplo la clasificación de riesgo crediticio.

Es importante que las personas conozcan sus derechos cuando decidan entablar una relación de consumo. Ser conscientes, por ejemplo, de que el empresario debe entregarles la información completa —incluido el precio— cuando se comporte realmente como oferente y que no está bien que reciba el pago por un producto o servicio y luego incumpla su prestación bajo la excusa de “confirmaciones” o “validaciones” que no sean razonables, como la falta de *stock*. Por su parte, es importante que los proveedores tengan una asesoría legal adecuada para poder afrontar de mejor manera los riesgos que la oferta vinculante puede traer consigo.

El Indecopi tiene un rol muy importante no solo cuando castiga infracciones, sino cuando modela conductas en el mercado. Es necesario que repare en que existe un problema de raíz que es necesario solucionar: despejar la duda y tomar una postura acerca de la obligatoriedad de la oferta de consumo. Las soluciones que planteó hasta el momento, en la mayoría de los casos, son adecuadas, pero los fundamentos equivocados a la larga pueden llevar a cometer injusticias. Por ejemplo, ¿qué pasaría si en el caso de Ripley el banco no debita el pago?, ¿y si Wong no enviaba un correo de “confirmación”?

### Referencias bibliográficas

- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2012) “Comentario. Ámbito de aplicación de la Ley N° 19496 de 1997. Negativa injustificada de la venta. Oferta promocional. Formación del consentimiento. Computadores portátiles a bajo precio. Buena fe del consumidor. Tercera Sala Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de marzo de 2012, Rol N° 8470-2010 y Juzgado de Policía Local de Vitacura, 11 de noviembre de 2009, Rol N° 114.876”. *Revista chilena de derecho privado* (18), pp. 215-222.
- BENAVIDES TORRES, Eduardo (1993) “La oferta y la defensa del consumidor”. *Ius et Veritas* 4(6), pp. 105-109.
- BENAVIDES TORRES, Eduardo (1996) “La contratación moderna y el código civil peruano”. *Ius et Veritas* 7(12), pp. 27-41.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2009) “Ofertas sujetas a reserva: a propósito de los términos y condiciones en los contratos celebrados por medios electrónicos”. *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXII, No. 2, pp. 75-95.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (2001) “La oferta al público”. *Themis* (42), pp. 233-240.
- ESCOBAR ROZAS, Freddy (2011) “Entendiendo el mercado: la contratación estandarizada como forma de mitigar los problemas de insatisfacción y selección adversa”. *Ensayos sobre protección al consumidor en el Perú*. Óscar Sumar (editor). Universidad del Pacífico, pp. 257-282.
- FORNO FLORES, Hugo (1991) “La oferta al público: razones para una discrepancia”. *Derecho PUCP* (45), pp. 215-263.
- FORNO FLORES, Hugo (1997) “Los efectos de la oferta contractual”. *Ius et Veritas* 8(15), pp. 183-197.
- INDECOPI (2018) Resolución 973-2018/CC2 (expediente 2003-2016/PS3), 7 de mayo.
-

INDECOPI (2018b) Resolución 2619-2018/CC2 (expediente 703-2018/PS3), 13 de noviembre.

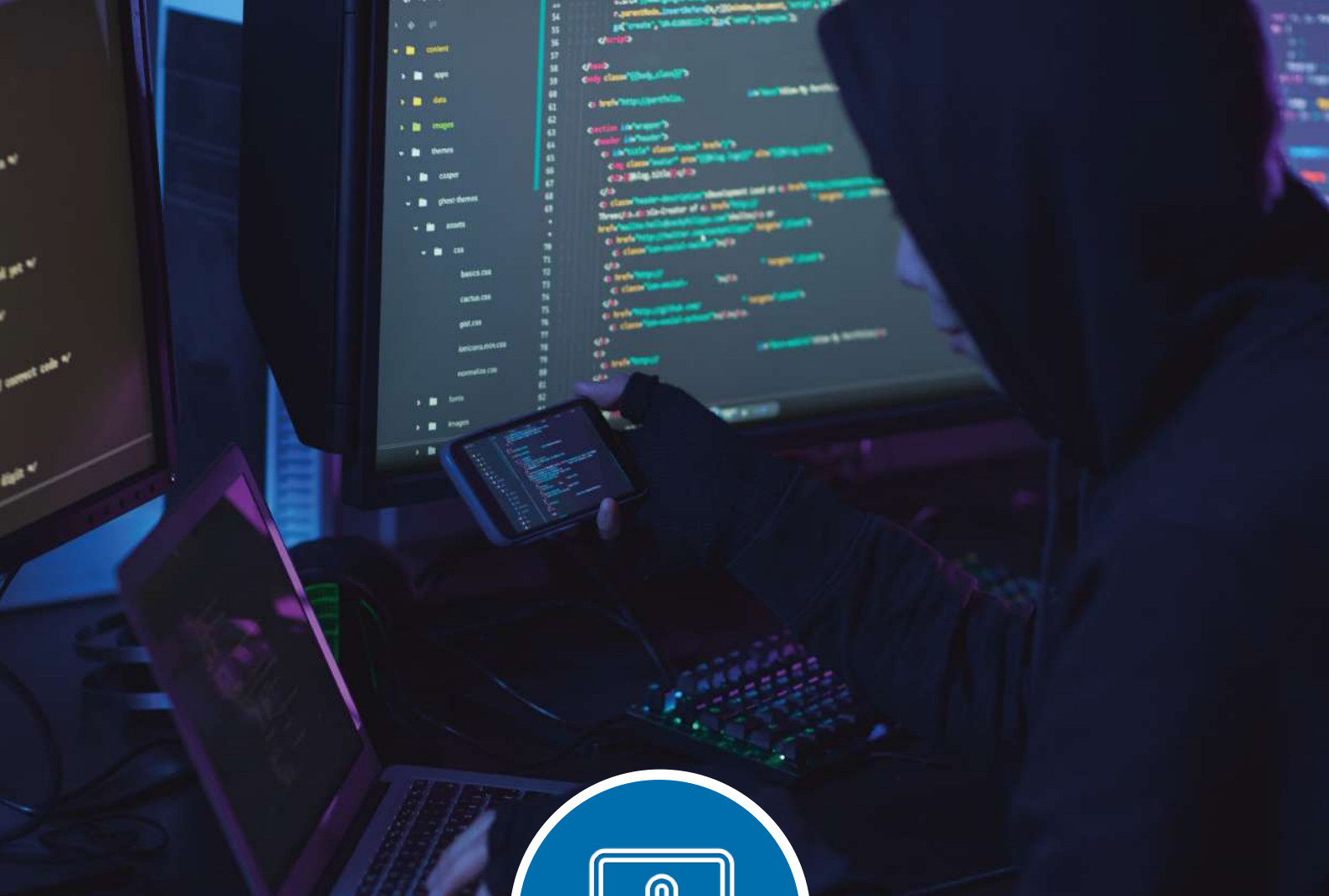
INDECOPI (2019) Resolución 839-2019/CC2 (expediente 1875-2018/PS3), 8 de mayo.

JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana (2000) "La oferta al público en el Código Civil y en la Ley de Protección al Consumidor". *Diké - Portal de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Sección Fuentes de las Obligaciones.* ([http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ\\_art29.PDF](http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art29.PDF))

LEÓN HILARIO, Leysser (2019) *Derecho privado, parte general: negocios, actos y hechos jurídicos.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

NIETO MELGAREJO, Patricia (2016) "El comercio electrónico y la contratación electrónica: Bases del mercado virtual". *Foro Jurídico.* N° 15, pp. 54-76.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (2013) *El comercio electrónico en los países en desarrollo.* Ginebra.



# DELITOS INFORMÁTICOS

Autor:  
**Percy Huaroc Llaja**



# DELITOS INFORMÁTICOS

Percy Huaroc Llaja<sup>1</sup>

## SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Sobre la Ley de Delitos Informáticos.
- III. Delito de fraude informático.
- IV. Recomendaciones.

## **I. INTRODUCCIÓN.**

Con fecha 03 de mayo del año en curso, fue publicado el Decreto Supremo N° 080-2020-PCM, mediante el cual el Gobierno aprueba el regreso de las actividades económicas progresivamente debido a la aún Emergencia Sanitaria por el COVID-19.

En dicho Decreto Supremo se señala que las actividades correspondientes a la Fase 1 son las relacionadas al comercio electrónico de bienes destinados al hogar.

El comercio electrónico también es conocido como "E-commerce", y este brinda la facilidad de usar plataformas digitales para la actividad empresarial, ya sea vía internet, aplicativos u otra forma digital.

Como sabemos, el E-commerce ya era utilizado por muchos de nosotros, mucho antes del Estado de Emergencia; sin embargo, debido a la nueva "normalidad", personas que aún no tenían un alcance a él, deberán de acostumbrarse, ya que será una nueva forma de adquirir los bienes y servicios.

Toda esta situación nos lleva a la Ley N° 30096, "Ley de Delitos Informáticos", la misma que tipifica las conductas penales que de alguna u otra manera, afecten los sistemas y datos informáticos.

Dentro de los datos informáticos, nos podemos encontrar lo relacionado a la indemnidad y libertad sexual, la intimidad y el secreto de las comunicaciones, el patrimonio y la fe pública. En estos bienes jurídicos, el delincuente hace uso de la tecnología para cometer los diversos ilícitos penales ya normados por nuestro Código Penal.

En este artículo, comentaremos sobre los tipos penales mencionados en la Ley N° 30096, así como los fraudes informáticos relacionados al E-commerce y las recomendaciones a tomar para evitar ser víctima de un delito informático.

---

<sup>1</sup> Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Con estudios de post grado en Ciencias Penales. Jefe del área Penal de Torres y Torres Lara Abogados.

## II. SOBRE LA LEY DE DELITOS INFORMÁTICOS.

Como es de conocimiento, la Ley N° 30096, "Ley de Delitos Informáticos", fue publicada en el año 2013 y tuvo como principal objetivo evitar y sancionar las conductas típicas que causen un grave perjuicio al sistema y a los datos informáticos, la indemnidad y libertad sexual, la intimidad y el secreto de las comunicaciones, el patrimonio y la fe pública, en los cuales el delincuente, a través del uso de la tecnología, comete dichos actos ilícitos.

Dicha ley sufrió una modificación a través de la Ley N° 30171, la misma que fue publicada en el año 2014, en la cual se agregó los siguientes tipos penales:

### **Artículo 2°. Acceso ilícito**

*"El que deliberada e ilegítimamente accede a todo o en parte de un sistema informático, siempre que se realice con vulneración de medidas de seguridad establecidas para impedirlo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con treinta a noventa días-multa. Será reprimido con la misma pena, el que accede a un sistema informático excediendo lo autorizado."*

### **Artículo 3°. Atentado a la integridad de datos informáticos**

*"El que deliberada e ilegítimamente daña, introduce, borra, deteriora, altera, suprime o hace inaccesibles datos informáticos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ochenta a ciento veinte días-multa."*

### **Artículo 4°. Atentado a la integridad de sistemas informáticos**

*"El que deliberada e ilegítimamente inutiliza, total o parcialmente, un sistema informático, impide el acceso a este, entorpece o imposibilita su funcionamiento o la prestación de sus servicios, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ochenta a ciento veinte días-multa."*

### **Artículo 7°. Interceptación de datos informáticos**

*"El que deliberada e ilegítimamente intercepta datos informáticos en transmisiones no públicas, dirigidos a un sistema informático, originados en un sistema informático o efectuado dentro del mismo, incluidas las emisiones electromagnéticas provenientes de un sistema informático que transporte dichos datos informáticos, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años."*

*La pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años cuando el delito recaiga sobre información clasificada como secreta, reservada o confidencial de conformidad con la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.*

*La pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de diez cuando el delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacionales.*

*Si el agente comete el delito como integrante de una organización criminal, la pena se incrementa hasta en un tercio por encima del máximo legal previsto en los supuestos anteriores."*

### **Artículo 8°, Fraude informático**

*"El que deliberada e ilegítimamente procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero mediante el diseño, introducción, alteración, borrado, supresión, clonación de datos informáticos o cualquier interferencia o manipulación en el*

*funcionamiento de un sistema informático, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años y con sesenta a ciento veinte días-multa.*

*La pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y de ochenta a ciento cuarenta días-multa cuando se afecte el patrimonio del Estado destinado a fines asistenciales o a programas de apoyo social.”*

#### **Artículo 10º, Abuso de mecanismos y dispositivos informáticos**

*El que deliberada e ilegítimamente fabrica, diseña, desarrolla, vende, facilita, distribuye, importa u obtiene para su utilización, uno o más mecanismos, programas informáticos, dispositivos, contraseñas, códigos de acceso o cualquier otro dato informático, específicamente diseñados para la comisión de los delitos previstos en la presente Ley, o el que ofrece o presta servicio que contribuya a ese propósito, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con treinta a noventa días-multa.”*

Y modifica:

#### **Artículo 5º, Propositiones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos**

*“El que a través de internet u otro medio análogo contacta con un menor de catorce años para solicitar u obtener de él material pornográfico, o para llevar a cabo actividades sexuales con él, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2 y 4 del artículo 36 del Código Penal.*

*Cuando la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años y medie engaño, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2 y 4 del artículo 36 del Código Penal.”*

En la mayoría de los artículos se incorpora los términos “deliberada e ilegítimamente”, señalando que dichos tipos penales se cometen de manera dolosa; por tanto, no cabe la culpa en ello. El agente o delincuente debe tener la conciencia y voluntad de diseñar, introducir, alterar, borrar, suprimir, clonar, interferir o manipular de forma ilegítima el funcionamiento de un sistema informático.

Por delitos informáticos, se entiende que son *“aquellas conductas dirigidas a burlar los sistemas de dispositivos de seguridad, esto es, invasiones a computadoras, correos o sistemas de datos mediante una clave de acceso; conductas típicas que únicamente pueden ser cometidas a través de la tecnología. En un sentido amplio, comprende a todas aquellas conductas en las que la Tecnología de la Información y Comunicación (TIC) son el objetivo, el medio o el lugar de ejecución, aunque afecten a bienes jurídicos diversos (...)”*<sup>2</sup>

Respecto al bien jurídico se protege *“(…) la información, pero está considerada de diferentes formas, ya sea como un valor económico, como un valor intrínseco a la persona, por su fluidez y tráfico jurídico, y finalmente por los sistemas que la procesan o automatizan”*<sup>3</sup>

<sup>2</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Delitos Informáticos. Revista IUS ET VERITAS. Lima, 2014, N° 49, pp. 286-287.

<sup>3</sup> ACURIO DEL PINO, Santiago. Delitos Informáticos. Generalidades. pp. 20-21.



En ese sentido, es necesario también proteger los bienes jurídicos comunes que afectan, tales como el patrimonio, la fe pública, la indemnidad sexual y otros. Por tanto, nos encontramos ante un delito pluriofensivo, ya que afecta varios bienes jurídicos.

### III. DELITO DE FRAUDE INFORMÁTICO.

#### 3.1 Del Tipo penal y los sujetos activo y pasivo.

El fraude informático es un tipo penal de resultado; es decir que no es suficiente realizar las conductas típicas relacionadas, sino que es necesario que ese comportamiento cause un perjuicio económico.

El sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona, quien actúa en contra de cualquier persona natural o jurídica (sujeto pasivo).

Este delito también se clasifica como un delito de resultado y también es válido únicamente de forma dolosa; ya que, el delincuente debe tener la conciencia y voluntad de suplantar la identidad de una persona natural o jurídica, ocasionando un perjuicio económico.

#### 3.2 De las modalidades.

A fin de evitar ser víctima de fraude informático, es necesario conocer las modalidades:

- **Clonación de tarjetas de crédito:** Conducta delictiva cometida “mediante aparatos electrónicos de lectura de bandas magnéticas (*skimmer*) donde malos empleados de restaurantes, gasolineras y otros locales extraen los datos de la tarjeta de crédito. Luego, son copiados a una computadora portátil o personal y, finalmente, copiados a otra tarjeta clonada con los mismos datos personales de la tarjeta original.”<sup>4</sup>
- **Phishing:** Conducta delictiva “diseñada con la finalidad de robarle la identidad al sujeto pasivo. El delito consiste en obtener información tal como números de tarjetas de crédito, contraseñas, información de cuentas u otros datos personales por medio de engaños.”<sup>5</sup>
- **Spear Phishing o Phishing segmentado:** Conducta delictiva muy parecida al Phishing; sin embargo, esta modalidad tiene como sujeto pasivo a grupos vulnerables como por ejemplo a adultos mayores.
- **Transferencias electrónicas fraudulentas:** Conducta delictiva “mediante la modalidad del “phishing”, donde el timador busca que alguien revele información confidencial personal que puede ser usada para robarle su dinero, luego de obtener la información

---

<sup>4</sup> ACURIO DEL PINO, Santiago. Delitos Informáticos. Generalidades. pp. 24-25.

<sup>5</sup> AMERICAN BAR ASSOCIATION (ABA)-Rule of Law Initiative. Proyecto de Apoyo al Sector Justicia. Taller de Investigación Criminal y Litigación Oral Especializado en Delitos Informáticos - Cybercrime (diapositiva).

*necesaria para acceder a la cuenta del banco y procedan a efectuar operaciones fraudulentas por internet.*<sup>6</sup>

- **Compras por internet mediante información de tarjetas de crédito o débito:** Esta conducta delictiva se comete cuando el delincuente observa a su víctima realizar una compra vía wifi y aprovecha en sustraer la información de la tarjeta para posteriormente realizar compras en cualquier página de internet.
- **Vishing:** Conducta delictiva "en la cual el sujeto activo envía un SMS haciéndose pasar por una entidad bancaria, pidiendo bajo alguna excusa que te comuniqués con algún teléfono falso o respondas el SMS con información confidencial (número de tarjeta o clave secreta)."<sup>7</sup>
- **Ransomware:** Conducta delictiva "que utiliza un tipo de malware (software malintencionado) que los criminales instalan en las PC sin consentimiento y bloquean el equipo desde una ubicación remota (...) a fin de que el ordenador se bloquee."<sup>8</sup>
- **Smishing:** Aquella conducta en la que el delincuente utiliza los mensajes de texto para enmascarar el número de teléfono y, muestra en el contenido del mensaje, un texto de instituciones.

De acuerdo con la División de Alta Tecnología (DIVINDAT) de la Policía, en el año 2019, se han registrado un promedio de 3100 denuncias de fraude electrónico, pornografía infantil, suplantación de identidad y otros.

La mayoría de los casos se centra en delitos contra el patrimonio, tales como fraudes informáticos, estafas, etc., como lo son las transacciones no autorizadas o no seguras vía internet (pagos, cobros y transferencias) a través de compras fraudulentas o clonación de tarjetas. Es recomendable verificar la veracidad de la tienda virtual en la que están realizando la compra.

También encontramos las denuncias en las que se hace uso de las redes sociales, las que usualmente nos solicitan hagamos transferencias a cuentas de otro.

Asimismo, encontramos también dentro de esos, el acoso sexual, amenazas desde mensajes o redes sociales, también denominadas extorsión.

Finalmente, encontramos lo que es la suplantación de identidad, lo cual es usado generalmente para un acercamiento a menores de edad, ello con fines sexuales, lo que nos lleva a denuncias de pornografía infantil.

---

<sup>6, 7 y 8</sup> AMERICAN BAR ASSOCIATION (ABA)-Rule of Law Initiative. Proyecto de Apoyo al Sector Justicia. Taller de Investigación Criminal y Litigación Oral Especializado en Delitos Informáticos- Cybercrime (diapositiva). Consulta: 20 de mayo de 2020.

#### **IV.RECOMENDACIONES.**

Se recomienda evitar acceder a plataformas digitales o páginas web que nos solicite datos bancarios, esto es, el PHISHING, ya que el delincuente buscará la manera de que su víctima le brinde información sobre sus cuentas con engaños, ya sea enviando enlaces o con enlaces de páginas web falsas que aparentemente parecieran ser sitios web de entidades bancarias. En este caso, es necesario señalar que ninguna entidad bancaria solicita usuario o contraseña.

Finalmente, otra situación que suele pasar y debe evitarse es guardar las claves de nuestra banca móvil en los teléfonos celulares, en la billetera o en los bolsos; esta es una conducta negligente ya que el delincuente tendrá los datos necesarios para llevar a cabo sus ilícitos, lo que afectará gravemente el patrimonio del sujeto pasivo.



# OJOS QUE NO VEN, **¿GOLPES QUE NO SIENTES?**

El ciberbullying en el Perú: ¿estamos realmente preparados para combatir esta situación?

Autora:  
**Guadalupe Montenegro Ruiz**

---

# OJOS QUE NO VEN, ¿GOLPES QUE NO SIENTES?

## El ciberbullying en el Perú: ¿estamos realmente preparados para combatir esta situación?

GUADALUPE MONTENEGRO RUIZ<sup>1</sup>

### SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Evolución: ¿Desde cuándo se habla, legalmente, de Bullying?
- III. Casuística de actos de Bullying.
- IV. La violencia en la era digital: ¿estamos realmente preparados?
- V. Conclusión Final.

### **I.INTRODUCCIÓN.**

Era el año 1995 cuando Karla estaba en primaria y miraba con atención (y horrorizada) cómo un grupo de compañeros perseguían a Alfonso para quitarle el pan con pollo que recién había comprado. Alfonso intentó pedir ayuda, pero sus compañeros amenazaron con golpearlo si los delataba. Karla no supo cómo ayudar a Alfonso, pues temía que también la golpearan.

En esa época, no se hablaba de bullying (ni mucho menos, de ciberbullying); en esa época sólo aconsejaban que se aplicara la ley del superviviente, que simplemente uno no se involucrara en los problemas de los demás para pasar desapercibido.

La historia antes contada es un caso verídico, y en esa época, lo único que se podía hacer era callar o contarle a los padres para que ellos vayan al Colegio y se quejara del tema; y lo más probable es que los profesores terminaran confrontando a ambas partes, lo cual ocasionaría que delaten al chismoso y terminen maltratándolo física y/o psicológicamente entre todos sus compañeros de aula, situación lamentable para aquella época.

Entonces, ¿qué fue lo que ha cambiado desde esa época (1995) a la época actual (2020)?, ¿cómo se ha regulado el tema del bullying y por qué ahora se habla del ciberbullying? El presente artículo hará un recorrido de la evolución de este tema y los mecanismos que el Estado Peruano ha creído conveniente crear para intentar desaparecer un tema tan preocupante: el acoso entre menores en etapa escolar.

---

<sup>1</sup> Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres. Máster en Economía y Consumo, por la Universidad Castilla La Mancha. Asociada Senior del Área de Protección al Consumidor y Competencia del Estudio Torres y Torres Lara Abogados.

## II. EVOLUCIÓN: ¿DESDE CUÁNDO SE HABLA, LEGALMENTE, DE BULLYING?

Como lo mencionábamos líneas arriba, en la época antes descrita no se tenía conocimiento sobre lo que era el bullying ni mucho menos existía todo un mecanismo que obligara a los Centros Educativos a tener implementado un sistema para combatir el bullying en sus instituciones.

Así, el primer antecedente legal se da a través de la Ley N° 29719 (25 de junio de 2011), ley que promueve la convivencia sin violencia en las instituciones educativas -ley antibullying- y su Reglamento, Decreto Supremo N° 010-2012-ED (2 de junio de 2012).

Estas normas establecen una serie de obligaciones para **diagnosticar, prevenir, evitar, sancionar y erradicar** la violencia, el hostigamiento, la intimidación y cualquier acto considerado como acoso (bullying) entre los alumnos de las instituciones educativas.

Así, el objetivo de las presentes normas es el de garantizar condiciones adecuadas entre los miembros de un Centro Educativo, estableciendo medidas y procedimientos de protección y atención integral ante casos de violencia y acoso entre estudiantes.

La ley y su Reglamento fueron un primer paso importante en nuestra legislación, pues se empezó a reconocer un serio problema que se venía dando en los Centros Educativos, para ser más exactos, entre la convivencia de los menores.

En efecto, este conjunto de normas definía, por ejemplo, el acoso entre menores (bullying), señalando que era un tipo de violencia que se caracterizaba por conductas intencionales de: (i) hostigamiento; (ii) falta de respeto; y, (iii) maltrato verbal o físico que recibe un estudiante en **forma reiterada** por parte de uno u varios estudiantes, **con el objeto** de intimidarlo o excluirlo, **atentando** así contra su dignidad y derecho a gozar de un entorno escolar libre de violencia.

Realmente uno quedaba horrorizado al siquiera imaginarse que un menor de edad pueda ser objeto de hostigamiento, falta de respeto, maltrato verbal o físico de forma reiterada; entonces, contra ello, ¿qué herramientas implementaría el Estado Peruano para no solo combatir el bullying sino erradicarlo?

Dichas normas hablaban de que se tenía que generar una convivencia democrática en los Centros Educativos, que no era otra cosa que un conjunto de relaciones interpersonales horizontales, caracterizadas por el respeto y valoración del otro, con la participación de todos los miembros de la comunidad educativa, por lo que se genera otro escenario: ¿era posible lograr un entorno en convivencia democrática?

Pues sí, para el Estado Peruano era posible, lo que se tenía que hacer era crear todo un sistema en donde se pueda diagnosticar, prevenir, evitar, sancionar y erradicar el bullying entre los alumnos de las instituciones educativas. Dicho sistema se basó en los siguientes conceptos:

- a. **Equipo responsable:** el equipo responsable es el órgano creado en el Centro Educativo encargado de la promoción de la Convivencia Democrática.
- b. **Medidas correctivas:** acción que tiene por objeto orientar la formación y el cambio de comportamientos inadecuados en los estudiantes, de acuerdo a su edad y nivel de

desarrollo. Estas medidas implican: (i) diálogo; (ii) estímulos; (iii) promoción de valores positivos; y, (iv) consejería, entre otros.

- c. **Normas de convivencia:** instrumento pedagógico o conjunto de pautas que contribuye a la interacción respetuosa entre los integrantes de la comunidad educativa. Tiene por objetivo facilitar la comunicación, el diálogo y la solución pacífica de conflictos, así como promover hábitos, costumbres y prácticas que construyan relaciones democráticas. Su elaboración es discutida y aprobada de manera consensuada.
- d. **Plan de convivencia:** planificación escolar que contiene los lineamientos, objetivos y acciones para el desarrollo de la convivencia en el Centro Educativo.
- e. **Soporte emocional:** asistencia dirigida a las personas o grupos mediante la cual se brinda ayuda que puede ser útil para afrontar sucesos y condiciones de vida adversos; ofreciendo un recurso positivo para superarlos.

A ello se le agrega que esta regulación trajo como creación el famoso Libro de Registro de Incidencias<sup>2</sup>. Así, cada Centro Educativo tenía que tener de manera obligatoria el mencionado Libro, pues permitía que se registren incidencias sobre los actos de bullying entre los estudiantes, el trámite seguido en cada caso, el resultado de las investigaciones que se efectúen, así como las sanciones que se puedan aplicar, en caso corresponda.

Como se puede observar, las normas buscaban crear todo un plan estructurado que permitiera combatir los actos de bullying en los Centros Educativos y no solo eso, sino que afrontaban un gran reto: erradicar el bullying. No obstante, ello como era de esperarse, se creaba el siguiente posible escenario: ¿qué pasaría si pese a haber estructurado todo un plan, siguen presentándose casos de bullying o lo que es peor, omisiones por parte de los Centros Educativos para aplicar el plan de prevención?

Este punto no fue materia de exclusión, pues la referida normativa regulaba también las infracciones y sanciones en que puedan incurrir los Centros Educativos en caso de incumplir con las obligaciones antes señaladas.

En efecto, se señalaba que la Defensoría del Pueblo podría realizar la labor de supervisión del cumplimiento de la Ley y el Reglamento<sup>3</sup>. Por otro lado, también se señalaba que, correspondería al INDECOPI proteger los derechos de los consumidores, vigilando y asegurando que los bienes y servicios sean prestados en las condiciones informadas y esperadas por los consumidores y evitando la discriminación en las relaciones de consumo<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> **Artículo 11º. Libro de Registro de Incidencias**

Cada institución educativa tiene un Libro de Registro de Incidencias sobre violencia y acoso entre estudiantes, a cargo del director, en el que se anotan todos los hechos sobre violencia, acoso entre estudiantes, el trámite seguido en cada caso, el resultado de la investigación y la sanción aplicada, cuando corresponda.

<sup>3</sup> **Artículo 9º. Obligaciones de las entidades del Estado**

La Defensoría del Pueblo hace el seguimiento y la supervisión del cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley por parte de las autoridades del Ministerio de Educación. Además, realiza las acciones y los estudios necesarios con el fin de determinar el nivel de propagación de las prácticas de violencia o de acoso entre estudiantes en las instituciones educativas. Para tal efecto, las instituciones educativas, así como todas las autoridades e instancias del Ministerio de Educación le otorgan las facilidades que requiera.

<sup>4</sup> **Artículo 10º. Obligaciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi)**



Así, el INDECOPI se encontraba facultado para citar e interrogar a las personas materia de investigación y a terceros, así como para realizar inspecciones con o sin previa notificación en el Centro Educativo.

Como podemos observar, la regulación es bastante buena, tenemos un plan muy bien estructurado que busca no sólo crear obligaciones entre los involucrados (padres de familia, alumnos y Centros Educativos) sino entre el Estado (INDECOPI, Defensoría del Pueblo, etc.); sin embargo, si estamos ante un plan perfecto creado desde el 2011, ¿hemos podido erradicar el bullying?

#### ***A los reportes me remito:***

Contestando la pregunta: ¿hemos podido erradicar el bullying?, la respuesta es demasiado evidente: NO.

Cuesta entender dónde podría estar el problema, pues tenemos una regulación buena, obligaciones generadas para todos los involucrados y hasta entidades que supervisan y sancionan estos posibles actos de violencia; entonces, ¿en qué podríamos estar fallando?

### **III. CASUÍSTICA DE ACTOS DE BULLYING.**

Sabemos que los Centros Educativos están obligados a informar a cada estudiante y padre de familia sobre *las normas y principios de sana convivencia y disciplina escolar, la proscripción de todo tipo de violencia física y psicológica y de toda forma de hostigamiento y de acoso entre alumnos*<sup>5</sup>; sin embargo, eso no ha evitado que se sigan produciendo actos de bullying en los Centros Educativos.

De hecho, de una investigación efectuada a las Resoluciones emitidas por el INDECOPI en última instancia (Sala Especializada en Protección al Consumidor), nos hemos encontrado con panoramas en donde se analiza el nivel de responsabilidad de los Centros Educativos para permitir o erradicar estos actos de violencia.

---

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) realiza visitas inopinadas de inspección a las instituciones educativas para verificar la existencia de cualquier tipo de violencia física o psicológica y de toda forma de hostigamiento y acoso entre estudiantes, cometidos por cualquier medio, incluyendo virtuales, telefónicos, electrónicos u otros análogos, de conformidad con su rol fiscalizador de la idoneidad en servicios educativos, que establece el Código de Protección y Defensa del Consumidor; para lo cual, debe tomar declaraciones, recoger denuncias de los miembros de la comunidad educativa, realizar investigaciones, disponer las acciones de comprobación que estime pertinentes, así como imponer las sanciones correspondientes. Los resultados de la supervisión son comunicados a la comunidad educativa, indicando, de ser el caso, la aplicación de correctivos. El Indecopi debe informar anualmente a la Comisión de Educación, Ciencia, Tecnología, Cultura, Patrimonio Cultural, Juventud y Deporte del Congreso de la República sobre las inspecciones realizadas, las infracciones cometidas por las instituciones educativas, las sanciones impuestas y los resultados obtenidos, en el marco de lo dispuesto en el primer párrafo.

<sup>5</sup> **Artículo 13°. Entrega de boletín informativo**

Toda institución educativa debe entregar al inicio del año escolar a cada estudiante y padre de familia un boletín informativo que difunda las normas y principios de sana convivencia y disciplina escolar, la proscripción de todo tipo de violencia física y psicológica y de toda forma de hostigamiento y de acoso entre alumnos, cometido por cualquier medio, incluyendo virtuales, telefónicos, electrónicos u otros análogos en la comunidad educativa.

En efectos, los siguientes cuadros nos permitirán tener un panorama de cuántas denuncias llegaron a segunda instancia, cuántas se declararon fundadas o infundadas<sup>6</sup> y dónde puede estar el problema que no permite erradicar o corregir los actos de bullying:

### CASOS DECLARADOS INFUNDADOS

RESOLUCION FINAL	HECHO DENUNCIADO	INDECOPI RESUELVE
783-2014/SPC-INDECOPI	Padres de menor de 2do grado de primaria denuncian que habían puesto en conocimiento del Director del Centro Educativo sobre el bullying que recibía su menor hija, pero éste no hizo caso.	No existe medio probatorio que permita verificar que la menor haya sufrido actos de bullying, ni que los padres de familia hayan puesto de conocimiento sobre dichos actos al Director
233502016/SPC-INDECOPI	Padres de menor de 7mo. grado de primaria denuncian que su hijo era víctima de bullying por parte de un grupo de alumnos, profesores y personal del colegio.	No existe medio probatorio que permita acreditar efectivamente la veracidad de los hechos afirmados (ejemplo: registro en el libro de incidencias, video de la agresión, manifestación expresa y clara del hecho alegado, entre otros).
0861-2017/SPC-INDECOPI	Padres de una menor de 15 años denuncian que su menor hija fue hostigada por otros menores y por sus mismos profesores lo que le causó estrés y ansiedad sin que el Colegio adopte las medidas necesarias.	No se demostró que el colegio haya participado en conductas lesivas a la integridad de la menor, tampoco se evidencia de que haya sido víctima de burla y maltrato por parte de sus compañeros.

Como se puede observar, estamos ante tres casos denunciados con un común denominador: presuntos actos de bullying que se cometieron contra menores de edad, siendo partícipes no sólo alumnos, sino también profesores. Del mismo modo, se precisa que, en la mayoría de los casos, se había puesto en conocimiento del personal del Colegio, sin que éste haya realizado alguna acción.

Por otro lado, tenemos el análisis del INDECOPI que también es un común denominador en los tres casos: no existe medios probatorios que demuestren las alegaciones.

Entonces: ¿eso significa que los padres de familia estaban locos para denunciar los actos de violencia que sufrían sus hijos?; consideramos que no, definitivamente nos rehusamos a pensar que un padre de familia pueda inventar los abusos que fueron denunciados en estos casos, pero como hemos señalado al inicio de este artículo, existen ciertos parámetros que no solo el Colegio debe de seguir para evitar estos actos de bullying.

En efecto, la obligación no solo es del Centro Educativo, sino también del padre de familia, pues es éste el que está en el deber de exigir que se le entregue el Libro de Registro de Incidencias

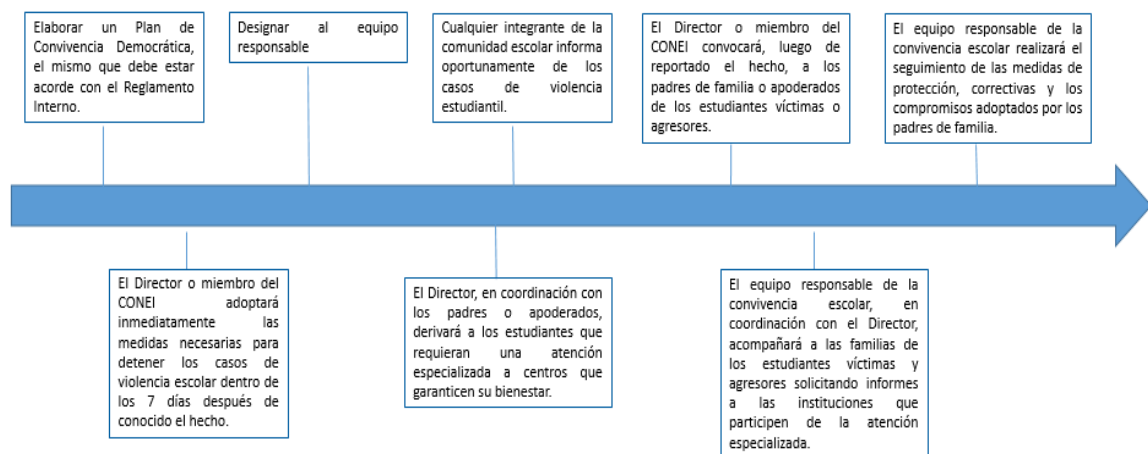
<sup>6</sup> Información pública, recogida de la página oficial del INDECOPI: [www.INDECOPI.gob.pe](http://www.INDECOPI.gob.pe)

para dejar constancia de los actos que sufre el menor y así se genere toda una investigación que permita concluir si efectivamente su menor hijo es víctima de actos de violencia.

El punto antes citado es importante porque, definitivamente, el mismo INDECOPI concluye ello al señalar la importancia del padre de familia como cadena en este sistema; el denunciar este hecho es uno de los pasos, pero el dejar un registro para que se inicie una investigación es uno de las primeras acciones más importantes.

Es necesario que todas las personas tengan conocimiento de los pasos que se deben de seguir para dejar constancia de estos hechos y así poder generar medios probatorios que les permitan denunciar un caso y así tener el sustento correspondiente para que se sancione al Centro Educativo que no acate con las obligaciones estipuladas. A modo de resumen, nos permitimos señalar esos pasos como aporte a futuros casos en donde se necesite denunciar estos hechos:

### PASOS A SEGUIR PARA REPORTAR UN CASO DE BULLYING



Ahora bien, también tenemos el panorama en donde existen casos de bullying declarados fundados por el INDECOPI, y consideramos que es necesario analizarlos pues también nos dará un gran aporte para conocer qué es lo que el INDECOPI verifica para imponer estas sanciones:

RESOLUCION	HECHO DENUNCIADO	INDECOPI RESUELVE	MULTA
1088-2017/SPC-INDECOPI	El Colegio no habría adoptado las medidas necesarias para evitar actos de hostigamiento, violencia e intimidación (bullying) contra la hija del denunciante, pese a que este informó al respecto.	Se verificó que el denunciante había dejado constancias del maltrato que sufrió se menor hija. Si bien no existió registro en el Libro de Registro de Incidencias, lo cierto es que había cartas que envió el denunciante y que recibió el Colegio, por lo que éste debió de realizar las investigaciones correspondientes; no obstante ello, no lo hizo.	6 UIT
3457-2018/SPC-INDECOPI	El Centro Educativo no adoptó las medidas correctivas adecuadas ante los hechos de violencia sufridos por el menor hijo de la denunciante.	Sí se verificó que el menor sufrió agresiones físicas en el Centro Educativo, el cual tenía conocimiento de las mismas, sin que éste haya tomado las medidas necesarias para iniciar las acciones de investigación y sanción correspondientes.	4 UIT

Este escenario es bastante claro, pues tenemos a padres de familia que sí dejaron constancia sobre el maltrato que sufrieron sus menores hijos y por ende, le fue mucho más fácil al INDECOPI verificar esos hechos y sancionar a estos Centros Educativos. Sin embargo, si bien estos Centros Educativos fueron sancionados, consideramos que la multa impuesta resulta muy baja, pues estamos ante situaciones de violencia contra un menor y si la multa es baja, nada impide que el Centro Educativo vuelva a reiterar dicha infracción.

En conclusión, la única manera de erradicar y/o combatir los actos de violencia contra nuestros menores es a través de los padres de familia, alumnos y Centros Educativos los mismos que deben estar debidamente informados de cómo funciona el sistema y cuál es la función de cada uno para que, de ser necesario, pongan en conocimiento a las autoridades pertinentes a fin de que se inicie una investigación y se apliquen las sanciones conforme a ley.

***Importancia del Libro de Registro de incidencias***

Aquí tenemos un panorama con mayores sanciones, pues el INDECOPI, en el marco de sus funciones de supervisión, ha verificado en reiteradas ocasiones que los Centros Educativos no cuentan con el Libro de Registro de incidencias, tal y como se puede apreciar del siguiente cuadro de algunos casos:

### CASOS DECLARADOS FUNDADOS

RESOLUCIÓN	MULTA
1446-2016/SPC-INDECOPI	0,5 UIT
2636-2016/SPC-INDECOPI	Amonestación
2767-2016/SPC-INDECOPI	2 UIT
3041-2016/SPC-INDECOPI	0,75 UIT
3226-2016/SPC-INDECOPI	1,50 UIT
3263-2016/SPC-INDECOPI	1,50 UIT
3352-2016/SPC-INDECOPI	Amonestación
3355-2016/SPC-INDECOPI	Amonestación
3383-2016/SPC-INDECOPI	1,50 UIT
3798-2016/SPC-INDECOPI	Amonestación

En este punto, queremos aplaudir la labor del INDECOPI al sancionar a los Centros Educativos que no cumplen con la implementación de este registro tan importante; sin embargo, consideramos (otra vez) que las multas impuestas son demasiado bajas; ello en tanto como hemos visto líneas arriba, se ha declarado infundadas denuncias de casos de violencia contra menores porque el padre no dejaba constancia del hecho en el Libro de Registro de Incidencias. Así, ¿qué pasaría si se da un caso de violencia escolar y el alumno o padre de familia no puede dejar constancia de dicho hecho porque el Centro Educativo no tiene el mencionado Libro? Por ello, es necesario que las multas en estos casos sean más onerosas; ello a fin de asegurar que los Centros Educativos cumplan con contar con el mencionado Libro y así evitar que a futuro se declaren infundadas denuncias en donde realmente exista violencia a menores.

Así, ya podemos ir concluyendo que de nada nos ayudará tener padres y alumnos proactivos, que conozcan sus derechos y denuncien cualquier acto de violencia si es que los Centros Educativos no cuentan con un Libro de Registro de incidencias, el cual debería de permitir hacer un seguimiento al caso y consignar las posibles soluciones.

En consecuencia, hemos podido observar que la violencia en los Centros Educativos es posible de ser erradica si es que tanto Estado como padres de familia, alumnos y hasta el Centro Educativo cumplen con sus respectivas funciones; sin embargo, hasta este punto se habla de erradicar una violencia que se da en los salones de clases, pero, ¿qué ocurre con el famoso cyberbullying?; un nuevo género acaba de nacer y no sabemos si estamos preparados, por lo que es necesario su análisis.

#### IV. LA VIOLENCIA ESCOLAR EN LA ERA DIGITAL: ¿ESTAMOS REALMENTE PREPARADOS?

Para entender un poco el contexto en el que se encontraba el bullying en nuestro país, fue necesario reflexionar sobre su evolución y los problemas que tanto padres de familia, como alumnos, profesores y Estado enfrentan; hemos revisado un poco las obligaciones de cada uno y cómo el INDECOPI ha sancionado la violencia en los Centros Educativos, pero existe un tipo de acoso que no se da en clases sino a través de las redes sociales o usando plataformas digitales, acoso que, debido a la pandemia de la COVID-19, se ha incrementado; ello en tanto las clases presenciales se suspendieron y se trasladaron a la era digital (clases online).

Actualmente todas las clases de los Centros Educativos Particulares son online, esto implica que los menores se conecten a través de una Tablet, laptop o PC, usen una plataforma digital (zoom, Google meet, Microsoft teams, etc.) y escuchen a su profesor dictar la clase que le corresponde, en tiempo real.

Hasta este punto el padre de familia podría decir: ¿dónde puede estar la violencia, si mi hijo está tranquilo en casa y no le pasará como el caso de Karla y Alfonso que contamos al inicio del presente artículo?. Desafortunadamente, no se necesita de la presencia física de los escolares para poder incurrir en prácticas de ciberbullying.

Solo para que se tenga una idea del caso con un ejemplo real: Karla escucha su clase con Alfonso y sus demás compañeros, el profesor solicita que enciendan las cámaras y le hace una pregunta a Karla; Karla no sabe cómo responder y se queda pensando, el gesto que hace le resulta gracioso a toda la clase. Alfonso decide hacer una captura de pantalla del gesto que hizo Karla y crea un meme con esa imagen, el mismo que no solo lo hace circular entre sus compañeros de clase sino en sus redes sociales. Karla ve que su imagen es usada para burlas y cae en una fuerte depresión.

En el caso antes citado podemos ver que existe un hostigamiento a la imagen de Karla pero ya no de manera presencial, sino de manera virtual. Contra este hecho, ¿es aplicable la regulación vigente (Ley antibullying y su Reglamento)?, ¿siguen siendo útiles las herramientas dadas por el Estado (Libro de Registro de Incidencias)?

Al respecto, la Ley antibullying y su Reglamento señalan que se debe de evitar el bullying cometido por cualquier medio, incluyendo los medios virtuales: telefónicos, electrónicos u otros análogos en la comunidad educativa. Entonces, en principio si se condena cualquier tipo de violencia virtual o ciberbullying que se pueda dar en el marco del desarrollo de las actividades escolares.

Por otro lado, si bien con dicha regulación se creó el Libro de Registro de Incidencias, lo cierto es que no sólo existe ese sistema para dejar constancia de cualquier acto de bullying o ciberbullying. En efecto, mediante el Decreto Supremo N° 004-2018-MINEDU, se implementó los “Lineamientos para la Gestión de la Convivencia Escolar, la Prevención y la Atención de la Violencia Contra Niñas, Niños y Adolescentes” cuya finalidad es la de establecer las directrices de orientación para la gestión de la convivencia escolar.

Así, en dichos Lineamientos se estableció en el artículo 8.3.4 que las instituciones educativas públicas y privadas tienen la obligación de afiliarse al sistema SiseVe ([www.siseve.pe](http://www.siseve.pe)), *el cual es una aplicación virtual a través de la cual las instancias de gestión educativa descentralizada brindan seguimiento a los casos de violencia contra niñas, niños y adolescentes en el entorno escolar mediante un trabajo colaborativo e interconectado*<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> **8.3.4. portal siseVe**

El SiseVe ([www.siseve.pe](http://www.siseve.pe)) es una aplicación virtual a través de la cual las instancias de gestión educativa descentralizada brindan seguimiento a los casos de violencia contra niñas, niños y adolescentes en el entorno escolar mediante un trabajo colaborativo e interconectado. El reporte de casos permite la consolidación y el manejo de información actualizada sobre la situación de este tipo de violencia en las instituciones educativas, así como su tratamiento a nivel regional y nacional.

Los reportes en el portal SiseVe pueden ser realizados por cualquier persona que haya sido víctima, testigo o tenga conocimiento de un hecho de violencia contra niñas, niños y adolescentes en el entorno escolar, previa afiliación al portal SiseVe.

(...)

Del mismo modo, se deja en claro que a este portal no sólo puede acceder el alumno afectado o su padre de familia para registrar su caso, por el contrario, también puede acceder cualquier persona que haya presenciado un acto de bullying o ciberbullying y desee denunciarlo.

Del mismo modo, el artículo 9.2.3 (Del responsable de convivencia de la institución educativa, literal f)) señala que el Centro Educativo debe registrar los casos de violencia escolar tanto el sistema SÍSEVE como en el Libro de Registro de Incidencias. Por lo que se concluye que ambos registros son de carácter obligatorio.

Por otro lado, la ventaja de este sistema denominado SíseVe es que le da la facultad a cualquier menor de denunciar cualquier acto de ciberbullying sin que el resto de sus compañeros se enteren y así no sufrir un posible acoso. Esta plataforma es bastante amigable y te explica detalladamente los pasos que se tienen que seguir para reportar bullying o ciberbullying:

## ¿QUÉ PASA DESPUÉS DE REPORTAR?



Como hemos señalado, esta plataforma es bastante amigable y le da mucha confianza al consumidor para denunciar y/o reportar cualquier caso, manteniendo cierto anonimato.

Ahora bien, debemos destacar (de nuevo) la labor que el INDECOPI ha estado efectuando para verificar que los Centros Educativos no solo cumplan con implementar el Libro de Registro de incidencias, sino que también ha estado investigando si los Centros Educativos han estado afiliados a esta plataforma.

Efectivamente, podremos ver de los siguientes cuadros cuáles han sido las sanciones que ha colocado el INDECOPI a los Centros Educativos por no haber estado afiliados a la plataforma del SíseVe:



### CASOS DECLARADOS FUNDADOS

RESOLUCIÓN	MULTA
0693-2018/SPC-INDECOPI	0,50 UIT
3697-2019/SPC-INDECOPI	0,30 UIT
0777-2020/SPC-INDECOPI	0,4 UIT

Como se puede observar, si bien el hecho de que el Centro Educativo no esté afiliado a la aplicación SíseVe es sancionado por el INDECOPI, otra vez se verifica que las multas son bastante bajas, situación que pone en desventaja a los consumidores pues, en estos tiempos donde todo se ha digitalizado, lo que se necesita es asegurar que los Centros Educativos cumplan con su obligación de estar afiliados a dicha aplicación, pues es la única manera de poner en conocimiento, a través de medios a distancia, de cualquier ciberbullying que pueda estar dándose en los Centros Educativos.

#### IV. CONCLUSIÓN FINAL.

Del análisis efectuado se puede desprender que, actualmente sí tenemos buenas herramientas para combatir no solo los casos de bullying sino de ciberbullying, pero mucho dependerá de que tanto los padres de familia como los alumnos conozcan sus derechos y obligaciones y exijan a los Centros Educativos implementar todo lo necesario para combatir y erradicar estos actos de violencia. Del mismo modo, el INDECOPI cumple una función relevante en las sanciones impuestas a estos Centros Educativos, pues son los llamados a exigir que se cumplan a cabalidad con todas las obligaciones dadas por la normativa vigente; ello a fin de brindar la estabilidad y seguridad a nuestros pequeños, pues finalmente ellos son los más afectados.



# COMPETENCIA EN EL SECTOR TECNOLÓGICO

**Autor:**  
**Alejandro Morales Cáceres**

# COMPETENCIA EN EL SECTOR TECNOLÓGICO

Alejandro Morales Cáceres<sup>1</sup>

## SUMARIO

- I. Introducción.
- II. De Rockefeller a Google. Amazon, Facebook y Amazon.
- III. La libre competencia en el Perú.
- IV. Características del sector tecnológico.
- V. Casos de libre competencia en el sector tecnológico.
- VI. Aplicación de la normativa de competencia en el sector tecnológico: ¿Viejas reglas para nuevos mercados?
- VII. Conclusiones.

## **I. INTRODUCCIÓN.**

Es innegable que los avances tecnológicos han aportado a los consumidores un sinnúmero de beneficios al ofrecerse nuevos productos y servicios que han modificado la forma cómo se crea y genera valor. Las plataformas digitales son el elemento central de esa evolución y han tenido efectos disruptivos en muchos sectores de la economía. Las plataformas proporcionan infraestructura digital para diversos servicios, como mercados en línea (Amazon), tiendas de aplicaciones (Apple), sitios de redes sociales (Facebook) y motores de búsqueda (Google).

El alcance, la escala y el enorme crecimiento de algunas de estas empresas las convierten en una suerte de “guardianes digitales” de los servicios que ofrecen. Esto les confiere el poder de determinar las reglas que se utilizan en sus plataformas, les confiere acceso exclusivo a datos sobre los desarrolladores, los proveedores y las preferencias de los consumidores. Los beneficios de ser “guardianes digitales” son claros: seis de las diez empresas con mayor valor en el mercado (Microsoft, Amazon, Alphabet/Google, Facebook, Tencent y Alibaba) son empresas pertenecientes al sector tecnológico y digital, tal como se puede apreciar en el cuadro a continuación:

---

<sup>1</sup> Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Máster en Especialización en Derecho de las TIC, Redes Sociales y Propiedad Intelectual por ESADE de Barcelona. Jefe del Área de Derecho y Nuevas Tecnologías del Estudio Torres y Torres Lara Abogados. Especialista en Protección de Datos Personales. Profesor Universitario.

## Las diez principales empresas mundiales al 30 de junio de 2020:

Ranking	Compañía	Ubicación	Sector	Capitalización Bursátil (\$Bn)
1	SAUDI ARABIAN OIL	Arabia Saudita	Petróleo & Gas	1,741
2	APPLE INC.	Estados Unidos	Tecnología	1,568
3	MICROSOFT CORP.	Estados Unidos	Tecnología	1,505
4	AMAZON.COM INC.	Estados Unidos	Servicios al consumidor/ Tecnología	1,337
5	ALPHABET INC-A	Estados Unidos	Tecnología	953
6	FACEBOOK INC-A	Estados Unidos	Tecnología	629
7	TENCENT	China	Tecnología	599
8	ALIBABA GRP-ADR	China	Servicios al consumidor/ Tecnología	577
9	BERKSHIRE HATH-A	Estados Unidos	Financiero	430
10	VISA INC – CLASS A	Estados Unidos	Financiero	372

Fuente: Bloomberg con el análisis de PWC

Este cuadro demuestra cómo es que las grandes empresas tecnológicas han modificado el paisaje empresarial mundial, tomando en consideración que en el reporte *Global 100 Companies by Market Capitalization de PWC* del año 2009 solo figuraba una empresa tecnológica (Microsoft). La sociedad observa este fenómeno tecnológico-empresarial con una combinación de asombro y, en algunos casos, de preocupación, pues la condición de "guardianes digitales" que estas empresas ostentan la pueden utilizar para abusar de su poder y perjudicar al mercado.

El presente artículo se centra en las características especiales de la industria tecnológica y sus repercusiones en el derecho y la política de la competencia.

## II. DE ROCKEFELLER A GOOGLE, AMAZON, FACEBOOK Y AMAZON.

El Derecho a la Competencia fue desarrollado en los Estados Unidos para controlar los efectos no deseados de la acumulación del poder económico. Esto fue como consecuencia de los cambios socioeconómicos que experimentó Estados Unidos hacia finales de la Guerra Civil en 1864. Los agricultores que solo producían para su autoconsumo y/ o para realizar algunos intercambios menores de sus productos, habían sido reemplazados por aquellos agricultores que colocaban sus productos en los diferentes mercados y que adquirían bienes a los pequeños empresarios con el dinero obtenido<sup>2</sup>.

En este marco, se acrecentó la interdependencia entre agricultores y pequeños empresarios. Los patrones laborales comenzaron a cambiar y Estados Unidos fue testigo de cómo una nación de agricultores rurales y de pequeños empresarios se fue transformando en un país cada vez más urbanizado e industrializado.

Dichas transformaciones no fueron vistas con suspicacia hasta que en las últimas tres décadas del siglo XIX surgió con extraordinaria rapidez todo un nuevo orden socioeconómico. El anterior orden, considerado "natural", tenía como presupuesto que el poder económico -y político-

<sup>2</sup> LANDE, Robert. *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: the Efficiency Interpretation Challenged*. En: *Hastings L.J.*, N° 34, 1982. p. 100.

siempre se encontraría descentralizado. Este orden fue desplazado por las concentraciones de poder denominadas *trusts*.

El término "*trust*" alude a acuerdos entre empresas con el fin de monopolizar una determinada industria. Los *trusts* eran mecanismos mediante los cuales empresas que realizaban la misma actividad comercial se agrupaban -sin fusionarse- con el fin de eliminar a la competencia y controlar la cantidad ofertada y, así, el precio del producto. Concretamente, el mecanismo ideado consistía en lo siguiente: se creaba un comité central o directorio compuesto por los presidentes o gerentes generales de las diferentes empresas miembro, la mayoría de los accionistas de cada empresa transfería "*in trust*" -en confianza- sus acciones a estas personas para que ellas ejercieran el derecho de voto correspondiente a sus acciones, entregándose a los accionistas certificados que acreditaban su derecho a recibir dividendos. Este mecanismo permitía que los presidentes o gerentes generales ejercieran el control absoluto de las políticas comerciales de cada empresa miembro y, así, un intenso control sobre el mercado del bien o servicio que proveía cada *trust* en el mercado<sup>3</sup>.

En ese contexto, aparecieron grandes emporios en sectores como el petróleo, los ferrocarriles o el aluminio, construidos por magnates como John D. Rockefeller, J. P. Morgan o Andrew Carnegie; auténticos monopolios empresariales que jugaron un papel determinante en el crecimiento de la economía estadounidense tras la Guerra Civil. El dominio que tenían Rockefeller, Morgan o Carnegie sobre sectores económicos que acababan de emerger como consecuencia de los avances tecnológicos les otorgaba la posibilidad de aprovecharse de las economías de escala y de una menor inversión en costes laborales; estos magnates incluso limitaban aún más la competencia estableciendo alianzas entre ellos. Así, por ejemplo, Rockefeller consiguió un monopolio casi exclusivo del transporte por ferrocarril de su petróleo al conseguir un precio reducido exclusivo por parte de Cornelius Vanderbilt, uno de los principales magnates del ferrocarril. J. P. Morgan provocó la aparición del término "morganización", referido a la estrategia de monopolización que siguió en sectores como el del ferrocarril, el acero o el bancario, en los que creaba conglomerados de pequeñas empresas en un mismo sector y reducía los precios hasta conseguir que sus competidores acabasen en bancarrota, momento en el que los compraba y los unía a su conglomerado. Asimismo, la heterogeneidad de su imperio le otorgaba sinergias privilegiadas: sus bancos le proporcionaban financiación, el acero resultaba fundamental para construir las líneas de ferrocarril, que eran a la segunda revolución industrial lo que es significó el internet a la revolución digital<sup>4</sup>.

El contexto descrito generó una atmósfera social sobrecargada de miedos respecto de los *trusts*. Las principales acusaciones planteadas contra estas agrupaciones eran, en resumidas cuentas, las siguientes: "*que tienden a crear monopolios y desplazar a los pequeños capitalistas (empresarios) fuera de los negocios; que destruyen la competencia, el gran reductor de las ganancias y compensador de los precios; que amasan fortunas a expensas de la comunidad al aumentar el precio de los artículos; que tienden a erigir una oligarquía que controle la legislación en su propio interés contra el de la comunidad, minando con ello la libertad personal y política y poniendo en peligro la existencia de las instituciones democráticas*"<sup>5</sup>. ¿Suenan familiar?

---

<sup>3</sup> CÁCERES FREYRE, Fernando. El por qué de la política de libre competencia. EN: Revista Derecho & Sociedad N° 19, 1994. p.90

<sup>4</sup> SHIPLEY, Trajan. De Rockefeller a Google, el retorno de las leyes antitrust. Recuperado de: <https://elordenmundial.com/rockefeller-google-retorno-leyes-antitrust/>

<sup>5</sup> CÁCERES FREYRE, Fernando. Op. Cit. p.92. El autor agrega: "Los temores contra la concentración del poder económico eran tan fuertes que no podían ser ignorados por los políticos. Por ello, se generó una demanda social muy fuerte

A raíz de lo anteriormente descrito, se promulgó una normativa federal contra las combinaciones que restringían la competencia y contra las situaciones monopolísticas: la Ley Sherman<sup>6</sup>, la cual obtuvo su nombre del Senador que la propuso y defendió; durante su procedimiento de elaboración señaló lo siguiente<sup>7</sup>:

*"Si los poderes concertados de una combinación son encomendados a un solo hombre, esto es una prerrogativa real, inconsistente con nuestra forma de gobierno, y deberían estar sujetos a la firme oposición del Estado y de las autoridades nacionales (...). Si no toleramos a un rey como poder político, no deberíamos tolerar a un rey de la producción, transporte y venta de lo que necesitamos para vivir. Si no nos sometemos a un emperador, no nos deberíamos someter a un autócrata del comercio, con poder para impedir la competencia y fijar los precios de cualquier bien o producto. La opinión popular está agitada con los problemas que pueden perturbar el orden social, y entre ellos ninguno es más amenazador que la desigualdad de condición, riqueza y oportunidad que ha crecido en una sola generación a fuerza de la concentración de capital en grandes asociaciones para controlar la producción, el comercio y para acabar con la competencia. Estas asociaciones ya desafían o controlan poderosas empresas de transporte y alcanzan a las autoridades estatales. Nos alcanzan con sus garras hasta cualquier parte de nuestro país (...). Si no tenemos la voluntad o somos incapaces, pronto habrá un monopolio para cada producto y un señor que fijará el precio de cada producto necesario para la vida".*

Este fragmento del Senador Sherman demuestra que la legislación antitrust tiene como principal objetivo proteger al mercado frente a prácticas que restrinjan la libre competencia, principalmente aquellas en las que un grupo de competidores se ponen de acuerdo para fijar precios, distribuirse mercados y restringir la competencia entre ellos. A partir de este momento se dio inicio a más de un siglo de jurisprudencia sobre los monopolios, las concentraciones empresariales, las prácticas restrictivas, los carteles y en general todos los aspectos relacionados con el derecho *antitrust*.

La Ley Sherman entró en vigor en 1890. En esencia, esta prohibía cualquier actividad que limitase la competencia y el intento de monopolización de un mercado por parte de grupos empresariales. Pese a no regular todas las posibilidades de limitar la competencia (por ejemplo, en cuanto a las concentraciones empresariales) la Ley Sherman supuso que la Corte Suprema de Estados Unidos

---

para que el Estado intervenga; el problema era cómo. La primera opción era que el gobierno asumiera la propiedad y el control de las grandes corporaciones. Sin embargo, los norteamericanos no confiaban en el gobierno más que en las empresas. El poder concentrado en manos de unos pocos, ya fueran esas manos privadas o del gobierno, se consideraba contrario al ideal Jeffersoniano de que el poder se encontrara desconcentrado. La segunda opción consistió en la política de libre competencia. Su instauración en los Estados Unidos se explica en el pensamiento imperante en la sociedad norteamericana de aquella época. Se creía que, a diferencia de lo que sucedía cuando el poder se concentraba en manos de unos pocos, un mercado competitivo guiado por la "mano invisible" de Adam Smith permitía que las decisiones se tomaran de manera impersonal. Las decisiones así tomadas eran vistas con buenos ojos por cuanto eran el promedio de las decisiones de miles de individuos y no decisiones concretas de una persona o grupo de personas en particular. Por ello, al satisfacer el deseo social de ver un poder descentralizado, el mecanismo de mercado aparecía ante las personas como la perfecta contraparte económica del sistema democrático".

<sup>6</sup> Según ZULLITA FELLINI y PÉREZ MIRANDA la primera ley que tenía como fin la protección de la libre competencia no fue sancionada en Estados Unidos, sino en Canadá en el año de 1889. Pero los autores citados advierten que esta ley tan solo se ocupó de sancionar algunas prácticas colusorias, dejando por fuera muchos temas relacionados con la libre competencia. (ZULLITA FELLINI, Gadulfo y PÉREZ MIRANDA, Rafael "El derecho frente a los monopolios." En "Estudios de Derecho Económico IV", 1A. REIMP., Universidad Nacional Autónoma de México: 1983. Pág 9.) Asimismo, según Thomas J. DiLorenzo, la Ley Sherman fue la primera norma antimonopolios de aplicación nacional, pero no fue la primera norma antimonopolios expedida en EE.UU. En años anteriores, este tipo de normas habían sido expedidas en varios Estados de la Unión. (DILorenzo, Thomas J. "The Case Against All Antitrust Legislation." Cátedra en Mises University 18, Ludwig Von Mises Institute, August 9, 2003.)

<sup>7</sup> CÁCERES FREYRE, Fernando. Op. Cit. p.93.



ordenara en 1911 la división forzosa de Standard Oil, el controvertido caso *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*. La petrolera de Rockefeller fue declarada culpable de monopolizar la industria del petróleo a través de una serie de prácticas abusivas y anticompetitivas. El remedio de la Corte fue dividir a Estándar Oil en 34 empresas distintas, de las que hoy perviven, Exxon Mobil y Chevron, después de diversas fusiones y adquisiciones por otras grandes petroleras.

Han transcurrido 130 años desde que la Ley Sherman fue promulgada, 109 años desde que Standard Oil fue escindida y, sin embargo, el crecimiento desmesurado de las grandes empresas tecnológicas en la última década, evoca el poder de los *trusts* que dieron origen, justamente, a las normas que buscan combatir las prácticas anticompetitivas. Muestra de ello es que el pasado 29 de julio del año 2020, el Subcomité de *antitrust* de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos llevó a cabo una audiencia virtual, donde fueron a declarar los CEO's de las cuatro empresas de tecnología más importantes del mundo: Tim Cook de Apple, Jeff Bezos de Amazon, Sundar Pichai de Google y Mark Zuckerberg de Facebook. Los líderes de estas empresas, también conocidas como GAFa, por sus siglas, fueron cuestionados por la dominancia que sus empresas tienen en el mercado tecnológico y sus prácticas anticompetitivas que, supuestamente, los llevan a abusar del poder de sus plataformas para aplastar o sofocar a los competidores.

David Cicilline, miembro de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos y la persona que lideró el proceso de escrutinio y el interrogatorio en mención, dejó una frase que nos invita a reflexionar acerca del poder que ostentan actualmente estos gigantes tecnológicos y si es que realmente ello atenta contra la libre competencia y el bienestar de los consumidores.

*"Estas compañías, tal y como existen hoy, tienen poder monopolístico. Algunas deberían ser divididas. Todas deben ser adecuadamente reguladas y dar explicaciones. Cuando se escribieron estas leyes, los monopolísticos eran hombres llamados Rockefeller y Carnegie. Hoy los hombres se llaman Zuckerberg, Cook, Pichai y Bezos. Una vez más, su control del mercado les permite hacer lo que sea necesario para aplastar negocios independientes y expandir su propio poder. Esto debe terminar".*

Cabe recordar que, estas cuatro empresas en su conjunto reportan ingresos anuales de 800 mil millones de dólares. Es por esta razón que, el Congreso de Estados Unidos ha investigado a las GAFa desde hace 13 meses por las prácticas aparentemente anticompetitivas de estas empresas, pues estos gigantes tecnológicos dominan mercados como el de anuncios online, búsquedas online, comercio electrónico, redes sociales, mensajería, hardware y software. Es por ello que, el objetivo de esta investigación es determinar el impacto de sus prácticas en la competencia en el sector tecnológico.

Al respecto, las GAFa manifestaron que sus empresas no solo no operan en un monopolio, sino que están en riesgo de perder terreno frente a sus competidores o dejar de ofrecer servicios que en su opinión revitalizan a las pequeñas empresas y crean empleo de calidad. Sin embargo, varios miembros del Congreso de los Estados Unidos argumentaban que estas ejercen una dominancia predominante en cada uno de sus campos y que esta posición los ha llevado muchas veces a abusar de sus competidores e incluso a eliminarlos por completo.

A continuación, presentamos un resumen de lo que fue la audiencia:

- **Google:** David Cicilline, quien lideró el proceso de escrutinio y el interrogatorio, citó varios emails de hace una década en los que empleados de Google hablaban de sitios que estaban creciendo en tráfico y que podían amenazar los ingresos de Google. Tanto



Cicilline como el congresista Ken Buck acusaron a Google de robar el contenido digital de empresas más pequeñas, como Yelp. Cicilline acusó a Google de amenazar a la empresa de reseñas de restaurantes de sacarla de sus listas, por lo que esta empresa se vio perjudicada por los actos anticompetitivos de Google y su abuso de posición de dominio: *"La opción que Google le dio a Yelp fue la de dejarles robar su contenido o desaparecer del website. ¿No es esto anticompetitivo?"*, se preguntó Cicilline durante una árida secuencia de preguntas duras.

Sundar Pichai, por su parte, se defendió diciendo que *"cuando dirijo una empresa, me centro en darle a los usuarios lo que quieren. [En Google] nos comportamos conforme a los estándares más altos"*. Cicilline también preguntó a Pichai por la capacidad de Google para recolectar datos que les permiten identificar a posibles competidores. Pichai indicó que *"como cualquier otro negocio tratamos de entender las tendencias de, ya sabe, los datos que podemos ver, y los usamos para mejorar nuestros productos para los usuarios"*.

Asimismo, el CEO de Google mencionó que, *"el panorama competitivo de hoy no se parece en nada a hace cinco años, y mucho menos a hace 21 cuando Google lanzó su primer producto, Google Search. La gente tiene más formas de buscar información que nunca"*. Pichai señaló en su defensa que el éxito continuo de Google no está garantizado. *"Google opera en mercados globales altamente competitivos y dinámicos, en los que los precios caen y los productos mejoran constantemente"*. Además, agregó que, gracias a las herramientas de Google, *"las empresas a pie de calle pueden competir de una manera que no era posible hace 20 años"*.

- **Amazon:** Jeff Bezos en su defensa resaltó cómo inició Amazon en un garaje y cómo el éxito de su compañía, *"... enfocarse continuamente en el cliente"*, ha permitido crear un millón de empleos directos. Igualmente, ha defendido que Amazon es un motor de crecimiento para los pequeños emprendimientos: *"Hoy nuestra plataforma es utilizada por 1,7 millones de pequeñas empresas, que en conjunto representan en torno al 60% de las ventas de productos físicos en Amazon"*. También recalcó que el comercio digital no es un mercado diferente (al del comercio minorista en general), sino un canal diferente, agregando que el comercio minorista global es *"sorprendentemente grande y competitivo"* y que *"Amazon representa menos del 1% de ese mercado de 25 billones de dólares, y menos del 4% del comercio minorista en Estados Unidos"*.

La principal acusación contra Amazon es que esta destruye a la competencia generando sus propios productos *"first-party"*, lo cual resultaría paradójico porque a su vez los vendedores que utilizan la plataforma le pagan una comisión.

Pramila Jyapal, una de las congresistas que participó en el interrogatorio, planteó una cuestión importante a Amazon: *"Déjeme que le pregunte, Sr. Bezos, ¿accede alguna vez Amazon a los datos de los vendedores a la hora de tomar decisiones de negocio?"*. La pregunta era importante y hacía referencia a las sospechas de que Amazon utiliza la información que tiene sobre los vendedores y sus productos para acabar vendiendo versiones propias de esos productos a menor precio. Bezos respondió: *"No puedo garantizarle que la política nunca haya sido violada. Seguimos investigándolo con"*

*cuidado*". Esto sería considerado una práctica anticompetitiva porque, de ser cierto, Amazon planificadamente sacaría a sus competidores del mercado. Jayapal indicó que *"el comité ha entrevistado a empleados que dicen que dichas violaciones ocurren con frecuencia"*, y otra congresista, Lucy McBath también atacó a Bezos afirmando que la empresa *"bloquea sistemáticamente" a vendedores impidiéndoles que vendan ciertos productos*. Bezos, indicó que *"no creo que eso sea lo que ocurre de forma sistemática. A los vendedores externos les está yendo extremadamente bien de forma global"*.

Por otro lado, Jeff Bezos fue también cuestionado por sus prácticas frente a competidores, recordándole el caso de Diapers.com, la empresa de fabricación de pañales con la que compitió hace años. Amazon invirtió 200 millones de dólares a fondo perdido en un trimestre bajando los precios de otros pañales que puso a la venta en su tienda online, lo que hizo que Diapers.com no pudiera competir.

*"Usted dice que Amazon se centra exclusivamente en los clientes"*, le preguntó la congresista Mary Gay Scanlon. *"Si es así, ¿cómo se benefician los clientes, especialmente las madres solteras y las nuevas familias, cuando los precios se incrementaron por el mero hecho de que ustedes eliminaron a su principal competidor?"*. Bezos contestó que los pañales *"son una categoría muy grande de producto que se vende en muchos, muchos lugares"*, pero lo cierto es que la empresa propietaria de Diapers.com, Quidsi, acabó siendo adquirida por Amazon.

- **Facebook:** Mark Zuckerberg señaló en la audiencia virtual que *"las compañías no son malas solo por ser grandes"* y Facebook forma *"parte de una industria que ha cambiado el mundo"*, así como de un colectivo que se *"enfrenta a una intensa competencia mundial"*. Por todo ello, el líder tecnológico ha demandado *"nuevas reglas para la red"*. Según ha valorado, la historia de su compañía *"no habría sido posible sin las leyes de Estados Unidos que fomentan la competencia y la innovación, por lo que generar una política de competencia fuerte y consistente resulta vital para asegurar que el terreno de juego sea igual para todos"*. Además, recalcó que *"en Facebook, competimos duro, porque nos enfrentamos a otras empresas muy inteligentes e innovadoras decididas a ganar. Sabemos que nuestro éxito futuro no está garantizado, especialmente en una industria tecnológica global definida por la rápida innovación. De hecho, la historia de la tecnología es a menudo la historia del fracaso, e incluso las empresas tecnológicas líderes en la industria desaparecen si no se mantienen competitivas. Por eso nos centramos en la prestación de mejores servicios para las personas y las empresas, y competir tan vigorosamente como podamos dentro de las reglas"*.

Sin embargo, al creador de Facebook se le acusó de comprar Instagram sabiendo que era una competencia directa y que amenazaba su posición dominante en redes sociales. Esta acusación tiene como base un correo filtrado en la investigación que indicaba que Mark Zuckerberg veía a Instagram como una potencial amenaza para su negocio en el año 2012: *"Solo necesito decidir si compramos Instagram. Nos arrepentiremos de no hacerlo porque puede hacernos mucho daño de manera significativa, aunque no se convierta en un gran negocio"*, escribió Zuckerberg en un mail al director financiero de Facebook, David Ebersman, a comienzos de 2012. El argumento presentado es que Facebook

aprovechó el poder de mercado que tenía ya por aquel entonces para comprar Instagram porque estaban preocupados por el potencial de la *app* para crecer rápidamente y quitar usuarios a Facebook. Era "exactamente el tipo de adquisición anticompetitiva que las leyes antimonopolio pretendían evitar", mencionó uno de los representantes del Congreso de Estados Unidos.

Por otro lado, cuando se le preguntó por su tamaño, Zuckerberg respondió lo siguiente: *"En muchas áreas estamos detrás de nuestros competidores. El servicio de mensajería más popular de Estados Unidos es iMessage. La aplicación de más rápido crecimiento es TikTok. La aplicación de videos más popular es YouTube. La plataforma de anuncios de más rápido crecimiento es Amazon. La plataforma de anuncios más grande es Google. Y por cada dólar gastado en publicidad en los Estados Unidos, se gasta menos de diez centavos con nosotros"*.

- **Apple:** A la compañía que fundó Steve Jobs se le acusaba de tener un monopolio en el mercado de aplicaciones, pues su App Store en dispositivos iOS, representan el doble en ventas que su rival más cercano, Google Play. Tim Cook respondió que el mercado de las aplicaciones es "una jungla" por ser "ferozmente competitivo".

Asimismo, el congresista demócrata Henry Johnson expresó su preocupación por el App Store de Apple, tras considerar que sus moderadores inventan reglas "*en el camino*" y luego las interpretan arbitrariamente. Johnson consideró que las reglas a veces "*cambiaban para beneficiar a Apple a expensas de los desarrolladores [de terceros]*" y también discriminaban entre diferentes creadores. "*Tratamos a todos los desarrolladores de la misma manera. Tenemos reglas abiertas y transparentes*", respondió Cook.

En la audiencia se le acusó a Apple de competir injustamente con aplicaciones a las que le cobra hasta el 30% de lo que pueden generar; y le recordaron que Apple cuenta con 60 aplicaciones propias que son competencia directa de otras aplicaciones de terceros, pero que, a diferencia de estas últimas, no pagan nada por estar en App Store. Tim Cook respondió lo siguiente: *"Después de comenzar con 500 aplicaciones, hoy la App Store alberga más de 1.7 millones, de las cuales solo 60 son software de Apple. Claramente, si Apple es un guardián, lo que hemos hecho es abrir el portón más ancho. Queremos obtener todas las aplicaciones que podamos en la tienda, no mantenerlas alejadas."* Según el CEO de Apple, la App Store ha proporcionado nuevas formas para que los desarrolladores establecieran negocios que eran imposibles antes del iPhone, una realidad que a su juicio es contraria a las acusaciones de que Apple usa su poder contra otras compañías. Tim Cook afirmó que las comisiones que cobra su compañía en su *marketplace* "*son comparables e incluso inferiores*" en algunos casos a las cobradas por otras tiendas de sus competidores. Además, apuntó, que cuando se creó la App Store, las opciones de distribución disponibles para los desarrolladores de software no funcionaban bien. "*Las tiendas físicas cobraban tarifas altas y tenían un alcance limitado"*.

No cabe duda que, como "guardianes digitales" concentran mucho poder que les permitiría cometer actos anticompetitivos; sin embargo, debemos analizar si realmente lo han hecho o no. Para ello es necesario comprender un poco acerca de la normativa en materia de competencia.

### III. LA LIBRE COMPETENCIA EN EL PERÚ.

La libre competencia es el mejor mecanismo para promover la asignación eficiente de recursos en el mercado. Esto se debe a que, para ganarse la preferencia de los consumidores, los proveedores bajan sus precios, mejoran la calidad de sus productos, amplían la oferta y para mantenerla variada, las empresas innovan en sus conceptos, diseños, técnicas de producción, servicios, etc. Como consecuencia de ello, los consumidores tienen más y mejores opciones a su disposición. Por este motivo, la defensa de la libre competencia es una de las políticas públicas más importantes para el desarrollo económico de un país.

Las normas de defensa y protección de la libre competencia buscan evitar que las empresas concentren poder de mercado por razones distintas a una mayor eficiencia, y también que utilicen de forma ilegal el poder de mercado que tienen. Asimismo, buscan que el poder de mercado no se concentre a través de fusiones o adquisiciones de empresas que generen un grave riesgo para la competencia y el bienestar de los consumidores.

En el Perú, las principales normas que regulan la competencia son las siguientes:

1. **La Constitución Política del Perú:** El artículo 58<sup>8</sup> de la Constitución Política del Perú, establece un sistema económico social de libre mercado basado en la libertad de competencia y en la participación en los mercados de los agentes privados. Asimismo, el artículo 61<sup>9</sup> encarga al Estado la misión de corregir las fallas que puedan surgir en el mismo, con el objetivo de optimizar la asignación de recursos y aumentar los niveles de bienestar económico.
2. **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas:** El Decreto Legislativo N° 1034 prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas, como el abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias horizontales y verticales, con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.
3. **Decreto de Urgencia que establece el control previo de operaciones de control empresarial:** El Decreto de Urgencia N° 013-2019 tiene por fin establecer un régimen de control previo de operaciones de concentración empresarial con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

---

<sup>8</sup> **Artículo 58.-** *"La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura"* (subrayado agregado).

<sup>9</sup> **Artículo 61.-** *"El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolísticas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios."*

*La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares"* (subrayado agregado).

4. **Ley de Represión de Competencia Desleal:** El Decreto Legislativo N° 1044 tiene el objetivo de reprimir todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.
5. **Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas:** El Decreto Legislativo N° 1256 tiene como finalidad supervisar el cumplimiento del marco legal que protege los derechos a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, en beneficio de personas naturales o jurídicas, mediante la prevención o la eliminación de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad que restrinjan u obstaculicen el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado. Las políticas de competencia deben evitar que se creen barreras de acceso al mercado que limiten artificialmente la oferta. Cabe recordar que la limitación de acceso por actos propios del Estado es un atentado contra la libre competencia.
6. **Decisión 608 de la Comunidad Andina:** Esta Decisión tiene como objetivo la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores.

El Derecho de la Competencia tiene dos vías típicas de aplicación que se plasman en normas legales que se conocen como "control de conductas" y "control de estructuras".

### 3.1 Control de Conductas.

El control de conductas se manifiesta en normas que establecen la prohibición de determinados comportamientos de los agentes económicos en el mercado, que se considera que restringen inválidamente la competencia en perjuicio del consumidor, del proceso competitivo y, en términos más generales, del mercado en sí mismo. Como regla general, el control de conductas opera luego que la conducta prohibida se ha producido en el mercado; es decir, funciona como una evaluación ex post del comportamiento de las empresas, identificando si el mismo ha sido conforme al marco legal o ha incurrido en la práctica prohibida<sup>10</sup>.

En tal sentido, las normas de control de conductas buscan inhibir y, de ser necesario, sancionar las prácticas restrictivas de la competencia realizadas por empresarios o agentes económicos. Estas prácticas anticompetitivas pueden ser de dos tipos según se explica a continuación:

#### A) Abuso de Posición de Dominio.

De acuerdo al artículo 7° del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas:

*"7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores,*

<sup>10</sup> Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. "Libre Competencia. Colección por el vigésimo aniversario del INDECOPI". Mayo del 2013, Lima, p. 17.

*proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:*

- a. Una participación significativa en el mercado relevante.*
- b. Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.*
- c. El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.*
- d. El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro, así como a redes de distribución.*
- e. La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.*
- f. La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de estos.*

*7.2. La sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita".*

Se puede apreciar que, si bien el monopolio<sup>11</sup> o la posición del dominio no está penalizada en nuestro ordenamiento jurídico, sí lo está el abuso de tal posición. La ley entiende que una empresa que ostenta dicha posición tiene la potencialidad de causar daños a sus competidores y con ello perjudicar a los consumidores.

En efecto, es claro que un monopolio puede generar un costo social, dado que al ser el único proveedor puede elevar el precio de su producto, dejar de innovar al no tener incentivos, limitar la oferta al elevar las barreras de entrada para otros productores, impidiendo a los consumidores el acceso a más y mejores productos a precios más razonables.

Sin embargo, el monopolio puede ser positivo, dado que muchos de ellos pueden surgir espontáneamente como producto de la competencia existente en el mercado. En otras palabras, debida a esta, el monopolio nace como producto de una superior eficiencia respecto a ciertas empresas competidoras en el mercado, lo que les permitió desplazar a aquellas menos eficientes. Ello, entre otras razones, por la existencia de las economías de escala. Justamente, es esta competencia aquello que fuerza al monopolio a ser eficiente, puesto que, si decide subir sus precios o bajar la calidad de su producto, el mismo mercado será quien se encargue de que ingresen nuevos competidores que darán más opciones y con ello reducirán los precios. Es decir, el monopolio es parte de un proceso dinámico que contribuye a la eficiente asignación de recursos.

Así, prohibir el monopolio muchas veces implica perjudicar a los consumidores a quienes precisamente las normas que promueven la competencia buscan beneficiar. Como bien señala Alfredo Bullard<sup>12</sup>, si bien el monopolio puede tener consecuencias negativas para los consumidores, su prohibición puede generar daños a esos mismos competidores. El proceso competitivo se alimenta de la aspiración de todo empresario por reducir costos y bajar precios, mejorar la calidad de sus productos o, que el servicio a los consumidores se oriente precisamente a aumentar la participación que dicha empresa tiene en el mercado. El sueño de todo empresario

---

<sup>11</sup> Un monopolio se presenta cuando se verifican ciertas condiciones específicas como la existencia de un único proveedor, la inexistencia de bienes sustitutos que de alguna manera satisfagan la demanda de los consumidores y la presencia de barreras de entrada al mercado que impidan la aparición en el corto plazo de opciones para los consumidores.

<sup>12</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. " *La Regulación Constitucional de los Monopolios y las políticas de competencia*". EN: Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Editorial Palestra, 2da Edición, 2da Reimpresión, 2010, p.970.

es convertirse en monopolio y eso es lo que lo motiva a mejorar. Si se prohíbe a rajatabla el monopolio y se imponen sanciones por crecer, sin analizar las causas del crecimiento empresarial, ese sueño se volverá una pesadilla y el resultado será reducir los incentivos para mejorar la situación de los consumidores. Ese sueño, de no existir barreras al mercado, casi nunca se realizará. La propia competencia (es decir, el deseo de todos los competidores por alguna vez alcanzar un monopolio) controla esa capacidad. Esa es la paradoja: que exista competencia implica aceptar el riesgo de un monopolio. Y la existencia del monopolio implica aceptar que el mismo manda señales para su propia destrucción.

Por consiguiente, lo que le preocupa a nuestro legislador no es el monopolio o la posición de dominio *per se*, sino los medios por los cuales alcanza una mayor participación de mercado de un lado, y los posibles abusos que, una vez alcanzada una posición dominante en el mercado, puedan cometerse. En otros términos, no hay que confundir el "*uso de la posición de dominio*" con el "*abuso de la posición de dominio*". Mientras el uso de la posición de dominio sea utilizado para generar eficiencia y con ello beneficiar a los consumidores, dicho uso no deberá considerarse un abuso, pues la misma competencia contempla el daño concurrencial<sup>13</sup> como algo legítimo. El abuso de posición de dominio, son aquellos actos ilícitos de una empresa cometidos para excluir ilegalmente del mercado a los competidores.

Para que una empresa pueda incurrir en actos de abuso de posición de dominio, en primer lugar, debe contar con esta posición en el mercado. Para determinar si una empresa cuenta con dicha posición es necesario definir si puede imponer las condiciones de compra o venta, con independencia de la reacción de sus clientes, proveedores o competidores. Una empresa podrá actuar de esta forma cuando los clientes y proveedores del mercado en cuestión no tienen alternativas reales, distintas a la empresa dominante, para comprar los bienes que requieren o vender los bienes que producen, respectivamente. Asimismo, una empresa contará con una posición de dominio en la medida que tenga la aptitud para modificar provechosamente, respecto a la situación de competencia, el precio o cualquier otra característica del producto que impacta el mercado tales como incorporar barreras de entrada o controlar el entorno.

En ese sentido, resulta fundamental para definir si una empresa tiene la condición de dominante en un mercado determinar: (i) Cuál es el mercado relevante (debemos preguntarnos *¿de qué mercado estamos hablando?*). Es decir, qué bienes y servicios pueden considerarse que compiten con la empresa cuya posición en el mercado se requiere determinar y dentro de qué espacio geográfico se da dicha competencia; (ii) verificar los niveles internos (estructurales) y externos (nivel de concentración en el mercado) de la posición de dominio.

---

<sup>13</sup> La posibilidad que la competencia beneficie a los consumidores lleva implícitamente la posibilidad que la competencia dañe a los competidores. Y la opción por la libre competencia es una opción a favor de los consumidores. La manifestación más clara de ese daño al competidor es la pérdida de participación de una empresa o incluso su eventual salida del mercado. Pero ese es un daño legítimo. A ese daño se le conoce como concurrencia. Se considera, por tanto, como daño concurrencial a todo perjuicio causado a los competidores mediante el uso legítimo de políticas de precios, calidad y condiciones ofrecidas a los consumidores. EN: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "*La Regulación Constitucional de los Monopolios y las políticas de competencia*". EN: Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Editorial Palestra, 2da Edición, 2da Reimpresión, 2010, p.971.



### a) Mercado Relevante.

El concepto de mercado relevante permite identificar los alcances del mercado en que se desenvuelve el agente económico investigado. La idea de definir un mercado relevante es evaluar si existen o no alternativas para el cliente o consumidor. Por ejemplo, cuando pensamos en Coca Cola, lo primero que se nos viene a la cabeza es que nos encontramos ante una compañía con una posición dominante. Sin embargo, resulta un poco más complejo determinar su mercado relevante: ¿Es dominante en el mercado de gaseosas? ¿En el mercado de refrescos? ¿En el mercado de bebidas? Esto quiere decir que si no se analiza adecuadamente el mercado relevante no se podrá alegar que hay posición de dominio.

A fines de identificar el mercado relevante se puede realizar tomando en consideración una doble perspectiva:

1. **Analizar el Producto.** Para analizar el producto debemos de considerar tanto a la demanda como a la oferta.

Respecto a la demanda, el criterio principal para determinar el producto relevante o conjunto de productos que, por sus características, forman parte de un mismo mercado, es la sustituibilidad por el lado de la demanda. Esta sustituibilidad se analiza atendiendo a criterios prácticos o cualitativos como son, en concreto, las características físicas del producto y el uso que está previsto hacer de él, el precio, la estructura de la demanda, y las preferencias de los consumidores.

El análisis de la sustituibilidad de la demanda implica determinar, desde la perspectiva del comprador, la serie de productos que considera substitutivos. La presión competitiva a la que se enfrenta una empresa puede venir dada por la posibilidad de que, en respuesta a un incremento en los precios de su producto, sus clientes decidan redirigir el consumo hacia otros productos o servicios que consideran substitutivos, ya sea por razones de sus características técnicas, precios o, en definitiva, su capacidad para satisfacer una determinada necesidad de forma equiparable.

Una forma de encontrar el mercado del producto es realizar la prueba del monopolista hipotético (*Small but Significant and Nontransitory Increase in Prices – SSNIP- test*)<sup>14</sup>, introducida por el Departamento de Justicia de Estados Unidos. Este criterio es un ejercicio teórico que consiste en imaginar si la empresa que se está analizando sería capaz de incrementar los precios (entre un 5% o 10%) y sostener el aumento sin perder utilidades. En otras palabras, se busca responder la siguiente pregunta: *¿El consumidor seguiría comprando el producto o se iría a la competencia?* Si la empresa analizada no es capaz de aumentar los precios sin perder a los consumidores porque estos se cambian a

---

<sup>14</sup> Cabe señalar que si bien esta herramienta es generalmente aceptada y utilizada en el ámbito del análisis competitivo, ello no significa que sea infalible. Existe lo que se conoce como la “falacia del celofán”. Esto implica que existen algunos casos en que las empresas que gozan de poder de mercado elevan sus precios hasta el nivel donde ulteriores incrementos en precios no resultan rentables. Este nivel puede ser tal que, en respuesta a un incremento en precios, el consumidor esté dispuesto a redirigir su consumo hacia productos que no consideraría como substitutivos en caso de que los precios se situasen en el nivel competitivo.

otros productos o porque otras firmas comienzan a ofrecer el producto, la empresa analizada se encontraría dentro de ese mercado relevante. Si el producto es sustituible por otro significa que pertenece a ese mercado relevante. Es por ello que el *SSNIP test* debe repetirse (productos adicionales son incluidos en el análisis) tantas veces hasta que el incremento en el precio resulte no beneficioso.

La sustituibilidad de la oferta, por otro lado, consiste en identificar los proveedores que, en caso de que una empresa incrementase el precio de sus productos, podrían comenzar a comercializar los productos de referencia a corto plazo y sin incurrir en costes o riesgos adicionales significativos. En otras palabras, el comportamiento de una empresa en el mercado se puede ver condicionado por la posibilidad de que, en respuesta a un incremento en precios, otras empresas decidan comenzar a competir con ella suministrando uno o varios de esos bienes o servicios que el consumidor considera substitutivos.

2. ***Analizar el Mercado Geográfico:*** Los principios para la definición del mercado geográfico son, en esencia, los mismos que los descritos para la definición del mercado de producto, esto es, sustituibilidad de demanda y oferta. De esta forma, la capacidad del productor de un cierto bien en un área geográfica determinada para incrementar los precios puede verse disciplinada por:

- La posibilidad de que los consumidores decidan redirigir su consumo hacia productores de ese mismo bien situados en áreas geográficas vecinas (sustituibilidad de la demanda). La elección del punto de compra estará limitada por el espacio geográfico al que le resulte razonable desplazarse al consumidor para efectuar una compra.
- La posibilidad de que empresas situadas en áreas geográficas vecinas decidan entrar a competir en la zona donde se han incrementado los precios (sustituibilidad de la oferta). Lo importante en este punto es identificar si las empresas que venden o pueden vender el producto relevante al comprador se encuentran en capacidad real de convertirse en proveedores alternativos a su proveedor habitual. Para ello, debe tenerse en cuenta los distintos costos o el tiempo involucrado para el traslado de los bienes que esos proveedores ofrecen, a fin de identificar si el comprador obtendrá esos bienes en condiciones similares a las que le ofrece el proveedor habitual. De este modo, se irán incluyendo o descartando proveedores alternativos según el comprador pueda adquirir los bienes que ellos ofrecen en condiciones equivalentes o no.

### ***b) Elementos Internos y Externos de la Posición de Dominio.***

Una vez determinado cuál es el mercado relevante, el segundo problema a resolver es probar que, efectivamente, la empresa analizada se encuentra en posición de dominio. Para ello se deben analizar elementos de la estructura de la empresa y los elementos de la situación competencial.

En primera instancia, se debe estudiar la estructura interna de la empresa analizada a fin de medir su fuerza competitiva y comercial en términos absolutos, esto es, sin compararla con la situación de los competidores o con la estructura general del mercado. El análisis de la empresa comprende los siguientes factores:

- El poder sobre los recursos y métodos de producción. Una empresa puede crear barreras si goza de economías de escala, lo que significa que a mayor volumen de producción, menores costos por unidad. Asimismo, este poder se acrecentará si, adicionalmente, cuenta con recursos financieros suficientes para ser solventes y líquidos en un mercado que requiere de un capital inicial determinado para entrar al mercado. Otro factor interno para tomar en consideración es si la empresa es titular o goza de la tenencia de derechos exclusivos como patentes, diseños industriales, modelos de utilidad, secretos industriales que restringen o limitan la entrada de otros.
- Marca propia y sistema logístico: La eficiencia logística puede conferir una especial ventaja competitiva en industrias que exigen una distribución con amplia capilaridad geográfica. No obstante, debe verificarse si los competidores pueden acceder a dichos activos, para lo cual hay que establecer si son propios de la empresa, si están reservados a estas en régimen de exclusividad y si dichas redes tienen capacidad excedentaria para transportar o distribuir productos rivales. También se encuentran dentro de este esquema la tenencia de marcas comerciales y su explotación.
- Tecnología: La relevancia de este factor dependerá de si, en el mercado en cuestión la innovación tecnológica resulta importante para competir a medio plazo y si la existencia de estas herramientas permite a la empresa dominar el sector. En otros términos, si el mercado es muy tecnológico y dificulta el acceso a otros, facilita la posición de dominio.
- Presencia en mercados ascendentes, descendentes y vecinos del mercado relevante: La integración se traduce en la existencia, de forma jerárquica y sistemática, de empresas que comparten los mismos dueños, las cuales se distribuyen en el ejercicio de las diversas funciones desde el comienzo de la elaboración o producción, incluyendo los canales de distribución hasta llegar finalmente al consumidor. Cuanto más integrada este la empresa, más opción de posición de dominio existirá.

En segunda instancia es necesario evaluar la fuerza competitiva de la empresa en términos relativos, comparándola con la situación de los demás agentes del mercado, para lo cual se pueden aplicar los siguientes factores:

- Número y fuerza de los competidores: Se debe medir la fortaleza industrial, comercial, financiera o tecnológica de los rivales de la empresa en cuestión. A mayor atomización (más competidores) normalmente menores barreras de entrada y mayor dificultad para tener una posición de dominio. Asimismo, si los

competidores tienen bastante poder económico también se reduce la posibilidad de tener una posición de dominio.

- Cuotas de mercado: Se entiende que la cuota de mercado se refiere al porcentaje o fracción expresado en las ventas de la compañía o empresa del producto o servicio ofrecido en relación con un determinado mercado. Este porcentaje, al ser elevado, genera la dominancia, pero debiéndose también analizar el comportamiento y estructura de los mercados de los competidores. Este criterio es utilizado con cierta frecuencia es establecer el porcentaje de participación en el mercado. Si bien la participación de mercado es un indicador importante, este no debe tenerse como un elemento que determina la existencia de posición de dominio. En otras palabras, si la empresa denunciada registra una cuota elevada de participación, por ejemplo, del 55%, ello debe considerarse como indicador de su importancia en el mercado, pero no debe determinar por sí solo la existencia de posición de dominio.
- Concentración del mercado: La concentración de un mercado se da en función del número de empresas y la participación de estas empresas en el mismo. En mercados muy concentrados aumentan las posibilidades de que una o un pequeño grupo de empresas puedan ejercer su posición dominante en el mercado de manera efectiva, principalmente porque se reducen los costos de transacción para llegar a una concertación, para desarrollar prácticas paralelas o para que el abuso de cierta posición en el mercado sea más efectivo<sup>15</sup>.

Por tanto, no importa solo analizar la cuota de mercado sino la concentración del mercado en que dicha participación se da. No existe una cuota de mercado que por sí sola determine una posición de dominio. Por ejemplo, si la empresa denunciada tiene 45% de participación y el competidor más cercano tiene 40%, la elevada participación de la primera no necesariamente le otorga libertad para imponer las condiciones de venta en el mercado, en tanto que la segunda es comparable y puede disciplinar el comportamiento de la denunciada. En cambio, cuando una empresa cuenta con más del 60% de la cuota del mercado y las cuotas de sus competidores se encuentran dispersas, existe un indicio de que la empresa es dominante.

Es por esta razón que se recomienda utilizar el Índice Hirschman – Herfindahl (IHH), el cual sirve para medir las condiciones de competencia del mercado en su conjunto y no para evaluar la importancia de la empresa denunciada como sucede con la participación de mercado. En este caso se considera que el mercado es menos competitivo cuanto mayor es el grado de concentración que presenta y viceversa.

La relación entre el valor del IHH y el nivel de competencia se plantea en los siguientes términos:

---

<sup>15</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "¿Debe preocuparnos el tamaño? El abuso de posición de dominio en las normas de libre competencia". EN: Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Editorial Palestra, 2da Edición, 2da Reimpresión, 2010, p. 1008.

Índice IHH	Grado de Concentración en el mercado
Menor de 1,500	Desconcentrado
Entre 1,500 a 2,000	Moderadamente concentrado
Superior a 2,500	Altamente concentrado

- Competencia Potencial<sup>16</sup>: Al evaluar la competencia potencial se busca determinar qué tanta posibilidad hay de que la distribución de cuotas de mercado y el grado de concentración del mercado relevante identificados se mantengan a futuro en condiciones similares o cambien de modo significativo, debido a la posibilidad de ingreso de nuevos competidores en dicho mercado. Si existe una considerable posibilidad de modificación de los participantes en el mercado relevante, se entiende que las condiciones de competencia actual pueden transformarse con la nueva competencia impidiendo que la empresa denunciada, aún cuando tenga una elevada cuota de mercado, se comporte indebidamente.

El análisis de competencia potencial busca identificar si el comportamiento de los agentes que actúan en el mercado relevante, y en particular el de la empresa denunciada, se verá disciplinado por el riesgo de competencia que puedan generar los nuevos competidores que pudieran ingresar al mercado.

La entrada de nuevos actores al mercado depende de los costos y tiempo involucrados o, en términos más amplios, de las condiciones de acceso que pudieran inhibir o impedir la decisión de entrada de nuevos competidores. Estas condiciones de acceso se analizan como barreras de entrada al mercado, las cuales pueden tener distinto origen, pues pueden ser legales, estructurales o en base a estrategias por parte de las empresas dominantes para disuadir a la competencia.

Ahora bien, como se mencionó anteriormente, la ley establece de modo expreso que la existencia de posición de dominio no es ilícita, siendo necesario que se identifique un acto de abuso de posición de dominio para que se infrinja la ley. Por tanto, el problema no es solo definir qué constituye una posición dominante, sino qué es abusar de tal posición.

En términos generales, habrá abuso si es que existe un desarrollo de una práctica o conjunto de prácticas (acción u omisión) por parte de una empresa que ostente una posición de dominio en un mercado relevante y que dichas prácticas tengan por objeto o efecto el de restringir, vulnerar o falsear la competencia.

Los actos de abuso de posición de dominio se suelen clasificar en dos grandes categorías conocidas como (i) prácticas predatorias o exclusorias y (ii) prácticas explotativas.

Se considerarán **prácticas predatorias o exclusorias** aquellos supuestos en los que una empresa que goza de posición de dominio en el mercado utiliza dicha situación para desarrollar conductas dirigidas o que tienen por efecto el desplazamiento de uno o varios competidores por medios distintos a la competencia normal o impedir la entrada de competidores. Son conductas que en

<sup>16</sup> Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Op.Cit Lima, pp. 25-26.

su estructura afectan directamente a competidores y en consecuencia afectan a los consumidores de manera indirecta, por la vía de reducir las opciones de los mismos en el mercado. Por otro lado, las **prácticas explotativas** buscan explotar la posición de dominio adquirida por la vía de capturar el excedente del consumidor, usualmente por medio de figuras como la de precios abusivos. No se afecta, por tanto, el proceso competitivo, sino que se trata de definir el resultado<sup>17</sup>.

Al respecto, el Tribunal del Indecopi ha señalado de forma precisa lo siguiente:

*"19. Una práctica exclusoria es considerada como aquella cuyos efectos impactan principalmente en la estructura de mercado, o que apuntan a reforzar el poder de mercado de un dominante colocando en desventaja a otros competidores, por ejemplo, mediante la negativa a contratar o denegar el acceso a facilidades esenciales. Por su parte, los abusos denominados explotativos implican la explotación o ejercicio mismo del poder de mercado y son aquellos que impactan directamente en los consumidores o proveedores, por ejemplo, mediante la imposición de precios 'excesivos' (de venta o de compra) o condiciones y términos irrazonables<sup>18</sup>".*

Por su parte, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi plantea lo siguiente sobre cada una de las categorías de abuso de posición de dominio:

*"24. Las conductas exclusorias tienen el efecto real o potencial de afectar la competencia, en beneficio del dominante y en perjuicio de sus competidores actuales o potenciales, directos o indirectos. Es importante precisar que se trata de conductas que tienen la capacidad de afectar a los competidores del dominante por razones distintas a la mayor eficiencia económica. Las conductas exclusorias generan un impacto directo en el proceso competitivo y un impacto indirecto sobre el bienestar de los consumidores pues, al reducir los niveles de competencia (efecto directo), reducen las opciones disponibles para los consumidores (efecto indirecto). Pueden ser conductas exclusorias la negativa de trato, la discriminación de precios, las ventas atadas, los precios predatorios, etc.*

*25. Las conductas explotativas consisten en el ejercicio directo del poder de mercado del dominante. A través de estas conductas, el agente económico que goza de posición de dominio impone a sus clientes o proveedores condiciones que le permiten obtener mayores beneficios económicos (condiciones distintas a las que hubiera podido establecer si no gozara de posición de dominio). Las conductas explotativas no solo no afectan el proceso competitivo sino que incluso podrían dinamizarlo, incentivando el ingreso de nuevos competidores atraídos por las ganancias del dominante. Son ejemplos de conductas explotativas los 'precios excesivos' y la 'discriminación explotativa'<sup>19</sup>.*

A continuación, se detallarán algunos supuestos específicos de casos de abuso de posición de dominio:

<sup>17</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Op. Cit. p.1023.

<sup>18</sup> Resolución N°0708-2011/CS1-INDECOPI, del 16 de marzo del 2011. Corresponde indicar que la parte de la resolución citada remite en nota a pie de página a las siguientes referencias: GOYDER, D.G. (2003). *EC Competition Law*. Great Britain, Oxford University Press, pp. 284-285. MOTTA, Massimo y DE STREEL, Alexandre. (2003). *Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law*. Consulta en: <http://www.eui.eu/Personal/Motta/Papers/ExcessivePrices18122003.pdf>. (23 de septiembre del 2012).

<sup>19</sup> Resolución N°005-2010/ST-CLC-INDECOPI, del 15 de abril del 2010.

- **Precios Predatorios:** La doctrina reconoce a los precios predatorios como un caso de abuso de posición de dominio en el mercado. Consiste en el supuesto de que una empresa, con posición de dominio en el mercado, reduce sus precios por debajo de sus niveles de costos con la intención de generar pérdidas en su competidor y así sacarlo del mercado.

El propio uso del término “predación” evoca una conducta intencional o al menos consciente de sus consecuencias, que supuestamente refleja una estrategia dirigida a excluir a un competidor o a un grupo de competidores del mercado o a desincentivarlos a entrar al mismo usando precios que los forzarán a pérdidas para poder competir o llevarlos a suspender actitudes competitivas. Nótese, sin embargo, que estas prácticas generan, al menos en el corto plazo, beneficios para los consumidores, que pagan por los bienes y servicios menores precios. La preocupación surge porque en el largo plazo la eliminación de competidores podría llevarlo a pagar precios monopólicos derivados de la existencia de menos competidores, o por lo menos competidores «disciplinados» por la práctica del predador<sup>20</sup>.

- **Discriminación de precios y condiciones:** La discriminación de precios puede definirse, en términos generales, como una situación en la cual unidades de un mismo bien o servicio son comercializadas a precios distintos, es decir que: un mismo bien es vendido a precios diferentes. Dicha diferencia puede ser determinada comparando el precio del bien o servicio respecto de distintos consumidores o en operaciones realizadas por un mismo proveedor.

En términos sencillos, ello significa que si un proveedor de un bien por ejemplo arroz suministra el producto a distintos clientes, la discriminación se produce cuando ante las mismas condiciones y términos -volumen comprado, condiciones de crédito, plazo de pago, lugar de entrega, etc.- se cobra diferente. Por tanto, no basta demostrar que se cobra diferente a dos clientes, porque si a uno se le venden 10 unidades y al otro 100, es lógico que se conceda un descuento por volumen. La discriminación se dará solo si ante dos circunstancias iguales se da un tratamiento diferente.

La discriminación es una práctica sujeta a la «regla de la razón», es decir, una práctica que solo será ilícita si se demuestra que tiene efectos no deseados en el mercado, y en particular en el bienestar de los consumidores<sup>21</sup>.

- **Negativa Injustificada a contratar:** Al igual como ocurre con otras prácticas, la negativa a contratar es, en principio, una decisión legítima de cualquier empresa. Es parte inherente de su autonomía de la voluntad, en especial de su libertad de contratar. Sin embargo, cuando la empresa en cuestión tiene posición de dominio en el mercado, queda sujeta a algunas obligaciones especiales, como es el caso de no negarse, sin justificación, a contratar con un proveedor (en el caso de un monopsonio) o con un cliente (en el caso de un monopolio). Normalmente la doctrina y las legislaciones de los diversos países han

---

<sup>20</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Op. Cit. p.1024.

<sup>21</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Ibidem. p.1024.



considerado la negativa concertada a contratar, más conocida como el «boicot», como una práctica per se ilegal. Así, si un conjunto de empresas se pone de acuerdo para no contratar con una empresa o un competidor, o con un determinado grupo de empresas o consumidores, ello será considerado una práctica ilegal en sí misma, sin perjuicio del análisis de sus efectos reales o potenciales<sup>22</sup>.

- **Cláusulas de Atadura:** La venta atada es una práctica comercial a través de la cual, un vendedor de diversos productos que goza de una posición de dominio en el suministro de algunos de ellos, establece que los clientes solo podrán comprar un determinado producto (en el cual gozan de posición de dominio) cuando acepten comprar un producto de distinta clase (respecto del cual el proveedor no goza de posición de dominio). Es decir, vincula o empaqueta la venta de sus productos, sin tomar en cuenta el interés de los compradores por ellos. En este sentido, las ventas atadas son definidas como: las situaciones en las cuales la venta de un bien está condicionada a la compra de otro bien.

La condena de este tipo de conductas se origina en la posibilidad de que las empresas recurran a este tipo de prácticas con la única intención de extender el poder de mercado que ostentan en un mercado determinado (del producto X o producto atante) a otro (del producto Z o producto atado). Esta conducta permitiría a la empresa con posición de dominio establecer un mayor precio en el mercado donde enfrenta una mayor competencia y eventualmente excluir de ese mercado a los competidores existentes. La idea detrás de la práctica es tratar de trasladar la posición de dominio en un mercado a un mercado de un producto diferente.

## B) Prácticas Colusorias.

Las prácticas colusorias son comportamientos coordinados entre agentes competidores o agentes que actúan en distintas etapas del proceso productivo o de comercialización que, a través de la coordinación, dejan de actuar de modo independiente entre sí y se comportan coludidos según los términos pactados o convenidos, creando así una restricción indebida de la competencia.

A diferencia de lo que ocurre con los actos de abuso de posición de dominio que son, por regla general, unilaterales, las prácticas colusorias involucran siempre a dos o más agentes. Además, estos agentes deben ser necesariamente independientes, es decir, deben tener la capacidad de tomar decisiones comerciales y empresariales por su propia cuenta y riesgo, pues solo así pueden optar por no actuar de modo independiente a través de la práctica colusoria. Por ello, si las empresas no son independientes, ya sea porque pertenecen al mismo grupo económico o, por alguna razón, no pueden actuar con libertad de decisión, no cumplen la premisa básica para incurrir en una práctica colusoria ilegal<sup>23</sup>.

Según la Ley de Competencia, los acuerdos, decisiones, prácticas concertadas y recomendaciones que involucran a agentes económicos competidores y que tienen como propósito restringir la rivalidad comercial entre ellos, califican como modalidades de prácticas colusorias horizontales.

<sup>22</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Ibidem*. p.1067.

<sup>23</sup> Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. *Op.Cit* Lima, p. 33

Estas cuatro modalidades de prácticas colusorias horizontales se distinguen de la siguiente manera<sup>24</sup>:

- **Acuerdos:** son compromisos explícitos de los competidores para definir conjunta o coordinadamente su estrategia comercial, en vez de hacerlo independientemente. Así, las empresas dejan de verse expuestas a los riesgos que se generan en un entorno competitivo (perder clientela y consecuentemente ingresos a manos de los competidores), pues saben de antemano que sus rivales se comportarán en el mercado según lo acordado. Usualmente, los términos de los acuerdos, o cuando menos su existencia, se encuentran plasmados por escrito en documentos de diversa índole y, consecuentemente, esta modalidad de práctica colusoria se demuestra a través de prueba directa.
- **Decisiones:** son acuerdos, pero tienen la particularidad de ser adoptados por los competidores al interior de asociaciones o gremios que los agrupan, ajustándose a las reglas de quórums y mayorías que se aplican según sus instrumentos constitutivos (estatutos u otros). Las decisiones tienen carácter vinculante para los miembros, eventualmente incluso para quienes no participaron de la sesión en que se adoptaron. Su objetivo y consecuencias son también la restricción de la competencia, al igual que en el caso de los acuerdos.
- **Prácticas concertadas o concertaciones:** comportamientos llevados a cabo conscientemente por los competidores que no pueden explicarse por las características y condiciones naturales del mercado, y que tienen iguales consecuencias que un acuerdo. No existe o nunca llega a encontrarse prueba directa que demuestre las concertaciones (pues los infractores suelen ocuparse de desaparecerla). Por ello, deben probarse a través de elementos de juicio o evidencias circunstanciales (prueba indirecta) que permiten inferir que el mismo patrón de comportamiento de los competidores (que suele denominarse «paralelismo de conductas») se debe a un arreglo o concierto de voluntades previo entre ellos.
- **Recomendaciones:** son orientaciones no vinculantes emitidas por gremios y asociaciones de competidores, o por sus representantes o directivos, con el objeto de influir en el comportamiento y estrategia comercial de los agremiados o asociados, de modo que se comporten uniformemente en el mercado dejando de competir.

De conformidad con la ley de competencia, **las prácticas colusorias horizontales** están sujetas a dos estándares de ilicitud dependiendo de su gravedad y de qué aspecto de la estrategia comercial de los competidores impactan. En general, las prácticas colusorias horizontales se sujetan a la prohibición relativa, según la cual para determinar la ilicitud de la conducta se debe demostrar su existencia y, además, que tiene o puede tener efectos negativos para la competencia y el bienestar del consumidor.

Pero, excepcionalmente, algunos tipos de acuerdos entre competidores se encuentran sujetos a una prohibición absoluta, lo que significa que para determinar su ilicitud solo se debe demostrar

---

<sup>24</sup> QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. "Una mirada descentralizada al enjuiciamiento de cárteles en el Perú". EN: Derecho PUCP N° 74, Lima, 2015, pp. 270-271.

la existencia de la conducta, sin necesidad de evaluar sus efectos sobre el mercado. Están sujetos a prohibición absoluta los acuerdos para: (i) fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio; (ii) limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas; (iii) repartir los clientes, proveedores o zonas geográficas; y (iv) amañar las ofertas en licitaciones, concursos u otra forma de contratación pública. Esto es lo que se conoce como aquellas conductas que son restrictivas por "su objeto".

En el caso de las conductas por objeto, dada su potencialidad anticompetitiva, no es necesario que la conducta haya causado un daño efectivo a la competencia, sino que es suficiente con que la conducta sea apta para producir estos efectos; de manera que cuando la infracción es por objeto, no es necesario analizar o evaluar si se han producido efectos anticompetitivos. En otras palabras, la mera acreditación de la existencia de la conducta implica la existencia de la infracción, con independencia de los efectos que se hayan podido tener en el mercado.

Este conjunto de prácticas colusorias entre competidores se denomina generalmente con el término «cártel», el mismo que internacionalmente refiere a las prácticas anticompetitivas más perjudiciales para el mercado, lo que justifica que se sometan a un drástico estándar de ilegalidad basado en una prohibición automática para la que basta la prueba de la existencia del cártel. Ello se debe a que los cárteles implican un «fraude» al mercado, pues, en vez de competir para atender mejor a los clientes y ganar así una mejor posición en el mercado, las empresas optan por evitar la competencia y actúan como si fueran una sola, definiendo conjuntamente las condiciones de venta. Con ello, aparentan competir pero, en los hechos, se comportan como podría hacerlo un monopolio<sup>25</sup>.

En efecto, al eliminar el riesgo de la competencia aprovechándose de la colusión, las empresas pueden obtener beneficios indebidos y mayores a los que lograrían en una situación de competencia. Esto ocurre cuando las prácticas colusorias tienen como finalidad única y directa afectar las condiciones de oferta en el mercado, ya que, por lo general, producen efectos dañinos, entre los que se pueden señalar los siguientes<sup>26</sup>:

- Afectar al comprador o consumidor al permitir que se le cobre precios mayores o que se le imponga condiciones menos beneficiosas que las que primarían en un mercado competitivo.
- Privar al comprador o consumidor de la posibilidad de elegir entre distintas opciones de precios, calidades u otras condiciones de venta.
- Limitar los incentivos a la eficiencia e innovación de las empresas que participan de la práctica pues, al desaparecer los riesgos de la competencia, también desaparece el impulso a ganarle a los rivales.

De otro lado, **las restricciones verticales**<sup>27</sup> de la competencia se producen entre agentes económicos que realizan actividades en distintos niveles de la cadena de producción o comercialización, actividades que –por lo general– son complementarias, como por ejemplo las de un fabricante y su proveedor de insumos, o de un fabricante y sus canales de distribución mayorista y/o minorista; por ello, se las califica como verticales al involucrar una relación de esta naturaleza.

<sup>25</sup> QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. *Ibidem*, p. 273.

<sup>26</sup> Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. *Op.Cit* Lima, p. 34.

<sup>27</sup> Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. *Ibidem* Lima, p. 35.

Las restricciones verticales requieren necesariamente la participación de dos o más agentes independientes entre sí, y que al menos uno de ellos decida o acepte sujetar o restringir su libre voluntad empresarial en función del compromiso asumido con el o los otros agentes. Esta restricción coordinada de la libertad puede manifestarse en diversos aspectos de la relación comercial existente entre los agentes que participan en distinto nivel de la cadena de producción y comercialización, por ejemplo, los precios a cobrar, el área geográfica a atender, los productos que pueden venderse, el canal de comercialización a utilizar, entre otros.

Las prácticas colusorias verticales pueden manifestarse a través de las mismas modalidades que las prácticas colusorias horizontales; es decir, mediante acuerdos, prácticas concertadas, decisiones o recomendaciones. La principal diferencia radica en que en las prácticas verticales participan agentes de distintos niveles de la cadena productiva o de comercialización.

En particular, se describen tres tipos genéricos de restricciones verticales, asumiendo para fines explicativos una relación entre fabricante y comercializador mayorista o minorista.

- Restricciones que determinan una situación de marca única: Existen cuando uno o más comercializadores aceptan vender los bienes de un solo fabricante o de una sola marca. En tal sentido, el o los comercializadores restringen su libre voluntad empresarial comprometiéndose a comprar solamente los bienes de ese fabricante y a ofrecer solamente esos bienes a través de su canal de distribución o punto de venta. Este tipo de prácticas puede encontrarse en contratos de aprovisionamiento exclusivo, cláusulas de no competencia, cuotas mínimas de venta, entre otras.
- Restricciones que determinan una situación de distribución limitada: Se presentan cuando un fabricante decide vender sus bienes a través de un solo comercializador. Con ello, el fabricante restringe su libre voluntad empresarial comprometiéndose a conducir todas sus ventas a través de un único canal de distribución o ventas. La forma más típica en que puede encontrarse este tipo de prácticas es en los contratos de distribución exclusiva que, por lo general significan la asignación de una zona geográfica definida o de un número o tipo de clientes.
- Restricciones que determinan una situación de fijación de precios de reventa: En este caso, el fabricante logra convencer y comprometer a uno o más comercializadores para que vendan sus bienes a los clientes al precio que defina dicho fabricante. De esta forma, los comercializadores restringen su voluntad empresarial aceptando que sea el fabricante quien determine el precio de venta al público. Estas restricciones se manifiestan en tres formas distintas: un precio fijo de reventa, un precio máximo, o un precio mínimo; siendo el primero el que mayor restricción genera, mientras que los otros dos ofrecen cierto margen de decisión al comercializador hacia abajo o hacia arriba, respectivamente.

### **3.2 Control de Estructuras.**

El control de estructuras se manifiesta en normas que establecen un procedimiento a través del cual una autoridad estatal aprueba las operaciones de concentración de empresas, ya sea antes o después que se lleven a cabo los actos requeridos para la ejecución de tales operaciones. El propósito de estas normas es que la autoridad analice los alcances de la operación de concentración y defina, en términos anticipados, cuáles pueden ser sus efectos sobre la competencia en el mercado respectivo y, en función de ello, concluya si corresponde o no aprobar la operación.

En función del tipo de operación que diseñen las empresas, las concentraciones de empresas se denominan:

- Horizontales, cuando involucran a agentes competidores, que producen y/o venden bienes sustitutos.
- Verticales, cuando involucran a agentes que actúan en distintas etapas del proceso productivo o de comercialización, como por ejemplo un productor y su proveedor de insumos de producción, o un productor y su canal de distribución mayorista o minorista.
- De conglomerado, cuando involucran a agentes económicos que realizan actividades no relacionadas, es decir, agentes que no son competidores ni tienen una relación vertical como la antes mencionada.

Al respecto, el 19 de noviembre de 2019, se publicó en el Diario Oficial "El Peruano", el Decreto de Urgencia N° 013-2019<sup>28</sup>, Ley de Control de Concentraciones. El objetivo de la norma es establecer un procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial, con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores, a cargo del INDECOPI. Esta norma es aplicable a todos los sectores de la economía, incluido el sector eléctrico que tenía su propia regulación especial.

El artículo 5° de la Ley de Control de Concentraciones señala que son operaciones de concentración empresarial todo acto u operación que implique una transferencia o cambio en el control<sup>29</sup> permanente de una empresa o parte de ella. Dichas concentraciones pueden producirse a consecuencia de las siguientes operaciones:

- a. Una fusión de dos o más agentes económicos, los cuales eran independientes antes de la operación, cualquiera que sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión.

<sup>28</sup> Pierino Stucchi sostiene que podría ser considerada como una norma inconstitucional, pues señala que la promulgación de esta norma no era ni necesaria ni urgente. Al respecto, manifiesta lo siguiente: "*Como sabemos, aun si se quiere asumir que el Congreso de la República fue válidamente disuelto por el Poder Ejecutivo, ello no significa que este poder pueda legislar tan igual como lo hacía el Congreso. El Poder Ejecutivo solo puede legislar sobre lo estrictamente necesario para asegurar la continuidad del gobierno efectivo del país hasta que se instale el nuevo Congreso. Así, el Poder Ejecutivo no podría legislar en este tiempo, por ejemplo, una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial o un nuevo Código de Protección y Defensa del Consumidor.*"

*Una de las exigencias constitucionales para la válida emisión de un decreto de urgencia sigue siendo que este se oriente a revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles, que deben estar respaldadas en constataciones objetivas previas a su emisión. ¿Y cuál es la situación extraordinaria para aprobar este control previo de fusiones y adquisiciones empresariales? Ninguna. Incluso, como hemos manifestado en diferentes oportunidades, una legislación de esta naturaleza para el Perú no tenía el debido sustento técnico para su aprobación, considerando las exigencias de los estándares de calidad regulatoria; y, además, no es necesaria ni oportuna para el país.*

*Tan clara es la falta de urgencia en este caso que el propio decreto de urgencia establece que entrará en vigencia en el plazo de nueve (9) meses desde su publicación. Ello revela que no existía necesidad extraordinaria ni urgente en su emisión, incluso desde el entendimiento del propio Poder Ejecutivo, debido a que no es razonable que una ley de esta naturaleza entre en vigencia inmediatamente. Esta emisión apresurada luce por ello inconstitucional'.*

Recuperado de: <https://gestion.pe/blog/reglasdejuego/2019/11/ni-urgente-ni-necesario-el-decreto-que-aprueba-el-control-previo-de-fusiones-y-adquisiciones-empresariales.html?ref=gesr>

<sup>29</sup> Se entiende por "control" la posibilidad de ejercer una influencia decisiva y continua sobre un agente económico mediante: (i) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa; o (ii) derechos o contratos que permitan influir de manera decisiva y continua sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa, determinando directa o indirectamente la estrategia competitiva.

- b. La adquisición por parte de uno o más agentes económicos, directa o indirectamente, de derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, ejercer el control sobre la totalidad o parte de uno o varios agentes económicos.
- c. La constitución por dos o más agentes económicos independientes entre sí de una empresa en común, *joint venture* o cualquier otra modalidad contractual análoga que implique la adquisición de control conjunto sobre uno o varios agentes económicos, de tal forma que dicho agente económico desempeñe de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma.
- d. La adquisición por un agente económico del control directo o indirecto, por cualquier medio, de activos productivos operativos de otro u otros agentes económicos.

Cabe señalar que no todas las concentraciones económicas deben ser notificadas al INDECOPI. Solo serán objeto de evaluación previa por parte del INDECOPI cuando:

- 1. La concentración empresarial tenga efectos en el territorio peruano debido a que generará impacto en la oferta o la demanda de bienes y servicios en el país, sin importar si ha sido acordada o ejecutada total o parcialmente en territorio nacional o en el extranjero; y,
- 2. La concentración empresarial, de manera simultánea, superen los siguientes umbrales económicos:
  - i. Que, la suma total de los ingresos brutos anuales en el país de las empresas involucradas en la operación debe ser igual o mayor a 118,000 UIT (aproximadamente 150 millones de dólares).
  - ii. Que, el ingreso bruto anual en el país de al menos dos de las empresas involucradas debe ser igual o mayor a 18,000 UIT (aproximadamente 23 millones de dólares) individualmente para cada una. Es decir que, para cada una, esta suma supere los 23 millones de dólares, aproximadamente.

Eduardo Quintana<sup>30</sup> sostiene que, al ser montos elevados -en particular la cifra de negocio total- se evita someter al procedimiento de aprobación previa del INDECOPI operaciones que no tienen la potencialidad de ocasionar un impacto negativo en la competencia. Además, al referirse solo a los ingresos en el país, el régimen se enfoca en las operaciones que podrían impactar nuestra economía, dejando de lado operaciones pequeñas en nuestro país aun cuando involucren a grupos económicos que tienen cuantiosos ingresos en el extranjero.

- 3. Se establece que solo deben notificarse al INDECOPI las transacciones que, superando las cifras de negocio antes indicadas, constituyan efectivamente una concentración. En efecto, la transacción debe ocasionar la transferencia o cambio permanente en el control de una empresa o parte de ella. Por ejemplo, a través de la transacción un grupo económico que ya controla alguna empresa en el Perú debe tomar el control de otra empresa. El control se define como la capacidad de influir de manera determinante en las decisiones de estrategia comercial y competitiva (al nivel de los órganos societarios). Esta

---

<sup>30</sup> QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. Control de Concentraciones en el Perú: Ingreso a las mayores ligas. Recuperado de: <https://laley.pe/art/8852/control-de-concentraciones-en-el-peru-ingreso-a-las-ligas-mayores>

regla es bastante típica, específicamente en los marcos legales que siguen la corriente europea.

En función de lo anterior, se excluye expresamente del ámbito de la norma operaciones que no involucren un cambio en la estructura de control de las empresas, como por ejemplo la reorganización de sociedades al interior del mismo grupo económico, el crecimiento corporativo de un agente económico por propias inversiones, el crecimiento corporativo que no produzca efectos en el territorio nacional, entre otros. Hubiera sido deseable que el listado de operaciones excluidas expresamente fuera más amplio -como sucede en marcos legales de otros países- para evitar cualquier duda o interpretación extensiva de la norma, pero habrá que convivir con algún grado de incertidumbre en este tema.

Es importante resaltar que la presente norma indica expresamente que se excluyen del control previo a cargo del INDECOPI, los siguientes actos u operaciones:

- a. El crecimiento corporativo de un agente económico como resultado de operaciones realizadas exclusivamente al interior del mismo grupo económico.
- b. El crecimiento corporativo interno de un agente económico, independientemente de que se produzca mediante inversión propia o con recursos de terceros que no participen directa ni indirectamente en el mercado.
- c. El crecimiento corporativo de un agente económico que no produzca efectos en los mercados dentro del territorio nacional, en una parte o en su totalidad.
- d. El control que se adquiera sobre un agente económico como resultado de un mandato temporal conferido por la legislación relativa a la caducidad o denuncia de una concesión, reestructuración patrimonial, insolvencia, convenio de acreedores u otro procedimiento análogo.
- e. Cuando las entidades de crédito u otras entidades financieras o de seguros o del mercado de capitales cuya actividad normal constituya la negociación y transacción de títulos, por cuenta propia o de terceros, posean con carácter temporal acciones o participaciones que hayan adquirido de una empresa con el propósito de revenderlas, siempre que no ejerzan los derechos de voto inherentes a dichas acciones o participaciones con objeto de determinar el comportamiento competitivo de dicha empresa.
- f. La adquisición de derechos por parte de un agente económico que previamente no haya participado en el mercado relevante o los mercados relacionados, que le permitan ejercer control sobre la totalidad o parte de un agente económico que participa en cualesquiera de dichos mercados, en los términos que establece el reglamento de este decreto de urgencia.

Una vez que se constata que una fusión o adquisición cumple con las características antes señaladas, deberá solicitarse la autorización por parte de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI antes de su ejecución por el agente económico que adquiere el control; o, en caso de una fusión o adquisición de control conjunto, por parte de todas las empresas involucradas en dicho control. Los actos de ejecución de la concentración serán nulos de no solicitarse o lograrse tal autorización.



Cabe señalar que se han establecido criterios bastante típicos para la evaluación de fondo que debe realizar el INDECOPI al decidir si aprueba o no la operación notificada. Así, debe delimitar el o los mercados relevantes que podría impactar la operación, y definir si a través de esta se crearía o fortalecería una posición de dominio en alguno de dichos mercados. Asimismo, la autoridad debe analizar de manera prospectiva si existe el riesgo potencial de que se generen prácticas anticompetitivas, tales como conductas unilaterales exclusorias tipo abuso de posición de dominio o comportamientos colusorios entre competidores. Igualmente, la autoridad debe valorar las eficiencias que le hayan demostrado los agentes involucrados en la operación, identificando si son suficientes para contrarrestar los potenciales efectos negativos para la competencia que haya identificado. Asimismo, la norma ha establecido que la autoridad puede aprobar la concentración, pero imponiéndole ciertas condiciones a los agentes involucrados, que mitiguen o diluyan los riesgos potenciales para la competencia<sup>31</sup>.

La Comisión puede decidir: i) autorizar la operación de concentración empresarial; ii) no autorizarla; o, iii) autorizar la operación sujeta al cumplimiento de determinadas condiciones y obligaciones. Si vencen los plazos que tiene la Comisión para emitir su decisión, la solicitud se considera aprobada (silencio positivo). En todo caso, la decisión de la Comisión es apelable ante el Tribunal del Indecopi, el cual deberá pronunciarse en un plazo máximo de (noventa) 90 días hábiles<sup>32</sup>.

#### IV. CARACTERÍSTICAS DEL SECTOR TECNOLÓGICO.

La rapidez del desarrollo tecnológico ha modificado la naturaleza de los mercados y los modelos de negocio, planteando así algunos problemas en relación con el derecho y la política de competencia, que deben adaptarse a los nuevos modelos de negocio y realidades del mercado. Los mercados tecnológicos presentan una serie de características que los distinguen de los mercados tradicionales, lo que lleva a cuestionarse sobre la idoneidad de las herramientas clásicas del Derecho de Defensa de la Libre Competencia aplicadas a este sector.

La caracterización de gran parte de los mercados digitales, con un amplio apoyo en sistemas online y alto grado de innovación tecnológica, presenta –en líneas generales– una serie de rasgos que los distinguen de los mercados tradicionales, que históricamente han sido objeto de escrutinio antitrust<sup>33</sup>.

- A) **Estructura de Plataforma Digital.** Aunque no necesariamente es así en todos, muchos de estos mercados altamente tecnológicos suelen estar estructurados sobre la base de plataformas digitales. La Comisión Europea define las plataformas en línea como empresas que operan en mercados de dos o múltiples partes, que utilizan Internet para facilitar las interacciones entre dos o más grupos de usuarios distintos pero interdependientes, a fin de crear valor al menos para uno de esos grupos. Las plataformas engloban servicios y actividades como mercados en línea, redes sociales, motores de búsqueda, sistemas de pago y sitios de intercambio de vídeos<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. *Ibidem*.

<sup>32</sup> STUCCHI, Pierino. *Op.Cit.*

<sup>33</sup> DÍEZ ESTELLA, Fernando. La aplicación del Derecho de Competencia en la Era Digital. Recuperado de: <http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones>

<sup>34</sup> Recuperado de: [//ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud](http://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud).

- B) **Presencia de Efectos de Red.** El "Network Effect" se produce cuando, a medida que crece el uso de un producto o servicio por parte de un usuario, el valor que ese producto o servicio genera a los demás, también incrementa. A medida que crece la oferta, se produce un mayor valor para la demanda. Cuando se incrementa el número de vendedores en una plataforma digital, más valor existirá para los compradores. Y cuantos más compradores atraiga la plataforma digital, más interesante será para los vendedores, produciéndose, de esta forma, un círculo virtuoso.

En otras palabras, el mayor número de usuarios de una plataforma atrae a más empresas –sean desarrolladoras de programas, aplicaciones, anunciantes, etc.– lo que hace la plataforma más atractiva, lo que a su vez atrae a más usuarios, etc. Por ejemplo, las personas pueden querer usar la red social de Facebook simplemente porque la usan sus amigos. El valor de uso de las plataformas digitales depende directamente del número de usuarios.

Alfredo Bullard en su artículo denominado "Atrapados en la Red" en el Diario Perú 21 señala que cada industria es distinta. No es lo mismo una industria común que aquellas que se basan en la economía en red:

*"En las industrias comunes, como la del calzado, el que muchos tengan los mismos zapatos no le da un mayor valor de uso al zapato que compró. Puedo usarlo igual así haya un millón de personas con zapatos parecidos o no haya ninguna. Pero en las industrias de red, cuantas más personas tengan el mismo bien o servicio, más valor de uso tiene.*

*Usted está trabajando un documento importante en su computadora. ¿Es necesario preguntarle qué procesador de texto está usando? Le apuesto (y ganaré casi siempre esa apuesta) que es Word. ¿Cómo lo sé? Porque todo el mundo lo usa.*

*Tenderemos a pensar que es un monopolio y que nos ha capturado usando prácticas anticompetitivas. Pero la razón principal por la que preferimos usar Word es porque todos los demás lo usan. Y queremos que sea así. Cuando abrimos una computadora en cualquier lugar del mundo o recibimos un archivo de texto de otra, nos disgustaría que el procesador no sea Word. Preferimos uno conocido que mejora la forma como interactuamos con los demás. Un procesador de textos, a diferencia de un zapato, vale más cuantas más personas lo usan.*

*Una plataforma de redes sociales usada por pocas personas no nos interesa. Usamos Instagram, Facebook o LinkedIn porque nos permiten contactar con más personas. Allí radica su valor.*

*Conoce a una persona. Le pide su WhatsApp. Le contesta que no tiene. Pensará o que le está mintiendo (es lo más probable) o que es una persona que está literalmente fuera de este mundo. Queremos usar WhatsApp porque nos permite comunicarnos con cualquier persona. No es como comprar un zapato.*

*Hace unos días el Congreso de Estados Unidos citó a los ejecutivos principales de Apple, Amazon, Google y Facebook. El tipo de preguntas que escuché y la*

*concepción de la que parten reflejan que (como congresistas, funcionarios y "opinólogos" de redes sociales de todo el mundo) no pueden hacer la diferencia entre las industrias de red y la compra de un par de zapatos.*

*Ello no significa que no pueda haber conductas cuestionables o ilegales, como en cualquier industria. Pero sí significa que no se puede entender la competencia en esos mercados como se produce la competencia en el mercado de zapatos. Esas industrias crecen y tienden a alcanzar altísimas cuotas de mercado porque los consumidores quieren que sea así, y en ejercicio de su opción escogen aquellos servicios con redes de mayor cobertura. Y los reguladores proponen medidas que nos quiten a los usuarios lo que deseamos que ocurra".*

- C) **Mercado altamente competitivo:** A diferencia de prácticamente cualquier otro mercado o sector, Internet es un entorno empresarial fluido, cambiante, en el que la inversión es mínima y cualquiera puede entrar y amenazar la posición dominante de la empresa líder. Huawei es el ejemplo modélico del dinámico sector tecnológico. Ha crecido enormemente en los últimos años, pasando de ser un pequeño fabricante de piezas para teléfonos a un líder global en la industria tecnológica. En su momento, Facebook fue creada por un estudiante con muy pocos recursos y desplazó a MySpace. Actualmente, Tik Tok es la red social que crece más rápido en todo el mundo. Dropbox compite de igual a igual con Apple, Google y Microsoft en el sector de almacenamiento en nube. Si las grandes empresas de tecnología se duermen en sus laureles es muy probable que en los siguientes años sus cuotas de mercado se vean perjudicadas.
- D) **Dificultad en la Definición del Mercado de Referencia:** Es bastante complejo definir cuál es el ámbito y alcance en un mercado tecnológico. Por ejemplo, cuando analizamos la competencia en el mercado de publicidad, ¿se debe ver a la publicidad digital como un mercado único o debe ser visto como parte del mercado de publicidad en general? ¿Facebook o Google compiten con los canales de TV o los periódicos?

Delimitar el mercado con la finalidad de ver cuál es la cuota de mercado de una determinada compañía genera dos problemas:

En primer lugar, el papel que juegan los productos tecnológicos en la sociedad puede cambiar a medida que evolucionan, convirtiéndose repentinamente en competidores de productos y servicios en mercados que antes parecían no tener relación. Por ejemplo, Apple era una empresa de computadoras, luego de reproductores de música, luego una compañía de celulares y ahora una plataforma de software. Netflix, por su parte, era una compañía que enviaba DVDs por correo, luego pasó a ser una plataforma de *streaming* y, finalmente, ahora es un productor de contenidos.

En segundo lugar, las empresas tecnológicas más destacadas ofrecen productos y servicios que pueden estar relacionados como no. A veces resulta complejo trazar la línea sobre si cierto producto es uno solo o es la suma de varios productos distintos. Por ejemplo, cuando uno compra un celular Apple resulta lógico para algunos consumidores que el navegador Safari se encuentre preinstalado, puesto que hay personas que desean

que se les brinde una experiencia completa y sencilla sin tener que estar invirtiendo tiempo en descargar ciertos programas.

- E) **Escalables.** La mayoría de las sociedades en el sector tecnológico cuentan con empresas escalables, lo que significa que a medida que sus ingresos aumentan, sus costes se mantienen planos o se incrementan muy poco. Si bien las inversiones iniciales pueden ser cuantiosas, una vez realizada, el coste marginal por cada venta unitaria adicional es un coste cercano a cero.
- F) **Oferta de servicios gratis.** Muchos de los productos y servicios que se ofrecen en el mercado tecnológico son gratuitos para los consumidores: redes sociales como Facebook, Twitter, Instagram, TikTok; buscadores como Google, Yahoo o Bing; navegadores como Google Chrome, Safari o Firefox; apps de mensajería instantánea como Whatsapp, Line, Telegram; correos electrónicos como Hotmail, Gmail o Yahoo; servicios de voz sobre IP como Skype o Viper. Asimismo, existen un sinnúmero de aplicaciones que son gratuitas para los usuarios y que pueden ser descargadas en cualquier momento.
- G) **Papel del Big Data.** Se dice que los datos son el equivalente al petróleo en la economía digital. Es por ello que, las empresas *tech* gestionan y rentabilizan estos datos procesándolos en grandes cantidades a una gran velocidad y con amplia diversidad; ello, con la finalidad de extraer el máximo valor monetario posible de los mismos. Este fenómeno es conocido como Big Data, que es entendido como el conjunto de tecnologías que permiten tratar cantidades masivas de datos personales provenientes de distintas fuentes a través del uso de algoritmos, con el objetivo de poder otorgarles una utilidad que proporcione valor. Es decir, el *Big Data* permite procesar datos cuyo tamaño (volumen), complejidad (variabilidad) y velocidad de crecimiento (velocidad) dificultan su captura, gestión, procesamiento o análisis por parte de tecnologías y herramientas convencionales.

Así, una herramienta como el motor de búsqueda de Google nos permite acceder a un vasto océano de información en cuestión de segundos; redes sociales como Facebook o LinkedIn nos permiten estar conectados y recibir información en tiempo real de miles de personas alrededor del mundo; y, plataformas de mercado como Amazon o Ebay nos permiten conocer información sobre vendedores y sus ofertas, así como a recibir los productos en nuestra puerta sin siquiera salir de casa<sup>35</sup>.

En ese sentido, se puede apreciar que actualmente existen empresas que pugnan por obtener el ansiado *Data Power* (poder basado en posesión de Big Data) dado que el poder en el mercado recaerá en la empresa que cuente con el más grande y diverso set de data con el que podrá optimizar con mayor eficiencia sus procesos, servicios e individualizar su publicidad. Por ejemplo, mientras más data obtenga un motor de búsqueda como Google, mayor precisión desarrollará su algoritmo de búsqueda. Del

<sup>35</sup> ZUÑIGA DÍAZ, Giuliana. "Big Data y los desafíos que plantea al Abuso de Posición de Dominio". Revista de Actualidad Mercantil N° 6, Lima, 2019. p.209.

mismo modo, una plataforma como Amazon o eBay arrojará mejores resultados de búsqueda mientras acumule más data sobre transacciones realizadas y búsquedas pasadas de usuarios<sup>36</sup>.

En efecto, la Organización para el Desarrollo Económico- OCDE ha señalado que la recolección y procesamiento masivo de datos puede favorecer el establecimiento de una posición dominante en unas pocas plataformas y llevar a un escenario de *winner takes it all* en que las firmas compiten *por* el mercado en lugar de *en* el mercado<sup>37</sup>.

## V. CASOS DE LIBRE COMPETENCIA EN EL SECTOR TECNOLÓGICO.

Han pasado más de 50 años desde que el Gobierno de los Estados Unidos de América presentara la primera demanda *antitrust* en contra de un gigante tecnológico, líder indiscutido –entonces- de la industria informática, la compañía IBM, alegando que la empresa había monopolizado el mercado de computadoras digitales de uso general. Tomando en consideración los cientos de miles de documentos examinados, las miles de horas de interrogatorio de testigos y expertos, y los millones de dólares invertidos en el caso, este es considerado como uno de los mayores despropósitos en la historia de la litigación antitrust, pues en 1982 se desestimaron todos los casos y el Gobierno dio por concluida su infructuosa persecución de 15 años contra el presunto monopolio de las computadoras de IBM.

Este caso ilustra cómo es que en muchas ocasiones tanto las autoridades americanas como las europeas tienen en la mira a las grandes empresas tecnológicas e inician una “cacería de brujas” en contra de ellas. Esta actitud podría explicarse desde un punto de vista psicológico como el deseo por parte de las autoridades de tener un protagonismo mediático, ya que es conocido que estos asuntos siempre atraen grandes titulares de prensa. Esto de ninguna manera quiere decir que las autoridades no persigan causas justas con el objetivo de proteger los intereses del consumidor.

A continuación, procederemos a analizar algunos casos famosos en contra de empresas tecnológicas:

### a) *Caso Microsoft Windows Media Player.*

En 1998, *Sun Microsystems* acusó a Microsoft de no facilitar ciertas interfaces técnicas necesarias para la interoperabilidad de su software con Windows NT, y en agosto de ese año la Comisión de la Comunidad Europea decidió ampliar la investigación y estudiar si Microsoft había abusado de su posición de dominio. Al respecto, la Comisión define a Microsoft como una compañía dedicada al diseño y desarrollo de una amplia gama de productos relacionados a la industria de la computación, entre los que constan los sistemas operativos para computadoras personales (client PC's), los sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo y los reproductores multimedia con capacidad de *streaming* en la Web<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> OECD (2016) “Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era”. Background note by the Secretariat. En: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf.p.7](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf.p.7).

<sup>38</sup> Court of First Instance of the European Communities (Grand Chamber). *Microsoft v Commission*. Case T201/04. Judgment of the Court. 17 September 2007. Pp. 3623.

La Comisión Europea acusó a Microsoft de abusar de su posición de dominio restringiendo deliberadamente la interoperabilidad entre los PC Windows y los servidores de grupos de trabajo que de sus competidores. De igual manera, se le acusó de bloquear el acceso de otros reproductores de música y video, valiéndose de dicha posición dominante, con el objetivo ulterior de favorecer su propio reproductor: El *Windows Media Player*. En otras palabras, Microsoft vinculaba su propio reproductor a su "omnipresente" sistema operativo Windows, debilitando considerablemente, de esta manera, a la competencia en el mercado de reproductores multimedia. La Comisión señalaba que esta situación había frenado la innovación, perjudicado el proceso de competencia y a los consumidores, que en definitiva tienen menos elección.

En el año 2004, la Comisión Europea sancionó a Microsoft con una multa de €497 millones (aproximadamente US\$648 millones), lo que suponía una cifra récord para ese entonces, por abusar de su posición de dominio en el mercado de sistemas operativos, en virtud del cargo de venta atada del sistema operativo client PC con el reproductor multimedia Windows Media Player. Adicionalmente, la Comisión le impuso dos medidas correctivas: (i) Ofrecer versiones de Windows sin el reproductor Windows Media Player; (ii) ofrecer la información necesaria para que terceras partes pudieran interactuar correctamente con servidores y equipos de escritorio basados en Windows a fin de hacer posible la interoperabilidad de los productos con el sistema operativo.

Microsoft apeló la sentencia de 2004 de la Comisión Europea y aunque hizo cambios en el ámbito de la operabilidad no cumplió con los requisitos que planteaba el regulador europeo. Eso hizo que lo multaran con €280.5 millones adicionales. Aquel caso se cerró el 22 de octubre de 2007, cuando Microsoft anunció que cumpliría con los términos que dictaba la UE y no apelaría más esa decisión, pero aun así la Comisión sancionó a Microsoft con un total de €899 millones (respecto a los 497 millones iniciales) en febrero de 2008 por no cumplir con la sentencia de 2004. Aquella multa -que más tarde se reduciría ligeramente a €860 millones— representó la más importante en toda la historia de la UE a la hora de perseguir abusos de posición dominante por parte de las empresas.

Cabe señalar que, uno de los puntos más importantes que se analizan en el presente caso es acerca de la existencia de un producto único o dos productos separados, con respecto al sistema operativo Windows y a su reproductor multimedia Windows Media Player. ¿Existen dos productos distintos que atienden demandas distintas por parte de los clientes? La Comisión Europea asevera que los productos son independientes, ya que se observa que hay un requerimiento de reproductores multimedia de manera individual y separados del sistema operativo. En otras palabras, hay un mercado que demanda sistemas operativos y otro que demanda reproductores multimedia.

Asimismo, la Comisión utiliza como argumento que la promoción realizada por Microsoft de su Windows Media Player es realizada de manera independiente al sistema operativo y busca la aceptación del reproductor multimedia en sus usuarios sin hacerlo con base en el señalamiento de su interdependencia al sistema operativo Windows. Adicionalmente, la Comisión determinó que los consumidores se encontraban imposibilitados de adquirir el producto atado sin tener que necesariamente adquirir el producto atado.

De esta manera, la Comisión concluye que era imposible que aplicaciones de otros desarrolladores pudieran adquirir dicho nivel de penetración de mercado, debido a que la ventaja en cuanto a la distribución del Windows Media Player por estar vinculado al sistema operativo

Windows le otorgaba automáticamente dicha condición de omnipresencia. En ese sentido, quedó determinado que Microsoft utilizó a Windows como canal de distribución para el reproductor multimedia; que la vinculación generaba condiciones de ventaja comercial en favor de Microsoft; que Microsoft intervino el normal desenvolvimiento del proceso competitivo en el mercado; que la vinculación constituye una barrera de entrada a los competidores directos; y finalmente, que Microsoft expandió su posición de dominio debilitando a la competencia y por ende desincentivando la innovación.

Por su parte, Microsoft alegaba que la vinculación entre el sistema operativo y el reproductor multimedia no implicaba ningún tipo de coerción a los usuarios al uso de su producto, ni constituía ninguna obligación adicional a la adquisición del sistema operativo Windows. En otras palabras, la presencia del Windows Media Player era un beneficio adicional al sistema operativo y los consumidores no estaban obligados a usarlos. Tan cierto es ello, de acuerdo a lo argumentado por Microsoft, que los consumidores no debían pagar ningún valor extra por la integración del reproductor multimedia Windows Media Player al sistema operativo Windows. No existía ninguna obligación del usuario de usar dicho producto o funcionalidad y cualquiera podía instalar y utilizar un reproductor multimedia compatible desarrollado y comercializado por cualquier competidor de Microsoft. La lógica económica detrás del argumento esbozado por Microsoft es que ellos no obligan a sus usuarios a comprar sus productos, pero si van a hacerlo deben comprar un producto adecuadamente compuesto para que así se garantice su satisfacción plena.

El argumento de Microsoft resuena con mi pensamiento de consumidor. Cuando uno compra una computadora, desea que el sistema operativo tenga instalado por defecto ciertos productos que son distintos al sistema operativo pero que son necesarios para un adecuado funcionamiento. En caso se determine que alguno de los productos accesorios no son lo suficientemente buenos, el consumidor se encontrará en plena libertad de elegir aquél que más le satisfaga sus necesidades.

Cabe recordar que para la configuración de una práctica abusiva de vinculación es necesaria la ocurrencia simultánea de las siguientes condiciones: que el producto vinculado y el producto vinculante sean distintos; que el oferente detente una posición dominante al menos en el mercado del producto vinculante; que el producto vinculante incluya al producto vinculado sin la posibilidad de su adquisición por separado; que la práctica cause una afectación a la competencia de mercado; y finalmente, que la vinculación carezca de una justificación objetiva, ya que en caso de generar eficiencias en el consumidor ésta es admitida<sup>39</sup>.

En este caso en específico, ¿realmente la vinculación entre el *Windows Media Player* afecta a la competencia en el mercado? Una reflexión sobre este punto la encontramos en el artículo denominado "*¿Son los europeos demasiado tontos para instalar un software? Los sinsentidos del "antitrust" europeo*"<sup>40</sup> el cual señala lo siguiente: "(...) ¿Negó (Microsoft) a sus competidores alguna información imprescindible para permitir la interoperabilidad de los programas y Windows? ¿Estableció alguna barrera estratégica para dificultar la instalación de otros programas? No, simplemente lo que hizo fue "atar" el WMP a su sistema operativo, dado que la compra de dicho sistema incluía ya el WMP y lo instalaba por default. Ello, sin embargo, no impedía que el

---

<sup>39</sup> ORTÍZ BLANCO, Luis. Manual de derecho de la competencia. Madrid: Tecnos, 2008. pp. 179-180

<sup>40</sup> ZUÑIGA PALOMINO, Mario. "*¿Son los europeos demasiado tontos para instalar un software? Los sinsentidos del "antitrust" europeo*" Recuperado de: <https://www.blawyer.org/2012/10/27/son-los-europeos-demasiado-tontos-para-instalar-un-software-los-sinsentidos-del-antitrust-europeo/>



*usuario instalara otros programas (recuerdo en la época usar el WinAmp y el Real Media Player). Pero, entonces, ¿eran estos programas demasiado caros o difíciles de encontrar? No, a solo una búsqueda y un “click” el usuario tenía muchos reproductores gratuitos a la mano. ¿Cómo afectaba entonces al consumidor el hecho de que el WMP viniera incluido en el Windows? De ninguna manera (a menos que se quiera alegar que en este caso el tiempo perdido en buscar e instalar un programa alternativo es relevante)<sup>41</sup>.*

Hasta este momento recuerdo que el día que dejé de utilizar el Windows Media Player fue el mismo día que me compré un iPod y a raíz de dicha compra descargué iTunes. Fue tan fácil como tipear “Descargar iTunes” en Google para tenerlo funcionando en mi computadora que utilizaba el sistema operativo de Windows. Es por ello que, si bien las prácticas comerciales de ventas atadas han sido vistas desde un principio como conductas anticompetitivas por su supuesta afectación inminente al mercado en cuestión, el desarrollo informático ha hecho que este concepto sufra una necesaria modificación por la naturaleza misma de una industria en constante y rápida evolución.

Cabe indicar que la decisión europea del caso Microsoft es criticada principalmente por haber fallado de cierta manera en establecer un análisis objetivo de los elementos fundamentales de la vinculación en cuestión, ya que su análisis se desvió hacia elementos de menor importancia al tomar en cuenta el segmento de mercado relevante en cuestión, que es el de la alta tecnología digital. Las eficiencias generadas por Microsoft no recibieron la importancia determinante que merecían en la investigación y su resolución, las mismas que causaban un efecto positivo tanto en los competidores cuanto en los consumidores finales, incentivando el desarrollo de la industria y dotando de herramientas necesarias a los consumidores, quienes recibían un sistema operativo completo que garantizaba el adecuado funcionamiento de todas las funcionalidades. A pesar de que se establece que la finalidad de las políticas de competencia de la Comunidad Europea de Naciones consiste en asegurar a los consumidores los beneficios de una economía de mercado

---

<sup>41</sup> Cabe señalar que la Comisión Europea también acusó a Microsoft de no haber garantizado la posibilidad de escoger un navegador diferente. En el año 2009, le envié a Microsoft una “Declaración de Objeciones” al conocer que vendería su última versión de Windows (para ese entonces el Windows 7E) “atado” a su programa para navegar en Internet, el IE, ya que ello, “daña la competencia entre exploradores de Internet, desincentiva la innovación y el último término reduce las opciones del consumidor”.

El autor Mario Zúñiga cuestiona de la siguiente forma la decisión de la Comisión: *“¿Es en serio? Nuevamente acá cualquiera que no conoce el caso se pregunta: ¿negó Microsoft a sus competidores alguna información imprescindible para permitir la interoperabilidad de otros exploradores con Windows? ¿Estableció alguna barrera estratégica para dificultar la instalación de esos otros exploradores? ¿Son estos otros exploradores de Internet demasiado caros o difíciles de encontrar? ¿No son competidores accesibles, de prestaciones razonablemente similares y, una vez más, gratuitos, Opera, Google Chrome, Safari o Firefox? Firefox, por cierto, tenía en ese momento ya una cuota de mercado de 37%. ¿Es que entonces considera la Comisión Europea que sus ciudadanos son incapaces de buscar y descargar otro explorador de Internet? En ese entonces, Microsoft obedeció las indicaciones de la Comisión y separó el Windows 7E del IE, acordándose que al instalarse el sistema se ofreciera al consumidor, mediante una pantalla de opciones, instalar distintos exploradores (Browser Choice Screen). La decisión no tenía ningún sentido en ese entonces, y menos lo tiene hoy, en un escenario en el que IE es ampliamente superado por rivales como Google Chrome o Firefox, y en el que cada vez más gente utiliza internet desde sus smartphones. Yo la verdad, las pocas veces que he utilizado IE ha sido para descargar otro explorador, la primera vez que utilizaba una PC”.* Recuperado de: <https://www.blawyer.org/2012/10/27/son-los-europeos-demasiado-tontos-para-instalar-un-software-los-sinsentidos-del-antitrust-europeo/>

dinámica y eficiente, en este caso se sacrificó el desarrollo tecnológico con la limitación impuesta a Microsoft<sup>42</sup>.

**b) Caso Google Shopping.**

El 27 de junio del año 2017, la Comisión Europea multó a Google con una sanción histórica ascendente a la suma de €2,424 millones por abusar de su posición de dominio en el mercado de los buscadores al haber utilizado sus herramientas de búsqueda para favorecer a su servicio de compras comparativas, *Google Shopping*.

La investigación de la Comisión Europea se inició en noviembre de 2010<sup>43</sup> tras las denuncias presentadas por proveedores independientes de servicios de compras comparativas, que ofrecen a los consumidores herramientas para comparar productos y precios online, así como para encontrar ofertas de todo tipo de vendedores. Los denunciantes alegaron que Google estaba favoreciendo el posicionamiento de sus propios servicios de compras comparativas a través de su herramienta de búsqueda, *Google Search*.

De acuerdo con la decisión de la Comisión Europea, Google cuenta con una posición dominante en el mercado de la búsqueda en Internet en todo el Espacio Económico Europeo. Dicho mercado cuenta además con elevadas barreras de entrada, entre otros aspectos por la existencia de efectos de red. Además, según la Comisión Europea, Google habría abusado de su posición como buscador para otorgar una ventaja ilegal a "*Google Shopping*" (anteriormente denominado "*Google Product Search*" y "*Froogle*") a través de dos prácticas concretas<sup>44</sup>:

- a) Otorgando un posicionamiento destacado a su propio servicio de compras comparativas en los resultados de su buscador, de tal forma que servicios como Google Shopping aparecen encima de los resultados considerados más relevantes por los algoritmos generales de Google; y
- b) Aplicando los algoritmos del buscador de Google para perjudicar notablemente el posicionamiento de los competidores de Google Shopping, hasta el punto de que incluso sus competidores más fuertes aparecen solo en la página cuarta de resultados del buscador (o incluso más adelante), de manera que los consumidores rara vez acceden a ellos.

De acuerdo con la Comisión, las pruebas muestran que incluso los productos rivales con una mayor relevancia aparecen, de media, en la cuarta página de resultados de búsquedas de Google. El servicio de comparador de compra de Google no está sujeto a los mismos algoritmos de búsqueda genéricos de Google, incluida la relegación. Cuanto más elevada es la posición de una

---

<sup>42</sup> Whelan, Anthony. "*Brief reflection on EU competition policy and the Microsoft case*". The Implications of the CFI Decision in Microsoft for Tying and Compulsory Licensing. Chicago: The American Bar Association Section of Antitrust Law and the ABA Center for Continuing Legal Education, 2007. Pp. 25

<sup>43</sup> Cabe señalar que en una investigación de conductas similares en Estados Unidos y tras dos años de investigación, la *Federal Trade Commission* concluyó en 2013 que no había prueba suficiente de malas prácticas por parte de Google y aceptó archivar la investigación sobre la base de compromisos presentados por la empresa. De la misma forma, Google trató de poner fin a la investigación de la Comisión Europea de forma convencional presentando compromisos en hasta tres ocasiones, pero la Comisión concluyó que los compromisos propuestos no eran suficientes para mitigar los efectos anticompetitivos detectados.

<sup>44</sup> PINILLA, Laura y WARD, Andrew. "Google Shopping: Sanción histórica de 2.424 millones de euros por abuso de dominio". Recuperado de: <https://blog.cuatrecasas.com/competencia/google-shopping-sancion-historica-por-abuso-de-dominio/>

web en las páginas de resultados de búsquedas de Google, más posibilidades tiene de recibir visitas de los usuarios. Según los datos que maneja el Ejecutivo comunitario, los diez primeros resultados de búsqueda capta el 95% del tráfico.

Al respecto, la Comisión Europea hace una serie de puntualizaciones sobre el posicionamiento y la visualización de los contenidos del buscador de Google indicando lo siguiente: *"El servicio de Google se posiciona en un lugar destacado y no está sujeto a los algoritmos específicos que hacen que los servicios de los competidores tengan una clasificación reducida en las páginas de búsqueda general de Google. En relación con su visualización, la Decisión explica que el propio servicio de compras comparativas de Google aparece más destacado en la parte superior de la primera página de resultados de búsqueda general, o cerca de ella, mientras que dichas características son inaccesibles para sus rivales<sup>45</sup>".*

Es por ello que, la Comisión Europea considera que dichas prácticas habrían alterado de manera considerable la competencia en el mercado de los servicios de compras comparativas, destacando que *Google Shopping* ha visto significativamente aumentada su cuota de mercado. Además, la comisaria de competencia Margrethe Vestager ha dado énfasis a los perjuicios para los consumidores, señalado al respecto: *"Lo que Google ha hecho es ilegal según la legislación antitrust de la UE, pues ha denegado a otras empresas la posibilidad de innovar y de competir según sus méritos. Y lo que es más importante, ha denegado a los consumidores europeos una auténtica oferta de servicios y todas las ventajas de la innovación"*.

La Comisión concluye que el posicionamiento y la visualización más favorables del servicio de compras comparativas de Google desvían los flujos de tráfico de los servicios de compras comparativas. Asimismo, la Comisión comprueba empíricamente que los usuarios tienden a hacer clic más veces sobre los enlaces que son más visibles en la página de resultados de búsqueda general de Google. Otra de las conclusiones de la investigación se refiere a que el tráfico de búsqueda genérica de las páginas de resultados de búsqueda general de Google representa una gran parte del tráfico de los servicios de compras comparativas de los competidores y no se puede sustituir fácilmente.

La conclusión principal de la investigación es que la conducta de Google tiene efectos contrarios a la competencia por tres razones. Estas razones son las siguientes:

*"En primer lugar, su conducta tiene el potencial de excluir a los servicios de compras comparativas de sus competidores, lo que puede dar lugar a comisiones más elevadas para los comerciantes, unos precios más elevados para los consumidores y menos innovación.*

*En segundo lugar, la conducta de Google podría reducir la capacidad de los consumidores para acceder a los servicios de compras comparativas más pertinentes.*

*En tercer lugar, la conducta de Google podría también tener efectos contrarios a la competencia aun cuando los servicios de compras comparativas no constituyen un mercado de productos de referencia diferenciado, sino más bien un segmento de un*

---

<sup>45</sup> Resumen de la Decisión de la Comisión de 27 de junio de 2017 relativa a un procedimiento en virtud del artículo 102 del TFUE y del artículo 54 del Acuerdo EEE [Asunto AT.39740 – Búsqueda de Google (Shopping)]. Publicado el 12/01/2018.

*posible mercado de productos de referencia más amplio que comprende tanto las plataformas comerciales como los servicios de compras comparativas.*

*En cuarto lugar, las pruebas que figuran en el expediente sobre la evolución real del tráfico hacia el servicio de compras comparativas de Google confirman que, cuanto mejor posicionado y visible está en las páginas de resultados de búsqueda general de Google, más tráfico recibe<sup>46</sup>.*

Por su parte, Google, a través de un post en su Blog<sup>47</sup>, brindó su punto de vista sobre los hechos de los que se le acusa por abuso de posición dominante. Al respecto, Google señala que en su buscador se muestra publicidad de "shopping" porque los consumidores quieren encontrar los productos que están buscando de una forma rápida y eficaz. Este sistema también ayuda a los anunciantes que quieren promocionar sus productos. Google, a través de este sistema, conecta a sus usuarios con miles de anunciantes, grandes y pequeños, de formas que son útiles y valiosas para ambos. Asimismo, afirma que su sistema de comparación de "shopping" se adecúa mejor a las necesidades del usuario en comparación con los anuncios con solo texto que tenía anteriormente. Google manifiesta que la Comisión europea infravalora estas conexiones rápidas y fáciles pues los usuarios de Google prefieren que se les lleve directamente en un enlace al producto que quieren sin tener que ir a un enlace y repetir la búsqueda.

A la pregunta de la Comisión de por qué algunas webs de comparación que compiten en el mercado son menos populares, Google considera que existe un elevado número de empresas que han experimentado últimamente empresas como Amazon o eBay. Google explica que Amazon con sus herramientas de comparación y reseñas se ha convertido en un formidable competidor y el primer sitio donde una persona acude a realizar una búsqueda sobre un producto. Así como Amazon ha crecido, es natural que otros servicios de comparación de productos sean menos populares y hayan tenido menos éxito que sus competidores. Para terminar con este argumento, Google recalca que Amazon es su competidor y compiten con ellos mostrándole al usuario información cada vez más útil.

En efecto, Google afirma que su principal ventaja competitiva es mostrar la información de forma más precisa respecto a lo que el usuario está buscando, siendo esta habilidad lo que los diferencia. Google señala que esto lo han conseguido producto del duro trabajo e innovación realizada a través de la retroalimentación que reciben de sus usuarios.

Finalmente, cabe precisar que las autoridades estadounidenses llegaron a una conclusión distinta a la de la Comisión Europea. En enero del año 2013, la Comisión Federal de Comercio decidió archivar su investigación sobre *Google Search* paralela a la de la Comisión (e igualmente minuciosa a juzgar por los nueve millones de folios analizados), concluyendo que el principal objetivo de los cambios introducidos en el algoritmo de Google no era otro que el de responder de manera más eficiente a las consultas de los usuarios, proporcionándoles la información relevante directamente en la página de resultados generales. Las pruebas analizadas evidenciaron que, si bien dichos cambios tuvieron como resultado efectivamente la relegación de determinados servicios de comparación de precios competidores en las páginas de resultados orgánicos de

---

<sup>46</sup> *Ibidem.*

<sup>47</sup> Walker, K., "The European Commission Decision on online shopping: The other side of the story", *Blog Google*, 27 de junio de 2017. Recuperado de: <https://www.blog.google/around-the-globe/google-europe/european-commission-decision-shopping-google-story/>

búsqueda general, también redundaron en un incremento global de la calidad de estos resultados y, consiguientemente, del bienestar neto de los usuarios.

### c) *Caso Qualcomm.*

El 25 de enero del año 2018, la Comisión Europea multó a Qualcomm Inc., mayor proveedor del mundo de chipsets para dispositivos móviles 4g (LTE), con €997 millones por abusar de su posición de dominio en dicho mercado. Según la Comisión, durante cinco años Qualcomm excluyó a empresas rivales del mercado mediante el pago de cantidades substanciales a Apple para que este usara exclusivamente los chips de Qualcomm en los dispositivos iPhone y iPad.

En 2011, Qualcomm y Apple llegaron a un acuerdo en virtud del cual Qualcomm se comprometía a hacer pagos substanciales a Apple a condición de que Apple usara exclusivamente Qualcomm chipsets en sus dispositivos iPhone e iPad. En el supuesto caso que Apple lanzara un dispositivo con el chipset de un competidor, Qualcomm dejaría de efectuar dichos pagos y además obligaría a Apple a devolver gran parte de los ya realizados.

La importancia de este acuerdo reside en que Apple es uno de los fabricantes más importantes del mercado. Por lo tanto, con contratos de exclusividad como este, Qualcomm se aseguraba de que a competidores como Intel se les denegase la posibilidad de poder utilizar sus propios chips en alguno de los productos de la empresa de Tim Cook. Esto significaba que ningún rival podría desafiar efectivamente a Qualcomm en este mercado, sin importar lo buenos que fueran sus productos. De acuerdo a la Comisión, el comportamiento de Qualcomm les negó a los consumidores y otras compañías más opciones e innovación, y esto en un sector con una gran demanda y potencial para tecnologías innovadoras. Esto es ilegal según las normas *antitrust* de la UE.

Según la Comisión Europea, el acuerdo con Apple se extendió hasta 2016 y permitió a Qualcomm excluir a la competencia del mercado durante más de cinco años consolidando así su dominio. En concreto, la Comisión considera que empresas rivales de Qualcomm fueron privadas de la posibilidad de competir de manera efectiva por el negocio de Apple, sin importar lo buenos que fueran sus productos. Este argumento encuentra su sustento en los documentos aportados por Apple, a través de los cuales se comprueba que la empresa estuvo pensando muy seriamente cambiar de proveedor y apostar por Intel, pero que el acuerdo de exclusividad con Qualcomm fue un factor importante por el que finalmente decidieron no hacerlo. La Comisión concluye que el acuerdo de exclusividad con un Apple tuvo un impacto perjudicial significativo en la competencia y ha privado a los consumidores y a otras empresas de más posibilidades de elección e innovación.

Adicionalmente, el 18 de julio de 2019, la Comisión Europea multó a Qualcomm con €242 millones por incurrir en precios predatorios en el mercado de *chipsets* de banda base 3G, un componente que permite que los *smartphones* y *tablets* se conecten a redes móviles para transmisiones de voz y datos. Este suceso fue investigado debido a que Icera, el principal competidor de Qualcomm, los denunciara en abril de 2010.

Según la decisión de la Comisión Europea, entre el 2009 y el 2011 Qualcomm poseía un 60 % de cuota del mercado en el mercado de *chipsets* de banda base 3G, que está caracterizado por unas barreras de entrada muy elevadas debido a, por un lado, la considerable inversión en I+D

necesaria para diseñar los *chipsets* y, por otro lado, a que Qualcomm era titular de varios derechos de propiedad intelectual.

En este contexto, según la Comisión Europea, entre el 2009 y el 2011, Qualcomm abusó de su posición dominante vendiendo *chipsets* de banda base 3G por debajo de sus costes totales de producción a Huawei y ZTE, dado que los precios que cobraba a sus clientes no le permitían cubrir los gastos necesarios para desarrollar y fabricar los *chipsets*. Según la Comisión Europea, esta práctica abusiva permitió que los ingresos de Qualcomm casi no se viesen afectados, mientras maximizaban el impacto negativo en el negocio de Icera. Como resultado, se le impuso a Qualcomm una multa que representaba el 1.27 % de su facturación.

Finalmente, es importante mencionar que esta sanción ha dado lugar a la primera decisión por precios predatorios desde el 2003, cuando la Comisión Europea decidió imponer una multa de 10,35 millones a Wanadoo, filial de France Télécom, por comercializar sus servicios ADSL al público a precios inferiores a sus costes medio.

#### **d) Caso Google: Preinstalación de Google en los Dispositivos Android.**

El 18 de julio de 2018, la Comisión Europea impuso una multa récord de 4,340 millones de euros a Google por abusar de su posición de dominio en el mercado general de búsqueda en Internet al imponer restricciones ilegales a los fabricantes de dispositivos que usan el sistema Android y a operadores de redes móviles, incentivando el uso de sus propios servicios.

La Comisión Europea ha concluido que Google exigió a los fabricantes la preinstalación de *Google Search* y su navegador Chrome, como condición para obtener la licencia de *Google Play Store*. De acuerdo con la decisión, Google también impedía a aquellos fabricantes que deseaban preinstalar aplicaciones de Google, vender dispositivos con versiones modificadas de Android, no aprobadas por Google. Finalmente, la Comisión Europea afirma que Google realizó algunos pagos a ciertos fabricantes a condición de que preinstalaran exclusivamente la aplicación de búsqueda (*Google Search*) de Google.

El ente europeo señala que el comportamiento de Google ayudó a reforzar su posición en el mercado de los motores de búsqueda desincentivando la preinstalación de motores de búsqueda de otros competidores por parte de los fabricantes de teléfonos. El comportamiento de Google ha provocado la salida de los competidores de Google del mercado de navegadores en dispositivos móviles, obstaculizando la innovación y negando a los consumidores los beneficios de una competencia efectiva.

Durante la investigación, Google argumentó que la Comisión Europea no había tenido en consideración la existencia del sistema operativo iOS de Apple, su principal competidor. Además, señaló que los fabricantes no están obligados a preinstalar ninguna aplicación de Google y que las aplicaciones ofrecidas por Google pueden, en cualquier caso, ser borradas por los clientes en todo momento. Google también hizo hincapié en que, desde su aparición en 2007, el sistema operativo de Android ha sido ampliamente utilizado por los fabricantes para confeccionar mejores teléfonos y más baratos. Finalmente, Google subrayó que las aplicaciones preinstaladas ofrecen una gran variedad de opciones para los usuarios.

Cabe señalar que esta sentencia fue duramente criticada por expertos en la materia. Al respecto, el jurista Diez Estella en una Columna en el portal El Español señala lo siguiente<sup>48</sup>:

*"En primer lugar, se precisa recordar que estamos en unos mercados y sectores económicos en los que las empresas que operan han desarrollado modelos de negocio radicalmente distintos a los que tradicionalmente han examinado las autoridades de competencia.*

*El uso intensivo de las TIC (tecnologías de la información y de la comunicación), la llamada web-based economy, el desarrollo de aplicaciones para móviles y tabletas, todo el fenómeno de la economía colaborativa y las plataformas digitales conforman una realidad empresarial a la que hay que aproximarse con cautela.*

*Antes del ecosistema Android el mercado estaba segmentado, y empresas como BlackBerry, Nokia, Ericsson o Motorola hacían lo que podían, por separado, añadiendo funcionalidades a sus teléfonos. A diferencia de otros sistemas operativos cerrados como BlackBerry, el iOS de Apple o el Windows Mobile de Microsoft, Android es un sistema abierto, que permite al resto de operadores de mercado modificarlo a su antojo y desarrollar todas las aplicaciones que quieran sobre él.*

*A diferencia de otros sistemas operativos, Android es un sistema abierto, que permite al resto de operadores de mercado modificarlo a su antojo. Ha supuesto un motor y un estímulo para la innovación de software y hardware en dispositivos móviles, y permitido gratuitamente a cientos de fabricantes grandes y pequeños crear todo tipo de smartphones y tabletas que se benefician de este producto de Google. ¿Qué hay de malo en esto?*

*En segundo lugar, las herramientas antitrust empleadas clásicamente para definir mercados relevantes, determinar la existencia de una posición dominante, y evaluar los efectos restrictivos de una determinada práctica empresarial no sirven para estos sofisticados e innovadores mercados: no parece acertado –como hace la Comisión Europea– aplicar, sin más, la batería de herramientas analíticas habituales, porque se llega a conclusiones erróneas.*

*Android opera sobre las denominadas 'plataformas de dos lados', un nuevo modelo de negocio que escapa al análisis económico tradicional, caracterizado por siete rasgos distintivos: innovación, elevados costes fijos y coste variable marginal reducido, no existencia de costes de cambio (switching costs), y por tanto no efecto 'cautivo' (lock-in), efectos de red, economías de escala y la interoperabilidad.*

*Android opera sobre las denominadas 'plataformas de dos lados', un nuevo modelo de negocio que escapa al análisis económico tradicional.*

<sup>48</sup> DIEZ ESTELLA, Fernando. Comisión Europea, Android y Google: ¿el bueno, el feo y el malo? Recuperado de: [https://www.elespanol.com/opinion/tribunas/20180828/comision-europea-android-google-bueno-feo-malo/333586641\\_12.html](https://www.elespanol.com/opinion/tribunas/20180828/comision-europea-android-google-bueno-feo-malo/333586641_12.html)



*A pesar de que la Comisión continuamente invoca como precedente aplicable a Google el caso Microsoft, es evidente que quien piense que cambiar del sistema operativo (SO) Windows al Linux cuesta lo mismo que instalar o desinstalar una app, o que la vinculación del Explorer al SO Windows es la misma que la preinstalación de Google Maps en un dispositivo Android, o no ha manejado un PC o no tiene un Smartphone.*

*Lo que en el caso de Microsoft era una evidente barrera de entrada, en el caso de Android es una externalidad positiva, que además funciona tanto para desarrolladores como para usuarios.*

*No sorprende por ello que lo usen más de mil millones de dispositivos en todo el mundo, y alcance elevadas cuotas de mercado. ¿Es esto contrario al derecho? ¿Vamos a penalizar tener éxito? Lo objetable para la normativa antitrust no es el tamaño, ni la popularidad, sino el cierre de mercado (foreclosure), todo lo contrario a lo que Android está consiguiendo.*

*En tercer y último lugar, la finalidad que persigue esta rama del ordenamiento es la protección del mercado, en defensa de los consumidores, de su libertad de elección, su bienestar, y que accedan al mejor precio posible a los servicios y productos de mayor calidad.*

*Y si de algo sabe Android es de facilitar la elección a los consumidores, ya que Google permite instalar cualquier tipo de aplicación (también las de compañías rivales, se calcula que se ha llegado a la cifra de 2.000 millones de estas descargas), es válido para todo tipo de teléfonos y tabletas, ha conseguido bajar el precio de los móviles a niveles que permiten acceder a ellos a un mayor número de consumidores, y a que Internet llegue hoy a millones de personas en todo el mundo.*

*Una vez más, ¿qué hay de reprochable aquí? La CE tendría que hacerse esta pregunta antes de condenar esta práctica como anticompetitiva. Naturalmente que Google puede obligar a unos mínimos requisitos para garantizar su estabilidad y buen funcionamiento, evitando la fragmentación. Es lo que garantiza al consumidor que ha decidido usar este sistema operativo una adecuada calidad.*

*Y que necesite un retorno económico a las ingentes cantidades invertidas en I+D, y quiera por tanto rentabilizar su producto, a través de otras funcionalidades y servicios. O que exija a los fabricantes que pre-instalen las aplicaciones de Google Search o Chrome, ya las quitarán si quieren, o es que, ¿cree la CE que es razonable exigir a una empresa que no promoció sus propios productos sino los de la competencia?"*

Asimismo, el presidente de *Developers Alliance* argumentó recientemente a favor de los ecosistemas de dispositivos móviles actuales, en una carta dirigida a la Comisión Europea donde, expresó su preocupación porque esto puede conllevar al aumento de los costes para muchos fabricantes y reducir las opciones para los consumidores sin aumentar el tamaño del mercado.

### e) Caso Google AdSense.

El 20 de marzo la Comisión Europea sancionó nuevamente a Google con una multa de 1,490 millones de euros por abusar de su posición de dominio en el mercado de la publicidad en línea a través de su servicio *AdSense for Search*. Cabe señalar que, *AdSense for Search* funciona como plataforma y proporciona anuncios de búsqueda a los propietarios de sitios web editores. Google actúa como intermediario entre los anunciantes y los propietarios de sitios web que quieren incluir anuncios para rentabilizar su espacio en los resultados de búsqueda<sup>49</sup>.

La investigación se inició de oficio en 2010 después de recibir múltiples denuncias por parte de plataformas competidoras. Según la Comisión Europea, desde 2006 hasta 2016, *AdSense* ha sido el operador más fuerte en la intermediación de publicidad en la búsqueda en línea, ostentando una cuota de mercado superior al 85% en el Espacio Económico Europeo durante la mayor parte de este periodo.

La Comisión Europea considera que Google ha llevado a cabo prácticas restrictivas de la competencia a través de acuerdos negociados individualmente con los editores web más importantes desde el punto de vista comercial. Google impuso primero una obligación de suministro en exclusiva y posteriormente una exclusividad más laxa, que denominaba "relajada".

En concreto, tras revisar los acuerdos de Google con sus clientes, la Comisión ha constatado lo siguiente:

- Google incluyó cláusulas de exclusividad en sus contratos a partir de 2006, prohibiendo a los editores colocar anuncios de búsqueda.
- A partir de 2009, Google sustituyó estas cláusulas de exclusividad progresivamente por cláusulas "*Premium Placement*", exigiendo a los editores que reservaran el espacio más rentable de sus páginas de resultados de búsquedas a los anuncios de Google y pidieran un número mínimo de anuncios de Google.
- Google también incluyó cláusulas por las que se obligaba a los editores a solicitar la aprobación escrita de Google antes de introducir cambios en la forma de mostrar cualquier publicidad de la competencia. Así, Google podía controlar la capacidad de atracción de los anuncios de búsqueda de los competidores y, por tanto, las posibilidades de hacer clic en ellos.

Según la Comisión Europea, estas condiciones no permitían a los rivales competir por sus propios méritos en el mercado, bien porque había la prohibición de aparecer en sitios webs de rivales o bien porque Google tenía reservado el espacio comercial más valioso.

<sup>49</sup> PRAT Mireia y CANDEL Joaquim. "Google AdSense: Multa de 1.490m€ por Abuso De Dominio en Publicidad en Línea". Recuperado de: <https://blog.cuatrecasas.com/competencia/google-adsense-multa-1490-abuso-dominio-publicidad>

### **f) Caso Facebook y el Big Data.**

Los datos son considerados el petróleo de la economía y las plataformas digitales consolidan su posición de dominio al recolectar y procesar cantidades inmensas de información, lo que se conoce como "Big Data". En otras palabras, el "Big Data" es el conjunto de tecnologías que permiten tratar cantidades masivas de datos personales provenientes de distintas fuentes a través del uso de algoritmos, con el objetivo de poder otorgarles una utilidad que proporcione valor. Es decir, el Big Data permite procesar datos cuyo tamaño (volumen), complejidad (variabilidad) y velocidad de crecimiento (velocidad) dificultan su captura, gestión, procesamiento o análisis por parte de tecnologías y herramientas convencionales.

Es innegable que el Big Data y los nuevos modelos de negocio que derivan a partir de ella traen innumerables beneficios a la economía y al bienestar de los usuarios. Así, una herramienta como el motor de búsqueda de Google nos permite acceder a un vasto océano de información en cuestión de segundos; redes sociales como Facebook o LinkedIn nos permiten estar conectados y recibir información en tiempo real de miles de personas alrededor del mundo; y, plataformas de mercado como Amazon o Ebay nos permiten conocer información sobre vendedores y sus ofertas, así como a recibir los productos en nuestra puerta sin siquiera salir de casa. No obstante, este nuevo escenario trae también desafíos al derecho de la competencia en la medida que estas empresas data-driven, que gestionan Big Data, pueden incurrir en un abuso de posición de dominio<sup>50</sup>.

En febrero del año 2019, en decisión sin precedentes, el Bundeskartellamt, la agencia de competencia alemana, halló responsable a Facebook por abuso de posición de dominio por la colección y procesamiento de la data de sus usuarios. En específico, Facebook informaba en sus términos y condiciones de uso que la data de los usuarios sería también recolectada y procesada a través de *third-parties* o terceros (otras *websites* distintas a facebook) y combinada o fusionada con la data del perfil o cuenta del usuario. Estos terceros serían las plataformas propiedad de Facebook (Instagram y Whatsapp) así como un sinnúmero de otras páginas web y apps que contenían las herramientas llamadas "Facebook Business Tools" (botón "Like" o "Log in"). Cabe agregar que Facebook accedía a la data de los usuarios desde el primer momento en que este ingresaba al sitio web sin ser necesario que el usuario presionara uno de los referidos botones e incluso si hubiere bloqueado los *third-party trackers* en su dispositivo<sup>51</sup>.

En efecto, en esta "disruptiva" decisión, la autoridad alemana de competencia ha considerado acreditado que la popular red social usaba sus servicios filiales (las plataformas de mensajería, *WhatsApp*, y de compartir fotografías, *Instagram*) para recabar datos de sus usuarios, incluso a través de los clásicos botones de "me gusta" o "compartir" que sin necesidad de que sus usuarios hicieran click cuando visitaban páginas web de terceras empresas, transmitían información, a través del servicio "*Facebook Analytics*", y todos estos datos eran empleados con fines comerciales y a efectos de publicidad selectiva.

---

<sup>50</sup> ZUÑIGA DÍAZ, Giuliana. "Big Data y los desafíos que plantea al Abuso de Posición de Dominio". Revista de Actualidad Mercantil N° 6, Lima, 2019. p.209.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

La particularidad de este asunto es que representa una notable expansión de concepto clásico de dominancia, en cuanto a que el *Bundeskartellamt* -que, recordemos, no es una agencia reguladora de protección de datos, como en España puede ser la Agencia Española de Protección de Datos Personales- considera que la tenencia y empleo de datos personales de los usuarios es un elemento determinante para considerar que se detenta poder de mercado, en un ecosistema digital<sup>52</sup>.

A raíz de lo mencionado anteriormente, resulta válido preguntarnos si en el nuevo contexto digital la Big Data puede ser también considerada como un indicador de posición de dominio o poder de mercado. En primer lugar, es preciso indicar que el hecho de que una empresa gestione Big Data y servicios data-driven no significa en modo alguno que tenga *per se* posición de dominio o poder de mercado. No obstante, en nuestra opinión ello puede ser un importante indicador a tomar en cuenta para dicho análisis. Así, la Organización para el Desarrollo Económico- OCDE - ha señalado que la recolección y procesamiento masivo de datos puede favorecer el establecimiento de una posición dominante en unas pocas plataformas y llevar a un escenario de *winner takes it all* en que las firmas compiten *por* el mercado en lugar de *en* el mercado. Además, debemos tener en cuenta que la realidad es ilustrativa y evidente al mostrar cómo empresas que gestionan Big Data suelen concentrar un importante poder de mercado; así, por ejemplo, Google en el mercado de motores de búsqueda o Facebook en el mercado de redes sociales<sup>53</sup>.

Esta decisión, -al margen de las inquietudes que el uso de Big Data pudiera generar en lo concerniente a la legislación de protección de datos personales- genera hacerse la pregunta de cuándo el uso de esta tecnología puede constituirse como una conducta anticompetitiva. Al respecto, las Autoridades de Competencia francesa y alemana realizaron un análisis de los datos desde la óptica de competencia, abordando tres aspectos fundamentales<sup>54</sup>:

- (i) **La recolección de datos como una potencial barrera de entrada:** En ámbitos económicos donde los datos son determinantes (como los motores de búsqueda o las redes sociales) el primer operador en adquirir una posición preponderante absorbe muchos datos de sus usuarios que puede no compartir con terceros.

Esto se consigue ofreciendo servicios atractivos “gratuitos” a los consumidores, quienes a su vez aportan unos datos al operador que este puede explotar comercialmente. Los consumidores pueden beneficiarse de la mayor eficiencia y calidad de los servicios que se diseñan gracias a estos datos, aunque también pueden verse perjudicados si no se genera la suficiente competencia con otros operadores.

- (ii) **Los datos incrementan la transparencia en el mercado:** Por un lado, hay más información para que el consumidor tome la decisión óptima (mediante comparadores de precios o tiendas on-line) y para que competidores potenciales puedan explorar nuevas formas de negocio. Por otro lado, puede facilitar la colusión (tácita o explícita), pues los operadores tienen más información sobre cómo funciona el mercado y pueden coordinarse mediante los algoritmos de determinación de precios.

<sup>52</sup> DÍEZ ESTELLA, Fernando. La aplicación del Derecho de Competencia en la Era Digital. Recuperado de: <http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones>

<sup>53</sup> ZUÑIGA DÍAZ, Giuliana. Op. Cit. p. 215.

<sup>54</sup> RUBIO, José e HINOJO, Pedro. “La Política de Competencia y el Big Data (una visión alemana y francesa). Recuperado de: <https://blog.cnmec.es/2016/08/18/competencia-y-big-data/>

Asimismo, el uso del “Big Data” puede llevar a una compañía que cuenta con poder de mercado a fijar precios discriminatorios, toda vez que le da la posibilidad de determinar cuánto está dispuesto a pagar cada cliente según la información derivada de las consultas de los usuarios. De otra parte, el uso de esta tecnología puede generar un efecto “bola de nieve”, por cuanto quienes cuentan con un mayor volumen de información van a tener cada vez más clientes, lo que, a su vez, les permite consolidar su posición de dominio en el mercado y recolectar más y más datos.

- (iii) **Los modelos de negocio basados en datos pueden afectar al análisis de los casos de competencia.** Por ejemplo, en el ámbito de las concentraciones, puede ser necesario prestar más atención a las fusiones entre empresas que aparentemente son de distintos sectores pero que, entre ambas, han acumulado muchos datos de diverso tipo.

En lo que respecta a las conductas, las cuestiones más relevantes pueden ser el acceso desigual o restringido a los datos y la posible discriminación de precios (que puede resultar en mayores precios para el consumidor o en mejores ofertas, de nuevo con un efecto ambiguo). Finalmente, está la relación entre la privacidad de los datos y la normativa de competencia (cuestión que está en relación con la ya referida investigación del *Bundeskartellamt* a Facebook) si, por ejemplo, se interpreta el deterioro de la privacidad del consumidor como una menor calidad.

No cabe duda que las transacciones digitales conllevan que gran cantidad de información que incluyen datos personales y que a través del Big Data, las empresas pueden conocer de manera detallada a los consumidores, sus gustos, sus necesidades, su capacidad y, sobre todo y más importante, su disposición de pago por un bien o servicio. Esto conlleva a que exista una mayor asimetría informativa entre el proveedor y el consumidor.

¿Por qué Microsoft pagaría \$ 26 billones para adquirir LinkedIn, una empresa cuyo valor de ventas e ingresos anuales no superaba los \$3 billones? La respuesta se encontraría en el valor actual y potencial que tiene la Big Data para el desarrollo de nuevos modelos de negocio y tecnologías. Este no es un hecho aislado, sino una tendencia a nivel internacional en el nuevo escenario digital. Así, en recientes concentraciones empresariales como Facebook/Whatsapp, Apple/Shazam y Microsoft/LinkedIn, agencias de competencia han analizado si la combinación de sets de Big Data de distintas empresas en un solo agente económico puede significar un riesgo al proceso competitivo.

En nuestro país, con la reciente publicación de la Ley del control previo de concentraciones empresariales, el INDECOPI tendrá competencia para evaluar si una adquisición, fusión o joint venture puede poner en riesgo o restringir significativamente la competencia<sup>55</sup>.

En efecto, la Comisión Europea ha considerado que la combinación de data de dos firmas independientes en un solo agente económico, producto de una concentración empresarial, puede restringir significativamente la competencia en tanto esta puede incrementar su poder de mercado y crear barreras de entrada y/o expansión a competidores actuales o potenciales que necesitan de esta data para operar en el mercado. Este escenario fue analizado por la Comisión

---

<sup>55</sup> ZUÑIGA DÍAZ, Giuliana. Algunos apuntes sobre el rol de la Big Data en las concentraciones empresariales. Recuperado de: <https://www.parthenon.pe/columnas/el-derecho-y-las-nuevas-tecnologias/algunos-apuntes-sobre-el-rol-de-la-big-data-en-las-concentraciones-empresariales/>

Europea en casos como Facebook/Whatsapp, Apple/Shazam y Microsoft/Linkedin, por citar los más recientes.

En la adquisición Facebook/Whatsapp, la Comisión Europea analizó si con la combinación de la Big Data de estas dos empresas, Facebook podría fortalecer desmedidamente su posición de dominio en el mercado de publicidad online personalizada. Recordemos que Facebook es un proveedor de publicidad online personalizada en la medida que se basa en la recolección y análisis de data de los usuarios en su plataforma (mediante *likes*, posts, comentarios, etc) para identificar patrones y preferencias de sus usuarios y en base a ello ofrecer a los anunciantes espacios en su plataforma. No es casualidad que cuando damos "like" o comentamos páginas de vacaciones en Facebook, nos aparezca al poco tiempo publicidad sobre vuelos, maletas y destinos de viaje<sup>56</sup>.

Teniendo en cuenta que muchos usuarios de Facebook también lo son de Whatsapp, una de las principales preocupaciones de la Comisión Europea era que Facebook pudiera utilizar los datos de los usuarios de Whatsapp para combinarlos con la data del perfil de los usuarios de su propia plataforma y, de este modo, fortalecer su posición de dominio al contar con un set de data muchos más grande, diverso y exclusivo que le brindara una ventaja única en el mercado de publicidad online personalizada, imposible de replicar por sus competidores, creando barreras de entrada y expansión.

No obstante, en su decisión, la Comisión concluyó que la adquisición de Whatsapp por parte de Facebook no significaba una afectación a la competencia en el mercado de publicidad online personalizada pues, además de Facebook, existen en el mercado un gran número de participantes que coleccionan y analizan grandes cantidades de data que es igual de valiosa para brindar dicho servicio y competir efectivamente, tales como: Apple, Amazon, eBay, Microsoft, Twitter; y en particular, Google que según estimaciones de la Comisión tenía una cuota de 33% de la data online disponible superando por mucho a Facebook<sup>57</sup>.

La Comisión Europea tuvo un razonamiento similar cuando Apple adquirió Shazam. Apple opera "Apple Music", el segundo servicio *streaming* de música más importante en Europa luego de Spotify. Por su parte, Shazam es una *app* líder en reconocimiento musical en Europa y a nivel mundial que tiene estadísticas musicales y preferencias de sus usuarios. La Comisión decidió iniciar una investigación a profundidad de este caso en tanto le preocupaba que, mediante la adquisición de Shazam, Apple podría tener acceso a las preferencias y estadísticas musicales de los usuarios de la competencia que usaran Shazam, lo que le daría una ventaja competitiva única e imposible de replicar<sup>58</sup>. Sin embargo, la Comisión determinó en su decisión final que la combinación de data Apple y Shazam no otorgaba una ventaja única a Apple que fuera imposible de replicar económica o técnicamente por los competidores de Apple en el mercado de *streaming* musical ya que estos podrían obtener data similar sobre estadísticas musicales a través de otras apps de Android, foros de preferencias musicales, entre otros.

Finalmente, en la adquisición de LinkedIn por parte de Microsoft, la principal preocupación era que mediante el acceso exclusivo a la data de LinkedIn, Microsoft podría fortalecer su posición de dominio y crear barreras de entrada en el mercado de "Soluciones de software CMR" las cuales son soluciones que organizan y sincronizan la data de distintas fuentes como las bases de datos de clientes, ventas, etc, de un modo amigable para que las empresas puedan manejar

---

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

mejor la interacción con sus consumidores y en el que Microsoft participa con su solución "Microsoft Dynamics". No obstante, la Comisión consideró que el desarrollo de las soluciones CMR requerían el acceso a múltiples fuentes de data para ser eficientes y que LinkedIn era solo una más de estas que, si bien era relevante, no era esencial o necesaria. En tal sentido, una estrategia anticompetitiva por parte de Microsoft, que buscara restringir el acceso a la data de LinkedIn, no tendría éxito en tener efectos exclusorios o barreras de entrada y/o expansión a sus competidores en el mercado de soluciones CMR pues estos podrían competir activamente en este mercado e innovar en base a otras múltiples fuentes de data que estaban disponibles.

De este modo, de la jurisprudencia revisada, para que una concentración *data-driven* o impulsada por datos genere efectos exclusorios o barreras de entrada, la data combinada producto de la concentración debe ser esencial para brindar un servicio o producto en determinado mercado, y técnica o económicamente imposible de replicar por sus competidores.

Por otro lado, la tecnología permite a las empresas poder controlar a su competencia a través de algoritmos. A través de la programación de un algoritmo, las empresas tienen la capacidad de conocer el momento exacto en que un competidor cambia sus precios en el mercado digital o lanzan ofertas, básicamente cualquier decisión de un competidor en el mercado es inmediatamente conocida por sus competidores, lo que permite la reacción casi momentánea de los demás agentes de mercado. Esto podría conllevar a una colusión tácita que termine afectando al consumidor.

## **VI. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE COMPETENCIA EN EL SECTOR TECNOLÓGICO: ¿VIEJAS REGLAS PARA NUEVOS MERCADOS?**

Las peculiares características que tiene el sector tecnológico hacen que la aplicación del Derecho de la Competencia sea particularmente compleja por las siguientes razones:

1. Resulta eficiente que solo existan pocas empresas, pues es así que realmente le dan un verdadero valor a los consumidores. ¿Los efectos de red realmente son un factor para tomar en consideración, para efectos de determinar si existe o no una posición de dominio? ¿No es acaso este factor el que favorece a miles de usuarios? El "*network effect*" justamente se crea porque la plataforma ha sido capaz de crear valor tanto a la oferta como a la demanda, creando con ello un mercado más eficiente al que existía antes de la aparición de dicha plataforma. Así, en el caso de los motores de búsqueda, los anunciantes no solo pagan por la mera colocación del anuncio, sino también por la atención de los internautas (y, en cierta medida, por la información acerca de sus preferencias). A medida que el número de usuarios se incrementa, aumenta el interés de los anunciantes dispuestos a pujar por asociar resultados patrocinados a determinadas palabras claves incluidas en las consultas de búsqueda. A su vez, los internautas obtienen, además de un servicio gratuito, resultados más relevantes en sus búsquedas y nuevas funcionalidades, gracias a la mejor información de que dispone la plataforma y a la reinversión de los mayores ingresos que esta percibe de los anunciantes. De esta forma, las plataformas digitales como *Google Search* minimizan los costes de transacción para los diversos grupos de usuarios que interactúan a través de ellas aplicando una estructura



de precios que tiene en cuenta, simultáneamente, los costes y los beneficios de todos los grupos de usuarios participantes en el esquema<sup>59</sup>.

No cabe duda que Google goza de los efectos de red; sin embargo, cabe cuestionarse si ello necesariamente implica que esta sea la razón por la que cuenta con una posición de dominio. Para empezar, incluso una empresa cuya cuota de mercado sea de 100% (un monopolio en el sentido coloquial del término) no es un factor relevante para determinar la existencia de una posición de dominio, pues puede encontrarse en un mercado "contestable". Según la "teoría de los mercados contestables" cualquier aumento del precio sobre el costo marginal es una "irresistible oportunidad de entrada" al mercado para otras empresas. Estas empresas son competencia potencial que debe ser tomada en cuenta al analizar la posición de dominio de nuestro supuesto monopolista<sup>60</sup>.

Las características propias del ecosistema digital cuestionan la concepción tradicional de los efectos indirectos de red propia del mundo analógico. Entre tales elementos destaca la volatilidad de las posiciones de mercado en entornos caracterizados por la rápida difusión tecnológica, de la que ya se han hecho eco en el ámbito del control de concentraciones tanto el Tribunal General (vid. la sentencia del Tribunal General, de 11 de diciembre de 2013, en el asunto T-79/12 Cisco Systems y Messagenet contra Comisión) como la Comisión Europea (vid. la decisión de la Comisión, de 3 de octubre de 2014, en el asunto M.7217 Facebook/ WhatsApp). En otras palabras, en los mercados contestables, es decir, en aquellos mercados altamente concentrados (como es necesariamente el caso de aquellos caracterizados por la presencia de efectos de red) en los que la salida y la entrada de participantes se producen a un coste muy reducido, el poder de mercado de los operadores se ve constreñido hasta tal punto que el efecto sobre el bienestar es similar al que se produciría en un escenario de competencia perfecta<sup>61</sup>.

En efecto, si bien existe evidencia que los efectos de red crean barreras de entrada para los competidores, esto no quiere decir que la plataforma digital no se encuentre compitiendo de forma feroz, lo que implica que un potencial competidor puede desplazar a una plataforma que goza de los efectos de red. Los usuarios se desplazarán de una plataforma a otra cuando la otra les ofrezca un valor superior. Un ejemplo claro es que la red social MySpace, la cual tenía una masa crítica fue desplazada por Facebook. Es por esta razón que las plataformas digitales deben pensar constantemente en el bienestar del consumidor.

Otro tema que se debe tener en cuenta es que, las plataformas digitales que logran este efecto red, por lo general han invertido muchos recursos para crear valor tanto para la oferta como para la demanda. Para ello han debido de otorgarle muchos beneficios a sus usuarios, de lo contrario, no se hubiese logrado alcanzar ese "círculo virtuoso". El

<sup>59</sup> SOLANO DÍAZ, Pablo. La Decisión de la Comisión Europea en el Asunto Google Search. La última frontera del Derecho de Competencia. EN: Actualidad Jurídica Uría Menéndez / ISSN: 2174-0828 / 46-2017 / 96-103.

<sup>60</sup> ZUÑIGA PALOMINO, Mario. "Europa, ¡deja en paz a Google! Libre competencia, motores de búsqueda y sistemas operativos" Recuperado de: <https://mariozuniga.org/2016/05/25/europa-deja-en-paz-a-google-libre-competencia-motores-de-busqueda-y-sistemas-operativos/>

<sup>61</sup> SOLANO DÍAZ, Pablo. Op.Cit, p. 98.

aprovechamiento de este efecto de red no necesariamente implica un abuso de posición de dominio. Recordemos que el concepto de libre competencia lleva de forma intrínseca el concepto de daño concurrencial, es decir, la posibilidad que mientras se compete en aras de beneficiar a los consumidores, existe la posibilidad que esta actividad dañe a los competidores, pues el éxito de una implica la pérdida de la cuota de mercado de otra, e incluso una eventual salida del mercado.

2. Es un mercado que se encuentra en constante evolución y cambio, en donde, de un momento a otro, surgen tecnologías novedosas que hacen obsoletas las tecnologías de otros, en donde aparecen modelos disruptivos que agregan valor, por lo que distinguir entre comportamientos "pro-competitivos" y "anticompetitivos" muchas veces resulta una diferencia muy tenue.
3. Resulta bastante complejo saber si una conducta está beneficiando o no a un consumidor, debido a la inmensa asimetría de información que las empresas tecnológicas tienen frente a sus clientes, debido al *Big Data*. El hecho de que el consumidor no tenga que pagar con dinero para acceder a un determinado servicio, no significa que verdaderamente esto sea gratis. "Cuando un producto/servicio es gratis significa que el producto eres tú".

Existe una corriente que tilda a las redes sociales de nocivas por distintas maneras. Jaron Lanier, en el documental de Netflix denominado *El Dilema de las Redes Sociales*, señala que "cada vez que dos personas se conectan, la única manera de financiarlo es a través de un tercero infiltrado que paga para manipular a esas personas". Shoshana Zuboff agrega que las redes sociales tienen el poder de "afectar la conducta y las emociones del mundo real a nivel mundial sin despertar la consciencia del usuario. Ellos no tienen idea de lo que ocurre". De igual modo, Tristan Harris argumenta que "las redes sociales quieren ir al fondo del cerebro para implantar dentro del usuario un hábito inconsciente en un nivel más profundo. Entonces el usuario está siendo programado en un nivel profundo y no es consciente de ello". Estos argumentos hacen que uno se cuestione hasta qué punto es realmente beneficioso aquello que a uno le gusta y lo utiliza día a día. ¿Podría calificar esta manipulación como un abuso de posición de dominio?

Sin embargo, hay quienes argumentan que este tipo de empresas realmente benefician a los consumidores y es por ello que los prefieren. En varias ocasiones hemos visto cómo la Comisión Europea afirma que Google limita las opciones de los consumidores. No obstante las sanciones, los consumidores siguen utilizando Google. ¿Por qué? La Comisión debería cuestionarse por qué es que los usuarios de Google prefieren a esta empresa y por qué los usuarios de Facebook también la prefieren.

¿Por qué es que Google tiene posición de dominio que se mantiene invariable desde el 2008 en un escenario de cambio sin costes? ¿Por qué es que los usuarios siguen utilizando Google si otros buscadores se encuentran a un "click" de distancia? ¿Por qué los usuarios prefieren hacer sus compras en internet a través de Amazon? ¿Por qué los usuarios utilizan Facebook e Instagram? En un escenario de cambio sin costes, la fidelidad de los internautas hacia estas empresas tecnológicas obedece bien sea a la inercia de los usuarios o bien que no exista un buen sustituto con un desempeño comparable.

Tomando en consideración que la gran mayoría de los usuarios son "razonables", el crecimiento o la estabilidad de estas empresas tecnológicas sería precisamente un argumento a favor de que compiten sobre la base de los méritos. Caso contrario, entraría otro competidor que las desplace.

4. Tanto en el caso de Google como en el de Microsoft pareciera que la Comisión Europea estuviera pidiendo a estas empresas, favorecer a sus competidores en desmedro de sus propios productos. Si bien este tipo de empresas ostentan una posición de dominio, esto no significa que por su tamaño tenga el deber positivo de ayudar a sus rivales a competir. ¿No es natural que Google utiliza sus propias plataformas para promocionar sus productos? ¿Es el autofavorecimiento una práctica que genera un efecto anticompetitivo de exclusión? En última instancia, si se protegiera a los rivales frente a cualquier desventaja competitiva en la que se pudieran ver respecto de la empresa dominante, podría obstaculizarse el propio proceso competitivo al negarse a esta última la facultad de explotar sus ventajas competitivas, es decir, de competir sobre la base de sus propios méritos con el fin último de desplazar, o incluso excluir, a sus competidores<sup>62</sup>.

## VII. CONCLUSIONES.

A modo de conclusión, consideramos que el sector tecnológico es un entorno caracterizado por la rápida expansión tecnológica. Se encuentra caracterizado por el *network effect*, que puede actuar como barrera de entrada o como catalizador de la expansión. También se distingue por los reducidos costes de cambio (la competencia está a un *click* de distancia). Esto sin duda hace que la competencia en esta industria sea un proceso dinámico en el que las posiciones de dominio deben defenderse mediante la innovación y calidad a fin de fidelizar al consumidor final.

Como consumidor puedo decir que gracias a las empresas tecnológicas han hecho que la vida sea más fácil. El ecosistema digital cuenta con múltiples facetas (internet, modelos de negocio que funcionan sobre plataformas digitales de dos o más lados, las redes sociales, el Big Data, las aplicaciones, etc.) que han permitido revolucionar por completo la forma clásica de actuar en el mercado, lo que ha conllevado a que se creen nuevos modelos empresariales, que son más eficientes que modelos anteriores ya sea en el aprovechamiento de los recursos, el ahorro de costes, la provisión de un mejor servicio para los consumidores.

Luego de haber analizado las diferentes sentencias es importante reflexionar sobre lo siguiente: A quien se le ha exigido competir, una vez que gana la competencia, no debe ser castigado por ello. De lo contrario, se desincentiva el mismo proceso competitivo. Pareciera que en muchos casos a estas grandes empresas se les busca sancionar por esa razón, sin interiorizar que las propias características de este mercado difieren de los mercados tradicionales.

---

<sup>62</sup> *Ibidem*, p.99



BAJO LA LUPA:  
**¿QUÉ TAN CIERTO ES QUE LAS  
CRIPTOMONEDAS SON PROPICIAS  
PARA EL LAVADO DE ACTIVOS?**

Autores:

**Adolfo Morán Caveró**  
**Beatriz Alexandra Aguedo Huiza**  
**Karen Vanessa Dávila Neyra**

---

# Bajo la lupa: ¿Qué tan cierto es que las criptomonedas son propicias para el lavado de activos?

ADOLFO MORÁN CAVERO<sup>1</sup>  
BEATRIZ ALEXANDRA AGUEDO HUIZA<sup>2</sup>  
KAREN VANESSA DÁVILA NEYRA<sup>3</sup>

## SUMARIO

- I. Introducción.
- II. ¿Por qué se asocia a las criptomonedas con el lavado de activos?
- III. GAFI y la prevención del lavado de activos.
- IV. El escenario actual de la prevención del LA/FT con relación a las criptomonedas.
- V. Conclusiones.
- VI. Referencias Bibliográficas.

## **I. INTRODUCCIÓN.**

El 2008 fue un año de varios acontecimientos importantes. Dos valen la pena recordar: la quiebra de Lehman Brothers y la publicación del *whitepaper* de Bitcoin. Mientras el sistema financiero mundial entraba a una de sus peores crisis, salía a la luz un nuevo sistema de transferencias de valor y pagos digitales.

---

<sup>1</sup> Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Co-fundador y Director Ejecutivo de la Asociación Lawgic Tec. Ha sido Editor General del blog The Crypto Legal. Actualmente, se desempeña como Consultor Legal en el área de Regulación Financiera & FinTech de EY Law (Ernst & Young). Especialista en temas de Regulación Financiera, FinTech, Blockchain y Criptomonedas.

<sup>2</sup> Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Candidata a magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Xi'An Jiaotong. Especialista certificada en Prevención de Lavado de Activos (ACAMS). Coordinadora del Círculo de Estudios Chinos sección Derecho del Instituto Confucio PUCP, miembro del Grupo de Investigación en Derecho Bancario y Financiero de la PUCP y Asociada de Lawgic Tec. Actualmente está especializándose en temas de Compliance, Gestión de Riesgos y Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.

<sup>3</sup> Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú se encuentra cursando la maestría en Política y Gestión Tributaria con mención en Auditoría Tributaria de la Facultad de Contabilidad en la Universidad Mayor de San Marcos. Asimismo, es directora de la Comisión de Relaciones Públicas y Marketing de la Asociación Lawgic Tec.



El creador de Bitcoin es –el todavía desconocido– Satoshi Nakamoto. Detrás del seudónimo, una persona o grupo de personas buscaron una alternativa al sistema financiero tradicional que fue duramente cuestionado en los años venideros.<sup>4</sup>

Bitcoin se ha abierto camino como una alternativa realmente viable, en donde no intervienen bancos ni otras entidades financieras. Tal ha sido el éxito de Bitcoin, que fue inspiración para que en los años que siguieron se fueran lanzando muchos más proyectos del mismo tipo (Ethereum, Litecoin, Dash, etc.). El factor común entre todos estos es que hacen uso de criptomonedas.<sup>5</sup>

Las criptomonedas o criptoactivos son las monedas o unidades de cambio en estos sistemas descentralizados. Cada uno hace uso de su propia criptomoneda para diversos fines.<sup>6</sup> Asimismo, tienen un valor cotizante en dólares estadounidenses y son conocidas por su volatilidad.

Efectivamente, entre los años 2010 y 2017, muchos inversionistas profesionales y no profesionales<sup>7</sup> hicieron grandes sumas de dinero gracias a las criptomonedas. La estrategia era simple: comprar mucho y barato para luego venderlos cuando su valor aumente considerablemente.<sup>8</sup> Esta simple estrategia volvió a muchos en millonarios de “la noche a la mañana”.<sup>9</sup>

Sin embargo, las criptomonedas como los bitcoins no solo sirven para especular y generar ganancias, sino que sirven también para transferir fondos de un lugar a otro, sea a escala nacional o internacional. Lo mejor de todo, no necesitas identificarte ni pasar por el sistema financiero para efectuar dicha transferencia. Todo ocurre en el mundo virtual.

El anonimato (o seudonimato) y la falta de supervisión de estas redes de transferencias y pagos ha significado que se asocie –casi naturalmente– el uso de criptomonedas a actividades ilícitas, como el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo (LA/FT). Tanto es así, que el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), que es la institución internacional que vela por la prevención del LA/FT a nivel mundial, ha instado a que los gobiernos elaboren políticas y normas que tengan por finalidad regular las operaciones con criptomonedas<sup>10</sup>.

En Perú, a la fecha de presentación de este artículo, todavía no se ha publicado una ley o reglamento que exija a las empresas que operan con criptomonedas (ej. las bolsas de criptomonedas) a que adopten mecanismos para la prevención del LA/FT. Tampoco existen

---

<sup>4</sup> Movimientos como Occupy Wall Street cuestionaban las acciones adoptadas por el gobierno de los Estados Unidos frente a la crisis y ponían sobre la mesa las desigualdades sociales; por ejemplo, los privilegios de las grandes empresas.

<sup>5</sup> También hay otros factores comunes, como el uso de una blockchain o cadena de bloques.

<sup>6</sup> Por ejemplo, en Ethereum, la criptomoneda ether es también usada como “combustible” o “gas” para ejecutar aplicaciones construidas en esta plataforma.

<sup>7</sup> Con inversionista no profesional nos referimos a aquellos que invierten dinero en un activo o instrumento financiero sin una clara estrategia de inversión, sin mayor educación en finanzas o que se basan principalmente en recomendaciones de amigos y familiares para tomar sus decisiones de inversiones; también conocidos como *sheep* (ovejas) en la jerga financiera en inglés.

<sup>8</sup> Para mayor información sobre este boom de las criptomonedas y la psicología del inversionista de criptomonedas, véase García Long, Sergio y Adolfo Morán Cavero (2019). *Criptomonedas y Psicología Financiera*. En: Chipana, Jhoel (Coord.), Derecho y Nuevas Tecnologías: El impacto de una nueva era, pp. 243-262.

<sup>9</sup> Por ejemplo, a inicios de febrero del 2017, un bitcoin costaba alrededor de 1,000 dólares estadounidenses. Si una persona compraba 50 bitcoins a ese precio, para el 17 de diciembre del mismo año sus bitcoins valdrían en total 1 millón de dólares estadounidenses aproximadamente.

<sup>10</sup> Por ejemplo, en Argentina existe ya legislación que obliga a los sujetos obligados de dicho país a tomar medidas reforzadas cuando un cliente efectúa transacciones con criptomonedas.

disposiciones específicas sobre las criptomonedas aplicables a las entidades financieras peruanas.<sup>11</sup>

Sin embargo, la falta de regulación especial no es motivo para que los sujetos obligados<sup>12</sup> a reportar a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) no consideren a las criptomonedas dentro de su gestión de riesgos de LA/FT en caso de presentarse una operación o cliente vinculado a estos activos virtuales.

En este contexto, en el presente artículo se realizará un análisis de los vínculos de las criptomonedas con el delito de lavado de activos, se abordarán las directrices y recomendaciones elaboradas por el GAFI, se explicarán las respuestas de los sujetos obligados –especialmente bancos– a las operaciones con criptomonedas frente al riesgo de LA/FT y, finalmente, se presentarán nuestras conclusiones.

## II. ¿POR QUÉ SE ASOCIA A LAS CRIPTOMONEDAS CON EL LAVADO DE ACTIVOS?

Las criptomonedas llevan en su nombre la alusión a la criptografía. ¿Qué es esto? La criptografía hace referencia a aquellas técnicas o métodos utilizados para cifrar o codificar un mensaje, de modo que este se vuelva ininteligible para las personas no autorizadas a conocer su contenido. En otras palabras, las técnicas criptográficas se utilizan para asegurar la confidencialidad de un mensaje.

El uso de técnicas criptográficas a lo largo de la historia no ha sido poco común. De hecho, el uso de técnicas para mantener un mensaje confidencial se remonta hasta épocas anteriores al inicio de la era cristiana. Por ejemplo, Julio César, el famoso militar y político romano, utilizó una técnica de cifrado que consistía en cambiar las letras de palabras por otras que les seguían, de modo que en lugar de colocar una “A” ponía una “D”, y así sucesivamente con todas las demás<sup>13</sup>. De esta manera, el que no conocía de esta técnica, no podía descifrar el mensaje.

Ahora bien, ¿cómo se utiliza la criptografía en las criptomonedas?<sup>14</sup> De dos maneras. La primera consiste en utilizar criptografía de clave asimétrica para efectuar una transacción con criptomonedas. La segunda para la creación de bloques compuestos de varias transacciones que son unidos en la cadena de bloques o *blockchain*.

En el primer caso, un usuario que tiene en su poder bitcoins debe hacer uso de la combinación de una llave pública y una llave privada para enviar o transferir bitcoins a otro usuario. Todos los usuarios tienen una dirección pública<sup>15</sup> que pueden compartir a otros usuarios para que les transfieran bitcoins<sup>16</sup>. De esta manera, para transferir los bitcoins, el titular de estas criptomonedas debe utilizar su llave privada<sup>17</sup> para “firmar digitalmente” la transacción, de modo que el sistema<sup>18</sup>

<sup>11</sup> Sin embargo, es de conocimiento público que la regulación sobre este tema está en camino. A inicios del año 2020, la jefa del departamento de Supervisión de Riesgo Operacional de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) indicó que esta entidad se encontraba preparando el reglamento correspondiente.

<sup>12</sup> Son aquellas personas naturales y personas jurídicas que se dedican a las actividades previstas en el artículo 3 de la Ley N° 29038.

<sup>13</sup> Para cifrar sus mensajes, Julio César desplazaba las letras tres espacios en el alfabeto. Por ejemplo, si el mensaje es HOLA, mediante esta técnica de cifrado, el mensaje codificado sería KROD.

<sup>14</sup> Utilizaremos Bitcoin como ejemplo, no todas las criptomonedas funcionan de la misma manera.

<sup>15</sup> La dirección pública es una serie de números y letras derivado de la llave pública.

<sup>16</sup> Funciona como un número de cuenta bancaria.

<sup>17</sup> Es también una serie de números y letras que solo el titular debe conocer. También sería análogo a una clave secreta.

<sup>18</sup> Esta verificación lo hacen los nodos de la red de Bitcoin.



podrá asociar su llave pública (dirección pública) con su llave privada y verificar que es el autorizado para gastar los bitcoins registrados en *blockchain* (Antonopoulos, 2017, p. 57).

En el segundo caso, los mineros en Bitcoin utilizan criptografía para producir bloques válidos con transacciones que serán integrados en la *blockchain*<sup>19</sup>. Para ello, se debe efectuar una función hash criptográfica. En términos más simples, se trata de la aplicación de un algoritmo *hash* que convierte cualquier clase de información a una serie de longitud determinada de números y letras. Esta serie de caracteres es única y sirve para identificar el bloque con transacciones, haciéndola también única con respecto a otras. De esta manera, se forma una cadena de bloques unidos correlativamente por hashes o identificadores únicos (Antonopoulos, 2017, pp. 228 y ss.).<sup>20</sup>

Como se aprecia, la criptografía está enteramente incluida en Bitcoin y en otros sistemas. Es un elemento esencial. Sin embargo, para los fines de este artículo importa sobre todo la criptografía de clave asimétrica que hemos explicado, ya que es este método criptográfico, junto con todo el sistema, que permite realizar transacciones seguras sin necesidad de revelar datos personales. Solo se necesita del par de llaves (pública y privada).

De este modo, un usuario de Bitcoin se identifica frente a otros pares únicamente utilizando su dirección pública, que es también una serie de números y letras. Con solo ver la dirección pública no es posible saber a quién le pertenece, es necesario contar con mayor información. Por ello, se dice comúnmente que Bitcoin es un sistema anónimo o seudónimo, ya que permite la interacción entre usuarios sin revelar sus identidades.

A primera vista, esta característica de Bitcoin y de otras redes que utilizan criptomonedas resultaría atractiva para personas que buscan realizar operaciones financieras sin revelar sus identidades ni sus propósitos, y, sobre todo, para no dejar rastros, lo cual lo hace idóneo para el lavado de activos.

## 2.1. ¿En qué consiste el lavado de activos?

¿Qué es el lavado de activos? Se trata de un delito complejo que tiene por finalidad ocultar mediante distintas actividades los fondos o activos obtenidos de una fuente ilícita.<sup>21</sup> De esta manera, se da apariencia de origen lícito a dinero que ha sido conseguido a través de actividades delictivas.

Por ejemplo, el dinero obtenido por un delincuente, de una persona a la que ha extorsionado, que luego es ingresado al sistema financiero con el fin de confundir el origen ilícito. En el entorno virtual, las actividades ilícitas estarían relacionadas a ransomware<sup>22</sup> y estafas mediante phishing<sup>23</sup>, entre otras actividades delictivas.

---

<sup>19</sup> Lo que busca un minero con este proceso es encontrar un valor *hash* dentro de un umbral determinado que permitirá validar el bloque candidato que creó anteriormente y de esta manera el bloque sea aceptado por todos los nodos como parte integrante de la cadena de bloques.

<sup>20</sup> Cabe señalar que los bloques son correlativos porque un bloque contiene también información del bloque anterior. En otras palabras, la identidad de un bloque depende en cierta medida de la información del bloque anterior.

<sup>21</sup> En el Perú, el delito de lavado de activos se encuentra tipificado en sus distintas modalidades en los artículos 1,2,3 y 4 del Decreto Legislativo N° 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado.

<sup>22</sup> El ransomware es un software malicioso que permite al atacante controlar la información almacenada, encriptándola y bloqueándola. Para desbloquear esta información, piden rescates que suelen ser pagadas con criptomonedas.

<sup>23</sup> El phishing es una técnica que consiste en enviar, normalmente, correos electrónicos masivamente, haciéndose pasar por entidades o personas fiables (ej. bancos, SUNAT, etc.). Estos correos electrónicos contienen enlaces que llevan a sitios web que tienen por finalidad extraer datos bancarios, entre otros.

El delito de lavado de activos normalmente está compuesto de 3 etapas. La primera etapa es la colocación y, consiste en ingresar los fondos de origen ilícito al sistema financiero<sup>24</sup>. La segunda etapa, conocida como conversión, consiste en diversificar el dinero de origen ilícito a través de diferentes operaciones (ej. inversiones, transferencias, etc.); lo que se busca es eliminar el rastro del origen ilícito. Finalmente, la tercera y última etapa es la integración e, implica que los fondos de origen ilícito se han mezclado completamente con activos de origen lícito mediante actividades económicas legales y cotidianas; esto hace casi imposible identificar y separar los fondos o activos de origen ilícito de los que no lo son (Villavicencio, 2011, pp. 5-6).

Durante mucho tiempo (y hasta ahora) el dinero en efectivo ha sido el medio de pago preferido y más utilizado por los lavadores para perpetrar este delito. La razón es obvia, el dinero en efectivo (i) permite fácilmente esconder el origen o la fuente, (ii) es fácil de mantener el control sobre los billetes<sup>25</sup> y (iii) existe la posibilidad de fragmentar fácilmente los montos obtenidos (Europol, 2015, p. 9).

Sin embargo, en los últimos años las criptomonedas han sido puestas bajo los reflectores.<sup>26</sup> Sucede que las criptomonedas y el dinero en efectivo comparten la característica de ser medios de pago que no necesitan de la revelación de la identidad de los usuarios, a diferencia de, por ejemplo, las tarjetas de crédito o débito.

Esto último facilita en gran medida esconder el origen de la fuente ilícita<sup>27</sup>, aunque cabe decir que, a diferencia del *cash*, las transacciones con criptomonedas quedan registradas en una base de datos pública (*blockchain*), lo que constituye una importante herramienta para perseguir el delito de lavado de activos con criptomonedas.

Además, es importante considerar que una ventaja diferencial en el caso de las criptomonedas es que permiten realizar transferencias de fondos internacionalmente sin mayor trámite y de manera muy rápida (ej. en Bitcoin, aproximadamente entre 10 a 60 minutos).<sup>28</sup> Esto resulta ser una ventaja que antes no existía con los sistemas tradicionales de transferencia electrónica de fondos, que siempre implicaba la intervención de una entidad financiera o de una entidad complementaria o auxiliar.

Ahora bien, según las estadísticas de CipherTrace, en los primeros cinco meses del 2020 se han registrado crímenes con criptomonedas por un valor total de 1.36 mil millones de dólares estadounidenses. Sin embargo, de acuerdo con el reporte "The 2020 State of Crypto Crime" de Chainalysis, las transacciones relacionadas a crímenes (incluido el lavado de activos) representarían el 1.1% de todas las transacciones con criptomonedas<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> Esta etapa suele ser la más difícil de realizar y la que conlleva mayor riesgo para el delincuente.

<sup>25</sup> Quien lo tiene en su poder, lo controla.

<sup>26</sup> Principalmente, el uso de criptomonedas dentro de las etapas de lavado de activos estaría vinculado a los delitos informáticos. Es decir, un lavador utilizaría criptomonedas si es que el delito precedente es cometido en el ciberespacio; por ejemplo, mediante el pedido de un rescate con bitcoins (ransomware).

<sup>27</sup> De acuerdo con lo que señalamos anteriormente, si bien el registro de transacciones es público, lo único que una persona cualquiera podría verificar es que una dirección transfiriere bitcoins a otra dirección; no pudiendo conocer a simple vista quién está detrás de esa dirección. Sin embargo, cabe anotar que, a pesar del uso de seudónimos en la red de Bitcoin (el caso paradigmático), sí ha sido posible anteriormente llegar a identificar a la persona detrás de una transacción ilícita con bitcoins. Por ejemplo, un caso resaltante es el de Ross Ulbricht, quien actualmente se encuentra encarcelado en los Estados Unidos, debido a que creó un *marketplace* de venta de drogas, y otros productos y servicios ilegales. Además de haber utilizado la red anónima Tor, dicho *marketplace* aceptaba bitcoins como medio de pago. Sin embargo, a pesar de toda esta privacidad, la FBI pudo dar con el paradero de Ulbricht.

<sup>28</sup> De acuerdo con el reporte "Cryptocurrency, Crime and Anti-Money Laundering" de junio de 2020 de CipherTrace, el 74% de transacciones con bitcoins entre bolsas de criptoactivos (*exchanges*) fueron transfronterizas.

<sup>29</sup> Data obtenida hasta el año 2019.

Teniendo en cuenta estas cifras, el uso de criptomonedas para lavar activos podría impulsarse considerablemente si es que comienzan a aparecer mayores tiendas online que acepten criptomonedas como medio de pago. De esta forma, será más fácil diversificar las criptomonedas de origen ilícito por medios virtuales, en lugar de estar convirtiendo estas criptomonedas en dinero en efectivo para confundirlas dentro de la economía formal (Europol, 2015, pp. 42-43).

Por ello, los sujetos obligados a reportar a la UIF deben conocer los riesgos de operar con criptomonedas, las cuales son parte de un fenómeno cada vez más cotidiano, y no rechazarlas por el simple desconocimiento. Vale la pena mencionar que, como se verá en las siguientes líneas, el GAFI ha elaborado directrices aplicables a operaciones con criptomonedas o criptoactivos, que son un importante punto de partida para la inclusión de estos activos virtuales en la economía formal y para enfrentar el lavado de activos.

### **III. GAFI Y LA PREVENCIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS.**

El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) fue creado en 1989 como un organismo intergubernamental con el objetivo de establecer normas y promover la efectiva implementación de medidas de tipo legal y reglamentario, así como para la toma de acciones para combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y otras amenazas a la integridad del sistema financiero.

A la fecha, el GAFI está conformado por 39 miembros y 9 grupos regionales como organismos asociados, entre ellos se encuentra el Grupo de Acción Financiera para América Latina (GAFILAT).

El GAFILAT fue creado en el 2000<sup>30</sup>, el grupo constitutivo de representantes en América Latina estuvo conformado por los siguientes países: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Uruguay y Perú.

Ahora bien, el GAFILAT como organización intergubernamental tiene como fin prevenir y combatir el lavado de activos, financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva, por medio de la mejora continua de las políticas nacionales y la profundización de mecanismos de cooperación entre los países miembros.

Al respecto, debemos resaltar que el GAFILAT fue creado a semejanza del GAFI, adhiriéndose a las 40 Recomendaciones del GAFI como estándar internacional más reconocido contra el LA/FT, previendo el desarrollo de recomendaciones propias de mejora de las políticas nacionales para la lucha contra los delitos de LA/FT.

#### **3.1. ¿Cuáles son las Recomendaciones del GAFI?**

Las Recomendaciones del GAFI constituyen un esquema de medidas que los países deberían implementar para combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo, y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva.

Debemos precisar que en vista que los países tienen distintas regulaciones y distintos sistemas financieros, las Recomendaciones del GAFI proponen un estándar internacional para que los países puedan implementar las medidas a sus circunstancias particulares, el cual comprende esencialmente los siguientes puntos (FAFT, 2019a):

---

<sup>30</sup> Cabe precisar que, en ese entonces, se denominaba Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD), pero con la incorporación de países del Caribe se aprobó el cambio de su denominación a GAFILAT.

- Identificar riesgos y desarrollar políticas y coordinación local;
- Luchar contra el lavado de activos, financiamiento del terrorismo y financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva;
- Aplicar medidas preventivas para el sector financiero y otros sectores;
- Establecer poderes y responsabilidades de las autoridades competentes (por ejemplo: autoridades investigativas, de orden público y de supervisión) y otras medidas institucionales;
- Mejorar la transparencia y la disponibilidad de la información de titularidad de beneficio de las personas y estructuras jurídicas; y
- Facilitar la cooperación internacional.

Algunas de estas 40 Recomendaciones que vale la pena destacar de manera resumida para este artículo son las siguientes (FAFT, 2019a):

**Recomendación 1** vinculada a la "Evaluación de riesgos y aplicación de un enfoque basado en el riesgo" que aborda la identificación, evaluación, aplicación y entendimiento de los riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, a fin de tomar medidas, bajo un enfoque basado en riesgos (EBR), para prevenir o mitigar el LA/FT de manera proporcional a los riesgos identificados.

En ese sentido, la primera Recomendación busca que los países, a través de sus entidades financieras y actividades y profesiones no financieras designadas (APNFD), identifiquen, evalúen y tomen acciones eficaces para mitigar los riesgos de LA/FT.

**Recomendación 2** vinculada a la "Cooperación y coordinación nacional" mediante la cual se sugiere la necesidad de que los países tengan la certeza que, las autoridades que hacen las políticas, la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF), las autoridades del orden público, los supervisores y otras autoridades competentes relevantes, a nivel de formulación de políticas y operativo, cuenten con mecanismos eficaces que les permita cooperar y, cuando corresponda, entablar una coordinación a nivel interno en el desarrollo e implementación de políticas y actividades para combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva.

**Recomendación 3** vinculada a "Delito de lavado de activos" que establece el deber de tipificar el lavado de activos conforme a la Convención de Viena y la Convención de Palermo. Asimismo, se precisa que los países deberán aplicar el delito de lavado de activos a todos los delitos graves, con la finalidad de incluir la mayor cantidad posible de delitos relevantes.

**Recomendación 15** vinculado a "Nuevas tecnologías"; al respecto el GAFI precisa que tanto los países como las entidades financieras deberán identificar y evaluar los riesgos de lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo que pudieran surgir con respecto a:

- (a) el desarrollo de nuevos productos y nuevas prácticas comerciales, incluyendo nuevos mecanismos de envío, y
- (b) el uso de nuevas tecnologías o tecnologías en desarrollo para productos tanto nuevos como existentes.

Las entidades financieras deberán realizar esta evaluación del riesgo antes del lanzamiento de los nuevos productos, prácticas comerciales o el uso de tecnologías nuevas o en desarrollo. Los países y las entidades financieras deben tomar medidas adecuadas para administrar y mitigar los riesgos de LA/FT vinculado a nuevas tecnologías.

Con relación a la Recomendación 15 debemos precisar que, en octubre del 2018, GAFI adoptó dos nuevas definiciones en el Glosario de Términos: "activo virtual"<sup>31</sup> y "proveedores de servicios de activos virtuales"<sup>32</sup>. Activo virtual es el término que utiliza GAFI para referirse a los criptoactivos y otros activos digitales (FATF, 2019b).

Asimismo, la Recomendación 15 también se refiere a la obligación de los países de garantizar que los proveedores de servicios de activos virtuales se encuentren registrados y regulados a efectos de una correcta supervisión, así como para la adecuada gestión y mitigación de los riesgos de LA/FT que puedan surgir de las operaciones con activos virtuales.

En junio 2019, el GAFI incorporó la Nota Interpretativa a la Recomendación 15 para aclarar las indicaciones relacionadas con los requisitos de los activos virtuales y los proveedores de servicios de activos virtuales. Ello resulta importante en la medida que los países miembros tendrán mecanismos más claros para poner en práctica las regulaciones previstas por el GAFI en sus propias jurisdicciones (FAFT, 2019b).

Con respecto a esta Nota Interpretativa a la Recomendación 15, es importante mencionar que esta aclara temas vinculados a la aplicación del enfoque basado en riesgos sobre activos virtuales y proveedores de servicios de activos virtuales, así como la supervisión sobre estos proveedores de servicios de activos virtuales en cuanto a la prevención del LA/FT y las medidas de debida diligencia y reporte de operaciones sospechosas que deben adoptar los proveedores mencionados, entre otros (FAFT, 2019b).

En ese sentido, debe quedar claro que el GAFI busca imponer obligaciones de prevención de LA/FT principalmente sobre los proveedores de servicios de activos virtuales<sup>33</sup> (ej. las bolsas de criptoactivos), los cuales son los nuevos intermediarios en este mercado de criptomonedas.

Así, esta Nota Interpretativa señala que se debe de identificar a los proveedores de servicios de activos virtuales y requerirles que estén registrados o autorizados ante las autoridades competentes en una jurisdicción. Esto incluiría también la adecuada supervisión y fiscalización de estos proveedores de servicios de activos virtuales, los cuales deberían cumplir con obligaciones basadas en las Recomendaciones del GAFI, principalmente las Recomendaciones del 10 al 21.<sup>34</sup>

### 3.2. Directrices del GAFI.

Adicionalmente a la incorporación de la Nota Interpretativa a la Recomendación 15, el GAFI ha emitido unas Directrices para un enfoque basado en el riesgo para activos virtuales y proveedores

---

<sup>24</sup>De acuerdo con el Glosario de Términos del GAFI, se entiende por "activo virtual" a la representación digital de valor que puede ser comercializada digitalmente, o transferida, y que puede ser utilizada con fines de pago o de inversión. Los activos virtuales no incluyen representaciones digitales de monedas fiduciarias, valores y otros activos financieros que ya están cubiertos en otras partes de las Recomendaciones del GAFI.

<sup>32</sup>De acuerdo con el Glosario de Términos del GAFI, se entiende por "proveedores de servicios de activos virtuales" a cualquier persona física o jurídica que no esté contemplada en las Recomendaciones y que, como empresa, lleve a cabo una o más de las siguientes actividades u operaciones por cuenta o en nombre de otra persona física o jurídica: i) intercambio entre activos virtuales y monedas fiduciarias; ii) intercambio entre una o más formas de activos virtuales; iii) transferencia de activos virtuales; iv) custodia y/o administración de activos virtuales o instrumentos que permitan el control de activos virtuales; y, v) participación y prestación de servicios financieros relacionados con la oferta y/o venta de un activo virtual por parte de un emisor.

<sup>33</sup>Sin embargo, la obligación de gestionar y mitigar adecuadamente los riesgos de LA/FT asociados con operaciones con criptomonedas también incluye a los sujetos obligados tradicionales, como en el caso de los bancos.

<sup>34</sup>Estos son: N° 10 – Debida diligencia del cliente; N° 11 – Mantenimiento de registros; N° 12 – Personas expuestas políticamente; N° 13 – Banca corresponsal; N° 14 – Servicios de transferencia de dinero o valores; N° 15 – Nuevas tecnologías; N° 16 – Transferencias electrónicas; N° 17 – Dependencia en terceros; N° 18 – Controles internos y sucursales y filiales extranjeras; N° 19 – Países de mayor riesgo; N° 20 – Reporte de operaciones sospechosas; y, N° 21 – Revelación (*tippling-off*) y confidencialidad.

de servicios de activos virtuales. Las Directrices del GAFI fueron inicialmente emitidas en el 2015 y luego actualizadas en junio de 2019.

Estas Directrices tienen como pretensión abordar lo siguiente (FAFT, 2019b):

- 1) Explicar la aplicación del enfoque basado en el riesgo a las medidas de prevención de LA/FT sobre los activos virtuales;
- 2) Identificar las entidades que participan en operaciones o actividades relacionadas a activos virtuales; y
- 3) Aclarar la aplicación de las Recomendaciones del GAFI sobre las operaciones con activos virtuales y los proveedores de servicios de activos virtuales.

Asimismo, es de resaltar que parte del objetivo de las Directrices es ayudar a que las autoridades nacionales desarrollen sus respuestas regulatorias, incluyendo la modificación de las leyes que abordan los riesgos asociados al LA/FT vinculadas a activos virtuales y proveedores de servicios de activos virtuales, a fin de que estas sean efectivas dentro de la jurisdicción.

Por otra parte, también se puede identificar como objetivo de las Directrices que las compañías que estén vinculadas a operaciones con activos virtuales entiendan mejor las obligaciones de prevención y mitigación del LA/FT que les son aplicables y cómo pueden efectivamente cumplir con requerimientos del GAFI.

De esta manera, el GAFI busca que las Directrices sean lo suficientemente comprensivas para que los agentes que intervienen en el mercado de criptomonedas interioricen los riesgos de LA/FT asociados a operaciones con estos activos virtuales. Cabe señalar que el GAFI está constantemente monitoreando el desarrollo de este mercado, es por eso que en junio de 2020 publicó la revisión anual de estas Directrices.

En esta última revisión mencionada, el GAFI ha destacado el avance en la implementación de lo establecido en las Directrices y la Recomendación N° 15 con relación a activos virtuales, reconociendo que ha habido un importante avance en el desarrollo de soluciones tecnológicas para la implementación del *travel rule* aplicable a proveedores de servicios de activos virtuales (FAFT,2020).

El mecanismo de prevención de LA/FT conocido como *travel rule*, constituye uno de los mecanismos clave para la mitigación de riesgos de LA/FT en el mercado de criptoactivos. La implementación de este mecanismo obliga a los proveedores de servicios de activos virtuales a obtener, custodiar e intercambiar información sobre los ordenantes y beneficiarios de transferencias de activos virtuales.

Es más, la importancia del *travel rule* es grande en el mercado de criptomonedas que, tal como explicamos, está caracterizado en el hecho de que los usuarios pueden realizar operaciones con estos activos virtuales sin revelar sus identidades y por la posibilidad de transferir criptoactivos internacionalmente de manera muy sencilla.

Por esto último, el GAFI considera al *travel rule* como el aspecto al cual debe de ponerse mayor atención para la prevención del LA/FT en operaciones con activos virtuales, resultando necesario también promover la cooperación internacional entre supervisores de proveedores de servicios de activos virtuales a fin de lograr un marco de cumplimiento global que conlleve a la debida identificación de estos proveedores en cada jurisdicción.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> De hecho, una de las propuestas para lograr esta finalidad es la creación de una lista global de proveedores de servicios de activos virtuales, que permita identificar a aquellos proveedores debidamente registrados y/o autorizados para operar con criptoactivos.

#### **IV. EL ESCENARIO ACTUAL DE LA PREVENCIÓN DEL LA/FT CON RELACIÓN A LAS CRIPTOMONEDAS.**

En el panorama mundial, el uso de las criptomonedas se percibe como un nuevo espacio de desarrollo tecnológico cuya complejidad exige un análisis profundo de sus características y otros elementos constitutivos que, como hemos analizado, las hacen proclives a ser usadas como medios de pago en espacios de criminalidad y como herramientas para ocultar la procedencia ilícita de activos.

Este riesgo potencial en el uso criminal de las criptomonedas ha sido objeto de debates en distintos foros, con posiciones encontradas que, por un lado, envilecen a las criptomonedas y, por el otro, buscan darles una salida regulatoria que permita incluirlas en la economía formal y el sistema financiero.

Latinoamérica no ha sido ajena a estos debates ni tampoco a conflictos que han surgido ante el crecimiento del mercado de criptomonedas en los diferentes países de la región. Así, en los últimos años se ha conocido de controversias originadas por el cierre unilateral de cuentas bancarias a proveedores de servicios de activos virtuales por razones de prevención del LA/FT. A continuación, comentaremos uno de los casos más relevantes sobre el tema.

##### **4.1. El caso chileno.**

A inicios del año 2018, tres de las *exchanges* de criptoactivos más conocidas en Chile se vieron afectadas por el cierre unilateral de sus cuentas bancarias. Estos proveedores de servicios de activos virtuales afectados fueron Buda, CryptoMarket y Orionx.

Por el otro lado, las entidades financieras que unilateralmente cerraron cuentas o rechazaron mantener relaciones contractuales con estos proveedores de servicios de activos virtuales fueron BancoEstado, Scotiabank, Banco Itaú, entre otras más. Las medidas adoptadas por los bancos en Chile significaron un portazo a toda la industria de criptomonedas en el país sureño.

Las razones aducidas por los bancos se relacionaban a la falta de regulación del mercado de criptomonedas y a la posible utilización de las criptomonedas para actos delictivos, tales como el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

Este rechazo a la incipiente industria cripto en Chile por parte de las entidades financieras llevó a que las *exchanges* afectadas comenzaran una batalla legal que aún no ha sido resuelta del todo<sup>36</sup>.

Todo comenzó con las demandas presentadas por Buda y CryptoMarket en contra de 10 bancos ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) de Chile por abuso de posición de dominio. Por su parte, Orionx también demandó a 6 bancos por prácticas anticompetitivas en el mercado de pagos digitales.

El resultado inicial de esta controversia fue la emisión de una medida precautoria por parte del TDLC que obligó a los bancos a seguir atendiendo a las *exchanges* y permitió que estas últimas puedan seguir ofreciendo sus servicios a sus clientes.

Sin embargo, el caso de Orionx fue llevado hasta la Corte Suprema de Chile que emitió una sentencia en sentido contrario, respaldando la decisión de BancoEstado de cerrar la cuenta bancaria de Orionx.

---

<sup>36</sup> Como informaron diversos medios durante este año 2020, varios bancos han efectuado bloqueos o cierre de cuentas bancarias que tienen como titulares a proveedores de servicios de activos virtuales.



Los argumentos que respaldaban esta decisión de la Corte Suprema se fundamentaban nuevamente en la falta de regulación y a la posibilidad de que las criptomonedas o criptoactivos puedan ser usados para el lavado de activos y otros delitos. Sin embargo, cabe anotar que esta decisión de la Corte Suprema no afectó la vigencia de la medida precautoria a favor de las *exchanges* impuesta por el TDLC, manteniéndose vigente la orden de no cerrarles las cuentas bancarias a estas empresas.

Actualmente, la batalla legal entre bancos y *exchanges* todavía no ha sido resuelta. Asimismo, se viene trabajando desde hace ya un tiempo en una regulación que contemple a las criptomonedas con el fin de otorgar mayor seguridad jurídica a las operaciones con estos activos virtuales en Chile.

#### 4.2. De-risking ¿solución o problema?

A diferencia de Chile, en el Perú no ha habido un caso relevante de cierre unilateral de cuentas bancarias o rechazo de proveedores de servicios de activos virtuales que haya sido llevado a los tribunales o autoridades competentes. Sin embargo, ello no significa que no pueda suceder más adelante.

Lo que ha venido sucediendo en el país vecino desde 2018 ha sido un claro ejemplo de lo que se conoce como *de-risking*. Este concepto en inglés está definido como el proceso aplicado por entidades financieras que tiene como propósito abandonar o reducir determinadas líneas de negocio para evitar riesgos regulatorios y de cumplimiento (ASBA, 2017, p.4; Toso Milos, 2020, p. 3).

El *de-risking* en el ámbito de la prevención del LA/FT está vinculado a la decisión de no iniciar o mantener una relación comercial con clientes que estén considerados como de alto riesgo de LA/FT (Stabile, 2014; Aguedo, 2019). Son varios los modelos de negocios o sectores que estarían dentro de esta categoría<sup>37</sup>, incluido a los proveedores de servicios de activos virtuales.

Los motivos por los que las entidades financieras deciden dejar de ofrecer sus servicios a ciertos clientes son básicamente los siguientes: (i) percepción de alta exposición al riesgo de LA/FT<sup>38</sup>; (ii) incremento de costos de cumplimiento<sup>39</sup>, (iii) poca rentabilidad<sup>40</sup>; y, (iv) estrictas exigencias regulatorias y sanciones<sup>41</sup> (Aguedo, 2019).

<sup>37</sup> Por ejemplo, empresas de remesas, banca corresponsal, organizaciones sin fines de lucro, etc.

<sup>38</sup> De acuerdo con Beatriz Aguedo (2019): "El riesgo es que el mantenimiento de las relaciones comerciales con algunas clases de empresas genere una alta exposición a las entidades del sistema financiero de ser usadas como medios para realizar actos de conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia, o funcionar como un eslabón para la realización de actos de transporte, traslado, ingreso o salida de dinero o instrumentos valores de origen ilícito".

<sup>39</sup> De acuerdo con Beatriz Aguedo (2019), "Tener un cliente de alto riesgo dentro del portafolio implica la aplicación de controles mucho más exigentes, que garanticen que la institución está tomando todas las medidas necesarias para mitigar el riesgo inherente que presenta. Sin embargo, la implementación de controles no es gratis: el problema yace en el alto costo que implica garantizar la aplicación de las políticas de Conocimiento de Cliente (KYC) y los requerimientos de Debida Diligencia Reforzada (EDD) toda la relación comercial".

<sup>40</sup> De acuerdo con Beatriz Aguedo (2019), "En base a la expectativa de captar fondos y colocarlos, los costos de cumplimiento se asumen con la expectativa del retorno. La pregunta clave es la siguiente: ¿qué sucede con aquellos clientes de alto riesgo que, pese a requerir un esfuerzo mayor para aplicar los lineamientos del Conocimiento del Cliente, no generan mayor rentabilidad y simplemente exponen a la entidad a mayores riesgos de LA/FT? La respuesta de las entidades que efectúan estas prácticas es que, al desvincularse y cortar relaciones con un cliente, la institución financiera perderá oportunidades de negocio, pero la pérdida se compensará al no tener que lidiar con el coste de cumplimiento".

<sup>41</sup> De acuerdo con Beatriz Aguedo (2019), "La crisis financiera mundial de 2007-2008 marcó un antes y después, no solo en los estándares macro y micro prudenciales, sino también en el endurecimiento de la normativa nacional e internacional contra el LA/FT. Desde 2009, las instituciones financieras a nivel global han sido multadas con más de USD 17 mil millones, siendo el reciente caso del Danske Bank el más emblemático, puesto que, de determinarse la culpabilidad del banco danés

Tomar la decisión de rechazar clientes en base al *de-risking* es la solución más simple y menos costosa en el corto plazo. Sin embargo, consideramos que no es la estrategia más adecuada desde una perspectiva integral del sistema financiero y de más largo plazo.

En efecto, la estrategia que adoptan las entidades financieras es válida, pero ¿siempre resulta justificada? De acuerdo con Toso Milos (2020), la aplicación del *de-risking* es un efecto indeseado del enfoque basado en el riesgo que deben de aplicar las entidades financieras para la prevención del LA/FT.

En ese sentido, aplicar el *de-risking* resultaría una consecuencia indeseada del enfoque basado en el riesgo debido a que, contrariamente a su propósito, no permite que las entidades financieras gestionen los riesgos de LA/FT asociados con cierto sector o negocio (Toso Milos, 2020, p. 7).

Además, también resulta paradójico, ya que es la obligación de prevenir el LA/FT mediante un enfoque basado en el riesgo lo que finalmente es usado como justificación por las entidades financieras para eliminar por completo el riesgo de LA/FT mediante el *de-risking* (ASBA, 2017, p.10; Toso Milos, 2020, p. 7).

Por eso, aplicar el *de-risking* sin un adecuado análisis de gestión de riesgos y sin considerar las particulares de cada cliente conlleva a una exclusión inapropiada de usuarios del sistema financiero, lo que promueve que los usuarios excluidos busquen canales alternativos e informales, pudiendo incrementarse el riesgo de comisión de delitos de LA/FT (Stabile; 2014; ASBA, 2017, p.10; Toso Milos, 2020, p. 9).

Incluso, el rechazo o terminación de relaciones comerciales con empresas de un mismo sector - como pasó en Chile- puede traer también los siguientes efectos negativos (Stabile, 2014):

- Pérdida de ingresos: El recorte de líneas de negocio y grupos de clientes específicos tiene un impacto en los ingresos tanto en el corto como en el largo plazo, al perder la oportunidad de hacer negocios con sectores potencialmente rentables.
- Daños reputacionales y afectación de relaciones comerciales: Debido a que las estrategias de *de-risking* son difíciles de comprender por los consumidores financieros, existe una alta posibilidad de comentarios negativos en el espacio público (ej. a través de la prensa), así como de que se efectúen reclamos y demandas (ej. caso chileno).
- Transferencia del riesgo, pero no disminución: Como consecuencia de que grandes bancos cierren cuentas a clientes de alto riesgo de LA/FT, estos últimos contratarán servicios financieros con entidades financieras más pequeñas o entidades no reguladas (ej. FinTech), las cuales no suelen adoptar las medidas y controles de prevención del LA/FT al mismo nivel de los bancos más grandes.

Por ello, lo adecuado para una efectiva gestión de riesgos LA/FT consistiría en aplicar las medidas de debida diligencia reforzada con respecto a los clientes considerados de alto riesgo de LA/FT. Sin embargo, esto no siempre resulta fácil ya que implica la verificación de origen de fondos, la identificación del beneficiario final, análisis del propósito de la cuenta, evaluación del perfil del cliente, entre otras actividades.

En esa línea, hay que considerar que la recopilación y verificación de información puede ser un proceso bastante costoso, además de que puede tornarse complicado debido a otros factores atribuidos al cliente (ej. negativa de entregar información calificada como confidencial) o a terceros (ej. negativa de entidades del extranjero de entregar información de sus clientes). Incluso,

---

por lavar dinero a través de su sucursal de Estonia, podría recibir hasta USD 8 mil millones, sobrepasando incluso al famoso caso HSBC”.

---

puede ser todavía más difícil si tomamos en cuenta las características de los cryptoactivos, comentados anteriormente.

Así, el hecho de que los usuarios en el mercado de criptomonedas realicen operaciones de manera anónima o seudónima no se condice con los requerimientos usuales de identificación de los intervinientes de una transacción financiera, los cuales son necesarios para el conocimiento del cliente y/o de la contraparte, y que son parte de las principales obligaciones que tienen que cumplir las empresas de los sectores económicos obligados a reportar operaciones sospechosas a las Unidades de Inteligencia Financiera según su jurisdicción. Esta ausencia de divulgación de datos personales va en contra de cualquier política de prevención de LA/FT a nivel global, referido a la identificación del cliente.

Cabe resaltar que la falta de información de los usuarios no significa que las transacciones con criptomonedas efectuadas por estos no puedan ser rastreadas, puesto que el diseño de estas redes contempla que la información transaccional sea transparente y accesible al público. Sin embargo, la cuestión está en que los mismos promotores de bitcoin y otras criptomonedas recomiendan proteger la privacidad de los usuarios a través de diferentes métodos que buscan eliminar el nexo entre transacciones efectuadas, tal como se muestra en la página web [bitcoin.org](https://bitcoin.org)<sup>42</sup>:

(...) Estas direcciones son creadas de forma privada por el monedero del usuario. Sin embargo, una vez que se utilizan, estas son manchadas por la historia de todas las transacciones involucradas. Cualquier persona puede ver el saldo y operaciones de cualquier dirección. Dado que los usuarios usualmente tienen que revelar su identidad para recibir bienes o servicios, las direcciones Bitcoin no pueden permanecer completamente anónimas. Es por esa razón que las direcciones Bitcoin deberían ser usadas una única vez y no ser descuidado para no revelar sus direcciones (el subrayado es nuestro).

Dicho esto y tomando en cuenta los riesgos de LA/FT asociados a las operaciones con criptomonedas, consideramos que, aunque pueda parecer incoherente desde una lógica empresarial, lo adecuado no es rechazar automáticamente a clientes que presenten alto riesgo de LA/FT, sino que la terminación de la relación contractual con este tipo de clientes debe ser aplicada solo luego de un análisis individual por cliente u operación y cuando los riesgos de LA/FT presentes no puedan ser mitigados o controlados (Toso Milos, 2020, p. 7).

En tal sentido, los costos asociados al cumplimiento de la normativa en materia de prevención del LA/FT, que comprende adoptar un enfoque basado en el riesgo y aplicar la debida diligencia reforzada en el conocimiento del cliente, no deberían ser la única justificación para decidir no mantener vínculos comerciales con un cliente o sector específico, tal como ocurrió con los proveedores de servicios de activos virtuales en Chile.

## V. CONCLUSIONES.

Las criptomonedas consisten en una innovación tecnológica que viene revolucionando las finanzas tradicionales y que cada día tiene más usuarios. Sin embargo, sus características y el entorno en el que operan las hacen propicias para ser usadas en delitos de lavado de activos y

---

<sup>42</sup> Véase: <https://bitcoin.org/es/proteja-su-privacidad>

del financiamiento del terrorismo (LA/FT), aunque todavía no sean el medio más utilizado actualmente para cometer estos delitos.

Como respuesta a la ausencia de una regulación sobre criptomonedas en el Perú y en otros países, los bancos y entidades financieras han venido tomando acciones frente al avance de la adopción de las criptomonedas según su capacidad operativa y comprensión de este mercado, lo cual, en muchas ocasiones, ha sido insuficiente.

Por ello, resultan apropiadas las acciones que viene tomando el GAFI en cuanto al monitoreo constante de este mercado y la emisión de directrices que orienten a los sujetos obligados a cumplir adecuadamente con sus obligaciones para la prevención del LA/FT cuando tengan por cliente a un proveedor de servicios de activos virtuales.

Sin embargo, también es importante resaltar el conflicto detrás de dos ecosistemas o sistemas encontrados en la prevención del LA/FT. Bitcoin, precursor del ecosistema cripto, nació con la finalidad de ser una red que funcione sin terceros de confianza (ej. bancos) y basado fuertemente en la privacidad de sus transacciones, por lo que el control o la influencia que ejercerían las entidades financieras sobre las operaciones con criptomonedas bajo la obligación de prevenir el LA/FT contradice esta idea postulada por Satoshi Nakamoto.

A manera de reflexión final, consideramos que aún queda un largo desarrollo en la implementación de medidas de prevención del LA/FT para operaciones con criptomonedas y proveedores de servicios de activos virtuales. Aquí lo importante será encontrar en dicho desarrollo un equilibrio adecuado para no perjudicar el avance del ecosistema cripto sin descuidar la aplicación de la gestión de riesgos y controles de prevención del LA/FT cuando sea necesario.

## VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Antonopoulos, Andreas M. (2017). *Mastering Bitcoin: Programming the Open Blockchain*. (2da. ed.). Sebastopol: O'Reilly Media.

Aguedo, Beatriz. (2019). Gestión de riesgos, De-risking y Criptomonedas en el Mercado Financiero Peruano. Recuperado de <https://thecryptolegal.com/gestion-de-riesgos-de-risking-y-criptomonedas/>.

ASBA. (2017). Una visión general sobre el De-risking: causas, efectos y soluciones. Recuperado de <http://www.asbasupervision.com/es/bibl/i-publicaciones-asba/i-2-otros-reportes/1597-una-vision-general-sobre-el-de-risking-causas-efectos-y-soluciones/file>

Chainalysis. (2020). The 2020 State of Crypto Crime: Everything you need to know about darknet markets, exchange hacks, money laundering and more. Recuperado de <https://go.chainalysis.com/rs/503-FAP-074/images/2020-Crypto-Crime-Report.pdf>

CipherTrace (2020). Cryptocurrency, Crime and Anti-Money Laundering Report, Spring 2020. Recuperado de <https://ciphertrace.com/wp-content/uploads/2020/06/spring-2020-cryptocurrency-anti-money-laundering-report.pdf>

Europol. (2015). Why is cash still king? A strategic report on the use of cash by criminal groups as a facilitator for money laundering. Recuperado de <https://www.europol.europa.eu/publications->

[documents/why-cash-still-king-strategic-report-use-of-cash-criminal-groups-facilitator-for-money-laundering](#)

FAFT. (2019a). The FAFT Recommendations: International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation. Recuperado de <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf>

FAFT. (2019b). Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers: Guidance for a Risk-Based Approach. Recuperado de <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/RBA-VA-VASPs.pdf>

FAFT. (2020). 12-Month Review of the Revised FAFT Standards on Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers. Recuperado de <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/12-Month-Review-Revised-FATF-Standards-Virtual-Assets-VASPs.pdf>

García Long, Sergio y Adolfo Morán Cavero. (2019). *Criptomonedas y Psicología Financiera*. En: Chipana, Jhoel (Coord.), Derecho y Nuevas Tecnologías: El impacto de una nueva era, pp. 243-262.

Stabile, Carol. (2014). De-risking. Does one bad apple spoil the bunch?". En: ACAMS Today. Recuperado de <https://www.acamstoday.org/de-risking-does-one-bad-apple-spoil-the-bunch/>

Toso Milos, Ángela. (2020). De-Risking: Una consecuencia indeseada del enfoque basado en el riesgo aplicado por los bancos en materia de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo. En: Revista Chilena de Derecho, vol. 47, No. 1, pp. 1-24

Villavicencio, Felipe. (2011). Evaluación de la Legislación Penal Peruana en Materia de Lavado de Activos: Efectividad, Grado de Cumplimiento y Recomendaciones. Recuperado de [http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/39943/3\\_investigacion.pdf?sequence=4&isAllowed=y](http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/39943/3_investigacion.pdf?sequence=4&isAllowed=y)



# LA REVOLUCIÓN DIGITAL Y EL ARBITRAJE: RETOS Y PROPUESTAS

Autor:  
**Fernando Nakaya Vargas Machuca**

---

# LA REVOLUCIÓN DIGITAL Y EL ARBITRAJE: RETOS Y PROPUESTAS

Fernando Nakaya Vargas Machuca<sup>1</sup>

## SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Antecedentes: Orígenes del arbitraje y su concepto actual.
- III. En quiénes puede recaer.
- IV. Procesos arbitrales en la década pasada frente a procesos arbitrales en la actualidad.
- V. Desde el Convenio Arbitral: Aceptación de medios electrónicos.
- VI. El Arbitraje Digital en el Perú: Antes y durante la pandemia del Covid-19.
- VII. Prácticas internacionales.
- VIII. Dificultades que puede traer consigo la virtualización del arbitraje.
- IX. Consideraciones finales.
- X. Referencias Bibliográficas.

## **I. INTRODUCCIÓN.**

Estamos viviendo una época donde la tecnología es un denominador común en cualquier actividad que realicemos; hemos sido testigos de grandes cambios a nivel tecnológico que han permitido un desarrollo insospechado en el siglo pasado, y que plantea ventajas y nuevos retos. En la actualidad, las nuevas generaciones han desarrollado una habilidad casi espontánea para familiarizarse y manejar con facilidad muchos aparatos electrónicos de su interés, como pueden ser los celulares, laptops, tablets, juegos electrónicos, etc., y los sistemas operativos que los sostienen. Este aspecto tan cotidiano, no es sino más bien una prueba de la capacidad del ser humano para adaptarse a su entorno, lo cual se ha ido desarrollando a lo largo de la historia y que, con seguridad, representa aún un camino largo por recorrer.

Resulta innegable que, en las últimas tres décadas los avances científicos y tecnológicos se dan con mayor rapidez. Hoy en día, no resulta extraño ver que lo que es una novedad, en pocos meses deja de serlo, ya sea porque se lanza un nuevo producto o porque desde los laboratorios y fábricas ya se está trabajando prototipos, diseños, sistemas o fórmulas que buscan mejorar lo que hoy es novedoso, encontrándonos en una continua competencia por superar lo ya alcanzado. La gran mayoría de estos avances han tenido una incidencia directa en que las vidas de las personas sean más sencillas, lo cual no es algo negativo, pero cabría preguntarse ¿hasta dónde eso es razonable o cuál es el límite?

---

<sup>1</sup> Abogado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Derecho Arbitral, Contrataciones del Estado y Protección de Datos Personales. Asociado Senior del Área Corporativa del Estudio Torres y Torres Lara Abogados.



Este escenario nos plantea muchos retos y cuestionamientos, más aún en la coyuntura actual, en la que, el estilo de vida en todo el mundo y las formas de hacer las cosas han cambiado y, en donde muchas personas y actividades han tenido que reinventarse como consecuencia de las medidas adoptadas para controlar la pandemia del COVID19. Hemos visto cómo la economía de las personas, de las empresas y de los Estados se han visto afectados a nivel mundial como resultado de esta paralización casi total de actividades y del comercio. En este contexto, la tecnología se presenta como una alternativa real y presente, como un aliado y un mecanismo para la reactivación y adecuación de estas actividades, entre ellas los procesos arbitrales.

Para los efectos del presente artículo se analizará si nos encontramos preparados para hacer uso de esta tecnología en materia de los procesos arbitrales, tema que viene siendo tratado en la doctrina hace ya algún tiempo y que, inclusive, se ha venido implementando en algunos aspectos en los procesos arbitrales vigentes, para facilitar la presentación de todo tipo de escritos y la comunicación de los árbitros con las partes. A la fecha, estas reglas han tomado una importancia significativa frente a las restricciones de movilidad y medidas protección a la salud adoptadas por el gobierno peruano y que originaron la suspensión del trámite de los procesos arbitrales, con el consiguiente perjuicio para las partes, quienes vieron frustradas sus expectativas de una solución rápida para el conflicto que las involucra, y es que, el arbitraje por su naturaleza, a diferencia de los procesos ventilados en el poder judicial, se caracteriza de manera general por dos aspectos: (i) la resolución del conflicto en un tiempo mucho menor que la justicia ordinaria (poder judicial) y (ii) una solución más especializada por parte de quienes han sido elegidos para resolver la controversia (árbitros).

## **II. ANTECEDENTES: ORÍGENES DEL ARBITRAJE Y SU CONCEPTO ACTUAL.**

Se dice que *"el arbitraje tiene orígenes y precedentes históricos que se confunden con la historia del derecho y de la humanidad"*.<sup>2</sup>

El conflicto y controversias es inherente a las relaciones humanas, pues existen aspectos donde los derechos y/o expectativas de una persona o grupo de personas pueden colisionar con los derechos y/o expectativas de otros, y es ahí donde surge la necesidad de contar con un mecanismo de solución de conflictos, siendo la solución heterocompositiva la ideal para evitar que dichas partes recurran a la autotutela o uso de la fuerza para imponer su posición.

Pero no siempre el Estado, como lo entendemos hoy, tuvo a su cargo esta función. Podríamos decir que esta función jurisdiccional reconocida en todos los sistemas legales y Estados surge de la propia acción de las personas quienes se fueron organizando y formando parte de un grupo mayor con intereses superiores, sujetos a reglas cada vez complejas. En principio, las familias dejaron su núcleo para integrarse en clanes, luego en tribus, identificadas por un tema sanguíneo o de afinidad, ya sea territorial o similar; posteriormente estos grupos dejaban este círculo de relaciones y comenzaban a integrarse a un grupo cada vez mayor de personas, impulsadas por una conciencia de supervivencia y poder, dando paso a la época de los imperios, feudal y de los reinados, donde el aspecto territorial y económico, sumado a la conquista y la sumisión de pueblos, resultaban ser predominantes para determinar la autoridad al interior de estos, y finalmente, se da paso al desarrollo de la idea de nación donde aspectos culturales, históricos, económicos, raciales, territoriales, religiosos, etc., crean la convicción en distintos grupos de personas de ser parte de un conjunto mayor, asentado en un determinado territorio bajo una determinada organización, surgiendo de esta forma los Estados modernos, en donde por regla

---

<sup>2</sup> ZAPPALA, Francesco. « Universalismo histórico del arbitraje ». *Vniversitas*, julio-diciembre de 2010, n.º 121, p. 196.

general, es el Estado quien cuenta con el monopolio de la administración de justicia, en lo que conocemos como jurisdicción.

Como se podrá apreciar, fueron inicialmente las partes quienes luego de pasar por mecanismos de autotutela o autocomposición, descubrieron la necesidad natural de que un tercero con la autoridad y poder suficiente para garantizar el cumplimiento de su decisión fuera quien estuviera a cargo de resolver el conflicto, es así que, dentro del desarrollo general que hemos efectuado, sería el jefe del clan (cargo que usualmente recaía en el *paterfamilias* o el miembro de mayor edad del clan o el jefe de la tribu, el emperador, el dueño de las tierras o señor feudal, reyes o sus representantes locales), quien ostentaba esta facultad y cuya decisión era la que ponía fin al conflicto. En algunos casos esta decisión no se consideró correcta por alguna de las partes, lo cual motivó que no fuera respetada, dando lugar a que, en ejercicio del poder que ostentaba quien decidió la solución al conflicto, se aplicara algún tipo de sanción moral, económica o física a quien no acatará su decisión, creándose así, con el paso del tiempo, la conciencia y costumbre de respetar este orden que permitía superar de una manera racional los conflictos y continuar con el desarrollo de las sociedades.

Detengámonos unos momentos para visualizar cómo pudo ser esa resolución del conflicto en sus orígenes, donde las partes sometían su controversia a una persona elegida por ellos para que la resolviera y quien, ante la falta de leyes generales escritas debía tomar una decisión basada en conocimiento y su criterio de justicia, lo cual fue variando con el tiempo conforme se fueron volviendo más complejas las relaciones, encontrando su primer antecedente en el derecho romano (en la Ley de las XII tablas), posteriormente, conforme se fueron desarrollando los Estados, se originó la necesidad de crear normas que regulen de manera general las actividades en todos sus aspectos.

En resumen, podemos señalar que el arbitraje en su esencia y concepto es anterior al nacimiento de los Estados (entiéndase estos ya sea como los antiguos imperios o como los modernos); nació como un mecanismo autónomo y natural ante la necesidad de contar con una resolución de conflictos de manera pacífica y neutral.

Al día de hoy, el arbitraje se constituye como un método heterocompositivo de solución de controversias de carácter privado, mediante el cual las partes delegan de manera voluntaria una determinada controversia a un tercero imparcial, otorgándole el poder y autoridad suficiente para aplicar una solución definitiva del conflicto.

En palabras de Roque J. Caivano (Caivano, 1998), el arbitraje comparte con el sistema judicial la característica de ser adversarial y adjudicativo. El tercero neutral no auxilia a las partes para que estas acuerden la solución, sino que se las impone mediante el dictado de un laudo, igual -en sus efectos- a una sentencia judicial. Ahora bien es importante señalar que tiene innumerables ventajas respecto del litigio judicial: por un lado, por su origen privado, las partes tienen la posibilidad de crear un arbitraje a la medida del caso y de elegir a la persona del árbitro y, por otro lado, es más informal, más confidencial, más flexible, más rápido y puede tener menores costos.

### **III. EN QUIÉNES PUEDE RECAER.**

El arbitraje no siempre estuvo al alcance de todas las personas como sucede hoy en día; la historia ha demostrado que en épocas pasadas no todas las personas gozaban de los mismos derechos, había inclusive quienes eran considerados como cosas y por lo tanto, podían ser despojados de sus posesiones y pertenencias. Es más, resulta evidente que al tener el arbitraje como primer

antecedente normativo el Derecho Romano, este solo era aplicable a quien era considerado como ciudadano, situación que fue cediendo terreno conforme se avanzaba con el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas sin ninguna distinción.

En la actualidad, resulta difícil imaginar que alguna persona pueda ser excluida por alguna determinada condición personal, de poder acceder a este mecanismo de resolución de conflictos; sin embargo, se debe tener presente que, si bien en esencia el arbitraje tiene su origen en la voluntad de las partes, existen algunos casos expresamente previstos por la ley, en los cuales este mecanismo resulta de concurrencia obligatoria, como sucede por ejemplo en los contratos celebrados bajo el marco legal de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. Es así como, dentro de las clasificaciones que se pueden dar al arbitraje, encontramos el arbitraje voluntario y el arbitraje forzoso.

#### **IV. PROCESOS ARBITRALES EN LA DÉCADA PASADA FRENTE A PROCESOS ARBITRALES EN LA ACTUALIDAD.**

Todo trámite, procedimiento administrativo, proceso judicial o arbitral y cualquiera de similar naturaleza se caracterizaba en la década pasada por el soporte físico de sus actos, que no es más que otra cosa, que la presentación y actuación por escrito de cualquier solicitud o acto al interior de dichos procedimientos o procesos.

Veamos de manera sucinta cómo se estructuraban los procesos arbitrales. En primer lugar, todo proceso arbitral tiene su origen en el acuerdo de la partes, voluntad que se ve reflejada en el convenio arbitral contenido, por lo general, en el contrato que se celebra, no siendo esta la única opción, pues las partes podrían ponerse de acuerdo en aceptar este mecanismo de solución de controversias, de manera posterior o bajo otra forma; sin embargo, para efectos de esta explicación nos manejaremos bajo la premisa de la existencia del convenio arbitral, el cual además, de acuerdo a la legislación anterior (Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje) debía constar por escrito bajo sanción de nulidad.

Frente a la existencia de una determinada controversia entre las partes, la parte interesada comunica por escrito a su contraparte la voluntad de activar el mecanismo de solución de conflictos acordado en virtud del convenio arbitral, denominándose a esta comunicación como "solicitud de arbitraje", la cual debía ser contestada, también mediante comunicación por escrito. Luego, se pasaba al procedimiento de designación de árbitro u árbitros, con la respectiva comunicación a estos sobre dicho nombramiento de manera física, ya sea por las partes o por la institución correspondiente; y, una vez constituido el Tribunal Arbitral, se convocaba a las partes a una audiencia de instalación, en la cual se fijaban las reglas que regirían el arbitraje, para finalmente pasar a lo que es propiamente el proceso, con la presentación de la demanda y sus respectivas pruebas, contestación de demanda (reconvención, si la parte demandada lo estimaba pertinente), escritos con peticiones de forma y de fondo, realización de audiencias y la emisión del laudo que pone fin al conflicto.

Cabe precisar que bajo los alcances a la Ley de Arbitraje anterior (Ley N° 26572), el laudo podía ser objeto de recurso de apelación ante el poder judicial, lo cual representaba un contrasentido para lo que implica la institución arbitral como mecanismo alternativo de solución de controversias. En la actualidad, el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el Arbitraje, ha determinado acertadamente, que el laudo arbitral solo podrá ser objeto de recurso de anulación ante el Poder Judicial por causales expresamente previstas en la ley, las cuales no permiten revisar el fondo de la decisión adoptada en la instancia arbitral, sino tan solo aspectos formales en

garantía del debido proceso, respetándose de ese modo la autonomía de la institución del arbitraje.

Todos los actos descritos previamente, al tener que realizarse de manera física, implicaban el traslado presencial a la sede arbitral para la presentación de los documentos, los cuales eran a su vez recogidos en un expediente original conservado por el secretario arbitral (persona designada por los árbitros para la administración del proceso en el caso de arbitrajes ad hoc, o por la institución arbitral en el caso de arbitrajes institucionales), permitiéndose a las partes llevar lo que se denomina en la práctica un "falso expediente", conformado por los cargos o copias de los escritos que eran presentados por las partes, además de las resoluciones emitidas en el proceso, actas de audiencias, y en suma todo documento relacionado al proceso. La consigna era la siguiente: "el falso expediente tiene que ser un espejo del original"; con ello, se garantizaba el contar con todos los elementos de los que disponían los árbitros para poder determinar la mejor estrategia legal. A nivel de audiencias, estas requerían necesariamente que las partes o sus representantes debidamente acreditados asistan de manera presencial, a diligencias que, como era lógico, generaban la emisión de un acta física que sería firmada por los participantes.

Si retrocedemos un poco más en el tiempo, era común sentarse frente a una máquina de escribir, colocar tantas hojas como copias se requería obtener intercaladas con papel carbón, contar con un corrector a la mano –por si se cometía algún error al tipear que tuviera que corregirse–, y preparar los documentos para su presentación.

El proceso arbitral en la actualidad no difiere en mucho de lo antes señalado, sigue los mismos pasos y etapas del proceso arbitral de la década pasada; sin embargo, lo que sí ha variado es la forma de cómo se llevan a cabo estos. Un cambio significativo es que las máquinas de escribir han dejado de existir para la redacción de los recursos, solicitudes, escritos y cualquier otro documento, siendo reemplazadas por las computadoras donde se almacenan o graban los documentos; el papel carbón ha sido desplazado por las fotocopias y por la posibilidad de imprimir en las computadoras cuantas copias requiramos del documento elaborado, pero además, y lo que es más importante, el uso del correo electrónico, grabaciones de video y teleconferencias, han permitido que los procesos arbitrales den un paso importante hacia su digitalización.

De esta forma, en la actualidad, dentro de las reglas de proceso arbitral se contempla la posibilidad de utilizar soportes magnéticos, de presentar escritos y ser notificados con las resoluciones emitidas en el proceso mediante correo electrónico, de realizar audiencias de forma no presencial, sobre todo en el caso de los árbitros, de grabar en video las audiencias realizadas, entre otros mecanismos sustentados en herramientas digitales. Todas estas innovaciones constituyen manifestaciones de parte de lo que viene desarrollándose en el mundo jurídico como arbitraje digital.

#### **V. DESDE EL CONVENIO ARBITRAL: ACEPTACIÓN DE MEDIOS ELECTRÓNICOS.**

La contribución de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ("UNCITRAL", por sus siglas en inglés) al arbitraje y, en específico, a nuestro marco legal nacional vigente, es significativa. La Ley Modelo de 1985 contemplaba que el convenio arbitral debía constar por escrito, ya sea a través de un documento firmado por las partes o en medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. Veamos un fragmento del artículo 7 de la Ley Modelo de 1985:

"El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo de arbitraje consta por escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia del acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra". (El subrayado es agregado)

En el pasado, nuestra normativa contemplaba que el convenio o compromiso arbitral debía celebrarse por escrito, bajo sanción de nulidad. Demostración de ello se encontraba en el artículo 1910° del Código Civil peruano, y posteriormente, en el artículo 10° de la derogada Ley N° 26572, Ley de Arbitraje. Con lo señalado, podemos apreciar la existencia de una formalidad *ad solemnitatem* recaída en la forma en la que debía celebrarse un convenio arbitral para determinar su validez.

Posteriormente, El 7 de julio de 2006, la UNCITRAL aprobó enmiendas del artículo 7° de la Ley Modelo, antes citado, con el objeto de modernizar el requisito de la forma para los acuerdos arbitrales y observar más estrictamente las prácticas contractuales internacionales. De esta manera, el referido artículo, en la parte que corresponde a la forma del convenio arbitral, quedó redactado como se cita a continuación:

"(...) 3) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

4) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por "comunicación electrónica" se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.(...)"

Teniendo presente estos antecedentes, en el 2008 se promulgó el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje, en la cual, recogiendo la experiencia nacional acumulada, la experiencia comparada a nivel de tratados, leyes, reglamentos arbitrales, jurisprudencia y en general la práctica arbitral internacional, se contempla que el convenio arbitral puede constar bajo *cualquier forma* que pueda acreditar el *consentimiento*, extendiéndose de esta manera la palabra "escrito" a un sinnúmero de posibilidades. La redacción actual de lo referido a la forma del convenio arbitral en soportes electrónicos se encuentra en el artículo 13° de la norma, que establece lo siguiente:

"(...) 3. *Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.*

4. *Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por "comunicación electrónica" se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax. (...)"*

Como se advierte, la redacción es bastante similar a la de la Ley Modelo de la UNCITRAL, y el objeto de su adaptación a nuestro contexto legal fue adoptar un esquema más flexible y acorde

al mundo de los negocios, en los que una interpretación excesivamente literal del requisito de que el convenio arbitral conste por escrito resultaba contraria a los usos y prácticas del comercio.

De esta forma, *"parece evidente que el requisito de que el convenio arbitral conste «por escrito» es perfectamente compatible con su formalización por medios electrónicos"* (García-Margallo Gomendio & De Ulloa Solís-Beaumont, 2019).

De Miguel Asensio<sup>3</sup> defiende nuestro criterio, de manera acertada, al señalar que *"no cabe negar la validez, en cuanto a la forma, por el hecho de que un convenio arbitral se haya concluido mediante el envío de mensajes de correo electrónico o a través del contacto interactivo con páginas web siempre que este tenga lugar, como es habitual en la práctica, en circunstancias que hagan posible la conservación del convenio arbitral en cualquier soporte por las partes"*.

Como advertimos, nuestro ordenamiento jurídico establece una serie de pautas generales respecto a los criterios que serían aplicables para lograr encontrar una equivalencia entre los documentos en soporte papel y las comunicaciones electrónicas, a efectos de configurar un convenio arbitral. De esta forma, son totalmente eficaces y válidos los convenios arbitrales resultantes de comunicaciones electrónicas, en la medida que consten en un soporte de ulterior consulta, habiendo pasado en el Perú de un esquema *Ad solemnitatem* a uno *Ad probationem*.

Podemos concluir que nuestro ordenamiento jurídico, en lo que respecta al arbitraje, muestra claros indicios sobre la influencia de la tecnología; sin embargo, no existe regulación específica para la administración de un arbitraje digital en su totalidad, ni mucho menos para salvaguardar aspectos de seguridad jurídica y técnica que se ven involucrados en esta práctica arbitral reciente.

Sin embargo, la solución se encuentra, finalmente, en la flexibilidad que reviste el arbitraje, y en la libertad que tienen los árbitros de fijar las reglas complementarias que resulten pertinentes, conforme veremos a continuación.

## **VI. ARBITRAJE DIGITAL EN EL PERÚ: ANTES Y DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19.**

Pese a la resistencia que podía existir en muchos ámbitos del derecho para adaptarse totalmente al mundo digital, en el caso del arbitraje, la cohesión de esta institución con las nuevas tecnologías se viene dando de manera paulatina, y antes del Estado de Emergencia declarado a nivel nacional por la pandemia del Covid-19, se podría decir que la digitalización de los procesos en algunos casos resultaba parcial, mientras que en otros prácticamente nula.

Fuera de las excepciones en las que los arbitrajes se llevaban a cabo enteramente de manera física, podríamos decir que en nuestro país se ha mantenido predominantemente un esquema mixto, pues en algunos casos arbitrales, sobre todo en los institucionales, se optó por llevar a cabo determinadas actuaciones de manera digital (como por ejemplo, la presentación de escritos y resoluciones de trámite vía correo electrónico), mientras que actuaciones de mayor relevancia (como la presentación de escritos postulatorios y audiencias) se seguían llevando a cabo de manera presencial o física.

En atención a lo expuesto, podemos afirmar que antes de la coyuntura nacional originada por la pandemia del Covid19, no se contemplaba el uso generalizado del "arbitraje digital", entendido como el tipo de arbitraje que se lleva completamente a través de soportes electrónicos y con el

---

<sup>3</sup> DE MIGUEL ASENSIO, Pedro de Miguel. *Derecho privado de Internet*. Madrid: Aranzadi, 2015, pp. 1041 y ss.

aprovechamiento de las nuevas tecnologías, en el que no existe interacción física entre las partes involucradas, el tribunal arbitral, ni el centro de arbitraje, siendo un proceso arbitral a distancia.

Ahondando en la definición de "arbitraje digital", podemos encontrar una aproximación al concepto en palabras de Mohamed S. Abdel Wahab, quien define al arbitraje digital (*e-arbitration*), de la siguiente forma: "*el e-arbitration, en sentido estricto, significaría la integración de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs) en los procedimientos arbitrales, en la medida en que estos últimos se lleven a cabo total o sustancialmente en línea. Esto implicaría que las solicitudes, presentaciones, audiencias y laudos sean realizados en línea.*"<sup>4</sup>

Nuestra realidad se ha visto seriamente afectada por la pandemia originada por el Covid-19. Podemos decir con certeza que esta situación ha acelerado el proceso de transformación digital de una manera insospechada, la cual se venía instaurando a un ritmo pausado en los distintos campos de la actividad humana en nuestro país y casi como consecuencia natural de aprovechar aquello que la tecnología ponía a nuestro alcance en la vida diaria. En cuanto al arbitraje, actualmente ha existido una adaptación casi total a la nueva coyuntura, prácticamente de manera obligatoria y necesaria para poder continuar con los procesos, la misma que ha sido promovida por centros arbitrales de prestigio y por tribunales arbitrales en arbitrajes ad hoc, que han buscado coadyuvar con una eficiente administración de los procesos en curso de manera virtual, así como los que se inicien en adelante.

La conversión a lo digital del arbitraje representa un beneficio en varios sentidos. Para las partes, se evita frustrar su derecho al acceso a la justicia (una paralización total de los procesos arbitrales resultaría hasta cierto punto, vulnerativa de este derecho); y, además, las operaciones producidas o llevadas a cabo a través de medios electrónicos o digitales, representan un costo económico mucho menor al que implica el trámite de arbitrajes de manera presencial y con la utilización de medios físicos.

No existe ningún obstáculo legislativo para la virtualización total del arbitraje, lo cual, de acuerdo a las disposiciones del Decreto Legislativo N° 1071 referidas a la libertad en la organización de las actuaciones, así como la potestad del Tribunal Arbitral de dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las actuaciones arbitrales, sería totalmente factible y adecuado.

En ese sentido, a nivel nacional, podemos ver cómo algunas instituciones arbitrales, en el contexto de la pandemia generada por el Covid-19, han aprobado ajustes a su Reglamento de Arbitraje, para facilitar los arbitrajes virtuales, estableciéndose lineamientos que permitieran a las partes y a los tribunales arbitrales adoptar medidas y decisiones destinadas a proseguir con los casos que se encontraban suspendidos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, lo cual ha permitido continuar con los arbitrajes y realizar las audiencias por medios virtuales.

Entre estos centros de arbitraje, por citar algunos ejemplos, tenemos, el de la Cámara de Comercio de Lima, el del Colegio de Abogados de Lima y el de la Pontificia Universidad Católica del Perú, que han emitido distintas notas informativas y comunicados con las instrucciones que deben seguirse para darle continuidad a los arbitrajes en curso y a los que están por iniciarse, a través

---

<sup>4</sup> **Mohamed Abdel S. Wahab**, "*ODR AND E-ARBITRATION: Trends & Challenges*", en *Online Dispute Resolution: Theory and Practice : A Treatise on Technology and Dispute Resolution*, por Mohamed Abdel S. Wahab, Ethan M. Katsh, and Daniel Rainey, editado por Mohamed Abdel S. Wahab (The Hague: Boom Eleven International Publishing, 2012), 402. Traducción libre de, "*e-arbitration, strictu sensu, would mean the integration of ICTs into arbitral proceedings to the extent that the latter are conducted wholly or substantially online. This would include filings, submissions, hearings, and awards being made or rendered online.*"



de herramientas digitales. Las principales reglas incorporadas van desde el empleo de una mesa de partes virtual, la utilización del correo electrónico para el envío de notificaciones o comunicaciones del Tribunal Arbitral, las partes, sus representantes o abogados, hasta la celebración virtual de audiencias a través de plataformas digitales.

Como dato adicional, resaltamos que la adopción de mecanismos virtuales para llevar a cabo audiencias no se ha limitado únicamente al arbitraje, sino a otros ámbitos, así vemos, cómo el Poder Judicial sigue administrando justicia durante el Estado de Emergencia Nacional a través de medios digitales; y, Organismos Públicos como el INDECOPI, han contemplado la posibilidad de llevar a cabo reuniones virtuales de la Junta de Acreedores en los procedimientos concursales previstos en la Ley General del Sistema Concursal y/o en otras normas especiales de naturaleza concursal, regulando a través de la Directiva 001-2020-DIR-COD-INDECOPI lo referente a esta implementación y formalidades para su realización. Esto por señalar algunos ejemplos de estas prácticas que cada día son más generalizadas.

## VII. PRÁCTICAS INTERNACIONALES.

A nivel internacional, las Reglas de la International Bar Association sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Internacional, definidas en su prólogo como un "*recurso para las partes y los árbitros con el objeto de permitirles conducir la fase de pruebas de los procedimientos de arbitraje internacional de una manera eficiente y económica*", y que proporcionan mecanismos a las partes y árbitros para la presentación de documentos, testigos, peritos e inspecciones, así como para la conducción de las audiencias de pruebas, contemplan en su artículo 8(1), la posibilidad de llevar a cabo Audiencias virtuales, en casos excepcionales.

Asimismo, como pautas de similar naturaleza a las señaladas en el párrafo anterior tenemos las "Reglas de Praga sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional", firmadas el 14 de diciembre de 2018, y que, de acuerdo con su preámbulo, son directrices que pretenden proporcionar a los tribunales arbitrales y a las partes, pautas o sugerencias para incrementar la eficiencia del arbitraje, potenciando un papel más activo de los tribunales arbitrales en la tramitación de los procedimientos. Estas reglas, en sí mismas, no reemplazan las ya fijadas por instituciones o tribunales arbitrales, sino que están diseñadas para complementar el procedimiento.

De esta forma, el artículo 8(8.2) de las mencionadas reglas contemplan la posibilidad de celebrar audiencias virtuales, advirtiéndose de esta forma cómo es que internacionalmente, antes incluso de la pandemia originada por el Covid-19, se concebía como una práctica aceptada la virtualización de determinados actos y diligencias procesales:

*"(...) Si una de las partes solicita la celebración de una audiencia o el tribunal considera procedente su celebración, las partes y el tribunal organizarán la misma de la manera más eficiente posible, incluyendo la posibilidad de limitar su duración y la utilización de video y comunicaciones electrónicas o telefónicas para evitar que los demás miembros del tribunal arbitral, partes y otros participantes incurran en gastos innecesarios de desplazamiento.(...)"* (Subrayado agregado)

El reglamento de la Corte de Arbitraje de Londres (en adelante LCIA) en su artículo 4(4.1), por ejemplo, contempla que la comunicación electrónica (a través de e-mail u otros) sea un medio eficaz para presentar comunicaciones durante el desarrollo del arbitraje, siempre que quede constancia de dicha transmisión<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> **London Court of International Arbitration. LCIA Arbitration Rules (2014).** Disponible en: [http://www.lcia.org/Dispute Resolution Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx](http://www.lcia.org/Dispute%20Resolution%20Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx)

Ahora, dada la circunstancia excepcional en la que nos encontramos a nivel internacional, instituciones arbitrales de todo el mundo han tenido que dejar de lado por completo esquemas tradicionales y adoptar el uso total de herramientas tecnológicas. De esta forma, se ha generado la concepción de que, por ejemplo, una audiencia virtual con herramientas digitales audiovisuales tiene la misma validez y autenticidad que una audiencia llevada a cabo de forma presencial.

Algunos ejemplos de las instituciones arbitrales a nivel mundial que han adoptado medidas destinadas a la atención y trámite virtual de los procesos arbitrales, con ocasión de las medidas adoptadas por los distintos gobiernos como resultado de la pandemia del Covid-19, son las siguientes: Corte de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago; CIADI Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones; ICDR-AAA International Centre for Dispute Resolution – American Arbitration Association; ICC Arbitration Court; Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; CIAM Centro Internacional de Arbitraje de Madrid.

### **VIII. DIFICULTADES QUE PUEDE TRAER CONSIGO LA VIRTUALIZACIÓN DEL ARBITRAJE.**

La virtualización del arbitraje permite disponer de mayores facilidades para todos quienes forman parte del proceso arbitral, sean partes o árbitros, habiendo sido posibles estos cambios gracias a los avances que pone a nuestro alcance la tecnología, que van desde el uso de las computadoras personales y celulares que permiten desarrollar las tareas de manera remota, hasta el uso de plataformas virtuales para reuniones no presenciales, pasando por la interconexión, el almacenamiento y disposición de archivos digitales, así como el acceso a innumerables fuentes de información.

Sin embargo, la transición al arbitraje completamente digital puede traer consigo ciertas dificultades, ya sea por condiciones externas a los participantes del arbitraje o incluso por malas prácticas de las propias partes, lo cual puede perjudicar el trámite adecuado de las actuaciones arbitrales e incluso incidir negativamente en el resultado del proceso.

En primer lugar, abordaremos las potenciales prácticas negativas que pueden afectar la integridad del proceso arbitral, las mismas que pueden abarcar acciones que colindan con los límites de la ética, y pueden desencadenar en un abuso del derecho a un debido proceso.

La posible conducta adversa de las partes, sus representantes o abogados en el curso de las actuaciones arbitrales puede ser considerada como un comportamiento de mala fe o una "táctica de guerrilla", entendiéndose este término como aquél que describe aquellas acciones percibidas como hostiles, desplegadas por las partes en el arbitraje, en un intento de obtener una ventaja sobre la parte contraria. A la fecha, no existe una delimitación clara sobre qué acciones constituyen necesariamente este tipo de malas prácticas en el arbitraje; por este motivo, muchas veces una conducta que puede ser asociada con una "táctica de guerrilla" o de mala fe, puede ser defendida como una estrategia legítima para defender intereses propios de las partes.

Pues bien, el entorno digital no es ajeno a la concurrencia de este tipo de conductas, las cuales tienen por objeto lograr la dilación de las actuaciones arbitrales e incidir negativamente en el proceso arbitral, con la finalidad de obtener una ventaja en el trámite del proceso. Dentro de estas conductas se encuentran, por ejemplo, el indebido empleo de los medios digitales en la presentación de escritos y documentación solicitada en el arbitraje, para generar dilaciones innecesarias o, incluso, inducir al tribunal arbitral o secretario (quien gestiona normalmente la información) a dar cuenta de la presentación de información que en la realidad no resultaba válida

(por ejemplo, si el secretario arbitral no corrobora los enlaces enviados por las partes en los que señalan que remiten determinada información, podría darse el supuesto de que, en realidad, el enlace esté dañado o que la información contenida en este sea incompleta, incompatible con un determinado servidor o que sea posteriormente modificada). Por este motivo, además de la necesaria concurrencia del principio de buena fe en las actuaciones arbitrales, resulta necesario que los operadores del arbitraje sean sumamente diligentes y estén siempre atentos a los detalles que involucran la presentación de documentos y escritos a través de medios digitales para evitar cualquier contingencia posterior.

Por otro lado, advertimos la posibilidad de que estas “malas prácticas” concurren a su vez en lo que respecta a la realización de audiencias virtuales. Ejemplo de ello podría ser que, en una diligencia de esta naturaleza, una de las partes (en principio, la parte demandada) genere la apariencia de constantes problemas de conexión o problemas técnicos que afecten su participación, lo cual imposibilitaría la celebración de la audiencia e incluso podría generar su reprogramación; escenario que operaría claramente en su beneficio, al generarse con ello la dilación del proceso arbitral.

Como ya hemos señalado, la premisa general es que debe primar la buena fe en el trámite de las actuaciones arbitrales, siendo responsabilidad de las partes, sus representantes y/o abogados mantener una conducta proba en el transcurso del arbitraje. Asimismo, la virtualización total del arbitraje nos obligará a confiar más en la buena fe de la contraparte, pues no existirá una forma plena de corroborar que cualquier incidencia relacionada al trámite del arbitraje se deba a un problema real o sea una técnica dilatoria de mala fe. Pese a esto, será labor de los árbitros y de los secretarios arbitrales el ser especialmente diligente con el trámite virtual de las actuaciones, y estar atentos a cualquier táctica o estrategia dilatoria que pueda presentar alguna de las partes. Esto último deberá complementarse con reglas específicas y claras que permitan establecer de manera previa las conductas que pueden ser entendidas como “malas prácticas” y sus respectivas sanciones, lo cual estaría a cargo de los tribunales arbitrales y de los Centros de Arbitraje (esto en el caso de arbitrajes institucionales), e incluso a cargo de las propias partes.

Una de las consecuencias más contempladas en caso alguna de las partes incurra en acciones dilatorias o que podrían ser entendidas como de mala fe, es que estas acciones podrían ser meritadas negativamente en la condena de costos, luego de la evaluación respectiva, lográndose de esta forma sancionar adecuadamente las transgresiones en las que incurrió una de las partes durante el arbitraje.

De manera similar, podrían fijarse otras reglas que permitan establecer un orden específico en la forma de llevar las actuaciones arbitrales (fijar pautas para la presentación de documentación, establecer un formato específico del material audiovisual para que no existan incompatibilidades, entre otros), lo cual a su vez permitiría identificar con mayor facilidad si es que en un determinado supuesto ha existido mala fe de alguna de las partes o no. En el caso de audiencias, determinar reglas específicas de tipo procesal y técnico, realizar pruebas anteriores a la Audiencia a llevarse a cabo que permitan corroborar la disponibilidad de los equipos y el cumplimiento de las especificaciones técnicas mínimas necesarias, de tal forma que se asegure una correcta participación de las partes y de los árbitros en estas diligencias.

Como un segundo grupo de las dificultades que podrían repercutir negativamente en la concurrencia del arbitraje digital, están aquellas que son externas a las propias partes y que no revisten actitudes de mala fe, constituidas por las diferencias propias de las condiciones sociales en países subdesarrollados, o de los recursos con los que una de las partes cuenta para asegurar su participación en un arbitraje digital. En este extremo, de tramitarse un arbitraje digital pese a

la existencia de brechas tecnológicas entre dos partes determinadas, podría impactarse negativamente en el derecho al debido proceso de la parte en desventaja, por lo que estos aspectos deben ser cuidadosamente revisados por los tribunales arbitrales que se constituyan.

Por otro lado, el uso generalizado del internet en los últimos meses ha representado que se creen dificultades propias de dicho uso masivo, generándose un colapso en el ancho de banda o en la velocidad de la red, lo cual, en algunos casos, impide que se lleven a cabo con fluidez las teleconferencias programadas, obstaculizándose el correcto desarrollo de audiencias. Por ello, el arbitraje virtual podría implicar, en este sentido, la necesidad de realizar una inversión adicional en recursos informáticos.

Sin perjuicio de lo señalado, es innegable que las ventajas del uso de las tecnologías de la información en el arbitraje han venido marcando una pauta considerable a nivel internacional y han reforzado aquella visión que transmite el arbitraje, referida a su amplia flexibilidad para adaptarse al cambio sin comprometer su eficiencia. De esta forma, la transformación digital en el arbitraje seguirá perfeccionándose únicamente con el trabajo conjunto de las instituciones arbitrales, los árbitros y las partes, quienes deberán tomar un rol activo en la implementación y aplicación de las pautas y directrices que sean necesarias y que aseguren, a su vez, las buenas prácticas en el arbitraje digital.

## **IX. CONSIDERACIONES FINALES.**

El convenio arbitral celebrado a través de medios electrónicos tiene y conserva plena eficacia y validez en nuestro ordenamiento jurídico, en la medida que conste en un soporte que permita su ulterior consulta. Así, encontramos que, desde el origen del arbitraje, constituido por la voluntad de las partes, se advierte la coexistencia con las nuevas tecnologías de la información.

La digitalización del arbitraje es, a la fecha, una realidad incuestionable. En nuestro país, se ha pasado de un esquema mixto (entre trámite virtual y físico del arbitraje) a un sistema en el que predomina el uso de las tecnologías de la información y comunicación para llevar a cabo las actuaciones arbitrales. Este cambio, en definitiva, se ha visto acelerado con ocasión del Estado de Emergencia declarado como efecto de la pandemia del Covid-19.

La utilización de las nuevas tecnologías para el trámite de los procesos arbitrales podría implicar la existencia de dificultades, ya sea por condiciones ajenas a las partes o por actos empleados por estas como tácticas dilatorias de mala fe. Estas contingencias pueden prevenirse a través de una correcta delimitación de reglas, y el trabajo conjunto de las partes, instituciones arbitrales, secretarios arbitrales y árbitros para asegurar un desenvolvimiento de las actuaciones de la mano de la buena fe, con miras a mantener las exigencias y estándares adecuados para el correcto desarrollo del arbitraje.

El arbitraje digital es una realidad y ha servido en las circunstancias actuales como un mecanismo necesario y útil para la continuación de los procesos arbitrales a través de los medios tecnológicos que la ciencia pone a disposición de la sociedad, lo cual si bien es desde todo punto de vista algo positivo, plantea dos retos inmediatos, el primero: velar porque la necesidad de contar con recursos tecnológicos no genere un trato diferenciado hacia las partes, que permita una ventaja de una respecto de la otra, y el segundo: asegurar la confidencialidad y protección de la información que se transmita a través de dichos medios digitales, a fin de cumplir con la confidencialidad establecida en el artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1071 - Ley de Arbitraje.

Así pues, tenemos que no basta con digitalizar el proceso arbitral a través del uso de los recursos tecnológicos para realizar los actos propios del proceso, sino que además, implica brindar al proceso y a la información contenida en él, las medidas de protección y seguridad que su naturaleza lo requiere.

#### **X.REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.**

Caivano, R. (1998). *Negociación, Conciliación y Arbitraje: Mecanismos Alternativos para la resolución de conflictos*. Lima: Asociación Peruana de Negociación, Arbitraje y Conciliación (APENAC).

García-Margallo Gomendio, C., & De Ulloa Solís-Beaumont, C. (2019). La cláusula arbitral en el contexto de las (ya no tan) nuevas tecnologías. *El Convenio Arbitral*.

Mohamed Abdel S. Wahab, "ODR AND E-ARBITRATION: Trends & Challenges", en *Online Dispute Resolution: Theory and Practice : A Treatise on Technology and Dispute Resolution*, por Mohamed Abdel S. Wahab, Ethan M. Katsh, and Daniel Rainey, editado por Mohamed Abdel S. Wahab (The Hague: Boom Eleven International Publishing, 2012), 402.

De Miguel Asensio, Pedro de Miguel. *Derecho privado de Internet*. Madrid: Aranzadi, 2015, pp. 1041 y ss.

Zappala, Francesco. « Universalismo histórico del arbitraje». *Universitas*, julio-diciembre de 2010, n.º 121, p. 196.



# **VIDEOJUEGOS DIGITALES: UN VISTAZO TRIBUTARIO A SU COMERCIALIZACIÓN**

Autores:  
**Indira Navarro Palacios**  
**Carlos García Donayre**

---

# VIDEOJUEGOS DIGITALES: UN VISTAZO TRIBUTARIO A SU COMERCIALIZACIÓN HACIA EL EXTERIOR

**Indira Navarro Palacios<sup>1</sup>**  
**Carlos Saúl García Donayre<sup>2</sup>**

## **SUMARIO:**

- I. Introducción.
- II. Concepto Clave.
- III. Videojuegos digitales y su tributación.
- IV. Videojuegos digitales y su tributación mediante el uso de tiendas virtuales.
- V. Aplicación de los instrumentos para evitar la doble imposición en la comercialización de videojuegos digitales a través de tiendas virtuales no domiciliadas.
- VI. Principales Conclusiones,

## **I. INTRODUCCIÓN.**

En los últimos años se ha podido observar un crecimiento económico importante en la industria global de los videojuegos. Este crecimiento se debería, entre otros factores, a que las compañías de videojuegos optaron por cambiar su método de distribución física a uno digital, lo cual les ha permitido generar mayores ingresos por la amplia demanda que ha tenido la adquisición de videojuegos en formatos digitales, sobre todo, mediante el uso de tiendas virtuales como Steam, Epic Games Store, Nintendo Eshop, PlayStation Store, entre otros.

En el Perú, los videojuegos digitales representan un mercado atractivo en desarrollo. Cada vez existen en el Perú más empresas que optan por el desarrollo y la posterior comercialización de videojuegos digitales por la alta demanda que existe a nivel internacional y en el país.

En ese sentido, el presente artículo tiene por objeto brindar los aspectos tributarios generales que se deberán considerar en caso se opte por el desarrollo de videojuegos para su comercialización en formato digital desde Perú hacia el exterior, mediante el uso de tiendas virtuales. Es vital conocer los alcances tributarios de estas nuevas vinculaciones económicas si deseamos llegar a tener una noción más real de los costos de incursionar en esta actividad.

---

<sup>1</sup> Socia y Jefa del Área Tributaria del Estudio Torres y Torres Lara Abogados. Máster en Tributación y Política Fiscal por la Universidad de Lima.

<sup>2</sup> Abogado Asociado del Área Tributaria del Estudio Torres y Torres Lara Abogados. Especialista en Derecho Tributario.



Por lo expuesto, a continuación compartimos algunos elementos que nos permitirán conocer de cerca, los principales temas tributarios a los que les debemos poner atención si expandimos dicha actividad hacia el exterior.

## II. CONCEPTOS CLAVE.

Es importante recordar que, si estamos evaluando incursionar en el mercado de videojuegos, debemos aproximarnos previamente a ciertos conceptos que nos permitirán poder acercarnos a este mercado.

A continuación definiremos los conceptos básicos que necesitamos conocer:

### 2.1 Videojuegos.

De acuerdo con la Guía de Derecho de autor para creadores y productores de videojuegos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad (INDECOPI):<sup>3</sup> *“los videojuegos son creaciones intelectuales interactivas destinadas al entretenimiento de sus usuarios. Dichas creaciones contienen varios elementos tales como obras y producciones audiovisuales, obras musicales, sonidos, obras literarias, obras de artes plásticas, entre otras, siendo indispensable la existencia de un programa de ordenador que permita la interconexión. Los videojuegos son obras multimedia<sup>4</sup> pues están compuestos de varios elementos que, a través de un programa de ordenador, permiten al usuario de los mismos interactuar, por lo que dichas creaciones son consideradas obras de naturaleza compleja. Así, son destacables en el videojuego la presencia principalmente de una obra o producción audiovisual y de un programa de ordenador (software).”*

En ese sentido, podemos señalar que un videojuego es un software que se emplea para el entretenimiento de las personas, y como tal, este videojuego (software) se encuentra protegido por el derecho de autor.

### 2.2 Desarrollador de videojuegos.

Como su nombre lo indica, el desarrollador es quien produce el juego. Así, por ejemplo, podrá ser considerado como desarrollador de un videojuego una empresa que reúne a un grupo de programadores para que desarrollen un determinado videojuego bajo su dirección.<sup>5</sup>

El desarrollador, al ser el propietario, posee todos los derechos patrimoniales vinculados al videojuego.

Al respecto, el derecho patrimonial comprende, entre otros<sup>6</sup>, el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

---

<sup>3</sup> INDECOPI. Guía de Derecho de autor para creadores y productores de videojuegos. Véase en: [https://www.indecopi.gob.pe/documents/20787/320184/CARTILLAS\\_videojuegos.pdf/fb614fc3-71e2-c2a9-eea7-ee3b464544e0](https://www.indecopi.gob.pe/documents/20787/320184/CARTILLAS_videojuegos.pdf/fb614fc3-71e2-c2a9-eea7-ee3b464544e0)

<sup>4</sup> De acuerdo con la referida Guía, la obra multimedia es una creación digital que combina, a través de un programa de ordenador, elementos pertenecientes a medios diversos, tales como el vídeo, el sonido, la imagen estática, la animación gráfica o el texto, permitiendo al usuario interactuar con su contenido.

<sup>5</sup> INDECOPI. Guía de Derecho de autor para creadores y productores de videojuegos. Véase en: [https://www.indecopi.gob.pe/documents/20787/320184/CARTILLAS\\_videojuegos.pdf/fb614fc3-71e2-c2a9-eea7-ee3b464544e0](https://www.indecopi.gob.pe/documents/20787/320184/CARTILLAS_videojuegos.pdf/fb614fc3-71e2-c2a9-eea7-ee3b464544e0)

<sup>6</sup> Además, el derecho patrimonial comprende, el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir: (i) la comunicación al público de la obra por cualquier medio; (ii) la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra; (iii) la importación al territorio nacional de copias de la obra hechas sin autorización del titular del derecho por cualquier medio

i) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento. La reproducción se define como la incorporación de la obra o producción intelectual en un soporte o medio que permita su comunicación, incluyendo su almacenamiento electrónico, y la obtención de copias de toda o parte de ella.

ii) La distribución al público de la obra. La distribución se define como la puesta a disposición del público, por cualquier medio o procedimiento, del original o copias de la obra, por medio de la venta, canje, permuta u otra forma de transmisión de la propiedad, alquiler, préstamo público o cualquier otra modalidad de uso o explotación.

Cabe agregar que, los desarrolladores usualmente explotan económicamente sus derechos patrimoniales a través de las siguientes modalidades:

a) La descarga del videojuego (solo código objeto o ejecutable) a través del Internet a cambio de una suma de dinero.<sup>7</sup> Esta modalidad implica el otorgamiento de una licencia de uso personal, la cual puede ser temporal o indefinida (permanente). La licencia se define como la autorización o permiso que concede el titular de los derechos (licenciante) al usuario de la obra u otra producción protegida (licenciataria), para utilizarla en una forma determinada y de conformidad con las condiciones convenidas en el contrato de licencia. A diferencia de la cesión, la licencia no transfiere la titularidad de los derechos patrimoniales sobre el videojuego; solo se trata de una licencia de uso personal<sup>8</sup> que no permite explotar económicamente el videojuego.

b) La cesión de algunos o de todos los derechos patrimoniales del videojuego a cambio de una suma de dinero. Esta modalidad implica la cesión temporal o definitiva de los derechos patrimoniales sobre el videojuego para que pueda ser explotado económicamente por terceros.

Ahora bien, teniendo en consideración estos conceptos, a continuación procederemos a desarrollar el tratamiento tributario aplicable en la comercialización de videojuegos digitales.

### **III. VIDEOJUEGOS DIGITALES Y SU TRIBUTACIÓN.**

Como hemos mencionado anteriormente, cada vez existen en el Perú más empresas que optan por el desarrollo y la posterior comercialización de videojuegos digitales por la alta demanda que existe.

En ese sentido, quienes opten por desarrollar videojuegos para su comercialización en formato digital desde el Perú hacia el exterior deberán tener en cuenta su incidencia en el Impuesto a la Renta (IR) y en el Impuesto General a las Ventas (IGV).

#### ***3.1 Impuesto a la Renta (IR).***

Como es de conocimiento general, las empresas domiciliadas en el país tributan con el IR tanto por sus rentas gravadas de fuente peruana como por sus rentas gravadas de fuente extranjera.

---

incluyendo mediante transmisión; y (iv) cualquier otra forma de utilización de la obra que no está contemplada en la Ley de Derecho de Autor (Decreto Legislativo N° 822) como excepción al derecho patrimonial.

<sup>7</sup> También se podría dar la explotación económica del derecho patrimonial sobre la venta del videojuego en soporte físico.

<sup>8</sup> El uso personal implica la reproducción u otra forma de utilización de la obra de otra persona, en un solo ejemplar, exclusivamente para el propio uso de un individuo.

De conformidad con lo establecido en los artículos 9° y 10° de la Ley del IR, califican como rentas de fuente peruana, entre otras<sup>9</sup>, las siguientes:

- a) Las originadas en actividades civiles, comerciales, empresariales o de cualquier índole, que se lleven a cabo en territorio nacional.
- b) Las regalías, cuando los bienes o derechos por los cuales se pagan, se utilizan económicamente en el país o cuando las regalías son pagadas por un sujeto domiciliado en el país.
- c) Las obtenidas por servicios digitales prestados a través del Internet o de cualquier adaptación o aplicación de los protocolos, plataformas o de la tecnología utilizada por Internet o cualquier otra red, a través de la cual se presten servicios equivalentes, cuando el servicio se utilice económicamente, use o consuma en el país.
- d) La obtenida por asistencia técnica, cuando esta se utilice económicamente en el país.

En ese sentido, calificarán como rentas de fuente extranjera, las rentas que se originen por actividades no comprendidas en los referidos artículos 9° y 10°.<sup>10</sup>

Ahora bien, en términos generales, constituye renta gravada de las empresas, cualquier ganancia o ingreso derivado de operaciones con terceros<sup>11</sup>. La tasa del IR anual es 29.5% y se aplica sobre la renta neta devengada en cada ejercicio. La renta neta equivale al ingreso bruto devengado<sup>12</sup> menos: (i) las devoluciones, bonificaciones, descuentos y demás conceptos de naturaleza similar; (ii) costos deducibles; (iii) gastos deducibles<sup>13</sup>; y (iv) pérdidas tributarias de ejercicios anteriores<sup>14</sup>, de ser el caso.

Adicionalmente, las empresas se encuentran obligadas a realizar pagos a cuenta mensuales (adelantos) del IR anual por sus rentas de fuente peruana. Este pago a cuenta se realiza en función

---

<sup>9</sup> Las rentas que se generen por las operaciones indicadas en los artículos 9 y 10 de la Ley del IR calificarán como rentas de fuente peruana, sin importar la nacionalidad o domicilio de las partes que intervengan en las operaciones y el lugar de celebración o cumplimiento de los contratos. Sin perjuicio de que en los artículos 11 y 12 se establezcan otros supuestos de renta de fuente peruana.

<sup>10</sup> Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 11 y 12 de la Ley del IR.

<sup>11</sup> Esto incluye las obtenidas en el devenir de la actividad de la empresa en sus relaciones con otros particulares, en las que los intervinientes participan en igualdad de condiciones y consienten el nacimiento de obligaciones. En consecuencia, constituye ganancia o ingreso para una empresa, la proveniente de actividades accidentales, los ingresos eventuales y la proveniente de transferencias a título gratuito que realice un particular a su favor.

<sup>12</sup> De acuerdo con el artículo 57° de la Ley del IR, tratándose de rentas de tercera categoría (rentas empresariales), las mismas se imputan en el ejercicio gravable en que se devenguen. El mismo criterio se aplica para la imputación de gastos. En términos generales, se entiende que los ingresos se devengan cuando se han producido los hechos sustanciales para su generación, siempre que el derecho a obtenerlos no esté sujeto a una condición suspensiva, independientemente de la oportunidad en que se cobren y aun cuando no se hubieren fijado los términos precisos para su pago.

<sup>13</sup> Respecto al concepto (iii), en el artículo 37° de la Ley del IR se establece que estos desembolsos constituyen gastos deducibles para fines de este impuesto cuando cumplen con el principio de causalidad, esto es, cuando se encuentran, directa o indirectamente, vinculados con la generación (efectiva o potencial) de rentas gravadas o con el mantenimiento de la fuente productora de rentas gravadas. Adicionalmente, el citado artículo 37° exige el cumplimiento de determinados requisitos y/o condiciones a fin de que ciertos gastos puedan ser considerados como deducibles para fines tributarios. Cabe precisar que en el artículo 44° de la Ley del IR se han establecido de manera expresa los gastos que para efectos tributarios no son deducibles. Así, por ejemplo, no son deducibles los gastos con paraísos fiscales, salvo excepciones (ej. financiamientos).

<sup>14</sup> Los contribuyentes pueden compensar la pérdida neta total de tercera categoría de fuente peruana que registren en un ejercicio gravable, conforme con lo establecido en el artículo 50° de la Ley del IR. Las pérdidas tributarias se arrastran a los ejercicios siguientes en base a dos sistemas a opción del contribuyente. Sistema A: las pérdidas tributarias solo podrán imputarse hasta los 4 ejercicios inmediatos siguientes contra la base tributaria. Sistema B: las pérdidas tributarias se podrán imputar indefinidamente pero solo hasta el 50% de la base tributaria en cada ejercicio.

a los ingresos netos devengados en cada periodo (mes), aplicando la tasa del 1.5% o el coeficiente<sup>15</sup> determinado según el artículo 85° de la Ley del IR, el que resulte mayor.<sup>16</sup> Los pagos a cuenta que se realicen se utilizarán como crédito contra el IR anual que corresponda pagar.

Sin perjuicio de lo comentado, en caso la empresa hubiera obtenido rentas de fuente extranjera, podrá aplicar el IR que hubiera pagado en el exterior contra el IR peruano, en la medida que: (i) el impuesto pagado en el exterior reúna las características de un IR; (ii) se acredite el impuesto pagado (con certificado expedido por la Administración Tributaria de ese país o documento fehaciente); y (iii) el pago se acredite antes del vencimiento de la declaración jurada anual. El crédito que no se utilice en el ejercicio no se podrá arrastrar a los ejercicios siguientes ni dará derecho a devolución. Estas rentas de fuente extranjera solo se considerarán para la determinación del IR anual (29.5%) en la medida que se llegue a determinar un resultado positivo<sup>17</sup> (una utilidad) luego de haber compensado las ganancias y las pérdidas de fuente extranjera en el ejercicio<sup>18</sup>.

Hasta este punto, hemos descrito el tratamiento general aplicable a cualquier empresa domiciliada en el país. No obstante, debemos señalar que existe un tratamiento específico aplicable a los videojuegos digitales (software).

Al respecto, con relación a los software, en el artículo 27° de la Ley del IR y en el artículo 16° de su Reglamento se establece lo siguiente:

*"ARTÍCULO 27°.- Cualquiera sea la denominación que le acuerden las partes, se considera regalía a toda contraprestación en efectivo o en especie originada por el uso o por el privilegio de usar patentes, marcas, diseños o modelos, planos, procesos o fórmulas secretas y derechos de autor de trabajos literarios, artísticos o científicos, así como toda contraprestación por la cesión en uso de los programas de instrucciones para computadoras (software) y por la información relativa a la experiencia industrial, comercial o científica.*

*(...)"*

*"Artículo 16.- REGALÍAS*

*La cesión en uso de programas de instrucciones para computadoras (software) cuya contraprestación constituye regalía según lo previsto en el primer párrafo del artículo 27 de la Ley, es aquella mediante la cual se transfiere temporalmente la titularidad de todos, alguno o algunos de los derechos patrimoniales sobre el software, que conllevan el derecho a su explotación económica.*

*No constituye regalía, sino el resultado de una enajenación:*

*1. La contraprestación por la transferencia definitiva, ilimitada y exclusiva de la titularidad de todos, alguno o algunos de los derechos patrimoniales sobre el software, que conllevan el derecho a su explotación económica, aun cuando estos se restrinjan a un ámbito territorial específico.*

*2. La contraprestación que el titular originario o derivado de los derechos patrimoniales sobre el software, que conllevan el derecho a su explotación económica, cobre a terceros por utilizar el software, de conformidad con las condiciones convenidas en un contrato de licencia."*

<sup>15</sup> Para el periodo de enero y febrero, el coeficiente se determinará dividiendo el IR del ejercicio precedente al anterior entre los ingresos netos del mismo ejercicio. Para los periodos de marzo a diciembre, el coeficiente se determinará dividiendo el IR del ejercicio anterior entre los ingresos netos del mismo ejercicio.

<sup>16</sup> Cabe precisar que quienes inicien operaciones deberán determinar sus pagos a cuenta en función al 1.5% sobre los ingresos netos de cada periodo.

<sup>17</sup> Este resultado se obtendrá al sumar todos los resultados obtenidos de fuente extranjera (positivos y negativos), y solo si se determina un resultado positivo, este se sumará en la determinación del IR anual. Para tal efecto, la empresa podrá descontar los gastos incurridos vinculados a las rentas de fuente extranjera, en la medida que se cuente con los comprobantes de pago respectivo, entre otros requisitos.

<sup>18</sup> En caso se obtenga una pérdida en el exterior, esta no se podrá utilizar en la determinación del IR anual.

Como se observa, para efectos del IR:

- Calificará como el precio de una venta: la retribución pagada por la transferencia definitiva de la titularidad de todos o alguno de los derechos patrimoniales sobre el software.
- Calificará como el precio de una venta: la retribución pagada por la licencia de uso del software (temporal o permanente).<sup>19</sup>
- Calificará como una regalía por cesión de derechos: la retribución por la cesión temporal de todos o alguno de los derechos patrimoniales sobre el software.

Esta calificación es importante debido a que:

a) Si la operación califica como una venta desde Perú hacia el exterior, los ingresos que se obtengan serán de fuente peruana y se deberán considerar tanto para los pagos a cuenta mensuales (como mínimo 1.5% sobre los ingresos netos del mes) como para la regularización del IR anual (29.5%).

b) Si la operación califica como una cesión de derechos (a favor de un sujeto no domiciliado para su uso en el exterior), los ingresos (regalías) que se obtengan serán de fuente extranjera y solo se considerarán para la determinación del IR anual (29.5%) en la medida que se llegue a determinar un resultado positivo (una utilidad neta).<sup>20</sup>

### **3.2 Impuesto General a las Ventas (IGV).**

Como es de conocimiento general, el IGV grava con la tasa de 18%<sup>21</sup> las siguientes operaciones:

- a) La venta en el país de bienes muebles.
- b) La prestación<sup>22</sup> o utilización<sup>23</sup> de los servicios en el país.
- c) Los contratos de construcción.
- d) La primera venta de inmuebles que realicen los constructores de los mismos.
- e) La importación de bienes.

---

<sup>19</sup> La SUNAT en el Informe N° 311-2005-SUNAT/2B0000 ha indicado lo siguiente:

*"Como puede advertirse, el objeto de la prestación en el contrato de licencia de uso de software es dicho programa en sí, respecto del cual el licenciante otorga al licenciataria la autorización o permiso para que su obra (el software) pueda ser reproducida temporalmente en la memoria temporal del ordenador (reproducción a la que se le denomina comúnmente uso) en una forma determinada y según lo convenido en el contrato, sin que ello implique la transferencia de ningún derecho patrimonial sobre dicho programa.*

*Ahora bien, toda vez que se ha establecido normativamente que cuando la contraprestación retribuya la adquisición de una copia del programa para el uso personal del adquirente, se entenderá configurada una enajenación; en el entendido de que para dicho uso se requeriría contar con la correspondiente licencia de uso, se debe concluir que, para efectos del Impuesto a la Renta, en la adquisición de copias de software, la retribución que pagan los licenciataria a los licenciantes respecto de contratos que impliquen la simple licencia de uso de los programas de instrucciones para computadoras no califica como regalía."*

<sup>20</sup> Este resultado se obtendrá al sumar todos los resultados obtenidos de fuente extranjera (positivos y negativos), y solo si se determina un resultado positivo, este se sumará en la determinación del IR anual. Para tal efecto, la empresa podrá descontar los gastos incurridos vinculados a las rentas de fuente extranjera, en la medida que se cuente con los comprobantes de pago respectivo, entre otros requisitos.

<sup>21</sup> Cabe notar que este 18% es una tasa conjunta, la cual está compuesta por el 16% por el IGV y el 2% por el impuesto de Promoción Municipal.

<sup>22</sup> Entiéndase que el servicio es prestado en el país cuando el sujeto que lo presta se encuentra domiciliado en él para efecto del Impuesto a la Renta, sea cual fuere el lugar de celebración del contrato o del pago de la retribución.

<sup>23</sup> Entiéndase que el servicio es utilizado en el país cuando el sujeto que lo presta es un sujeto no domiciliado en el país.

Tratándose de la venta en el país de bienes muebles, en la Ley del IGV se precisa que se entiende por venta a todo acto a título oneroso que conlleve la transmisión de propiedad de bienes, independientemente de la denominación que le den las partes. Se entiende por bienes muebles a los corporales que pueden llevarse de un lugar a otro, los derechos referentes a los mismos, los signos distintivos, invenciones, derechos de autor, derechos de llave y similares, las naves y aeronaves, así como los documentos y títulos cuya transferencia implique la de cualquiera de los mencionados bienes.

En razón a ello, calificará como una operación gravada con el IGV, la transferencia a título oneroso que conlleve la transmisión de propiedad (venta) de: (i) bienes corporales, (ii) signos distintivos, (iii) derechos de autor, (iv) derechos de llave y similares, entre otros. Al respecto, con relación al término "similares", la SUNAT ha señalado<sup>24</sup> que este comprende a aquellos intangibles que tienen naturaleza de bien mueble de acuerdo con su naturaleza civil. Así, por ejemplo, el Código Civil considera bienes muebles a los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patente, nombres, marcas y otros similares.

En base a lo anterior, podemos señalar que; (i) la transferencia de las licencias de uso indefinido o permanente sobre el videojuego digital, y (ii) la transferencia definitiva de los derechos de autor sobre el videojuego digital, se encontrarían gravadas con el IGV como venta de bienes.

Cabe agregar que, cuando los derechos de autor se transfieran de manera temporal o la licencia de uso no sea indefinida o permanente, se generará en principio un servicio gravado con el IGV. No obstante, si dicho servicio se presta desde el país hacia el exterior a favor de un no domiciliado, podría calificar como una exportación de servicios no gravada con el IGV, en la medida que: el uso, la explotación o el aprovechamiento del servicio se realice en el extranjero, y el prestador del servicio se encuentre registrado previamente en el Registro de Exportadores de Servicios a cargo de la SUNAT.

Hasta este punto, hemos podido observar las implicancias tributarias generales en el IR y en el IGV para quienes desarrollen videojuegos digitales para su posterior comercialización en el exterior.

No obstante, en caso se opte por realizar dicha comercialización mediante el uso de tiendas virtuales de propiedad de empresas no domiciliadas en el país, se deberá tener en cuenta lo indicado en el siguiente punto.

#### **IV. VIDEOJUEGOS DIGITALES Y SU TRIBUTACIÓN MEDIANTE EL USO DE TIENDAS VIRTUALES.**

Como es de conocimiento general, las tiendas virtuales permiten a los desarrolladores conectar con miles de jugadores a nivel mundial con el fin de comercializar masivamente sus videojuegos (mediante la venta de licencias de uso indefinido o permanente<sup>25</sup>).

<sup>24</sup> Informe N° 055-2002-SUNAT/K00000.

<sup>25</sup> Como hemos mencionado anteriormente, esta licencia solo permite al jugador poder utilizar el videojuego según los términos y condiciones de uso establecidos. Bajo esta licencia, no se transfiere ningún derecho patrimonial de explotación económica del videojuego a favor de los jugadores o terceros.

En ese sentido, los desarrolladores que opten por comercializar sus videojuegos en formato digital a través de tiendas virtuales no domiciliadas en el país (Steam, Epic Games Store, Nintendo Eshop, PlayStation Store, entre otros), podrían hacerlo en base a alguna de las siguientes modalidades<sup>26</sup>:

#### **4.1 Modalidades de consignación.**

Bajo esta modalidad, el desarrollador produciría las licencias de uso indefinido y las vendería solo a la tienda virtual. El desarrollador no se relaciona directamente con los jugadores. La tienda virtual es quien se encargaría de revender las licencias a los jugadores y entregaría un porcentaje de las ventas al desarrollador.<sup>27</sup>

En razón a ello, las implicancias tributarias serían las siguientes:

**Impuesto a la Renta (IR):** el desarrollador deberá considerar los ingresos que obtenga por la venta de los videojuegos (es decir, por la venta de las licencias de uso indefinido) a través de la tienda virtual para efectos de los pagos a cuenta mensuales y para la regularización del IR anual.

Cabe precisar que, de ser el caso, estos ingresos también se podrían encontrar gravados con un IR en el país en donde se ubica la empresa propietaria de la tienda virtual (vía retención), generándose una doble tributación por IR (un IR en Perú y un IR en el país donde se ubica la empresa propietaria de la tienda virtual).<sup>28</sup>

**Impuesto General a las Ventas (IGV):** la venta de los videojuegos (licencias de uso indefinido) a favor de la tienda virtual para su posterior reventa se encontraría gravada con el IGV debido a que se estaría transfiriendo un derecho permanente sobre el videojuego a favor de la tienda virtual (derecho de revender determinadas licencias de uso adquiridas del videojuego).

#### **4.2 Modalidad de cesión temporal del derecho patrimonial de distribución.**

Mediante esta modalidad, el desarrollador cede temporalmente el derecho patrimonial de distribución a favor de la tienda virtual para que sea esta última quien produzca las licencias de uso indefinido para su posterior comercialización a los jugadores.<sup>29</sup>

En razón a ello, las implicancias tributarias serían las siguientes:

**Impuesto a la Renta (IR):** los ingresos (regalías) que obtenga el desarrollador por la cesión temporal del derecho patrimonial de distribución a favor de una tienda virtual (no domiciliada) calificarían como renta de fuente extranjera en la medida que el derecho patrimonial se utilice en el exterior. Esta renta neta deberá ser considerada por el desarrollador en la determinación de su IR anual.

Cabe precisar que, de ser el caso, estos ingresos también se podrían encontrar gravados con un IR en el país en donde se ubica la empresa propietaria de la tienda virtual (vía retención), generándose una doble tributación por IR (un IR en Perú y un IR en el país donde se ubica la empresa propietaria de la tienda virtual). Al calificar los ingresos como renta de fuente extranjera,

---

<sup>26</sup> La modalidad a aplicar dependerá de cada tienda virtual y de las negociaciones que se realicen.

<sup>27</sup> Estos porcentajes dependerá de cada tienda virtual. A manera de ejemplo, Epic Games Store conserva el 12% de la venta y entrega el 88% restante al desarrollador (<https://www.epicgames.com/store/es-ES/about>).

<sup>28</sup> Cabe precisar que no se podría utilizar como crédito el Impuesto retenido en el exterior pues este solo se aplica cuando ha sido realizado sobre renta de fuente extranjera, lo que no ocurre en el presente escenario.

<sup>29</sup> La tienda virtual podría llegar a pagar entre un 90% a 70% de las ventas, según cada tienda.



el desarrollador podría utilizar el impuesto retenido en el extranjero como crédito contra el IR peruano conforme se ha mencionado en el punto 3.1.

**Impuesto General a las Ventas (IGV):** la cesión temporal del derecho patrimonial de distribución que realice el desarrollador a favor de la tienda virtual (no domiciliada) calificaría como una exportación de servicios no gravada con el IGV, conforme se ha mencionado en el punto 3.2.

Como se puede advertir, ambas modalidades tienen en común que el desarrollador podría encontrarse sujeto a una doble tributación por IR (un IR en el país del desarrollador y un IR en el país del propietario de la tienda virtual).

En ese sentido, a fin de aminorar el impacto tributario (en específico, la doble o múltiple tributación en el IR) que se podría generar por operar en el exterior mediante una tienda virtual, es necesario que revisemos los instrumentos para evitar la doble imposición con los que cuenta Perú.

## V. APLICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN EN LA COMERCIALIZACIÓN DE VIDEOJUEGOS DIGITALES A TRAVÉS DE TIENDAS VIRTUALES NO DOMICILIADAS.

Conforme se ha podido observar, cuando se realizan operaciones con sujetos de otros países, es común que la renta que se produzca en el exterior se encuentre sujeta a retención por IR, generándose así una doble tributación (un IR en el país del generador de la renta y un IR en el país donde se generó la renta).

Los Estados para enfrentar y resolver los casos de doble tributación internacional por IR, celebran acuerdos o convenios para regular esta situación. Estos convenios contemplan no solo las reglas que usarán para evitar la doble imposición sino también los mecanismos para que se dé la colaboración entre las Administraciones Tributarias a fin de detectar casos de evasión fiscal.<sup>30</sup>

Así, por ejemplo, en los referidos acuerdos o convenios, podemos encontrar los siguientes mecanismos que ayudan a atenuar o resolver los casos de doble tributación en el Impuesto a la Renta:

**a) Tributación exclusiva:** Esta implica que dos o más países que potencialmente podrían gravar una misma renta de un mismo sujeto, opten por escoger cuál de estos países procedería a gravar dicha renta, en cuyo caso, los demás países considerarían estas rentas como exoneradas con el fin de evitar una doble tributación en el mismo sujeto por la misma renta. Así, por ejemplo, los países podrían optar por establecer una tributación exclusiva en el Impuesto a la Renta en base al país donde se generó la renta (como en el caso de la Comunidad Andina) o en base al país de donde proviene (reside) el sujeto que generó la renta (como en el caso de Brasil, Canadá, Chile, Corea, México, Portugal o Suiza).

**b) Tributación compartida:** Esta implica que los demás países no renuncian a su derecho a gravar una determinada renta con el Impuesto a la Renta. No obstante, acuerdan que dicho gravamen se encuentre sujeto a un determinado límite. Asimismo, acuerdan que el sujeto generador de la renta podrá utilizar el impuesto retenido como crédito contra el Impuesto a la Renta que le corresponda pagar en su país (como en el caso de Brasil, Canadá, Chile, Corea, México, Portugal o Suiza en determinadas rentas).

<sup>30</sup> Información obtenida del Ministerio de Economía y Finanzas. Para mayor información se puede acceder a los convenios a través del siguiente enlace: <https://www.mef.gob.pe/es/convenio-para-evitar-la-doble-imposicion>

A continuación procederemos a desarrollar brevemente los instrumentos suscritos por Perú para atenuar o evitar la doble tributación en el IR.

### **5.1 Convenios para evitar la doble imposición (CDI) en el Impuesto a la Renta.**

Perú cuenta con siete CDI suscritos con los siguientes países: Brasil, Canadá, Chile, Corea, México, Portugal y Suiza. A través de los CDI se establece principalmente una tributación exclusiva en el país de residencia de quien genera la renta (por ejemplo, en el caso de beneficios empresariales). Sin embargo, también encontramos tributación compartida sujeta a límites (por ejemplo, en el caso de regalías). A manera de ejemplo:

En los referidos CDI se establece en común lo siguiente con respecto a los beneficios por actividades empresariales (incluida la comercialización):

*Artículo 7*

*Beneficios empresariales*

*Los beneficios de una empresa de un Estado Contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado Contratante por medio de un establecimiento situado en él. Si la empresa realiza o ha realizado su actividad de dicha manera, los beneficios de la empresa pueden someterse a imposición en el otro Estado, pero solo en la medida en que puedan atribuirse a ese establecimiento permanente.*

Como se observa, tratándose de beneficios empresariales (ingresos por la venta de las licencias de uso indefinido del videojuego), estos beneficios solo se encontrarán gravados en el país de residencia de quien genera la renta.

En ese sentido, podemos señalar que la venta de las licencias de uso indefinido del videojuego hacia Brasil, Canadá, Chile, Corea, México, Portugal o Suiza, solo se encontraría gravado en Perú, por lo que se podría aminorar la carga tributaria del desarrollador (por ejemplo, en caso opte por operar con una tienda ubicada en alguno de estos países).

Cabe precisar que el desarrollador deberá tramitar un certificado de residencia ante la SUNAT para poder aplicar el referido CDI. Este certificado deberá ser obtenido y entregado antes de cualquier pago a fin de que el sujeto no domiciliado considere la aplicación del CDI al momento del pago (la tributación exclusiva indicada en el CDI).

Ahora bien, con respecto a las regalías, (ingresos por la cesión temporal de derechos patrimoniales del videojuego), en los referidos CDI se establece en común lo siguiente:

*Artículo 12*

*Regalías*

*1. Las regalías procedentes de un Estado Contratante y pagadas a un residente de otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.*

*2. Sin embargo, estas regalías pueden también someterse a imposición en el Estado Contratante del que procedan y de acuerdo con la legislación de este Estado, pero si el beneficiario efectivo es residente del otro Estado Contratante, el impuesto así exigido (...)*

*3. El término "regalías" empleado en este Artículo significa las cantidades de cualquier clase pagadas por el uso, o el derecho al uso, de derechos de autor, patentes, marcas de fábrica, diseños o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos u otra propiedad intangible, o por el uso o derecho al uso, de equipos industriales, comerciales o científicos, o por informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas (...)."*

Como se puede apreciar, tratándose de regalías por la cesión temporal de derechos de autor, se ha establecido una tributación compartida sujeta a un límite (varía entre 10% a 15%, según cada CDI). La retención realizada por alguno de los demás países (Brasil, Canadá, Chile, Corea, México, Portugal o Suiza) tendrá un límite (10% o 15%, según cada CDI). Esta retención realizada en alguno de estos países, podrá ser aplicada como crédito por el desarrollador contra el IR peruano que le corresponda pagar.

Conforme a lo expuesto, este artículo aplicará cuando se cedan temporalmente los derechos de autor sobre el videojuego.

Cabe reiterar que las disposiciones establecidas en el CDI solo se aplicarán en la medida que se acredite la residencia del generador de la renta con el certificado de residencia emitido por la Administración Tributaria de su país.

## **5.2 Decisión 578 de la Comunidad Andina (CAN) para evitar la doble imposición en el Impuesto a la Renta.**

Son miembros de la CAN: Ecuador, Colombia, Bolivia y Perú. A través de la Decisión 578 de la CAN se establece principalmente una tributación exclusiva en el país de la fuente generadora de la renta.

En razón a ello, en la referida Decisión 578 se establece lo siguiente tanto para beneficios empresariales (venta de licencias de uso indefinido) como para regalías (cesión temporal de derechos de autor):

### *Artículo 6.- Beneficios de las empresas*

*Los beneficios resultantes de las actividades empresariales solo serán gravables por el País Miembro donde estas se hubieren efectuado.*

### *Artículo 9.- Regalías*

*Las regalías sobre un bien intangible solo serán gravables en el País Miembro donde se use o se tenga el derecho de uso del bien intangible.*

Como se observa, tratándose de beneficios empresariales (ingresos por la venta de las licencias de uso indefinido), estos solo se encontrarán gravados en el país donde se hubieran generado las actividades empresariales. En este caso, los beneficios se habrían obtenido en Perú debido a que las ventas (las actividades empresariales) se habrían realizado por internet hacia Colombia, Ecuador o Bolivia, por lo que sería Perú el único que podría gravar estos beneficios con un IR.

Por otro lado, tratándose de regalías (ingresos por la cesión temporal de derechos patrimoniales del videojuego), estas solo se encontrarán gravados en el país donde se hubieran utilizado el intangible (el derecho). En este caso, si el derecho patrimonial hubiera sido cedido temporalmente a Colombia, Ecuador o Bolivia, es probable que en alguno de dichos países se haya utilizado el intangible, y por lo tanto, Perú consideraría las regalías pagadas como ingresos exonerados (ingresos por los que no se debe pagar un IR peruano).

Cabe señalar que, para la aplicación de la Decisión 578 no se requiere contar con certificado de residencia debido a que la referida Decisión forma parte de la normativa interna peruana.

## VI. PRINCIPALES CONCLUSIONES.

- 6.1. Las empresas que desarrollen videojuegos para su posterior comercialización desde Perú hacia el exterior deberán tener en cuenta que:

Para efectos del Impuesto a la Renta (IR):

- a) Los ingresos que se obtengan por la transferencia de licencias de uso indefinido y por la transferencia definitiva de los derechos de autor sobre el videojuego, se encontrarán sujetos a los pagos a cuenta mensuales y al IR anual, por tratarse de una renta de fuente peruana.
- b) Los ingresos que se obtengan por la cesión temporal de los derechos de autor sobre el videojuego, se encontrarán sujetos al IR anual en la medida que se termine generando un resultado positivo, por tratarse de una renta de fuente extranjera.

Para efectos del Impuesto General a las Ventas (IGV):

- a) La transferencia de las licencias de uso indefinido y la transferencia definitiva de los derechos de autor sobre el videojuego, se encontrarán gravadas con el impuesto como venta en el país de bienes muebles.
- b) La transferencia temporal de los derechos de autor sobre el videojuego y la transferencia de las licencias de uso temporal sobre el videojuego a favor de sujetos no domiciliados no se encontrarán gravadas con el IGV, en la medida que califiquen como exportación de servicios.

- 6.2. Los desarrolladores que opten por comercializar sus videojuegos en formato digital a través de tiendas virtuales no domiciliadas en el país (Steam, Epic Games Store, Nintendo Eshop, PlayStation Store, entre otros), podrían hacerlo en base a alguna de las siguientes modalidades:

- (i) Modalidad de consignación: el desarrollador produciría las licencias de uso indefinido y las vendería solo a la tienda virtual. El desarrollador no se relaciona directamente con los jugadores. La tienda virtual es quien se encargaría de revender las licencias a los jugadores; y
- (ii) Modalidad de cesión temporal del derecho patrimonial de distribución: el desarrollador cede temporalmente el derecho patrimonial de distribución a favor de la tienda virtual para que sea esta última quien produzca las licencias de uso indefinido para su posterior comercialización a los jugadores.

- 6.3. Es común que la renta obtenida en el exterior se encuentre sujeta a retención por IR, generándose una doble tributación (un IR en el país del desarrollador y un IR en el país del propietario de la tienda virtual). Este efecto podría ser aminorado en base a los instrumentos para evitar la doble imposición con los que cuenta Perú.

- 6.4. El Perú cuenta con siete Convenios para evitar la doble tributación (CDI) suscritos con los siguientes países: Brasil, Canadá, Chile, Corea, México, Portugal y Suiza. En aplicación de los CDI:

- a) La ganancia por la venta de las licencias de uso indefinido del videojuego hacia estos países solo se encontraría gravada en Perú.
- b) Las regalías por la cesión temporal de derechos de autor hacia estos países estarán sujetas a una tributación compartida con límite (retención máxima de 10% o 15%). Esta retención realizada en alguno de estos países, podrá ser aplicada como crédito por el desarrollador contra el IR peruano que le corresponda pagar.

El CDI solo se aplicará en la medida que se acredite la residencia del generador de la renta con el certificado de residencia emitido por la Administración Tributaria de su país.

- 6.5. El Perú está sometido a la Decisión 578 de la Comunidad Andina (CAN) conformada por Colombia, Ecuador, Bolivia y Perú. A través de esta Decisión:

Los beneficios por las ventas de las licencias de uso indefinido del videojuego solo se encontrarían gravados en Perú, por ser donde se realiza la actividad empresarial.

Las regalías por la cesión temporal de derechos de autor, se encontrarán gravadas solo en el país donde estos derechos se hubieran utilizado. En caso no se hubieran utilizado en Perú, se considerarán en este país como rentas exoneradas.

Las disposiciones establecidas en el CDI solo se aplicarán en la medida que se acredite la residencia del generador de la renta con el certificado de residencia emitido por la Administración Tributaria de su país.

- 6.6. El Perú está sometido a la Decisión 578 de la Comunidad Andina (CAN) conformada por Colombia, Ecuador, Bolivia y Perú. A través de esta Decisión se establece principalmente una tributación exclusiva en el país de la fuente generadora de la renta, Así, por ejemplo, los beneficios por las ventas de las licencias de uso indefinido del videojuego solo se encontrarían gravados en Perú, debido a que en este país se habría realizado la actividad empresarial. Los demás países de la CAN (Colombia, Ecuador o Bolivia) no podrán gravar este beneficio con su IR, mientras que las regalías por la cesión temporal de derechos de autor, se encontrarán gravadas solo en el país donde estos derechos se hubieran utilizado. Así, en caso no se hubieran utilizado en Perú, se considerarán como rentas exoneradas en este país, por las cuales no se aplicará el IR peruano.

---

# RPDE

---

## Revista Peruana de Derecho de la Empresa

Publicación declarada de interés nacional con opinión favorable de Ilustre Colegio de Abogados de Lima.  
Resolución Ministerial No. 1147-ED.

### FUNDADOR

Dr. Carlos Torres y Torres Larat

### DIRECTORIO

Presidente del Directorio: Alonso Morales Acosta

Director: Carlos Torres Morales

Director: Rafael Torres Morales

Director: Juan Carlos Benavente Teixeira

### DIRECTORIO EJECUTIVO

María del Pilar Torres Morales

Sylvia Torres Morales

Indira Navarro Palacios

Enory Okuma Fullita

---

Los artículos contenidos son de responsabilidad exclusiva de su autor y no reflejan necesariamente la opinión de la **REVISTA PERUANA DE DERECHO DE LA EMPRESA** o de sus patrocinadores.

**LA REVISTA PERUANA DE DERECHO DE LA EMPRESA** dedica cada volumen a un tema jurídico vinculado a la empresa. Está prohibida la reproducción total o parcial del contenido de esta revista sin autorización escrita de la dirección de la revista y de los autores.

© **Copyright. ASESORANDINA SRL**

Derechos Reservados. 1983.

---

**Editorial:** Asesorandina S.R.L. - **RUC:** 20101283071 - **Domicilio Legal:** Calle Cañón del Pato 103

(Cdra. 5 Av. Caminos del Inca) - Surco – Lima Código Postal 15038 – Perú/ Web: [www.asesor.com/rpde](http://www.asesor.com/rpde)

**Central Teléf.:** (+511) 618 1515 Fax: (+511) 618 1520

**Año:** 2020

**Carátula y Diseño:** Solanch Portales Alburqueque y Jackeline Vásquez Dávila

**Compilador:** Sylvia Torres Morales

**Digitación y Composición:** Jackeline Vásquez Dávila

**ISSN No.** 2413-077X (de versión impresa)

**Código de Barras No.:** 7758272000015

**Año de la primera publicación:** 1985

**Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú No. 95-0110**



**Se terminó de realizar la digitación y composición  
en ASESORANDINA SRL  
Jr. Cañon del Pato 103 Urb. Tambo de Monterrico .  
Santiago de Surco  
Lima - Perú  
Central Telefónica: 618-1515 Fax: 618-1520  
Email: publicaciones@asesor.com.pe**

**DICIEMBRE 2020**