

ALDANA RAMOS, EDWIN GABRIEL

*Protección al consumidor y protección de datos personales:
¿Ha perdido vigencia la figura del "Primer contacto"?*

ALFARO RAMOS, CLELIA MARIA

*La necesidad de empoderar a las normas prudenciales
desde el INDECOPI*

BURGUEÑO SÁNCHEZ, ALEJANDRO

*Los Derechos del Consumidor en el siglo XXI y sus principales
desafíos*

CÁCERES VALLE, CRISÓLOGO LUIS

REYES PORTOCARRERO, DIEGO ALEXANDER

*La responsabilidad por la seguridad del consumidor en los
centros comerciales*

CÁRDENAS VELARDE, ROY FERNANDO

*Entre el Estado y la actividad privada: la denuncia
(ambiental) administrativa*

COTAQUISPE CABRA, RUBÉN ROLANDO

*La falta de accesibilidad a los servicios de salud y su impacto
en la evaluación médica sobre controversias en el Seguro
Complementario Del Trabajo De Riesgo – SCTR*

DULANTO TELLO, ANDRÉS

PAJUELO CÓRDOVA, JOSÉ MIGUEL

*Aproximaciones sobre el greenwashing: experiencias en
Perú, retos y perspectivas*

GARCÍA HUAROTO, PATRICK

FRAGUELA IGLESIAS, WILLY

*Derechos de los usuarios de servicios educativos y
Obligaciones de los colegios privados ¿Cuál es la parte
débil de la relación de consumo?*

LENTZ, THAIS

*La evolución de los derechos del consumidor en Brasil y los
desafíos multifacéticos del sector bancario (Versión en
español y en portugués)*

MONTENEGRO RUIZ, GUADALUPE

*"Shadow teacher" en el Perú: hacia un marco normativo de
inclusión real y sostenible*

MORALES ACOSTA, ALONSO

SEMINARIO CORONADO, KARINA

Ciberseguridad financiera y consumidor en la era digital

PANTIGOZO VILLAFUERTE, LILIANA

*De un análisis comparado: ¿La ley de protección contra
la usura en servicios financieros es benigna o maligna
para el consumidor?*

PERALTA QUISPE, ELIZABETH ROSA

*Ventajas y desafíos del arbitraje de consumo: una mirada
comparada entre Perú y España*

ROJAS FORERO, MARIANA

MERCHÁN DE LA HOZ, ANDRÉS FELIPE

*Entre la verdad y la persuasión: el reto de consumir con
conciencia en la era digital*

SÁNCHEZ YARINGAÑO, RALPH

*La evolución del consumo colaborativo: caso del
alojamiento compartido*

TORRES ZAVALA, CARLOS

*Capacidad jurídica y protección del consumidor con
discapacidad: de la igualdad formal a la accesibilidad real*

ZAVALETA FLORES, SILVIA MAGALI

*Procedimiento administrativo sancionador en materia de
protección al consumidor. Aplicación del principio
especial de presunción de licitud*

PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR: RETOS DEL SIGLO XXI

No. 79 Año XXXVIII

TÍTULOS PUBLICADOS

No.78: Temas Actuales del Derecho de la Competencia

No.77: Temas Actuales de Derecho Societario

No.76: El Compliance empresarial en el Perú

No.75: Temas actuales del Derecho Arbitral

No. 74: Derecho y Nuevas Tecnologías

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, Refflotamiento 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. 5

PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: ¿HA PERDIDO VIGENCIA LA FIGURA DEL «PRIMER CONTACTO»?

pág. 6

Edwin Gabriel Aldana Ramos

LA NECESIDAD DE EMPODERAR A LAS NORMAS PRUDENCIALES DESDE EL INDECOPI

pág. 23

Clelia María Alfaro Ramos

LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN EL SIGLO XXI Y SUS PRINCIPALES DESAFÍOS

pág. 41

Alejandro Burgueño Sánchez

LA RESPONSABILIDAD POR LA SEGURIDAD DEL CONSUMIDOR EN LOS CENTROS COMERCIALES

pág. 56

Crisólogo Luis Cáceres Valle

Diego Alexander Reyes Portocarrero

ENTRE EL ESTADO Y LA ACTIVIDAD PRIVADA: LA DENUNCIA (AMBIENTAL) ADMINISTRATIVA

pág. 66

Roy Fernando Cárdenas Velarde

LA FALTA DE ACCESIBILIDAD A LOS SERVICIOS DE SALUD Y SU IMPACTO EN LA EVALUACIÓN MÉDICA SOBRE CONTROVERSIAS EN EL SEGURO COMPLEMENTARIO DEL TRABAJO DE RIESGO – SCTR

pág. 80

Rubén Rolando Cotaquispe Cabra

APROXIMACIONES SOBRE EL GREENWASHING: EXPERIENCIAS EN PERÚ, RETOS Y PERSPECTIVAS

pág. 102

Andrés Dulanto Tello

José Miguel Pajuelo Córdova

DERECHOS DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS EDUCATIVOS Y OBLIGACIONES DE LOS COLEGIOS PRIVADOS ¿CUÁL ES LA PARTE DÉBIL DE LA RELACIÓN DE CONSUMO?

pág. 121

Patrick García Huaroto

Willy Fraguela Iglesias

LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN BRASIL Y LOS DESAFÍOS MULTIFACÉTICOS DEL SECTOR BANCARIO (VERSIÓN EN ESPAÑOL Y EN PORTUGUÉS)

pág. 157

Thais Lentz



- ÍNDICE -

"SHADOW TEACHER" EN EL PERÚ: HACIA UN MARCO NORMATIVO DE INCLUSIÓN REAL Y SOSTENIBLE

Guadalupe Montenegro Ruiz

pág. 177

CIBERSEGURIDAD FINANCIERA Y CONSUMIDOR EN LA ERA DIGITAL

Alonso Morales Acosta

Karina Seminario Coronado

pág. 192

DE UN ANÁLISIS COMPARADO: ¿LA LEY DE PROTECCIÓN CONTRA LA USURA EN SERVICIOS FINANCIEROS ES BENIGNA O MALIGNA PARA EL CONSUMIDOR?

Liliana Pantigozo Villafuerte

pág. 207

VENTAJAS Y DESAFÍOS DEL ARBITRAJE DE CONSUMO: UNA MIRADA COMPARADA ENTRE PERÚ Y ESPAÑA

Elizabeth Rosa Peralta Quispe

pág. 221

ENTRE LA VERDAD Y LA PERSUASIÓN: EL RETO DE CONSUMIR CON CONCIENCIA EN LA ERA DIGITAL

Mariana Rojas Forero

Andrés Felipe Merchán De la Hoz

pág. 237

LA EVOLUCIÓN DEL CONSUMO COLABORATIVO: CASO DEL ALOJAMIENTO COMPARTIDO

Ralph Sánchez Yaringaño

pág. 250

CAPACIDAD JURÍDICA Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR CON DISCAPACIDAD: DE LA IGUALDAD FORMAL A LA ACCESIBILIDAD REAL

Carlos Torres Zavala

pág. 264

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO ESPECIAL DE PRESUNCIÓN DE LICITUD

Silvia Magali Zavaleta Flores

pág. 278

Editorial

En esta edición hemos querido ampliar la mirada tradicional sobre el consumidor. Ya no se trata únicamente de analizarlo dentro de una relación de consumo, sino de reconocerlo como ciudadano que interactúa día a día con diversos sectores: financiero, educativo, digital, sanitario, energético, ambiental, seguros, alojamientos y cultural. Cada una de estas dimensiones revela riesgos y desafíos distintos que, en conjunto, demandan una visión integral de su protección.

Los cambios del siglo XXI, impulsados por la globalización y la tecnología, han transformado radicalmente las relaciones sociales y económicas. Hoy nos enfrentamos a nuevas vulnerabilidades: la exposición a la publicidad digital invasiva, la gestión masiva de datos personales, la falta de transparencia en la sostenibilidad de productos y servicios, o incluso las brechas de acceso a servicios básicos como salud y educación. Todo ello nos recuerda que proteger al consumidor es también garantizar derechos fundamentales y fortalecer la ciudadanía.

Por esta razón, el Volumen N.º 79 de la Revista Peruana de Derecho de la Empresa reúne a destacados especialistas nacionales e internacionales que, desde diversas perspectivas, abordan estos retos contemporáneos. Los artículos que conforman esta edición reflexionan sobre la equidad en los servicios financieros, la seguridad en entornos digitales, la idoneidad en la educación, la inocuidad alimentaria, la responsabilidad frente al cambio climático y otros temas que exigen respuestas jurídicas y sociales a la altura de nuestro tiempo.

Con esta propuesta buscamos abrir un debate necesario: entender al consumidor no como un sujeto pasivo en el mercado bajo una perspectiva de la relación de consumo, sino como una persona-ciudadano cuyas decisiones y derechos deben ser respetados y protegidos en todos los ámbitos de su vida.



Dra. Guadalupe Montenegro Ruiz
Coordinadora de la Revista No. 79

Solo así podremos avanzar hacia mercados más justos, instituciones más sólidas y sociedades más democráticas.

En este número presentamos, por lo tanto, un espacio de reflexión colectiva sobre los **retos contemporáneos de la protección al consumidor**, entendida como la defensa de la persona en su calidad de ciudadano expuesto a múltiples riesgos en mercados cada vez más complejos y digitalizados. Las experiencias aquí recogidas muestran que, si bien los problemas adquieren matices propios en cada país o sector, los desafíos son compartidos: desde la seguridad en espacios públicos y financieros, hasta la inclusión educativa, la ciberseguridad o el consumo responsable en entornos digitales y sostenibles.

El diálogo entre autores nacionales e internacionales que compone este volumen demuestra que el aprendizaje mutuo es esencial para avanzar hacia sistemas de protección más justos, efectivos y adaptados a la realidad del siglo XXI. Agradecemos a nuestros colaboradores por sus valiosos aportes y a nuestros lectores por acompañarnos en esta tarea de repensar el Derecho del Consumidor desde una perspectiva amplia, ciudadana y global.

PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: ¿HA PERDIDO VIGENCIA LA FIGURA DEL «PRIMER CONTACTO»?

Autor:

Edwin Gabriel Aldana Ramos



PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: ¿HA PERDIDO VIGENCIA LA FIGURA DEL «PRIMER CONTACTO»?

Consumer protection and personal data protection: has the figure of the “first contact” lost its validity?

Edwin Gabriel Aldana Ramos¹

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Contexto de la publicidad personalizada y su regulación.
- III. Sobre el primer contacto.
- IV. Sobre la ley 32323, que modifica el CPDC.
- V. Reflexiones finales.

Resumen

El presente artículo tiene como propósito reflexionar sobre el cambio producido por la reciente modificación del artículo 58.1.e del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en cuanto a si la figura del **Primer Contacto** ha perdido vigencia o si, por el contrario, subsiste de acuerdo con la forma en que se ha producido la modificación. Lo que se busca es enfatizar la distinción entre las normas de protección de datos personales y las normas de protección al consumidor que, aplicadas de manera congruente, pueden evitar la falta de coherencia normativa que preocupaba al Poder Ejecutivo ante la modificación que había generado el Congreso de la República, Poder del Estado que señaló explícitamente que la figura del Primer y Único Contacto está permitida y sigue vigente.

Palabras Clave

Primer contacto / Consentimiento / Datos Personales / Protección al Consumidor/ Spam.

Abstract

The purpose of this article is to reflect on the change produced by the recent amendment of article 58.1.e of the Code of Consumer Protection and Defense, as to whether the figure of the First Contact has lost its validity or whether, on the contrary, it subsists in accordance with the way in which the amendment has been produced. The purpose is to emphasize the distinction between the personal data protection regulations and the consumer protection regulations which, when applied in a congruent manner, may avoid the lack of regulatory coherence that the Executive Branch was concerned about in view of the amendment generated by the Congress of the Republic, a branch of the State that explicitly stated that the figure of the First and Only Contact is allowed and continues to be in force.

¹ **Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú).** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster Universitario en Derecho Digital por la Universidad Internacional La Rioja de España. Egresado de la Maestría en Administración de Negocios (MBA) de la Universidad San Ignacio de Loyola. Certificado como «Oficial de Datos Personales & Experto en Compliance en Datos Personales» por el Instituto Peruano de Compliance. Los comentarios expuestos por el autor en el presente artículo son efectuados a título estrictamente personal y por supuesto que son debatibles. Correo de contacto: gabrielaldanaramos@gmail.com

Keywords

First contact / Consent / Personal Information / Consumer Protection / Spam

I. INTRODUCCIÓN

El 9 de mayo de 2025, poco más de un mes antes de la culminación de la elaboración del presente artículo, se publicó la Ley N° 32323, «Ley que modifica la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, a fin de ampliar la prohibición de las comunicaciones SPAM», (en adelante, Ley 32323) mediante la cual se modificó el artículo 58.1.e del Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, CPDC) en los siguientes términos:

Artículo 58. Definición y alcances

58.1. El derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales agresivos o engañosos implica que los proveedores no pueden llevar a cabo prácticas que mermen de forma significativa la libertad de elección del consumidor a través de figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo.

En tal sentido, están prohibidas todas aquellas prácticas comerciales que importen:

[...]

e. Emplear centros de llamada (call centers), sistemas de llamado telefónico, envío de mensajes de texto a celular o de mensajes electrónicos masivos para promover productos y servicios, así como prestar el servicio de telemarketing **a consumidor alguno, con la única excepción del envío de comunicación comercial o publicitaria a aquel consumidor que, por iniciativa propia, se contacte directamente con el proveedor y manifieste su consentimiento libre, previo, informado, expreso e inequívoco de ser contactado a través de un número telefónico, dirección electrónica o cualquier otro medio análogo de comunicación.** Este consentimiento puede ser revocado, **con efecto inmediato y sin expresión de causa**, en cualquier momento y conforme a la normativa que rige la protección de datos personales. **La vulneración a esta prohibición o a su revocatoria es considerada infracción muy grave.**

[...]

58.3. Para garantizar la protección del consumidor contra los métodos comerciales agresivos o engañosos, el Estado establece las reglas para el adecuado uso de envío de mensajes y llamadas en las redes de telecomunicaciones.² (Se destacan los cambios realizados a la norma).

La norma, antes de su modificación, establecía la prohibición de efectuar llamadas comerciales (entre otros mecanismos) a todos aquellos números telefónicos y direcciones electrónicas de consumidores **que no hayan brindado a los proveedores su**

² Ley N° 32323, Ley que modifica la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, a fin de ampliar la prohibición de las comunicaciones SPAM. Disponible en: <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1403905>

consentimiento previo, informado, expreso e inequívoco, para la utilización de esta práctica comercial.

En verdad, es muy incómodo recibir constantes llamadas telefónicas durante todo el día, incluso sábados y domingos y en horas impensables, para ofrecernos productos y servicios que casi el 100% de las veces no son de nuestro interés; un bucle que nos lleva a preguntarnos ¿De quién es ese número? ¿Por qué me están llamando? ¿Dónde han obtenido mis datos de contacto? ¿En qué momento los he autorizado a que me llamen?

Esta situación se ha tornado insostenible. Por ejemplo, en nuestra experiencia; en un día digamos tranquilo, hemos recibido 4 llamadas telefónicas de números que no tenemos registrados. Si bien los dispositivos móviles nos permiten adoptar algunas acciones, como «silenciar» las llamadas desconocidas; vale decir, bloquear el timbrado de llamadas entrantes de números que no tenemos registrados, así como también instalar aplicaciones como *Truecaller*, que detectan y bloquean «llamadas spam», cabe preguntarnos si debemos soportar tal acoso telefónico. Debemos precisar que no estamos enfocándonos en este artículo mecanismos intrusivos como correos electrónicos, mensajes de texto, entre otros.

Se han establecido distintas medidas legales para afrontar esta situación, y ninguna ha tenido el efecto que esperábamos. Con la última modificación al artículo 58.1.e del CPDC se tiene la expectativa de que esta situación se revierta por fin, pero ¿en verdad se ha terminado con el problema?

En nuestra opinión, si usted recibe una «comunicación comercial o publicitaria» como lo establece la norma, y no se cuenta con autorización de su parte para que el proveedor proceda de esa manera, definitivamente se está cometiendo una infracción a su derecho como **consumidor**. Ahora bien, a continuación, analizaremos si la modificación de la norma en comentario, tal como ha sido formulada, logra el objetivo que todos anhelamos o si acaso existen otros aspectos que pudieron o debieron tomarse en cuenta para tal fin. Previamente haremos un poco de historia para mostrar cómo ha ido modificándose en el tiempo el artículo 58.1.e del CPDC.

Partamos de algunas inquietudes, ¿Qué es esto del «Primer Contacto»? ¿Todas las llamadas que podríamos recibir están definitivamente restringidas? y ¿Qué incidencia tiene el tratamiento de datos personales en la regulación de protección al consumidor que pretende cubrir?

Compartimos con usted, amigo lector, la enorme molestia de recibir llamadas comerciales personalizadas no deseadas. Muchas veces no contestamos esa llamada de un número desconocido por pensar que se trata de este tipo de comunicaciones comerciales, pero también está la preocupación de que, si no respondemos a esa llamada insistente, probablemente no estaríamos atendiendo una emergencia.

Queremos compartir algunos puntos clave que pueden ayudarlo a entender mejor esta situación y a formar su propia opinión. Es probable que tanto la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales (ANPDP) como la Autoridad de Consumo adopten una interpretación estricta de la norma, tanto en las opiniones consultivas de la primera como en la jurisprudencia que ambas emitan a partir de esta regla modificada. Sin embargo, ¿la forma en que está redactada la norma realmente implica que cualquier tipo de comunicación está prohibida y constituye una infracción? A continuación, presentamos algunas ideas que esperamos le sean útiles para analizar estos casos en su día a día y adoptar una postura al respecto.

II. CONTEXTO DE LA PUBLICIDAD PERSONALIZADA Y SU REGULACIÓN

Partamos de tratar de entender por qué se ha extendido esta actividad de realizar llamadas telefónicas comerciales.

Algunos recordarán que antes se vendían distintos productos, como enciclopedias o electrodomésticos, mediante visitas en los domicilios de los potenciales compradores (consumidores); las llamadas visitas «puerta a puerta», en las que el vendedor destacaba los beneficios de los productos, tanto de utilidad como de precio, y trataba de convencerlos para adquirirlos en condiciones inmejorables. Esta actividad ha perdido fuerza en el tiempo con el advenimiento de las nuevas tecnologías, que han permitido hacer compras de manera virtual, pero no deja de ser un método comercial agresivo si es que se hace sin haberlo solicitado, de manera persistente e impertinente, como lo contempla el artículo 58.1.d del CPDC³.

Esta actividad se origina en la denominada «prospección comercial», que consiste en toda acción realizada «por una empresa para entrar en contacto con clientes potenciales. Su objetivo es ampliar la base de clientes identificando prospectos que tengan interés en los productos o servicios ofrecidos»⁴, por lo que emplea distintos mecanismos de contacto como el telefónico, redes sociales, marketing de contenido, prospección en persona o venta «puerta a puerta». Se trata, en suma, de una forma de publicidad comercial personalizada enfocada en consumidores plenamente identificados, de los cuales el proveedor cuenta con información (datos personales), que le permite personalizar su estrategia y mensaje, para despertar su interés e incentivarlo a adquirir sus productos o contratar sus servicios.

Sin embargo, como mencionamos antes, este tipo de actividad ha derivado en prácticas que hoy percibimos como invasivas e impertinentes. Para ponerlo en perspectiva, en 2021, Perú se ubicó en el segundo lugar a nivel mundial en cuanto a la cantidad de llamadas spam, especialmente en los sectores de telemarketing y servicios financieros⁵.

En el año 2022, 10.809 personas participaron en la «Encuesta nacional de comunicaciones sin consentimiento» realizada por Indecopi. Los datos son reveladores: el 39,82% indicó que recibía entre 4 a 6 llamadas de números desconocidos al día y, de las llamadas respondidas, 17,9% correspondían a ventas y promoción de productos y servicios (ofertas, descuentos, anuncios de premios, etc.), mientras que un 17,6% indicó que las llamadas se cortaban o eran silenciosas. Solo el 2,4% de 10.224 de los

³ **Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor**

Artículo 58.- Definición y alcances

58.1 El derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales agresivos o engañosos implica que los proveedores no pueden llevar a cabo prácticas que mermen de forma significativa la libertad de elección del consumidor a través de figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo.

En tal sentido, están prohibidas todas aquellas prácticas comerciales que importen: (...)

d. Realizar visitas en persona al domicilio del consumidor o realizar proposiciones no solicitadas, por teléfono, fax, correo electrónico u otro medio, de manera persistente e impertinente, o ignorando la petición del consumidor para que cese este tipo de actividades.

Disponible en: <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682697>

⁴ «Prospección comercial: definición, métodos y herramientas». Nomadia Smart Mobility Solutions. 15 de mayo 2025, 15:37. Disponible en: <https://www.nomadia-group.com/es/recursos/blog/prospeccion-comercial-definicion-metodos-y-herramientas/>

⁵ «Perú cierra el 2021 como el segundo país más afectado por llamadas spam» THX Medios S.A. 31 de mayo 2025, 17:08. Disponible en: <https://www.infobae.com/america/peru/2021/12/23/peru-cierra-el-2021-como-el-segundo-pais-mas-afectado-por-llamadas-spam/>

participantes en la encuesta que recibieron comunicaciones en los últimos 30 días de realizada, indicó que había brindado su consentimiento para ser contactado.

Conforme a esa encuesta, el ranking de menciones sobre comunicaciones sin consentimiento estaba liderado por operadores de telefonía como Movistar (37,7%), Claro (37,0%) y Entel (24,9%), seguidos de una empresa de planes de seguros y 5 entidades bancarias y financieras⁶.

Hagamos un poco de historia normativa. En su versión original, el CPDC contempló como método comercial agresivo emplear centros de llamada (call centers) y, entre otros, sistemas de llamado telefónico para promover productos y servicios a todos aquellos números telefónicos y direcciones electrónicas **que hayan sido incorporados en el registro implementado por el Indecopi para registrar a los consumidores que no deseen ser sujetos de las modalidades de promoción antes indicadas**. Se adoptó una regla similar a la contemplada en el artículo 23.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (en adelante, la LOPDGDD) de España, que considera lícito el tratamiento de datos personales que tenga por objeto evitar el envío de comunicaciones comerciales a quienes hubiesen manifestado su negativa u oposición a recibirlas⁷, pudiéndose crear sistemas de información, generales o sectoriales, en los que solo se incluirán los datos imprescindibles para identificar a los afectados, conocidos como «ficheros de exclusión publicitaria»⁸.

De esta manera, la Autoridad de Consumo peruana implementó un servicio denominado «Gracias no insista», para el registro de los consumidores que no deseaban recibir este tipo de llamadas promocionales. Aquí apreciamos que el problema era que se daba por sentada la autorización de los consumidores para recibir este tipo de comunicaciones, por lo que se les estableció la carga de registrarse en este servicio para manifestar su voluntad de no recibir llamadas comerciales. Nótese además que cuando entró en vigor dicha versión de la norma de consumo no se contaba con una Ley de Protección de Datos Personales (en adelante, LPDP, que se promulgó en el 2011, pero entró en vigor recién el 2013)⁹, por lo que el CPDC no hacía referencia a la normativa

⁶ «Comunicaciones sin consentimiento». [www.gob.pe](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3619072/Comunicaciones%20sin%20consentimiento.pdf?v=1663019735). 15 mayo 2025, 14:40. Disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3619072/Comunicaciones%20sin%20consentimiento.pdf?v=1663019735>

⁷ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales. Boletín Oficial del Estado, 6 de diciembre de 2018, núm. 294, p. 119788. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/3>

⁸ DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, J.L. «Sentencia del Tribunal Supremo 1562/2020, de 15 de junio. A vueltas con los sistemas de exclusión publicitaria. La importancia capital de la lista Robinson para garantizar el derecho a la privacidad» *Ars Iuris Salmanticensis*. 2020, vol. 8, núm. 25, pp. 305-309. ISSN-e 2340-5155. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=20713>

⁹ Si bien la LPDP fue publicada el 3 de julio del 2011, su duodécima disposición complementaria final estableció que entraban en vigencia al día siguiente de su publicación solo las disposiciones referidas a la instauración de la ANPDP a través de la Dirección Nacional de Justicia del Ministerio de Justicia (primer párrafo del artículo 32 de la LPDP), la constitución de una comisión multisectorial para la elaboración del reglamento de la LPDP, la elaboración de una directiva de seguridad de la información administrada por los bancos de datos personales, la adecuación del Texto Único de Procedimientos Administrativos del Ministerio de Justicia, la elaboración de un proyecto de ley para las modificaciones necesarias de las leyes existentes y su adecuación a la LPDP, la inafectación de facultades de la administración tributaria y la realización de acciones necesarias para la aplicación de la norma con cargo al presupuesto institucional del Ministerio de Justicia.

La duodécima disposición complementaria final estableció que las demás disposiciones de la LPDP, vale decir la norma de manera íntegra, entraban en vigor a los treinta días hábiles contados a partir de la publicación de su reglamento, lo cual ocurrió dos años después, con la publicación del Decreto Supremo

de protección de datos personales, como sucedió luego con las modificaciones al artículo en comentario.

En efecto, posteriormente, con el Decreto Legislativo N° 1390, Decreto Legislativo que modificó el artículo 58.1.e del CPDC en septiembre del 2018, ya no resultaba necesario registrarse en el servicio «Gracias no insista», por lo cual se estableció un mecanismo de comunicación directa para reportar la infracción a la norma con el «WHATSAPP NO INSISTA 999273647» o al correo sacreclamo@indecopi.gob.pe, para que la Autoridad de Consumo pueda fiscalizar y verificar la infracción, sin perjuicio de las denuncias que podían entablar los consumidores por la comisión de estos métodos comerciales.

Lo particular de dicha modificación es que ahora sí hacía referencia a la normativa de protección de datos personales, al establecer la restricción de llamadas telefónicas y otros métodos a todos aquellos números telefónicos y direcciones electrónicas de consumidores que no hayan brindado a los proveedores de dichos bienes y servicios su consentimiento previo, informado, expreso e inequívoco para el uso de esta práctica comercial, pudiendo revocarse dicho consentimiento en cualquier momento según las normas que rigen la protección de datos personales.

De esta forma, la norma de protección al consumidor buscaba alinearse con la LPDP para garantizar el derecho fundamental a la protección de los datos personales, reconocido en la Constitución Política del Perú. En particular, el artículo 13.7 de la LPDP establece que el titular de los datos personales puede revocar su consentimiento en cualquier momento, siguiendo los mismos requisitos que se aplicaron al momento de otorgarlo.

III. SOBRE EL PRIMER CONTACTO

Como señaláramos, la prospección comercial busca identificar clientes potenciales para contactarlos y despertar su interés en adquirir los productos y servicios del proveedor, empleando distintos mecanismos de contacto como, para efectos de este artículo, el telefónico, lo cual podría constituir, de acuerdo con el CPDC, un método comercial agresivo o engañoso. Pero nótese que con dicha práctica también podría afectarse el consentimiento del titular de datos personales (fuente de información de los proveedores para la prospección comercial) contemplado en la norma de protección de datos personales, tanto así que en la reciente modificación efectuada por la Ley N° 32322 al CPDC, nuevamente nos remite a la regulación de protección de datos personales.

Considerando que en su momento no toda llamada de ese tipo era ilícita, la ANPDP señaló en su opinión consultiva del 13 de enero del 2015¹⁰ que la prohibición de contactar al titular de los datos personales no era absoluta, siempre y cuando la comunicación sea con la única finalidad de obtener el consentimiento del «consumidor, receptor o usuario» y no una finalidad comercial, si se realiza en horarios razonables y en días útiles y, no se insiste si el titular expresó su negativa. Así, la ANPDP hizo referencia a la figura del «Primer Contacto».

N° 003-2013-JUS, Reglamento de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, el 22 de marzo del 2013. Así, la LPDP entró en plena vigencia el 3 de mayo del 2013.

¹⁰ Opinión Consultiva Referencia Documento con registro N° 53701 de la Dirección General de Transparencia Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, de 13 de enero de 2015, sobre «El principio del consentimiento en el envío de publicidad comercial». Disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1364591/2014%20-%20El%20principio%20del%20consentimiento%20en%20el%20envío%20de%20publicidad%20comercial.pdf?v=1606346654>

En otra opinión consultiva (Opinión Consultiva N° 05-2019-JUS/DGTAIPD del 28 de enero de 2019)¹¹, la ANPDP señaló que «Es posible utilizar los datos personales obtenidos de fuentes accesibles al público o de manera lícita para contactar al titular del dato personal para obtener su consentimiento» y, si no otorgaba su consentimiento para el tratamiento de sus datos, no debía ser contactado nuevamente.

Como podemos apreciar, la figura del Primer Contacto se encuentra en el ámbito de la protección de datos personales, pues surge del principio-derecho de consentimiento del titular de datos personales que autoriza el tratamiento de sus datos personales (de las muchas formas de tratamiento que pueden haber), en este caso para que, a partir de su consentimiento, sea contactado telefónicamente para hacerle ofrecimientos comerciales, vale decir, para recibir llamadas telefónicas promocionales y comerciales.

El 30 de noviembre de 2024 se publicó el Decreto Supremo N° 016-2024-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, (en adelante, el Nuevo Reglamento de la LPDP), que vino a reemplazar al Decreto Supremo N° 003-2013-JUS (en adelante, el Antiguo Reglamento de la LPDP), norma que entró en vigor (salvo algunas disposiciones) el 31 de marzo de 2025. Este reglamento marca un cambio importante en la regulación sobre datos personales, poniéndonos a la par de regulaciones como la de la Unión Europea.

En lo que se refiere a la figura del Primer Contacto, el artículo 26 del Nuevo Reglamento de la LPDP regula el «Tratamiento de datos para publicidad y prospección comercial» y, en el numeral 26.2, establece que «Es posible obtener el consentimiento para el tratamiento de datos personales mediante un primer contacto, luego del cual, de no haberse logrado obtener el consentimiento, no es lícito realizar un nuevo contacto o tratamiento de datos personales.» y en el artículo 26.3 establece que «Para el primer contacto, los datos personales pueden haber sido obtenidos de fuentes accesibles al público, en dicho supuesto, el responsable del tratamiento de datos personales debe estar en condiciones de informar, en el primer contacto y a requerimiento del titular de los datos personales, la fuente de recopilación de los datos personales»¹².

De esta manera, conforme había sido desarrollado por la ANPDP en sus opiniones consultivas, el Nuevo Reglamento de la LPDP reguló el Primer Contacto, mediante el cual es posible contactar al titular de datos personales para en adelante realizar actividades de prospección comercial, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- (i) Los datos personales para efectuar este primer contacto deben haber sido obtenidos lícitamente, de fuentes accesibles al público;
- (ii) Debe ser un primer y único contacto;
- (iii) Debe tener por única finalidad obtener el consentimiento de su titular para el tratamiento de sus datos personales; y,
- (iv) El responsable del tratamiento de datos personales debe estar en condiciones de informar, a requerimiento del titular de los datos personales,

¹¹ Opinión Consultiva N° 05-2019-JUS/DGTAIPD de la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre «Consulta sobre la obtención del consentimiento para el primer contacto». Disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1474121/Sobre%20Obtencion%20del%20consentimiento%20en%20el%20primer%20contacto.pdf?v=1626195376>

Hay que precisar que, aparentemente por un error de tipeo, en el documento se señala que la opinión es del año 2018, no obstante, la opinión en realidad se emitió en el año 2019.

¹² Decreto Supremo N° 016-2024-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales. Disponible en: <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1390746>

la fuente de recopilación de los datos personales, aunque lo ideal hubiera sido establecer que debía hacerse de manera obligatoria sin necesidad de que el titular lo requiera.

El numeral 26.5 del Nuevo Reglamento de la LPDP dispone que el titular de datos personales tiene derecho de negarse, revocar u oponerse **al tratamiento de sus datos personales para fines publicitarios y prospección comercial**, para lo cual el responsable del tratamiento debe brindar un medio sencillo y gratuito para tramitar y atender dicha solicitud en un plazo máximo de diez días hábiles, no debiendo guardar dicho trámite mayor complejidad que la empleada para otorgar el consentimiento. Así, el Primer Contacto está relacionado con un consentimiento para el tratamiento de datos personales para fines publicitarios y de prospección comercial, lo cual parece evidente, pero nos debe llevar a tener claro que esta figura no constituye una llamada comercial o promocional, a menos que durante la llamada se haga alguna oferta o promoción, lo que desnaturalizaría la figura del Primer Contacto, lo cual es otro debate, más de tipo procedimental, dado que estaríamos hablando de aspectos probatorios en un procedimiento administrativo.

Este es el panorama del Primer Contacto, por lo menos hasta antes de la entrada en vigor de la Ley N° 32323. Veamos si esto ha cambiado. Por su parte, en lo que respecta a la aplicación de la norma de protección al consumidor sobre los métodos comerciales agresivos o engañosos, Indecopi ha venido sancionando a los proveedores, conforme corresponde, bajo ciertas reglas que detallaremos más adelante.

IV. SOBRE LA LEY 32323, QUE MODIFICA EL CPDC

El 29 de abril de 2025, el Pleno del Congreso de la República aprobó por insistencia el dictamen que «prohíbe las llamadas y mensajes *spam* a fin de proteger la tranquilidad y seguridad de los ciudadanos de métodos comerciales agresivos y engañosos». En la nota de prensa difundida sobre este dictamen, se citaba a un congresista que declaró lo siguiente: «No podemos permitir que siga el acoso y la coacción al que nos someten estas empresas **por ofrecer un servicio o producto** sin importar que alteran la tranquilidad y la salud de millones de peruanos, **con estas prácticas agresivas y engañosas**»¹³ (destacado nuestro).

Con la aprobación de la norma por parte del Congreso, que modificó el artículo 58.1.e del CPDC, se empezó a señalar que incluso ya no es posible contactar al titular de la línea telefónica (nos concentraremos en las denominadas llamadas *spam*) para solicitar su consentimiento para llamarlo y ofrecerle bienes y servicios. En efecto, de acuerdo con el portal web RPP, la directora de la ANPDP declaró que «Una vez que se publique la norma, no pueden llamarme si no tienen mi consentimiento, **incluso no pueden llamarme para pedirme mi consentimiento**, sino que yo tengo que haberlo dado previamente, ya sea al momento del contrato o en algún sorteo o pedido. **No puede haber un contacto sin mi permiso**»¹⁴ (destacado nuestro).

Estas opiniones son sumamente interesantes dado que la del Congreso manifiesta la prohibición absoluta de las llamadas de tipo **comercial y promocional**, mientras que, en la de la directora de la ANPDP citada en el párrafo anterior, aún no formalizada (en el

¹³ «Pleno del Congreso aprueba norma que prohíbe las llamadas spam». Portal del Congreso de la República. 01 de junio de 2025, 10:40. Disponible en: <https://comunicaciones.congreso.gob.pe/damos-cuenta/pleno-del-congreso-aprueba-norma-que-prohíbe-las-llamadas-spam/>

¹⁴ «Congreso aprueba ley contra llamadas spam: cuáles son los alcances y cómo puede intervenir el Ministerio de Justicia». RPP. 17 de mayo de 2025, 10:49. Disponible en: <https://rpp.pe/politica/gobierno/congreso-aprueba-ley-contra-llamadas-spam-cuales-son-los-alcances-y-como-puede-intervenir-el-ministerio-de-justicia-noticia-1631658>

momento de la elaboración del presente artículo) en una opinión consultiva o jurisprudencia sino en una declaración a un medio de comunicación, comprendería **incluso** a la figura del Primer Contacto. Si bien casi todas las posturas que se han venido dando indican que dicha figura ha quedado derogada, hay otras que indican que ha quedado modificada, mas no suprimida. Veamos.

En lo que se refiere a las comunicaciones publicitarias, especialmente las llamadas telefónicas *spam*, el texto aprobado por el Congreso reflejado en la Ley N° 32323 señala que se prohíbe toda práctica comercial que importe emplear centros de llamada (call centers), sistemas de llamado telefónico a consumidor alguno, **con la única excepción** del envío de comunicación comercial o publicitaria a aquel consumidor que, por iniciativa propia, se contacte directamente con el proveedor y manifieste su consentimiento libre previo, informado, expreso e inequívoco, de ser contactado a través de un número telefónico, dirección electrónica o cualquier otro medio análogo de comunicación, siendo infracción muy grave la vulneración a esta prohibición.

a. Los dictámenes que dieron lugar a la Ley N° 32323

En la fundamentación del Congreso, plasmada en el Dictamen de Insistencia por Unanimidad (en adelante, Dictamen de Insistencia)¹⁵, consideramos relevante considerar que, al referirse a las observaciones efectuadas por el Poder Ejecutivo sobre la «coherencia normativa» de las propuestas originales (recordemos que se trataron de tres proyectos de ley: N° 2942/2022-CR, 3131/2022-CR y 3541/2022-CR), señaló que éstas se abordaron en los dictámenes que originaron la Ley aprobada por insistencia.

En efecto, el Ejecutivo observó que la propuesta de los proyectos de ley no guardaba coherencia con la figura del Primer Contacto, permitida por la LPDP en su artículo 28.1, que a la letra establece lo siguiente:

Artículo 28. Obligaciones

El titular y el encargado de tratamiento de datos personales, según sea el caso, tienen las siguientes obligaciones:

1. Efectuar el tratamiento de datos personales, solo previo consentimiento informado, expreso e inequívoco del titular de los datos personales, salvo ley autoritativa, con excepción de los supuestos consignados en el artículo 14 de la presente Ley. (...) ¹⁶

Conforme a ello, y en línea con lo que venimos desarrollando, el Primer Contacto busca cumplir con la obligación legal de recopilar el consentimiento para el tratamiento de datos con fines, en el caso bajo comentario, de publicidad o prospección comercial, vale decir, para ofrecer bienes o servicios de forma general y no por producto o servicio.

Conforme al desarrollo de la ANPDP en sus opiniones consultivas y en el Nuevo Reglamento de la LPDP, la obligación de obtener el consentimiento **de forma previa** al tratamiento de datos personales en comunicaciones publicitarias no conlleva la prohibición absoluta de contacto ya que, de lo contrario, se imposibilitaría la

¹⁵ Dictamen: Por unanimidad - Insistencia - Ley que modifica la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, a fin de ampliar la prohibición de las comunicaciones spam (en relatoría 16/07/2024). Disponible en: <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/MjA1MzUz/pdf>

¹⁶ Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales. Disponible en: <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1034642>

manifestación expresa e inequívoca del propio consentimiento del titular para las posteriores comunicaciones de tal índole.

Ante los proyectos de ley que estuvieron en estudio en la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos del Congreso (en adelante, la CR), conforme se detalla en los dictámenes, el Ejecutivo opinó que «se estaría eliminando la posibilidad de realizar un primer contacto con la finalidad de obtener el consentimiento».

En la sección «Análisis de las observaciones formuladas por el Poder Ejecutivo a la Autógrafa de Ley», en el punto 6.1 «Análisis a la observación sobre coherencia normativa», la CR, señaló que en el Dictamen del 12 de enero de 2023¹⁷ se concluyó que **no existía una afectación a la coherencia normativa** al indicar que:

(...) la Comisión considera que no existe la afectación que se indica, teniendo en cuenta que el Dictamen de fecha 12 de enero del 2023 emitido por la Comisión, ha fundamentado en el punto 4.7.2, párrafo 4, señalando que "Así mismo es importante tener en consideración lo establecido por **la ley de Datos Personales que permite el primer y único contacto y es necesario armonizar la legislación de consumo en ese mismo sentido**", con lo que quedaría desvirtuada la observación formulada. (Destacado nuestro).

Asimismo, en dicho Dictamen de Insistencia, se hace referencia en el punto 6.1. al Dictamen «aprobado el 13 de mayo de 2024»¹⁸, en el que se concluye que **tampoco se vulnera el principio de coherencia normativa**:

(...) ya que el dictamen **es contundente al indicar que se considera lo establecido por la Ley de Datos Personales (sic)**; es decir, **se permite el primer y único contacto por el consumidor y/o usuario** y no está sujeto solamente por el proveedor de la empresa, por otro lado, también señalar que **la Ley de protección de Datos Personales tiene como finalidad su propia protección de las personas naturales** mas no de los propios proveedores o empresas (destacado nuestro).

Consideramos necesario traer a colación todo lo indicado en la fundamentación del Dictamen de Insistencia para tener clara la intención del legislador al emitir el texto aprobado finalmente por el Congreso, que se convirtió en la Ley N° 32323 bajo comentario, ya que dicho poder del Estado consideró que debía desestimarse la preocupación del Ejecutivo por la afectación al principio de coherencia normativa y a la figura del Primer Contacto, ya que «la modificación del literal e) no implica una afectación al derecho de libre empresa de los call centers, ni falta al principio de coherencia señalado en pronunciamientos del Tribunal Constitucional» (Véase la parte final del punto 6.1 del referido Dictamen de Insistencia).

¹⁷ Dictamen: Por unanimidad - Fórmula Sustitutoria - Ley que modifica la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, a fin de ampliar la prohibición de las comunicaciones spam (en relatoría 12/01/2023). Disponible en: <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/Njk2NDk=/pdf>

¹⁸ Entendemos que hace referencia al Dictamen con fecha de recepción 17 de mayo de 2024, cuya referencia está en el punto 3 de la sección IV «CONTENIDO DE LAS OBSERVACIONES FORMULADAS POR EL PODER EJECUTIVO». Disponible en: <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/MTg1ODU1/pdf>

Pero vayamos más a fondo. En el dictamen del 12 de enero de 2023 antes citado, la CR señaló en su párrafo 4.7.2 que, dada la situación presentada por las llamadas y mensajes que perturban la tranquilidad emocional de los consumidores, debía tenerse en cuenta que la LPDP **«permite el primer y único contacto y es necesario armonizar [y mejorar] la legislación de consumo en ese mismo sentido»** (destacado nuestro).

Por su parte, el Dictamen del 11 de mayo de 2023 también es revelador. La CR consideró que no existía afectación al principio de coherencia normativa dado que en su Dictamen del 12 de enero de 2023 señaló que «queda desvirtuada la observación formulada por el Ejecutivo al indicar que la autógrafa de ley establece una prohibición absoluta para contactar a los consumidores, **ya que el dictamen es contundente al indicar que se considera lo establecido por la Ley de Datos Personales (sic); es decir, se permite el único y primer contacto con el consumidor y/o usuario»** (destacado nuestro).

De lo desarrollado tenemos entonces que los dictámenes emitidos por el Congreso son uniformes en señalar que no se ha afectado el principio de coherencia normativa al no entrar en contradicción con la figura del «Primer Contacto» contemplada en la LPDP y ahora expresamente en el nuevo Reglamento de la LPDP, coincidiendo en que **se permite el primer y único contacto con el consumidor, conforme a la LPDP**.

b. Sobre la vigencia del Primer Contacto

Dado el nuevo contexto en el que desarrolla la normativa de consumo con la modificación generada con la Ley N° 32323, nos encontraríamos ante un «contacto habilitante», ya que es mediante la figura del Primer Contacto que el **titular de datos personales** (no nos referimos a la dimensión de la persona como consumidor en esta etapa) brinda su consentimiento para que sus datos sean tratados con el fin específico de ser contactado a futuro para ofrecerle bienes y servicios mediante este tipo de comunicaciones.

En efecto, la Ley N° 32323, que modificó el CPDC, considera como método comercial agresivo o engañoso al empleo de las ya mencionadas comunicaciones promocionales o comerciales personalizadas, con la única excepción de que el consumidor, por iniciativa propia, se contacte directamente con el proveedor y manifieste su consentimiento. Así, podríamos señalar que nos encontramos en dos momentos bien marcados. Uno bajo el ámbito de la LPDP y su reglamento y otro bajo la aplicación del CPDC.

En el caso de la normativa de protección de datos personales, tenemos que los responsables y encargados del tratamiento de datos personales deben cumplir con la norma sobre la materia, como es el caso de, en efecto, el debido tratamiento de datos personales y el respeto del principio de consentimiento del titular del dato personal.

En este ámbito, resulta de aplicación evidentemente la normativa de protección de datos personales y entendemos que la figura del Primer Contacto, reconocida por el Congreso en sus dictámenes, conforme a las opiniones consultivas de la ANPDP emitidas a la fecha y el Nuevo Reglamento de la LPDP, debe cumplir determinados parámetros para no incurrir en infracciones, como es el caso de tratar los datos personales obtenidos de fuentes accesibles al público o de manera lícita para contactar al titular del dato personal, que la comunicación sea con la única finalidad de obtener el consentimiento del «consumidor, receptor o usuario», que esa comunicación **no tenga finalidad comercial**, que sea en horarios razonables y días útiles, no debiendo insistirse si el titular expresó su negativa; siendo que, si no otorgara su consentimiento, **no podrá ser contactado nuevamente**, ya que el «Primer Contacto» **no es por producto o servicio sino por finalidad**.

Si se cumplen con estas condiciones, no estaremos ante una comunicación de naturaleza comercial, que sí está contemplada en el CPDC y que está reafirmada con la modificación generada con la Ley N° 32323, ya que el propio texto se refiere en todo momento a las comunicaciones **para promover productos y servicios**, esto es, y el texto también lo señala, **comunicaciones comerciales o publicitarias**.

Así, si el **consumidor** (ahora sí nos referimos a la dimensión de la persona como consumidor) recibe una llamada para ofrecerle bienes o servicios y no ha dado su consentimiento previo (sea por la vía del «Primer Contacto» o «contacto habilitante» o a pedido del propio consumidor), nos encontraremos ante una **infracción a las normas de protección al consumidor**.

¿Por qué hacemos esta distinción si la literalidad de la norma pareciera indicarnos que solo es posible que se realicen llamadas promocionales o comerciales por iniciativa del propio consumidor que haya solicitado que le hagan este tipo de comunicaciones? En primer lugar, por la forma en que ha sido gestada la norma que modificó el CPDC, dado que el método de interpretación literal de las normas utilizado por sí mismo resulta insuficiente. En el caso del método de la *ratio legis*, no es la intención que tuvo el legislador al dar la norma, sino que debe buscarse en los documentos que van conformando la norma, mediante un método histórico, como es el caso de los dictámenes que hemos referenciado, e incluso mediante el método sistemático por comparación con otras normas, que busca esclarecer qué quiere decir la disposición¹⁹, trayendo a colación los principios o conceptos que quedan claros en otras normas, como es el caso de las referidas a la protección de datos personales, incluyendo el Nuevo Reglamento de la LPDP y las opiniones consultivas emitidas por la ANPDP.

En segundo lugar, porque el artículo 58.1.e del CPDC involucra evidentemente un derecho del consumidor, pero también hace referencia a un derecho del consumidor como titular de datos personales, a revocar el consentimiento que hubiera brindado conforme a la normativa de protección de datos personales.

Así, en el plano de la protección de datos personales, si el titular de los datos personales recibe una llamada telefónica o comunicación sin respetar las pautas ya descritas para solicitar su consentimiento para contactarlo y ofrecerle **posteriormente** algún bien o servicio, nos encontraríamos ante una infracción a las normas de protección de datos personales en tanto esa llamada previa no tiene naturaleza comercial; sin perjuicio de la infracción al CPDC al haber contactado al consumidor sin su consentimiento.

Lo señalado resulta coherente con la forma en que la Autoridad de Consumo ha venido evaluando los casos por métodos comerciales agresivos. Hasta antes de la modificación del CPDC, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi (SPC) ha señalado por ejemplo en su Resolución N° 0337-2025/SPC-INDECOPI (que reitera el criterio desarrollado en su Resolución N° 1680-2020/SPC-INDECOPI) que, el tipo infractor contemplado en el artículo 58.1.e del CPDC, estaba compuesto por tres elementos:

- (i) **Medio de comunicación:** llamadas telefónicas, mensajes de texto a celular y correos electrónicos;
- (ii) **Contenido o finalidad:** promoción de servicios y/o productos; y,
- (iii) **Consentimiento:** establecer si falta el consentimiento previo.

Así, en todos los casos debía determinarse si las comunicaciones con finalidad promocional eran atribuibles al proveedor denunciado. De esta manera, la SPC estableció que debía seguirse la siguiente línea de análisis:

¹⁹ Marcial Rubio Correa, El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011), 238-250.

- (i) Identificar la comunicación presuntamente infractora y determinar si corresponde a alguno de los medios de comunicación tipificados, esto es, para efectos de nuestro análisis, una llamada telefónica.
- (ii) Corroborar si la comunicación tiene contenido promocional de servicios y/o productos, esto es, si ofrece bienes o servicios.
- (iii) Verificar si la comunicación es atribuible al proveedor denunciado.
- (iv) Verificar si se contaba o no con el consentimiento previo informado, expreso e inequívoco para realizar dicho contacto con fines promocionales.

Con la modificación del artículo 58.1.e del CPDC, entendemos que el último paso de verificar si se contaba o no con el consentimiento previo para realizar dicho contacto con fines promocionales variaría a verificar si el consumidor se contactó directamente con el proveedor y manifestó su consentimiento libre, previo, informado, expreso e inequívoco de ser contactado a través de un número telefónico, dirección electrónica o cualquier otro medio análogo de comunicación.

Consideramos que este es el punto de quiebre del análisis en materia de protección al consumidor, que no podría efectuarse de manera aislada como si la sola comunicación del proveedor fuera infractora en sí misma, dado que primero debe determinarse si tiene naturaleza comercial o promocional, en cuyo caso debe evaluarse si existió el contacto del consumidor para dar su consentimiento de recibir este tipo de comunicaciones. No debemos dejar de lado otros supuestos en los cuales el proveedor ya cuenta con la habilitación para efectuar llamadas comerciales, sea porque la persona titular de datos personales dio su consentimiento antes de la entrada en vigor de la modificación al CPDC, por tratativas pre contractuales o contractuales en las que pudo haber brindado su consentimiento respetando las exigencias de las normas sobre protección de datos personales, u otros supuestos que pueden generarse, más aún en esta era en la que la tecnología permite cada día nuevas formas de interrelacionarse.

Ello es consecuente con los dos pasos que contempla la norma para que la llamada comercial sea legal: **(i)** que el consumidor se haya comunicado motu proprio con el proveedor; y, **(ii)** que haya dado su consentimiento para recibir llamadas (no debe pasar desapercibido que para que haya consentimiento se requeriría de una acción por parte del titular del banco de datos personales para obtener precisamente dicho consentimiento). De no cumplirse estos requisitos, estaríamos ante una infracción grave al CPDC. ¿Qué sucedería si no existe una comunicación del consumidor con el proveedor, pero sí tiene el consentimiento? En ese supuesto corresponderá a la ANPDP establecer si existe una infracción a las normas de protección de datos personales, pero entendemos que en materia de protección al consumidor no se evaluaría la responsabilidad del proveedor, dado que, si ello ocurriera, se estaría entrando a analizar una materia de competencia de la ANPDP.

V. REFLEXIONES FINALES

Si la llamada telefónica no tiene naturaleza comercial y se afectan los derechos del titular de datos personales, la evaluación de dicha infracción escapa a nuestro entender de la competencia de la Autoridad de Consumo, al corresponderle a la ANPDP determinar si con dicho actuar se infringen las normas sobre protección de datos personales.

En sede de la Autoridad de Consumo, si se verifica que la llamada telefónica cuestionada tiene naturaleza comercial, debe establecerse si el titular de datos personales, ahora consumidor denunciante, se contactó con el proveedor y le pidió recibir llamadas de este tipo. Si él no se comunicó con el proveedor, pero este tiene el consentimiento, entenderíamos que no se habría producido una infracción a las normas de protección al consumidor, y en lo que se refiere a la forma de obtención del

consentimiento en sí mismo, correspondería a la ANPDP establecer si hubo una afectación al mismo, vale decir, si se infringió la LPDP y su reglamento.

Por el desarrollo que hemos hecho sobre cómo se gestó la Ley N° 32323, cuyos dictámenes reconocieron de manera expresa que el Primer Contacto mantenía su vigencia; y, por la naturaleza de la habilitación, que no está en el ámbito de la protección al consumidor sino de la protección de datos personales, nos inclinamos a concluir que el Primer Contacto no ha perdido vigencia.

Ello guarda coherencia con la LPDP, el Nuevo Reglamento de la LPDP, las opiniones emitidas por la ANPDP a la fecha, el CPDC y la jurisprudencia del Indecopi, que tendrán que adaptarse a las nuevas reglas establecidas por la Ley N° 32323.

Somos conscientes que existe una gran molestia de parte de los que reciben, de manera insistente, este tipo de comunicaciones, lo cual es muy probable que decante en que tanto ANPDP como la Autoridad de Consumo adopten una postura restrictiva a este tipo de comunicaciones, que se podría ver reflejada tanto en las nuevas opiniones consultivas de la ANPDP, como en la nueva jurisprudencia de ambas instituciones, amparándose en una interpretación literal de la norma.

Podría considerarse que la modificación al CPDC constituye el establecimiento de una limitación legal al consentimiento del titular de datos personales, al necesitar el requisito de que sea él quien active el proceso de consentir dicha forma de tratamiento de sus datos llamando al proveedor, eliminando la posibilidad de hacer el Primer Contacto; sin embargo, consideramos que previamente deberían superarse los métodos de interpretación de la norma que hemos planteado, que no debería ser exclusivamente literal, sino considerar lo que el propio legislador manifestó explícitamente en sus dictámenes.

Por ello consideramos que, a la fecha, existen elementos objetivos que nos permiten concluir que la figura del Primer Contacto no ha sido eliminada, ni de manera tácita, caso contrario, habiendo tenido la oportunidad de hacerlo con las observaciones del Ejecutivo, la CR lo hubiera indicado expresamente, no obstante, indicó categóricamente que se mantenía vigente.

No perdamos de vista que este es un tema que no agota la forma invasiva en que recibimos este tipo de información comercial, ya que con los avances tecnológicos se emplean otros mecanismos, como pueden ser las cookies mientras navegamos en Internet, o los algoritmos que generan que, mientras navegamos en la web o en redes sociales, «aparezcan» avisos o información vinculada a nuestros intereses que nos incentiven a adquirir bienes o contratar servicios, al haberse «escaneado» nuestros gustos, preferencias e intereses en base a cómo nos comportamos en el mundo virtual, directa o indirectamente.

El derecho es opinable, es cambiante, es importante contar con las posturas oficiales de los operadores jurídicos para el adecuado cumplimiento de las reglas de juego establecidas, por lo que también se requiere agilidad normativa para adaptarlas a los cambios que en estos últimos años vienen siendo vertiginosos.

Consideramos que una de las lecciones a internalizar es que los proveedores también deben tomar más conciencia de que las restricciones que se dan en materias como la comentada son por no tener en cuenta la afectación causada al consumidor, por allí también debería venir el cambio, para que las relaciones con sus consumidores se desarrollen de manera armoniosa.

BIBLIOGRAFÍA

- Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. «BOE.» Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Madrid, 06 de Diciembre de 2018.
- Congreso de la República. Dictamen: Por unanimidad - Fórmula Sustitutoria - Ley que modifica la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, a fin de ampliar la prohibición de las comunicaciones spam (en relatoría 12/01/2023). 12 de Enero de 2023. <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/Njk2NDk=/pdf> (último acceso: 15 de Mayo de 2025).
- Dictamen: Por unanimidad - Insistencia - Ley que modifica la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, a fin de ampliar la prohibición de las comunicaciones spam (en relatoría 11/05/2023). 15 de Julio de 2024. <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/MjA1MzUz/pdf> (último acceso: 17 de Mayo de 2025).
- Dirección General de Transparencia Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. «Opinión Consultiva Referencia Documento con registro N° 53701: El principio del consentimiento en el envío de publicidad comercial.» Lima, 13 de Enero de 2015.
- Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. «Opinión Consultiva N° 05-2019-JUS/DGTAIPD: Consulta sobre la obtención del consentimiento para el primer contacto.» Lima, 25 de Enero de 2019.
- Dominguez Álvarez, J.L. «Sentencia del Tribunal Supremo 1562/2020, de 15 de junio. A vueltas con los sistemas de exclusión publicitaria. La importancia capital de la lista Robinson para garantizar el derecho a la privacidad.» Vol. 8. n° 25. Ars Iuris Salmanticensis, 2020. 305-309.
- GRUPORPP S.A.C. RPP. 30 de Abril de 2025. <https://rpp.pe/politica/gobierno/congreso-aprueba-ley-contra-llamadas-spam-cuales-son-los-alcances-y-como-puede-intervenir-el-ministerio-de-justicia-noticia-1631658> (último acceso: 17 de Mayo de 2025).
- Indecopi. Comunicaciones sin consentimiento. 2022. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3619072/Comunicaciones%20sin%20consentimiento.pdf.pdf?v=1663019735> (último acceso: 15 de Mayo de 2025).
- Nomadia Group SAS. Nomadia Smart Mobility Solutions. 16 de Noviembre de 2023. <https://www.nomadia-group.com/es/recursos/blog/prospeccion-comercial-definicion-metodos-y-herramientas/> (último acceso: 15 de Mayo de 2025).

- Portal Congreso de la República. 29 de Abril de 2025. <https://comunicaciones.congreso.gob.pe/damos-cuenta/pleno-del-congreso-aprueba-norma-que-prohibe-las-llamadas-spam/> (último acceso: 01 de Junio de 2025).
- Sistema Peruano de Información Jurídica. «Decreto Supremo N° 016-2024-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales.» Lima, 30 de Noviembre de 2024.
- Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.» Lima, 02 de Septiembre de 2010.
- Ley N° 29733, Ley de protección de datos personales.» Lima, 03 de Julio de 2011.
- Ley N° 32323, Ley que modifica la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, a fin de ampliar la prohibición de las comunicaciones SPAM.» Lima, 09 de Mayo de 2025.
- THX Medios S.A. infobae. 22 de Diciembre de 2021. <https://www.infobae.com/america/peru/2021/12/23/peru-cierra-el-2021-como-el-segundo-pais-mas-afectado-por-llamadas-spam/> (último acceso: 31 de Mayo de 2025).



Autora:
Clelia Maria Alfaro Ramos

LA NECESIDAD DE EMPODERAR A LAS NORMAS PRUDENCIALES DESDE EL INDECOPÍ

LA NECESIDAD DE EMPODERAR A LAS NORMAS PRUDENCIALES DESDE EL INDECOPI

The need to empower prudential norms from Indecopi

Clelia Maria Alfaro Ramos¹

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Marco teórico: delimitación de las normas prudenciales y de prevención de lavado de activos.
- III. Contexto: principales obstáculos y necesidad de efectividad de la regulación.
- IV. Evolución de criterios emitidos por el INDECOPI en aplicación de la regulación en comentario.
- V. Necesidad de reconstrucción del criterio para garantizar efectividad de la norma.
- VI. Conclusiones.

Resumen

El constante crecimiento de la tasa de informalidad en el país tiene un efecto directo en el incremento de la morosidad, dificultando la correcta identificación de los deudores y su capacidad de pago, así como la aplicación de mecanismos de cobranza; además, favorece las oportunidades de circular fondos sin control o supervisión, facilitando el lavado de activos. La regulación que faculta a las entidades financieras a decidir contratar, modificar o resolver las relaciones comerciales con sus clientes al amparo de las normas prudenciales y de prevención de lavado de activos requiere, para su efectividad, que las autoridades encargadas de su aplicación prioricen una interpretación finalista, por encima de los formalismos que pudieran impedir u obstaculizar el cumplimiento de la justificación de su creación.

Palabras claves

Protección al consumidor/ Indecopi/ normas prudenciales/ SBS

Abstract

The constant country's growing informality rate has a direct impact on the increase in delinquency, making it difficult to properly identify debtors and their payment capacity, as well as to implement collection mechanisms. It also creates opportunities for uncontrolled or oversighted funds to circulate, facilitating money laundering. The regulation that empowers financial institutions to decide to enter into contracts, modify, or terminate commercial relationships with their clients under prudential and anti-money laundering regulations requires, for its effectiveness, that the authorities responsible for its

¹ Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y Magister en Derecho de la Empresa por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC); con estudios de especialización en Protección al Consumidor, Derecho Administrativo, Bancario, Financiero y Corporativo. Lima, Perú. Correo de contacto: calfaro@pucp.pe

application prioritize a concise interpretation over formalities that could impede or hinder compliance with the justification for its creation.

Keywords

Consumer protection/ Indecopi/ prudential norms/ SBS

I. INTRODUCCIÓN

La presente investigación aborda la seria problemática de eficacia que padece la regulación nacional de normas prudenciales y de prevención de lavado de activos al intentar ser aplicadas por las entidades del sistema financiero, conforme a la finalidad que justificó su ordenamiento. Recientes pronunciamientos de diferentes órganos resolutivos del Indecopi han suscitado una válida preocupación respecto de si las herramientas diseñadas especialmente para hacer frente a las adversidades que la morosidad y el lavado de activos generan al mercado peruano cumplen su objetivo o, por el contrario, caen en solo la apariencia de ello.

Existe la necesidad de reaccionar ante el efecto que las decisiones basadas en aspectos estrictamente formales están produciendo en la efectividad del objetivo que trasciende a una regulación como la relacionada a un modelo preventivo de la procedencia de los fondos que ingresan al sistema económico y, del cumplimiento de las deudas contraídas en la relación comercial, siendo que tiene un impacto directo en la legitimidad de las instituciones y en la confianza que soporta toda relación financiera.

Debido a la relevancia del asunto, este artículo busca, a partir del marco teórico desarrollado en el primer capítulo, sensibilizar al lector sobre la finalidad práctica que existe detrás del estudio y la emisión de la normativa prudencial y de prevención, a fin de aportar en el análisis de la autoridad que, recordando su naturaleza -precisamente- preventiva, de cuidado, cabe invocar su aplicación sin que haga falta una acreditación con absoluta certeza de hallarse ante un supuesto específico, resultando únicamente suficiente estar ante una sospecha o indicios que así lo sustente; y, sin que los formalismos de su accionar permitan revertir el efecto que su aplicación persigue.

Posteriormente, en el segundo capítulo, referido al contexto de los principales obstáculos y la necesidad de efectividad de la regulación, se identifican aquellos puntos de dolor con los que la normativa lidia por múltiples frentes al pretender su efectividad; tales como el alto porcentaje de informalismo del país, las debilidades que presenta el Estado en su supervisión, control y sanción, y, sobre todo, la peligrosa insuficiente articulación que guardan las entidades públicas involucradas, que administran justicia o resuelven conflictos vinculados, con los privados y los ciudadanos en general.

Finalmente, se realiza una reflexión acerca de si a través de la evolución de los criterios que en sus pronunciamientos el Indecopi ha emitido sobre la materia vinculada a la negativa de contratación o resolución contractual unilateral, se ha alcanzado la finalidad para la que las normas prudenciales y de prevención de lavado de activos fueron creadas, en aras de lograr el objetivo detrás de ello, consistente en evitar que el sistema financiero peruano se vea debilitado e inestable por tener que, en estricto cumplimiento de un mandato, otorgar (y/o mantener) un producto a quien no necesariamente califica o cuyo perfil no se encuentra acorde a la legitimidad que el pilar del sistema debe preservar.

Destacando la importancia y la trascendencia de la que gozan los pronunciamientos del Indecopi, sin necesidad de ser calificados como precedentes de observancia obligatoria y, teniendo en cuenta el impacto directo que tienen en cuanto a las reglas

que, a partir de cada caso en concreto, fijan en el manejo y comportamiento del mercado; es relevante considerar acciones o candados en el análisis para evitar favorecer a los consumidores que no presentan buena fe detrás de la formulación de su denuncia, puesto que ser indiferente a dicha situación conlleva a riesgos altos para todos los agentes del sistema financiero peruano y afecta la seguridad jurídica como principio rector de los procedimientos en conocimiento.

II. MARCO TEÓRICO: DELIMITACIÓN DE LAS NORMAS PRUDENCIALES Y DE PREVENCIÓN DE LAVADO DE ACTIVOS

Toda relación comercial entablada entre agentes del mercado parte de la identificación de un bien o servicio que permita satisfacer un interés u objetivo. Así, a lo largo del tiempo, y conforme las necesidades, preferencias y obligaciones surjan o varíen, acorde a la edad y cultura, se establecerán múltiples relaciones comerciales para atenderlas. Aquellas necesidades vinculadas a la vivienda, estudios, viajes, negocios o cualquiera que requiera un capital con el que el agente no cuente inmediatamente para dicha finalidad, se hallarán relacionadas -en su mayoría- a una relación comercial financiera para lograr su obtención. Sea a través de un préstamo (hipotecario, estudiantil, vehicular, personal o de negocios), una tarjeta de crédito o cuenta corriente, la entidad financiera se convertirá en el proveedor del producto o servicio identificado para satisfacer esa necesidad.

De igual manera, en los escenarios donde el agente busque la custodia de su patrimonio o cuando se incorpore al mundo laboral, celebrará relaciones comerciales de índole financiera para satisfacer su interés en la protección de su dinero o la percepción de su remuneración, entre otros; asumiendo la titularidad de una cuenta de ahorros, cuenta sueldo o depósito a plazo fijo, por nombrar algunos de los productos más convencionales del sistema financiero peruano.

Cabe notar que las citadas relaciones suelen tener periodos de duración por un tiempo a mediano o largo plazo, e inclusive, en no pocos casos, por un plazo indefinido hasta que alguna de las partes decida que el mismo ya no responde a la satisfacción de su interés (original, ni sobreviviente); o, que, en uso de sus prerrogativas legales o contractuales, decida ponerle fin unilateralmente, a través de su resolución.

Para entender con mejor sustento la existencia de tales facultades entre las partes, es justo resaltar que la relación comercial financiera tiene por base a la confianza. De hecho, cualquier relación comercial la tiene, puesto que el cumplimiento de un ofrecimiento, la atención en plazo de cualquier insatisfacción y la calidad de la prestación definen si la misma se prolongará o no; sin embargo, en el caso específico de las financieras, mantener la confianza en un grado que brinde seguridad a las partes es primordial, puesto que el objeto de su celebración es la custodia de su patrimonio o la reserva de sus datos personales como ingresos, productos pasivos, activos, capacidad de endeudamiento y comportamiento de pago, entre otros.

La confianza se posiciona como un pilar de la relación financiera, por cuanto su ausencia o vulneración impedirá -objetiva y válidamente- que las partes continúen alineadas al objeto del contrato. Por ello, la regulación en el sector financiero es muy exhaustiva y específica, siendo que los proveedores del sistema deben asegurar, principalmente, total transparencia en el manejo de los ahorros que los ciudadanos depositan en ellos (brindando toda la información relevante con una comunicación de fácil entendimiento), adoptar los mecanismos necesarios para prevenir una crisis financiera (con reservas mínimas, asumiendo un riesgo adecuado respecto a la colocación de productos activos y siendo supervisados), así como cumplir con estándares y buenas prácticas internacionales (Basilea).

Otra razón de la abundante regulación en el sector es que se busca aminorar el riesgo de que se utilice al sistema financiero peruano como vía de los delitos financieros a los que está expuesto, con especial énfasis en prevenir el lavado de activos o financiamiento del terrorismo. Es esto lo que exige tener controles de identificación de los clientes, y el seguimiento de sus comportamientos para la detección de cualquier indicio que haga sospechar del ánimo de disimular el origen ilícito del patrimonio o que quienes se convierten en beneficiarios de una cuenta pertenezcan a grupos terroristas o que se asocian para delinquir. En buena cuenta, la regulación tiene por finalidad impedir que se integren fondos ilícitos en la economía formal.

Para conseguir un sistema financiero seguro y confiable, concurren y se complementan las normas prudenciales y de prevención de lavado de activos.

2.1 Normas prudenciales

A través de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros se reconoce a favor de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) las facultades que lleva para establecer y aplicar las normas prudenciales que estime pertinentes para el mejor desarrollo de sus funciones. Ello, le permite fijar los controles y límites que considere necesarios para garantizar la estabilidad y solidez del sistema financiero, bajo una regulación específica de la gestión de riesgos de las entidades financieras.

Así, el antes vigente Reglamento de Transparencia de Información y Contratación con Usuarios del Sistema Financiero, que fue aprobado por la SBS mediante la Resolución SBS N° 8181-2012, disponía -en su artículo 46°- que no podía considerarse como cláusula abusiva a la incorporación en el contrato de la facultad de la empresa a suspender o resolver unilateralmente un contrato sin comunicarlo previamente al cliente, en aplicación de las normas prudenciales; dejando claro que su aplicación respondía directamente a una excepción al tratamiento que los proveedores del sistema financiero debían cumplir frente a sus clientes. Es decir, en tanto existía una necesidad a priorizarse (para salvaguardar la estabilidad y solidez del sistema), las entidades contaban con respaldo legal para brindar un diferente tratamiento a estos clientes/usuarios identificados.

Ello fue posteriormente recogido en el Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema Financiero que lo derogó, aprobado por la SBS mediante la Resolución SBS N° 3274-2017, (en adelante, el Reglamento) en cuyo artículo 41° que regula la contratación, modificación o resolución contractual unilateral por aplicación de normas prudenciales. En dicho artículo se indica que las entidades pueden elegir no contratar, modificar los contratos celebrados con los usuarios o incluso resolverlos, sin el aviso previo al que se encuentran obligadas, como consecuencia de la aplicación de las normas prudenciales emitidas por la SBS. Además, en el caso de la modificación o resolución, se impone la carga al proveedor de cursar una comunicación al cliente, dentro de los 7 días posteriores a la referida decisión.

Por su parte, el artículo 85° de la Ley 29571, que aprobó el Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código), dispuso que las entidades del sistema financiero pueden decidir la contratación con los usuarios del servicio en función a las condiciones particulares de riesgo, el comportamiento crediticio, las características de los productos que se diseñen para los mercados y la falta de transparencia debidamente reglamentada por la SBS. Asimismo, señala que las modificaciones o resoluciones contractuales en aplicación de las normas prudenciales, tales como las referidas a la administración del riesgo de sobreendeudamiento de deudores minoristas o por consideraciones del perfil del cliente vinculadas al sistema de prevención del

lavado de activos o del financiamiento del terrorismo, no ameritan que las entidades cursen a sus clientes la comunicación previa que se exige en atención a la decisión.

Este artículo fue objeto de desarrollo en la antes vigente Circular N° B- 2197-2011 sobre la aplicación de normas prudenciales conforme al artículo 85° del Código, que quedó derogada por el Reglamento, donde se regulaban similares disposiciones con relación a la no contratación, modificación y resolución de contratos en supuestos de falta de transparencia por parte de los usuarios del sistema financiero. Dicha circular precisaba -en su artículo 3°- que la falta de transparencia de los usuarios se presentaba cuando en la evaluación realizada a la información señalada o presentada por ellos, antes de la contratación o durante la relación contractual, se desprendía que dicha información era inexacta, incompleta, falsa o inconsistente con la información previamente declarada o entregada por el usuario y repercutía negativamente en el riesgo de reputación o situación legal que enfrentaba la empresa.

De lo anterior se advierte que las normas prudenciales se enfocan en la solidez y solvencia de las entidades financieras. Acorde a *Pellarano & Herrera*², podrán definirse como la fijación de una serie de estándares mínimos que se les imponen a las entidades de intermediación financiera a fin de practicar una regulación más eficiente sobre las mismas y promover prácticas financieras saludables, recogiendo las recomendaciones propuestas en Basilea I, II y III.

Por tanto, al amparo de estas, se busca evitar situaciones que pongan en riesgo el pago oportuno de las deudas contraídas, previniendo que existan parámetros que evalúen adecuadamente a quien se posicionará como cliente para asegurarse que podrá cubrir la obligación asumida; identificando, midiendo, controlando y mitigando los riesgos financieros, como el riesgo de crédito, de mercado y operacional.

2.2 Normas de prevención de lavado de activos (PLAFT)

En complemento a lo antes desarrollado, están las normas de prevención de lavado de activos cuyo objetivo es evitar que el sistema financiero sea utilizado para ocultar el origen ilícito de fondos. Son estas las normas que tienen por máxima finalidad exigir a las entidades financieras identificar y verificar la identidad de sus clientes, así como conocer el origen de sus fondos y el propósito de las transacciones que realicen, para mitigar el riesgo del lavado de activos en el sistema, proteger su reputación y cumplir con la regulación³. Ahora bien, en aras de conseguir su efectividad, el monitoreo de tales operaciones debe efectuarse en forma continua, lo que evidenciará una debida diligencia con sus clientes y permitirle advertir cualquier causa que justifique modificar o resolver la relación⁴.

El Reglamento de Gestión de Riesgos de Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo, aprobado por la Resolución SBS N° 2660-2015, (en adelante, Reglamento de Gestión de Riesgos), señala que constituye un deber permanente de las empresas identificar a los beneficiarios finales de todos los servicios o productos que suministren y tomar las medidas razonables para verificar su identidad, hasta donde la debida diligencia lo permita, de modo que estén convencidas de que conocen quién es el beneficiario final. Dispone que este proceso de conocimiento conste de 3 etapas: (i) identificación: la recopilación de información del cliente/beneficiario de la transacción;

² Ricardo Pellarano. Las normas prudenciales. (República Dominicana: website Pellarano & Herrera, 2015). Enlace: [Las Normas Prudenciales | Pellarano & Herrera](#)

³ Financial Crime Academy. Descubriendo la verdad: Descifrando las leyes de lavado de dinero. (España: website FCA, 2025). Enlace: [Descubriendo La Verdad: Descifrando Las Leyes De Lavado De Dinero](#)

⁴ Juan Diego Ugaz. Normas de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo: Modificaciones a la Resolución SBS N° 789-2018(Lima: website Web Payet, Rey, Cauvi, Perez Abogados, 2023). Enlace: [Lexm@il - Normas de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo Modificaciones a la Resolución SBS N° 789-2018](#)

(ii) verificación: inicial y continua, para asegurarse que se identificó correctamente al cliente/beneficiario; y, (iii) monitoreo: para reafirmar el conocimiento que mantiene la empresa respecto del cliente, validando que las características de las operaciones guarden coherencia con el perfil de sus clientes/beneficiarios.

Dicha norma se pone en el supuesto en que la empresa no logre recopilar información suficiente para tener por superada la identificación, verificación o monitoreo de un cliente (incluso potencial), a lo que indica deberá proceder con no iniciar relaciones comerciales, no efectuar la operación y/o terminar la relación comercial iniciada, además de evaluar la posibilidad de efectuar un reporte de operaciones sospechosas. Otros aspectos de la norma de prevención de lavado de activos apuntan a la detección y reporte a autoridades de operaciones de naturaleza sospechosas, establecer políticas internas de prevención, como contar con procedimientos, capacitación del personal y auditorías; y, la designación de un oficial de cumplimiento responsable de supervisar su implementación y funcionamiento.

De otro lado, la Política Nacional contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo, aprobada por el Decreto Supremo N° 018-2017-JUS orienta la actuación del Estado para contrarrestar el fenómeno criminal que afecta al país, a través de los siguientes ejes estratégicos: la prevención, detección, investigación y sanción de los referidos delitos, de manera eficiente, eficaz y articulada; en aras de contribuir a la estabilidad económica, política y social en el Perú:



**Gráfico contenido en el Decreto Supremo N° 018-2017-JUS*

El tercer eje del gráfico comprende la investigación y sanción penal de los delitos de lavado de activos y financiamiento de terrorismo, cuya responsabilidad recae en las entidades que integran el sistema de administración de justicia, y que cuenta con la colaboración de otras entidades públicas. Es de notar que la norma reconoce una participación a cualquier entidad pública que, sin pertenecer al sistema de administración de justicia, colabora en su eficacia, por ejemplo, con la protección de los derechos de los consumidores y en la resolución de conflictos.

Es de notar que el eje transversal de articulación promueve generar sinergias entre las entidades públicas, la sociedad civil y el sector privado, identificando que cada una mantiene un rol en el sistema nacional de lucha contra el lavado de activos y financiamiento de terrorismo.

A partir de ello, se aprecia que esta política establece su intervención y los lineamientos que guían su actuación en alcanzar como propósito una participación coordinada, en aplicación de principios que consoliden adecuadamente al sistema nacional de lucha contra el lavado de activos y financiamiento de terrorismo. Dentro de tales principios, se halla el principio de eficacia, referido a la actuación de las entidades públicas y privadas competentes para orientarse al cumplimiento de metas y la obtención de resultados; y, el principio de cooperación interinstitucional, vinculado a la adopción de mecanismos que fomenten la ayuda mutua a nivel técnico y operativo entre las entidades públicas y privadas para fortalecer la lucha contra el lavado de activos y financiamiento de terrorismo.

Con la finalidad de reforzar las acciones guiadas a obtener un resultado concreto en la lucha contra el lavado de activos, por Decreto Supremo N° 010-2025-JUS, se aprobó recientemente la Política Nacional contra el Lavado de Activos al 2030, fijando *“como meta principal combatir la afectación socioeconómica de los ciudadanos y agentes económicos por el ingreso de activos provenientes de actividades criminales a la economía, a través de la reducción del comportamiento susceptible de constituir un acto de lavado en la población, la mejora de los sistemas de prevención del lavado de activos con un enfoque basado en riesgo por parte de los sujetos obligados, el fortalecimiento de la capacidad del Estado para combatir el lavado de activos y la mejora de la coordinación intrainstitucional, interinstitucional y entre el Estado, el sector privado y la sociedad civil en la lucha contra el lavado de activos”*.

Por tanto, queda claro que el objetivo que trasciende a esta normativa apunta a revisar constantemente la propuesta de solución del problema de lavado de activos, a efectos de adecuarla y reforzarla frente a los nuevos obstáculos que su aplicación supone ante los cambios del comportamiento del mercado, para que, con la acción conjunta, donde intervienen las entidades públicas de los sectores relevantes a cargo, los sujetos obligados y la ciudadanía, se alcance su reducción y contención.

III. CONTEXTO: PRINCIPALES OBSTÁCULOS Y NECESIDAD DE EFECTIVIDAD DE LA REGULACIÓN

Aunque, tal como se ha revisado en el capítulo anterior, exista una amplia regulación que busca tener control y supervisión de las colocaciones de productos e ingreso de patrimonio al sistema financiero, la eficacia en la obtención de su objetivo se reduce por diversas causas que la coyuntura peruana presenta y que, por años, no ha tenido una mejora, pese a los esfuerzos. Por tanto, asegurar el correcto uso de cada herramienta guiada a lograr la prevención que persigue la normativa en estudio, combatiendo la informalidad, la delincuencia, la carencia de educación financiera y, a su vez, promoviendo una inclusión financiera responsable, donde se tomen todas las medidas preventivas para no sobre endeudar, se torna una tarea de alto interés público; pues al final del día a quien se protege con la efectividad de estas medidas es al ahorrista, es decir, a aquellos que depositaron en la entidad la confianza suficiente para dejarle su dinero.

La Política Nacional contra el Lavado de Activos al 2030 es clara al identificar como las causas primarias de la incidencia del lavado de activos que afecta socioeconómicamente a los ciudadanos y agentes económicos a:

- (a) La existencia de informalidad en la economía como factor de riesgo, lo que se soporta en el reducido porcentaje de inclusión financiera y la cultura de informalidad extendida en el país;
- (b) la deficiente prevención del delito por parte de los sujetos obligados, basado en el bajo nivel de entendimiento y consciencia sobre los riesgos asociados a esta actividad delictiva, facilitando que las personas naturales o jurídicas participen directa o indirectamente en su comisión, limitando su detección;
- (c) la debilidad del Estado para combatirlo, resultado de las carencias en tecnología, recursos humanos y presupuestales que enfrente cualquier autoridad encargada de su identificación, investigación y sanción (UIF, Fiscalía y Poder Judicial); y,
- (d) la falta de coordinación interinstitucional, debido a la deficiente comunicación entre las autoridades para el intercambio y uso de la información relevante en el ejercicio de sus competencias para favorecer a una acción conjunta.

Atender y superar las causas primarias y secundarias que representan tales obstáculos cobra un especial interés, dado que lo necesitamos para hacerle frente a dos situaciones que dan cuenta del peligro de la coyuntura actual, que evidencia una aplicación de las normas prudenciales que no prioriza ni alcanza su finalidad.

De un lado, el alarmante incremento del incumplimiento en el pago de las obligaciones a cargo de los consumidores peruanos. De acuerdo con los reportes mensuales registrados por la SBS en su página web, se aprecia que las cifras oficiales de morosidad de créditos de consumo y tarjetas de crédito en el Perú van en aumento. Durante el primer semestre del año 2024, los atrasos en el pago de las deudas generadas por el uso directo de las tarjetas de crédito pasaron de 4.9% a 6.5%, evidenciando un segmento con dificultad de cobranza; mientras en el caso de los créditos de consumo no revolventes, tales como préstamos personales, no experimentaron ninguna mejora en su pago respecto del año 2023.

A pesar de las altas tasas de interés que se aplican al producto, la contratación de tarjetas de crédito viene presentando un alce en su colocación. Así, según el Banco Central de Reserva del Perú (BCR), a fines del año 2023 se observó un incremento del 7.1% en el uso de las tarjetas de crédito en el mercado peruano, conforme a la nota periodística publicada en el diario La República en enero 2024⁵.

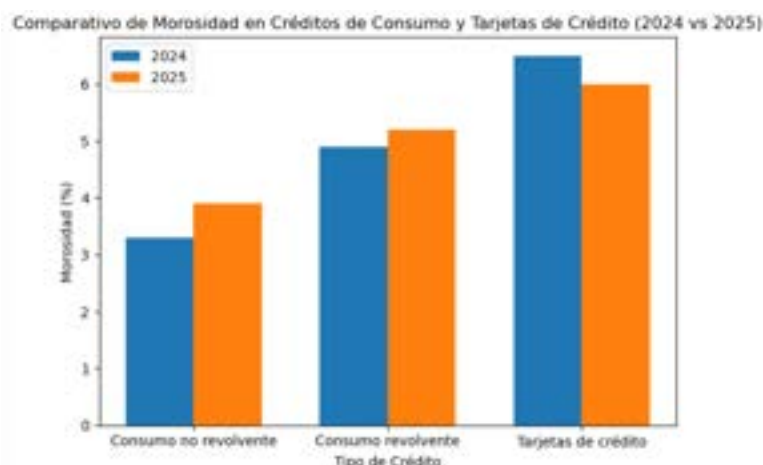
Si bien ello podría traer una conclusión inicial de favorabilidad a la inclusión financiera peruana; dichos porcentajes responden, en parte, a la tendencia del uso de las tarjetas de crédito para atender necesidades e intereses distintos a los anteriormente asociados como emergencias o extraordinarios. Precisamente, existe un uso de las tarjetas de crédito que está vinculado al pago de servicios y productos que antes se podía afrontar (normalmente) con el patrimonio ya percibido y/o ahorrado.

Dentro de las principales causas del mencionado incremento, se posiciona el desempleo y subempleo que la coyuntura post pandemia no ha podido remontar. Así, quienes perdieron el trabajo o vieron su salario reducido (por disminución de horas o ingresos), han tornado la naturaleza de pago de necesidades básicas con la herramienta tarjeta de crédito. Esto incluso ha sido una problemática aún más profunda en quienes son informales, debido a que los empleadores han tenido espacio de imponer reducciones o condiciones y términos abusivos con la promesa de no desvincularlos (prescindir) de su actividad económica. Según la SBS, el primer semestre del 2024 cerró con 8 millones de deudores en el sistema financiero, reflejando un incremento notable desde los años anteriores⁶.

De una comparación entre la morosidad registrada en el año 2024 respecto de la -hasta el momento obtenida- en el año 2023, se observa que existe una tendencia similar a incrementar dicho incumplimiento. Incluso, acorde a la siguiente gráfica se puede visualizar un alce en la falta de pago de las obligaciones derivadas del uso del crédito de consumo no revolvable y revolvable, sin que culmine aún el segundo trimestre. De igual manera, en cuanto a las tarjetas de crédito el volumen de incumplimiento se encuentra cerca del que registró el año anterior, nuevamente, sin que haya cerrado el segundo trimestre del 2024.

⁵ Diario La República. Familias siguieron endeudándose pese a tasas altas. (Lima: website, 2024). Enlace: [Familias siguieron endeudándose pese a tasas altas | BCRP | Tarjetas de crédito | SBS | Situación laboral en Perú | Economía | La República](#)

⁶ Comisión Multisectorial de Inclusión Financiera. Reporte Política Nacional de Inclusión Financiera. (Lima: website Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, 2024). Enlace: [CIIF-0001-jn2024.PDF](#)



**Cuadro elaborado con fuente a la información pública registrada en la página web de SBS*

Con ello, es evidente que la estabilidad económica peruana mantiene factores de preocupación por cuanto el honramiento de adeudos no es una característica del comportamiento de los consumidores en el mercado peruano; por lo que es necesario promover y procurar los mecanismos que permitan y fomenten el cumplimiento en el pago de los adeudos, a fin de reducir dicha morosidad, debido a sus consecuencias.

De otro lado, según la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (en adelante, la UNODC) cada año se registran sumas de entre 800 mil millones y 2 billones de dólares como cifras producto del lavado de activos a nivel global. Ello, en resultado de la práctica de las principales conductas ilícitas como la corrupción y el narcotráfico; representando el 2% al 5% del PIB mundial⁷.

Estas cifras globales dan cuenta de la retadora lucha a nivel mundial por los gobiernos y, en específico, por los sistemas financieros, contra el lavado de activos y el financiamiento de terrorismo.

En su informe sobre amenazas regionales en materia de lavado de activos y financiamiento de terrorismo, publicado en conjunto por el Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT) y por el Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE), se concluye -entre otros- que existe un aumento en el uso de criptomonedas para el blanqueo de capitales, así como una tendencia (respaldada por los expertos) al incremento en los flujos ilícitos debido a la digitalización financiera y la inestabilidad geopolítica⁸.

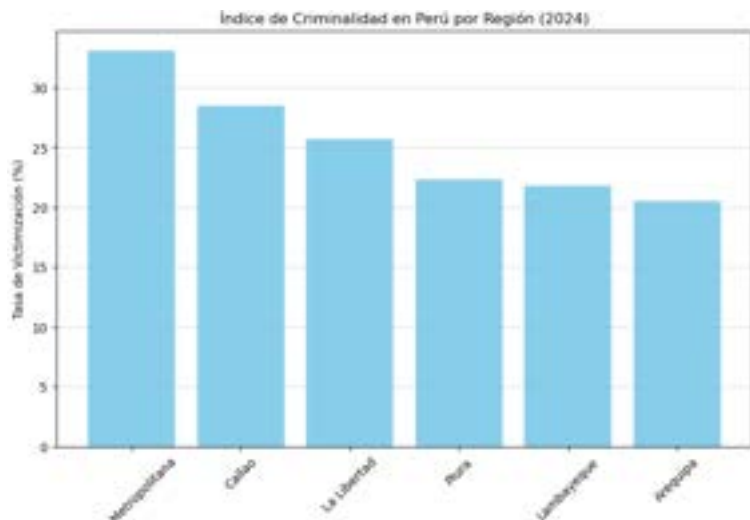
El tipo de delito, la capacidad institucional y la exposición al crimen organizado son facturas que posicionan a América Latina como una región altamente expuesta al lavado de activos; pese a las regulaciones, dada la alta tasa de informalidad económica y exposición a la corrupción, narcotráfico, contrabando, etc.

Las estadísticas de seguridad ciudadana elaboradas por el Instituto Nacional de Estadística e Informática revelan que en el segundo semestre del año 2024 el índice de criminalidad muestra un 33.1% de la población mayor de 15 años como víctima de algún hecho delictivo, registrando a Lima Metropolitana con mayor incidencia en robos,

⁷ Catalina Moya. Clasificación de los riesgos de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo en todo el mundo (Costa Rica: website Facio & Cañas, 2023). Enlace: ([Un vistazo al informe del Basel AML Index 2023: 12th Edition -- Facio & Cañas](#))

⁸ BCIE y GAFILAT. Cuarta Actualización del Informe de Amenazas Regionales en materia de LA/FT. (Tegucigalpa: Banco Centroamericano de Integración Económica, 2024). Enlace: ([Cuarta-Actualización-del-Informe-de-Amenazas-Regionales-en-materia-de-LA-FT.pdf](#))

extorsión y delitos violentos; seguida del Callao, con la mayor tasa de homicidios y presencia de crimen organizado; así como Trujillo con altas tasas de extorsión y sicariato⁹:



**Cuadro elaborado con fuente a la información pública registrada en la página web de INEI*

Dentro de los delitos más comunes se percibe un incremento en los delitos cibernéticos en modalidad de fraude y estafa. Al respecto, acorde a la información exclusiva del Sistema Informático de Denuncias Policiales (SIDPOL) a la que accedió e informó RPP, se encontró que durante el 2024 se reportaron 42 mil denuncias por delitos informáticos, es decir, 40% más casos que los reportados en el año anterior, donde se registraron 30 mil de estas. Así, a través de las modalidades de fraude informático, suplantación de identidad y estafa por redes sociales, se estiman pérdidas de 90 millones de soles en el año 2024; mientras que en el transcurso del 2025 ya se han acumulado pérdidas mayores a 3 millones de soles en solo los dos primeros meses¹⁰.

Por tanto, mantener mecanismos robustos y efectivos de prevención al lavado de activos y financiamiento de terrorismo se traduce en una prioridad que ocupa al gobierno, a través de los actores que reciban el encargo y competencia de velar por su aplicación y respeto, en aras de contar con un sistema que promueva y defienda la integridad financiera.

IV. EVOLUCIÓN DE CRITERIOS EMITIDOS POR EL INDECOPI EN APLICACIÓN DE LA REGULACIÓN EN COMENTARIO

A lo largo de los años, a través de sus órganos resolutivos, el Indecopi ha resuelto los conflictos de consumo surgidos por presuntas negativas a contratar o cierres de cuentas unilaterales, en aplicación de las normas prudenciales reguladas en la normativa antes referida, desarrollando diferentes criterios relevantes a comentar.

En el año 2013, por Resolución 1441-2013/SPC-INDECOPI, la Sala Especializada en Protección al Consumidor declaró la nulidad de la resolución recurrida, considerando que la tipificación correcta para encauzar la conducta referida a la negativa injustificada de apertura de cuenta debía ser analizada bajo el deber de idoneidad,

⁹ Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). Informe Técnico – Estadísticas de seguridad ciudadana del semestre julio a diciembre 2024 (Lima: website INEI, 2024). Enlace: [PERÚ Instituto Nacional de Estadística e Informática](https://inec.pe/PERU-Instituto-Nacional-de-Estadistica-e-Informatica)

¹⁰ RPP Noticias. Ciberdelincuencia en Perú aumentó un 40% en 2024: más de 42 mil denuncias por delitos informáticos (Lima: website RPP, 2024). Enlace: [Ciberdelincuencia en Perú aumentó un 40% en 2024: más de 42 mil denuncias por delitos informáticos](https://rpp.com.pe/ciberdelincuencia-en-peru-aumento-un-40-en-2024-mas-de-42-mil-denuncias-por-delitos-informaticos)

regido por el artículo 19° del Código, fijando -hasta la actualidad- dicho criterio de tipificación, por cuanto la presunta infracción responde a revisar la defraudación de las legítimas expectativas que pueden haberse generado en el usuario solicitante de abrir una cuenta conforme a la oferta del producto en el mercado como consumidor potencial, mas no como un acto de discriminación o de selección injustificada de clientela, reservado para el tipo infractor contenido en el artículo 38° del Código. Similar alcance determinó, por Resolución 1826-2013/SPC-INDECOPI, para el cierre de cuentas, destacando que dicha cancelación unilateral no revelaba un trato distinto o excluyente de la parte denunciante con relación a otros usuarios que se encontraban en las mismas condiciones que este, precisando como el tipo legal a analizar al deber de idoneidad.

Sobre la aplicación de las normas prudenciales alegadas por las entidades financieras para sustentar sus decisiones, existe jurisprudencia que ha validado el uso de esta facultad tras verificar la sola invocación del artículo, como indica la norma bajo una interpretación literal; tal como lo ha desarrollado la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 1, a través de sus Resoluciones 0759-2016/CC1 y 1674-2024/CC1, por las que asevera que basta con poner en conocimiento del consumidor que la decisión (negativa, modificación o resolución contractual) se basa en la facultad que le confiere el artículo 85° del Código, siendo no solo una facultad sino además una obligación de las entidades financieras el adoptar las medidas prudenciales en aquellos casos en los que se identifique a clientes vinculados con el delito de lavado de activos, sin mediar la necesidad de que estuviera en un proceso judicial o existiera solo una investigación fiscal en su contra, bastando que el denunciante hubiera sido relacionado con el referido delito (por ejemplo, en una noticia pública) para, razonablemente y acorde a su finalidad, aplicar las normas prudenciales ante la sospecha. Esto, en atención a las particularidades del sector y a efectos de mitigar los riesgos de la actividad de intermediación financiera.

Dicha interpretación ha sido incluso compartida por la Sala en la Resolución 4323-2014/SPC-INDECOPI, donde validó que bastaba la invocación del artículo en la decisión de no contratar o cerrar alguna cuenta, tomando en cuenta que la justificación de la entidad financiera aludía al artículo 85° del Código, y -adicionalmente-, a la entonces vigente Circular SBS B-2197-2011, norma que desarrolló su alcance.

Sin embargo, a la par, Indecopi también ha emitido pronunciamientos donde sí exigió corroborar la efectiva concurrencia de alguna de las causales que las normas prudenciales fija en su definición. Es decir, demandando al proveedor demostrar ante dicha autoridad administrativa que, efectivamente, el consumidor se hallaba en una situación contemplada entre las normas prudenciales para legitimar su aplicación, pese a que la propia normativa no lo requiere. Así, en pronunciamientos como la Resolución 0417-2016/CPC-INDECOPI-PIU, la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Piura decidió eximir de responsabilidad a la entidad financiera denunciada únicamente tras verificar, a partir de los medios de prueba, que el denunciante se encontraba en la causal de sobreendeudamiento, presentando constantes atrasos en sus pagos, por lo que validó la acción preventiva del cierre justificado de su cuenta. En el caso de la Comisión de la Oficina Regional de Arequipa, por Resolución 0447-2020/CPC-INDECOPI-AQP, sancionó a una entidad financiera por la reducción (modificación) injustificada de la línea de crédito del denunciante, porque durante el procedimiento no evidenció el sobreendeudamiento que lo sustentaba, pese a que el denunciado explicó que la citada disminución de la línea obedeció a un análisis sobre el perfil del cliente, a fin de evitar una situación de sobreendeudamiento, conforme al artículo 85° del Código.

De igual manera, la Sala -por Resolución 4305-2014/SPC-INDECOPI- ha considerado que la libertad de contratar no puede ser irrestricta, debiendo ejercerse bajo la exigencia al proveedor de justificar en causa objetiva cuando decida no contratar y, en el caso de las prudenciales reguladas por el artículo 85° del Código, teniendo que sustentar su decisión en alguno de los supuestos indicados: (a) condiciones particulares del riesgo;

(b) características de los productos; (c) falta de transparencia; (d) lavado de activos, o, (e) financiamiento de terrorismo; sin que la sola invocación del artículo sea suficiente. Dicho criterio de Sala se ha refrendado en años posteriores, por las Resoluciones 0755-2017/SPC-INDECOPI y 1810-2018/SPC-INDECOPI donde señala que la aplicación de dicho artículo supone la verificación de tales supuestos específicos.

De hecho, sobre la verificación de la existencia del supuesto normativo para los puntos (d) y (e) previamente indicados, Indecopi ha sugerido a las entidades financieras presentar dicha información y/o documentación bajo el pedido de confidencialidad, para -a su entender- evitar incumplir el deber de reserva impuesto a las referidas entidades en el artículo 12° de la Ley 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera sobre la revelación de quien se encuentre investigado por el delito. Así, ante la ausencia probatoria se sancionó a la denunciada en la Resolución 2976-2016/SPC-INDECOPI, por no acreditar la causal invocada del uso de las prudenciales, resaltando que existe la presunción de inocencia sobre la comisión de delitos para habilitar su uso. Por su parte, la Resolución 0723-2017/SPC-INDECOPI validó la negativa de abrir una cuenta, tras advertir la existencia de notas periodísticas, de conocimiento público, que -sin incumplir el impedimento del deber de reserva antes comentado- daban cuenta de la inclusión de la parte denunciante en una investigación iniciada por el Ministerio Público por el presunto delito de lavado de activos.

Posteriormente, más allá de la probanza de hallarse o no en uno de los supuestos que las normas prudenciales contempla, Indecopi añade al análisis el requerimiento de acreditar que, en los casos de modificación o cierre contractual, la entidad financiera hubiera cumplido con comunicarlo al cliente dentro de los 7 días hábiles siguientes a la toma de la decisión. Así, por Resolución 0715-2023/ILN-CPC, la Comisión de Protección al Consumidor de la Sede Lima Norte, apoyada en Resoluciones 1497-2023/SPC-INDECOPI y Resolución Final 1573-2023/SPC-INDECOPI de Sala, considera a la comunicación posterior fijada a ser enviada al consumidor en dicho plazo como una condición necesaria a incorporarse dentro del análisis de las presuntas infracciones, en tanto la intención normativa del artículo 41° del Reglamento que lo impone, apunta a que una vez ejecutada la facultad de resolver o modificar el contrato, tiene el mandato de comunicarlo al cliente, pues, precisamente, a partir de ese momento, este último podrá tomar conocimiento de tal hecho y cuestionarlo, en caso no concurran los supuestos de hecho reconocidos en la ley.

Por ello, el criterio antes indicado refiere que cuando se cuestione el ejercicio de las facultades de las entidades financieras para efectuar variaciones o resolver contratos de sus clientes, deberá analizarse -en conjunto- lo siguiente: (i) si, a partir de la evaluación de los medios probatorios, se encuentra acreditada la necesidad de realizar el bloqueo y/o cierre de la cuenta en virtud de las normas prudenciales; y, (ii) una vez configurada la modificación o resolución de contrato, se deberá verificar si se comunicó tal hecho al cliente dentro de los 7 días hábiles posteriores a su realización; por lo que la ausencia de alguno determinará una indebida modificación o cierre de la cuenta; con los efectos que ello conlleva.

A través de recientes pronunciamientos, Indecopi ha agregado un último requisito a considerar en la evaluación de responsabilidad para las presuntas infracciones de negativa o cierre injustificado bajo las normas prudenciales, consistente en revisar si para aplicar los supuestos contemplados en el Reglamento, las empresas previamente pusieron en conocimiento de los usuarios, a través de los formularios contractuales, sobre las situaciones que podían afectar la contratación o la relación contractual, como lo indicaría el artículo 41.3 del Reglamento. Ello, al amparo de lo indicado por la SBS en su Oficio 05097-2024-SBS del 26 de enero de 2024, por el cual atendió el Oficio 00053-2023-SPC-INDECOPI del 27 de diciembre de 2023 donde Indecopi realizó una consulta sobre la interpretación de los artículos 41° del Reglamento y 85° del Código.

Dicha interpretación ha sido recogida en la Resolución 1039-2025/SPC-INDECOPI, donde la responsabilidad del denunciado se definió sin dilucidar si estaba o no inmerso en alguna causal de las normas prudenciales, sino, estrictamente por el lado formal, tras estimar que aunque el denunciado cumplió con informar al denunciante que su negativa se sustentaba en las normas prudenciales, no acreditó haber cumplido con el artículo 41.3 del Reglamento que indicaría a las empresas que deben aplicar lo dispuesto en el inciso 41.1 (referido a las causales de las prudenciales) siempre que previamente pongan en conocimiento de los usuarios, a través de los formularios contractuales, sobre las situaciones que pueden afectar la contratación o la relación contractual; por lo que calificó de injustificada a la negativa objeto de denuncia.

Similar interpretación ha mantenido la Resolución 1368-2025/CC1, donde se discute el cierre de varias cuentas bancarias, eximiéndose de responsabilidad a la entidad financiera sólo respecto de aquellas cuentas donde se pudo acreditar que el contrato firmado contenía los supuestos que podían incidir y afectar la relación contractual, bajo aplicación del artículo 41.3 del Reglamento, para acreditar que informó al cliente los supuestos que la ley señala como supuestos de las normas prudenciales, para con ello, validar su puesta en conocimiento.

V. NECESIDAD DE RECONSTRUCCIÓN DEL CRITERIO PARA GARANTIZAR EFECTIVIDAD DE LA NORMA

El aporte que este artículo quiere dejar se vincula a rememorar la finalidad y, sobre todo, la necesidad de efectividad que la aplicación de las normas prudenciales debe mantener. Así, corresponde revisar los diversos fundamentos expuestos en el análisis de esta casuística por Indecopi y, con expectativa de colaborar con la autoridad en solventar una aplicación que evite favorecer a quienes de mala fe buscan burlar estas normas para adquirir o mantener un producto que, debido a su capacidad económica, no pueden afrontar incurriendo en una inminente morosidad o, peor aún, disfrazar el origen ilícito de sus fondos, integrándolos indebidamente en el sistema financiero.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia emitida por el Expediente N° 03088-2009-PA/TC ha reconocido al método de interpretación finalista (método teleológico) como uno de los que permiten encontrar con mayor éxito la verdadera voluntad de la norma jurídica, identificando cuál es el objetivo o propósito que el legislador quiso alcanzar al promulgarla, con foco en el valor o bien jurídico protegido, evitando que la norma se aplique de forma mecánica o literal y que ello pueda llevar a resultados injustos o contrarios al espíritu del derecho.

Teniendo ello en cuenta, de una interpretación finalista del artículo 41° del Reglamento, se advierte que la creación de esta normativa respondió a la búsqueda de proteger la integridad del sistema financiero y preservar la confianza pública, permitiendo a las empresas adoptar medidas excepcionales frente a riesgos prudenciales, de lavado de activos o falta de transparencia del usuario, y tener una reacción rápida ante situaciones que podrían comprometer la seguridad del sistema o la legalidad de las operaciones. Todo ello, sin descuidar el derecho a la información del consumidor financiero, como algo complementario y no condicionante a la adopción de tales medidas preventivas.

Efectivamente, el artículo 41° del Reglamento busca equilibrar dos intereses fundamentales, por un lado, el interés público en la estabilidad y legalidad del sistema financiero, que justifica medidas excepcionales por parte de las empresas, y, por el otro, la protección de los derechos del consumidor financiero, especialmente el derecho a la información y a la transparencia contractual. Así entendido, cuando el inciso 41.3° del Reglamento señala que las empresas deben aplicar las normas prudenciales siempre que previamente pongan en conocimiento de los usuarios, a través de los

formularios contractuales, sobre las situaciones que pueden afectar la contratación o la relación contractual, se está refiriendo a garantizar la transparencia en la información entregada sobre las estipulaciones contenidas en el contrato de adhesión a celebrar, y con ello, evitar cualquier cláusula abusiva o sorpresiva al consumidor, por no tener su previo conocimiento.

Sin embargo, no se está refiriendo a que en el contrato se repita el texto que la propia norma contiene en su redacción y cuya exigencia ya está vigente por su sola publicación en el diario oficial El Peruano, acorde al artículo 109° de la Constitución Política del Perú que dispone la obligatoriedad de toda norma desde el día siguiente de su publicación, con lo cual se presume conocible por todos los ciudadanos, y su exigibilidad no puede sujetarse a que las partes lo acuerden o no en un contrato. Interpretar lo contrario, no solo desconoce lo regulado por la Carta Magna, sino que vacía de contenido a la finalidad que las normas prudenciales persiguen, puesto que resta su efectividad y condiciona las facultades legales conferidas a las entidades financieras al acuerdo de las partes, inobservando el principio de jerarquía normativa. La perspectiva finalista atiende a que la aplicación del artículo 41° del Reglamento apunta a cuidar que sea proporcional, razonable y transparente, evitando abusos y asegurando que el usuario esté debidamente informado antes y después de cualquier medida contractual, no a evitar la aplicación de la ley, cuya obligatoriedad no depende de las partes.

Por tanto, la valoración realizada por Indecopi sobre la necesidad de demostrar que antes de la celebración contractual, la entidad financiera cumplió con informar al usuario, en sus formularios contractuales, sobre que podía aplicar las normas prudenciales en la decisión de contratación, modificación o resolución contractual, se torna en incompatible con la finalidad que las propias normas buscan; en tanto validar esta línea implicaría desconocer las facultades legales que precisamente el ordenamiento les ha reconocido; exponiendo al sistema financiero peruano al otorgamiento de productos cuyo reembolso se advierte, desde el inicio, como dificultoso, sin poder rechazarlos justificadamente, o al ingreso de patrimonio de procedencia ilícita.

De otro lado, exigir a la entidad financiera acreditar la causal en que se encuentra el usuario o consumidor para validar la aplicación de normas prudenciales en la decisión de negativa de contratación, modificación o resolución contractual representa una limitación sobre todo en los casos donde las razones responden a sospechas de vinculación con el delito de lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Precisamente, alcanzar el estándar de probanza requerido por Indecopi en estos casos supondría el incumplimiento del deber de reserva que obliga a las entidades financieras a no brindar información sobre la investigación de algún administrado por dichos delitos, acorde a lo regulado por la Unidad de Inteligencia Financiera; por lo que dicha interpretación condena a las entidades financieras a ser responsables y sancionados desde que empezó el caso, atentando su derecho de defensa y el debido procedimiento, pese a que la normativa en comentario no condiciona la aplicación de las facultades que reconoce a la probanza del supuesto, permitiendo, según su redacción y acorde a la finalidad que persigue, solo citar que toma la decisión en uso de dicha normativa prudencial.

Además, es de precisar que la restricción que el deber de reserva abarca no logra superarse a través de la entrega de la información o documentación relacionada a la sospecha ante la autoridad bajo confidencialidad, puesto que es -precisamente- su revelación, sin incidencia en la forma de entrega, lo que se impide por dicha prohibición. Esta limitación de probanza ha suscitado sanciones a las entidades que no demostraron (por el impedimento legal antes citado) un perfil o riesgo de lavado de activos derivado de las operaciones bancarias de la parte denunciante, salvo cuando Indecopi pudo constatar la objetividad de la decisión de la entidad para rechazar la

solicitud del usuario o la justificación del cierre en base a noticias públicas o documentos que así lo han permitido verificar. No obstante, es un hecho inusual que la tramitación de investigaciones o procesos sobre lavado de activos se difunda en los medios o prensa, por lo que exigir este nivel de probanza para eximir de responsabilidad termina, paradójicamente, impidiendo su acreditación.

Sobre este punto en particular, merece enfatizar que la naturaleza de la normativa en comentario corresponde a una de índole preventivo. No exige una certeza ni contar con una decisión firme sobre si el delito se configuró, discusión que se reserva a un fuero jurisdiccional distinto. Las normas prudenciales, conforme a su propia nomenclatura, llevan el objetivo de prevenir, cuidar, anticiparse a un resultado que puede ser aún más perjudicial si no se adoptan. No es espacio para determinar si se está frente a un delito, pues su aplicación responde ante una sospecha, sin afectar la presunción de inocencia. Al respecto, en el Oficio 05097-2024-SBS, considerado por Indecopi en sus pronunciamientos, la SBS ha indicado que las normas prudenciales que emite en materia de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo no tienen por objeto determinar la culpabilidad de las personas (competencia de las autoridades judiciales), sino prevenir que el sistema financiero sea utilizado para realizar operaciones delictivas vinculadas con el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, considerando además, el impacto reputacional que ello genera en los actores del mercado financiero. Ello, ha sido reiterado en su Oficio 04225-2025-SBS del 22 de enero de 2025, donde señaló que las normas prudenciales no afectan la presunción de inocencia, puesto que únicamente previenen que el sistema financiero sea utilizado indebidamente.

Asimismo, el criterio de priorizar lo formal frente a la finalidad se advierte en la interpretación que determina la responsabilidad de la entidad financiera que adopta la decisión de contratar, modificar o resolver el contrato en aplicación de las normas prudenciales y que, incluso, hasta acredita hallarse en dicho supuesto para validar la aplicación normativa, pero que no cumplió con seguir el procedimiento de comunicar esta decisión al usuario dentro del plazo de 7 días hábiles posteriores. Esta interpretación no guarda correspondencia con la propia redacción de la norma, en tanto señala que este procedimiento de comunicación de la decisión debe realizarse luego de -precisamente- tomada la decisión. Es decir, no es una condición legal que la efectividad de la decisión, que ya se adoptó previamente, se sujete a la notificación de la comunicación que se efectúa al administrado.

Entonces, ¿por qué la ausencia de notificación podría invalidar la decisión en sí misma? Su ausencia o falla de notificación apunta a una presunta infracción distinta, vinculada al deber de información en todo caso; mas no suspende el efecto de la decisión adoptada. Interpretar lo contrario sería vaciar de contenido a las normas prudenciales e impedir la obtención de su objetivo, en tanto significaría que aunque una entidad financiera detecte que un cliente se encuentra inmerso en uno de los supuestos que le permite su aplicación (por ejemplo, que está sobreendeudado y su perfil representa un peligro en el recupero de la deuda, o que está vinculado a un delito de lavado de activos), dicha decisión, por más fundamento que tenga para sustentar este supuesto, no tendrá el efecto perseguido porque no se ha seguido un procedimiento estrictamente formal como notificar dentro de un plazo, o si incluso la comunicación rebotó porque el propio cliente fijó una dirección inexacta como domicilio contractual. Además, en estos casos, tampoco resulta congruente que las medidas correctivas dictadas ordenen gestionar la apertura (o re-apertura) de cuentas bancarias, si -en estricto- lo único que no demostró fue no haber comunicado al usuario sobre la decisión adoptada en plazo; es decir, no cambia en nada la decisión previamente tomada, sobre la que, acorde a la norma, se comunicaría de su adopción luego.

VI. CONCLUSIONES

Las principales conclusiones del presente artículo son:

1. **Existe la urgencia de una interpretación finalista.** La aplicación de las normas prudenciales y de prevención de lavado de activos requiere una interpretación que priorice su finalidad preventiva y protectora del sistema financiero, por encima de formalismos que puedan desnaturalizar su propósito.
2. **Se advierte un desbalance entre forma y fondo en el análisis.** Las exigencias formales impuestas por algunos pronunciamientos del Indecopi, como la necesidad de acreditar contractualmente las causales de aplicación o de notificar en plazos estrictos, pueden debilitar la eficacia de las medidas prudenciales, incluso cuando estas se adoptan con fundamento legítimo.
3. **Se detecta el riesgo de vaciar de contenido a la norma.** Condicionar la aplicación de las normas prudenciales a requisitos no previstos en la ley, como la prueba plena de sospechas de lavado de activos, puede vaciar de contenido su función preventiva y exponer al sistema financiero a riesgos innecesarios.
4. **Concurre la necesidad de coherencia institucional.** Es fundamental que las decisiones del Indecopi se alineen con los principios y objetivos de la regulación emitida por la SBS y otras autoridades competentes, especialmente en lo que respecta a la lucha contra el lavado de activos y la protección de la estabilidad financiera.
5. **La protección del sistema y del consumidor responsable.** Empoderar las normas prudenciales no implica desproteger al consumidor, sino garantizar que el sistema financiero funcione con integridad, transparencia y confianza, protegiendo tanto a los usuarios como a los ahorristas y a la economía nacional.
6. **Aporte en la recomendación normativa y jurisprudencial.** Se recomienda revisar y ajustar los criterios jurisprudenciales del Indecopi para que se alineen con una interpretación teleológica de la normativa prudencial, reconociendo su carácter preventivo y su rol esencial en la defensa del interés público.

BIBLIOGRAFÍA

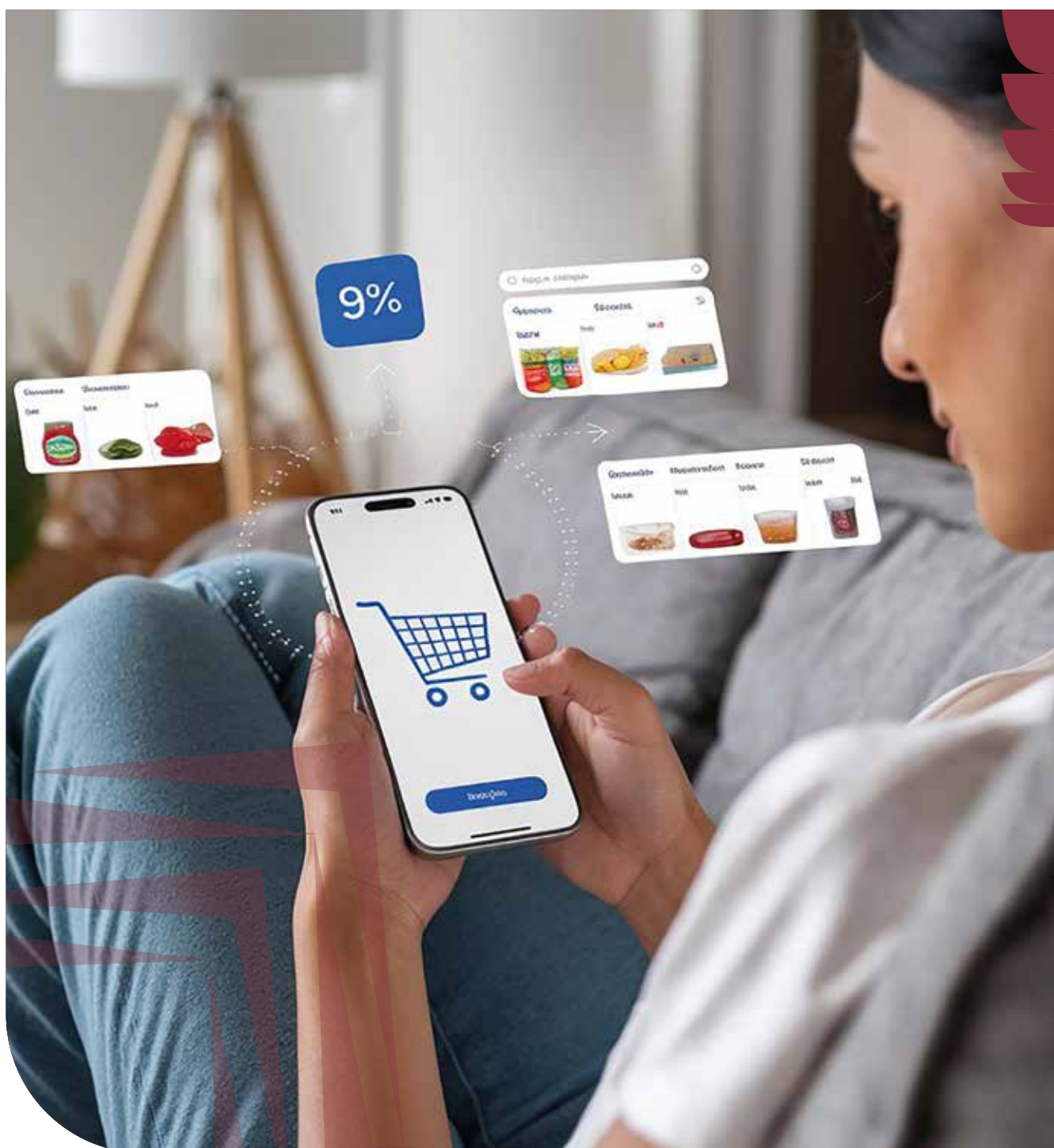
- Banco Central de Reserva del Perú. 2023. Informe sobre el uso de tarjetas de crédito en el Perú. Lima: BCRP.
- BCIE y GAFILAT. 2024. Cuarta Actualización del Informe de Amenazas Regionales en materia de LA/FT. Tegucigalpa: Banco Centroamericano de Integración Económica.
- Comisión Multisectorial de Inclusión Financiera. Reporte Política Nacional de Inclusión Financiera. Lima: website Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, 2024.
- Decreto Supremo N° 010-2025-JUS. Política Nacional contra el Lavado de Activos al 2030. Lima: Presidencia del Consejo de Ministros.
- Decreto Supremo N° 018-2017-JUS. Política Nacional contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo. Lima: Presidencia del Consejo de Ministros.

- Financial Crime Academy. Descubriendo la verdad: Descifrando las leyes de lavado de dinero. España: website FCA, 2025.
- Indecopi. Varias resoluciones entre 2013 y 2025. Resoluciones sobre aplicación de normas prudenciales. Lima: INDECOPI.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). 2024. Informe Técnico – Estadísticas de seguridad ciudadana del semestre julio a diciembre 2024. Lima: INEI.
- Ley N° 26702. Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. Lima: Congreso de la República.
- Ley N° 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor. Lima: Congreso de la República.
- Moya, Catalina. Clasificación de los riesgos de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo en todo el mundo. Costa Rica: website Facio & Cañas, 2023.
- Oficio N° 04225-2025-SBS. Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.
- Oficio N° 05097-2024-SBS. Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.
- Pellarano, Ricardo. Las normas prudenciales. República Dominicana: website Pellarano & Herrera, 2015.
- Resolución SBS N° 2660-2015. Reglamento de Gestión de Riesgos de Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo. Lima: SBS.
- Resolución SBS N° 3274-2017. Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema Financiero. Lima: SBS.
- Resolución SBS N° 8181-2012. Reglamento de Transparencia de Información y Contratación con Usuarios del Sistema Financiero. Lima: SBS.
- RPP Noticias. 2024. "Ciberdelincuencia en Perú aumentó un 40% en 2024: más de 42 mil denuncias por delitos informáticos." Lima: Grupo RPP.
- Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS). Diversos informes y resoluciones.
- Ugaz, Juan Diego. Normas de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo: Modificaciones a la Resolución SBS N° 789-2018. Lima: website Web Payet, Rey, Cauvi, Perez Abogados, 2023.
- Unidad de Inteligencia Financiera (UIF). Ley N° 27693. Lima: SBS.
- UNODC. 2023. Informe Global sobre Lavado de Activos. Viena: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN EL SIGLO XXI Y SUS PRINCIPALES DESAFÍOS

Autor:

Alejandro Burgueño Sánchez



LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN EL SIGLO XXI Y SUS PRINCIPALES DESAFÍOS

Consumer Rights in the 21st Century and their main challenges

Alejandro Burgueño Sánchez¹

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El origen de los derechos del consumidor.
- III. Mecanismos legales e institucionales para la protección de los derechos del consumidor en México.
- IV. ¿Cómo se ejercen los derechos del consumidor en México?
- V. Retos y desafíos de los derechos del consumidor en el siglo XXI.
- VI. ¿Hacia dónde debemos avanzar?
- VII. Conclusión

Resumen

El presente artículo analiza la evolución y el estado actual de la protección de los derechos del consumidor, destacando los mecanismos legales e institucionales vigentes. La protección al consumidor ha sido una preocupación regulatoria desde hace décadas, hasta elevar estos derechos a rango constitucional. Asimismo, se examinan las instancias y los mecanismos de acceso a la justicia para los consumidores, incluyendo la conciliación, el arbitraje y la vía judicial.

A pesar de este sólido marco normativo, se revelan desafíos significativos en el siglo XXI. Si bien los mecanismos existentes son necesarios y han demostrado cierta efectividad, resultan insuficientes para abordar plenamente las complejidades del mercado digital y global. El artículo concluye que, para una protección efectiva, se requiere una modernización legislativa continua, un fortalecimiento institucional y una estrategia integral de empoderamiento ciudadano.

Palabras clave:

Derechos/ consumidor/ comercio digital/ desafíos.

Abstract

This article analyzes the evolution and current state of consumer rights protection, highlighting the existing legal and institutional mechanisms. Consumer protection has been a regulatory concern for decades, leading to the elevation of these rights to constitutional

¹ Tavares&Tavares Law Firm, S.A. de C.V. Ciudad de México, México. Licenciado en Derecho, especialista en Derecho Administrativo. Correo de contacto: aburgueno@tavares.com.mx

status. The article examines the relevant bodies, as well as the mechanisms for consumers' access to justice, including conciliation, arbitration, and judicial proceedings.

Despite this solid regulatory framework, significant challenges are revealed in the 21st century. While existing mechanisms are necessary and have demonstrated some effectiveness, they are insufficient to fully address the complexities of the digital and global market. The article concludes that, for effective protection, continuous legislative modernization, institutional strengthening, and a comprehensive strategy for citizen empowerment are required.

Keywords

Consumer rights/ consumer/ digital commerce/ challenges.

I. INTRODUCCIÓN

Imaginemos por un instante un escenario en el que no existieran derechos de los consumidores. ¿Qué pasaría si un establecimiento no respetara una de sus ofertas, o si alguien sufrió la clonación de sus tickets para asistir a un concierto? ¿Quién se haría responsable de evitar el cobro obligatorio de una propina o del incumplimiento de una garantía? Imaginemos en la actualidad hacer una compra en cualquier Marketplace o plataforma digital y no recibir nuestra compra de manera oportuna y en las condiciones que nos fueron prometidas, y no obtener respuesta alguna a nuestros reclamos. Es en esos casos donde se hace visible la necesidad de contar con un marco normativo e institucional sólido para la protección de los consumidores frente a situaciones que vulneren sus derechos.

Los derechos de los consumidores están en constante evolución. Los avances tecnológicos, un entorno globalizado y altamente digitalizado obligan a poner en el centro de la discusión al consumidor, con el fin de garantizar el ejercicio y acceso efectivo a sus derechos y, por su parte, la forma en que estos deben de ser respetados por proveedores de bienes y prestadores de servicios y, garantizados principalmente por las autoridades competentes creadas para tal efecto.

Lo anterior es así toda vez que los consumidores suelen encontrarse como el eslabón más débil dentro de una relación de consumo debido a la capacidad económica, falta de información o información engañosa, así como poco poder de negociación, haciendo indispensable que cuenten con los medios suficientes y adecuados para la protección de sus derechos.

Por su parte, no debe dejarse de lado que los proveedores de bienes y servicios no siempre están dispuestos a aceptar la implementación de conductas éticas para evitar prácticas que afectan a los consumidores.

De tal forma que, no basta ya con brindar una protección al consumidor en el sentido tradicional de garantizar un acceso informado a bienes y servicios, sino que, dada la proliferación de nuevas formas de efectuar el comercio, es necesario brindar, entre otros aspectos, mecanismos efectivos para la solución de controversias, para garantizar la equidad para los consumidores dentro del comercio electrónico y la protección de su privacidad y datos personales.

En ese contexto surgen una serie de cuestionamientos que se abordarán en este artículo, cuyo objetivo central es brindar un panorama sobre la eficacia de los mecanismos, las leyes

e instituciones con los que cuentan los consumidores para el acceso, ejercicio y protección de sus derechos; es decir, si el Estado como garante de dichos derechos, se encuentra a la altura institucional y normativa de los desafíos que estos enfrentan.

Debemos entonces, para atender los desafíos que enfrentan los consumidores, conocer brevemente los antecedentes y cómo han evolucionado los derechos del consumidor, la normatividad vigente y las necesidades que deben satisfacerse para su adecuada protección conforme a las mejores prácticas en la materia.

II. EL ORIGEN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Existe una aceptación casi unánime sobre el origen moderno de los derechos del consumidor. Diversos autores coinciden en que, estos se han venido reconociendo a partir de la segunda mitad del siglo XX, derivado de diversos movimientos sociales de consumidores en los Estados Unidos: "Los orígenes de este movimiento son consecuencia de diversos factores, entre los que se mencionan a Ralph Nader, el escándalo de la talidomida, el aumento de los precios y la acción de los medios de comunicación masiva"².

Esto es que, las protestas de consumidores que se fueron extendiendo por todo el mundo, provocaron o tuvieron como resultado una mayor conciencia de sus derechos, así como diversas acciones encaminadas a su protección, tales como la publicación de revistas para un consumo informado, programas de radio y televisión, así como la creación de organismos para la protección de estos derechos en algunos países de Europa.

No tardarían entonces los Estados en percatarse de la necesidad de impulsar medidas encaminadas a la protección de los derechos de los consumidores.

Ejemplos de ello, lo podemos observar en el célebre discurso del presidente John F. Kennedy en 1962, en el que se trataron temas relativos a la seguridad, la información, la elección y el derecho de los consumidores a ser escuchados.

Más adelante, en 1973, surge la Carta Europea de Protección de los Consumidores que es considerada como el primer documento internacional que reconoció el derecho de los consumidores a organizarse y ser representados, a la reparación del daño, así como al acceso a la información para un consumo informado.

Finalmente, en 1985 se aprueba la Declaración de la ONU sobre los Derechos del Consumidor de 1985, los cuales tienen como objetivo brindar un marco de referencia a los gobiernos para el diseño, elaboración y fortalecimiento de su legislación en materia de protección de los derechos del consumidor.

En ese contexto internacional, México no podía ser la excepción y por ello, se emite la primera Ley Federal del Consumidor creando instancias gubernamentales específicamente para la defensa de los derechos de los consumidores, tales como la Procuraduría del Consumidor y el Instituto del Consumidor, hasta llegar a la actual Ley Federal de Protección al Consumidor, vigente desde el año 1992.

² José Ovalle Favela, *DERECHOS DEL CONSUMIDOR* (Ciudad de México, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Año 2000), página 4

III. MECANISMOS LEGALES E INSTITUCIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN MÉXICO

Como señalamos anteriormente, la protección de los derechos del consumidor ha sido objeto de regulación en México desde la década de los 70, para lo cual se ha legislado y creado diversas instituciones como la Procuraduría Federal del Consumidor, y se expidió la Ley Federal de Protección al Consumidor que, si bien data del año 1992, ha sufrido diversas reformas que buscan adaptarse a los constantes cambios y evolución en las relaciones de consumo.

Un aspecto importante que destacar es sin duda que, en México los derechos de los consumidores han sido elevados a rango constitucional. El artículo 28 constitucional "...primeramente establece una enérgica prohibición y orden de castigo severo a monopolios, prácticas monopólicas, exenciones de impuestos, protecciones a la industria, así como toda concentración o acaparamiento de artículos de consumo necesario; y todo arreglo o colusión de productores u oferentes para evitar la libre concurrencia o la competencia. Y en segundo lugar, eleva a nivel constitucional el derecho a la protección de los consumidores y el mandato de propiciar la organización de los consumidores para la defensa de sus intereses, que, si bien ya existía en leyes secundarias tales como la Ley Federal de Protección al Consumidor vigente desde 1973, con esta reforma adquiere un carácter de derecho humano".³

Artículo 28. ... Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. **La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses**⁴.

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido la relevancia de los derechos de los consumidores y la forma de garantizarlos:

DERECHO DE LOS CONSUMIDORES. COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE BASE CONSTITUCIONAL TIENE UNA REGULACIÓN LEGAL, ESPECÍFICA Y PROTECTORA QUE EL JUZGADOR DEBE CONSIDERAR AL RESOLVER LOS CONFLICTOS ENTRE PROVEEDORES Y CONSUMIDORES QUE SEAN DE SU COMPETENCIA PARA EVITAR ABUSOS.

Los actos de comercio se rigen por el código de la materia, las demás leyes mercantiles; y, de manera supletoria, el Código Civil Federal. Por su parte, el artículo 28 constitucional establece el principio de que la ley protegerá a los consumidores. Dicho

³ Adriana Labardini Inzunza, "El derecho a la protección de los consumidores y su organización" Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 812, [42.pdf](#)

⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

precepto es la base de la Ley Federal de Protección al Consumidor, así como de otros ordenamientos, cuyos propósitos son dar contenido y hacer efectivos los derechos fundamentales de los consumidores. Dicha ley es de orden público, interés social, de observancia en toda la República y cuyas disposiciones son irrenunciables; por lo que contra su observancia no puede alegarse costumbre, práctica o convenio en contrario. Dicho ordenamiento establece, entre otras, las definiciones de proveedor al igual que la de consumidor, los principios básicos de las relaciones de consumo, una serie de medidas cuya finalidad es tanto promover como proteger los derechos y cultura del consumidor; procurando la equidad y seguridad jurídica en las mencionadas relaciones de consumo. Por lo tanto, se trata de un microsistema por sus reglas protectoras específicas donde no rige de manera absoluta el principio de autonomía de la voluntad que opera de manera general en materia civil y mercantil; sino que está sujeto a normas imperativas protectoras de los derechos de los consumidores cuyo cumplimiento debe vigilar el Estado. Por lo tanto, cuando surjan conflictos entre proveedores y consumidores debe privilegiarse la aplicación de las normas protectoras cuando sean incompatibles con las normas civiles y mercantiles, con el propósito de prevenir abusos en las relaciones de consumo cuyos conflictos deba resolver la autoridad judicial en su ámbito de competencia⁵.

Por su parte, la Ley secundaria, es decir, la Ley Federal de Protección al Consumidor, vigente desde el año 1992, en concordancia con la Constitución General, dispone que se trata de una norma de orden público e interés social y que sus disposiciones son irrenunciables y contra su observancia no podrán alegarse costumbres, usos, prácticas, convenios o estipulaciones en contrario. Por otro lado, señala que su objeto es promover y proteger los derechos y cultura del consumidor y procurar la equidad, certeza y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores, para lo cual establece 11 principios básicos de observancia obligatoria:

ARTÍCULO 1.- ...Son principios básicos en las relaciones de consumo:

- I. La protección de la vida, salud y seguridad del consumidor contra los riesgos provocados por productos, prácticas en el abastecimiento de productos y servicios considerados peligrosos o nocivos;
- II. La educación y divulgación sobre el consumo adecuado de los productos y servicios, que garanticen la libertad para escoger y la equidad en las contrataciones;
- III. La información adecuada y clara sobre los diferentes productos y servicios, con especificación correcta de cantidad,

⁵ Sistema de Consulta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis publicada en la dirección de Internet: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/wfDetalleTesis.aspx?SN=1&Clase=DetalleTesisBL&ID=163370&Expresion=CONSUMIDORES>

- características, composición, calidad y precio, así como sobre los riesgos que representen;
- IV.** La efectiva prevención y reparación de daños patrimoniales y morales, individuales o colectivos;
 - V.** El acceso a los órganos administrativos con vistas a la prevención de daños patrimoniales y morales, individuales o colectivos, garantizando la protección jurídica, económica, administrativa y técnica a los consumidores;
 - VI.** El otorgamiento de información y de facilidades a los consumidores para la defensa de sus derechos;
 - VII.** La protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos y desleales, así como contra prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos y servicios;
 - VIII.** La real y efectiva protección al consumidor en las transacciones efectuadas a través del uso de medios convencionales, electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología y la adecuada utilización de los datos aportados;
 - IX.** El respeto a los derechos y obligaciones derivados de las relaciones de consumo y las medidas que garanticen su efectividad y cumplimiento;
 - X.** La protección de los derechos de la infancia, adultos mayores, personas con discapacidad e indígenas, y
 - XI.** La libertad de constituir grupos u otras organizaciones de consumidores que, sin contravenir las disposiciones de esta ley, sean garantes de los derechos del consumidor.

Los derechos previstos en esta ley no excluyen otros derivados de tratados o convenciones internacionales de los que México sea signatario; de la legislación interna ordinaria; de reglamentos expedidos por las autoridades administrativas competentes; así como de los que deriven de los principios generales de derecho, la analogía, las costumbres y la equidad⁶.

En cuanto a la instancia encargada de velar por la protección a los derechos de los consumidores, con base en la citada Ley Federal de Protección al Consumidor, lo es la Procuraduría Federal del Consumidor, la cual, entres sus funciones básicas destacaremos diez que consideramos las más relevantes:

- 1.** Promover y proteger los derechos del consumidor y representar sus intereses ante autoridades jurisdiccionales y proveedores;
- 2.** Llevar a cabo acciones educativas y de divulgación que facilite al consumidor la toma de decisiones informadas;
- 3.** Promover nuevos o mejores sistemas y mecanismos que faciliten a los consumidores el acceso a bienes y servicios, así como la adopción de códigos de ética a proveedores en sus relaciones con consumidores a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología;
- 4.** Vigilar precios y tarifas establecidos o registrados y que las pesas, medidas y los instrumentos de medición que se utilicen en transacciones sean adecuados y, en su caso, realizar el ajuste de los instrumentos de medición;

⁶ Ley Federal de Protección al Consumidor, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992.

5. Registrar los contratos de adhesión que lo requieran, cuando cumplan la normatividad aplicable;
6. Procurar la solución de las diferencias entre consumidores y proveedores y denunciar los hechos que puedan ser constitutivos de delitos o violaciones administrativas;
7. Publicar los productos que sean detectados como riesgosos; emitir alertas dirigidas a los consumidores sobre productos o prácticas en el abastecimiento de bienes, productos o servicios, defectuosos, dañinos o que pongan en riesgo la vida, la salud o la seguridad del consumidor;
8. Retirar del mercado los bienes o productos que ponen en riesgo la vida o la salud del consumidor, y, en su caso, ordenar la destrucción de los mismos;
9. Ordenar la reparación o sustitución de los bienes, productos o servicios que representen un riesgo para la vida, la salud, la seguridad o la economía del consumidor, y
10. Aplicar procedimientos para el cobro de multas.

IV. ¿CÓMO SE EJERCEN LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN MÉXICO?

Igual o más importante que tener un marco jurídico e institucional robusto, es el contar con los mecanismos de acceso efectivo a los derechos del consumidor. En México, existen diversos medios o mecanismos encaminados a que los consumidores puedan acceder de manera más ágil a la justicia especializada, que van desde medios alternativos como la conciliación y el arbitraje entre consumidores y proveedores, hasta procedimientos administrativos de imposición de sanciones y jurisdiccionales, los cuales se describen brevemente a continuación:

1. Conciliación: Mediante este mecanismo, gratuito y voluntario, la Procuraduría Federal del Consumidor, funge como facilitador para que consumidores y proveedores, lleguen a un acuerdo. Este procedimiento concluye con la firma de un convenio entre las partes.

A través de este procedimiento el consumidor puede presentar su reclamación contra el proveedor, por el incumplimiento en que éste haya incurrido, con la finalidad de que la Procuraduría Federal del Consumidor intente conciliar los intereses de ambos, mediante la celebración de un convenio, el cual, de ser aprobado por la Procuraduría, tendrá la autoridad de la cosa juzgada, por lo que el consumidor podrá exigir su ejecución procesal ante el juez competente (artículo 110 de la LFPC).⁷

2. Procedimiento por infracciones a la Ley:

El procedimiento regulado en los artículos 123 y 124 de la LFPC es un procedimiento administrativo a través del cual la Procuraduría Federal del Consumidor debe determinar, con base en las pruebas que obtenga y con respeto a la garantía de audiencia del proveedor, si éste incurrió en alguna de las infracciones previstas en los artículos 126 a 129 de la misma ley y, por tanto, si se le debe imponer la sanción administrativa (multa, clausura o arresto) que corresponda, conforme a dichos

⁷ Ovalle, *DERECHOS DEL CONSUMIDOR*, 83

preceptos. Se trata de un procedimiento administrativo sancionador⁸.

3. Arbitraje: Puede ser solicitado directamente o como resultado de no haber logrado una conciliación. Es una forma alternativa también, pero esta otorga una resolución vinculante a través de un laudo arbitral emitido por un árbitro imparcial.

4. Proceso jurisdiccional: Independientemente de los medios administrativos, el consumidor puede acudir ante los tribunales civiles para reclamar daños y perjuicios o llevar a cabo acciones colectivas.

Con base en todo lo anterior, podría considerarse que México, a lo largo de varias décadas ha logrado construir un marco normativo e institucional completo para la protección del consumidor al elevar este derecho a nivel constitucional, suscribir tratados internacionales y crear instituciones específicas para regular, vigilar y sancionar las relaciones de consumo; sin embargo, resulta indispensable que todo este andamiaje se adapte y avance a la misma velocidad que la realidad le impone y encuentre soluciones que faciliten el acceso a la justicia evitando procesos burocráticos y aumentando las capacidades operativas de las autoridades competentes.

V. RETOS Y DESAFÍOS DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN EL SIGLO XXI

Los derechos del consumidor no son estáticos, sino que se encuentran en constante evolución y adaptación a los cambios en la economía, cambios en la dinámica y formas de consumo, el comercio transfronterizo y altamente digitalizado, entre otros aspectos.

Si bien las razones que dieron origen a los derechos del consumidor persisten en la actualidad (calidad de los bienes o servicios, seguridad de los productos, publicidad engañosa, etc.), el consumo masivo, la digitalización, el uso de inteligencia artificial y la propia globalización hace que los consumidores, proveedores de servicios, autoridades y estados mismos, se enfrenten a retos que aún no han sido del todo entendidos.

Hablamos de hechos tales como el consumo a través de plataformas digitales con una regulación inexistente o, en el mejor de los casos, insuficiente; el comercio electrónico masivo, el uso indiscriminado y no siempre consciente de datos personales y la falta de identificación real de con quién interactuamos que, indiscutiblemente han modificado las relaciones entre consumidor, proveedor y autoridades.

Surge entonces la necesidad de contar con una legislación actualizada que además de velar por los derechos más elementales de los consumidores, comprenda también las condiciones en que se lleven a cabo las relaciones de consumo tales como el comercio electrónico.

Para ello, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo promueve una serie de lineamientos y directrices para que los Estados miembros, diseñen y apliquen, con base en éstos, leyes de protección al consumidor e Instituciones encargadas de aplicarlas.

⁸ Ídem, 90

Como muestra de lo anterior, dentro de estas directrices se menciona lo siguiente:

V. Directrices

12. Las siguientes directrices serán aplicables tanto a los bienes y servicios producidos en el país como a los importados.

13. Al aplicar cualesquiera procedimientos o reglamentos para la protección del consumidor, deberá velarse por que no se conviertan en barreras para el comercio internacional y sean compatibles con las obligaciones de ese comercio

(...)

I. Comercio electrónico

63. Los Estados Miembros deben esforzarse por fomentar la confianza de los consumidores en el comercio electrónico, mediante la formulación constante de políticas de protección del consumidor transparentes y eficaces, que garanticen un grado de protección que no sea inferior al otorgado en otras formas de comercio.

64. Los Estados Miembros deben, cuando proceda, examinar las políticas de protección del consumidor en vigor para dar cabida a las características especiales del comercio electrónico y garantizar que los consumidores y las empresas estén informados y sean conscientes de sus derechos y obligaciones en el mercado digital.

65. Los Estados Miembros podrían tal vez examinar las directrices y normas internacionales pertinentes sobre el comercio electrónico y sus correspondientes revisiones y, en su caso, adaptar esas directrices y normas a sus circunstancias económicas, sociales y ambientales, para que puedan acatarlas, y colaborar con otros Estados Miembros en su aplicación a través de las fronteras. Al hacerlo, los Estados Miembros podrían tal vez estudiar las Directrices para la Protección de los Consumidores en el Contexto del Comercio Electrónico de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos⁹.

Una vez señalado lo anterior, es claro que, si bien la digitalización del comercio y la globalización han permitido el acceso masivo de casi cualquier persona a infinidad de bienes y servicios, también se han alterado las formas de consumo, en donde puede resultar difícil identificar a las partes, particularmente la de los proveedores, los mecanismos para solucionar conflictos e incluso la jurisdicción en la que deberían de dirimirse, lo que representa diversos riesgos y retos que deben de afrontarse y que trataremos de mencionar a continuación:

⁹ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), Directrices para la protección del consumidor (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2016), UNCTAD/DITC/CPLP/MISC/2016.

a) Comercio Electrónico

Las barreras o fronteras han desaparecido o al menos, se han reducido con el surgimiento de negocios digitales y con la proliferación del comercio electrónico. En la actualidad, prácticamente cualquier persona o consumidor puede adquirir bienes o servicios provenientes de cualquier parte del mundo lo que inicialmente puede considerarse como un beneficio, sin embargo, también nos impone grandes desafíos, pues esto implica diversos riesgos tales como la falta de una jurisdicción y legislación aplicable en la solución de controversias o la atención de reclamaciones. La LFPC regula el comercio electrónico y establece diversas reglas para tal efecto; sin embargo, su efectividad se reduce frente al comercio electrónico en plataformas digitales, dejando nuevamente al consumidor como eslabón más débil de las relaciones de consumo.

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), emitió el siguiente criterio en beneficio de los consumidores por internet:

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Registro digital: 2030673

Instancia: Primera Sala

Undécima Época

Materias(s): Civil

Tesis: 1a./J. 112/2025 (11a.)

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Tipo: Jurisprudencia

COMPRAS POR INTERNET. PARA CONSIDERAR QUE EL CONSUMIDOR CONSINTIÓ LAS POLÍTICAS DE COMPRA Y ENTREGA, ES NECESARIO ACREDITAR QUE LAS TUVO A LA VISTA EN LA PÁGINA DE INTERNET AL MOMENTO DE LA OPERACIÓN

Hechos: Una persona compró boletos para un evento a través de una empresa que se dedica a la venta de boletos por Internet. Al acudir a recoger los boletos a un centro de atención de la empresa, le informaron que, en atención a las políticas de compra publicadas en su página web, para entregárselos debían hacer un cargo adicional de diez pesos a la misma tarjeta con la que realizó la compra; sin embargo, el banco emisor no pudo completar la transacción, por lo que le negaron la entrega de los boletos.

Ante ello, el comprador demandó por la vía oral mercantil a la empresa vendedora, entre otras prestaciones, la rescisión de los contratos de adhesión de dicha compra y la devolución de su importe. Tanto el juez de la causa como el Tribunal Colegiado que conoció del juicio de amparo directo absolvieron a la empresa al considerar que en su página de Internet estaban publicadas las políticas de compra y entrega de los boletos, en las cuales se precisaba que los clientes debían cubrir el cargo de diez pesos para la entrega de los boletos, y que estas políticas formaban parte de los contratos de adhesión. Inconforme, la parte quejosa interpuso un recurso de revisión, alegando que el

hecho de que la empresa establezca en su página de Internet sus cláusulas de compra no genera en automático que los consumidores emitan su consentimiento.

Criterio jurídico: La sola publicación de las políticas de compra y entrega de boletos en alguna sección de la página de Internet del vendedor no resulta suficiente para considerar que el consumidor expresó su conformidad con ellas al realizar una compra, pues para ello es necesario que exista constancia de que estuvo en posibilidad de tenerlas a la vista al momento de realizar la compra.

Justificación: De conformidad con el artículo 1,794 del Código Civil Federal, los elementos de existencia de un contrato son el consentimiento y el objeto. Ahora bien, para que se considere perfeccionado un contrato por el consentimiento y obligue a lo pactado, en términos del diverso artículo 1,796, es necesario que quien lo expresa haya estado en posibilidad de conocer el contenido y alcance de las obligaciones contractuales.

En este sentido, un elemento central de los derechos del consumidor es que éste cuente con información clara y precisa de los bienes o servicios que pretende adquirir, así como de las condiciones de entrega o prestación.

Adicionalmente, cuando esos bienes o servicios se adquieren mediante contratos de adhesión, el artículo 85 de la Ley Federal de Protección al Consumidor dispone como requisitos de validez que sean legibles a simple vista, lo que supone que el consumidor debe tener a la vista sus cláusulas.

Por lo anterior, para llegar a considerar que el consumidor que compró unos boletos por Internet incumplió con las políticas de compra o entrega de dichos boletos publicadas en alguna sección de la página de Internet del vendedor, es necesario tener certeza de que, al momento de realizar la compra, estuvo en posibilidad de tener a la vista dichas políticas. Lo cual no se cumple por el solo hecho de acreditar que las referidas políticas están publicadas en la página de Internet, pues ello no satisface la obligación del proveedor hacia el consumidor de informarle de manera clara y precisa el contenido y las condiciones de la prestación del servicio, ni cumple con el requisito de los contratos de adhesión consistente en que el consumidor tenga a la vista las cláusulas del contrato al momento de manifestar su consentimiento.¹⁰

¹⁰ COMPRAS POR INTERNET. PARA CONSIDERAR QUE EL CONSUMIDOR CONSINTIÓ LAS POLÍTICAS DE COMPRA Y ENTREGA, ES NECESARIO ACREDITAR QUE LAS TUVO A LA VISTA EN LA PÁGINA DE INTERNET AL MOMENTO DE LA OPERACIÓN. Registro digital: 2030673. Tesis: 1a./J. 112/2025 (11a.). Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

b) Privacidad y protección de datos personales

La Ley Federal de Protección al Consumidor prevé en sus principios, la real y efectiva protección al consumidor en las transacciones efectuadas a través del uso de medios convencionales, electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología y la adecuada utilización de los datos aportados; sin embargo, en la mayoría de los casos, en los que se da un tratamiento (recabar, almacenar o procesar) de datos personales, no existe una conciencia real por parte del consumidor de los datos que comparte. En ese sentido adquiere especial relevancia que, consumidores, proveedores y autoridades adquieran una responsabilidad compartida, de tal manera que los primeros revisen cuidadosamente la existencia de un aviso de privacidad y los datos que comparte; mientras que proveedores y autoridades deben de ser exhaustivos en poner a disposición los avisos de privacidad correspondientes, recabar un consentimiento informado y verificar que se facilite el acceso efectivo a los derechos en materia de protección de datos personales, respectivamente.

c) Nuevos modelos de negocio: Economía colaborativa

La economía colaborativa, también conocida como economía compartida, es un sistema basado en el intercambio de bienes, servicios o conocimientos entre particulares, ya sea mediante plataformas digitales o de manera directa. Su éxito depende de la confianza entre los usuarios y de la capacidad de realizar transacciones en línea de forma segura¹¹.

Esta forma de negocio, si bien presenta ventajas para los consumidores por la reducción de costos al evitar intermediarios, también enfrenta desventajas como una falta de regulación clara, ambigüedad en los límites de responsabilidad frente al consumidor.

d) Publicidad engañosa en el entorno digital

Los usuarios de plataformas digitales se enfrentan con frecuencia a una gran cantidad de publicidad “engañosa”, basada en el análisis de información y patrones de consumo, que pueden resultar agresivas para el consumidor, sesgando su criterio para una toma de decisiones informada.

Hoy en día, se carece de mecanismos eficaces para evitar estas prácticas por parte de proveedores que se anuncian en el terreno digital.

VI. ¿HACIA DÓNDE DEBEMOS AVANZAR?

Sin lugar a duda, resulta indispensable reformar la legislación y normatividad actual para modernizarla y adaptarla a las necesidades a las que se ha hecho referencia; incorporar de manera clara y suficiente, los derechos del consumidor y obligaciones de los proveedores en medios digitales.

No menos importante es la incorporación de medidas para una estricta protección de los datos personales de los consumidores. Los datos personales se han convertido en un bien de alto valor económico que debe protegerse.

Por su parte, se debe dar una mayor importancia a la educación de los consumidores. Un consumidor mejor educado e informado estará en posibilidad de tomar mejores decisiones,

¹¹ [Economía colaborativa en Colombia: qué es y oportunidades](#)

protegerse de prácticas fraudulentas, así como ejercer y exigir sus derechos de una forma más efectiva.

Finalmente, es esencial desarrollar mecanismos de solución de conflictos que permitan acercar la justicia a los consumidores, aun tratándose de conflictos derivados de una relación de consumo internacional o transfronteriza, para lo cual es indispensable la participación y cooperación internacional.

VII. CONCLUSIÓN

La protección de los derechos del consumidor enfrenta el gran desafío de adaptarse a las nuevas formas y relaciones de consumo dentro de un mundo digital y globalizado. De no hacerlo, se corre el riesgo de quedarse atrás y ser ineficaz en la protección de los consumidores. Existen mecanismos e instituciones robustas para garantizar la protección de los derechos del consumidor. Sin embargo, la transformación de las relaciones de consumo, marcada por el comercio electrónico transfronterizo, el uso intensivo de datos personales, la economía colaborativa y la publicidad digital dirigida, exige ajustes que estén a la altura de las circunstancias.

En ese contexto, se vuelve indispensable impulsar una reforma integral que contemple los nuevos modelos de consumo digital, refuerce las obligaciones de los proveedores en todos los entornos, garantice una protección efectiva de los datos personales y facilite mecanismos de solución de controversias, especialmente en casos de carácter internacional. Asimismo, se requiere fortalecer la figura del consumidor mediante la educación y el acceso efectivo a la información como un primer paso hacia el ejercicio pleno de sus derechos.

La protección al consumidor no se limita a la vigilancia y sanción, sino que requiere de una estrategia capaz de colocar al consumidor en el centro de la discusión para garantizar una relación de consumo justa, segura y equitativa en la era digital.

BIBLIOGRAFÍA

- Compras por Internet. Para considerar que el consumidor consintió las políticas de compra y entrega, es necesario acreditar que las tuvo a la vista en la página de Internet al momento de la operación. Registro digital: 2030673. 1a./J. 112/2025 (11a.). Semanario Judicial de la Federación. 4 de julio de 2025.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. [Leyes Federales de México](#)
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). *Directrices para la protección del consumidor*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2016. https://unctad.org/system/files/official_document/ditccplpmisc2016d1_es.pdf.
- [Economía colaborativa en Colombia: qué es y oportunidades](#)
- José Ovalle Favela, *Derechos del consumidor* (México: Cámara de Diputados, LVIII Legislatura y Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000), Colección Nuestros Derechos.
- Labardini Inzunza, Adriana. "El derecho a la protección de los consumidores y su organización." En *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de*

jurisprudencia constitucional e interamericana I, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, José Luis Caballero Ochoa y Christian Steiner, 451–472. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación; Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM; Konrad Adenauer Stiftung, 2013

- Ley Federal de Protección al Consumidor. [Leyes Federales de México](#)



Autores:

Crisólogo Luis Cáceres Valle
Diego Alexander Reyes Portocarrero

LA RESPONSABILIDAD POR LA SEGURIDAD DEL CONSUMIDOR EN LOS CENTROS COMERCIALES

LA RESPONSABILIDAD POR LA SEGURIDAD DEL CONSUMIDOR EN LOS CENTROS COMERCIALES

Responsibility for Consumer Safety in Shopping Centers

Crisólogo Luis Cáceres Valle¹

Diego Alexander Reyes Portocarrero²

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Marco normativo nacional e internacional.
- III. Responsabilidad de los propietarios y administrados.
- IV. Rol de las autoridades municipales.
- V. Lecciones a tomar en cuenta.
- VI. Conclusiones.

Resumen

El artículo analiza la seguridad del consumidor en centros comerciales peruanos a partir de recientes tragedias, subrayando la obligación objetiva y permanente de propietarios, administradores y autoridades de garantizar condiciones seguras. Se examinan las bases constitucionales y legales, en especial el Código de Protección y Defensa del Consumidor, el Reglamento Nacional de Edificaciones (Normas G.020 y G.030) y el Reglamento ITSE. Asimismo, se enfatiza el rol fiscalizador de las municipalidades y del INDECOPI, cuyas resoluciones han sancionado deficiencias en seguridad e idoneidad. El texto concluye que la seguridad es una responsabilidad ineludible y fundamental cuyo incumplimiento genera graves consecuencias humanas, económicas y legales.

Palabras claves

Seguridad del consumidor/ centros comerciales/ responsabilidad objetiva/ Reglamento Nacional de Edificaciones/ ITSE/ municipalidades/ INDECOPI/ prevención de riesgos.

Abstract

The article analyzes consumer safety in Peruvian shopping centers in light of recent tragedies, highlighting the objective and ongoing obligation of owners, managers, and authorities to guarantee safe conditions. It examines the constitutional and legal foundations, especially the Consumer Protection and Defense Code, the National Building Regulations (Standards G.020 and G.030), and the ITSE Regulation. It also

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Presidente de la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC). Miembro de los consejos directivos de Consumers International y del INACAL. Profesor de Derecho del Consumidor en diversas universidades. Correo de contacto: ccaceresv@gmail.com

² Bachiller en Derecho por la Universidad de Lima, con mención sobresaliente en el curso de especialización de Derecho del Consumidor por la Universidad ESAN. Correo de contacto: dreyes1012@gmail.com

emphasizes the supervisory role of municipalities and INDECOPI, whose resolutions have sanctioned deficiencies in safety and suitability. The text concludes that safety is an unavoidable and fundamental responsibility, and failure to comply results in serious human, economic, and legal consequences.

Keywords

Consumer safety/ shopping centers/ strict liability/ National Building Regulations/ ITSE/ municipalities/ INDECOPI/ risk prevention.

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, y por múltiples razones, los centros comerciales se han ido convirtiendo en espacios que forman parte importante de nuestra vida social, familiar y económica. Sin embargo, hechos recientes demuestran que su notable crecimiento no está necesariamente de la mano con controles técnicos adecuados que garanticen la seguridad de los miles de personas que los visitan cada semana.

La tragedia del 21 de febrero de 2025 ocurrida en el centro comercial Real Plaza Trujillo cuando el techo del patio de comidas se desplomó sobre los asistentes dejando un saldo de ocho muertos y más de ochenta heridos, evidenció que, en cuestión de segundos, la alegría puede convertirse en dolor si se descuidan los aspectos vinculados a la seguridad de la infraestructura.

Tan lamentable incidente, que consternó a todo el país, fue seguido por otro hecho llamativo apenas cuatro meses después; el 17 de junio, cuando la Municipalidad de Miraflores se vio precisada a clausurar temporalmente el centro comercial Larcomar tras detectar grietas y cableado expuesto luego del sismo ocurrido el 15 de junio, problemas que aparentemente venían de tiempo atrás.

Pocos días después, el 23 de junio, el centro comercial Plaza Norte, ubicado en el distrito de Independencia, tuvo su tercer incidente en el mes al desprenderse una parte del techo ubicado también en la zona de patio de comidas.

En conjunto, estos acontecimientos abren una serie de interrogantes sobre la seguridad y la responsabilidad no sólo de los propietarios y administradores de tales infraestructuras sino también de las autoridades competentes, en particular de las municipalidades distritales que, con arreglo a ley, deberían cerciorarse periódica y profesionalmente que las personas que visitan estos concurridos locales no se encuentren en riesgo de salir heridos o, peor aún, muertos.

II. MARCO NORMATIVO NACIONAL E INTERNACIONAL

El artículo 65³ de la **Constitución Política** establece que los consumidores tienen derecho a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, lo que implica que los centros comerciales deben garantizar condiciones seguras para quienes los visitan. Esto incluye la implementación rigurosa de medidas técnicas y normativas que prevengan riesgos estructurales, accidentes y cualquier situación que pueda afectar la integridad física y emocional de los consumidores. Por tanto, la seguridad en estos espacios comerciales no solo es una obligación legal, sino un componente esencial para

³ **Artículo 65.- Protección al consumidor**

El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

salvaguardar el bienestar de los ciudadanos que los visitan, en especial los más vulnerables.

Concurrentemente, el artículo 25⁴ de la **Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor** –que es una norma de desarrollo constitucional– hace mención al riesgo injustificado o no advertido, lo cual convierte la **seguridad objetiva** en un estándar de resultado que el proveedor debe garantizar, independientemente de la diligencia que alegue haber desplegado, y habilita a la autoridad administrativa a iniciar los procesos sancionadores incluso cuando el daño todavía no se ha producido, bastando la sola existencia de un riesgo razonablemente verificable.

En adición a lo anterior, es conveniente tomar en consideración la normativa vigente en materia de infraestructura, la cual se materializa en dos cuerpos legales específicos: el **Reglamento Nacional de Edificaciones (RNE)** y el **Reglamento de Inspecciones Técnicas de Seguridad en Edificaciones (ITSE)**.

El primero corresponde a un sistema que impone lineamientos técnicos de cumplimiento obligatorio para todas las entidades, tanto del sector público como privado, que intervienen en actividades de construcción y edificación en el territorio peruano. Su finalidad principal es establecer parámetros y condiciones mínimas e indispensables que deben respetarse en el diseño y desarrollo de viviendas urbanas, edificaciones en general y centros comerciales. Dicho **RNE** está conformado por 66 normas técnicas, las cuales constituyen el marco de referencia obligatorio para el adecuado desarrollo de proyectos de construcción en el país. Tales normas han sido organizadas y sistematizadas para abordar aspectos clave del diseño y la ejecución de edificaciones, siendo particularmente relevantes dos de ellas: la **Norma G.20** y la **Norma G.30**.

En la **Norma G.020**, se consignan los **Principios Generales** y así, en el artículo 1, inciso a)⁵, se establece que la seguridad de las personas no es un objetivo accesorio sino la razón de ser misma del marco normativo: toda decisión de diseño, cálculo estructural, materiales, instalación sanitaria o eléctrica, debe justificarse por su aporte a la reducción de riesgos que puedan comprometer la integridad de los ocupantes. Por otro lado, el Capítulo I de la **Norma G.030** alude a los **Derechos y Responsabilidades** y, en el caso específico del propietario, deja en claro, especialmente en el artículo 8⁶, que sus obligaciones no están referidas al mero cumplimiento de las formalidades y trámites que le son propios, sino que lo principal es el mantenimiento continuo del local. Se estipula que la obligación de seguridad es permanente y no se agota con la entrega de la obra.

⁴ **Ley 29571 - Código de Protección y Defensa del Consumidor**

Artículo 25.- Deber general de seguridad

Los productos o servicios ofertados en el mercado no deben conllevar, en condiciones de uso normal o previsible, riesgo injustificado o no advertido para la salud o seguridad de los consumidores o sus bienes.

⁵ Artículo 1.- (...)

a) De la Seguridad de las Personas

Crear espacios adecuados para el desarrollo de las actividades humanas, buscando garantizar la salud, la integridad y la vida de las personas que habitan una edificación o concurren a los espacios públicos; así mismo, establece las condiciones que deben cumplir las estructuras y las instalaciones con la finalidad de reducir el impacto sobre las edificaciones y la infraestructura urbana, de los desastres naturales o provocados por las personas.

Brindar a las personas involucradas en el proceso de ejecución de las edificaciones, condiciones de seguridad suficiente para garantizar su integridad física.

⁶ **Artículo 8.-** El Propietario está obligado a conservar la edificación en buenas condiciones de seguridad e higiene, a no destinarla a usos distintos a los permitidos o realizar modificaciones sin obtener la licencia de obra cuando se requiera.

El propietario debe monitorear constantemente deformaciones, filtraciones, sobrecargas, correcciones necesarias, etc.

En cuanto al segundo, esto es, el **ITSE**, su texto define el marco normativo y técnico destinado a evaluar y asegurar que las edificaciones cumplan con condiciones adecuadas de seguridad, tanto en su estructura física como en su operatividad. Su propósito principal es identificar, prevenir y minimizar posibles riesgos que puedan poner en peligro la integridad de las personas y los bienes, tales como incendios, fallas estructurales, problemas eléctricos, entre otros, priorizando siempre la protección de la vida humana y el patrimonio. En el artículo 10⁷ establece un triple eje de actuación: primero, evaluar si la estructura y sus instalaciones soportan las cargas y usos previstos; segundo, verificar que los equipos de seguridad funcionen de manera efectiva; y tercero, analizar los puntos débiles residuales que, aun cumpliendo la norma, podrían generar peligro en caso de sismo, incendio o sobrecarga.

En el ámbito internacional, resulta pertinente mencionar el International **Building Code (Código de Construcción)**, que es un cuerpo normativo que establece los estándares mínimos para la construcción de edificios y otras estructuras. Su propósito principal es proteger la salud pública, la seguridad y el bienestar general relacionados con la construcción y el uso de edificios y estructuras. Esto incluye aspectos como la integridad estructural, la prevención y control de incendios, la eficiencia energética, la seguridad en evacuaciones, la resistencia a desastres naturales (terremotos, huracanes, inundaciones), y otros requisitos técnicos y funcionales según el uso del edificio (2024, sec.101.3).

El mencionado Código, que siempre es conveniente tomar en cuenta, abarca diversas áreas técnicas tales como normas para estructuras, sistemas eléctricos, gasfitería, ventilación, iluminación, accesibilidad para personas con discapacidad, y muchos otros aspectos técnicos involucrados en la construcción y ocupación de edificios.

El anteriormente citado **RNE** es el Código de Construcción peruano, el cual establece un sistema de control y supervisión descentralizado a cargo de las municipalidades, bajo la supervisión y normativa del Ministerio de Vivienda y otras entidades regulatorias del país.

III. RESPONSABILIDAD DE LOS PROPIETARIOS Y ADMINISTRADOS

Teniendo en cuenta las normas anteriormente citadas, queda en claro que los propietarios y administradores de centros comerciales constituyen el primer eslabón de la cadena de seguridad. Su posición de dominio y control les impone un deber de vigilancia permanente, inseparable de la explotación económica del recinto.

Como se mencionó, esa obligación está contemplada en el **deber general de seguridad** que tiene el proveedor hacia el consumidor en el momento de ofrecer un bien o servicio, con arreglo a lo establecido en el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Dicha norma desplaza el centro de gravedad desde la culpa hacia el riesgo. Basta que el peligro exista para activar la responsabilidad. Así, el administrador no puede ampararse en la imprevisibilidad de un fallo estructural si omitió programas de inspección preventiva.

⁷ Artículo 10- Objetivo de la ITSE

10.1 La ITSE tiene por finalidad evaluar el riesgo y las condiciones de seguridad de la edificación vinculada con la actividad que desarrolla, verificar la implementación de las medidas de seguridad con las que cuenta y analizar la vulnerabilidad en el Establecimiento Objeto de Inspección.

A mayor abundamiento, el artículo 1970 del **Código Civil**, referido a la **responsabilidad por riesgo**, no deja duda alguna al respecto al señalar: "Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo".

La obligación legal del resarcimiento es por tanto **objetiva** y exigible por el agraviado, más allá de si hubo dolo o negligencia. Así mismo, evidencia que el consumidor al ingresar al centro comercial asume una carga implícita de seguridad, por lo que la omisión de mantenimiento constituye un incumplimiento esencial.

Aldana Ramos demuestra que, aún cuando delegue tareas a terceros, el proveedor sigue respondiendo por la falta de idoneidad del servicio (2015, pp.14-16). Por otro lado, Ortega Piana explica que la contratación de un seguro de responsabilidad civil traslada parte del riesgo al asegurador sin exonerar al garante principal, puesto que la acción directa del damnificado contra la compañía aseguradora coexiste con la solidaridad entre todos los obligados (2011, pp. 58-61). Esta lógica se ha visto confirmada mediante la **Resolución N° 0829-2025/CC2-INDECOPI**, donde se sancionó al centro comercial Mall del Sur porque su extintor estuvo mal asegurado cayendo sobre el pie de un niño de un año, demostrando la falta de medidas de seguridad e idoneidad exigidas al proveedor.

Todo esto verifica que el propietario y los administradores están legalmente obligados a realizar periódicamente labores de mantenimiento y prevenir riesgos antes de abrir las puertas al público y se mantiene durante todo el ciclo de la vida de la edificación. En la práctica implica la elaboración de un inventario técnico que identifique la condición de columnas, vigas, losas, redes eléctricas, sistemas de detección y extinción de incendios, etc.

En armonía con el **RNE**, el administrador de la infraestructura está obligado a reevaluar las cargas sísmicas y, de ser necesario, reforzar la estructura con nuevas soldaduras, pernos de alta resistencia o amortiguadores. Cada una de estas tareas forma una red donde el fallo de un solo eslabón como un extintor caducado, un pasamano flojo, un transformador sin mantenimiento, puede desencadenar un evento que active la responsabilidad civil y administrativa. Esa responsabilidad, repetimos, es **objetiva**. Ante un accidente basta demostrar el daño y la relación causal con la infraestructura o el servicio para que surja el deber de indemnizar, sin debate sobre negligencia o el dolo.

También es conveniente recordar que el propietario y el administrador responden solidariamente con los locatarios, de modo que la víctima puede dirigirse contra cualquiera de ellos y dejar para después el reparto interno de cargas.

En la vía administrativa, y con arreglo al artículo 110 del **Código de Protección y Defensa del Consumidor**, el **INDECOPI** puede imponer multas de hasta 450 unidades impositivas tributarias y ordenar las medidas correctivas que se consideren necesarias. Por su parte, la municipalidad respectiva está facultada para disponer clausuras preventivas cuando advierte un riesgo inminente.

Se presume que los centros comerciales cuentan con pólizas de seguros que cubran contingencias como las que mencionamos, en las que incluso se puede llegar a perder la vida y afrontar el pago de indemnizaciones millonarias. En tales casos la aseguradora cubrirá el pago, pero luego repetirá contra el actor interno que incumplió el protocolo. Por ello, también desde el punto de vista económico, resulta mucho más conveniente mantener un programa de mantenimiento riguroso que afrontar el costo reputacional, las sanciones y el eventual cierre de un complejo comercial por no haber reemplazado a tiempo un simple perno oxidado.

El colapso del techo en Real Plaza Trujillo y los tres desprendimientos de láminas metálicas en el cielo raso de Plaza Norte revelan un patrón de fallos preventivos que sitúa la responsabilidad principal en los propietarios y administradores de ambos

complejos. En Trujillo, la investigación fiscal y el informe técnico del Colegio de Ingenieros concluyeron que la corrosión avanzada de los pernos, omitida en las inspecciones internas, sumada a la falta de refuerzos sísmicos desencadenó el desplome: la sociedad InterCorp Real Estate (propietaria) y su operadora Real Plaza Management detentaban el control de la estructura, de modo que la omisión de mantenimiento activa la responsabilidad objetiva prevista en el artículo 25 de la Ley 29571. Además, la Municipalidad Provincial renovó el certificado **ITSE** sin validar la última prueba de carga, lo que abre paso a una eventual acción de repetición contra el Estado por fiscalización deficiente.

En el caso de Plaza Norte, se experimentaron desprendimientos sucesivos debido a fijaciones defectuosas y a vibraciones extraordinarias tras la ampliación del sistema de climatización sin recalcular las cargas: la Gerencia de Operaciones reconoció la falla y presentó un plan urgente de refuerzo, mientras INDECOPI inició un procedimiento sancionador por presunta vulneración a los artículos 18,19 y 25 del Código de Protección y Defensa del Consumidor. En ambos eventos se configura, por tanto, un escenario de responsabilidad solidaria entre propietario y administrador, complementado por sanciones municipales y medidas correctivas del INDECOPI, confirmando que cualquier defecto de mantenimiento o divergencia respecto de los estándares técnicos convierte al centro comercial en garante automático de los daños presentes y futuros sufridos por los consumidores.

IV. ROL DE LAS AUTORIDADES MUNICIPALES

Por lo expuesto, resulta evidente que las municipalidades tienen la potestad y responsabilidad legal de verificar la seguridad en centros comerciales y, en tal virtud, realizar una serie de funciones -antes y durante el funcionamiento de tales establecimientos- a saber: inspecciones, emisión de títulos habilitantes y la imposición de sanciones cuando se vulneran las normas, conforme a lo establecido en el **Decreto Supremo N° 043-2021-PCM** que se refiere a los **procedimientos administrativos y el servicio prestado en exclusividad estandarizados de Inspecciones Técnicas de Seguridad en Edificaciones**.

El ejercicio de las competencias ediles comienza con el estudio del suelo y los planos de detalle antes de otorgar una licencia de edificación, continuando con la entrega de la licencia de funcionamiento, supeditada a un certificado **ITSE** cuando el establecimiento es calificado como **“riesgo alto”**; y se mantiene vivo mediante inspecciones inopinadas que revisan planes de mantenimiento.

Si el inspector detecta un peligro inminente, levanta un acta que goza de presunción de veracidad y fundamenta la clausura preventiva, en armonía con el artículo 19 de la **Ley N° 28976 - Ley Marco de Licencia de Funcionamiento**. Dicha medida no es una sanción definitiva, sino una medida que tiene como finalidad salvaguardar la vida y prevenir los daños que el riesgo identificado puede causar.

El caso Larcomar, que mencionamos al inicio, ilustra esta dinámica: tras el fuerte sismo del 17 de junio de 2025 la Subgerencia de Fiscalización de la Municipalidad de Miraflores halló fisuras longitudinales y cableado expuesto en la terraza oriental y decretó el cierre temporal “hasta la subsanación efectiva de las deficiencias”. Acta, resolución y fotografías se publicaron en línea, garantizando transparencia y control social. Desde ese momento el operador presentó un plan de refuerzo con anclajes adicionales y reubicación del tendido eléctrico. Si bien los voceros de los centros comerciales aparecieron en los medios de comunicación protestando por lo que consideraban un “cierre arbitrario”, lo cierto es que al final tuvieron que acatar las disposiciones municipales y subsanar todo lo que había que subsanar.

En el caso que comentamos, la prerrogativa edil se ejerció al amparo del artículo 78 de la **Ley 27972 – Ley Orgánica de Municipalidades**, que faculta la clausura cuando una actividad constituya peligro para la vida o la salud. Así, la experiencia Larcomar confirma que un cierre preventivo, aplicado con rigor técnico y transparencia, no obstruye el negocio, sino que incentiva inversiones oportunas en refuerzos estructurales antes de que el inmueble alcance un punto crítico; pero también evidencia que la reapertura debe basarse en certificados definitivos y en reportes públicos frecuentes, porque en un país sísmico donde los malls concentran miles de visitantes cada día, la seguridad no admite atajos.

V. LECCIONES A TOMAR EN CUENTA

En todos los casos mencionados, el eje decisivo fue la existencia de un riesgo absolutamente detectable y, por ende, previsible. Las resoluciones que fueron emitidas por la autoridad respectiva en tales casos confirman que la responsabilidad se construye sobre tres vectores que se refuerzan: deber de mantenimiento operativo, verificación pública eficaz y sanción ejemplar cuando esa sinergia falla.

Así mismo, es de vital importancia incorporar auditorías estructurales periódicas, publicar los certificados **ITSE** y exigir pólizas condicionadas a la subsanación de hallazgos. Estas medidas contribuyen a contar con sistemas de monitoreo de la seguridad más confiables para evitar repetir la historia de techos que caen, pasarelas que ceden o incendios que se cobran vidas en espacios pensados, precisamente, para el ocio y el comercio seguros.

Otro aspecto importante, estrechamente relacionado con la tragedia ocurrida en Real Plaza Trujillo, es la contundencia de las medidas cautelares que pueden imponer las autoridades administrativas. En efecto, a mediados de agosto se dio a conocer que, mediante **Resolución N° 0590-2025/INDECOPI-LAL**, la Comisión de la Oficina Regional del **INDECOPI** en La Libertad impuso una multa coercitiva de 100 UIT, equivalente a S/ 535,000, a la empresa mencionada, por no demostrar de manera oportuna y completa el cumplimiento de las medidas cautelares dictadas para proteger a los consumidores afectados tras el desplome del techo en el patio de comidas ocurrido el 21 de febrero. Sanciones de este tipo incentivan a los proveedores a ser más proactivos en materia de seguridad a fin de evitar sanciones cuantiosas.

VI. CONCLUSIONES

1. La seguridad del consumidor en los centros comerciales es una responsabilidad fundamental del Estado a través del Poder Ejecutivo y del Congreso, cada uno en el ámbito de sus respectivas competencias, por cuanto son ellos quienes tienen el poder de establecer reglas, fiscalizar y sancionar.
2. Igualmente, las municipalidades deben cumplir con su obligación legal de fiscalizar con oportunidad, rigor técnico y transparencia dichos recintos.
3. En cuanto a los propietarios y administradores, ellos también deben acatar el imperativo legal y ético de invertir en mantenimiento continuo y cultura preventiva.
4. Las aseguradoras y los colegios profesionales deberían actuar como auditores externos de tales negocios con el propósito de elevar sus estándares de seguridad.

5. Finalmente, en vista de los hechos reseñados en el presente artículo, es aconsejable –aunque no sea su obligación legal– que los consumidores procuren estar atentos a su entorno a fin de actuar con la celeridad debida en caso sea necesario y si identifican condiciones inseguras, las denuncien a través de los canales que correspondan.
6. Si no se asumen las responsabilidades antes mencionadas, el costo se paga en vidas, reputación y pérdidas económicas. Por el contrario, si todos los actores involucrados cumplen con sus obligaciones, ingresar a un centro comercial vuelve a ser una actividad cotidiana, tranquila y segura, con la confianza de que existe un sistema bien diseñado e implementado que opera de manera preventiva, sin esperar a que ocurra la próxima tragedia para recién activarse como, lamentablemente, viene sucediendo.

BIBLIOGRAFÍA

- Aldana Ramos, E. (2015). La responsabilidad del proveedor por la falta de idoneidad en bienes producidos en masa y su contraposición con el sistema de garantías contemplado en las normas de protección al consumidor. *Revista de Actualidad Mercantil*, (4), 13-29.
- Congreso de la República del Perú. (1993). Constitución Política del Perú. Diario Oficial El Peruano, 31 de diciembre de 1993. Artículo 65.
- Congreso de la República del Perú. (2003). Ley N.º 27972 – Ley Orgánica de Municipalidades. Diario Oficial El Peruano, 27 de mayo de 2003. Artículo 78.
- Congreso de la República del Perú. (2007). Ley N.º 28976 – Ley Marco de Licencia de Funcionamiento. Diario Oficial El Peruano, 6 de enero de 2007. Artículo 19.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI. (2025). Resolución N.º 0590-2025/INDECOPI-LAL. Comisión de la Oficina Regional del INDECOPI en La Libertad.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI. (2025). Resolución N.º 0829-2025/CC2-INDECOPI. Comisión de Protección al Consumidor N.º 2.
- International Code Council. (2024). International Building Code (2024 ed.). International Code Council.
- Ley N.º 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor. Diario Oficial El Peruano, 2 sep 2010 (art. 25).
- Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. (2006). Decreto Supremo N.º 011-2006-VIVIENDA, que aprueba el Reglamento Nacional de Edificaciones. Diario Oficial El Peruano.
- Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. (2006). Norma Técnica G.020: Principios Generales. En Decreto Supremo N.º 011-2006-VIVIENDA, que aprueba el Reglamento Nacional de Edificaciones. Diario Oficial El Peruano.
- Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. (2006). Norma Técnica G.030: Derechos y Responsabilidades. En Decreto Supremo N.º 011-2006-

VIVIENDA, que aprueba el Reglamento Nacional de Edificaciones. Diario Oficial El Peruano.

- Ortega Piana, M. A. (2011). Responsabilidad civil y seguros. *Ius et Veritas*, 21 (43), 58-75.
- Presidencia del Consejo de Ministros. (2021). Reglamento de Inspecciones Técnicas de Seguridad en Edificaciones. Decreto Supremo N.º 043-2021-PCM. Diario Oficial El Peruano.

ENTRE EL ESTADO Y LA ACTIVIDAD PRIVADA: LA DENUNCIA (AMBIENTAL) ADMINISTRATIVA

Autor:

Roy Fernando Cárdenas Velarde



ENTRE EL ESTADO Y LA ACTIVIDAD PRIVADA: LA DENUNCIA (AMBIENTAL) ADMINISTRATIVA

Between the State and Private Activity: The (Environmental) Administrative Complaint

Mg. Roy Fernando Cárdenas Velarde¹

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Denuncia en la normativa.
- III. Denuncias ambientales administrativas.
- IV. Denuncias maliciosas.
- V. Alcance del reglamento de denuncias ambientales del OEFA.
- VI. Conclusiones.

Resumen

Las entidades públicas con competencias ambientales realizan supervisiones ambientales con el fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones por parte de los administrados que se encuentran bajo su competencia; algunas de estas acciones se despliegan a partir de la comunicación que realiza la ciudadanía dando cuenta del presunto incumplimiento de las obligaciones, eso que se conoce como denuncias ambientales y que el autor desarrolla en el presente artículo, dando cuenta que dichas acciones son propias de las entidades del nivel nacional, así como regional y local.

Palabras clave

Denuncia administrativa / Denuncias ambientales / Supervisión ambiental / Entidades públicas

Abstract

Public entities with environmental powers carry out environmental inspections in order to verify compliance with environmental obligations by the private entities under their jurisdiction. Some of these actions are deployed based on communications made by citizens reporting alleged non-compliance with obligations. This is known as

¹ Abogado especializado en derecho ambiental y gestión pública, con maestría en Derecho Constitucional por la Universidad de San Martín de Porres. Actualmente, vocal titular del Tribunal de Solución de Controversias Ambientales del Ministerio del Ambiente. Ha realizado estudios de especialización en derecho ambiental en la American University Washington College of Law y en derechos humanos en la Europäische Akademie Otzenhausen. Se ha desarrollado profesionalmente en el Fondo Nacional del Ambiente (Fonam) y la Adjuntía del Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas de la Defensoría del Pueblo, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en el Programa Nacional de Saneamiento Urbano del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, y el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Cuenta con distintas publicaciones en revistas jurídicas nacionales y ha participado como ponente en distintos cursos y diplomados. Correo de contacto: rcardenasvelarde@gmail.com

environmental complaints, which the author develops in this article, noting that these actions are specific to entities at the national, regional, and local levels.

Keywords

Administrative complaint / Environmental complaints / Environmental inspection / Public entities

I. INTRODUCCIÓN

En el Perú contamos con distintas entidades públicas que tienen atribuidas funciones de fiscalización ambiental, dentro de las cuales encontramos la función de supervisión, la cual es materializada por medio de las supervisiones ambientales, las mismas que son desarrolladas con el fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones ambientales por parte de los administrados que se encuentran bajo su competencia.

Ahora bien, las supervisiones ambientales, como otras actuaciones administrativas, son desarrolladas de oficio, pero pueden encontrar su sustento en una programación anual, el pedido de alguna autoridad, o por una denuncia ambiental, entre otros. De esta forma, la ciudadanía puede dar cuenta del presunto incumplimiento de las obligaciones, eso es lo que se conoce como denuncias ambientales.

En el presente artículo, el autor busca desarrollar, primero, lo relacionado a la denuncia administrativa y, seguidamente, lo relacionado a las denuncias ambientales, identificando las partes, los tipos de denuncias, entre otros aspectos, que dan cuenta que la denuncia ambiental se encuentra entre el Estado y la actividad privada, como bien lo señala el título. Así pues, empecemos con dicho análisis.

II. DENUNCIA EN LA NORMATIVA

Cuando se habla del Derecho Administrativo, y en particular sobre el procedimiento administrativo, siempre nos detenemos a identificar a las partes dentro del procedimiento. Así pues, se tiene de un lado a la autoridad administrativa, que puede ser unipersonal o colegiada, y del otro lado se tiene al administrado, pudiendo ser esta una persona natural o jurídica, de derecho privado o público, y que comparece en el procedimiento de manera directa, o a través de apoderados y/o representantes.

Ahora bien, existen algunas figuras que pueden causar confusión cuando se habla de las partes dentro del procedimiento administrativo. Uno de ellos puede ser el tan conocido "Tercero administrado", pero lamentamos desilusionar al lector indicando que este artículo no girará en torno a dicho actor, sino a otro que muchas veces ha causado confusión respecto a su intervención y participación, o no, dentro del procedimiento administrativo; nos referimos al "Denunciante".

Debemos empezar indicando que el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, **TUO de la LPAG**), desarrolló las distintas manifestaciones que se pueden presentar como parte del Derecho de Petición, tratados desde el Artículo 117° en adelante. Ahora bien, la figura de la denuncia administrativa se encuentra establecida en el artículo previo; por lo que, ello nos da luces que se trataría de una manifestación del Derecho de Petición.

El TUO de la LPAG, desarrolla la denuncia administrativa en los siguientes términos:

Artículo 116.- Derecho a formular denuncias

116.1 Todo administrado está facultado para comunicar a la autoridad competente aquellos hechos que conociera

contrarios al ordenamiento, sin necesidad de sustentar la afectación inmediata de algún derecho o interés legítimo, ni que por esta actuación sea considerado sujeto del procedimiento.

116.2 La comunicación debe exponer claramente la relación de los hechos, las circunstancias de tiempo, lugar y modo que permitan su constatación, la indicación de sus presuntos autores, partícipes y damnificados, el aporte de la evidencia o su descripción para que la administración proceda a su ubicación, así como cualquier otro elemento que permita su comprobación.

116.3 Su presentación obliga a practicar las diligencias preliminares necesarias y, una vez comprobada su verosimilitud, a iniciar de oficio la respectiva fiscalización. El rechazo de una denuncia debe ser motivado y comunicado al denunciante, si estuviese individualizado.

116.4 La entidad receptora de la denuncia puede otorgar medidas de protección al denunciante, garantizando su seguridad y evitando se le afecte de algún modo.

Al respecto, Christian Guzmán Napurí señala que la denuncia es uno de los tantos mecanismos existentes de colaboración entre los administrados y la Administración Pública, a través de los cuales el administrado coadyuva a la consecución de los fines públicos. Agrega el autor que la denuncia por sí misma no puede impulsar un procedimiento, toda vez que si bien es un mecanismo de activación del procedimiento a pedido de parte, no opera en defensa de intereses directos del administrado, ni constituye propiamente ejercicio de su derecho de petición².

Con relación a lo anterior, respecto al impulso de un procedimiento, es importante hacer dos aportes a lo señalado por Christian Guzmán Napurí en su obra:

- La primera de ellas, a partir de una denuncia administrativa puede que la Administración Pública despliegue acciones para la realización de alguna actuación administrativa. Así pues, como veremos más adelante, a partir de las distintas modificaciones dadas a la entonces Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, en su vigente Texto Único Ordenado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, se ha establecido la Actuación Administrativa de Fiscalización, la misma que puede que sea activada como resultado de la presentación de una denuncia administrativa.
- La segunda de ellas, la presentación de una denuncia administrativa no siempre iniciará la ejecución de una actuación administrativa, así pues, puede que la Administración Pública haya realizado actuaciones al momento de que se registre la denuncia; por lo que, no correspondería realizar nuevas actuaciones. O, de otro lado, puede que la Administración Pública no realice acciones toda vez que no cuenta con la suficiente información, o advierte que se trate de una denuncia maliciosa. Es por ello, por lo que en el Numeral 116.3 del Artículo 116 del TUO de la LPAG se establece que la presentación obliga la realización de oficio de la respectiva fiscalización, claro está luego de comprobar su verosimilitud.

Por otro lado, en relación con el interés del denunciante, es preciso indicar que la normativa no exige al denunciante el acreditar interés legítimo respecto al presunto

² Christian Guzmán Napurí. Tratado de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo. (Lima: Ediciones Caballero Bustamante, 2011), 522-523.

incumplimiento normativo que estaría poniendo en conocimiento a la Administración Pública.

Así pues, el Numeral 116.1 del Artículo 116° del TUO de la LPAG precisa que el denunciante presenta su denuncia “sin necesidad de sustentar la afectación inmediata”. A manera de complementar lo señalado, pongamos el siguiente ejemplo:

Juan vive en el distrito “A”, y todos los días para trasladarse a su trabajo, que queda en el distrito “D”, debe recorrer los distritos de “B” y “C”.

Juan se ha percatado que en una de las calles en el distrito “C”, que él considera es una zona residencial, existe una casa que genera gran bulla debido a la música estruendosa que colocan, así como personas que entran y salen, algunas de ellas en evidente estado de alcohol.

Juan, que no vive ni trabaja en el distrito “C”, decide presentar una denuncia por medio del Portal Web de la Municipalidad Distrital “C”, informando lo que ha advertido y adjunto videos y fotografías a su denuncia.

Como se puede observar en el ejemplo, Juan no tienen ningún tipo de interés respecto de las actividades de comercio que se podrían estar realizando en la calle del distrito “C”, ya que él no reside ni trabaja en la jurisdicción de dicho distrito; no obstante, su preocupación por el incumplimiento de normas municipales, y de seguridad, así como la afectación a la tranquilidad de los vecinos de dicho distrito, lo llevan a presentar la denuncia, respecto de la cual no tiene ningún tipo de interés, sino con el sólo ánimo de poner en conocimiento de la Administración Pública dichos hechos, que podrían constituir el incumplimiento de la normativa municipal.

Lo señalado en el párrafo anterior, permite al autor complementar lo señalado por Christian Guzmán Napurí, en lo que respecta a la denuncia como un mecanismo de colaboración con la Administración Pública. En el ejemplo señalado, el interés de Juan era que la Municipalidad Distrital “C” tome conocimiento de algún presunto incumplimiento de la normativa, esto es, colaboró poniendo en aviso. Y es justamente porque se considera como un mecanismo de colaboración, que la Administración Pública no podría condicionar la presentación de una denuncia al pago de una tasa.

Es claro que, si hay alguien que colabora poniendo en aviso de un presunto incumplimiento de la normativa, no se le va a establecer el pago de una tasa para la presentación de su denuncia. Es por ello por lo que la Administración Pública no podría contemplar en su Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA), procedimiento alguno relacionado a la presentación de denuncias, atribuyéndole el pago de una tasa.

Ahora bien, con el presente artículo pretendemos dar un alcance general de cómo la denuncia administrativa puede ser el puente que conecte a la Administración Pública con particulares que desarrollan algún tipo de actividad económica, y que estarían incumpliendo alguna normativa en materia ambiental, lo que a continuación comenzaremos a denominar, Denuncia Ambiental Administrativa.

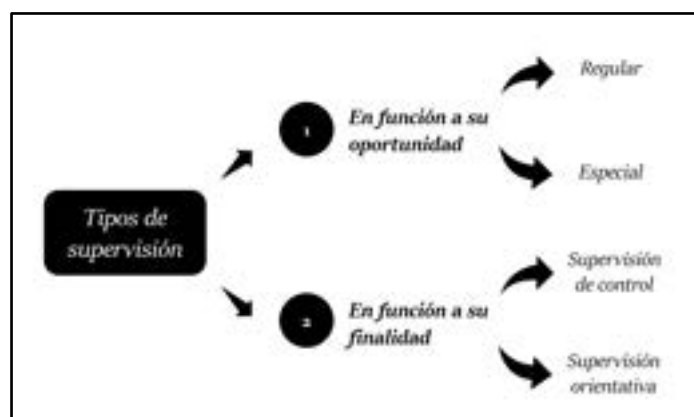
III. DENUNCIAS AMBIENTALES ADMINISTRATIVAS

La supervisión ambiental es entendida como aquella actuación administrativa, por medio de la cual una Entidad de Fiscalización Ambiental (en adelante, **EFA**)³ busca

³ Reglamento de Supervisión del Organismo de Evaluación de Fiscalización Ambiental – OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 00019-2025-OEFA/CD
Artículo 5.- Definiciones

verificar que el desarrollador de alguna actividad económica cumpla con sus obligaciones ambientales, las cuales se pueden encontrar en la normativa ambiental, los instrumentos de gestión ambiental aprobados al administrado, entre otros. Si queremos enmarcar ello en el TUO de la LPAG, nos estamos refiriendo a lo que se denomina la Actividad Administrativa Fiscalizadora.

Ahora bien, de acuerdo con el Reglamento de Supervisión del Organismo de Evaluación de Fiscalización Ambiental – OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 00019-2025-OEFA/CD (en adelante, **Reglamento de Supervisión Ambiental del OEFA**), tenemos dos tipos de supervisión ambiental, las que se aprecian en el siguiente cuadro:



Elaboración propia

Fuente: Reglamento de Supervisión Ambiental del OEFA

Ahora bien, para el presente artículo corresponde abordar el tema de las supervisiones especiales, las cuales son desarrolladas en el Artículo 12° del Reglamento de Supervisión Ambiental del OEFA, en los siguientes términos:

Artículo 12.- Tipos de supervisión

12.1 La supervisión se clasifica en función a su oportunidad:

- a) Regular: Supervisión que se realiza de manera periódica y planificada.
- b) Especial: Aquella que requiere atención prioritaria de acuerdo con los criterios establecidos por el OEFA y bajo las siguientes circunstancias:
 - (i) Emergencia ambiental,
 - (ii) Denuncia ambiental,
 - (iii) Solicitudes de intervención formuladas por organismos públicos,
 - (iv) Verificación del cumplimiento de las medidas administrativas ordenadas por el OEFA, y,
 - (v) Otras circunstancias que evidencien la necesidad de efectuar una supervisión.

(Subrayado agregado)

Para efectos del presente Reglamento, se aplican las siguientes definiciones:

(...)

q) **Entidad de Fiscalización Ambiental (EFA):** Entidad pública de ámbito nacional, regional o local que tiene atribuida alguna o todas las funciones de fiscalización ambiental, en sentido amplio, la cual es ejercida por una o más unidades orgánicas. Por disposición legal, se considera EFA aquel órgano de línea de la entidad que se encuentre facultado para realizar funciones de fiscalización ambiental.

(...)

Como se puede advertir, una de las circunstancias en virtud de la cual el OEFA realiza una supervisión ambiental de tipo especial, es la existencia de una denuncia ambiental. Ahora bien, así como el TEO de la LPAG establece el deber de la Administración Pública de practicar las diligencias preliminares necesarias y, una vez comprobada la verosimilitud de una denuncia administrativa, en el Reglamento de Supervisión Ambiental del OEFA se ha establecido el desarrollo de diligencias preliminares, en la cual se buscará, entre otros, verificar la continuidad de un hecho denunciado⁴.

Además de ello, en el Artículo 16° del Reglamento de Supervisión Ambiental del OEFA⁵, se han establecido las acciones que comprende la etapa de planificación de la supervisión ambiental, dentro de las que encontramos el analizar las denuncias ambientales vinculadas a la unidad fiscalizable⁶.

Entonces, hasta este punto, podemos afirmar que la denuncia ambiental puede gatillar el que el OEFA supervise las actividades de un administrado, a fin de verificar el cumplimiento de sus obligaciones ambientales, lo que posteriormente, producto de advertir que ello sea así, se podría traducir en un procedimiento administrativo sancionador.

Pero, ello no solo se puede dar entre el OEFA y sus administrados, sino también entre otras EFA y sus respectivos administrados, ya que en el Tercera Disposición Complementaria Final del Reglamento de Supervisión Ambiental del OEFA, se establece:

El presente Reglamento puede servir de modelo para que las EFA reglamenten su función de supervisión, en el marco de lo establecido en el artículo 9 de la Resolución Ministerial N° 247-2013-MINAM.

Entonces, las EFA pueden utilizar el Reglamento de Supervisión Ambiental del OEFA como modelo para el diseño de sus propios reglamentos. Ello al margen de que la figura de supervisiones ambientales especiales como resultado de la existencia de una denuncia ambiental se encontraba también establecido en su anterior reglamento de supervisión, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-2019-OEFA/CD⁷, y que también podía ser utilizada por las EFA como modelo⁸.

⁴ Cfr. Literal c) del Artículo 16° del Reglamento de Supervisión del Organismo de Evaluación de Fiscalización Ambiental – OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 00019-2025-OEFA/CD.

⁵ Cfr. Literal m) del Artículo 5° del Reglamento de Supervisión del Organismo de Evaluación de Fiscalización Ambiental – OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 00019-2025-OEFA/CD.

⁶ Reglamento de Supervisión del Organismo de Evaluación de Fiscalización Ambiental – OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 00019-2025-OEFA/CD

Artículo 5.- Definiciones

Para efectos del presente Reglamento, se aplican las siguientes definiciones:

(...)

kk) **Unidad fiscalizable:** Espacio físico donde el administrado desarrolla obras, acciones o actividades relacionadas entre sí, que conforman su actividad económica o función sujeta a supervisión de la Autoridad de Supervisión.

(...)

⁷ Cfr. Literal b) del Artículo 11° del Reglamento de Supervisión del Organismo de Evaluación de Fiscalización Ambiental – OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-2019-OEFA/CD.

⁸ Cfr. Tercera Disposición Complementaria Final del Reglamento de Supervisión del Organismo de Evaluación de Fiscalización Ambiental – OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-2019-OEFA/CD.

Pero, entonces, salta la pregunta ¿qué se entiende por denuncia ambiental? Para responderla, debemos remitirnos al Reglamento para la atención de denuncias ambientales presentadas ante el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 026-2022-OEFA/CD, del 24 de diciembre del 2022 (en adelante, **Reglamento de denuncias ambientales del OEFA**), en el cual se define a la Denuncia Ambiental en los siguientes términos:

Artículo 3.- Definiciones

Para efectos del presente Reglamento, se establecen las siguientes definiciones:

(...)

c) **Denuncia ambiental:** Comunicación efectuada por un denunciante referida al presunto incumplimiento de una obligación ambiental fiscalizable bajo el ámbito de competencia de una Entidad de Fiscalización Ambiental.

(...)

En ese sentido, se tiene por denuncia ambiental como aquella comunicación que realiza un denunciante respecto al presunto incumplimiento de obligaciones ambientales fiscalizables por parte de un administrado. Antes de continuar, debemos regresar al Reglamento de Supervisión Ambiental del OEFA para poder conocer qué se entiende por obligaciones ambientales fiscalizables. Esta es definida en los siguientes términos:

Artículo 5.- Definiciones

Para efectos del presente Reglamento, se aplican las siguientes definiciones:

(...)

bb) **Obligaciones fiscalizables:** Obligaciones establecidas en la normativa, los instrumentos de gestión ambiental, las disposiciones y mandatos emitidos por la autoridad competente, entre otras fuentes de obligaciones. En la supervisión a las EFA la obligación fiscalizable es el cumplimiento de las funciones de fiscalización ambiental a su cargo.

Entonces, habiendo definido qué es una denuncia ambiental, y qué se debe entender por obligaciones ambientales fiscalizables, podemos señalar como involucrados al denunciante y denunciado, los que desarrollamos a continuación:

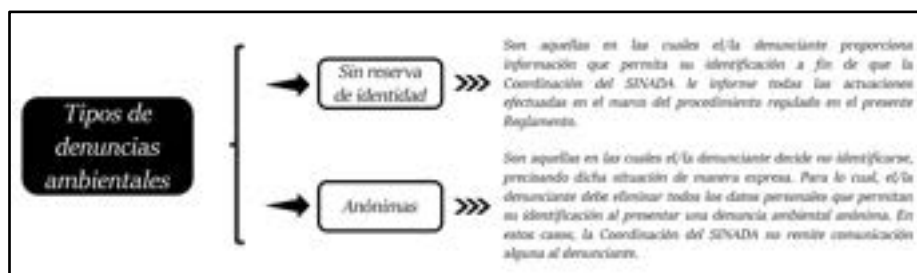


Elaboración propia

Fuente: Reglamento de denuncias ambientales del OEFA

Como se mencionó líneas arriba, las denuncias pueden estar referidas a personales naturales o jurídicas, de derecho privado y también de derecho público, esto cuando una entidad pública actúa como privado. Por ejemplo, aquella municipalidad que requiere desarrollar un proyecto de inversión y requiere pedir autorización del uso de agua a la Autoridad Nacional del Agua (ANA), si la municipalidad realiza la captación de agua en un punto distinto al autorizado, esto podría constituir una infracción administrativa y ser puesta en conocimiento de la ANA por medio de una denuncia ambiental.

Ahora, el Reglamento de denuncias ambientales del OEFA ha establecido que se tienen dos tipos de denuncias ambientales, las cuales se desarrollan en su Artículo 4º y se puede advertir a continuación:



Elaboración propia

Fuente: Reglamento de denuncias ambientales del OEFA

Desde el punto de vista de la atención, ambos tipos de denuncias tienen ventajas y desventajas. Pero para desarrollar ello, veamos el siguiente ejemplo:

María es una estudiante universitaria que trabaja durante las mañanas y asiste a sus clases por la tarde, por lo que el único horario en el que tiene para estudios y elaborar los trabajos universitarios es en la noche. Lamentablemente, María, quien vive en el distrito "F", no puede estudiar ni avanzar sus trabajos universitarios debido a que en su vecindario un vecino realiza fiestas clandestinas, ofreciendo bebidas alcohólicas, además de la bulla que genera la música. Cansada de esa situación decide ingresar al Portal Web de la Municipalidad Distrital "F", y registra su denuncia ambiental de manera anónima, colocando lo siguiente:

"A dos puertas de mi casa, un vecino organiza todos los viernes y sábados fiestas, poniendo música a alto volumen hasta altas horas de la noche."

En el ejemplo que se ha planteado, lo más probable es que el funcionario se formule la siguiente pregunta "¿Y dónde vive esta persona?", y al ser una denuncia anónima, y no tener a quién pedir más información, lo más probable es que la denuncia sea archivada y la pobre María siga sin poder estudiar ni dormir.

En ese sentido, el que una denuncia sea formulada sin reserva de identidad, le permite al funcionario que atiende la denuncia, el poder pedir algún tipo de aclaración o información relevante que resulte necesaria para la atención de la denuncia. Del mismo modo, le permitirá al denunciante el poder conocer sobre las acciones que pudiera realizar o programar la Administración Pública.

Cabe precisar que existe el deber de informar al denunciante sobre las acciones que se realizarán en relación con la denuncia presentada, sin que ello lo convierta en un sujeto

del procedimiento. Esto es, en caso se inicie un procedimiento administrativo sancionador a un determinado administrado, ello no significa que el denunciante pueda acceder al expediente o deba ser notificado de los actos que se emitan en la tramitación de este.

El Reglamento de denuncias ambientales del OEFA establece algunos requisitos que deben observarse al momento de la presentación, entre las cuales se tienen:

Artículo 8.- Requisitos para la presentación de la denuncia ambiental

(...)

e) Descripción de los hechos que presuntamente pudieran constituir el incumplimiento de una obligación ambiental fiscalizable, indicando fecha, lugar y circunstancias de tales hechos.

f) Los medios probatorios que generen indicios de la ocurrencia de los hechos descritos, por ejemplo, fotografías, videos, documentos, planos, mapas, dibujos, audios, etc, en caso se cuente con dicha información.

g) Nombres y apellidos de los/as denunciados/as, o información que permita su identificación y la actividad que estaría generando la presunta contaminación ambiental, en caso se cuente con dicha información.

(...)

Dichos requisitos no han sido establecidos de manera arbitraria o desproporcional por parte del OEFA, sino que se condice con lo señalado en el TUO de la LPAG, el cual precisa que:

Artículo 116.- Derecho a formular denuncias

(...)

116.2 La comunicación debe exponer claramente la relación de los hechos, las circunstancias de tiempo, lugar y modo que permitan su constatación, la indicación de sus presuntos autores, partícipes y damnificados, el aporte de la evidencia o su descripción para que la administración proceda a su ubicación, así como cualquier otro elemento que permita su comprobación.

(...).

Así pues, distinto hubiera sido el caso en el que María hubiera presentado su denuncia ambiental en los siguientes términos:

En el Jr. Chancas N° 145, dentro distrito "F", provincia y departamento de Lima, el Sr. José Antonio La Madrid Portocarrero realiza todos los viernes y sábado fiestas clandestinas en el horario de 10:00 pm a 4:00 am., poniendo música a alto volumen, lo que no permite a los vecinos vivir tranquilamente, a pesar de ser una zona residencial en donde no está permitido actividades de dicho giro.
Adjunto a la presente denuncia videos y fotografías del última viernes y sábado, 22 y 23 de agosto respectivamente.

En aquel caso, el funcionario hubiera tenido información relevante y oportuna, que le permita desarrollar las actuaciones administrativas respectivas, al margen de si se trata de una denuncia sin reserva de identidad o anónima. Ahora bien, en el anterior Reglamento del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 015-2014-

OEFA/CD, del 08 de abril del 2014, se establecía una categoría adicional, esta es la denuncia ambiental con reserva de identidad del denunciante, en la cual el OEFA garantizaba, a pedido del denunciante, mantener reserva de su identidad:

Artículo 12°.- Requisitos para la formulación de denuncias

(...)

12.6 El denunciante deberá declarar expresamente si solicita la reserva de su identidad en la atención de su denuncia. A falta de esta indicación, se entenderá que renuncia al ejercicio de este derecho.

Pero ¿cómo era posible ello? En aquellos casos, al recibir la denuncia, la entidad brindada un código al denunciante, con el cual se tramitaba la denuncia, sin necesidad de difundir los datos del denunciante. Ello se condice con lo establecido en el TUO de la LPAG, el cual precisa que:

Artículo 116.- Derecho a formular denuncias

(...)

116.4 La entidad receptora de la denuncia puede otorgar medidas de protección al denunciante, garantizando su seguridad y evitando se le afecte de algún modo.

Al respecto, cabe precisar que dicho tipo de denuncia respondía a lo establecido en el TUO de la LPAG, el cual precisa que:

Artículo 116.- Derecho a formular denuncias

(...)

116.4 La entidad receptora de la denuncia puede otorgar medidas de protección al denunciante, garantizando su seguridad y evitando se le afecte de algún modo.

En ese sentido, tanto las denuncias con reserva como las que se presentan sin reserva de identidad, responden al marco normativo vigente. En todo caso, si se quiere debatir sobre los riesgos que podría traer algún tipo de denuncia, quizás se debería prestar atención a las denuncias anónimas, ya que la posibilidad de presentar denuncias sin tener que ser identificados, podría ser utilizado por los ciudadanos para presentar denuncias maliciosas, las cuales precisaremos a continuación.

IV. DENUNCIAS MALICIOSAS

El Reglamento de denuncias ambientales del OEFA define a las denuncias ambientales en los siguientes términos:

Artículo 3.- Definiciones

Para efectos del presente Reglamento, se establecen las siguientes definiciones:

(...)

d) **Denuncia maliciosa:** Aquella denuncia formulada de mala fe, sobre hechos o datos falsos o inexactos de conocimiento del propio denunciante.

(...)

Como se observa, el que se haya regulado dichas denuncias, es porque su empleo no es un caso aislado dentro de la Administración Pública, sino que ha generado tal preocupación que se han establecido las acciones a realizar en caso de advertir ello. Así pues, el Reglamento de denuncias ambientales del OEFA establece lo siguiente:

Artículo 5.- Denuncia maliciosa

5.1. En caso se evidencie que la denuncia es maliciosa, el OEFA y/o la EFA competente, puede interponer las acciones legales que correspondan.

5.2. En el caso que la denuncia maliciosa esté relacionada con la competencia del OEFA, el órgano de Línea respectivo debe poner en conocimiento de ello a la Procuraduría Pública del OEFA.

Como se puede observar, los órganos de línea que adviertan la presentación de denuncias maliciosas relacionadas a la competencia del OEFA, deben informar a la Procuraduría Pública, ello con el fin de activar las acciones judiciales que correspondan. Imagínense el caso que la presentación de una denuncia maliciosa haya ocasionado la compra de algún tipo de reactivo o equipo para la realización de evaluaciones ambientales.

V. ALCANCE DEL REGLAMENTO DE DENUNCIAS AMBIENTALES DEL OEFA

Al igual que en el caso del Reglamento de Supervisión Ambiental del OEFA, en la norma de aprobación del Reglamento de denuncias ambientales del OEFA se establece lo siguiente:

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

Única.- El presente Reglamento puede servir de modelo para que las Entidades de Fiscalización Ambiental regulen sus procedimientos referidos a la atención de denuncias ambientales, según corresponda, en el marco de lo establecido en el Artículo 9° del Régimen Común de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución Ministerial N° 247-2013-MINAM.

En ese sentido, las EFA pueden utilizar dicho reglamento como modelo, pudiendo advertir en el marco del presente artículo que ello ha venido sucediendo, así pues, se tienen los siguientes casos:

- Ordenanza Municipal N° 004-2024-MDS-A, del 24 de junio del 2024, mediante la cual la Municipalidad Distrital de Sallique, en la provincia de Jaén, departamento de Cajamarca, aprueba su "Reglamento para la atención de denuncias ambientales presentadas ante la Municipalidad Distrital del Sallique".
- Ordenanza Municipal N° 702/MDC, del 29 de agosto del 2024, mediante la cual la Municipalidad Distrital de Comas, en la provincia y departamento de Lima, aprueba su "Reglamento para la atención de denuncias ambientales presentadas ante la Municipalidad Distrital de Comas".
- Ordenanza Municipal N° 11-2024-MDCH, del 22 de agosto del 2025, mediante la cual la Municipalidad Distrital del Chigata, en la provincia y departamento de Arequipa, aprueba su "Reglamento para la atención de denuncias ambientales presentadas ante la Municipalidad Distrital de Chiguata".

Así pues, se advierte en las tres ordenanzas municipales señaladas, que en la parte considerativa se hace alusión al Reglamento de denuncias ambientales del OEFA, señalándose inclusive, en su texto, los dos tipos de denuncias ambientales, sin reserva de identidad y anónimas, no regulando las denuncias con reserva de identidad, que se encontraban establecidas en el anterior Reglamento, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 015-2014-OEFA/CD.

En ese sentido, podemos advertir que las EFA pueden disponer supervisiones ambientales especiales -actuación administrativa- en el marco de denuncias ambientales presentadas ante dichas entidades. Esto es, un ciudadano pone en conocimiento de alguna EFA el presunto incumplimiento de obligaciones ambientales fiscalizables por parte de un administrado bajo la competencia de determinada EFA.

Puede ser el caso que producto de la supervisión ambiental especial dicha EFA disponga el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, el cual como se mencionó líneas arriba, tendrá como partes a la EFA, en su condición de autoridad administrativa, y al administrado, no pudiendo considerarse al denunciante como parte dentro del procedimiento, no pudiendo acceder al expediente o exigir ser notificado de los actos emitidos en el marco de dicho procedimiento, toda vez que como se mencionó -al margen que pueda o no ser afectado- es un colaborador de la administración pública.

VI. CONCLUSIONES

1. En el Perú, se considera EFA a aquellas entidades públicas que tienen atribuidas alguna función de fiscalización ambiental, dentro de las cuales podemos encontrar la función de supervisión, la cual es materializada por medio de las supervisiones ambientales, las mismas que son desarrolladas con el fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones ambientales por parte de los administrados que se encuentran bajo su competencia.
2. Las supervisiones ambientales, al igual que otras actuaciones administrativas, son desarrolladas de oficio por parte de las EFA, y pueden encontrar su sustento, entre otros, en una programación anual, el pedido de alguna autoridad, o por una denuncia ambiental, por medio del cual la ciudadanía da cuenta del presunto incumplimiento de las obligaciones; eso que se conoce como denuncias ambientales.
3. En relación con las denuncias ambientales, se puede entender a la comunicación que realiza un ciudadano a alguna EFA, informando del presunto incumplimiento de obligaciones ambientales fiscalizables por parte de un administrado bajo la competencia de determinada EFA.
4. Las denuncias ambientales pueden ser sin reserva de identidad o anónimas; ambas presentan sus ventajas y desventajas, tanto para el ciudadano que formula la denuncia como para la EFA responsable de su atención. No obstante, lo establecido en el Reglamento de denuncias ambientales del OEFA se condice con lo reglado en el TUO de la LPAG.
5. Si bien, puede darse el caso que producto de la supervisión ambiental especial, la EFA disponga el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, teniendo como partes a la EFA en su condición de autoridad administrativa y al administrado, no se podrá considerar al denunciante como parte dentro del procedimiento pues es un colaborador de la administración pública al margen de que pueda ser o no el afectado.
6. A la fecha advierte cómo el Reglamento de denuncias ambientales del OEFA viene siendo utilizado como modelo por parte de otras EFA al momento de elaborar y aprobar sus propios reglamentos. Por ello, resulta imperioso conocer sus alcances, reglas de juego, entre otros.

BIBLIOGRAFÍA

- Guzmán Napurí, Christian. Tratado de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo (2011). Ediciones Caballero Bustamante. Lima – Perú.
- Ordenanza Municipal N° 004-2024-MDS-A, del 24 de junio del 2024, mediante el cual la Municipalidad Distrital de Sallique, en la provincia de Jaén, departamento de Cajamarca, aprueba su “Reglamento para la atención de denuncias ambientales presentadas ante la Municipalidad Distrital del Sallique”.
- Ordenanza Municipal N° 11-2024-MDCH, del 22 de agosto del 2025, mediante el cual la Municipalidad Distrital del Chigata, en la provincia y departamento de Arequipa, aprueba su “Reglamento para la atención de denuncias ambientales presentadas ante la Municipalidad Distrital de Chiguata.”
- Ordenanza Municipal N° 702/MDC, del 29 de agosto del 2024, mediante el cual la Municipalidad Distrital de Comas, en la provincia y departamento de Lima, aprueba su “Reglamento para la atención de denuncias ambientales presentadas ante la Municipalidad Distrital de Comas”
- Reglamento de Supervisión del Organismo de Evaluación de Fiscalización Ambiental – OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 00019-2025-OEFA/CD
- Reglamento de Supervisión del Organismo de Evaluación de Fiscalización Ambiental – OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-2019-OEFA/CD, y sus modificatorias.
- Reglamento para la atención de denuncias ambientales presentadas ante el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 026-2022-OEFA/CD
- Reglas para la atención de denuncias ambientales presentadas ante el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 015-2014-OEFA/CD



Autor:
Rubén Rolando Cotaquispe Cabra

**LA FALTA DE ACCESIBILIDAD A LOS SERVICIOS DE
SALUD Y SU IMPACTO EN LA EVALUACIÓN MÉDICA
SOBRE CONTROVERSIAS EN EL SEGURO
COMPLEMENTARIO DEL TRABAJO DE RIESGO – SCTR**

LA FALTA DE ACCESIBILIDAD A LOS SERVICIOS DE SALUD Y SU IMPACTO EN LA EVALUACIÓN MÉDICA SOBRE CONTROVERSIAS EN EL SEGURO COMPLEMENTARIO DEL TRABAJO DE RIESGO – SCTR

The lack of accessibility to health services and its impact on medical evaluation for controversies about Complementary Occupational Risk

Rubén Rolando Cotaquispe Cabra¹

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Los seguros sociales. Una aproximación a la seguridad social.
- III. La seguridad social.
- IV. El derecho a la seguridad social y su vinculación con el Seguro Complementary de Trabajo de Riesgo.
- V. El derecho a la salud y su vinculación con el Seguro Complementary de Trabajo de Riesgo.
- VI. Nociones y generalidades del Seguro Complementary de Trabajo de Riesgo.
- VII. De las evaluaciones por las comisiones médicas del MINSA, ESSALUD y las EPS.
- VIII. Del Estado de cosas inconstitucional respecto de las evaluaciones por las comisiones médicas del MINSA, ESSALUD, en el marco del Seguro Complementary de Trabajo de Riesgo.
- IX. Arbitraje y Seguro Complementary de Trabajo de Riesgo.
- X. Conclusiones.

Resumen

El Seguro Complementary de Trabajo de Riesgo como producto de la Seguridad Social requiere para la obtención de las prestaciones económicas y de salud a favor de los trabajadores que hayan sufrido de enfermedades profesionales o accidentes de trabajo, que los establecimientos médicos de salud públicos se encuentren habilitados o autorizados para llevar a cabo las evaluaciones médicas correspondientes para determinar el real estado de salud de un trabajador frente a aquellos eventos adversos. Sin embargo, en el Perú no existen los establecimientos de salud públicos suficientes, así como también es una realidad que carecen de los medios para cumplir con los procedimientos o protocolos que las evaluaciones médicas requieren para emitir un diagnóstico cierto y veraz. Ello representa un problema de falta de accesibilidad afectando el derecho a la salud, y asimismo, genera también un impacto negativo en las controversias sobre el Seguro Complementary de Trabajo de Riesgo.

¹ Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, con estudios de Maestría en Derecho en Civil en la escuela de posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de especialización en Gestión Pública y Arbitraje Internacional de Inversiones en la Universidad del Pacífico, y estudios de especialización en Derecho Administrativo, Contrataciones con el Estado y Arbitraje, en la Universidad ESAN y PUCP. Actualmente se desempeña como Jefe de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia Nacional de Salud – SUSALUD. Correo de contacto: ruben.cotaquispec@pucp.pe

Palabras Clave

Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo/ Enfermedad profesional/ Accidente de trabajo/ Derecho a la salud / Derecho a la seguridad social/ Prestaciones económicas y de salud.

Abstract

The Complementary Occupational Risk as a product of Social Security requires to obtain the economic and health benefit in favor of workers who suffered an occupational disease or work accident, that public health establishments are capable or authorized to carry out the corresponding medical evaluations to determine the real state of health of a worker in the face of such adverse events. However, in Peru there are not enough public health establishments and also lack the means to comply with procedures and protocols that medical evaluations require to issue a true and accurate diagnosis. That represents a problem of lack of accessibility affecting the right to health, as well as generating a negative impact in Complementary Occupational Risk controversies.

Key Words

Complementary Occupational Risk/ Occupational disease/ Work accident/ Right to health/ Right to social security/ Economic and health benefit.

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje posee actualmente un desarrollo continuo y vertiginoso en el Perú. Ello es fácilmente comprobable con solo advertir los numerosos congresos, cursos, programas y maestrías que se ofrecen para obtener capacitación en dicha materia. Sin embargo, dicho desarrollo está reservado mayoritariamente para controversias vinculadas con las contrataciones con el estado, construcción, inversiones, y entre otras en las cuales la circulación o transacciones patrimoniales resultan ser considerables, lo que constituye un mercado interesante para todos los agentes que participan en él.

Pero la aplicación del arbitraje, y sus ventajas para resolver controversias, no se reducen solo a las áreas ya señaladas, sino que se extienden también al ámbito laboral, inmobiliario, societario y hasta deportivo. Pero existe un área del derecho en el que el arbitraje también viene aplicándose desde años atrás en el Perú, el cual es el arbitraje en materia de salud.

Si bien la aplicación del arbitraje en materia de salud no ha tenido una difusión semejante al arbitraje en materia de contrataciones con el estado, ello no quiere decir que este sea de una categoría o nivel de menos importancia que aquella, pues si bien tal como se manifiesta a nivel doctrinario o jurisprudencial que los arbitrajes en contrataciones con el estado versan sobre controversias referidas a la prestación de bienes y servicios para satisfacer necesidades de la población lo que conlleva a que se persiga una finalidad pública sujeta al cumplimiento de una meta institucional, no es menos cierto también que a través del proceso arbitral en materia de salud, los usuarios solicitan tutela para asegurar el ejercicio o vigencia del derecho a la salud, el cual constituye un derecho fundamental reconocido en la Constitución, teniendo en consideración que la salud alude a no solo un restablecimiento del mismo, sino también a conservar un estado de bienestar a nivel físico y mental.

Es en este punto donde indudablemente se toma conciencia que la defensa y vigencia del derecho a la salud encuentra eco y base en la norma suprema reconociéndola como un derecho fundamental, más aún cuando sin perjuicio de ser considerada como tal y categorizada como de segunda generación dentro del grupo de los derechos económicos, sociales y

culturales, este tiene relación directa con el derecho a la vida y la dignidad, reconocido en el artículo 1 de la Constitución Política, en el que se prescribe que la persona humana y su dignidad constituyen el fin de la sociedad y el Estado. Bajo ese marco jurídico de protección, es fácil concluir por qué el legislador también optó por aplicar y hacer viable el arbitraje a controversias en materia de salud, con el objeto de que aporte todas sus ventajas y virtudes en la resolución de dichos conflictos de forma célere.

Es esa celeridad la que convierte al arbitraje en una herramienta eficaz para concluir dichos procesos en materia de salud de manera oportuna, pues así como se afirma que en procesos de contrataciones con el estado lo que se persigue es que éstos culminen de una forma rápida y eficaz para que la prestación de bienes o servicios no se vea interrumpida, generando un impacto positivo en la calidad de vida de la población usuaria; la misma lógica se persigue en arbitrajes en materia de salud, con la característica particular que detrás del mismo, existe un ciudadano o individuo que ve menoscaba su salud lo que le impide realizar sus actividades diarias, sumando a dicha situación una posible precariedad económica, lo que le impide obtener las medicinas que necesita o el acceso a rehabilitación que procuren la mejora de su salud. De acuerdo a ello, es importante para él que el proceso arbitral pueda obtener un pronunciamiento sobre el fondo de forma célere.

Es ese el común denominador con los arbitrajes en materia de salud, que detrás de la reglas y procedimientos propios del proceso arbitral, existe un ciudadano o individuo que arrastra una situación precaria de su salud, que tiene la expectativa que con el proceso arbitral podrá revertir o aminorar dicha situación adversa, la que dependerá de la decisión del Tribunal Arbitral en atención a las pruebas aportadas; y para poner las cosas cuesta arriba la resolución de controversias en materia de salud requiere de determinada especialidad y conocimientos específicos sobre la materia, pues sería ilusorio considerar que estas se resuelvan con solo aplicar las normas de la Constitución Política en vista que las normas de salud comprenden leyes, decretos, protocolos, reglamentos, normas técnicas, documentos técnicos, cuyo contenido, aplicación y alcance sobre los actos médicos, hace profuso su análisis, complicándose aún más dicho panorama cuando tenemos frente a nosotros distintos regímenes en la prestación de servicios de salud, y los distintos agentes que participan en él, como es el caso del Perú.

Es uno de este tipo de controversias el que nos convoca en esta oportunidad, y reúne todas estas particularidades, el cual es el vinculado al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo – SCTR, que como veremos si bien es un producto del derecho a la seguridad social, tiene vinculación también con el ejercicio y vigencia del derecho a la salud. En principio dicho seguro fue configurado con la finalidad de que los trabajadores, que realizarán actividades de riesgo, tengan la cobertura de un seguro frente a una contingencia como adquirir una enfermedad de carácter profesional o sufrir un accidente de trabajo, y en el eventual supuesto de que éstos efectivamente provoquen un menoscabo en la salud del trabajador se otorgará la prestación económica que corresponda, dependiendo ello de las evaluaciones médicas a las que pueda someterse el trabajador para verificar su real estado de salud, en los que los establecimientos de salud nacionales en el Perú, a cargo del MINSA o ESSALUD, tienen un rol importante en dicha función.

El seguro complementario de trabajo de riesgo constituye una materia con muchos temas particulares a tratar dado su propio contenido y naturaleza. Sin embargo, en el marco particular de las referidas evaluaciones médicas, es conocido que los establecimientos de salud públicos en el Perú no cuentan con todos los recursos humanos o materiales para llevar a cabo tales evaluaciones médicas. En ese supuesto, cabe plantear las siguientes interrogantes: ¿Qué derechos podrían verse vulnerados en caso los trabajadores afectados por una enfermedad o un accidente de trabajo se vieran impedidos o imposibilitados de realizar o cumplir tales evaluaciones médicas debido a que en los establecimientos de salud nacional no poseen los recursos logísticos, ¿materiales o humanos para llevar a cabo tales evaluaciones? ¿Qué impacto

puede generar tal falta de recursos en las evaluaciones médicas en controversias sobre el seguro complementario de trabajo de riesgo? ¿Qué impacto puede generar ello en procesos arbitrales en materia de seguro complementario de trabajo de riesgo? Estas interrogantes serán respondidas en el presente artículo, a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú, e instrumentos normativos pertinentes, siendo importante para contestar dichas interrogantes abordar y desarrollar el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, a nivel conceptual.

II. LOS SEGUROS SOCIALES. UNA APROXIMACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL

Las bases de la construcción de la seguridad social se encuentran en una situación social de hecho, el cual era el estado de indigencia de cierta parte de la población, que al no poder atender por su propia cuenta necesidades como alimentación o protección en salud, encontraron en la caridad dada por la iglesia una forma de atender dichas necesidades. Como claro ejemplo ilustrativo, Carlo Mango dentro de sus dominios dispuso de forma obligatoria “[...] la asistencia a los más necesitados de la parroquia como única posibilidad de quienes no disponían ni siquiera de los recursos mínimos para proveerse su propia subsistencia.”²

Posteriormente, y con la finalidad de abandonar el enfoque asistencialista, Francia adoptó el denominado “Reglamento Colbert”, mediante el cual se “[...] estableció un descuento exclusivamente al salario percibido por los trabajadores con la finalidad de atender sus gastos de hospitalización. Para el año 1709 se sumó otro descuento obligatorio para accidentes de trabajo. Hacia 1793 los franceses promulgaron el primer proyecto de pensiones orientado a cubrir las necesidades básicas insatisfechas de la población más desfavorecida.”³

Dicha medida que como vemos fue progresiva, también fue objeto de mejora, pero debido a su vecino prusiano y luego alemán, pues bajo la dirección del canciller Otto Von Bismarck, no solo se buscó el aporte del trabajador, sino también se incluyó a empleadores para coadyuvar a la cobertura o protección de los trabajadores. De esa forma surgieron las Cajas de Socorros Mutuos los cuales constituyeron un sistema de aportes entre el trabajador y el empleador. Sin embargo, consideramos que la innovación aportada por el canciller Bismarck fue considerar la implementación de los seguros sociales, “[...] cuyo objetivo era la protección de los trabajadores ante determinadas contingencias que podían ocurrir a lo largo de su vida. Así, en 1883 se emite la Ley del Seguro de Enfermedad, en 1884, la Ley del Seguro de Accidentes de trabajo y en 1889 la Ley del Seguro contra Invalidez y Vejez.”⁴

Tal como afirma el profesor Cesar Puntriano Rosas en el marco de los seguros sociales, éstos “[...] son de naturaleza obligatoria, generan el derecho al pago de una prestación a favor de los beneficiarios, su financiación es tripartita (aportes del trabajador, empleador y del Estado) y son administrados por entidades públicas (luego privadas)”.⁵ Dicha postura sobre los seguros sociales es confirmada por el profesor Jorge Iván Palacio Palacio al manifestar que “[...] el concepto de

² Jorge Iván Palacio Palacio, “Derecho a la Seguridad Social en Salud. Hacia un nuevo sistema de protección social que garantice el goce efectivo y pleno del derecho a la salud dentro de un marco financiero sostenible”. Corte Constitucional de Colombia.

<https://es.scribd.com/document/498357934/DERECHO-A-LA-SALUD-PONENCIA-MG-DR-JORGE-IVAN-PALACIO-PALACIO-Corte-Constitucional> (consultado el 10 de julio de 2025)

³ Idem

⁴ Cesar Puritano, “El derecho universal y progresivo a la seguridad social”, en La Constitución Comentada, Tomo I. Análisis Artículo por Artículo, Gutiérrez, Walter (Lima: Gaceta Jurídica S.A. Segunda Edición, 2013), p. 588

⁵ Idem

“seguro” que definió como un contrato que contiene derechos y obligaciones recíprocas encaminadas a garantizar la protección del trabajador y su núcleo familiar frente a todas las contingencias que pudieran presentarse.”⁶

Tal como vemos los seguros sociales están configurados para otorgar a los trabajadores, una esfera de protección a efecto de evitar que éstos caigan en indigencia. Es decir, eran medidas para intentar eliminar o reducir dicho estado en la población. No es aun la seguridad social tal y como la conocemos ahora, la cual tuvo un desarrollo vertiginoso de acuerdo a un hito o acontecimiento importante para la humanidad, el cual, si bien trajo progreso tecnológico e industrial, este fue a costa del sacrificio de los trabajadores y sus familias, con salarios bajos, pésimas condiciones laborales y explotación, entre otros.

Consideramos que las palabras del profesor Jose Andrés Álvarez Patallo, pueden confirmar dicha postura al manifestar lo siguiente:

[...] fueron unas determinadas circunstancias tecnológicas, conocidas ordinariamente como “Revolución Industrial”, las que generaron la aparición de la Seguridad Social, pero no como consecuencia de la lucha obrera o del incremento de los accidentes de trabajo, como se ha defendido tradicionalmente de una manera casi exclusiva. En realidad, éstos fueron problemas concomitantes, pues la verdadera causa del nacimiento de la seguridad social fue que la revolución industrial generó una situación nueva, cual es que la mayor parte de la población pasó a concentrarse en las ciudades y a depender exclusivamente de un salario para su subsistencia, de modo que, si perdían este por vejez, invalidez o desempleo, todo el grupo familiar se veía abocado a la indigencia. Ahora, el verdadero mérito de la Revolución Industrial estuvo en que generó la riqueza suficiente frente a dichos problemas. Esta situación nueva provocó la aparición también de nuevas ideas y principios que habrían de informar el Derecho de la Seguridad Social y que, con el tiempo, han enraizado en las sociedades desarrolladas hasta el punto de convertirse por sí mismas en impulsoras de reformas legales.⁷

Es en este punto donde la revolución industrial representó un fenómeno social que debido al impacto que generó a los trabajadores imponiendo nuevas situaciones o circunstancias sociales que afectaban sus condiciones de vida, obligó al derecho, y específicamente al legislador de poder dotar a cierto sector de la población de cierta esfera de protección a través de la seguridad social. Este fenómeno es una prueba más de cómo el derecho debe ir tras los pasos de los eventos que si bien, desde cierto enfoque, procuran el dinamismo y desarrollo de la sociedad, puede que éstos tengan también ciertos efectos colaterales que pueden implicar la afectación de determinados derechos, los cuales no pueden verse desprotegidos. Desarrollo y progreso si bien pueden implicar evolución, siempre llaman o provocan nuevos escenarios que atender, pues el “[...] el transcurso del tiempo ha generado que las sociedades evolucionen, presentando mayores y diferentes necesidades, motivo por el cual la seguridad social ha tenido que sufrir modificaciones para acomodarse a las nuevas realidades. Así, estos cambios han

⁶ Ibidem

⁷ Jose Andrés Álvarez Patallo, “El origen y desarrollo de la Seguridad Social: Una perspectiva materialista”. <https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/279/441> (consultado el 10 de julio de 2025).

llevado a que el concepto desemboque en concepciones más modernas que lo sitúan como componente esencial de un sistema más amplio: el de la protección social integral.”⁸

III. LA SEGURIDAD SOCIAL

Hemos expuesto las raíces que dieron origen a la seguridad social y el evento que fue el que desencadenó su desarrollo, sin perjuicio de los eventos futuros que lo consolidaron, pero a efectos del presente trabajo es importante absolver la interrogante relativa a lo siguiente: ¿Qué es la seguridad social? De acuerdo a los profesores González Hunt y Paitan Martínez, la seguridad social puede ser entendida “[...] como un sistema de protección social que tiene por finalidad brindarnos las herramientas o prestaciones necesarias para atender las diversas contingencias sociales que se presenten a lo largo de la vida, con el objetivo de que mantengamos un nivel que nos permita atender las necesidades básicas [...] La seguridad social es una herramienta importante para la prevención y alivio de la pobreza de las personas, ya que su finalidad es garantizar una vida digna o por lo menos tratar de mantenerla. Se manifiesta a través de las prestaciones de salud y económicas, sustentadas en los principios de universalidad, solidaridad, integralidad, unidad, internacionalidad, entre otros.”⁹

De acuerdo al Tribunal Constitucional, sobre la seguridad social “[...] ha señalado en el fundamento 54 de la sentencia recaída en los expedientes N° 0050-2024-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005 / 0009-2005-AI, acumulados, que la seguridad social es una garantía institucional basada en la doctrina de la contingencia [...] que expresa por excelencia la función social del Estado. Se concreta en un complejo normativo estructurado – por imperio del artículo 10 de la Constitución – al amparo de la doctrina de la contingencia y la calidad de vida, por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no solo del mantenimiento, sino en elevación de la calidad de vida”.¹⁰

Dentro de la definición establecida por la doctrina y la jurisprudencia, sin perjuicio de los principios que la componen, podemos extraer las siguientes características que conforman a la seguridad social:

- a) Es un sistema de protección social, en la medida que está compuesta por un conjunto más o menos organizado de normas y entidades – públicas, privadas o mixtas – que estarán a cargo de su administración, control, supervisión y funcionamiento. Asimismo, porque es un componente esencial del desarrollo político, económico y social.
- b) Cubre las contingencias humanas, entendidas como situaciones o eventos que se producen en la vida de cada individuo, disminuyendo e, inclusive, extinguiendo su

⁸ Cesar González Hunt. “La Seguridad Social en la Constitución Política del Perú.”

<https://www.eje.pe/wps/wcm/connect/e025c10046e12d329ea69f44013c2be7/La+seguridad+social+en+la+constituci%C3%B3n+pol%C3%ADtica+del+Per%C3%BA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e025c10046e12d329ea69f44013c2be7> (consultado el 10 de julio de 2025).

⁹ Cesar Gonzales Hunt y Javier Paitan, *El Derecho a la Seguridad Social*. Colección lo Esencial del Derecho. (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2017), 40-41.

¹⁰ Cesar Puritano, “El derecho universal y progresivo a la seguridad social”, en *La Constitución Comentada*, Tomo I. Análisis Artículo por Artículo, Gutiérrez, Walter (Lima: Gaceta Jurídica S.A. Segunda Edición, 2013), p. 590

capacidad para trabajar como son la vejez, las enfermedades, los accidentes, la muerte, el desempleo, etcétera.

- c) Procura la elevación del nivel de vida cuando las personas sufran el padecimiento de una contingencia, para que su estatus socioeconómico no varíe dramáticamente, y puedan, por lo menos, satisfacer sus necesidades básicas. Con esta protección al individuo se generará a su vez un bienestar en la colectividad.
- d) Utiliza la redistribución de la renta, mediante la administración que efectúan las entidades públicas, privadas o mixtas de las aportaciones que los trabajadores en actividad o asegurados efectúan mensualmente, para poder atender las prestaciones de salud y pensiones de éstos, sus derechohabientes y los pensionistas.¹¹

Todas estas características son las que componen a la seguridad social, siendo estas transversales y susceptibles de proyección a la materia relativa al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo. Sin perjuicio de ello, y para efectos del presente artículo destacaremos los puntos b) y c) del párrafo precedente, tocando en primer lugar la vinculación entre la seguridad social y el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo; no sin antes también identificar sus rangos y rasgos como derechos fundamentales.

IV. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y SU VINCULACIÓN CON EL SEGURO COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO

Es importante destacar que el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia ha desarrollado la materia relativa al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo. Pero a efectos de sustentar dicho desarrollo, lo primero que tuvo que hacer fue identificar y desarrollar sus bases a través del derecho a la Seguridad Social. A través de la sentencia emitida en el Exp. N° 10063-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional manifestó que el derecho a la seguridad social es un derecho fundamental, y se encuentra circunscrito dentro de los derechos sociales y económicos, precisando el tribunal que si bien estos derechos tienen carácter programático, ello no implica que se desplace o prolongue en el tiempo su eficacia o ejecución, pues “si bien es cierto que la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación positiva del Estado a través de la adopción de medidas adecuadas para el logro de los fines sociales y del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente su plena efectividad en igualdad de condiciones para la totalidad de la población. Esta nueva visión de los derechos sociales permite reconocer, en su contenido esencial, principios como la solidaridad y el respeto a la dignidad de la persona, los que, a su vez constituyen pilares fundamentales del Estado Social y democrático de derecho”.¹²

Tal como se advierte, la configuración del derecho a la seguridad social implica obligaciones de hacer del Estado, tal como ejecución presupuestal o también la emisión normativa que haga viable el ejercicio de derechos de tal categoría. Sin embargo, dicha actividad el cual podemos calificar de diferida, ello “[...] no implica el desconocimiento de la condición de derechos fundamentales que ostentan los derechos sociales, o que el reconocimiento de éstos como derechos fundamentales vaya a depender de su nivel de exigibilidad (que cuenten con mecanismos jurisdiccionales para su protección). Así, de su relación indisoluble con la dignidad

¹¹ Ibidem p. 39-40

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional N° 10063-2006-PA/TC, 8 de noviembre de 2007.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10063-2006-AA.pdf>

de la persona y por estar consagrados con esa característica en el texto constitucional, se concluye que se trata de derechos fundamentales."¹³

Los periodos de crisis no constituyen una excusa para que el Estado incumpla con el ejercicio de tales derechos, pues "incluso en periodos de crisis los Estados deben estar en condiciones de asegurar unos niveles mínimos de satisfacción de los derechos, pues, de lo contrario se estaría frente a la culpabilidad del Estado por el incumplimiento de las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y del Protocolo de San Salvador"¹⁴; suscrito por el Perú el 17 de mayo de 1995.

En ese sentido, corresponde tener como premisa que si bien los derechos económicos, sociales y culturales tales como la seguridad social implican acciones positivas del Estado que garanticen y viabilicen el ejercicio de los derechos fundamentales, los que se traducen en la promulgación de leyes o normas que permitan su ejercicio y eficacia, así como también en la habilitación y ejecución presupuestal que pueda destinarse a las áreas y ámbitos en los que los ciudadanos hacen ejercicio de tales derechos, lo que los caracteriza como derechos de carácter progresivo, dichas acciones caracterizadas por ser diferidas no pueden implicar que el Estado desplace o prolongue el inicio o desarrollo de las mismas, pues el goce y ejercicio de tales derechos permiten considerar que la población vive bajo en condiciones o estándares de vida digna, tal y conforme lo prescribe y exige la Constitución Política del Perú en su artículo 1.

Ahora bien, habiéndose tratado lo relativo a la seguridad social como derecho fundamental y su carácter progresivo, cabe determinar cómo se construye o se estructura su conexidad con el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo. Es aquí donde debemos ingresar a una aproximación al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, pues su contenido implica brindar en estricto una esfera de protección frente a las denominadas contingencias tales como las enfermedades profesionales y los accidentes de trabajo como consecuencia de las actividades laborales de riesgo, respecto de los cuales se desplegarán en caso de ocurrencia de las mismas, las prestaciones económicas y de salud que correspondan. Dichas prestaciones económicas y de salud, son precisamente una forma de solución para mitigar o aliviar el estado de necesidad que permitirán mantener un status o nivel de vida que satisfaga sus necesidades. La constitucionalidad de tales prestaciones, las encontramos en el artículo 11 de la Constitución Política del Perú, la cual prescribe lo siguiente:

Artículo 11. El libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones

El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.

La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado.

Las formas de manifestación de las prestaciones económicas en el marco del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo son "[...] coberturas económicas por invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio, generadas por accidentes de trabajo y/o enfermedades

¹³ Idem

¹⁴ Jorge Iván Palacio Palacio, "Derecho a la Seguridad Social en Salud. Hacia un nuevo sistema de protección social que garantice el goce efectivo y pleno del derecho a la salud dentro de un marco financiero sostenible". Corte Constitucional de Colombia.
<https://es.scribd.com/document/498357934/DERECHO-A-LA-SALUD-PONENCIA-MG-DR-JORGE-IVAN-PALACIO-PALACIO-Corte-Constitucional> (consultado el 10 de julio de 2025)

profesionales, para trabajadores que realizan actividades de riesgo"¹⁵; mientras que las prestaciones de salud "[...] se activan cuando un trabajador sufre un accidente laboral o desarrolla alguna enfermedad laboral, cubriendo los gastos de atención médica, rehabilitación y readaptación laboral, abordando todos los niveles de complejidad."¹⁶ Respecto a las prestaciones económicas, en el marco de su circunscripción de la seguridad social, "[...] impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas a las personas en función a criterios y requisitos determinados legislativamente, para subvenir sus necesidades vitales y satisfacer los estándares de la 'procura existencial'"¹⁷, mientras que para las prestaciones de salud, "[...] sean preventivas, reparadoras, recuperadoras o económicas, también constituyen una manifestación de la garantía institucional de la seguridad social, que tienen por finalidad mantener, preservar y elevar la salud de las personas ante cualquier contingencia que altere o menoscabe la calidad de vida".¹⁸ Tal como vemos, las prestaciones económicas y de salud que se otorguen en el marco del seguro complementario de trabajo de riesgo, tiene como base la seguridad social, la cual tiene sustento constitucional, considerando que éstos tienen como finalidad el bienestar de la persona humana en defensa y ejercicio de su dignidad.

V. EL DERECHO A LA SALUD Y SU VINCULACIÓN CON EL SEGURO COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO

El derecho a la salud forma parte del grupo de derechos económicos y sociales de segunda generación que juega también un importante rol o papel en el marco del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo. Al encontrarnos en un Estado Social y Democrático de Derecho, la vigencia y ejercicio del derecho a la salud se vuelve primordial pues tal como lo hemos señalado, el centro del ordenamiento jurídico lo constituye la persona humana y la defensa de su dignidad. Ahora bien, se debe analizar cuál es la forma en que se deben traducir las acciones concretas del derecho a la salud en el marco de la seguridad social, pues este "[...] comprende no solo el derecho al cuidado de la salud personal, sino también el acceso a condiciones mínimas de salubridad a fin de vivir una vida digna. Así, se afirma que el derecho a la salud abarca, por un lado, la atención de salud oportuna y apropiada, y, por otro, los factores que determinan la buena salud, tales como el agua potable, la nutrición, la vivienda y las condiciones ambientales y ocupacionales saludables, entre otros."¹⁹

Adicionalmente el Tribunal Constitucional manifestó que "[...] para preservar el estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, a que tiene derecho todo ser humano, el Estado tiene el deber-poder de proporcionar y garantizar el cumplimiento de acciones de conservación y de restablecimiento del derecho a la salud ante cualquier situación de perturbación de la estabilidad orgánica y funcional. Para tal efecto, el Estado debe garantizar

¹⁵ Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, ¿Sabes que es el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo y en qué casos es obligatorio?, Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. <https://www.gob.pe/institucion/sunafil/noticias/1052482-sabes-que-es-el-seguro-complementario-de-trabajo-de-riesgo-y-en-que-casos-es-obligatorio/>

¹⁶ Idem

¹⁷ Cesar Puritano, "El derecho universal y progresivo a la seguridad social", en La Constitución Comentada, Tomo I. Análisis Artículo por Artículo, Gutiérrez, Walter (Lima: Gaceta Jurídica S.A. Segunda Edición, 2013), p. 598

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 10063-2006-PA/TC, 8 de noviembre de 2007. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10063-2006-AA.pdf>

¹⁹ Idem

una progresiva y cada vez más consolidada calidad de vida, invirtiendo en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo, para ello, adoptar políticas, planes y programas en ese sentido."²⁰

Tal orden conceptual del derecho fundamental a la salud, vino de una línea evolutiva a nivel jurisprudencial del Tribunal Constitucional, pues "[...] desde la primigenia idea de que el derecho a la salud es el derecho psico-físico a no enfermarse o estar enfermo (Tribunal Constitucional, Sentencia 3208-2004-AA/TC, 2005) hasta concebirlo no solo como una ausencia de enfermedad, sino una acción positiva para la vida y salud digna (Tribunal Constitucional, Sentencia 50408-2007-PHC/TC, 2007). Por ello, la salud es condición indispensable del desarrollo humano en dignidad para alcanzar el bienestar personal y colectivo; de aquí que, siguiendo la definición de la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS), la salud es un estado completo bienestar físico, mental y social, y no solo la ausencia de dolencias o enfermedades".²¹

Teniendo en consideración el orden conceptual del derecho fundamental del derecho a la salud por parte del Tribunal Constitucional, y tal como se ha expuesto previamente, el derecho a la salud se circunscribe a la vida digna de la persona humana, y para arribar a dicho logro, no solo basta una vida sin el padecimiento de enfermedades, sino también implica que se tomen acciones políticas que puedan favorecer y promover una vida y salud digna, siendo indispensable para ello "[...] brindar los medios presupuestales y materiales necesarios para asegurar una salud pública preventiva [...]"²², debido a que, "[...] desde una perspectiva objetiva, el derecho a la salud es un bien público que impone una serie de deberes de actuación al Estado, los cuales se corresponden con la faz institucional del derecho a la salud"²³.

Es decir, que no bastará con la mera declaración y reconocimiento del derecho fundamental a la salud, sino que corresponderá realizar las acciones operativas que correspondan para garantizar su ejercicio. Es en ese marco, desde la óptica de la operatividad, se requerirá la disponibilidad y accesibilidad efectiva de los establecimientos de salud, para que aquellos ciudadanos que requieran de los servicios de salud, en el marco del Seguro de Complementario de trabajo de Riesgo, puedan llevar a cabo las evaluaciones médicas que correspondan, con los especialistas competentes para que se determine si padecen de las enfermedades profesionales que alegan padecer, y el grado de invalidez respectivo. Pero, para llevar a cabo estas evaluaciones, el Estado debe garantizar que los servicios de salud destinadas a satisfacer y cumplir con dichas evaluaciones, cumplan con determinados elementos esenciales, los cuales son la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, y la calidad. La Doctrina autorizada define a éstas de la siguiente manera:

1. Disponibilidad: El Estado debe asegurar un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas, en función del nivel de desarrollo nacional. Ello incluye factores determinante básicos para la salud como el derecho al acceso de agua potable, condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás servicios de salud, personal médico, profesional y capacitado – adecuadamente remunerado según las condiciones del país, así como los medicamentos esenciales.

²⁰ Ibidem

²¹ Cesar Landa, "Constitucionalización del derecho fundamental a la Salud", Derecho y Medicina. Una perspectiva legal sobre la salud (2021): 19.

²² Ibidem, p. 18

²³ Ibidem, p. 20

2. Accesibilidad: Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todas las personas, sin discriminación alguna. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones:

a. No discriminación

Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a las poblaciones más vulnerables y marginadas de la sociedad, sin discriminación alguna por razones de sexo, raza, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

b. Accesibilidad física

Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben estar al alcance geográfico de toda la población, en especial las poblaciones más vulnerables o marginadas, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades, los migrantes y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentren a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.

c. Accesibilidad económica (asequibilidad)

Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios – sean públicos o privados – estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaigan cargas desproporcionadas en lo que se refiere a los gastos de salud en comparación con los hogares más ricos.

d. Acceso a la información

El acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.

3. Aceptabilidad: En los establecimientos, bienes y servicios de salud se debe respetar la ética médica y culturalmente apropiada; es decir, respetuosa de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sean sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida en el caso de las personas de la tercera edad, así como, deben estar concebidos para respetar la confidencialidad de los pacientes y mejorar el estado de salud de las personas que se traten.

4. Calidad: Los bienes y servicios de salud deben ser apropiadas desde el punto de vista científico y médico, así como de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos, vacunas y equipos hospitalarios científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

El cumplimiento de dichas obligaciones del Estado se constituye como un mínimo existencial para el goce y ejercicio del derecho de todas las personas a obtener un cierto nivel de

atención sanitaria y salud, en base al deber del Estado de garantizar un cierto nivel de salud pública con la comunidad en general.²⁴

Estos elementos esenciales son aquellos con los que los establecimientos de salud deben contar al proveer servicios de salud a favor de la ciudadanía. No contar con ello, representa un impacto negativo a la ciudadanía, pues el nulo o poco ejercicio del derecho a la salud provocaría que no obtenga ni practique el ejercicio de una vida digna, lo que quebraría el bienestar que toda persona busca y persiga en vida.

VI. NOCIONES Y GENERALIDADES DEL SEGURO COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO

Dada la naturaleza de determinadas actividades laborales, los trabajadores se encuentran sujetos a riesgos, como por ejemplo, el de los trabajadores mineros cuyas actividades se realizan en condiciones duras y difíciles, pues se encuentran expuestos a respirar minerales que afectan continua y progresivamente su sistema pulmonar. Es por la naturaleza de tales actividades de riesgo, que la terminología en ese campo es "enfermedades profesionales". La continuidad de dicha actividad puede implicar que adquiera enfermedades que menoscabaran su salud. En líneas generales, "[...] es importante tener en cuenta que todo trabajo (en realidad toda actividad) conlleva un riesgo específico, el cual se puede ver incrementado por las particularidades que encierra cada área productiva, las cuales, generalmente, no pueden eliminarse, pero sí deben ser objeto de especial atención a efectos de prever los eventuales daños que estas puedan traer consigo."²⁵

El seguro complementario de trabajo de riesgo constituye un producto del derecho a la seguridad social en el marco de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud aprobada por la Ley N° 26790. Bajo ese espectro, "[...] el SCTR constituye un sistema especializado de protección del Seguro Social de Salud que otorga cobertura adicional a los afiliados regulares que laboran en actividades de alto riesgo, brindando prestaciones de salud y económicas por contingencias derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales no cubiertas por el régimen de pensiones a cargo de la ONP y/o AFP".²⁶

El Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, constituyó "[...] un sistema de aseguramiento frente a los riesgos del trabajo [...], lo cual desembocó, finalmente en la emisión de las Normas Técnicas del SCTR y en la obligación de los empleadores de contratar un seguro que cubra las contingencias por enfermedades profesionales y accidentes de trabajo de los trabajadores que presten servicios en empresas que realicen actividades catalogadas como de riesgo, las cuales fueron incluidas en el Anexo 5 del Reglamento de la LMSS (Ley de Modernización en Seguridad Social en Salud) aprobada por el Decreto Supremo N° 009-97-SA".²⁷

Hasta este punto de la exposición, nos queda claro que como producto del seguro complementario de trabajo de riesgo se despliegan a favor de los ciudadanos las prestaciones de salud y económicas que correspondan, siendo importante señalar que "[...] el otorgamiento de las prestaciones de salud en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales,

²⁴ Cesar Landa, "Constitucionalización del derecho fundamental a la Salud", Derecho y Medicina. Una perspectiva legal sobre la salud (2021): 22-24.

²⁵ Jose Piedra Pereira, "Enfermedades Profesionales y Accidentes de Trabajo en el Perú", en Arbitraje en Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, Dir. Frank García Ascencios (Lima: Adrus D&L Editores S.A.C., 2019) p. 72

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 10063-2006-PA/TC, 8 de noviembre de 2007. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10063-2006-AA.pdf>

²⁷ Ibidem, p. 70

se puede contratar libremente con EsSalud o con la Entidad Prestadora de Salud (EPS) elegida conforme al artículo 15 de la Ley N° 26790, mientras que el otorgamiento de pensiones de invalidez temporal o permanente y de sobrevivientes y gastos de sepelio, como consecuencia de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales se pueda contratar libremente con la Oficina de Normalización Previsional (ONP) o con compañías de seguros debidamente acreditadas".²⁸

Cabe indicar que bajo el régimen del seguro complementario de trabajo de riesgo "la empleadora está obligada por ley a contratar el SCTR a favor del trabajador, no siendo relevante si él tiene un contrato a plazo indeterminado, o determinado, o si esté sujeto a una modalidad de trabajo, o si la empleadora lo destaca a trabajar a otra empresa. Cualquiera que sea su condición contractual, la empleadora tiene la obligación de celebrar estos contratos en beneficio del trabajador, caso contrario será responsable solidario por los daños producto del siniestro laboral"²⁹, y además "en los casos donde el empleador no celebre el contrato de SCTR-Pensión la ONP será quien responda supletoriamente al trabajador, mientras que cuando no se celebre el contrato de SCTR-Salud será ESSALUD quien brinde la cobertura supletoria, éstas tienen derecho de repetir contra la empleadora".³⁰

Ahora bien, queda claro el contenido del seguro complementario de trabajo de riesgo. Sin embargo, y en el marco de las prestaciones económicas, que son las que continúan y frecuentemente se solicitan, por los trabajadores que realizan actividades de riesgo, su otorgamiento dependerá si el trabajador efectivamente padece de las enfermedades ocupacionales que alega padecer, y si ese es el caso, pues corresponde determinar cuál es el grado de menoscabo del mismo en su salud. Para ello, corresponderá realizar un análisis en atención a la enfermedad cuyo padecimiento se alega y la actividad laboral de riesgo realizada, dicho vínculo es aquel que la doctrina y jurisprudencia que aborda el seguro complementario de trabajo de riesgo denomina "nexo de causalidad". Para el análisis, resultará importante atender a los instrumentos normativos de carácter técnico, los cuales son los siguientes:

- Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, Ley N° 26790,
- Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, Decreto Supremo N° 009-97-SA,
- Normas Técnicas del SCTR, Decreto Supremo N° 003-98-SA,
- Reglamento de la Ley Marco del Aseguramiento Universal en Salud, Decreto Supremo N° 008-10-SA,

²⁸ Estela Ospina Salinas, "Una mirada crítica al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo", *Laborem* N° 15 (2015): 177. <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem15-175-192.pdf>

²⁹ Frank García Ascencios, "Reflexiones y experiencias en el arbitraje en seguro complementario de trabajo de riesgo", en *Arbitraje en Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo*, Dir. Frank García Ascencios (Lima: Adrus D&L Editores S.A.C., 2019) p. 55

³⁰ Jose Piedra Pereira, "Enfermedades Profesionales y Accidentes de Trabajo en el Perú", en *Arbitraje en Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo*, Dir. Frank García Ascencios (Lima: Adrus D&L Editores S.A.C., 2019) p. 72

- Norma Técnica de salud que establece el listado de enfermedades profesionales, Resolución Ministerial N° 480-2008/MINSA y,
- Norma Técnica de salud N° 220-MINSA/DGIESP-2024, aprobada mediante Resolución Ministerial N° 884-2024/MINSA, que establece el procedimiento de evaluación, calificación y certificación de la incapacidad laboral por accidente de trabajo o enfermedad profesional de los trabajadores asegurados al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR).

Ahora bien, queda claro el contenido del seguro complementario de trabajo de riesgo, dejándose constancia que los efectos de la cobertura de tal seguro no se desplegarán si se tratan de enfermedades comunes. En el marco de las prestaciones económicas, que son las que continúan y frecuentemente se solicitan, por los trabajadores que realizan actividades de riesgo, su otorgamiento dependerá si el trabajador efectivamente padece de las enfermedades ocupacionales que alega y su vínculo con las actividades de riesgo realizadas, y para que se determine ello, será importante los dictámenes médicos que puedan emitir los profesionales competentes, y dentro de esa línea argumentativa las comisiones médicas del MINSA, ESSALUD y las EPS, conforme a los sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, sin dejar de lado los dictámenes que pueda emitir el Instituto Nacional de Rehabilitación (INR) o una pericia de oficio, en procesos arbitrales.

VII. DE LAS EVALUACIONES POR LAS COMISIONES MÉDICAS DEL MINSA, ESSALUD Y LAS EPS

Es importante resaltar que los certificados emitidos por las comisiones médicas del MINSA; ESSALUD y las EPS, son aquellos a los que hace referencia el Tribunal Constitucional en los procesos de amparo para sustentar el padecimiento de las enfermedades de carácter profesional. Es importante tener en consideración que bajo los procesos de amparo no existe una etapa probatoria en estricto, pues de lo que se trata es que se verifique y constate la afectación o amenaza directa a un derecho fundamental, por lo que los Certificados Médicos emitidos por las Comisiones Médicas constituyen una prueba gravitante para sustentar el estado de salud de un trabajador frente a una enfermedad de carácter profesional.

El origen de dicha regla, se encuentra en el precedente vinculante establecido en el expediente 02513-2007-PA/TC, que estableció que en los procesos de amparo en los cuales se encuentre pendiente la calificación de la demanda de amparo, o que este se encuentre en trámite y se refieran a pensiones de invalidez conforme a la Ley N° 26790 y al Decreto Supremo N° 003-98-SA, se le debe conceder al demandante un plazo de sesenta (60) días hábiles para que presente en calidad de pericia, el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas Evaluadoras de Incapacidades de Essalud, del MINSA, y/o de las EPS.

Los certificados médicos otorgados por las comisiones médicas brindan una información de carácter técnico y científica sobre el estado real de salud de un trabajador, informando o ilustrando sobre si aquel padece de una enfermedad profesional, así como su grado de menoscabo. Tales certificados médicos se emiten de acuerdo a determinados protocolos o procedimientos de carácter técnico, como por ejemplo como en su momento lo fue el documento técnico denominado "Evaluación y Calificación de la Invalidez por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales", aprobado mediante Resolución Ministerial N° 069-2011/MINSA, derogado por la recientemente promulgada norma técnica de salud N° 220-MINSA/DGIESP-2024, aprobada mediante Resolución Ministerial N° 884-2024/MINSA, que establece el procedimiento de evaluación, calificación y certificación de la incapacidad laboral por accidente de trabajo o enfermedad profesional de los trabajadores asegurados al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.

Habiendo expuesto, la razón y justificación de la importancia de los certificados emitidos por las Comisiones Médicas Evaluadoras de Incapacidades de Essalud, del MINSA, y/o de las EPS, ahora corresponde tratar la problemática en cuanto a su validez y eficacia.

VIII. DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL RESPECTO DE LAS EVALUACIONES POR LAS COMISIONES MÉDICAS DEL MINSA, ESSALUD, EN EL MARCO DE SEGURO COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO

El precedente vinculante establecido en el expediente 02513-2007-PA/TC estableció una línea jurisprudencial a seguir para los órganos jurisdiccionales que atendieran procesos arbitrales de SCTR, así como también brindar elementos ilustrativos para los árbitros que atendieran procesos arbitrales en materia de seguro complementario de trabajo de riesgo al orientar y delimitar una prueba importante que sustenta el padecimiento de una enfermedad de carácter profesional. Dicho precedente vinculante fue emitido el 13 de octubre de 2008, correspondiendo que al emitir una decisión de dicha naturaleza los miembros del Tribunal Constitucional de ese entonces considerarían que los establecimientos del MINSA o ESSALUD se encontrarían en la capacidad de ofrecer un servicio que contara con toda la logística o soporte material y humano para considerarlos como suficientes para cumplir con los estándares que dichas evaluaciones médicas requerirían.

Sin embargo, el escenario fue otro pues después de aproximadamente 10 años, el Tribunal Constitucional emitió la sentencia recaída en el expediente 00799-2014-PA/TC, que entre otros puntos expuso la omisión del Estado peruano de proporcionar toda la logística y apoyo material y humano que requerían los establecimientos de salud para cumplir con adecuados estándares de atención para que los trabajadores puedan en primer lugar evaluarse en establecimientos de salud debidamente acreditados para ello, y por profesionales debidamente legitimados para llevar a cabo dicha evaluación, y determinar si padecen de alguna enfermedad profesional.

La sentencia emitida en el expediente 0799-2014-PA/TC expuso una situación anómala y negativa debido a que respecto a las comisiones médicas calificadoras de incapacidad de Essalud y del Minsa se formularon diversas observaciones tales como, “[...] 1) que no están preparadas para diagnosticar enfermedades profesionales, sino únicamente enfermedades comunes y accidentes, 2) que la mayoría de hospitales nacionales cuenta solamente con equipos antiguos o defectuosos que no garantizan un diagnóstico fiable, 3) que las comisiones médicas no cuentan con la autorización de la Organización Internacional de Trabajo -OIT; tampoco con neumólogos ni lectores de placas de rayos x capacitados por la Organización Internacional del Trabajo -OIT, 4) que las comisiones médicas no siguen el protocolo de la Organización Internacional del Trabajo -OIT para el diagnóstico de la neumoconiosis; entre otras observaciones.”³¹

Para el Tribunal Constitucional dicha situación representó un escenario de vulneración frente a cierto sector de la población que no encontraría en los establecimientos de salud pública del Estado un servicio adecuado o idóneo para determinar un diagnóstico preciso, señalando que “[...] estos cuestionamientos tienen relación con presuntas deficiencias en el sistema público de salud, que no pueden atribuirse o perjudicar a los asegurados que padecen de enfermedades profesionales, quienes acuden a un centro de salud público que cuenta con comisiones médicas calificadoras de incapacidad con el convencimiento que esas emitieran un informe médico que será válido para acreditar su estado de salud, no siendo razonable pretender que el asegurado

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0799-2014-PA/TC, 5 de diciembre de 2008.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00799-2014-AA.pdf>

indague previamente si la comisión médica cuenta con autorización oficial, con el equipamiento médico adecuado y con los profesionales médicos especializados.”³²

Esta situación representó para el Tribunal Constitucional un Estado de Cosas Inconstitucional. Es importante señalar que en el marco de una conceptualización de un Estado de Cosas Inconstitucional, la Corte Constitucional de Colombia identificó la misma de acuerdo a los siguientes factores:

La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante y; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial³³.

Todos estos factores coinciden plenamente con lo sucedido en el Perú, pues los establecimientos de salud públicos no contaban con la logística material y humana para atender las solicitudes de una colectividad de trabajadores que buscaban, en el marco del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, una evaluación médica que contara o gozara de todos los elementos que pudieran legitimarlo como válido y eficaz; ocurriendo en su lugar lo contrario, pues estos eran observados de acuerdo a determinadas irregularidades procedimentales, demostrándose así la carencia de nuestro sistema público de salud.

Es más, expuesta dicha situación, el Tribunal Constitucional del Perú indicó en la sentencia 0799-2014-PA/TC, que de acuerdo a lo informado por el MINSA, en el marco de sus funciones y competencias, únicamente el Instituto Nacional de Rehabilitación – INR, era la única entidad facultada para calificar incapacidades por enfermedad profesional, mientras que ESSALUD informó que había autorizado la conformación de Comisiones médicas calificadoras de incapacidad por enfermedad profesional en los Hospitales “Edgardo Rebagliati Martins”, y “Guillermo Almenara Irigoyen”. Cabe detallar que dichos establecimientos médicos se encuentran en la ciudad de Lima. Es decir, que si un ciudadano, solicitara una evaluación médica para determinar si padece de alguna enfermedad profesional para la obtención de una prestación económica, tendría que desplazarse hasta la ciudad de Lima para hacerlo.

Dicha situación no hace más que constatar la falta de atención de las autoridades competentes para proporcionar los medios necesarios y suficientes a los establecimientos médicos de salud

³² Idem

³³ Defensoría del Pueblo, El estado de cosas inconstitucional en el Perú: Análisis del proceso de Implementación 2004-2023.

<https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2023/08/Informe-Defensorial-N-002-2023-DPAAC.pdf>

que se hallan en las regiones para dotarlos de todas las capacidades con la finalidad de brindar una atención idónea y correcta que responda a las necesidades de cierto segmento de la población que busca conocer el estado real de su salud, frente a una posible contingencia como una enfermedad de carácter profesional. Dicho escenario para lamentación de cierto sector de nuestra población solo continuó en el tiempo, pues mediante sentencia emitida en el expediente 05134-2022-PA/TC, del 6 de junio de 2023, el Tribunal Constitucional volvió a reiterar el Estado de Cosas Inconstitucional, pues “[...] dicha conducta omisiva del Estado no ha sido subsanada hasta la fecha, pese a que uno de los requisitos indispensables para acceder a la pensión de invalidez por enfermedad profesional es precisamente acreditarla con certificados médicos expedidos por comisiones médicas evaluadoras de incapacidad profesional. De este modo, se vulnera de manera sistemática la dimensión objetiva del derecho a la pensión, por una conducta omisiva a nivel estructural, en todos los sectores del Estado y a nivel nacional, de adoptar medidas que permitan la eficacia plena del derecho a la pensión de los asegurados que padecen graves enfermedades profesionales”³⁴

La carencia expuesta por el Tribunal Constitucional no hace más que evidenciar la desprotección en la que se haya cierto segmento de la población peruana, ya que es fácil concluir la imposibilidad o dificultad en el Perú de obtener un diagnóstico válido y eficaz por enfermedad profesional en un establecimiento público de salud. Si en concreto no se cuenta con establecimientos médicos de salud públicos capaces de brindar una atención y/o evaluación médica idónea que pueda sustentar un diagnóstico por enfermedad profesional, entonces es posible afirmar que, durante mucho tiempo, sin perjuicio de que actualmente también lo sea, dicha situación acarrió que el servicio médico para la obtención de un certificado por enfermedad profesional en un establecimiento público de salud, no contara con los elementos esenciales del mismo tales como la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, y la calidad, afectándose o vulnerándose los derechos fundamentales a la salud y pensión, siendo responsable de dicha afectación el Estado al no actuar de forma positiva para el logro de las medidas legislativas y presupuestales para garantizar la eficacia de tales derechos.

Dentro del marco procesal, la dificultad en la obtención de una evaluación médica idónea para sustentar una enfermedad profesional lo que provoca es la prolongación en el tiempo de la obtención de un medio de prueba importante, generándose que se invierta mayor tiempo y recursos en la obtención del mismo, pues si los establecimientos médicos de salud no se encuentran en capacidad de atender dichas solicitudes de evaluación al no contar con las comisiones o con los equipos médicos adecuados, los trabajadores no tendrán otra alternativa que recurrir a establecimientos privados para la obtención de un diagnóstico que les permita solicitar tutela jurisdiccional. El escenario descrito, ya sea en un proceso de amparo o arbitral, lo único que provocará es la prolongación en el tiempo de un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, lo que generará una insatisfacción al trabajador al no obtener una prestación económica que le permita vivir bajo estándares de vida digna, imposibilitado de acceder a tratamientos que le permitan la recuperación o restablecimiento de su salud.

Sin embargo, no todo es oscuridad, pues mediante la dación de la Norma Técnica de salud N° 220-MINSA/DGIESP-2024, aprobada mediante Resolución Ministerial N° 884-2024/MINSA, se da un paso hacia delante como medida legislativa para que el procedimiento de evaluación, calificación y certificación de la incapacidad laboral por accidente de trabajo o enfermedad profesional sea de obligatorio cumplimiento en los establecimientos de salud del Ministerio de Salud, de los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales, del Seguro Social de Salud – ESSALUD, de las sanidades de las Fuerzas Armadas y la Sanidad de la Policía Nacional del Perú, así como de los establecimientos de salud de las entidades Prestadoras de Salud privadas. Si bien dicho

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 05134-2022-PA/TC, 6 de junio de 2023.
<https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/05134-2022-aa-313-2023>

instrumento será aplicable a establecimientos con determinado nivel de categorización, consideramos que en vista que dicha norma técnica será de obligatorio cumplimiento a nivel nacional, no podría haber en principio excusa alguna para la conformación de las comisiones médicas a nivel regional, garantizando a dicho nivel la atención de la población que así lo requiera y necesite, siendo responsabilidad de los funcionarios competentes la aplicación de dicho dispositivo normativo.

IX. ARBITRAJE Y SEGURO COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO

Conforme habíamos expuesto en la introducción del presente artículo, si bien el arbitraje tiene actualmente un desarrollo vertiginoso en el Perú reservado para las Contrataciones con el Estado, ello no oculta que dicho mecanismo de solución de controversias haya sido aplicable también a otras materias controvertidas como sucede en controversias en materia de Salud. Uno de ellos es la materia referida al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, el cual de acuerdo a la Ley 26790, Ley de Modernización en Salud, su objeto es otorgar a los trabajadores las prestaciones económicas o de salud, como consecuencia de haber contraído enfermedades profesionales o de sufrir un accidente de trabajo debido a las actividades laborales de riesgo. Son estas actividades laborales de riesgo las cuales desencadenan y legitiman por norma que las empleadoras contraten, de forma obligatoria, dicho seguro. Para los efectos de la prestación económica, la empleadora podrá contratar el seguro ante la Compañía de Seguros Privada o ante la Oficina de Normalización Previsional – ONP, y en caso de las prestaciones de salud, estas se contratan con una Entidad Prestadora de Salud - EPS o ESSALUD.

Si bien el supuesto de hecho es claro en la Ley 26790, es claro también que para efectos de que se otorguen las prestaciones económicas o de salud, se requiere de una disposición legal que clarifique y determine el procedimiento a seguir para solicitar las prestaciones económicas o de salud, recayendo dicha tarea en el Decreto Supremo N° 003-98-SA. Si bien en el orden expositivo hemos traído a colación que dichas prestaciones económicas o de salud son o surgen como carácter del derecho a la Seguridad Social, y este es considerada como un derecho fundamental, es importante señalar que en un arbitraje “[...] en tanto el contenido de dichos conflictos no se refieran al reconocimiento o discusión en sí de un derecho fundamental, sino a la probanza de hechos o requisitos fácticos para acceder al mismo, razón por la cual no entran en contradicción con lo dispuesto por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071 – que norma el arbitraje- y el artículo 7 de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación.”³⁵

No vamos a tocar o exponer el tema acerca del propio procedimiento para solicitar el pago de una prestación económica o de salud, como expone el D.S. N° 003-98-SA. No obstante ello, es importante señalar que el objeto de un arbitraje en el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo – SCTR radicará en determinar si la enfermedad alegada por el trabajador es profesional o no, y si esto fuese así, determinar también el grado de incapacidad laboral, y la responsabilidad de la aseguradora que desembolsará la prestación económica, según corresponda conforme a las pruebas aportadas. Es sobre dicho extremo en que ingresamos a la complejidad de los procesos arbitrales en SCTR, pues para efectos de determinar si un trabajador se encuentra bajo una enfermedad profesional, es importante atender a los medios probatorios que puedan aportar las partes para sustentar si efectivamente tiene las enfermedades que alega padecer.

En vista que la actividad probatoria radicará en determinar si la enfermedad es de carácter profesional, corresponderá analizar, en primer lugar, si la actividad realizada es de carácter de riesgo. Para efectos de dicho análisis, corresponderá tener en cuenta la información laboral que

³⁵ Javier Paitan, “El Arbitraje como herramienta de paz social: El Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo y el Arbitraje”, en *Arbitraje en Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo*, Dir. Frank García Ascencios (Lima: Adrus D&L Editores S.A.C., 2019) p. 26

pueda proporcionar la empresa empleadora. Tales como el certificado o constancia de trabajo, el informe de equipos de protección personal (EPP) que debe usar el trabajador y el informe de equipos de identificación de peligros, evaluación y control de riesgo (IPERC). Sobre el uso de EPP y el Informe IPERC, informarán sobre la naturaleza de la actividad y a qué riesgos estuvo expuesto el trabajador durante su relación o vínculo laboral. Estos documentos coadyuvarán a determinar el denominado nexo de causalidad entre la actividad laboral de riesgo realizada y la enfermedad profesional adquirida o el accidente de trabajo.

Sin perjuicio de que dichos documentos arrojan información importante para conocer las condiciones laborales del trabajador, es importe también conocer el real estado de salud del trabajador, para lo cual resultarán importantes los dictámenes médicos, o pericias que se ordenen, los que deberán ajustarse para efectos de determinar si se trata de una enfermedad profesional o accidente de trabajo como producto de las actividades realizadas, que se ajuste a los documentos o normas técnicas de evaluación o calificación emitidas por el Ministerio de Salud, que establecen los procedimientos o parámetros a seguir para la evaluación o calificación de las enfermedades profesionales. Sobre dichos dictámenes médicos, que incluso puede alcanzar a las pericias médicas ofrecidas, ha existido gran controversia a efectos que determinen si se trata de una enfermedad profesional.

Por ejemplo, el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en materia de amparo sobre SCTR (Expediente N° 05134-2022-PA/TC), señaló que los certificados o dictámenes emitidos por el MINSA o ESSALUD, son documentos públicos que están dotados de fe pública, por tanto, los informes médicos emitidos por comisiones médicas calificadoras de incapacidad del Ministerio de Salud o MINSA, tienen plena validez probatoria respecto a su salud. Sin embargo, el valor probatorio de dicho documento decaerá “[...] si se presenta alguno de los siguientes supuestos: 1) no cuentan con historia clínica, salvo justificación razonable de su ausencia, 2) que la historia clínica no está debidamente sustentada en exámenes auxiliares con sus respectivos resultados emitidos por especialistas; y 3) que son falsificados o fraudulentos; corresponderá al órgano jurisdiccional solicitar la historia clínica o informes adicionales, cuando en el caso concreto, el informe médico presentado por el demandante no genera convicción en el juzgado por sí solo”.

Dichas reglas surgieron como consecuencia de la carencia de adecuados establecimientos médicos capaces de atender solicitudes de atención o evaluación médica para el SCTR, o de hacerlo, no cumplían con realizar los procedimientos médicos adecuados. Desde un punto de vista en el marco de la defensa de un derecho fundamental como el de la salud, este último se privaría de un ejercicio adecuado, pues se advierte o verifica la postergación en el tiempo de dicho derecho por falta de diligencia del Estado en no proporcionar los medios adecuados para dar sostenibilidad a los servicios médicos de acuerdo a estándares establecidos por norma; y desde el punto de vista procesal, los dictámenes que se emitan por establecimientos médicos que adolezcan de dichas carencia no serían los más idóneos para sustentar una enfermedad profesional, lo que prolongaría la etapa probatoria de un proceso arbitral, en caso ese se haya iniciado a través de un arbitraje, y generando como consecuencia negativa que exista también prolongación en el pronunciamiento de fondo de la controversia.

Es más, un certificado médico incorrecto incluso puede arrojar un determinado margen de error que provocaría que un diagnóstico sea impreciso o equívoco, lo que conllevaría a que el pronunciamiento de fondo en un arbitraje o proceso de amparo se vea contaminado por falencias ajenas a ellos, atribuible solo a falta o carencias en los establecimientos médicos. Es por ello, tal y como se expuso previamente que la Norma Técnica de Salud N° 220-MINSA/DGIESP-2024, aprobada mediante Resolución Ministerial N° 884-2024/MINSA resulta un instrumento al que se le debe necesariamente prestar atención pues es de obligatorio cumplimiento para aquellos establecimientos médicos de salud en los que se habilite la evaluación y calificación de enfermedades profesionales a nivel nacional. Ello resulta una gran ventaja, pues a nivel de procesos, facilitará un diagnóstico veraz lo que coadyuvará a la producción de un medio

probatorio en el que el juzgador, sea un árbitro o juez, deberá atender y valorar en la debida oportunidad procesal.

IX. CONCLUSIONES

El Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo es un producto de la seguridad social, destinada para que las contingencias que surjan como producto de una enfermedad profesional o accidente de trabajo puedan ser atendidas o corregidas mediante las prestaciones económicas o de salud que resultaran aplicables en atención a las enfermedades profesionales o accidentes de trabajo que los trabajadores padecieran como producto de actividades de riesgo laborales. Estas prestaciones económicas o de salud constituyen una expresión del derecho a la seguridad social como derecho fundamental consagrado en la Constitución, considerado este como un derecho de segunda generación, de carácter programático, lo que implicará que el Estado realice las acciones positivas tales como la habilitación legal y/o presupuestaria que garantice su ejercicio y vigencia. Para efectos de que las prestaciones económicas o de salud sean viables se requiere que los establecimientos médicos de salud públicos se encuentren habilitados y en capacidad para cumplir con las evaluaciones y calificaciones que arrojen diagnósticos correctos y veraces de acuerdo a los procedimientos y protocolos vigentes. Sin embargo, ello no podrá cumplirse si el Estado, en el marco del derecho fundamental a la salud, no garantiza o cumple con poner a disposición de la población, los establecimientos médicos de salud públicos legitimados para llevar a cabo las evaluaciones médicas para determinar los diagnósticos por enfermedad profesional. Es esa situación a la que se ve sometida cierto segmento de la población que, al verse impedido de saber su estado real de salud, respecto de una enfermedad profesional por no existir establecimientos de salud a su alcance, ven postergado o afectado su derecho a la salud, lo que constituye de por sí un impacto negativo. Ello no solo constituye una afectación a un derecho fundamental a la salud y la seguridad social, sino también que en caso de surgimiento de controversias, la sustentación probatoria se verá afectada por la dificultad en la obtención de un medio probatorio idóneo que pueda sustentar el padecimiento de una enfermedad profesional, lo que hace que no solo el derecho a la salud se vea postergado, sino que un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia se vea prolongado en el tiempo.

En razón a ello, el Estado no puede excusarse en la naturaleza programática del derecho a la salud y el derecho a la seguridad social, pues de lo que se trata buscar con ambos es el logro de adecuados estándares de vida para la población en general. Es por ello, que en el marco de controversias sobre el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, la promulgación de la Norma Técnica de Salud N° 220-MINSA/DGIESP-2024, aprobada mediante Resolución Ministerial N° 884-2024/MINSA, responde a esa necesidad del Estado con la expectativa de la población a una atención debida y derecho a una evaluación y calificación médica que permita evidenciar si se está ante una enfermedad profesional o accidente de trabajo, lo que coadyuvará incluso a que controversias sobre dicha materia sean mas céleres y eficaces.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez, Jose. "El origen y desarrollo de la Seguridad Social: Una perspectiva materialista". <https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/279/441> (consultado el 10 de julio de 2025).
- García, Frank. Reflexiones y experiencias en el arbitraje en seguro complementario de trabajo de riesgo. en *Arbitraje en Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo*, Dir. Frank García Ascencios (Lima: Adrus D&L Editores S.A.C., 2019) p. 29 – 66.
- Gonzales, Cesar, y Javier Paitan. El Derecho a la Seguridad Social. Colección lo Esencial del Derecho. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2017.

- Gonzales, Hunt. "La Seguridad Social en la Constitución Política del Perú." <https://www.eje.pe/wps/wcm/connect/e025c10046e12d329ea69f44013c2be7/La+seguridad+social+en+la+constituci%C3%B3n+pol%C3%ADtica+del+Per%C3%BA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e025c10046e12d329ea69f44013c2be7> (consultado el 10 de julio de 2025).
<https://www.sptdss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem15-175-192.pdf> (Consultado el 10 de julio de 2025).
- Landa, Cesar. "Constitucionalización del derecho fundamental a la Salud", Derecho y Medicina. Una perspectiva legal sobre la salud (2021): 18 – 28.
- Ospina, Estela. "Una mirada crítica al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo", Laborem N° 15 (2015): 175-192.
- Paitan, Javier. El Arbitraje como herramienta de paz social: El Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo y el Arbitraje, en *Arbitraje en Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo*, Dir. Frank García Ascencios (Lima: Adrus D&L Editores S.A.C., 2019) p. 15-27
- Palacio, Jorge. "Derecho a la Seguridad Social en Salud. Hacia un nuevo sistema de protección social que garantice el goce efectivo y pleno del derecho a la salud dentro de un marco financiero sostenible". Corte Constitucional de Colombia. <https://es.scribd.com/document/498357934/DERECHO-A-LA-SALUD-PONENCIA-MG-DR-JORGE-IVAN-PALACIO-PALACIO-Corte-Constitucional> (consultado el 10 de julio de 2025)
- Piedra, Jose. 2019. Enfermedades Profesionales y Accidentes de Trabajo en el Perú. En *Arbitraje en Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo*, Dir. Frank García Ascencios, 67-78. Lima: Adrus D&L Editores S.A.C.
- Puritano, Cesar, "El derecho Universal y progresivo a la Seguridad Social", En *La Constitución Comentada*, Tomo I. Análisis Artículo por Artículo, con artículo de Walter Gutiérrez Camacho, Carlos Fernández Sessarego, Juan Manuel Sosa Sacio, y otros 588 – 590, Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2013
- SUNAFIL – Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, ¿Sabes que es el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo y en qué casos es obligatorio? Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. <https://www.gob.pe/institucion/sunafil/noticias/1052482-sabes-que-es-el-seguro-complementario-de-trabajo-de-riesgo-y-en-que-casos-es-obligatorio/> (consultado el 10 de julio de 2025)
- Tribunal Constitucional. Sentencia N° 05134-2022-PA/TC, 6 de junio de 2023. <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/05134-2022-aa-313-2023> (Consultado el 10 de julio de 2025).
- Tribunal Constitucional. Sentencia N° 0799-2014-PA/TC, 5 de diciembre de 2008. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00799-2014-AA.pdf> (Consultado el 10 de julio de 2025).
- Tribunal Constitucional. Sentencia N° 10063-2006-PA/TC, 8 de noviembre de 2007. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10063-2006-AA.pdf> (consultado el 10 de julio de 2025)

APROXIMACIONES SOBRE EL GREENWASHING: EXPERIENCIAS EN PERÚ, RETOS Y PERSPECTIVAS

Autores:

Andrés Dulanto Tello

José Miguel Pajuelo Córdova



APROXIMACIONES SOBRE EL GREENWASHING: EXPERIENCIAS EN PERÚ, RETOS Y PERSPECTIVAS

APPROACHES TO GREENWASHING: EXPERIENCES IN PERU, CHALLENGES, AND PERSPECTIVES

Andrés Dulanto Tello¹
José Miguel Pajuelo Córdova²

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Surgimiento y conceptualización del Greenwashing
- III. Regulación del Greenwashing en el Perú y a nivel internacional.
- IV. Casos emblemáticos de Greenwashing en el Perú y a nivel internacional
- V. Derecho Comparado: El Greenwashing en Europa y Estados Unidos
- VI. Retos y perspectivas.
- VII. Conclusiones.

Resumen

El presente artículo realiza una aproximación del greenwashing en el Perú, mencionando las definiciones que se le ha dado en la doctrina. Asimismo, analiza la regulación peruana sobre el greenwashing, con especial énfasis en la publicidad, la competencia desleal y la protección al consumidor. Por otro lado, detalla los casos emblemáticos a nivel nacional e internacional. Finalmente, el artículo, identifica los retos que se tiene para evitar casos de greenwashing.

Palabras clave

Competencia desleal/ Greenwashing/ publicidad engañosa/ regulación

¹ Decano de la Facultad de Derecho y Economía de la Universidad Científica del Sur. Profesor a tiempo completo en Pregrado y la Maestría de Derecho Ambiental de la misma casa de estudios. Miembro de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la IUCN. Abogado y magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Correo de contacto: adulanto@cientifica.edu.pe, <https://orcid.org/0000-0003-2582-0905>

² Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Estudiante de la Maestría de Derecho Ambiental de la Universidad Científica del Sur. Con estudios de especialización en Derecho Ambiental, recursos naturales y desarrollo sostenible. Amplia experiencia en la asesoría legal de temas ambientales. Especialista Legal de la Dirección General de Economía y Financiamiento Ambiental del Ministerio del Ambiente. Correos de contacto: josemiguelpajuelo@gmail.com y josepajuelo3005@gmail.com <https://orcid.org/0009-0002-1033-8577>

Abstract

This article provides an overview of greenwashing in Peru, mentioning the definitions given in doctrine. It also analyses Peruvian regulations on greenwashing, with special emphasis on advertising, unfair competition, and consumer protection. On the other hand, it details emblematic cases at the national and international levels. Finally, the article identifies the challenges that exist to avoid cases of greenwashing.

Keywords

Unfair competition/ Greenwashing/ misleading advertising/ regulation.

I. INTRODUCCIÓN

En 1983 el ambientalista Jay Westerveld acuñó por primera vez el término “**greenwashing**”. En un viaje a Samoa, mientras practicaba surf en Fiya, Westerveld se topó con un cartel en un complejo turístico que conminaba a los huéspedes a reusar las toallas porque esta práctica protegía el océano y los arrecifes; sin embargo, el mismo complejo turístico estaba expandiéndose, afectando ecosistemas que decían supuestamente proteger.

Desde aquel reclamo de Westerveld en la década de los 80, la inquietud por el medio ambiente ha dejado de ser un asunto solo de activistas y científicos, transformándose en una cuestión de importancia mundial que afecta políticas públicas, elecciones empresariales y patrones de consumo. El aumento de la conciencia ecológica ha provocado una necesidad de productos y servicios sostenibles, motivando a las compañías a incorporar tácticas “verdes” como un componente de su identidad empresarial y su propuesta de valor.

De acuerdo con Naciones Unidas, la comunicación adecuada sobre la sostenibilidad de los productos tiene una relación directa con el cumplimiento del Objetivo de Desarrollo Sostenible N° 12, que consiste en la producción y consumo responsables³. Al respecto, como parte de las cadenas de producción y venta de productos sostenibles, es necesario que se transmita y comunique verazmente al consumidor qué es lo que hace “verde” a un producto.

No obstante, este fenómeno también ha generado una distorsión peligrosa: numerosas organizaciones, en vez de modificar sus procesos de manera auténtica o disminuir su efecto en el ambiente, han decidido mostrar sostenibilidad a través de la publicidad y tácticas de comunicación engañosas. Al respecto, una de las figuras más empleadas en este tipo de casos es el denominado “Greenwashing”, término que ha sido definido por la National Geographic España como una táctica publicitaria que algunas empresas emplean para presentarse, a sí mismas y a sus productos, como amigables con el medio ambiente, cuando en realidad no lo son.

No ha sido hasta el siglo XXI que países como Estados Unidos, Reino Unido, Australia, Canadá y, bloques como la Unión Europea, han promovido que se persiga específicamente el greenwashing. En esa línea, Estados Unidos ha sido uno de los primeros países del mundo en realizar una supervisión e imponer sanciones relacionados a publicidad engañosa respecto de la biodegradabilidad de productos; en un caso en el 2013 la Comisión Federal de Comercio (FTC por sus siglas en inglés), aplicó una orden de prohibición de uso del atributo de biodegradabilidad.

Más recientemente, un ejemplo de lo mediático e importante del greenwashing es el proceso judicial desarrollado entre las conocidas empresas españolas IBERDROLA vs. REPSOL que se

³ PNUMA. Orientaciones para el suministro de información relativa a la sostenibilidad de los productos (2017). p.10.

realizó en un juzgado mercantil, proceso que no solo presenta un interés comercial y mediático, sino que también atañe a los consumidores, ya que se cuestionaba a la petrolera que podría estar promocionándose como una empresa ambientalmente responsable sin llegar a serlo, afectando el derecho al ambiente sano. Aunque en febrero del presente año 2025, el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Santander desestimó la demanda de Iberdrola, esto no deja de lado la importancia de reconocer la responsabilidad que tienen las empresas en evitar realizar este tipo de prácticas, así como la posibilidad de que se presenten futuros procesos ante afirmaciones publicitarias sobre sostenibilidad o ambiente.

Como se mencionó, el greenwashing no solo erosiona la confianza del público en las iniciativas ecológicas, sino que, además, representa una forma de competencia desleal hacia aquellas empresas que sí invierten de manera real en sostenibilidad. Adicionalmente, dificulta el progreso hacia una economía más ecológica, al provocar desorientación acerca de qué productos o servicios son verdaderamente responsables desde el punto de vista ecológico.

Por ello, el presente artículo tiene como objetivo profundizar en la figura del greenwashing, comenzando por analizar sus orígenes y definiendo claramente qué se entiende por dicha práctica. Asimismo, se estudiará el marco jurídico en el escenario peruano, considerando las normas de represión de la competencia desleal, así como las normas de protección al consumidor y la reciente Guía de Publicidad Ambiental del INDECOPI. Para poder comprender la aplicación del concepto se estudiarán casos representativos que demuestran la importancia de la prevención del greenwashing en el Perú. Finalmente, se tratarán los desafíos y visiones clave para luchar contra esta práctica y promover una cultura de transparencia y responsabilidad ecológica en el mercado.

II. SURGIMIENTO Y CONCEPTUALIZACIÓN DEL GREENWASHING

2.1. Surgimiento del Greenwashing: primeros casos y evolución del fenómeno

Diversas fuentes coinciden que el primer caso conocido extensamente de greenwashing a través de una denuncia mediática fue el del ambientalista Jay Westerveld. Mientras practicaba surf en Fiya en 1983, Westerveld se topó con un cartel en un complejo turístico que animaba a los visitantes a reutilizar las toallas para proteger el medio ambiente. Sin embargo, existía una contradicción: el mismo complejo turístico se estaba ampliando, arrasando grandes áreas del entorno natural para crear espacio para la empresa. Tomando nota, Westerveld recordó su revelación de tres años antes, en 1986, cuando escribió un ensayo para una revista sobre las prácticas medioambientales engañosas en los medios de comunicación utilizando la frase “el greenwashing es donde todo sale a la luz”⁴.

En la década de los 80 la campaña “People Do” se convirtió en uno de los primeros grandes referentes del greenwashing a nivel mundial. Para convencer al público de sus credenciales medioambientales, la petrolera Chevron encargó una serie de costosos anuncios impresos y televisivos a mediados de la década de 1980. El anuncio, titulado «People Do» (La gente lo hace), mostraba a empleados de Chevron defendiendo tortugas marinas, osos, mariposas y otras adorables criaturas. Los anuncios tuvieron tanto éxito que fueron galardonados con un premio Effie en 1990 y posteriormente se utilizaron como caso de estudio en la Harvard Business School⁵.

⁴ Francesca Macesar. *The History of Greenwashing* (2025). Recuperado de: <https://thesustainableagency.com/blog/the-history-of-greenwashing/>.

⁵ THE GUARDIAN. *The troubling evolution of corporate greenwashing* (2016). Recuperado de: <https://www.theguardian.com/sustainable-business/2016/aug/20/greenwashing-environmentalism-lies-companies>

También ganaron notoriedad entre los ecologistas, que los calificaron como el epítome del greenwashing, la práctica empresarial de fabricar afirmaciones de sostenibilidad para ocultar un historial medioambiental dudoso. Según el activista medioambiental Joshua Karliner, la reserva de mariposas de Chevron cuesta 5000 dólares al año, mientras que los anuncios para promocionarla cuestan millones de dólares. El deficiente historial medioambiental de Chevron también fue ignorado por la campaña People Do, ya que la empresa infringió la Ley de Agua Limpia, la Ley de Aire Limpio y la Ley de Agua Limpia al verter petróleo en refugios de vida silvestre⁶.

En los años posteriores siguieron ocurriendo casos, sin embargo, no es hasta el siglo XXI que se encuentran los primeros casos de greenwashing sancionados por una autoridad nacional de competencia. Luego de publicar las "Voluntary guidelines for environmental marketing claims", la Federal Trade Commission, autoridad de competencia de Estados Unidos, comenzó en el 2013 a aplicar sanciones a compañías por publicidad falsa o engañosa. El primer caso fue contra las compañías ECM Biofilms, American Plastic Manufacturing, CHAMP, Clear Choice Housewares, y Carnie Cap, las cuales habían mostrado de manera inexacta el atributo de biodegradabilidad de sus biofilms tratados con aditivos⁷. La sanción que aplicó la FTC es prohibir que no podrían presentar anuncios o etiquetas con el atributo de biodegradabilidad hasta que lo pudieran probar y en un caso una de las compañías aceptó pagar 450,000 dólares de multa.

En Europa, en años más recientes la preocupación por el greenwashing se ha abordado desde la regulación, pero también desde la perspectiva disuasoria. En Italia, la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato publicó la Orden 28060, de 20 de diciembre de 2019, la cual establecía que las afirmaciones medioambientales «deben informar de los beneficios medioambientales del producto de manera oportuna e inequívoca, ser científicamente verificables y, por último, deben comunicarse de manera correcta», afirmando que «una afirmación medioambiental correcta debe transmitir información que esté adecuadamente documentada, sea científicamente «verificable» y se limite a aspectos específicos verificables en clave comparativa con respecto a productos homogéneos».

En un caso muy conocido relacionado específicamente con la industria textil, Italia también cuenta con la primera sentencia de un juez ordinario sobre el tema del greenwashing. Alcantara S.p.A. presentó un recurso urgente contra Miko S.r.l. en noviembre de 2021, y el Tribunal de Gorizia lo estimó con una orden cautelar. El tribunal ordenó a Miko que detuviera su campaña publicitaria para el lanzamiento del producto «Dinamica» porque violaba el principio de competencia leal al realizar afirmaciones medioambientales genéricas y engañosas. El texto de la orden se publicó en el sitio web de Miko s.r.l. durante 60 días, y numerosos medios de comunicación y publicaciones nacionales e internacionales lo recogieron, lo que dañó gravemente la reputación de la empresa⁸.

A nivel de la Unión Europea, la Directiva 2005/29/CE sobre Prácticas Comerciales Desleales ha sido la base para que durante los primeros años del siglo XXI, los países formulen normas nacionales o guías sobre la publicidad ambiental y las consecuencias del greenwashing. Ejemplos de esto es el Código del Consumidor francés, reformado por la Ley de Clima y

⁶ Ibidem.

⁷ SUSTAINABLE BRANDS. FTC Cracking Down on Misleading, Unsubstantiated Biodegradability Claims (2013). Recuperado de: https://web.archive.org/web/20181116014144/https://www.sustainablebrands.com/news_and_views/communications/jennifer-elks/ftc-cracking-down-misleading-unsubstantiated-biodegradab

⁸ CIKIS STUDIO. Green claims and greenwashing: a blurred boundary. Recuperado de: https://www.cikis.studio/en/article/green-claims-and-greenwashing-a-blurred-boundary?utm_source=chatgpt.com

Resiliencia de 2022, que estipula que quienes cometan la práctica del greenwashing serán pasibles de hasta 2 años de prisión y una multa de hasta 300,000 euros.

Recientemente, la Unión Europea ha adoptado la Directiva sobre Alegaciones Ecológicas, que tiene por objeto abordar el greenwashing y ayudar a los consumidores a tomar decisiones ecológicas en el proceso de compra de un producto o servicio. Dicha norma establece normas específicas para alegaciones ambientales específicas y las etiquetas medioambientales. Respecto de las primeras establece criterios claros y pruebas científicas, con un procedimiento de verificación previa por terceros independientes. En lo que respecta a las etiquetas, se reconoce la importancia del etiquetado público nacional o regional existente, sin dejar de lado nuevos sistemas; los sistemas de etiquetado ecológico de tipo 1 conforme a la norma EN ISO 14024 estarán exentos de verificación si están reconocidos oficialmente en un Estado miembro y cumplen las nuevas normas⁹.

2.2 Concepto jurídico de Greenwashing

El concepto de greenwashing puede ser analizado desde diversas disciplinas. De acuerdo con Sneideriene y Legenzova, este concepto se ha analizado desde la perspectiva de la gestión, el marketing, la comunicación, el rendimiento de la empresa, la rendición de cuentas y las finanzas sostenibles, así como desde un punto de vista estratégico. Las definiciones tienen en común que el fenómeno del greenwashing ocurre cuando hay una falta de conexión entre la comunicación corporativa que realiza la empresa y su desempeño en materia ambiental.

Lyon y Maxwell definen el greenwashing como la “divulgación selectiva de información positiva sobre el desempeño ambiental o social de una empresa sin revelar toda la información negativa sobre estos aspectos, con el fin de crear una imagen corporativa excesivamente positiva” (2022, p. 9). En esta definición los autores ponen de relieve el elemento de engaño, que consistiría en el ocultamiento de información negativa, con el objetivo de construir reputación positiva en cuanto a los estándares ambientales que aplica la compañía.

Pese a que existen definiciones claras como las de Lyon y Maxwell, las múltiples formas en que se presenta el greenwashing en la realidad han dificultado la articulación en una definición única e indiscutible. Además, surgen muchas dificultades metodológicas cuando los académicos intentan medir el greenwashing, lo que ha complicado la comparabilidad y la coherencia de los resultados¹⁰.

A nivel internacional, el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente indica que el término “greenwashing” proviene del “whitewashing”, lo que implica blanquear o encubrir, en referencia a los intentos de engaño a los consumidores sobre productos que se presentan como inofensivos para el ambiente, sin embargo, realmente constituyen un potencial daño. Podría consistir en una exageración o distorsión de un rendimiento ambiental superior, o una declaración que no se puede corroborar, o es insignificante o simplemente incorrecta.

Desde entidades estatales a nivel mundial también se ha tratado de definir el concepto, en la mayoría de casos no a nivel de normas, sino de documentos o guías relacionados a las leyes de represión de competencia desleal o de protección al consumidor.

⁹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Directiva sobre Alegaciones Ecológicas: el Consejo se dispone a iniciar las conversaciones con el Parlamento Europeo (2024). Recuperado de: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2024/06/17/green-claims-directive-council-ready-to-start-talks-with-the-european-parliament/>

¹⁰ Bernini, F. , Giuliani, M. y La Rosa, F. Measuring greenwashing: A systematic methodological literature review. *Business Ethics, the Environment & Responsibility*, 33, (2024), 649.

En el Perú, INDECOPI a través de su Guía de Publicidad Ambiental, también planteó una definición: "Práctica publicitaria que consiste en un intento de engañar a los consumidores al promocionar que determinados productos o servicios tendrían un impacto positivo o serían inocuos o, más inocuos para el ambiente de lo que realmente son. Puede tratarse de una exageración o tergiversación de un mejor desempeño ambiental, o una afirmación que no puede verificarse o es irrelevante o simplemente falsa."

III. REGULACIÓN DE GREENWASHING EN EL PERÚ Y A NIVEL INTERNACIONAL

A pesar de que en Perú no existe una ley específica que regule el greenwashing como una figura independiente, este comportamiento puede ser supervisado y penalizado mediante diversos marcos legales ya existentes que persiguen asegurar la veracidad en la publicidad, salvaguardar los derechos de los consumidores y garantizar una competencia equitativa entre las compañías.

El marco legal que regula la actividad publicitaria se encuentra principalmente en dos normas, el Decreto Legislativo N° 1044 "Ley de Represión de la Competencia Desleal" y la Ley N° 29571 "Código de Protección y Defensa del Consumidor", ambas normas establecen que las afirmaciones publicitarias deben ser verdaderas, comprobadas y no inducir a error; en este sentido, cualquier mensaje que atribuya cualidades ambientales a un producto o servicio – cómo ser "ecológico", "sostenible" o "biodegradable" – deben ser debidamente respaldado por evidencia técnica.

De acuerdo a lo que se revisará, el Perú ha decidido seguir el modelo mayoritario en los países: usar sus normas de represión de conductas anticompetitivas y contar con documentos de soft law como la Guía de Publicidad Ambiental, que se centran en brindar recomendaciones para prevenir casos de greenwashing. Sin embargo, es importante tomar en cuenta que existen casos como el de Reino Unido, en el que por la importancia del tema se cuenta con el "Green Claims Code", una norma exclusiva sobre publicidad verde y prevención del greenwashing.

3.1 El Greenwashing como actos de engaño bajo el Decreto Legislativo 1044

En concreto el artículo 8 del D.L. 1044 establece los actos de engaño, los cuales implican la ejecución de acciones que, de manera real o potencial, puedan inducir a otros participantes en el mercado acerca de la naturaleza, método de producción o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en términos generales, sobre las características, ventajas o condiciones vinculadas a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico.

Además de la definición de actos de engaño, el mencionado artículo 8 estipula reglas importantes respecto a la publicidad para que esta no sea considerada engañosa. Respecto a la publicidad testimonial, se establece que esta debe ser fundada en experiencias auténticas y recientes de una persona que las ha vivido (denominada testigo). Si bien este no es un supuesto común en el greenwashing, en tanto no se suele utilizar testigo para explicar por qué un producto es "verde", es una norma a considerar.

Por otra parte, es especialmente importante para la prevención del greenwashing el numeral 8.3 del mencionado artículo que indica que la veracidad y exactitud de afirmaciones objetivas sobre bienes o numeral pretende que se desvíen indebidamente las preferencias de los consumidores "por falsas expectativas que podrían generarse sobre las condiciones del producto o servicio anunciado"¹¹.

¹¹ Indecopi - Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 630-2014/SC1 de fecha 24 de julio de 2024. Recuperado de: <https://vlex.com.pe/vid/637575853>

Un caso relativo al incumplimiento del citado numeral 8.3 es el que se resuelve a través de la Resolución N° 630-2014/SC1 emitida el 24 de julio de 2024. Por medio de dicha resolución, el Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual de INDECOPI validó la Resolución 0738-3013/INDECOPI-LAM, del 13 de diciembre de 2013, declarando a Laboratorio Algas Marinas S.A.C. culpable por la realización de actos fraudulentos. Esto se debe a que se ha comprobado que esa acusada publicó un anuncio de publicidad que incluía la siguiente declaración: "Triple 100% Natural" que incorpora los componentes activos de las algas marinas, caigua y hercampuri. No obstante, la acusada no aportó pruebas que verifiquen la autenticidad de tal declaración.

En esa línea el numeral 8.4 del artículo 8 del D.L. 1044 establece que en la difusión de mensajes referidos a características comprobables de un bien o servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje. Así, se establece que antes de la emisión de una publicidad, una empresa debe contar con medios de prueba que sustenten la veracidad de mensajes que contengan características comprobables. Por ejemplo, la biodegradabilidad de bolsas de plástico debe ser comprobada con pruebas de laboratorio u otros medios, antes de lanzar un anuncio sobre esta característica.

La mencionada disposición se encuentra en estrecha relación con el principio de veracidad y sustentación previa incluido en las Orientaciones para el suministro de información relativa a la sustentabilidad de productos de la ONU. Ahí, se establece no solo la obligación de que la publicidad se ajuste a los datos verificables con una prueba fundamentada previa, sino que los anunciantes deben asegurar que los métodos y datos utilizados sean actualizados.

También, es importante tomar en cuenta los actos de denigración, estipulados por el numeral 11.1 del artículo 11 del D.L. 1044, los cuales consisten en realizar actos que tengan como efecto, real o potencial, directamente o por implicación, menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de otro u otros agentes económicos. Este artículo tiene potencialmente un impacto en los actos de greenwashing en tanto un actor del mercado puede menoscabar la imagen de otro competidor que no cumpla con determinados estándares ambientales.

Las multas por infringir esta ley pueden ascender hasta las 700 UIT (aproximadamente S/ 3.745.000, considerando la UIT de S/ 5.350 para el año 2025), sin perjuicio de otras medidas correctivas que pueda imponer el INDECOPI.

3.2 El Greenwashing y el Código de Protección y Defensa del Consumidor

Por su parte, el Código de Protección y Defensa del Consumidor - Ley N° 29571, es el principal cuerpo normativo nacional que establece los derechos de los consumidores. En el caso del greenwashing, resulta especialmente pertinente el derecho a recibir información estipulado en el artículo 1.1.B., el cual establece el derecho de los consumidores a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible sobre los productos y servicios que se les ofrecen. El greenwashing viola directamente este derecho al proporcionar información falsa, ambigua o engañosa. El propio Código, establece que este derecho a la información tiene por finalidad proteger a los consumidores debido a la asimetría informativa en la que se encuentra, así, es el proveedor el que está en mejor posición de proporcionar datos relevantes que impidan inducir al error.

En esa misma línea, el artículo 2.1 de la mencionada norma, establece que el proveedor tiene la obligación de proveer información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo. Esto es especialmente importante en fenómenos como el greenwashing, el cual implican que el consumidor toma decisiones basadas en información relevante como la biodegradabilidad. El artículo no pretende establecer que toda información ambiental sea relevante, pero sí hay informaciones relacionadas a la configuración del

producto, sobre todo si existe una normatividad relacionada que establece una obligación para productores (por ejemplo, nuevamente la biodegradabilidad de las bolsas plásticas).

Por otra parte, el artículo 12 del Código establece que la publicidad comercial de productos y servicios se rigen por lo previsto en el Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal. El artículo 13, que establece la finalidad de esta protección contra la publicidad engañosa o falta, indica que se debe evitar actos que induzcan o puedan inducir al error a consumidores sobre el origen, la naturaleza, el modo de fabricación, características, atributos, beneficios sobre los productos, servicios, establecimientos o transacciones. Así, la información sobre los atributos relacionados con el ambiente, resulta una característica que puede inducir al error si es que se presenta información falsa o que engañe al consumidor.

3.3 El Greenwashing y la Guía de Publicidad Ambiental

Además de estas leyes, un aporte importante en esta materia ha sido la publicación de la Guía de Publicidad Ambiental, elaborada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Esta guía define el greenwashing como la práctica publicitaria que consiste en un intento de engañar a los consumidores al promocionar que determinados productos o servicios tendrán un impacto positivo o serían inocuos o más inocuos para el ambiente de lo que realmente son. Puede tratarse de una exageración, una tergiversación del desempeño ambiental, o de formaciones que no pueden verificarse; son irrelevantes o simplemente falsas.

La guía resulta ser un documento valioso para orientar a autoridades, consumidores y empresas sobre cómo identificar y evitar el greenwashing, ofreciendo criterios para diferenciar la publicidad ambiental legítima de aquella que incurre en prácticas engañosas, e insta a las empresas a comunicar con claridad, precisión y responsabilidad sus atributos ecológicos. No obstante, y pese a estos avances normativos y orientativos, aún queda mucho camino por recorrer. El escenario peruano plantea retos significativos, como la ausencia de criterios normativos concretos que definan de forma precisa lo que puede ser visto como "verde" o "sostenible", lo que permite interpretaciones ambiguas o manipulaciones. Además, es imprescindible promover una mayor sensibilización ambiental no solo en las compañías, sino también en los consumidores y en las autoridades responsables de la supervisión.

Como parte de su finalidad orientativa, la guía señala que las sanciones aplicables en base a la Ley de Represión de la Competencia Desleal consisten en la aplicación de multas que podrán ascender hasta las 700 UIT, sin que esta supere el 10% de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución.

Asimismo, de forma adicional a las sanciones que se impongan, la autoridad podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado, siendo algunas de estas medidas:

- a) El cese del acto o la prohibición de este, si todavía no se ha puesto en práctica.
- b) Realización de actividades que mitiguen los efectos negativos generados en el mercado.
- c) El comiso o la destrucción de los productos, etiquetas, envases, material infractor y demás elementos de falsa identificación.
- d) El cierre temporal del establecimiento infractor.
- e) La rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.
- f) La adopción de las medidas necesarias para que las autoridades aduaneras impidan el ingreso al país de los productos materia de infracción, las que deberán ser coordinadas con las autoridades competentes, de acuerdo con la legislación vigente.
- g) La publicación de la resolución condenatoria.

En tal sentido, puede afirmarse que la normativa nacional peruana cuenta con disposiciones orientadas a desincentivar prácticas de greenwashing, pero se requiere regular aspectos adicionales como el rol de algunas entidades públicas. Algunas interrogantes que podrían despejarse en una siguiente actualización de la normativa y de la guía de publicidad verde son: ¿Cuál es el rol del Ministerio del Ambiente (MINAM) en cuanto a la publicidad verde? ¿Pueden los reconocimientos provistos por el MINAM ser utilizados como publicidad ambiental? ¿Debe el MINAM emitir informes técnicos, estándares o certificaciones?

IV. CASOS EMBLEMÁTICOS DE GREENWASHING EN EL PERÚ Y A NIVEL INTERNACIONAL

A continuación, detallaremos algunos de los casos más conocidos y relevantes vinculados con el greenwashing:

a. Caso Sapolio (Intradevco Industrial S.A. - actual Alicorp):

El producto era el Polvo limpiador Sapolio, en cuyo empaque figuraba la publicidad "biodegradables" e "incapaces de contaminar el medio ambiente".

Durante el procedimiento de publicidad engañosa ante INDECOPI, la empresa entregó informes sobre la composición de sus productos, pero no contaba con información que acredite la información de su empaque y campaña publicitaria, es decir, no pudo probar la veracidad de las afirmaciones de su publicidad. Por eso, el INDECOPI determinó la existencia de un engaño, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (CCD) de INDECOPI sancionó a Intradevco Industrial S.A. (antes de ser adquirida por Alicorp) ordenando el cese inmediato de dicha publicidad e impuso a la compañía una sanción de 6 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

La relevancia del caso radica en que es uno de los más emblemáticos de greenwashing en Perú y que concluye con una sanción específica por publicidad ambiental engañosa en materia ambiental (publicidad verde). En la resolución se destaca la importancia del principio de sustanciación previa, que implica que el anunciante debe contar con las pruebas que respalden la veracidad de sus afirmaciones publicitarias con anterioridad de que la publicidad sea difundida.



ENGAFOSO. Sapolio fue sancionado por publicitar que su producto era biodegradable, afirmación que no pudo probar.

Imagen tomada de la resolución de Indecopi.

Créditos: Ojo Público

b. Caso bolsas "biodegradables" o "compostables" de supermercados Cencosud, Supermercados Peruanos e Hipermercados Tottus:

El producto era la Bolsa "biodegradables" o "compostables" de las empresas Cencosud, Supermercados Peruanos e Hipermercados Tottus. Al respecto, la Asociación Mercado Pro Ciudadano presentó denuncias contra estas cadenas de supermercados por la publicidad de sus bolsas plásticas. La denuncia sostenía que no sería posible que dichos productos sean compostables y biodegradables a la vez, toda vez que los productos biodegradables se encontrarían compuestos por un aditivo especial agregado al plástico que permitiría que se degraden de forma acelerada y sin la necesidad de intervención humana; mientras que, para la degradación de los plásticos compostables, sí se necesitaría intervención humana, a través del compostaje doméstico o industrial, siendo necesario un proceso que demoraría una mayor cantidad de tiempo, lo cual sería más perjudicial para la salud de los consumidores y el ambiente.

Con la entrada en vigor de la Ley que regula el Plástico de un solo uso (Ley N° 30884), hubo una proliferación de bolsas que se publicitaron como "biodegradables" o "compostables". Para contar con evidencia técnica, la Comisión formuló consulta al Ministerio del Ambiente, que se pronunció mediante el Oficio N° 00332-2022-MINAM/VMGA/DGRS manifestando que sí es posible que una bolsa de plástico pueda ser denominada como "biodegradable" y, a su vez, como "compostable", dado que estas constituyen dos formas de clasificación diferentes.

Luego de ello, la Comisión requirió a los imputados que proporcionen documentación que acredite la condición de "biodegradable" y "compostable" de las bolsas plásticas, los cuales acreditaron a través de informes de laboratorio, fichas técnicas, certificaciones, certificados de conformidad, validaciones emitidas a favor de los fabricantes, entre otros, de fecha cierta y emitidas por empresas certificadoras acreditadas. En tal sentido, el INDECOPI declaró

infundadas las denuncias porque las empresas pudieron sustentar las características técnicas de los productos que publicitaban.

Si bien el caso no culminó en una sanción por greenwashing, resulta emblemático porque resalta la importancia de contar con la opinión técnica de una entidad especializada (Ministerio del Ambiente) y buscó la acreditación de la veracidad de la publicidad por medio de certificaciones y estudios técnicos.



Créditos: mercadonegro.pe

c. Caso botellas San Luis

El producto eran las botellas San Luis. La publicidad señalaba literalmente que las botellas de San Luis eran "100% reciclables" y "amigables con el medio ambiente". Por ejemplo, mencionaba que "entre más botellas de agua San Luis se compraran, la empresa apoyaría a una ONG (como ANIA) en la creación de áreas verdes", acompañada en muchos casos de botellas verdes o elementos naturales.

Si bien no ha habido una sanción por parte del INDECOPI, la campaña publicitaria tuvo varias críticas por los siguientes aspectos:

1. **Contradicción inherente:** La principal crítica consiste en que la campaña aparentemente buscaría un fin altruista (creación de áreas verdes), pero lo lograría por medio de una actividad dañina para el ambiente (incentivar la generación y consumo de plásticos de un solo uso).
2. **Fomento del hábito de "usar y botar":** Al no ser envases retornables, la campaña fomentaba un modelo de consumo lineal (extraer, producir, usar, desechar) en lugar de modelos amigables con el ambiente, como el modelo de economía circular.
3. **Desviaba la atención del problema principal:** En lugar de abordar cómo San Luis gestionaba sus propios envases al final de su vida útil, se centraba en una acción filantrópica "externa" (financiar áreas verdes) que no mitigaba directamente el impacto de la masiva producción y consumo de sus botellas. Se omitía mencionar los efectos contaminantes asociados al proceso de producción, distribución y disposición del plástico.
4. **Vaguedad en el mensaje publicitario:** No se especificaba qué áreas verdes ayudaría ni sus dimensiones, tampoco el número o nivel de ventas que se requería para lograr el objetivo.

El caso de las botellas San Luis es uno de los más importantes porque demuestra que incluso campañas aparentemente altruistas pueden recibir críticas y cuestionamientos,

debido a las contradicciones inherentes, desviar la atención del problema real o la falta de claridad en su mensaje.

d. Caso botellas Bio Aloe del Grupo AJE

El producto eran las botellas Bio Aloe. La publicidad contenía en las etiquetas de sus botellas el término "Bio", lo que generaba en los consumidores la idea de que el producto es orgánico o tenía un proceso de elaboración orgánica.

La controversia se originó tras una fiscalización iniciada por Indecopi en base a información remitida por el Servicio Nacional de Sanidad Agraria del Perú (Senasa), organismo nacional responsable de certificar productos orgánicos. Según la Resolución N° 006-2025/CCD-Indecopi, la autoridad determinó que el uso destacado del término "bio", en conjunto con colores verdes e imágenes naturales, inducía a error a los consumidores, haciéndoles creer que el producto era orgánico o ecológicamente certificado, cuando en realidad no cumplía con esos requisitos.

La Comisión determinó que se incurrió en un acto de competencia desleal en la modalidad de engaño, tipificado en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044, al inducir a error sobre las características del producto.

La relevancia del caso radica en que es un hecho reciente dado que la sanción se ha emitido en mayo del 2025 y porque se evidencia nuevamente el incumplimiento del principio de sustanciación previa, dado que Aje no contaba con evidencia ni certificaciones que acrediten la característica "Bio" de su producto.



Créditos: LP derecho

e. Caso Dieselgate de Volkswagen

El producto eran los automóviles de la marca Volkswagen. En septiembre de 2015, la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos (EPA) reveló que Volkswagen había instalado "dispositivos de desactivación" (defeat devices) en millones de sus vehículos diésel vendidos en Estados Unidos. Los dispositivos contenían un software instalado que detectaba cuando se hacía mediciones de prueba oficiales y activaba un modo de funcionamiento que reducía drásticamente las emisiones de óxidos de nitrógeno (NOx), pues en situaciones normales emitían hasta 40 veces más NOx de lo permitido legalmente.

En este caso podemos advertir que el greenwashing de Volkswagen se presenta porque: i) utilizó publicidad engañosa al promocionar sus vehículos como "Clean Diesel" como una alternativa "verde" o "ecológica" a los motores de gasolina, destacando su eficiencia de combustible y, crucialmente, sus bajas emisiones.

Como consecuencia de estos actos, Volkswagen fue pasible de multas y acuerdos millonarios, se retiraron sus vehículos del mercado y se declaró culpable de delitos graves. Asimismo, las autoridades aprobaron nuevas normas que mejoren el escrutinio de las emisiones de los vehículos.¹²

Este caso es emblemático ya que puede extraerse varios aspectos importantes: i) Fue realizado por una empresa multinacional con recursos para cumplir los estándares de emisiones de óxidos de nitrógeno (NOx) de sus vehículos; ii) ha tenido relevancia mundial debido al alcance de su producción automovilística; iii) demuestra que el trabajo independiente y objetivo de las autoridades sirve para detectar casos de incumplimientos normativos que afecten a sus ciudadanos; iv) Evidenció cómo una narrativa "verde" puede ser utilizada para encubrir prácticas altamente contaminantes y que las publicidades ambientales estén respaldadas por pruebas sólidas, verificables y auditadas por organismos independientes.



Créditos: BBC

V. DERECHO COMPARADO: EL GREENWASHING EN EUROPA Y ESTADOS UNIDOS

En Perú el avance en la regulación del greenwashing se encuentra en un estadio inicial; sin embargo, regiones como la Unión Europea y Estados Unidos cuentan con marcos legales más robustos y específicos.

a) Unión Europea

La Unión Europea tiene un enfoque proactivo y armonizado para combatir el greenwashing, con varias directivas y regulaciones que buscan fortalecer la protección del consumidor y la credibilidad de las afirmaciones de sostenibilidad.

La Directiva (UE) 2024/825: Modifica las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que respecta a la capacitación de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor

¹² EPA. Infracciones de Volkswagen. Recuperado de: <https://www.epa.gov/vw/learn-about-volkswagen-violations>

protección contra las prácticas desleales y una mejor información. Entró en vigor el 26 de marzo de 2024.

Las principales innovaciones de la Directiva (UE) 2024/82 vinculados con el greenwashing son la prohibición de uso de términos ambientales genéricos ("ecológico", "ambiental", "natural", "biodegradable" sin pruebas que las respalden; la prohibición de etiquetas de sostenibilidad sin contar con sistemas de certificación que las respalden y aseguren su efectiva sostenibilidad; y, la prohibición de afirmaciones basadas en compensación de emisiones como "neutralidad de carbono" basadas únicamente en programas de compensación (offsets) sin una reducción sustancial y real de las propias emisiones de la empresa o producto, serán consideradas engañosas.¹³

La Taxonomía de la Unión Europea para actividades sostenibles entró en vigor el 12 de julio de 2020 y permite a las empresas financieras y no financieras compartir una definición común de actividades económicas que pueden considerarse ambientalmente sostenibles. De este modo, desempeña un papel importante para ayudar a la UE a ampliar la inversión sostenible, generando seguridad para los inversores, protegiendo a los inversores privados del lavado de imagen ecológico, ayudando a las empresas a ser más respetuosas con el clima y mitigando la fragmentación del mercado.¹⁴ Si bien no es su objetivo principal, indirectamente combate el greenwashing al proporcionar un marco claro para lo que se considera "verde" en el ámbito financiero.

Cabe señalar que distintos países de la Unión Europea han establecido guías o disposiciones nacionales que abordan el tema de la publicidad verde. Por ejemplo, Francia ha establecido la Guía Práctica para la publicidad verde para proveedores y consumidores; Reino Unido ha establecido la Green Claims Guidance, y; Hungría cuenta con el documento denominado "Green marketing - Guidance for undertakings from the Hungarian Competition Authority".

b) Estados Unidos

En Estados Unidos, la regulación del greenwashing recae principalmente en la Comisión Federal de Comercio (FTC).

Las Guías Verdes de la FTC, que se publicaron por primera vez en 1992 y se revisaron en 1996, 1998 y 2012, son los instrumentos más utilizados en materia de greenwashing. La orientación que brindan incluye: 1) principios generales que se aplican a todas las afirmaciones de marketing ambiental; 2) cómo es probable que los consumidores interpreten determinadas afirmaciones y cómo los especialistas en marketing pueden fundamentarlas; y 3) cómo los especialistas en marketing pueden calificar sus afirmaciones para evitar engañar a los consumidores.¹⁵

Estas guías proporcionan criterios específicos sobre cómo las empresas pueden hacer afirmaciones ambientales sin inducir a error al consumidor. Algunos principios clave incluyen:

¹³ Fuentes europeas en línea. Directiva (UE) 2024/825 por la que se modifican las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que respecta a la capacitación de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y una mejor información. Recuperado de: <https://www.europeansources.info/record/proposal-for-a-directive-amending-directives-2005-29-ec-and-2011-83-eu-as-regards-empowering-consumers-for-the-green-transition-through-better-protection-against-unfair-practices-and-better-informatio/>

¹⁴ Comisión Europea. Taxonomía de la UE para actividades sostenibles. Recuperado de: https://finance.ec.europa.eu/sustainable-finance/tools-and-standards/eu-taxonomy-sustainable-activities_en

¹⁵ Comisión Federal de Comercio. Guías Verdes. Recuperado de: <https://www.ftc.gov/news-events/topics/truth-advertising/green-guides>

- Las afirmaciones deben ser claras, específicas y respaldadas por evidencia científica.
- Prohíben declaraciones amplias como “ecológico” o “verde” sin contexto adicional.
- Exigen que cualquier etiqueta de sostenibilidad indique si se refiere al producto completo o solo a una parte del mismo.

Aunque las Guías Verdes no tienen fuerza de ley por sí mismas, sirven de base para que la FTC inicie procesos por publicidad engañosa.

La Sección 5 de la Ley de la FTC es el estatuto principal de la Comisión. La Comisión está facultada, entre otras cosas, para (a) prevenir métodos de competencia desleal y actos o prácticas desleales o engañosas en el comercio o que lo afecten; (b) solicitar reparaciones económicas y otras compensaciones por conductas perjudiciales para los consumidores; (c) establecer normas que definan con precisión los actos o prácticas desleales o engañosas y establezcan requisitos para prevenirlos.¹⁶

Finalmente, no debemos olvidar las funciones que realiza la EPA en cuanto a la verificación del cumplimiento de las normativas ambientales y que permiten descubrir casos como el de Dieselgate de Volkswagen, analizado en el presente artículo. Sus últimas actualizaciones están diseñadas para facilitar su comprensión y uso por parte de las empresas. Los cambios incluyen nuevas directrices sobre el uso de certificaciones y sellos de aprobación de productos por parte de los comercializadores, declaraciones sobre materiales y fuentes de energía “renovables” y declaraciones de “compensación de carbono”.

Como puede apreciarse, la experiencia internacional (Estados Unidos y Unión Europea) cuentan con diversos marcos e instrumentos normativos detallados y con sustento técnico, que contribuyen a la prevención del greenwashing.

VI. RETOS Y PERSPECTIVAS

Combatir el greenwashing representa un desafío creciente en un mundo donde la sostenibilidad se ha convertido en un valor central para consumidores, empresas y políticas públicas. Si bien ha habido avances normativos y una mayor conciencia en torno a la necesidad de proteger al consumidor frente a la publicidad ambiental engañosa, todavía existen numerosos retos que obstaculizan una respuesta eficaz y coordinada frente a esta práctica.

Uno de los principales retos es la necesidad de aprobar marcos normativos más detallados que permitan asegurar o clarificar cuándo un producto o servicio es “sostenible”, “verde”, “ambiental” en base a criterios y estándares técnicos unificados. Esto puede superarse con la aprobación de una taxonomía verde, como existen en legislaciones como la europea.

Al respecto, mediante Decreto Supremo N° 154-2025-EF, del 26 de julio de 2025, el Poder Ejecutivo creó la “Comisión Multisectorial de la Taxonomía de Finanzas Verdes en el Perú”, cuyo objetivo es elaborar el informe técnico que contenga la propuesta de la Taxonomía de Finanzas Verdes en el Perú. Dicha comisión estará integrada por un representante de los Ministerios de diversos sectores (Economía y Finanzas; Ambiente; Transportes y Comunicaciones; Desarrollo Agrario y Riego; Energía y Minas; Producción Vivienda, Construcción y Saneamiento y Comercio Exterior y Turismo), por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y por la Superintendencia del Mercado de Valores.¹⁷

¹⁶ Comisión Federal de Comercio. Ley de la Comisión Federal de Comercio. Recuperado de: <https://www.ftc.gov/news-events/topics/truth-advertising/green-guides>

¹⁷ Normas Legales Diario El Peruano. 26 de julio de 2025. Recuperado de: <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/2423111-2>

Se tiene mucha expectativa en que la propuesta de taxonomía verde que elabore la comisión facilite la identificación de productos o servicios "verdes" en base a criterios técnicos y un sustento robusto.

Otro desafío es la asimetría de información entre los consumidores y las empresas, ya que la mayoría de los consumidores desconocen la información del producto o servicio ofrecido y no cuentan con herramientas técnicas ni con el acceso a información suficiente para evaluar si un producto es realmente "verde", lo que los hace especialmente vulnerables a las prácticas de greenwashing. En este sentido, la educación ambiental y la promoción de consumidores críticos e informados se vuelven esenciales para reducir el impacto de estas prácticas.

Otro reto es el fortalecimiento institucional para las entidades fiscalizadoras, es decir, se requiere que las entidades cuenten con capacidades técnicas, logísticas y otras que les permitan cumplir su labor de fiscalizar y, en caso de darse, descubrir prácticas de greenwashing, como sucedió cuando la EPA de Estados Unidos descubrió el caso del Dieselgate de Volkswagen.

En el futuro, el reto no será solo evitar el greenwashing, sino avanzar hacia una sostenibilidad auténtica, verificable y comunicada con responsabilidad, donde el compromiso ambiental no sea una estrategia de marketing, sino una parte integral de la gestión empresarial. Para ello, será clave promover una colaboración más estrecha entre el Estado, el sector privado y la ciudadanía, con el fin de construir un ecosistema de producción y consumo más ético, informado y alineado con los objetivos de desarrollo sostenible y la normativa nacional.

VII. CONCLUSIONES

El fenómeno del greenwashing representa uno de los desafíos más significativos en la transición hacia un modelo económico verdaderamente sostenible, por ello, se hace necesario contar con prácticas empresariales ambientalmente responsables y que se basen en criterios de veracidad, transparencia y sustento técnico, en aplicación del principio de sustanciación previa.

En el caso del Perú, se ha avanzado en el reconocimiento y abordaje del greenwashing a través de instrumentos como el Código de Protección y Defensa del Consumidor, la Ley de Represión de la Competencia Desleal y, más recientemente, la Guía de Publicidad Ambiental elaborada por Indecopi; sin embargo, el marco legal aún presenta vacíos importantes que dificultan una fiscalización efectiva y uniforme. La ausencia de definiciones claras y estándares obligatorios sobre lo que constituye un atributo ambiental válido permite que algunas empresas continúen utilizando la sostenibilidad como una estrategia publicitaria vacía o engañosa.

Los casos de greenwashing a nivel nacional (sapolio, botellas San Luis, botellas Bio Aloe, bolsas "biodegradables") e internacional (Dieselgate de Volkswagen) evidencian los riesgos que representa el greenwashing para los consumidores, el medio ambiente y la competencia justa en el mercado. Estos casos también demuestran la necesidad urgente de fortalecer los mecanismos de supervisión, impulsar el desarrollo de marcos regulatorios más específicos y fomentar una cultura de sostenibilidad real dentro del sector empresarial.

Finalmente, se deben atender los retos próximos que tienen las autoridades para aprobar marcos regulatorios específicos, contar con una taxonomía verde, fomentar la educación ambiental y reducir la asimetría de la información acerca de los productos o servicios ofrecidos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bernini, F. , Giuliani, M. , & La Rosa, F. (2024). Measuring greenwashing: A systematic methodological literature review. *Business Ethics, the Environment & Responsibility*, 33, 649–667. <https://doi.org/10.1111/beer.12631>
- BBC. Cómo Volkswagen trató de encubrir el "terrible" fraude de las emisiones contaminantes. Recuperado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-44014908>
- Comisión Europea. Taxonomía de la UE para actividades sostenibles. Recuperado de: https://finance.ec.europa.eu/sustainable-finance/tools-and-standards/eu-taxonomy-sustainable-activities_en
- Comisión Federal de Comercio. Guías Verdes. Recuperado de: <https://www.ftc.gov/news-events/topics/truth-advertising/green-guides>
- Conexión ambiental. El greenwashing en el Perú: ¿cómo se regula la publicidad con alegaciones medioambientales engañosas desde un enfoque constitucional y mercantil? – Conexión ambiental. (s. f.). Recuperado de: https://conexionambiental.pe/el-greenwashing-en-el-peru-como-se-regula-la-publicidad-con-alegaciones-medioambientales-enganosas-desde-un-enfoque-constitucional-y-mercantil/?utm_source=chatgpt.com
- Consejo de la Unión Europea. Directiva sobre Alegaciones Ecológicas: el Consejo se dispone a iniciar las conversaciones con el Parlamento Europeo (2024). Recuperado de: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2024/06/17/green-claims-directive-council-ready-to-start-talks-with-the-european-parliament/>
- Delmas, M. A., & Burbano, V. C. (2011). The Drivers of Greenwashing. *California Management Review*, 54(1), 64–87
- EPA. (2015). Volkswagen Violated Clean Air Act by Installing Defeat Devices in Vehicles. United States Environmental Protection Agency.
- EPA. Infracciones de Volkswagen. Recuperado de: <https://www.epa.gov/vw/learn-about-volkswagen-violations>
- Fuentes europeas en línea. Directiva (UE) 2024/825 por la que se modifican las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que respecta a la capacitación de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y una mejor información. Recuperado de: <https://www.europeansources.info/record/proposal-for-a-directive-amending-directives-2005-29-ec-and-2011-83-eu-as-regards-empowering-consumers-for-the-green-transition-through-better-protection-against-unfair-practices-and-better-informatio/>
- INDECOPI. (2021). Guía de Publicidad Ambiental. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.
- INFOBAE. Indecopi ordena retirar el término 'Bio' de popular bebida de aloe: era "publicidad engañosa". Recuperado de: <https://www.infobae.com/peru/2025/05/27/indecopi-ordena-retirar-el-termino-bio-de-popular-bebida-de-aloe-era-publicidad-enganosa/#:~:text=A%20pesar%20de%20estos%20argumentos,la%20naturaleza%20real%20del%20producto.>

- LP Pasión por el Derecho. Indecopi sanciona a Ajeper por publicidad engañosa en Aje Bio y ordena retirar el término «bio» del envase [Res. 006-2025/CCD-Indecopi] - LP Pasión por el DERECHO - <https://lpderecho.pe/indecopi-sanciona-ajeper-publicidad-enganosa-aje-bio-bebida-de-aloe-sabor-original-retirar-termino-bio-envase-res-006-2025-ccd-indecopi/>
- Lyon, T. P., & Maxwell, J. W. (2011). Greenwash: Corporate environmental disclosure under threat of audit. *Journal of Economics & Management Strategy*, 20(1), 3–41
- MACESAR, Francesca. The History of Greenwashing (2025). Recuperado de: <https://thesustainableagency.com/blog/the-history-of-greenwashing/>
- Normas Legales Diario El Peruano. 26 de julio de 2025. Recuperado de: <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/2423111-2>
- OJO PÚBLICO. Empresas en la mira del indecopi por publicidad ambiental engañosa. Recuperado de: <https://ojo-publico.com/4491/empresas-la-mira-del-indecopi-por-publicidad-ambiental-enganosa>.
- Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. (2017). Orientaciones para el suministro de información relativa a la sostenibilidad de los productos. Una guía mundial para elaborar afirmaciones ambientales, sociales y económicas eficaces, a fin de empoderar a los consumidores y facilitar su elección.
- Sneideriene, A., & Legenzova, R. (2025). Greenwashing prevention in environmental, social, and governance (ESG) disclosures: A bibliometric analysis. *Research in International Business and Finance*, 74, 102720.
- SUSTAINABLE BRANDS. FTC Cracking Down on Misleading, Unsubstantiated Biodegradability Claims (2013). Recuperado de: https://web.archive.org/web/20181116014144/https://www.sustainablebrands.com/news_and_views/communications/jennifer-elks/ftc-cracking-down-misleading-unsubstantiated-biodegradab
- THE GUARDIAN. The troubling evolution of corporate greenwashing (2016). Recuperado de: <https://www.theguardian.com/sustainable-business/2016/aug/20/greenwashing-environmentalism-lies-companies>

DERECHOS DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS EDUCATIVOS Y OBLIGACIONES DE LOS COLEGIOS PRIVADOS ¿CUÁL ES LA PARTE DÉBIL DE LA RELACIÓN DE CONSUMO?

Autores:

Patrick García Huaroto

Willy Fraguela Iglesias



DERECHOS DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS EDUCATIVOS Y OBLIGACIONES DE LOS COLEGIOS PRIVADOS ¿CUÁL ES LA PARTE DÉBIL DE LA RELACIÓN DE CONSUMO?

**Educational services consumers rights & private schools obligations.
What is the weak party in the consumer relationship?**

Patrick García Huaroto¹

Willy Fraguela Iglesias²

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La especial naturaleza del servicio educativo prestado por los colegios privados.
- III. El contrato de servicios educativos: un contrato "sui generis".
- IV. Competencia del MINEDU y del INDECOPI en materia de servicios educativos prestados por los colegios privados.
- V. Disposiciones normativas y pronunciamientos del INDECOPI que (sobre)protegen a los Usuarios del servicio educativo.
- VI. Conclusiones.
- VII. Reflexión final

Resumen

La relación de consumo que se origina en el contrato de servicios educativos entre un colegio privado y los usuarios del servicio (padres de familia y estudiante) presenta algunas situaciones que hacen advertir que estos últimos no solo cuentan con la tutela del Estado que se merecen, sino que en ciertos aspectos están "sobreprotegidos" en perjuicio de los proveedores de dichos servicios.

¹ Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Máster en Leyes (LL.M.) por la Golden Gate University, San Francisco, California. Aspirante al Grado de Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Además de desempeñarse como docente universitario en cursos relacionados al Derecho Empresarial en la facultad de derecho de la Universidad de San Martín de Porres, ejerce la práctica privada como socio fundador del Estudio García & Asociados-Abogados, boutique legal especializada en la asesoría de instituciones educativas privadas de educación básica regular. Correo de contacto: pgarcia@estudiogarcia.pe

² Abogado y bachiller en Derecho y Ciencias políticas por la Universidad de Lima. Licenciado y Bachiller en Educación por la Universidad de Piura. Máster en Asesoramiento Educativo Familiar por el Centro Universitario Villanueva, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid. Egresado de la Maestría de Teoría y Prácticas Educativas por la Universidad de Piura. Especialista en temas legales y administrativos en el ámbito escolar. Director Ejecutivo del Colegio Peruano Alemán Reina del Mundo. Correo de contacto: wfraguela@rdm.edu.pe

Así, a partir del análisis del servicio educativo en su reconocimiento constitucional, sus características, pasando luego por la revisión de las principales disposiciones legales regulatorias y jurisprudencia emitida por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI³, los autores advierten que los usuarios del servicio educativo no son (por lo menos de manera total) la parte débil de la relación de consumo. Es más, por esta normativa benigna, estos últimos podrían incurrir en abuso del derecho.

Palabras claves

Servicio educativo/ usuarios del servicio educativo/ proveedores de servicios educativos/ colegios privados/ contrato de servicios educativos/ Derecho del Consumidor/ INDECOPI/ contrato de consumo/ relación de consumo.

Abstract

The consumer relationship arising from the educational services contract between a private school and the users of the service (parents and students) presents certain situations that suggest that the latter not only enjoy the State protection they deserve, but in some respects are “overprotected,” to the detriment of the providers of such services.

Thus, based on the analysis of educational services in their constitutional recognition and characteristics, followed by a review of the main regulatory legal provisions and case law issued by the National Institute for the Defense of Competition and Protection of Intellectual Property – INDECOPI [1], the authors point out that the users of educational services are not (at least not entirely) the weaker party in the consumer relationship. Moreover, due to this favorable regulatory framework, they could even incur in an abuse of rights.

Keywords

Educational services/ educational services consumers rights/ educational services providers/ private schools/ educational services agreement/ Consumer Law/ INDECOPI/ consumer contracts/ consumer relationships.

I. INTRODUCCIÓN

Poco se ha tratado el tema de la protección del consumidor en un sector tan singular como lo es el de la educación escolar privada en el que la normativa legal es, además, abundante y difusa.

Este ámbito legal resulta particularmente sensible para todos los participantes de la actividad educativa privada: promotores educativos, personal docente y administrativo del plantel, estudiantes, padres de familia y proveedores del centro educativo.

³ El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) es un organismo público especializado, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, creado en noviembre de 1992, mediante el Decreto Ley N° 25868. Sus atribuciones son amplias y en materias diversas. Según el artículo 105° del Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley N° 29571), el INDECOPI es la autoridad con competencia primaria y de alcance nacional para atender las infracciones a los derechos de los consumidores.

Veremos, a lo largo del presente artículo, los elementos que configuran el contrato de servicio educativo, las condiciones legales y el margen de negociación contractual para las partes en todo lo que la ley no pre establece.

En cuanto a la intervención del Estado, este ha dotado al cliente o usuario del servicio educativo privado con variados medios de protección mediante normas y regulaciones legales; las cuales, hay que agregar, que son variadas y dispersas dado que no están ordenadas o consolidadas en un solo cuerpo legal.

Esta legislación ha generado una situación de sobreprotección en beneficio del consumidor que, en algunos casos, ha generado privilegios y situaciones de abuso por parte de padres de familia morosos y, de otro lado, la imposición a los centros educativos privados de multas exorbitantes que han comprometido su viabilidad financiera o que han generado sobrecostos y la pérdida de incentivos en los promotores; además de sensación de temor e inseguridad en los directivos y docentes de las escuelas privadas que, en ocasiones, han sido injustamente objeto de queja o denunciados en la vía administrativa y judicial o han sido víctimas de amenazas o amedrentamiento por parte de los padres de familia.

II. LA ESPECIAL NATURALEZA DEL SERVICIO EDUCATIVO PRESTADO POR LOS COLEGIOS PRIVADOS

Acerca de la naturaleza especial del servicio educativo prestado por los centros educativos privados, el Tribunal Constitucional ha reiterado en múltiples sentencias que el servicio educativo no solo constituye un derecho, sino que se configura como un servicio público connatural a la función y fines del Estado. En este sentido, el Estado, tiene la facultad constitucional de ofrecer este servicio público directamente o a través de terceros -los colegios privados- quienes siempre actuarán sometidos a la supervisión de los entes estatales.⁴

Queda así establecido el privilegio-poder del Estado de intervenir activamente en la regulación de la actividad educativa impulsada por privados. Ello resulta evidente dada la singular naturaleza del servicio educativo que constituye un derecho inalienable del estudiante el recibirlo y una obligación del Estado el proveerlo. Nuevamente el Tribunal Constitucional establece jurisprudencia al respecto:

(...) es necesario que, en el proceso educacional, el Estado asuma, ante todo, un rol tutelar y no únicamente prestacional. Con ello, se encuentra obligado a adoptar todas aquellas medidas que resulten necesarias para el ejercicio efectivo del derecho a la educación.⁵

Por último, no se trata únicamente de un servicio público prestado con licencia del Estado; se trata también de un derecho. En este sentido, resulta sustancial establecer que el beneficiario final de este derecho, el estudiante, es un menor de edad conforme lo establece el artículo 7º de la Declaración de los Derechos del Niño. En este sentido, Mendoza lo precisa indicando que “Finalmente, debe tomarse en cuenta que el artículo

⁴ Tribunal Constitucional. Sentencia del Pleno N° 500/2021. (p.6)

⁵ Tribunal Constitucional. Sentencia del Pleno N° 974/2021. (p. 4)

7° de la Declaración de los Derechos del Niño prescribe que el **interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación**".⁶

Surge así la facultad de control del Estado con respecto a los centros educativos de iniciativa privada la cual se da en cumplimiento a los preceptos de nuestra Constitución Política vigente, la cual establece principios de protección del derecho a la educación dado que este se constituye como medio necesario para la consecución de otros derechos fundamentales.

Entre los preceptos constitucionales asociados al derecho a la educación tenemos:

- Libertad de enseñanza (art. 13°).
- Desarrollo integral de la persona humana (art. 13°).
- Libre elección del centro educativo (art. 13°).
- Capacitación para la vida, el trabajo y fomenta la solidaridad (art. 14°).
- Libertad de conciencia de los estudiantes (art. 14°).
- Respeto a la identidad de los educandos (art. 15°).
- Buen trato psicológico y físico (art. 15°).
- Acceso a una educación adecuada (art. 16°).
- Libertad de cátedra (art. 18°).

Establecida así la **condición dual del servicio educativo** como derecho, por un lado, y como servicio público, por el otro, resulta factible comprender que los principios de libre contratación establecidos entre particulares no operan del todo en el caso del servicio educativo brindado por las escuelas privadas.

El Estado tiene la obligación de fiscalizar esta labor que ha delegado en particulares, mediante normas o disposiciones de cumplimiento obligatorio por parte de los centros educativos privados, la mayoría de las cuales conoceremos más adelante. Ello es así pues las escuelas privadas se constituyen como empresas con una misión social, ajena a lo lucrativo, y cuya labor es de interés público. El Tribunal Constitucional nuevamente ofrece luces al respecto:

Sin la debida protección y promoción del derecho fundamental a la educación, el sentido mismo de la dignidad humana y de los derechos en ella directamente fundados, se torna esencialmente debilitado e ineficaz, pues la libertad sin conocimiento, lejos de fortalecer la autonomía moral del ser humano, lo condena a la frustración que genera la ausencia de la realización personal.⁷

III. EL CONTRATO DE SERVICIOS EDUCATIVOS: UN CONTRATO "SUI GENERIS"

El Reglamento de Instituciones Educativas Privadas de Educación Básica, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2021- MINEDU (al cual nos referiremos en adelante como "Reglamento de Colegios Privados"), señala en su artículo 53; lo siguiente:

⁶ Mendoza, Gilberto. "Servicio Educativo escolar privado y la Geschäftsgrundlage" en Enfoque Derecho el Portal de Actualidad Jurídica de THÉMIS. <https://enfoquederecho.com/el-servicio-educativo-escolar-privado-y-la-geschäftsgrundlage/>

⁷ Tribunal Constitucional. Sentencia del Pleno N° 548/2020. (p. 3)

Artículo 53. Suscripción del acuerdo de prestación de servicio educativo de Educación Básica

53.1 La IE privada y los/las usuarios/as pueden suscribir, antes del inicio del año lectivo o periodo promocional o durante el proceso de matrícula, un contrato o acuerdo privado bajo la formalidad que determinen las partes, con la finalidad de establecer las condiciones de la prestación del/os servicio/s educativo/s y las correspondientes obligaciones que se generen. Dicho contrato o acuerdo debe ajustarse a la normativa vigente, aplicándosele lo establecido en el artículo 1315 del Código Civil, cuando corresponda.

De esta manera, la relación jurídica entre el colegio y los usuarios del servicio se formaliza, normalmente, con la suscripción de un "Contrato de prestación de servicios educativos", o un "Contrato de servicios educativos", o la "Declaración del padre o apoderado para el año escolar", o un "Compromiso del padre o apoderado para el año escolar"; o cualquier otra denominación que los colegios privados puedan usar para el contrato que finalmente suscribirán los padres o apoderado del estudiante.⁸

Sin importar el nombre o denominación utilizada, el contrato de servicios educativos tiene las siguientes características:

3.1. Es un contrato de consumo

En su artículo 45°, el Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley N° 29751), señala que:

El contrato de consumo tiene como objeto una relación jurídica patrimonial en la cual intervienen un consumidor y un proveedor para la adquisición de productos o servicios a cambio de una contraprestación económica.

Entonces, bajo esa definición, el contrato de servicios educativos es un "contrato de consumo", en tanto que en él se observa la prestación de servicios que ofrecen en el mercado los centros educativos privados (proveedores del servicio) a los padres de familia y alumnos (usuarios del servicio), a cambio de una contraprestación que se basa en el pago de la cuota de ingreso, matrícula y pensiones escolares.⁹

⁸ Sobre el contrato de servicios educativos, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal del INDECOPI, señaló lo siguiente en la Resolución 2500-2024/SPC-INDECOPI: (i) es un contrato que se renueva anualmente durante toda la relación de consumo; (ii) no se debe confundir el contrato de servicios educativos con el documento o documentos que lo contienen; (iii) como acto jurídico, puede constar en distintos medios o varios documentos distintos; que forman una unidad; (iv) cada vez que se renueva, se está haciendo un pacto general que podría ratificar, modificar o eliminar las estipulaciones pactadas anteriormente; y, (v) estos contratos son continuos; las estipulaciones se van actualizando conforme al marco normativo vigente.

⁹ De acuerdo con el Reglamento de Colegios Privados, estas instituciones pueden percibir "ingresos directos" e "ingresos indirectos". Los ingresos directos, son aquellos pagos que recibe la institución educativa privada por la prestación de los servicios educativos, como consecuencia del acceso o la permanencia de los estudiantes en la institución. Dichos pagos corresponden a la "cuota de ingreso", la "cuota de matrícula" y las "pensiones de enseñanza". Por su parte, los ingresos indirectos son aquellos pagos o beneficios que recibe la institución educativa privada por conceptos distintos a la cuota de ingreso, cuota de matrícula y las pensiones de enseñanza; tales como gastos por trámites u

En tanto “contrato de consumo”, el contrato de servicios educativos debe observar algunas reglas mínimas; tales como:¹⁰

- Debe constar en forma inequívoca la voluntad de contratar del consumidor.
- En el caso de formularios contractuales, deben ser adecuadamente legibles, facilitando su comprensión por los consumidores.
- Se debe entregar una copia del contrato a los consumidores. Debe haber constancia de la entrega del documento.
- No incluir cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos del consumidor.

Por su parte, el contrato origina una “relación de consumo”¹¹, lo que a su vez determina la aplicación de las normas del Código de Protección y Defensa del Consumidor y la tutela por parte del sistema de protección del consumidor cuando corresponda.¹²

En ese sentido, el contrato de servicio educativo (como “contrato de consumo”), en cuanto a su contenido y cláusulas, debe observar las exigencias que le señala la normativa en materia de protección al consumidor.

3.2. Es un contrato por adhesión

Siendo un “contrato de consumo”, para el contrato de prestación de servicios educativos se exigiría cierta formalidad, ello en tanto que se “debe entregar una copia del mismo a los consumidores”.

Ahora, cierto es que en la práctica, son los colegios quienes redactan previa y unilateralmente el contenido de todo el contrato de prestación de servicios educativos (o la denominación que le den); y los usuarios del servicio (los padres de familia) no participan en la negociación ni elaboración del contrato; lo que lleva a considerarlo como un “contrato por adhesión”.

Al respecto, nuestro Código Civil, en su artículo 1390°, define al contrato por adhesión, de la siguiente manera:

Artículo 1390.- Contrato por adhesión

El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar.

otros servicios fuera del horario escolar y/o del año lectivo; así como los provenientes por donaciones o colaboraciones voluntarias de terceros, u otros (artículo 46 del Decreto Supremo 005-2021-MINEDU).

¹⁰ Código de Protección y Defensa del Consumidor, artículo 47.

¹¹ El numeral 5 del artículo IV del Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor define a la “relación de consumo” como aquella “por la cual un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica.”

¹² Código de Protección y Defensa del Consumidor, Título Preliminar, artículo III

Sobre este tipo de contratos, Ghersi y Weingarten^{13 14} han manifestado:

... de los contratos de negociación individual cuyos términos eran discutidos y consentidos por partes libre con igual poder de imposición, avanzamos a contratos de adhesión entre partes con distinto poder económico, donde el consumidor o "la parte débil" asiente la propuesta de la empresa.

Por su parte, Lorenzetti¹⁵ ha escrito que:

... los contratos celebrados por adhesión a condiciones generales, se caracterizan por su modo de celebración (acto del aceptante a las condiciones predispuestas por la otra parte, sin un consentimiento en sentido técnico), mientras que en los contratos de consumo, la característica definitoria no es la adhesión, sino el consumo final; no obstante, un contrato puede ser celebrado por adhesión y ser, además, de consumo, o viceversa, ser de consumo y no de adhesión.

La Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal del INDECOPI se ha referido también a los "contratos por adhesión", cuando en la Resolución N° 0145-2020/SPC-INDECOPI señala:

102. Al respecto, conviene resaltar que, en la dinámica actual del mercado, la contratación masiva se impone como esquema de contratación en las relaciones de consumo, ahorrando numerosos costos de transacción. Esta consiste en la celebración de contratos en serie denominados contratos de adhesión, en los cuales el consumidor como parte adherente (la que no redactó las cláusulas) se limita a aceptar o rechazar los términos contractuales redactados previamente por el proveedor que es la parte predisponente (la que redactó el contrato).

Ahora, la misma Sala ha reconocido que el contrato de servicios educativos es un contrato por adhesión. Así, en la Resolución N° 1971-2023/SPC-INDECOPI, la Sala señala:

4. En el caso de los servicios educativos, la naturaleza especial del servicio está en su misma esencia, es decir, en la formación cognitiva, meta-cognitiva, valorativa y actitudinal otorgada por las instituciones educativas a los menores, lo cual implica per se

¹³ Ghersi y Weingarten, citado por Pinese, Graciela y Corbalán, Pablo en: "Ley de Defensa del Consumidor, legislación comentada". Ediciones Cathedra Jurídica, 1ra. Edición, Buenos Aires – Argentina, 2009, pág. 242

¹⁴ Según Farina, la expresión "contrato por adhesión" fue tomada de la doctrina y jurisprudencia francesa a partir de Saleilles (contrat d'adhesion), y se refiere a aquel negocio en cuya celebración las cláusulas previamente determinadas por una de las partes no admiten ser discutidas por la otra, que no tiene la posibilidad de abstenerse de celebrar el contrato, pues las propias circunstancias y las características de éste impiden cualquier negociación. Farina, Juan, citado por Pinese, Graciela y Corbalán, Pablo en: "Ley de Defensa del Consumidor, legislación comentada". Ediciones Cathedra Jurídica, 1ra. Edición, Buenos Aires – Argentina, 2009, pág. 242

¹⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. "Tratado de los Contratos". 2da Edición. Rubinzal - Culzoni Editores. Santa Fe. 2007; pág. 140.

no imponer cláusulas que no pueden ser discutidas por los padres, considerando que el contrato de servicios educativos constituye un contrato de adhesión, siendo que las normas de protección al consumidor prohíben la imposición de condiciones que restrinjan derechos y que pongan en desventaja a los padres de familia frente al proveedor, aunque estas hayan sido informadas.

(...)

12. Tampoco hay que perder de vista que el contrato educativo es fundamentalmente un contrato masivo en la modalidad de contrato por adhesión donde la parte predisponente, que es el centro educativo, es quien establece las reglas del juego del contrato. Ningún padre va a contradecir esas cláusulas porque obviamente está de por medio la educación de su menor hijo. Lo último que haría un padre de familia es discutir con el centro educativo. Esas cláusulas son evidentemente inequitativas y como tal crean un desequilibrio en las relaciones contractuales. El consumidor solo se adhiere a un mandato contractual no negociado con él y que lo coloca en una clara situación de desventaja. En ese contexto es en el que la Sala tiene un rol tutelar que no debe perderse de vista.

De lo expresado, no cabe duda que el contrato de servicios educativos es, pues, un contrato por adhesión.

Ahora, en tanto contrato por adhesión, la institución educativa no solo queda obligada a cumplir los deberes y obligaciones que se deriven de la relación contractual (de las estipulaciones del contrato suscrito con los padres de familia), sino también las disposiciones legales que regulan su actividad (como prestador de servicios educativos) y a observar las reglas mínimas que señala el Código de Protección y Defensa del Consumidor para los "contratos por adhesión", tales como:

- Concreción, claridad, legibilidad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvío a otros documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, debe hacerse referencia expresa en el documento contractual.
- Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita a los usuarios el conocimiento previo del contenido del contrato antes de su suscripción.¹⁶

¹⁶ Cabe señalar que además de la información que deben brindar las instituciones educativas a los usuarios del servicio de acuerdo con lo señalado en los artículos 74 (numeral 74.1) y 75 del Código de Protección y Defensa del Consumidor; en cumplimiento de lo dispuesto en los numerales 14.1 y 14.3 del artículo 14° de la Ley N° 26549; modificada por el Decreto de Urgencia N° 002-2020, los colegios privados deben brindar a los usuarios del servicio educativo, en forma veraz, suficiente, apropiada y por escrito, como mínimo, la siguiente información:

a) El reglamento interno actualizado.

b) El monto y oportunidad de pago de la cuota de matrícula. La cuota de matrícula no puede exceder al importe de una pensión mensual.

- Buena fe y equilibrio necesario en los derechos y obligaciones de las partes; prohibiéndose de esta manera la utilización de cláusulas abusivas.¹⁷

Respecto a las cláusulas abusivas en un contrato de servicios educativos, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal del INDECOPI, ha señalado: ¹⁸

97. El artículo 1º.1 literal c) del Código dispone que los consumidores tienen el derecho a ser protegidos frente a cláusulas abusivas insertas en los contratos celebrados con los proveedores.

-
- c) El monto, número y oportunidad de pago de las pensiones, así como los posibles aumentos. Las pensiones son una por cada mes de estudios del respectivo año lectivo o período promocional.
 - d) El monto y oportunidad de pago de la cuota de ingreso, así como la forma y el proceso de devolución de dicha cuota de acuerdo con lo previsto en el Decreto Supremo N° 005-2021-MINEDU.
 - e) La información histórica del monto de las pensiones, la cuota de matrícula y la cuota de ingreso establecidas en los últimos cinco (05) años. En el supuesto que la institución educativa cuente con menos de cinco (05) años de funcionamiento, la información histórica corresponde a todos los años que tiene desde que obtuvo la autorización para prestar servicios.
 - f) Si efectúa la retención de certificados de estudios por la falta de pago de pensiones.
 - g) Los requisitos, plazos y procedimiento para el ingreso de nuevos estudiantes, así como el número de vacantes disponibles.
 - h) El plan curricular de cada año lectivo o período promocional, detallando su duración, contenido, metodología y sistema pedagógico del referido plan curricular.
 - i) Los sistemas de evaluación y control de asistencia de los estudiantes.
 - j) El calendario del año lectivo o período promocional y el horario de clases.
 - k) El número máximo de estudiantes por aula.
 - l) Los servicios de apoyo para los estudiantes, de contar con estos.
 - m) Las resoluciones de autorización del Sector Educación que sustenten los servicios educativos que se brindan.
 - n) Los datos de identificación del propietario o promotor, y del director o director general de la institución educativa.
 - o) Cualquier otra información relacionada con los servicios educativos que ofrece y que sea de relevancia para los usuarios de tales servicios.

Esta información debe entregarse a los usuarios, de forma física o digital, en un plazo no menor de treinta (30) días calendario antes de iniciarse el proceso de matrícula de cada año lectivo.

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 14.2 del artículo 14º de la Ley N° 26549; modificada por el Decreto de Urgencia N° 002-2020, como mínimo treinta (30) días calendario antes de finalizar el año lectivo en curso, los colegios privados deben entregar, por escrito, a los usuarios del servicio educativo, la siguiente información:

- a) El monto y oportunidad de pago de la cuota de matrícula. La cuota de matrícula no puede exceder al importe de una pensión mensual.
- b) El monto, número y oportunidad de pago de las pensiones, así como los posibles aumentos. Las pensiones son una por cada mes de estudios del respectivo año lectivo o período promocional.

¹⁷ De acuerdo con lo señalado en el artículo 49º del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en los contratos por adhesión se consideran cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos. Para la evaluación de las cláusulas abusivas se tiene en cuenta la naturaleza de los productos o servicios objeto del contrato, todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, incluida la información que se haya brindado, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa.

¹⁸ Resolución N° 0145-2020/SPC-INDECOPI

(...)

100. Sobre el particular, el artículo 1398° del Código Civil indica que en los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las cláusulas que establezcan a favor de quien las ha redactado: (i) exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; y (ii) facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

101. Es importante precisar que las cláusulas mencionadas en los párrafos anteriores son conocidas a nivel doctrinario como cláusulas abusivas o vejatorias. En ese sentido, los proveedores no pueden oponer a los consumidores cláusulas que se encuentren en los contratos de adhesión o en cláusulas generales de contratación que celebren con ellos, catalogadas como abusivas por las normas citadas precedentemente.

102. Al respecto, conviene resaltar que, en la dinámica actual del mercado, la contratación masiva se impone como esquema de contratación en las relaciones de consumo, ahorrando numerosos costos de transacción. Esta consiste en la celebración de contratos en serie denominados contratos de adhesión, en los cuales el consumidor como parte adherente (la que no redactó las cláusulas) se limita a aceptar o rechazar los términos contractuales redactados previamente por el proveedor que es la parte predisponente (la que redactó el contrato).

103. Así, la Sala ha señalado -en pronunciamientos anteriores- que la finalidad de que el ordenamiento tipifique cláusulas abusivas en tal esquema de contratación, responde a que en estos casos los consumidores sólo tienen la libertad de contratar, esto es, la capacidad de elegir con qué proveedor contratan, mas no con libertad contractual; es decir, la potestad de establecer el contenido del contrato, la cual está reservada exclusivamente a los proveedores, no existiendo negociación alguna.

104. Ahora bien, para la evaluación de las cláusulas abusivas se debe tener en cuenta la naturaleza de los productos o servicios objeto del contrato, todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, incluida la información que se haya brindado, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa.

En todo caso, en aplicación del Principio Pro Consumidor, cuando exista duda sobre el sentido y/o alcance de las estipulaciones de los contratos por adhesión (como es el caso

de los contratos de servicios educativos), estos se interpretarán en el sentido más favorable al consumidor.¹⁹

3.3 Contrato a favor de tercero. ¿Quién es el usuario del servicio educativo?

Resulta evidente que, por desarrollar una actividad que se brinda a un menor de edad, son los padres del menor quienes suscriben el contrato del servicio educativo en el proceso de matrícula.

Así, para el Reglamento de Colegios Privados, los usuarios del servicio educativo son los padres de familia o el apoderado del menor, o el propio estudiante en caso sea mayor de edad:

Artículo 3. Glosario y referencias
(...)

m. Usuario/as: Es el padre y/o madre de familia, la persona a cargo de la tutela o representación legal del/de la estudiante (en caso de ser menor de edad) o el/la propio/a estudiante (en caso sea mayor de edad y/o tenga capacidad de ejercicio), que contrata el servicio de educación básica y/o lo disfruta.

En ese sentido, cuando son los padres o apoderado del estudiante menor de edad quienes contratan el servicio educativo, podríamos afirmar que se trata de un "contrato en favor de tercero".

Al respecto, el artículo 1457° de nuestro Código Civil, señala:

Definición. Por el contrato en favor de tercero, el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona.
El estipulante debe tener interés propio en la celebración del contrato.

Así, BONET RAMON²⁰ señala que:

todo contrato a favor de tercero supone una operación triangular, en la que intervienen como contratantes el promitente, que se obliga a realizar la prestación en provecho del tercero, el estipulante o promisorio, que es el que acepta dicha promesa, y el tercero, que es el beneficiario.

Sobre el particular, también ha escrito PÉREZ CONESA²¹, señalando que:

... la estipulación a favor de tercero presenta un carácter contractual por ser el contrato en que se incorpora la fuente que entraña el compromiso de llevar a cabo una atribución

¹⁹ Resolución Final N° 0179-2022/INDECOPI-TAC

²⁰ BONET RAMÓN, F, Los contratos a favor de tercero. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 14.VI. 1957, Reus, Madrid, 1961; pág. 6

²¹ PÉREZ CONESA, C, El contrato a favor de tercero, Comares, Granada, 1999; pág. 10

patrimonial hacia un tercero, a través del mecanismo de derechos y obligaciones que se genera para las partes que han intervenido en su celebración. En principio, poco importa que genere obligaciones sólo para el promitente, o que estipulante y promitente sean recíprocamente acreedor y deudor el uno del otro, puesto que lo realmente necesario es que entre ellos exista un contrato, de cualquier clase que éste sea, que cumpla todos los requisitos legales para su validez, y que se regirá por las normas que concretamente lo regulan, pues su naturaleza no se modifica por el hecho de que la obligación del promitente sea dirigida al tercero, incluso aunque el estipulante no reciba nada a cambio de su propia prestación.

En ese sentido, en el caso del contrato de servicios educativos, la obligación de llevar a cabo una prestación para un tercero —el alumno menor de edad— se crea u origina en el contrato celebrado entre el colegio privado y los padres de dicho estudiante, a través del mecanismo de derechos y obligaciones que dicho contrato genera.

Ahora, es importante mencionar que, en materia de protección al consumidor, los usuarios de los servicios educativos brindados por los colegios privados son tanto los padres de familia como los alumnos, estos últimos en tanto son quienes disfrutan del servicio y por tanto son los destinatarios finales de dichos servicios.

Al respecto, en el Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor se define a los “consumidores o usuarios”, de la siguiente manera:

Artículo IV.- Definiciones

Para los efectos del presente Código, se entiende por:

1. Consumidores o usuarios

1.1. Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor, para efectos de este Código, a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor.

(...)

1.3. En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta.

Por su parte, en los “Lineamientos sobre protección al consumidor - Actualización 2022” se señala que:

2.5. Segundo adquirente de un bien o tercero que se beneficia de su uso o disfrute

Para efectos de la aplicación de las normas de protección al consumidor, se considera “consumidor” no solo a la persona que adquiere el bien, sino también a quien se beneficia de su uso y disfrute. De este modo, incluso cuando no exista una relación

contractual entre dos partes, una relación de consumo no se restringe a ella.

4. Relación de consumo

El ámbito de aplicación del Código no se encuentra restringido exclusivamente a los compradores o contratantes de un producto o servicio, pues una persona puede entrar en contacto con dichas prestaciones sin que exista una relación contractual con el proveedor.

De lo señalado no cabe duda que para el sistema de protección al consumidor, los usuarios del servicio educativo son los padres de familia (o apoderado en su caso) y sus menores hijos alumnos de la institución educativa.

En el siguiente acápite (numeral IV), veremos cómo los usuarios de las instituciones educativas privadas cuentan con dos vías para tutelar sus derechos: (i) las normas sancionadoras del sector educación y (ii) las normas de protección al consumidor.

3.4 Un contrato de locación de servicios “atípico”

No siendo la intención del presente artículo tratar sobre la naturaleza y caracteres del contrato de servicios educativos entre un colegio privado y los usuarios de dicho servicio²², la complejidad propia del objeto del contrato de servicios educativos ha llevado a calificar a este contrato como uno “atípico”, sin poder encuadrarlo, de forma lineal y simplista, dentro de la categoría de “contrato de locación de servicios”.

Más allá de las obligaciones, prestaciones y deberes principales a cargo de las partes; por parte de los colegios privados: el proceso de aprendizaje y enseñanza, dentro de los fines de la educación peruana; y, por parte de los usuarios del servicio educativo: el pago de la retribución por los servicios educativos recibidos (cuota de ingreso, matrícula y pensiones); la relación jurídica que nace del contrato de servicios educativos compromete otras prestaciones para las partes, de distinta naturaleza, e, incluso, sujeto a prohibiciones dispuestas por normas legales, que lo distinguen totalmente del “contrato de locación de servicios” del Derecho Común. Así, por ejemplo:

- Los padres de familia pueden “resolver” unilateralmente el contrato, en cualquier momento, incluso en el curso del año lectivo, sin mayor responsabilidad para ellos.²³ No obstante que el colegio se queda con una vacante sin cubrir, tendrá que devolver la parte proporcional de la “cuota de ingreso”.
- La cuota de matrícula no puede exceder el monto de una pensión mensual²⁴; de este modo no existe total libertad para fijar el costo de servicio (la contraprestación).

²² No queda duda que el contrato de servicios educativos es un contrato bilateral, con prestaciones recíprocas, no formal, oneroso, conmutativo, de tracto sucesivo, de ejecución continuada, principal y nominado.

²³ La institución educativa está prohibida de impedir el traslado de los estudiantes, incluso si ellos vienen arrastrando deuda por pensiones escolares. Decreto Supremo N° 005-2021-MINEDU, artículo 53, numeral 53.4

²⁴ Decreto Supremo N° 005-2021-MINEDU, artículo 49, numeral 49.1

- No se puede exigir el pago de las pensiones de forma adelantada²⁵, no se pueden cobrar las pensiones a inicio o quincena de mes; no existiendo total libertad para determinar la oportunidad del pago de la contraprestación por el servicio brindado.
- Los colegios privados no tienen libertad de contratar absoluta; pues, por ejemplo, no pueden realizar evaluaciones a los estudiantes como parte del proceso de admisión en el nivel inicial y en el primer grado de primaria.²⁶
- Los usuarios del servicio pueden dejar de cumplir con sus obligaciones económicas (pago de las pensiones escolares) pero la institución educativa no puede dejar de brindar el servicio educativo; no puede condicionar la atención de reclamos, la entrega de informes de progreso (libreta de notas), la asistencia o evaluación del estudiante al pago de la pensión o cualquier otro pago.²⁷ En buena cuenta, no puede resolver el contrato por incumplimiento.
- Los términos del contrato de servicios educativos pueden ser modificados por normas legales; tal como ocurrió con el Decreto Legislativo N° 1476 al inicio de la pandemia por COVID-19.

El "Contrato de locación de servicios" (artículos 1764° al 1770° del Código Civil Peruano) contiene elementos y características particulares que ha llevado a clasificarlo como un "contrato típico". Pero, por las consideraciones antes descritas, el contrato de servicios educativos no tiene todos los elementos tipificantes de ese tipo contractual (locación de servicios).

Así, el contrato de servicios educativos no se trataría de un contrato atípico puro²⁸, sino de un contrato que presenta puntos en común con la locación de servicios; empero, en tanto no se reduce a una mera prestación de servicios y al pago de una retribución, sino que además compromete prestaciones accesorias y deberes anexos que desborda las fronteras de dicho contrato típico.

IV. COMPETENCIA DEL MINEDU Y DEL INDECOPI EN MATERIA DE SERVICIOS EDUCATIVOS PRESTADOS POR LOS COLEGIOS PRIVADOS

4.1 Competencia del Ministerio de Educación para velar por el cumplimiento de las normas educativas

En materia servicios educativos, la Ley de los Centros Educativos Privados (Ley N° 26549) señala que las Unidades de Gestión Educativa Local (UGEL) del Ministerio de Educación supervisan el funcionamiento de los centros educativos de educación básica de gestión

²⁵ Decreto Supremo N° 005-2021-MINEDU, artículo 50, numeral 50.2

²⁶ Decreto Supremo N° 005-2021-MINEDU, artículo 52, numeral 52.1

²⁷ Decreto Supremo N° 005-2021-MINEDU, artículo 53, numeral 53.5

²⁸ Son contratos atípicos puros aquellos que carecen de todo ordenamiento legal y no coinciden en ninguno de sus aspectos con los contratos regulados; mientras que los contratos atípicos mixtos son aquellos integrados por composición de prestaciones típicas de otros contratos o de elementos nuevos con conocidos, dispuestos en combinaciones diferentes de las que pueden apreciarse en los contratos típicos y tomados de más de uno de esos contratos. MASNATTA, Héctor. "El Contrato Atípico. Monografías Jurídicas". Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961; pág. 51-52

privada, a efectos de asegurar el cumplimiento de las obligaciones legales y reglamentarias correspondientes.²⁹

Esta misma norma precisa que las Direcciones Regionales de Educación (DRE) y las Unidades de Gestión Educativa Local (UGEL) cuentan con facultades para supervisar, fiscalizar, sancionar e imponer medidas preventivas, correctivas y cautelares a la institución educativa privada y/o al propietario o promotor, por infracción de las disposiciones legales y reglamentarias que las regulan y por la inobservancia de las condiciones básicas aplicables a los servicios educativos de Educación Básica.^{30 31}

La tipificación de las infracciones, el procedimiento administrativo y las sanciones que resulten aplicables; así como las medidas preventivas, correctivas y cautelares que sean indispensables; serán las señaladas en el reglamento de dicha ley.

En línea con lo dispuesto, el "Reglamento de Colegios Privados" (al que nos hemos referido anteriormente), contiene todo un título en relación con la "Supervisión de la prestación del servicio de educación básica de gestión privada" (Título III, artículos del 56° al 69°), otro referido a las "infracciones y sanciones" (Título IV, artículos del 70° al 79°), otro más sobre el "procedimiento sancionador" (Título V, artículos del 80° al 90°), y uno relativo a las medidas correctivas y cautelares (Título VI, artículos del 91° al 104°).

De esta forma, las instancias competentes del Ministerio de Educación supervisan el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones legales y reglamentarias, así como, en general, las disposiciones normativas exigibles a las instituciones educativas privadas.

Ahora, en el mismo Reglamento de Colegios Privados se señala que si durante la diligencia de supervisión se evidenciara cualquier indicio de irregularidad en el cumplimiento de la normativa laboral, previsional, tributaria, municipal, de protección al consumidor o cualquier otra normatividad administrativa vigente, el supervisor pondrá ello en conocimiento de la autoridad para que evalúe comunicar dicho hallazgo a la entidad competente.³²

Del mismo modo, ya dentro de las Disposiciones Complementarias Finales del citado Reglamento, se precisa que la actividad de supervisión que corresponde a las Unidades de Gestión Educativa Local no limita el ejercicio de las facultades de supervisión, fiscalización y sanción con que cuentan otras entidades en el ámbito de su competencia.³³

4.2 Competencia del INDECOPI sobre los proveedores de servicios educativos

El INDECOPI, en su calidad de Autoridad Nacional de Protección al Consumidor, se encuentra facultado para supervisar el cumplimiento de las disposiciones establecidas en

²⁹ Ley N° 26549, artículo 13, modificado por Decreto de Urgencia N° 002-2020

³⁰ Ley N° 26549, artículo 17, modificado por Decreto de Urgencia N° 002-2020

³¹ Del mismo modo, el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 882, modificado por la Primera Disposición Complementaria, Modificatoria de la Ley N° 30220, señala que el Ministerio de Educación y los gobiernos regionales pueden imponer sanciones administrativas a las instituciones educativas particulares bajo su supervisión, por infracción de las disposiciones legales y reglamentarias que las regulan.

³² Decreto Supremo N° 005-2021-MINEDU, artículo 69.

³³ Decreto Supremo N° 005-2021-MINEDU, Segunda Disposición Complementaria Final.

el Código de Protección y Defensa del Consumidor, las cuales se encuentran referidas a diferentes servicios, y dentro de estos a los servicios educativos.

En lo que se refiere a servicios educativos, el INDECOPI supervisa que los proveedores de estos servicios cumplan con dos obligaciones principales:

- Información: el proveedor de servicios educativos tiene la obligación de ofrecer a los usuarios toda la información relevante para que estos tomen una decisión adecuada de consumo, así como para efectuar un uso adecuado de los servicios. Dicha información debe ser: veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y accesible.
- Idoneidad: entendiéndose por idoneidad la correspondencia entre lo que el usuario del servicio espera y lo que efectivamente recibe; lo que depende de las condiciones ofrecidas, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del servicio, y el precio.

Sin perjuicio de estos dos deberes generales, y demás derechos reconocidos por el Código (de manera general) a los consumidores del sector educativo, como por ejemplo, el derecho a la no discriminación o el derecho a la protección de sus intereses económicos; en el Título IV, Capítulo III, artículos 73° al 75° del Código, se establecen los principales derechos de los consumidores en los productos y servicios educativos, así como las principales obligaciones de los proveedores de dicho sector en cuanto a la idoneidad e información:

Artículo 73.- Idoneidad en productos y servicios educativos

El proveedor de servicios educativos debe tener en consideración los lineamientos generales del proceso educativo en la educación básica, técnico-productiva y educación superior, asegurando la calidad de los servicios dentro de la normativa sobre la materia.

Artículo 74.- Derechos esenciales del consumidor en los productos y servicios educativos

74.1. Atendiendo a la especialidad de los productos y servicios educativos, el consumidor tiene derecho esencialmente a lo siguiente:

- a. Que se le brinde por escrito información veraz, oportuna, completa, objetiva y de buena fe sobre las características, condiciones económicas, ventajas y demás términos y condiciones del producto o servicio.
- b. Que se le cobre la contraprestación económica correspondiente a la prestación de un servicio efectivamente prestado por el proveedor de servicios educativos.
- c. Que se le informe antes de que se inicie el proceso de contratación sobre los documentos, certificaciones, licencias o autorizaciones con que cuenta el proveedor para desarrollar lícitamente la actividad.

- d. Que se le informe de manera clara y destacada sobre la naturaleza y condiciones de la certificación que será otorgada a la conclusión del programa y servicio contratado.
- e. Que no se condicione la entrega del documento que acredite, certifique o deje constancia del uso o desarrollo del producto o servicio a pago distinto del derecho de trámite, salvo en el caso de que el usuario registre deuda pendiente con la institución educativa, en concordancia con la legislación sobre la materia.
- f. Que se tomen medidas inmediatas de protección cuando el servicio afecta el proceso formativo de los niños, niñas y adolescentes.
- g. Que la institución educativa difunda y promueva objetivamente las ventajas y cualidades que ofrecen a los usuarios.

74.2. La enumeración de los derechos establecidos en esta norma no excluye los demás que la Constitución Política del Perú o normas especiales garantizan ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en el respeto de los derechos reconocidos en el presente Código.

Artículo 75.- Deber de informar de los centros y programas educativos

Los centros y programas educativos antes de finalizar cada período educativo y durante el proceso de matrícula están obligados a brindar en forma veraz, suficiente, apropiada y por escrito al consumidor información sobre el monto, número y oportunidad de pago de las cuotas o pensiones del siguiente período educativo, así como la posibilidad de que se incremente el monto de las mismas.

Sin perjuicio de lo señalado en el Código, existen normas emitidas por otras entidades que regulan el servicio educativo, como lo es el Ministerio de Educación, que son tomadas en cuenta por el INDECOPI para verificar el cumplimiento del deber de idoneidad establecido en el Código.

Así por ejemplo, en la Resolución N° 0601-2023/SPC-INDECOPI, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal del INDECOPI, señaló lo siguiente:

8. El artículo 73° del Código [de Protección y Defensa del Consumidor] recoge el deber de idoneidad de los proveedores de servicios educativos, a través del cual se establece que estos deben tener en consideración los lineamientos generales del proceso educativo en la educación básica, técnico-productiva y educación superior, asegurando la calidad de los servicios dentro de la normativa sobre la materia, con la finalidad de no afectar los derechos de los consumidores.

9. Así, cabe precisar que, de acuerdo al artículo anteriormente citado, el deber de idoneidad que deben cumplir los proveedores de servicios educativos, no se limita a una evaluación de la calidad del servicio efectivamente brindado,

sino también al respeto de las normas sectoriales que regulan la materia educativa.

10. En concordancia con ello, el artículo 20° del Código dispone que, para determinar la idoneidad de un producto o servicio, se deberá comparar al mismo con las garantías que el proveedor haya brindado y a las que esté obligado, pudiendo estas ser explícitas (términos y condiciones expresamente ofrecidos), implícitas (fines y usos previsibles del producto/servicio según usos y costumbres del mercado) y legales (cumplimiento de los mandatos legales y las regulaciones vigentes).

11. Por su parte, el artículo 104° del Código establece que el proveedor es administrativamente responsable por la falta de idoneidad o calidad sobre el producto o servicio determinado y que es exonerado de responsabilidad administrativa si logra acreditar la existencia de una causa objetiva, justificada y no previsible que configure una ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de un tercero o de la imprudencia del propio consumidor afectado.

12. El referido supuesto de responsabilidad en la actuación del proveedor le impone a este la carga procesal de sustentar y acreditar que no es responsable por la falta de idoneidad del bien o servicio colocado en el mercado, debido a la existencia de hechos ajenos que lo eximen de responsabilidad. Así, corresponderá al consumidor –o a la Autoridad Administrativa, en el caso de procedimientos promovidos por su propia iniciativa– acreditar la existencia de un defecto en el producto o servicio, luego de lo cual el proveedor deberá acreditar que dicho defecto no le es imputable.

4.3 ¿Concurrencia de competencias?

De lo hasta ahora señalado, entonces, frente al incumplimiento de las normas que regulan las actividades de las instituciones educativas privadas de educación básica y la vulneración a las normas de protección al consumidor, tanto el INDECOPI como el Ministerio de Educación podrán sancionar tales infracciones. Esa concurrencia de competencias se sustentaría en la protección de bienes jurídicos distintos; en lo que se refiere al INDECOPI se tutela los derechos de los consumidores y, en lo que se refiere al Ministerio de Educación, se vela por un adecuado funcionamiento del sistema educativo.

Al respecto, en la Resolución N° 2323-2018/SPC-INDECOPI, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal del INDECOPI, se pronunció respecto a las competencias del Ministerio de Educación y del INDECOPI en materia de servicios educativos; manifestando lo siguiente:

El Ministerio de Educación (Minedu), en conformidad con la Ley de Centros Educativos Privados y la Ley de Promoción de la Inversión en la Educación, es competente para supervisar el funcionamiento de los centros educativos privados, así como

para imponer sanciones a estos por infracciones a las disposiciones legales y reglamentarias que las regulan. Para ello, su Reglamento de Infracciones y Sanciones para Instituciones Educativas Particulares (RIS) establece las infracciones en que pueden incurrir dichos centros educativos. No obstante, ello no enerva la competencia que el Código reconoce al Indecopi para sancionar las infracciones por afectación a los derechos e intereses del consumidor.

Así, si bien el RIS contempla una serie de conductas en las que pueden incurrir los proveedores de los servicios educativos privados ("infracciones de carácter pedagógico, institucional y administrativo"), y que pueden ser sancionadas por el Minedu, no existe una identidad causal con el bien jurídico tutelado por el Indecopi, pues este se encarga de velar por el interés de los consumidores, mientras que el Minedu busca regular las condiciones de calidad y el adecuado funcionamiento del sistema educativo. En tal sentido, y conforme con la normativa especial, el Indecopi es competente, por ejemplo, para sancionar la falta de información sobre condiciones económicas del servicio educativo y el cobro de cuotas extraordinarias.

En ese sentido, tratándose de hechos que suponen una infracción a las normas de protección al consumidor y, simultáneamente, infracciones al marco regulatorio del sistema educativo, ambas entidades, el Ministerio de Educación y el INDECOPI, pueden tener competencia para sancionar las conductas infractoras; ello, como hemos visto, en la medida que no existe una identidad causal o de fundamento.

Así, en otra resolución, Resolución N° 2505-2022/SPC-INDECOPI, la misma Sala Especializada en Protección al Consumidor, señaló:

127. Siendo ello así, si bien el Ministerio de Educación resulta competente para sancionar las infracciones, debe tenerse en cuenta que dicho organismo no ejerce potestad sancionadora en observancia de las normas de protección al consumidor (como los principios de Corrección de la Asimetría Informativa o el principio Pro Consumidor) y no resulta competente para determinar infracciones a dicha normativa. Por su parte, el Indecopi -en mérito a su condición de autoridad competente en materia de protección al consumidor- tiene potestad para pronunciarse sobre las afectaciones a los derechos de los consumidores originadas en la falta de idoneidad del servicio educativo básico.

(...)

130. En ese sentido, es pertinente manifestar que aun cuando, en un determinado caso, las conductas puedan constituir infracciones sancionables por el Ministerio de Educación (a través de sus órganos competentes) –como, por ejemplo, direccionar la compra de uniformes escolares o el requerir cuotas extraordinarias no autorizadas–, lo cierto es que la posibilidad de que por un mismo hecho el Indecopi imponga

una sanción y también lo haga otra autoridad competente en materia de servicios educativos, se justifica dado que pueden tener distintos fundamentos, siendo jurídicamente posible que de una conducta específica, deriven diversas infracciones, las que a su vez, pueden ser materia de distintas sanciones.

(...)

132. En efecto, el bien jurídico tutelado por el Indecopi es el interés de los consumidores, es decir, que los bienes o servicios que estos adquieran o contraten cubran las expectativas que razonablemente pudieron generar. Por su parte, las normas cuya aplicación se encomienda al Ministerio de Educación (infracciones de carácter pedagógico, institucional y/o administrativo, de acuerdo al artículo 4° del Reglamento de Infracciones y Sanciones), buscan regular la calidad y el buen funcionamiento del sistema educativo.

133. Siendo así, frente al incumplimiento de las normas que regulan las actividades de las instituciones educativas privadas (Reglamento de Infracciones y Sanciones) y la vulneración a las normas de protección al consumidor, tanto el Indecopi como el Ministerio de Educación, podrán sancionar tales infracciones, en la medida que no se verifica una identidad causal o de fundamento (se sustentan en la protección de bienes jurídicos distintos). El primero tutelaría los derechos de los consumidores y el segundo velaría por un adecuado funcionamiento del sistema educativo, lo cual incluye el aspecto pedagógico, institucional y/o administrativo.

134. En tal sentido, y por lo señalado precedentemente, resulta viable el hecho de que Indecopi sea competente para conocer y resolver infracciones a las normas de protección al consumidor relacionadas con la falta de idoneidad en los productos y servicios educativos, siendo el Ministerio de Educación competente, a su vez, para velar por el cumplimiento de las normas educativas; ello, dado que cada entidad, de forma independiente, tutela bienes jurídicos distintos aun cuando hayan quedado afectados por la comisión de un mismo hecho.

V. DISPOSICIONES NORMATIVAS Y PRONUNCIAMIENTOS DEL INDECOPI QUE (SOBRE)PROTEGEN A LOS USUARIOS DEL SERVICIO EDUCATIVO

5.1 En relación con las obligaciones económicas de los usuarios del servicio frente a la institución educativa

5.1.1 La ley establece los únicos conceptos que pueden cobrar las instituciones educativas con ocasión del servicio educativo

En el inciso 16.2 del artículo 16° de la Ley N° 26549, "Ley de los Centros Educativos Privados", modificado por el Decreto de Urgencia N° 002-2020, dispone que la institución educativa no podrá exigir a los usuarios del servicio el pago de sumas o recargos por conceptos diferentes a los establecidos en la Ley; es decir, distintos a la cuota de ingreso, matrícula y pensiones.

Al respecto, el Decreto Supremo N° 005-2021-MINEDU, "Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Instituciones Educativas Privadas de Educación Básica" precisa, en su artículo 46, numeral 46.1, que los ingresos que recibe la institución educativa son "directos" e "indirectos"; siendo los "ingresos directos" aquellos pagos que recibe la institución educativa por la prestación de los servicios educativos, como consecuencia del acceso o la permanencia de los estudiantes en la institución educativa privada. Dichos pagos corresponden a la cuota de ingreso, la cuota de matrícula y las pensiones de enseñanza.³⁴

De este modo, está prohibido el cobro de cualquier otro concepto distinto a los permitidos o realizar el cobro de "cuotas extraordinarias".

Sobre el particular, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal del INDECOPI se ha pronunciado manifestando, por ejemplo, en la Resolución N° 1825-2019/SPC-INDECOPI, lo siguiente:

72. Al respecto, conforme a anteriores pronunciamientos, esta Sala considera que el hecho de que se haya consignado que dicho pago era "voluntario" no exime al proveedor de responsabilidad. Así, los centros educativos particulares, conforme al artículo 16° de la Ley 26549, Ley de los Centros Educativos Privados, solo pueden efectuar cobros distintos a la cuota de ingreso, matrícula y pensiones en caso cuenten con autorización administrativa. En otras palabras, cualquier cobro no autorizado se encuentra prohibido, ya sea que se haya consignado que este es "voluntario" o no.

73. Asimismo, un centro educativo -más allá de representar una autoridad para el menor- tiene la capacidad de condicionar la actuación de los padres de familia, encontrándose en una

³⁴ Los ingresos indirectos son aquellos pagos o beneficios que recibe la institución educativa por conceptos distintos a la cuota de ingreso, cuota de matrícula y las pensiones de enseñanza. Así, tales pagos pueden corresponder a los costos de los trámites u otros servicios prestados fuera del horario escolar y/o del año lectivo o periodo promocional, y los provenientes por donaciones o colaboraciones voluntarias de terceros, u otros (Decreto Supremo N° 005-2021-MINEDU, "Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Instituciones Educativas Privadas de Educación Básica", artículo 46, numeral 46.2).

posición que le permite exigirles ciertas conductas pues la motivación principal de los padres será colaborar con el proceso educativo de sus menores hijos. Por tal motivo, estos difícilmente cuestionarán el cobro de cuotas extraordinarias efectuado por el centro educativo, aun cuando el mismo no se encuentre conforme a Ley.

En el mismo sentido, el mismo órgano resolutorio, manifestó lo siguiente en la Resolución N° 1198-2024/SPC-INDECOPI:

19. Así, en el presente caso se evidencia que el cobro de una cuota extraordinaria vulneraba una garantía legal, recogida en el artículo 16° de la Ley de Centros Educativos.

(...)

28. Distinto, es el caso cuando la institución educativa ofrece servicios independientes del servicio regular prestado en el año escolar, como podría ser talleres vacacionales; los cobros efectuados no serían "extraordinarios" a una cuota de ingreso, matrícula o pensiones.

5.1.2 La norma establece un límite respecto al monto de la cuota de matrícula

Si bien los colegios privados tienen libertad para establecer el monto de la cuota de ingreso, de la matrícula y de las pensiones escolares; la norma establece un límite respecto a la cuota de matrícula.

En efecto, en el literal b) del numeral 14.1 del artículo 14° de la Ley N° 26549, "Ley de los Centros Educativos Privados", modificado por el Decreto de Urgencia N° 002-2020, se señala que "la cuota de matrícula no puede exceder al importe de una pensión mensual."

Por su parte, respecto a la cuota de matrícula, el Decreto Supremo N° 005-2021-MINEDU, "Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Instituciones Educativas Privadas de Educación Básica", ratifica que el monto de este concepto no debe exceder al monto de una pensión mensual de enseñanza, además de precisar que "es el pago que se realiza con la finalidad de asegurar la inscripción del estudiante durante el año lectivo o periodo promocional."

Si el monto de la cuota de matrícula supera el monto de una pensión educativa mensual, entonces la institución educativa incurrirá en una infracción grave según el acápite 2.2 de la "Tabla de Infracciones y Sanciones" del mismo Decreto Supremo N° 005-2021-MINEDU.

5.1.3 No se puede cobrar por el servicio educativo de manera adelantada

Los colegios privados no pueden cobrar por los servicios que prestan, de manera adelantada.

Al efecto, según lo previsto en el numeral 16.2 del artículo 16° de la Ley N° 26549, "Ley de los Centros Educativos Privados", modificado por el Decreto de Urgencia N° 002-2020, la institución educativa "no puede obligar a los usuarios a efectuar el pago de una o más pensiones mensuales adelantadas; salvo en el caso en que dichos pagos sustituyan a la cuota de ingreso o a la cuota de matrícula, a elección de estos."

Por su parte, el Reglamento de Instituciones Educativas Privadas de Educación Básica, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2021-MINEDU, contiene una disposición similar en el numeral 50.2 de su artículo 52, en el cual señala que: "la institución educativa privada no puede exigir el abono de una o más pensiones adelantadas."

Es decir, este pago no podrá ser exigido ni al comienzo ni durante el mes. Así lo señaló la autoridad de consumo en su RESOLUCIÓN 0202-2010/SC2-INDECOPI:

24. Cabe precisar que la norma indicada prohíbe cobrar la pensión de enseñanza por un servicio educativo que aún no termina de prestarse, así por ejemplo, la pensión del mes de marzo no podrá ser cobrada al inicio ni durante dicho mes sino a la culminación del servicio educativo brindado en tal periodo, es decir, el último día de marzo. No obstante, en el caso que la prestación de servicios culmine antes de finalizar el mes – situación que usualmente se produce en los meses de diciembre de cada año-, el centro educativo estará facultado a exigir el cobro al término del periodo de clases, por cuanto es en este momento en que se producirá la finalización del servicio educativo del mes.

En el mismo sentido, en un procedimiento seguido ante INDECOPI (Expediente N° 0009-2021/CPC-INDECOPI-CUS-SIA), la Sala Especializada en Protección al Consumidor, resolvió que "una vez culminado tal servicio, se puede efectuar el cobro de las contraprestaciones respectivas, esto es, en los últimos días del mes calendario. No obstante ello, el mencionado pronunciamiento indica que cuando la prestación de los servicios culmine antes de finalizar el mes, situación que se produce usualmente en el mes de diciembre, el centro educativo podrá exigir el cobro al término del periodo de clases, por cuanto en dicho momento se produce la culminación del servicio educativo. Siendo ello así, este último supuesto considera que se trata de una situación excepcional que termine de brindarse el servicio educativo antes de culminar el mes."

5.1.4 Limitaciones que tienen los colegios privados para procurar el pago de las pensiones adeudadas

Los colegios se sostienen con las pensiones escolares. Estas sirven para cubrir los gastos operativos, remuneraciones del personal, adquisición y mantenimiento de mobiliario, aparatos electrónicos, pago de servicios públicos, mantenimiento del local escolar, entre otros.

Sin embargo, la normativa vigente restringe las posibilidades que tienen los colegios privados para poder cobrar las pensiones que los padres adeudan.

En primer lugar, en el inciso 16.1 del artículo 16° de la Ley de los Centros Educativos Privados se precisa que la institución educativa privada está prohibida de condicionar la atención de reclamos, la entrega de libreta de notas, la asistencia o evaluación del estudiante al pago de la pensión o cualquier otro pago. La institución educativa únicamente puede retener los certificados de estudios correspondientes a los grados de estudios no pagados, siempre que hubiera informado de ello a los usuarios del servicio antes de iniciarse el proceso de matrícula.

En el mismo sentido, el Reglamento de Instituciones Educativas Privadas de Educación Básica señala, en el numeral 53.5 del artículo 53, que la institución educativa privada está prohibida de condicionar la atención de reclamos, la entrega de informes de progreso, la asistencia o evaluación del estudiante al pago de la pensión o cualquier otro pago.

Sin embargo, ese mismo numeral también dispone que la institución educativa, en ninguna circunstancia, puede utilizar medios violentos o intimidatorios de cobranza, que afecten la reputación de los usuarios y que atenten contra la privacidad de su hogar o que afecten sus actividades o su imagen ante terceros, ni cometer actos que les sean denigrantes, con el fin de garantizar el pago de las pensiones u otros montos adeudados.

En ese sentido, las únicas medidas que podrían aplicar los colegios privados cuando los padres no pagan las pensiones, se reducen a:

- Cobrar, por concepto de mora, la tasa máxima de interés convencional moratorio estipulada por el Banco Central de Reserva para instituciones no financieras.³⁵
- Cobrar los gastos administrativos, asesoría legal externa, extrajudiciales, judiciales, costas y costos o cualquier otro concepto en que el colegio o su entidad promotora incurra o haya incurrido para el cobro o recupero de lo adeudado.
- Retener los certificados correspondientes a los periodos adeudados.³⁶

Al respecto, el Reglamento de Instituciones Educativas Privadas de Educación Básica, dispone, en el numeral 53.4 del artículo 53, que la institución educativa privada de origen (o sea, en la cual estudiaba el alumno cuyos padres adeudan al colegio) está prohibida de impedir su traslado (aun cuando queden debiendo); y solo pueden retener los certificados de estudios de los grados de estudios no

³⁵ El 19 de enero de 2015, mediante Resolución N° 0126-2015/SPC-INDECOPI, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del INDECOPI precisó las atribuciones con las que cuentan las entidades educativas para fijar intereses moratorios. Cabe mencionar que este pronunciamiento fue emitido en el marco de un procedimiento iniciado de oficio por la Comisión de la Oficina Regional de INDECOPI de Cusco contra la Universidad Alas Peruanas S.A. debido a que, ante el incumplimiento del pago de las pensiones en las fechas pactadas, requería a los consumidores el pago de una penalidad que, sumada a los intereses moratorios, excedía los límites establecidos por el Banco Central de Reserva del Perú.

En esta resolución, la Sala, en primer lugar, precisa que las instituciones educativas se encuentran facultadas para requerir el pago de intereses moratorios en los casos de incumplimiento de las obligaciones económicas asumidas por los consumidores, siendo la tasa máxima para este tipo de interés la establecida por el Banco Central de Reserva del Perú; pero luego advirtió que, al margen de la denominación otorgada, el requerimiento de pago por concepto de penalidad tenía por finalidad conminar a los usuarios del servicio educativo al pago oportuno de las pensiones de enseñanza, por lo que cumplía una función indemnizatoria al igual que el interés moratorio. En ese sentido, en aplicación del principio de primacía de la realidad establecido en el artículo V del Código de Protección y Defensa del Consumidor, correspondía asumir dicho cobro como intereses moratorios adicionales.

La Sala precisó que no desconocía la facultad de las instituciones educativas para determinar la imposición de penalidades frente a incumplimientos contractuales. Sin embargo, en el caso bajo análisis se evidenció que la penalidad impuesta constituía en realidad el cobro de intereses, por lo que el valor total de los mismos no debía superar los límites establecidos para tales efectos.

³⁶ Sin embargo, esta medida tampoco garantiza del todo que los usuarios del servicio que deben cumplir con honrar su obligación; pues, estos pueden gestionar directamente los certificados con la UGEL del sector.

pagados, y siempre y cuando se haya informado antes y durante el proceso de matrícula sobre la posibilidad de aplicar dicha medida.

Sobre el particular, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal del INDECOPI ha precisado lo siguiente, en la Resolución N° 0293-2025/SPC-INDECOPI:

19. (...), el artículo 16° de la Ley de los Centros Educativos Privados, Ley 26549, dispone que, ante la falta de pago, las instituciones educativas privadas están facultadas para retener los certificados de estudios únicamente de los grados académicos no pagados, siempre que se haya informado de esta posibilidad a los usuarios del servicio dentro del plazo estipulado en el artículo 14° de dicha ley. Ello también se desarrolla en el artículo 53.4° del Decreto Supremo 005-2021-MINEDU, en el cual se establece que la retención de certificados por falta de pago solo es válida si se informa previamente a los usuarios de conformidad con los deberes de información establecidos en la normativa aplicable.

20. Por su parte, el literal f) del artículo 14.1° de la Ley 26549 obliga a las instituciones educativas privadas a proporcionar información clara, suficiente, adecuada y por escrito a los usuarios del servicio educativo. Esta información debe incluir, entre otros aspectos, si se efectúa la retención de certificados de estudios por falta de pago de pensiones y debe ser comunicada con un mínimo de treinta (30) días calendario antes del inicio del proceso de matrícula de cada año lectivo o período promocional.

21. De acuerdo con la normativa citada, las instituciones educativas tienen la facultad de retener los certificados de estudios en caso de deudas impagas por parte de los consumidores; sin embargo, esta facultad está condicionada a que se haya informado previamente al usuario sobre dicha posibilidad, y esta comunicación debe haberse realizado con las condiciones y dentro del plazo establecido por la ley.

Ahora, si bien es cierto, conforme ya se ha visto en el punto anterior, la ley faculta bajo ciertas condiciones que los colegios puedan retener los certificados de estudios de los periodos adeudados; sin embargo, este justo medio de garantía de cobro por parte de las instituciones educativas privadas es debilitada por el Estado mismo con la creación del CLA (Certificado de Logros de Aprendizaje), documento que libremente puede ser extraído por el padre de familia o por el propio estudiante mayor de 16 años de la plataforma que el MINEDU ha implementado para tal efecto.³⁷

³⁷ La constancia de logros de aprendizaje presenta los resultados de evaluación de los grados cursados, por nivel educativo, por las/los estudiantes. Se obtiene de manera digital y gratuita. La pueden emitir las/los ciudadanas/os peruanas/os que hayan cursado algún grado en Educación Básica Regular a partir del año 2013 en instituciones educativas públicas y privadas. En este documento, se visualizan las calificaciones correspondientes a los grados cursados en la Educación Básica Regular por nivel educativo (inicial, primaria y secundaria). Además, se registra el nombre y

La data de esta plataforma se extiende del año 2013 en adelante.

El CLA se expide gratuitamente y contiene toda la información de las calificaciones del estudiante, las cuales son extraídas de la información contenida en el SIAGIE (sistema centralizado en el cual todos los colegios, públicos y privados, ingresan las calificaciones de los estudiantes). Presenta los resultados de la evaluación final de los grados cursados por cada nivel educativo del estudiante; es decir, contiene la misma información que el certificado de estudios.

Aunque el CLA no es el certificado de estudios, muchos colegios y universidades lo aceptan como medio de acreditación de los años escolares cursados por el estudiante; permitiendo, de este modo, que un padre de familia moroso pueda realizar el traslado de su hijo cuando el colegio no renueva el servicio educativo por deuda o que el estudiante pueda postular a la universidad una vez concluidos sus estudios escolares impagos.

Es decir, el Estado ha dejado una puerta abierta al incumplimiento de las obligaciones económicas del padre de familia con el centro educativo particular.

- No ratificar la matrícula del estudiante para el siguiente año escolar.

Sobre el particular, el numeral 53.2 del artículo 53 del Reglamento de Instituciones Educativas Privadas de Educación Básica señala que la institución educativa puede negarse a realizar el proceso de matrícula para la continuidad en el siguiente año lectivo o periodo promocional en caso los padres de familia, personas a cargo de la tutela o representación legal del estudiante hubieran incumplido con las obligaciones de índole económica pactadas en el contrato o acuerdo de servicios educativos, según la frecuencia establecida en este, pero siempre y cuando ello hubiera sido pactado en el citado contrato o acuerdo.

Sin embargo, para poder aplicar dicha medida, el numeral 53.3 del mismo artículo citado, dispone que la institución educativa debe informar treinta días calendario antes de finalizar el año lectivo o periodo promocional sobre la no continuidad del servicio educativo como consecuencia de los incumplimientos señalados en el párrafo anterior, ello con la finalidad de salvaguardar el bienestar del estudiante y garantizar su oportuno traslado a otra institución educativa, de ser el caso. En caso el usuario del servicio no tome conocimiento (o sea, en caso no se le comunique y/o dentro del plazo señalado), la institución educativa deberá realizar el proceso de matrícula del siguiente año lectivo o periodo promocional.

- Iniciar las acciones que como acreedor le faculta la legislación peruana; lo que comprende, por ejemplo, el reporte de los obligados (uno o ambos padres de familia, o el apoderado en su caso) morosos a las centrales de riesgo.

Cabe mencionar que, adicionalmente a las pocas alternativas que tienen los colegios privados para procurar el pago de las pensiones adeudadas, se debe ser

DNI del estudiante, el código modular del colegio y la situación final (aprobado o desaprobado) por grado. Aunque no reemplaza al Certificado de Estudios, muchos centros superiores aceptan el CLA como si fuera tal.

muy cuidadoso respecto a los métodos que se utilizan para el cobro, porque se podría incurrir en una infracción administrativa.

En efecto, como ya se adelantó, el mismo Reglamento de Instituciones Educativas Privadas de Educación Básica señala que la institución educativa, en ninguna circunstancia, puede utilizar medios violentos o intimidatorios de cobranza, que afecten la reputación de los usuarios y que atenten contra la privacidad de su hogar o que afecten sus actividades o su imagen ante terceros, ni cometer actos que les sean denigrantes, con el fin de garantizar el pago de las pensiones u otros montos adeudados.³⁸

Sobre el particular, en su Resolución N° 0542-2022/SPC-INDECOPI, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal del INDECOP, indicó que:

31. Sobre el particular, la norma en cuestión señala expresamente la prohibición de que las instituciones educativas utilicen fórmulas intimidatorias que afecten el normal desenvolvimiento del desarrollo educativo de los alumnos para procurar el cobro de sus pensiones. De ello se desprende, que bastará con poner en conocimiento dicha acción para que la infracción se configure, no siendo necesario que el denunciado haya materializado tal infracción, menos aún que los consumidores hayan reclamado por ello.

Asimismo, en su Resolución N° 1060-2023/SPC-INDECOPI, la misma Sala manifestó que:

43. Para que se configure la infracción materia de análisis basta con que se constriña a los padres de familia (por ejemplo, con una advertencia en un documento), no siendo estrictamente necesario que la medida se efectivice. La razón de ello es que, con la sola advertencia, se condiciona la conducta de los padres de familia, quienes, bajo la creencia de que se les aplicará las medidas anunciadas, procurarán no incurrir en el supuesto que habilita al Colegio a castigarlos. Cabe precisar que en este caso no se está sancionando el fin buscado (procurar el pago de las pensiones) sino el medio utilizado para ello, pues el mismo es ilegal.

De esta forma, en un pronunciamiento más reciente, el mismo órgano resolutorio ha precisado que un colegio incurre en responsabilidad administrativa si informa una medida prohibida de cobro, más allá de si se aplicó o no. Así, en la Resolución N° 0088-2025/SPC-INDECOPI, la Sala señala lo siguiente:

40. (...), se evidencia que, a pesar de que se ha establecido legalmente como una medida prohibida el que un centro educativo condicione la entrega de libreta de notas al pago de la pensión o cualquier otro pago, el Colegio consignó dicho método en su Reglamento Interno de Convivencia Escolar 2021,

³⁸ Reglamento de Instituciones Educativas Privadas de Educación Básica, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2021-MINEDU, artículo 53, numeral 53.5.

con lo que se prueba una infracción al deber de idoneidad en los servicios educativos, tipificada en el artículo 73° del Código.

41. Si bien el Colegio alegó que se entregaron las calificaciones a los alumnos y las libretas de notas en cada ciclo académico, a pesar de que algunos tenían deuda, la presente infracción se produjo al consignarse esta medida prohibida de cobro, pues desde aquel momento generaron un impacto ilegítimo en el comportamiento de los consumidores, más allá de si se aplicaron o no."

En pocas palabras, según la normativa vigente, los colegios privados se ven obligados a prestar el servicio educativo aun cuando los usuarios de este (los padres del estudiante) no cumplan con pagar el servicio contratado.

El contenido de la normativa ha fomentado una conducta de irresponsabilidad en los usuarios, toda vez que se les permite dilatar el pago de las pensiones (siendo su principal obligación contractual) sin que ello afecte la ejecución del servicio.

Por proteger a los usuarios finales del servicio (los estudiantes) la norma blinda o premia al padre de familia o apoderado que incumple con sus obligaciones contractuales. Esta sobreprotección a los padres ocasiona un desbalance en la relación de consumo, pues los efectos de incumplimiento de aquellos son trasladados al colegio, que debe buscar la manera de superar la situación financiera además de incurrir en mayores gastos, pedir préstamos a entidades financieras y pagar intereses.

Ello sin mencionar que el perjuicio de la morosidad en el pago de las pensiones educativas no solo afecta a la institución educativa privada que presta el servicio, sino también a terceros acreedores con los que la empresa mantiene obligaciones jurídicas.

5.1.5 Los colegios privados ahora deben devolver la "cuota de ingreso"

La Ley 26549 contempla la devolución de la cuota de ingreso en caso de traslado a otro centro educativo; traslado que puede ocurrir en cualquier momento del año, incluso en el curso del año lectivo.

La obligación de devolver la cuota de ingreso está vigente para retiros o traslados que se produzcan a partir del 01 de marzo de 2021, fecha en que entró en vigencia el Decreto Supremo N° 005-2021-MINEDU (Reglamento de la Ley 26549); el cual, además, establece la forma y plazo de la devolución.

Así, en el anexo 3 del referido Decreto Supremo N° 005-2021-MINEDU, se establece la fórmula matemática de devolución. No obstante, básicamente, es una alícuota entre el total de años estudiados y la expectativa de años por estudiar en el centro educativo.

Cuando el monto de la devolución es mayor a 1 UIT, el colegio puede realizar la devolución hasta en seis (6) meses. No se ha fijado el plazo para los montos menores a 1 UIT, sin embargo, debemos entender, contrario sensu, que si el monto es menor a 1 UIT, la

devolución debe ser inmediata, una vez que se presente la liquidación de la misma a la familia y esta dé su conformidad y proporcione la cuenta bancaria de devolución.³⁹

5.2 Los colegios no pueden disponer del total de vacantes por aula autorizadas por la autoridad educativa

De acuerdo con Resolución Ministerial N° 447-2020- MINEDU que aprueba la “Norma sobre el proceso de matrícula en la educación básica”; las instituciones educativas deben reservar como mínimo dos (02) vacantes por aula para estudiantes con necesidades educativas especiales (NEE) asociadas a discapacidad leve o moderada. Las condiciones de discapacidad que suelen ser atendidas en la Educación Básica Regular están relacionadas con discapacidad auditiva, discapacidad visual, discapacidad física, sordoceguera, trastorno del espectro autista y discapacidad intelectual leve o moderada. Si no se reciben solicitudes de estudiantes con discapacidad leve o moderada durante la etapa prevista para la presentación de solicitudes, la institución educativa puede disponer de las vacantes reservadas.

Esta disposición ha sido confirmada por una reciente ley. En efecto, el 4 de abril de 2025 se promulgó la Ley N° 32289, que pretende garantizar y promover el acceso a la Educación Básica Regular de los estudiantes con discapacidad y que, por otra parte, impulsa la capacitación de los docentes.

Antes de la aparición de esta ley, esta modalidad de inclusión ya estaba prevista en las orientaciones de los procesos de matrícula que el MINEDU emitía anualmente como resolución Ministerial. El colegio debía reservar dos vacantes, anualmente y por grado, para la atención de estudiantes con necesidades educativas especiales (NEE); salvo que esas vacantes ya estuvieran cubiertas.

No obstante, La ley actual no es clara en dos aspectos:

- a) Las orientaciones para el proceso de matrícula de estudiantes con necesidades educativas especiales (NEE) establecía que se trataba de condiciones leves o moderadas que se debían acreditar con la documentación del médico tratante. En el caso de la ley bajo comentario, se habla de estudiantes con condición de discapacidad, de forma general.
- b) En las orientaciones para el proceso de matrícula se solía precisar los casos de discapacidad leve o moderada que eran susceptibles de ser atendidas por los centros públicos y privados de EBR: intelectual, motora, auditiva, visual y trastorno del espectro autista; todos siempre bajo la graduación de leve o moderada. La Ley 32289 no establece los casos de discapacidad, dejando abierto el espectro de opciones a situaciones tan específicas que difícilmente un docente tenga la competencia para atender adecuadamente.

Por otra parte, en las orientaciones del proceso de matrícula se establecía que el padre de familia debía, durante el proceso de matrícula, acreditar la condición de discapacidad mediante la constancia del médico tratante o institución médica; incluso se preveía la posibilidad de que los padres lo hagan mediante una declaración jurada, para poder ser matriculado como alumno con necesidades educativas especiales (NEE). Nuevamente, la Ley 32289 resulta insuficiente en cuanto a este detalle.

³⁹ D.S. N° 005-2021-MINEDU, art. 48°.

Finalmente, suele ocurrir que los padres de familia evitan registrar a su hijo como alumno con NEE debido a que no desean que se le califique como tal en los documentos oficiales del colegio o del MINEDU. Sin embargo, por otra parte, exigen a los colegios que se aplique al estudiante con discapacidad las adaptaciones o adecuaciones curriculares. En este sentido, consideramos que, si no media acreditación de la discapacidad durante la matrícula, el colegio no está obligado a atender esta exigencia.

Por lo expuesto líneas arriba, consideramos que esta ley requiere urgentemente de un reglamento que precise sus contenidos y alcances.

Añadimos que el centro educativo particular debe atender a los estudiantes con NEE aplicando las mismas pensiones que los demás estudiantes de su grado y nivel. Igualmente, debe adecuar los indicadores de logros a sus circunstancias particulares y emitir el reporte de rendimiento (libreta) sin realizar distinción alguna con sus compañeros de aula y grado.

En la práctica, suele ocurrir que los estudiantes con NEE que necesariamente reciben adaptación curricular por su condición de discapacidad intelectual, por ejemplo, obtienen calificaciones cualitativas equivalentes a sus compañeros (AD, A, B o C), aunque sus metas de logro sean menores. El hecho de que sus calificaciones reciban las mismas letras a partir de contenidos o competencias más sencillas, genera que desplacen o posterguen en el orden de mérito a muchos de sus compañeros al concluir quinto de secundaria, restándoles a estos últimos, opciones de acceso directo al postular a la universidad.

Sin perjuicio de lo mencionado, Ley General de la Persona con Discapacidad, Ley 29973, establece también algunas obligaciones que deben cumplir los colegios privados para brindar un servicio inclusivo a estudiantes con discapacidad:

- Ambientes accesibles: en caso tengan alumnos con discapacidad física, los colegios deben adecuar la infraestructura y señalización de sus aulas a las necesidades de esta población, sin que esto implique cobros adicionales para los padres de familia.
- Material educativo accesible: dependiendo del tipo de discapacidad de sus alumnos, los colegios deben contar con materiales adaptados, tales como información en sistema Braille, macrotipos, recursos audiovisuales traducidos en lengua de señas peruana, entre otros.
- Adaptaciones metodológicas y curriculares: es importante tener en cuenta que, algunos estudiantes con discapacidad intelectual o psicosocial podrían requerir de mayor tiempo para procesar información, e incluso, para poder ser evaluados. Estas indicaciones deben ser tomadas en cuenta en las sesiones pedagógicas.

Sobre esto último, también se ha pronunciado el INDECOPI. Así, en la Resolución N° 2494-2024/SPC-INDECOPI, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal del INDECOPI, señaló lo siguiente:

65. En efecto, es relevante mencionar que las adaptaciones metodológicas, curriculares y ajustes razonables necesarios para garantizar un adecuado servicio educativo inclusivo al menor con discapacidad -ver artículo 37° de la Ley General de la

Persona con Discapacidad-, debían ser asumidas por la Promotora; considerando que conforme al marco normativo citado anteriormente en esta resolución, la implementación de la educación inclusiva no genera costos adicionales a los alumnos con necesidades educativas especiales, en aplicación del derecho a la no discriminación y a la igualdad de oportunidades educativas -ver artículo 19°-A de la Ley General de Educación- ; y, en tal sentido el Colegio no podía condicionar el proceso de matrícula del estudiante con necesidades educativas especiales -asociadas en este caso a discapacidad: TEA- al pago de conceptos dirigidos a asegurar condiciones de accesibilidad y adaptabilidad en la institución educativa privada (...).

5.3 Se limita la posibilidad de conocer el perfil de los postulantes al nivel inicial y a primer grado de primaria

El Reglamento de Instituciones Educativas Privadas de Educación Básica prohíbe realizar evaluaciones a los estudiantes como parte de su proceso de admisión en el nivel inicial y en el primer grado de primaria.⁴⁰

Es más, en el acápite V.7.1 del numeral V.7 de la “Norma sobre el proceso de matrícula en la educación básica”, aprobado por la Resolución Ministerial N° 447-2020- MINEDU señala que, tratándose de niños o niñas que al 31 de marzo del año en que se solicita la matrícula, tienen 6 años o menos, la institución educativa no puede condicionar la matrícula a la rendición de un examen de ingreso, admisión u otro tipo de evaluación directa al menor, ni entrevistas u otro a su representante legal.

De este modo, las normas vigentes prohíben, pues, que la institución educativa realice una evaluación de ingreso para los estudiantes de inicial y 1° de primaria, tanto en colegios públicos y privados.

Sin embargo, consideramos que no se ha medido el impacto negativo de dichas disposiciones, pues el no poder tomar evaluaciones a niños de inicial y primer grado impide identificar si el menor tiene necesidades educativas especiales o problemas de aprendizaje que requieran atención temprana, y si el colegio puede atender las eventuales necesidades particulares que puede necesitar el menor (por ejemplo, si los docentes tienen las capacidades para ello), y si el colegio tiene los recursos idóneos para su atención.

5.4 Selección de materiales y textos escolares

El procedimiento para la selección de textos escolares viene regulado por la Ley N° 29694 “Ley que protege a los consumidores de las prácticas abusivas en la selección o adquisición de textos escolares” y en su Reglamento, Decreto Supremo N° 015-2012-ED.

Entre las protecciones o garantías a los consumidores en este rubro destacan:

- Los textos escolares son presentados como terna ante la APAFA o los representantes de los padres de familia, quienes aprueban los textos a emplear el siguiente año escolar. Esto no es de aplicación cuando el colegio decide no emplear libro de

⁴⁰ Reglamento de Instituciones Educativas Privadas de Educación Básica, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2021-MINEDU, artículo 52, numeral 52.1.

texto y producir sus propios materiales como parte del servicio educativo (e incluya el costo en las pensiones de enseñanza). Tampoco aplica cuando no se cambia de libro de texto para el siguiente año.

No obstante, esta atribución de los padres de familia para la selección de textos escolares se debe sustentar en criterios técnico-pedagógicos y no en criterios económicos. En efecto, una última resolución de INDECOPI ha establecido que este ente supervisor de defensa del consumidor no tiene injerencia para analizar o cuestionar la onerosidad o costos de los textos y materiales escolares que aparecen en la lista de útiles escolares.⁴¹

- Permitir al estudiante el empleo de textos de segundo uso. No se puede obligar a emplear textos de primer uso o nuevos. La pregunta es qué ocurre con los textos de trabajo en el que el alumno rellena o completa la información en el mismo texto y que, incluso, ya tiene anotaciones o correcciones del docente del año o años anteriores. En este sentido, consideramos que en el caso de estos libros denominados “cuadernos de trabajo” o “libro de actividades”, el alumno sacaría poco provecho al emplear un texto que ya tiene respuestas y que no le generarían desafío o el desarrollo de las habilidades propias de la actividad a trabajar.
- El colegio puede elegir los materiales de escritorio a emplear por el estudiante. Lo mismo ocurre en cuanto al uniforme a emplear. Sin embargo, la institución educativa está impedida de dirigir u orientar la compra de los materiales del estudiante a una marca en concreto o a una distribuidora en particular lo cual aplica a todo útil de escritorio, papelería, cuadernos, plumones, goma, etc. Ello aplica también para los uniformes escolares en los que no se puede orientar a los padres de familia a adquirirlos en un confeccionista determinado.⁴²

5.5 Límites o restricciones para la aplicación de medidas disciplinarias a los estudiantes

Según la normativa vigente, si un estudiante comete una falta o actos de indisciplina (así sean graves o muy graves), el colegio no lo puede expulsar, ni siquiera lo puede suspender.

El Reglamento de la Ley N° 29719 (“Ley que promueve la convivencia sin violencia en las instituciones educativas”), aprobado por Decreto Supremo N° 010-2012-ED, establece como una de las obligaciones de las instituciones educativas, en el marco de una sana convivencia en la comunidad educativa y disciplina escolar, el adoptar medidas correctivas en casos de violencia y acoso entre estudiantes. Según las definiciones previstas en esta norma, debe entender por “medidas correctivas” a “toda 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, lo que implica el diálogo, estímulos, promoción de valores positivos, conserjería, entre otros.”

De esta forma, la misma norma precisa que las “medidas correctivas” dirigidas a los estudiantes deben ser: reparadoras y formativas; respetuosas de la etapa de desarrollo de los estudiantes; pertinentes al desarrollo pedagógico; respetuosas de la integridad física, psíquica y moral de los estudiantes; proporcionales a la falta cometida; adaptadas a las

⁴¹ Resolución N° 0219-2025/SPC-INDECOPI

⁴² Decreto Supremo N° 005-2021-MINEDU, artículo 52°, numeral 52.4

condiciones y necesidades de los estudiantes; y, respetuosas de los derechos de los niños, niñas adolescentes y los derechos humanos.⁴³

Es más, el citado Reglamento prohíbe, de forma expresa, que las medidas correctivas constituyan actos de violencia, trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos físicos y humillantes, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud y el desarrollo integral de los estudiantes.⁴⁴

En el mismo sentido, en los "Lineamientos para la gestión de la convivencia escolar, la prevención y la atención de la violencia contra niñas, niños y adolescentes", aprobado por Decreto Supremo N° 004-2018-MINEDU, respecto a las "medidas correctivas" señala que "es toda 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, respetando su dignidad y sin vulnerar sus derechos. Se aplican a través de estrategias que motiven a las personas involucradas a responsabilizarse de las consecuencias de sus acciones, comprender las causas de su comportamiento, cambiarlo, reparar el daño causado y a restablecer las relaciones afectadas. Estas estrategias implican diálogo, mediación, negociación, consejería, reparación, autorregulación, entre otras".

En ese sentido, sin importar la gravedad de las faltas o actos de inconducta cometidos por los estudiantes, la normativa vigente impide que las instituciones educativas puedan suspender o expulsar del colegio al estudiante infractor; es decir, el colegio debe mantener la continuidad educativa de los estudiantes infractores en lo que resta del año escolar.

Esta imposibilidad de acción, a su vez, arrastra problemas con otros padres de familia, ello porque no se podría sancionar ejemplarmente a estudiantes con mala conducta, otros padres pueden iniciar acciones contra el colegio, debiendo el colegio incurrir en mayores gastos, e incluso perder a algunos alumnos.

VI. CONCLUSIONES

1. El servicio educativo prestado por los colegios privados no solo se trata de un "servicio público" prestado con licencia del Estado, sino también de un derecho, el derecho a la educación.
2. El contrato de servicios educativos tiene la característica de ser un "contrato de consumo", un "contrato por adhesión", un "contrato en favor de tercero" y un "contrato atípico". Por lo tanto, al tratarse de un "contrato de consumo" y un "contrato por adhesión" debe observar las exigencias que le señala la normativa en materia de protección al consumidor.
3. No obstante que son los padres o apoderado del estudiante menor de edad quienes contratan el servicio educativo en favor de este (contrato en favor de tercero), en materia de protección al consumidor, los usuarios de los servicios educativos son tanto los padres de familia como los alumnos, estos últimos en tanto son quienes disfrutan del servicio y por tanto son los destinatarios finales de dichos servicios.

⁴³ Reglamento de la Ley N° 29719 ("Ley que promueve la convivencia sin violencia en las instituciones educativas"), aprobado por Decreto Supremo N° 010-2012-ED, artículo 15

⁴⁴ Reglamento de la Ley N° 29719 ("Ley que promueve la convivencia sin violencia en las instituciones educativas"), aprobado por Decreto Supremo N° 010-2012-ED, artículo 17

4. En materia de servicios educativos prestados por los colegios privados, tanto el Ministerio de Educación como el INDECOPI tienen competencia sobre ellos.
5. El Ministerio de Educación supervisa el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones legales y reglamentarias, así como, en general, las disposiciones normativas sectoriales exigibles a las instituciones educativas privadas.
6. El INDECOPI supervisa que los colegios privados, en tanto proveedores de servicios educativos, cumplan con las disposiciones establecidas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor. Sin perjuicio de ello, existen normas emitidas por otras entidades que regulan el servicio educativo, como lo es el Ministerio de Educación, que son tomadas en cuenta por el INDECOPI para verificar el cumplimiento del deber de idoneidad establecido en el Código.
7. Frente al incumplimiento de las normas que regulan las actividades de los colegios privados y la vulneración a las normas de protección al consumidor, tanto el INDECOPI como el Ministerio de Educación podrán sancionar tales infracciones. Dicha concurrencia de competencias se sustenta en la protección de bienes jurídicos distintos; el INDECOPI tutela los derechos de los consumidores, mientras que el Ministerio de Educación vela por un adecuado funcionamiento del sistema educativo.
8. Existen disposiciones normativas y pronunciamientos del INDECOPI que (sobre)protegen a los usuarios del servicio educativo. Entre otros, la ley limita cuáles son los únicos conceptos que pueden cobrar los colegios privados en contraprestación por el servicio educativo, también en cuanto a su monto, como es el caso de la cuota de matrícula. Asimismo, establece limitaciones respecto a la oportunidad del cobro de la referida contraprestación, pues los colegios privados no pueden cobrar las pensiones de forma adelantada.
9. La normativa vigente restringe las posibilidades que tienen los colegios privados para poder cobrar las pensiones que los padres adeudan viéndose limitados respecto a las acciones y medidas que podrían aplicar cuando los padres no pagan las pensiones.
10. Los colegios quedan afectados por la decisión unilateral de los padres de retirar o trasladar a sus menores hijos en cualquier momento, ya que no solo se quedan con una vacante sin cubrir, sino que además se les obliga a devolver la cuota de ingreso.
11. Agrava la situación de los colegios el no poder disponer del total de vacantes por aula autorizadas por la autoridad educativa, pues deben reservar como mínimo dos (02) vacantes por aula para estudiantes con necesidades educativas especiales (NEE) asociadas a discapacidad leve o moderada.
12. Las normas vigentes limitan la posibilidad de conocer el perfil de los postulantes al nivel inicial y a primer grado de primaria, pues está prohibido que la institución educativa realice una evaluación de ingreso a dichos postulantes.
13. Los colegios tienen también límites o restricciones para la aplicación de medidas disciplinarias a los estudiantes; pues, según la normativa vigente, si un estudiante

comete una falta o actos de indisciplina (así sean graves o muy graves), el colegio no lo puede expulsar ni suspender, pudiendo solo adoptar "medidas correctivas" en el marco de la normativa sobre convivencia escolar.

VII. REFLEXIÓN FINAL

Sin pretender desconocer la especial naturaleza, y el reconocimiento como derecho fundamental del "derecho a la educación"; de las disposiciones legales y jurisprudencia comentada se puede advertir que, en algunos aspectos de esta relación de consumo entre los colegios privados y los usuarios del servicio educativo, estos últimos cuentan con una sobreprotección legal, de la cual algunas veces abusan en perjuicio de los colegios, los cuales, además, tienen poco margen de actuación para hacer valer sus derechos.

En ese sentido, cabe replantearse la posibilidad de encontrar un "término medio" en la regulación de estos aspectos que, creemos, actualmente inclinan la balanza a favor de los usuarios del servicio educativo. Las instituciones educativas privadas, como en cualquier otra actividad económica, requieren de un marco legal justo para poder operar; y no, por ejemplo, que atente contra su "derecho de crédito" en beneficio de los padres de familia morosos, con los consiguientes perjuicios financieros que ello arrastra (como el hecho que tengan que buscar financiamiento bancario para solventar sus obligaciones económicas) porque los padres de familia no pagan las pensiones.

BIBLIOGRAFÍA

- BONET RAMÓN, F, Los contratos a favor de tercero, Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 14.VI. 1957, Reus, Madrid, 1961.
- FARINA, Juan, citado por Pinese, Graciela y Corbalán, Pablo en: "Ley de Defensa del Consumidor, legislación comentada". Ediciones Cathedra Jurídica, 1ra. Edición, Buenos Aires – Argentina, 2009.
- GHERSI Y WEINGARTEN, citado por Pinese, Graciela y Corbalán, Pablo en: "Ley de Defensa del Consumidor, legislación comentada". Ediciones Cathedra Jurídica, 1ra. Edición, Buenos Aires – Argentina, 2009
- LORENZETTI, Ricardo Luis. "Tratado de los Contratos". 2da Edición. Rubinzal - Culzoni Editores. Santa Fe, 2007.
- MASNATTA, Héctor. "El Contrato Atípico. Monografías Jurídicas". Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961.
- MENDOZA, Gilberto. "Servicio Educativo escolar privado y la Geschäftsgrundlage" en Enfoque Derecho el Portal de Actualidad Jurídica de THĒMIS. <https://enfoquederecho.com/el-servicio-educativo-escolar-privado-y-la-geschäftsgrundlage/>
- PÉREZ CONESA, C, El contrato a favor de tercero, Comares, Granada, 1999.



Autora:
Thais Lentz

LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN BRASIL Y LOS DESAFÍOS MULTIFACÉTICOS DEL SECTOR BANCARIO

LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN BRASIL Y LOS DESAFÍOS MULTIFACÉTICOS DEL SECTOR BANCARIO

The Evolution of consumer rights in Brazil and the multifaceted Challenges of the banking sector

Thais Lentz¹

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. Evolución Histórica del Derecho del Consumidor en Brasil
- III. Desafíos Sectoriales Actuales en la Defensa del Consumidor – Bancos e Instituciones Financieras
- IV. Conclusión: Una mirada hacia el futuro de la protección al consumidor.
- V. Reflexión Final

Resumen

El presente artículo se propone abordar la evolución histórica, jurídica y normativa del derecho del consumidor en Brasil. Además, busca reflexionar sobre el papel del Código de Protección y Defensa del Consumidor como precursor del equilibrio en las relaciones de consumo y la necesidad de fortalecer los mecanismos de protección de los vulnerables. El artículo trata los desafíos enfrentados en el sector bancario, especialmente con el aumento de estafas y fraudes electrónicos. Finalmente, analiza, bajo la óptica del constante surgimiento de nuevas tecnologías, la necesidad urgente de cambios que garanticen a los consumidores un futuro sólido y jurídicamente estable.

Palabras clave

Código de Defensa del Consumidor (CDC) / Constitución Federal / Consumidor / Vulnerable / Instituciones Financieras / Estafa / Fraude / Protección del Hiposuficiente

Abstract

This article aims to address the historical, legal, and regulatory evolution of consumer law in Brazil. It also seeks to reflect on the role of the Consumer Protection Code as a precursor of balance in consumer relations and the need to strengthen protection mechanisms for the vulnerable. The article discusses the challenges faced in the banking sector, especially with the rise of scams and electronic fraud. Finally, it analyzes—through the lens of the constant emergence of new technologies—the urgent need for changes that ensure consumers a solid and legally stable future.

¹ Abogada graduada por FADIVA – Facultad de Derecho de Varginha. Posgraduada en Derecho Civil y Procesal Civil por el Centro Universitario Salesiano de São Paulo. Socia de Nelson Wilians Advogados. Correo de contacto: thaislentz.silva@nwadv.com.br

Keywords

Consumer Defense Code (CDC) / Federal Constitution / Consumer / Vulnerable / Financial Institutions / Scam / Fraud / Protection of the Disadvantaged

I. INTRODUCCIÓN

En tiempos remotos en Brasil, la balanza de la relación de consumo se inclinaba inexorablemente hacia el lado más fuerte: el del proveedor, poseedor de la información y del poder económico. Antiguamente, era un hecho indiscutible el reconocimiento jurídico de la desigualdad material entre las partes involucradas en la relación de consumo.

Este desequilibrio, técnicamente denominado asimetría informativa, consistía en la posición privilegiada del proveedor en cuanto al conocimiento técnico, económico y jurídico, en contraste con la posición de desconocimiento y fragilidad del consumidor.

Sin embargo, con la llegada del siglo XXI y la acelerada digitalización de los canales de consumo —impulsada por una sociedad cada vez más conectada y tecnológica—, las relaciones de consumo se trasladaron a un entorno virtual, donde los datos son la nueva moneda y los algoritmos, los nuevos vendedores.

En este escenario, los desafíos se multiplican a una velocidad alarmante. La publicidad se vuelve hiper segmentada, las prácticas comerciales se sofistican y la protección de los datos personales emerge como un derecho fundamental. Los fraudes y estafas digitales complican aún más la tarea de proteger al consumidor y aumentan cada día.

Este artículo analiza la realidad legislativa brasileña en materia de protección al consumidor, un sistema que, a pesar de los desafíos, se ha consolidado como referencia internacional.

Partiendo de un análisis histórico, exploraremos los principios fundamentales del Código de Defensa del Consumidor (CDC) y su aplicación práctica en el sector bancario.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR EN BRASIL

2.1 Primeros pasos e intervención estatal (décadas de 1960–1970)

La rápida industrialización, el aumento de la urbanización y la expansión del crédito al consumidor generaron nuevas prácticas de mercado, muchas veces lesivas, en un contexto aún carente de normativas e instituciones adecuadas para proteger a los más vulnerables.

Desde los años 60, este proceso de urbanización e industrialización provocó una significativa expansión del mercado de consumo en Brasil, evidenciando prácticas abusivas y monopolios.

En 1976 se crearon los primeros Procons Estatales, destacándose el Procon-SP, fundado el 06/05/1976, inicialmente como Grupo Ejecutivo de Protección al Consumidor y posteriormente convertido en Sistema Estatal de Defensa del Consumidor. Estas entidades fueron diseñadas para orientar al consumidor, fiscalizar a los proveedores y mediar conflictos, representando los primeros instrumentos concretos de protección al consumidor en el país.

El surgimiento de los Procons significó la institucionalización inicial de la política pública de defensa del consumidor, visibilizando el tema, creando canales de denuncia, promoviendo acciones educativas y preparando el terreno para la futura regulación normativa.

2.2 Consolidación institucional con la Ley N° 7.347/85 y creación del Consejo Nacional de Defensa del Consumidor

El movimiento por la redemocratización amplió las demandas de ciudadanía, incluyendo la necesidad de herramientas procesales más eficaces para la defensa de intereses colectivos.

Así, en 1985, la Ley de Acción Civil Pública (Ley n° 7.347) y la creación del Consejo Nacional de Defensa del Consumidor marcaron el reconocimiento de intereses difusos y colectivos, otorgando cuerpo institucional a la tutela del consumidor.

Esta ley permitió a ciertos entes legitimados, actuar judicialmente en defensa de estos intereses, incluyendo los del consumidor. A su vez, el Consejo Nacional pasó a coordinar las políticas públicas en esta materia.

Desde entonces, se hizo posible demandar judicialmente al Estado en defensa de derechos colectivos, incluyendo los de los consumidores.

Este fue un gran avance: la consagración de la tutela colectiva como un mecanismo jurídico efectivo proporcionó medios adecuados para afrontar daños masivos, habilitó la actuación del Ministerio Público y asociaciones civiles, y sentó las bases para una actuación integrada del sistema de protección al consumidor.

2.3 Reconocimiento constitucional (1988)

La Constitución de 1988 elevó la defensa del consumidor al rango de derecho fundamental (art. 5°, XXXII) e incorporó este derecho como principio del orden económico (art. 170, V). Además, vinculó el tema con el núcleo de la dignidad de la persona humana, legitimando así la intervención estatal.

La creación del CDC fue prevista en el artículo 48 del ADCT (Disposiciones Transitorias), estableciendo un plazo de 120 días tras la promulgación.

Este reconocimiento obligó al legislador a reglamentar la materia, otorgó legitimidad a la intervención estatal en el mercado y limitó el poder económico en las relaciones privadas. También permitió la interpretación amplia y protectora del régimen jurídico de consumo.

2.4 Surgimiento del Código de Defensa del Consumidor (1990)

El Código de Defensa del Consumidor (CDC) fue instituido por la Ley N° 8.078 el 11 de septiembre de 1990 y entró en vigor en marzo de 1991. Considerado un hito, fue concebido en consonancia con la Constitución Federal y se inspiró en legislaciones europeas y de la ONU.

El código incorporó principios como:

- Buena fe objetiva,
- Equilibrio contractual.
- Deber de información.
- Responsabilidad objetiva del proveedor.

Considerado uno de los códigos más innovadores y modernos del mundo, el CDC conforma un microsistema jurídico con normas de carácter material, procesal y administrativo destinadas a proteger al consumidor en sus múltiples dimensiones de vulnerabilidad, tales como:

- Vulnerabilidad del consumidor (art. 4º, I).
- Buena fe objetiva (art. 4º, III).
- Información adecuada (art. 6º, III).
- Responsabilidad objetiva (arts. 12 y 14).
- Acceso facilitado a la justicia (art. 6º, VIII).

El CDC estructura el Sistema Nacional de Defensa del Consumidor y establece una nueva forma de interpretación contractual más protectora, centrada en la igualdad material entre las partes.

2.5 Instrumentos de equilibrio contractual

Es indiscutible que el CDC introdujo importantes mecanismos para contrarrestar la vulnerabilidad del consumidor, como:

- La responsabilidad objetiva (arts. 12 y 14).
- El deber de información clara y adecuada (art. 6º, III).
- La inversión de la carga de la prueba

El objetivo del código es equilibrar la relación entre proveedor y consumidor, garantizando seguridad jurídica y protección al más débil.

III. DESAFÍOS ACTUALES EN LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR – BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS

A pesar de la solidez del Código de Defensa del Consumidor (CDC), su aplicación práctica revela desafíos innovadores en diversos sectores vitales de la economía brasileña.

La vulnerabilidad del consumidor adquiere características específicas en cada uno de ellos, lo que exige un esfuerzo conjunto de toda la cadena: por un lado, del proveedor, con inversión en tecnologías avanzadas —como sistemas de análisis de comportamiento e inteligencia artificial—, además de capacitación continua del personal; por otro lado, una vigilancia constante de los órganos de defensa y protección del consumidor, para asegurar la aplicación de la ley.

Tratando específicamente sobre bancos e instituciones financieras, es evidente que las nuevas tecnologías y la digitalización del sector han traído nuevas vulnerabilidades.

Los fraudes y estafas digitales, especialmente mediante PIX, se han vuelto epidémicos. Estafas de ingeniería social, como la de la "falsa central de atención", llevan a los consumidores a entregar contraseñas y datos, y el debate sobre la responsabilidad objetiva de los bancos en la prevención y reparación de estos daños es uno de los temas más tratados en los tribunales brasileños.

3.1 Estafas y fraudes: la batalla por la responsabilidad civil

El sector financiero es uno de los más afectados por la actual crisis de ciberseguridad del consumidor.

Para entender la compleja batalla jurídica que enfrentan las instituciones financieras en los tribunales respecto a la responsabilidad civil, es necesario distinguir entre fraude y estafa (también llamada engaño).

En el fraude, el acto ilícito ocurre sin participación alguna de la víctima, aunque esta sea viciada. El delincuente actúa directamente contra el sistema del proveedor. Un ejemplo clásico

es la clonación de tarjeta de crédito: el estafador obtiene los datos mediante una falla de seguridad (filtración de datos, "skimming" en cajeros automáticos, conocidos en Brasil como "chupa-cabra") y realiza compras sin que el consumidor lo sepa. La víctima es totalmente pasiva.

En la estafa, el delincuente utiliza ingeniería social para engañar a la propia víctima, induciéndola a realizar la acción que le causará el perjuicio. El consumidor es parte activa del acto, participando por ingenuidad o codicia. No hay falla en el sistema del banco. Los ejemplos abundan:

a) Lla falsa central de atención, en la que el estafador se hace pasar por empleado del banco y convence a la víctima de dar sus contraseñas o hacer una "transferencia de prueba";

b) El boleto falso, donde el consumidor recibe un documento adulterado y paga la deuda al delincuente;

c) El WhatsApp clonado, donde el estafador suplanta a un familiar o amigo y solicita una transferencia urgente vía PIX;

d) La estafa del motoboy, en la que el consumidor entrega su tarjeta y clave a un supuesto empleado del banco.

3.2 Reflexiones sobre la responsabilidad civil: la tesis de la "culpa exclusiva de la víctima"

La distinción entre caso fortuito interno y externo es el eje central de la defensa de los bancos. En los casos de fraude (fortuito interno), la responsabilidad de las instituciones financieras es pacífica.

El Resumen 479 del Superior Tribunal de Justicia (STJ) establece que: "Las instituciones financieras responden objetivamente por los daños generados por caso fortuito interno relativo a fraudes y delitos practicados por terceros en operaciones bancarias."

Para el STJ, el fraude, incluso cometido por terceros, es considerado un riesgo inherente a la actividad empresarial (fortuito interno), y el banco, como proveedor, debe asumir los daños.

El gran debate jurídico reside en los casos de estafa.

En estos, la tesis central de los bancos es la de la "culpa exclusiva de la víctima" (art. 14, § 3º, II, del CDC), que rompe el nexo causal y exime a la institución financiera de responsabilidad.

El argumento es: "el banco ofreció un sistema seguro, pero el consumidor, por descuido o incluso por codicia (como en la estafa del billete premiado), entregó sus datos o realizó la transacción por voluntad propia".

Un caso emblemático fue la victoria de una de las mayores instituciones financieras del país en relación a la estafa del motoboy, en el REsp n.º 2.155.065/MG, con la ministra Nancy Andrichi como ponente, y el ministro Ricardo Villas Bôas Cueva como redactor del fallo².

² Sentencia del 11/03/2025, publicada el 25/03/2025.

RECURSO ESPECIAL – DERECHO DEL CONSUMIDOR – ESTAFA DEL MOTOBOY – RESPONSABILIDAD CIVIL DE INSTITUCIÓN FINANCIERA – CULPA EXCLUSIVA DEL CONSUMIDOR – CONFIGURACIÓN

1. La controversia del caso se resume en determinar si:
 - (i) hubo negativa en la prestación jurisdiccional;
 - (ii) la institución financiera es responsable por los daños derivados de un fraude cometido por terceros, cuando la operación fue realizada con la tarjeta original y la clave personal del titular de la cuenta, práctica comúnmente conocida como estafa del motoboy;
 - (iii) la conducta de la parte recurrente configura un caso de culpa exclusiva del consumidor;
 - (iv) es posible mitigar la responsabilidad de la consumidora dada su condición de vulnerabilidad por tratamiento médico.
2. No se puede hablar de negativa de prestación jurisdiccional si el tribunal de origen fundamenta adecuadamente su decisión, aunque sea de forma sucinta, resolviendo la controversia con la aplicación del derecho que considera pertinente para el caso, aunque no en el sentido pretendido por la parte.
3. El daño resultante de la práctica fraudulenta conocida como estafa del motoboy surge de la concurrencia de las siguientes causas:
 - (i) la entrega de la tarjeta magnética original y de la clave personal al estafador por parte del consumidor, así como
 - (ii) la omisión del deber de seguridad por parte de la institución financiera en alguna de las etapas de la prestación del servicio.
4. La responsabilidad de la institución financiera tiene origen en el defecto en alguna de las etapas del servicio, como por ejemplo:
 - (i) la custodia de los datos confidenciales del consumidor y
 - (ii) el perfeccionamiento de los mecanismos de autenticación en los canales de atención al cliente y de verificación de anomalías en operaciones que se desvíen del patrón habitual del consumidor.
5. En este caso, la recurrente, tras ser convencida de que hablaba con un representante del banco demandado, compartió sus datos bancarios confidenciales, lo que dio lugar a la compra cuestionada. La operación fraudulenta consistió en una única compra, en modalidad de pago en cuotas, realizada en una tienda física, utilizando la tarjeta de la recurrente y tras la inserción de su clave personal, dentro de los límites de crédito preaprobados. Este contexto excluye la existencia de una falla en el servicio por parte del banco y apunta a la culpa exclusiva de la consumidora.
6. La vulnerabilidad de la consumidora, quien al momento del hecho fraudulento se encontraba en tratamiento médico, no

autoriza, por sí sola, a mitigar su responsabilidad respecto al deber de cuidado sobre sus datos confidenciales y sobre la tarjeta de acceso a la cuenta.

7. Recurso especial no acogido. (REsp n.º 2.155.065/MG, ponente Ministra Nancy Andrighi, redactor del fallo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Tercera Sala, juzgado el 11/03/2025, publicado el 25/03/2025).

De la lectura del voto ganador y del voto de desempate, se extraen los fundamentos más relevantes para eximir de responsabilidad a las instituciones financieras en los casos de estafas sufridas por los clientes (consumidores), a saber: acceso de los estafadores a los datos personales del cliente; inexistencia de falla en el servicio; vulnerabilidad del cliente; perfil de compras del cliente; y culpa exclusiva del cliente.

Veamos:

1. **INFORMACIÓN DE LOS ESTAFADORES SOBRE LOS DATOS PERSONALES DEL CLIENTE:** "...la posesión de datos sensibles de la clienta por parte de los estafadores no puede ser atribuida al demandado, especialmente porque el voto ganador emitido por el Tribunal de origen incluyó un fragmento de la sentencia que destaca la declaración personal de la autora, con el fin de demostrar que, hasta el momento en que ella autorizó a los estafadores a visualizar sus operaciones de forma remota, dándoles acceso mediante su computadora, ellos solo tenían datos de registro. Dichos datos no son exclusivos de la institución financiera y pueden encontrarse en diversas bases de datos virtuales, por lo que atribuir su filtración al demandado excede los límites del contrato celebrado entre las partes."

En este punto, se resalta el siguiente fragmento del fallo:

"El nombre completo, número de CPF, dirección y la institución financiera en la que la autora tiene cuenta corriente son informaciones de fácil acceso para los estafadores, teniendo en cuenta las numerosas bases de datos disponibles actualmente en internet, en las que es posible obtener información detallada sobre la vida de los ciudadanos. La institución financiera no tiene exclusividad sobre dichos datos.

Además, en su testimonio personal, la autora solo relató que los estafadores accedieron a información detallada de sus cuentas corrientes después de la instalación voluntaria, por parte de ella, de la aplicación AnyDesk. Es decir, fue después de instalar una aplicación que permite el acceso remoto a su computadora que los estafadores obtuvieron acceso a información sobre compras, transferencias TED y otros datos bancarios. Antes de eso, como concluyó la sentencia, 'no hubo ninguna invasión al sistema bancario, ni los estafadores poseían, a priori, datos confidenciales de la víctima. Solo utilizaron su astucia para inducirla a creer que estaba tratando con la institución financiera en la que mantenía su cuenta bancaria y su tarjeta de crédito, y así obtener su clave personal'." (e-STJ fl. 467 – se resalta).

Cabe señalar que, como destacó el voto conductor, no hay nada en los autos que permita creer que hubo violación de los sistemas del demandado antes del compartimiento de datos realizado por la autora, que pudiera justificar una falla en la custodia segura de sus datos sensibles.

2. **INEXISTENCIA DE FALLA EN EL SERVICIO:** Del mismo modo, en cuanto a la cuestión de una supuesta falla en el servicio derivada de la no detección de anomalías en la operación realizada, considero que, dados los hechos presentados por la Corte local, la institución financiera no podría haber previsto el fraude en la operación.

La sentencia apelada destacó que la operación fraudulenta consistió en una única compra, realizada en cuotas, en una tienda física, utilizando la tarjeta de la recurrente, tras la inserción de su clave personal, y dentro de los límites de crédito preaprobados.

En efecto, ninguno de estos elementos es capaz de indicar la existencia de una práctica fraudulenta, de manera que el demandado pudiera advertir la necesidad de bloquear la operación o que quedara demostrada una falla en la prestación del servicio."

3. **VULNERABILIDAD DEL CLIENTE:** "La recurrente se encontraba, al momento de la conducta fraudulenta, bajo tratamiento de quimioterapia contra una neoplasia maligna. Esta situación, evidentemente, puede generar un grave impacto en el desempeño de las actividades cotidianas. Sin embargo, ello no significa que su capacidad para los actos de la vida civil deba ser desestimada al punto de mitigar su responsabilidad por haber compartido datos bancarios confidenciales, especialmente en el caso de autos, en el cual, a mi juicio, no se verifica la existencia de una falla en la prestación del servicio por parte del demandado."
4. **PERFIL DE COMPRAS DEL CLIENTE:** "La compra cuestionada, que según la autora-recurrente no se ajusta a su perfil de uso, fue realizada presentando la tarjeta física e ingresando el respectivo código secreto, a través de un pago en cuotas y dentro del límite de crédito disponible otorgado por la institución financiera. Concluyo que, ante este procedimiento astuto adoptado por los delincuentes, quienes emplearon una sofisticada estafa de ingeniería social, se logró disfrazar el carácter excepcional de la operación, reduciendo las evidencias que pudieran indicar su irregularidad.

Además, es un hecho que diariamente se realizan millones de operaciones similares. No es raro que los consumidores cambien sus hábitos y se hagan regalos —o lo hagan a terceros— con bienes o servicios que tienen un valor más alto de lo habitual. Este elemento, por sí solo, no configura un supuesto en el que el banco tenga el deber de identificar la existencia de fraude, especialmente cuando la compra se realiza por única vez, por

un monto inferior al límite de crédito disponible, usando la tarjeta física y la clave personal del titular."

5. **CULPA EXCLUSIVA DEL CLIENTE:** "Considero que la institución financiera no dejó de adoptar ninguna medida que legítimamente se esperara de ella y que pudiera haber evitado la práctica del fraude por parte de terceros, con participación directa y fundamental de la víctima, en este caso, la recurrente. El caso en análisis evidencia una hipótesis de culpa exclusiva, lo que conlleva la aplicación de lo dispuesto en el art. 14, § 3º, incisos I y II, del Código de Defensa del Consumidor (CDC). (...) En efecto, la sentencia y el fallo señalaron que no existen pruebas de una filtración de datos por parte del banco, y que la propia titular de la cuenta fue quien proporcionó su información personal a terceros, quienes cometieron el ilícito del que fue víctima."

IV. CONCLUSIÓN: UNA MIRADA HACIA EL FUTURO DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

La trayectoria del Derecho del Consumidor en Brasil es una historia de grandes logros.

Este campo jurídico ha sido crucial para afirmar la ciudadanía, equilibrar relaciones desiguales y ofrecer caminos para la reparación de abusos históricos.

Desde su consagración constitucional hasta la creación del CDC, Brasil ha construido una base normativa sólida. Pero esta base enfrenta nuevos y complejos desafíos, muchos derivados de las transformaciones tecnológicas y sociales.

Hoy, la vulnerabilidad del consumidor es múltiple: jurídica, económica, informacional, algorítmica, territorial e interseccional. Grupos como mujeres negras, personas mayores, jóvenes periféricos, inmigrantes y la comunidad LGBTQIA+ enfrentan formas particulares de exclusión en el consumo.

Uno de los desafíos más urgentes es reconocer y enfrentar estas múltiples formas de vulnerabilidad, garantizando acceso a la información, al crédito, a internet y a mecanismos de reparación.

Como abogada con más de 20 años de experiencia en Derecho del Consumidor y Bancario, considero que no basta con tener leyes: es necesario asegurar su efectividad, con:

- Regulaciones modernas y aplicables.
- Instituciones fuertes y representativas.
- Una sociedad civil informada, ética y empoderada.

El sistema bancario, además, debe enfrentar retos como:

- Actualización del lenguaje contractual.
- Gestión de riesgos cibernéticos.
- Inclusión digital de consumidores vulnerables.
- Reducción de la judicialización.

Lograr esta transformación requiere el trabajo conjunto del Poder Público, los operadores del Derecho y las entidades de defensa del consumidor.

Concluir este artículo no es solo registrar avances, sino reafirmar que queda un largo camino por recorrer, que incluye:

- Fortalecer el sistema nacional de defensa del consumidor.
- Incorporar derechos digitales al CDC.
- Replantear el consumo en entornos virtuales.
- Construir una cultura jurídica atenta a las desigualdades estructurales.

Defender al consumidor hoy es defender el derecho a la ciudadanía en todas sus dimensiones. Es con esta perspectiva que debemos mirar el presente y construir el futuro.

BIBLIOGRAFÍA

- Código de Defensa del Consumidor. Ley n.º 8.078, de 11 de septiembre de 1990. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm
- Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988. Disponible en: <https://www.jusbrasil.com.br/legislacao/22488/constituicao-da-republica-federativa-do-brasil-1988>
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Derecho del Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2021.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Defensa del Consumidor comentado por los autores del anteproyecto*. Río de Janeiro: Forense Universitária, 2019.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos en el Código de Defensa del Consumidor: el nuevo régimen de las relaciones contractuales*. Revista dos Tribunais, 2022.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos en el Código de Defensa del Consumidor*. São Paulo: RT, 2017.
- MELO, Nehemias Domingos de. *Sobre la defensa del consumidor en juicio por daños causados en accidentes de consumo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de Derecho del Consumidor*. Saraiva, 2021.
- SANTIN, Douglas. *Protección del consumidor digital e hipervulnerabilidad*. Revista de Derecho y Tecnología, 2023.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de Derecho del Consumidor*. São Paulo: Método, 2022.

A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR NO BRASIL E OS DESAFIOS MULTIFACETADOS DO SETOR BANCÁRIO

(VERSIÓN ORIGINAL EN PORTUGUÉS)

The Evolution of consumer rights in Brazil and the multifaceted Challenges of the banking sector

Thais Lentz¹

SUMÁRIO:

I.Introdução

II.Evolução Histórica do Direito do Consumidor no Brasil

III.Desafios Setoriais Atuais na Defesa do Consumidor – Bancos e Instituições Financeiras

IV.Conclusão

Resumo

O presente artigo se propõe a discorrer acerca da evolução histórica, jurídica e normativa do direito do consumidor no Brasil. Ainda, visa refletir sobre o papel do Código de Proteção e Defesa do Consumidor como precursor do equilíbrio nas relações de consumo e a necessidade de fortalecimento de mecanismos de proteção dos vulneráveis. O artigo discorre sobre os desafios enfrentados no setor bancário, especialmente com o aumento de golpes e fraudes eletrônicas. Por fim, analisa sob ótica do constante surgimento de novas tecnologias, a necessidade urgente de mudanças que garantam aos consumidores um futuro sólido e juridicamente estável.

Palavras-Chave

CDC/ Constituição Federal/ Consumidor/ Vulnerável/ Instituições Financeiras / Golpe/ Fraude/ Proteção do Hipossuficiente

Abstract

This article aims to address the historical, legal, and regulatory evolution of consumer law in Brazil. It also seeks to reflect on the role of the Consumer Protection Code as a precursor of balance in consumer relations and the need to strengthen protection mechanisms for the vulnerable. The article discusses the challenges faced in the banking sector, especially with the rise of scams and electronic fraud. Finally, it analyzes—through the lens of the constant emergence of new technologies—the urgent need for changes that ensure consumers a solid and legally stable future.

¹ Abogada graduada por FADIVA – Facultad de Derecho de Varginha. Posgraduada en Derecho Civil y Procesal Civil por el Centro Universitario Salesiano de São Paulo. Socia de Nelson Wilians Advogados. Correo electrónico: thaislentz.silva@nwadv.com.br

Keywords

Consumer Defense Code (CDC) / Federal Constitution / Consumer / Vulnerable / Financial Institutions / Scam / Fraud / Protection of the Disadvantaged

I. INTRODUÇÃO

Em tempos remotos, no Brasil, a balança da relação de consumo inexoravelmente pendia para o lado mais forte, qual seja, o do fornecedor, detentor das informações e do poder econômico. Outrora, era fato inequívoco o reconhecimento jurídico da desigualdade material entre as partes envolvidas na relação de consumo.

Esse desequilíbrio, tecnicamente denominado de assimetria informacional, consistia na posição privilegiada do fornecedor em relação ao conhecimento técnico, econômico e jurídico, contrastando com a posição de desconhecimento e fragilidade do consumidor

Contudo, a chegada do século 21 e a digitalização apressada dos canais de consumo, catalisada por uma sociedade cada vez mais conectada e tecnológica, transportou as relações consumeristas para um ambiente virtual, onde dados são a nova moeda, e, os algoritmos, os novos vendedores.

Nesse cenário, os desafios se multiplicam em uma velocidade assustadora. A publicidade se torna hiper segmentada, as práticas comerciais se sofisticam e a proteção de dados pessoais emerge como um direito fundamental. Os golpes e fraudes virtuais tornam a tarefa de proteger o consumidor ainda mais complexa e se avolumam a cada dia.

Este artigo se debruça sobre a realidade legislativa brasileira em matéria de proteção ao consumidor, um sistema que, apesar dos desafios, se consolidou como referência internacional.

Partindo de uma análise histórica, exploraremos os princípios basilares do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e sua aplicação prática no setor bancário.

II. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL

2.1 Primeiros passos e intervenção estatal (décadas de 1960–1970)

A industrialização acelerada, o aumento da urbanização e a ampliação do crédito ao consumidor geraram novas práticas de mercado, muitas vezes lesivas, em um cenário ainda carente de instrumentos normativos e institucionais adequados à proteção do hipossuficiente.

A partir da década de 1960, o processo de urbanização e industrialização trouxe ao Brasil uma expansão significativa do mercado de consumo, expondo práticas abusivas e monopólios.

Em 1976, foram criados os primeiros Procons Estaduais, notadamente o Procon-SP, fundado em 06/05/1976 inicialmente como Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor, e, após, vindo a tornar-se Sistema Estadual de Defesa do Consumidor. Esses órgãos foram projetados para orientar o consumidor, fiscalizar fornecedores e mediar conflitos, representando os primeiros instrumentos concretos de proteção ao consumidor no país.

O surgimento dos Procons representou a institucionalização inicial da política pública de defesa do consumidor, conferindo visibilidade ao tema, e assim, criando canais de denúncia, promovendo ações educativas e preparando o campo para a normatização futura.

2.2 Consolidação institucional com a Lei n.º 7.347/85 e criação do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor

O movimento pela redemocratização ampliou as demandas por cidadania, incluindo a exigência de instrumentos processuais mais eficazes para a defesa de interesses de grupos vulneráveis.

Assim, em 1985, a Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347) e a criação do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor marcaram o reconhecimento de interesses difusos e coletivos, dando corpo institucional à tutela do consumidor.

A Lei da Ação Civil Pública permitiu a atuação processual de entes legitimados para a defesa de interesses difusos e coletivos, incluindo os do consumidor. Já o Conselho Nacional teve o papel de coordenar políticas públicas na área.

E desde então, passou a ser possível acionar o Estado judicialmente em defesa de direitos coletivos, incluindo os direitos dos consumidores.

Considerado um grande avanço, a consagração da tutela coletiva como mecanismo jurídico efetivo garantiu meios adequados para enfrentar lesões de massa, possibilitou a atuação do Ministério Público e de associações civis, e firmou as bases para a atuação integrada do sistema de proteção ao consumidor.

2.3 Reconhecimento constitucional (1988)

A Constituição de 1988 elevou a defesa do consumidor à condição de direito fundamental (art. 5º, XXXII) e insere-o como princípio da ordem econômica (art. 170, V). Ainda, contribuiu para que o tema fosse inserido no núcleo da dignidade da pessoa humana, embasando a intervenção estatal. A criação do CDC foi prevista no ADCT em seu artigo 48, com prazo de 120 dias após a promulgação.

A defesa do consumidor foi reconhecida como direito fundamental ("o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor") e como princípio da ordem econômica ("a ordem econômica, fundada na livre iniciativa, deve assegurar defesa do consumidor"), devendo ser promovida pelo Estado de forma ativa e integrada à lógica de justiça social.

A constitucionalização da defesa do consumidor obrigou o legislador infraconstitucional a regulamentar a matéria, conferiu legitimidade à intervenção estatal no mercado e impôs limites ao poder econômico nas relações privadas. Ainda, legitimou ações estatais ou privadas de proteção e orientação a interpretação difusa do regime jurídico de consumo.

2.4 O surgimento do Código de Defesa do Consumidor (1990)

O Código de Defesa e Proteção do Consumidor (CDC) foi instituído pela Lei n.º 8.078 em 11 de setembro de 1990 e entrou em vigor em março de 1991. Considerado um marco, foi concebido em consonância com a Constituição Federal Brasileira, tendo como inspiração legislações europeias e da Organização das Nações Unidas.

O código incorporou princípios como boa-fé objetiva, equilíbrio contratual, dever de informação e responsabilidade objetiva do fornecedor.

Considerado um dos códigos mais inovadores e modernos, o CDC formou um microsistema jurídico que reúne normas de natureza material, processual e administrativa destinadas a proteger o consumidor em suas múltiplas dimensões de fragilidade, a saber:

- Vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I)
- Boa-fé objetiva (art. 4º, III)
- Informação adequada (art. 6º, III)
- Responsabilidade objetiva pelas falhas (arts. 12, 14)
- Acesso à justiça facilitado (art. 6º, VIII)

O CDC regulamenta os princípios constitucionais e estrutura o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, sendo certo que inaugurou nova forma de interpretação contratual, mais protetiva, especialmente voltada à igualdade material entre consumidor e fornecedor.

2.5 Instrumentos de equilíbrio contratual

É fato inconteste que o CDC introduziu importantes dispositivos para contrabalançar a condição de vulnerabilidade do consumidor, quais sejam, a responsabilização objetiva (arts. 12 e 14); o dever de informação clara e adequada (art. 6º, III), e, a inversão do ônus da prova.

O código objetiva equilibrar a relação entre fornecedor e consumidor, primando pela segurança jurídica nas relações de consumo e proteção aos mais vulneráveis.

III. DESAFIOS SETORIALIS ATUAIS NA DEFESA DO CONSUMIDOR – BANCOS E INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Apesar da robustez do CDC, sua aplicação prática revela inovadores desafios em diversos setores vitais da economia brasileira.

A vulnerabilidade do consumidor assume contornos específicos em cada um deles, exigindo de um esforço conjunto de toda a cadeia: de um lado, pelo fornecedor o investimento em tecnologias avançadas, como sistemas de análise comportamental e inteligência artificial, além de treinamento contínuo dos funcionários. De outro lado, uma vigilância constante dos órgãos de defesa e proteção do consumidor, para que as leis sejam aplicadas.

Tratando especificamente sobre Bancos e Instituições Financeiras é certo que as novas tecnologias e a digitalização deste setor trouxe novas vulnerabilidades.

Os golpes e fraudes digitais, especialmente via PIX, tornaram-se epidêmicos. Golpes de engenharia social, como o da "falsa central de atendimento", levam consumidores a entregar senhas e dados, e a discussão sobre a responsabilidade objetiva dos bancos na prevenção e reparação desses danos é um dos temas mais julgados nos tribunais pátrios.

3.1 Golpes e Fraudes: A Batalha pela Responsabilidade Civil

O setor financeiro é um dos setores que mais sofre com a crise de cyber segurança do consumidor da atualidade.

E para se entender a complexa batalha jurídica travada pelas Instituições Financeiras nos Tribunais sobre responsabilidade civil, mister se faz distinção conceitual entre fraude e golpe (ou estelionato).

Na fraude o ato ilícito ocorre sem qualquer participação, ainda que viciada, da vítima. O criminoso atua diretamente contra o sistema do fornecedor. O exemplo clássico é a clonagem de cartão de crédito. O fraudador obtém os dados do cartão por meio de uma falha de segurança (vazamento de dados, skimming em um caixa eletrônico popularmente conhecidos no Brasil como "chupa-cabra") e realiza compras sem que o consumidor sequer saiba. A vítima é um sujeito passivo na ação.

Já no golpe o criminoso utiliza a engenharia social para enganar a própria vítima, induzindo-a a realizar a ação que lhe causará o prejuízo. O consumidor é um sujeito ativo e participa, por ganância ou inocência do golpe. Não há falha no sistema de segurança do Banco. Exemplos são abundantes: a) o golpe da falsa central de atendimento, onde o golpista se passa por funcionário do banco e convence a vítima a fornecer senhas ou realizar uma transferência "teste"; b) o golpe do boleto falso, onde o consumidor recebe um boleto adulterado e paga a dívida para o criminoso; c) o golpe do WhatsApp clonado, onde o golpista se passa por um familiar ou amigo e pede uma transferência urgente feita pela vítima via PIX, d) golpe do motoboy, onde o consumidor entrega seu cartão e senha para um motoboy que se diz funcionário do Banco.

3.2 Reflexos na Responsabilidade Civil: A Tese da "Culpa Exclusiva da Vítima"

A distinção entre fortuito interno e externo é o cerne da defesa dos bancos. Para os casos de fraude – fortuito interno, a responsabilidade das instituições financeiras é pacífica.

A Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabelece que "as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias".

Para o STJ, a fraude, mesmo que praticada por um terceiro, é considerada um risco inerente à atividade empresarial (fortuito interno), e o banco como fornecedor deve arcar com os prejuízos.

O grande embate jurídico reside nos casos de golpe.

Nesses, a tese central dos bancos é a da "culpa exclusiva da vítima" (art. 14, § 3º, II, do CDC), que romperia o nexo de causalidade e isentaria a instituição financeira de responsabilidade.

O argumento é: "o banco ofereceu um sistema seguro, mas o consumidor, por ingenuidade ou descuido e até mesmo em alguns casos por ganância (exemplo: golpe do bilhete premiado), entregou seus dados ou realizou a transação por vontade própria".

Representativa foi a vitória de uma das maiores instituições financeiras do país em relação ao tema "Golpe do Motoboy" no REsp n. 2.155.065/MG, relatora Ministra Nancy Andrichi, relator para acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 11/3/2025, DJEN de 25/3/2025.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. GOLPE DO MOTOBOY. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. AUSÊNCIA. CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR. CONFIGURAÇÃO.

1. A controvérsia dos autos resume-se em definir se: (i) houve negativa de prestação jurisdicional; (ii) a instituição financeira é responsável por danos decorrentes de fraude praticada por terceiros, quando a operação foi realizada com o cartão original e senha pessoal do correntista, prática comumente conhecida como golpe do motoboy; (iii) a conduta da recorrente retrata hipótese de culpa exclusiva do consumidor; (iv) é possível a mitigação da

responsabilidade da consumidora diante do seu estado de vulnerabilidade decorrente de tratamento médico.

2. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, ainda que de forma sucinta, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte.

3. O dano decorrente da prática fraudulenta nomeada como golpe do motoboy afigura-se diante da concorrência das seguintes causas: (i) o fornecimento do cartão magnético original e da senha pessoal ao estelionatário por parte do consumidor, bem como (ii) a inobservância do dever de segurança pela instituição financeira em alguma das etapas da prestação do serviço.

4. A responsabilidade da instituição financeira tem origem no defeito em alguma das etapas da prestação do serviço, a exemplo, (i) da guarda dos dados sigilosos do consumidor e (ii) do aprimoramento dos mecanismos de autenticação dos canais de relacionamento com o cliente e de verificação de anomalias nas operações que fujam do padrão do consumidor.

5. Na espécie, a recorrente, após ser convencida de que estava falando com representante do banco demandado, compartilhou seus dados bancários sigilosos, situação que deu ensejo à compra questionada. A operação fraudulenta consistiu em uma única compra, de modo parcelado, realizada em loja física, com a utilização do cartão da recorrente, após a inserção de sua senha pessoal, dentro dos limites pré-aprovados. Tal contexto afasta a deficiência na prestação do serviço por parte do banco e aponta para a culpa exclusiva da consumidora.

6. A vulnerabilidade da consumidora, que à época do ato fraudulento se encontrava em tratamento médico, não autoriza, isoladamente, a mitigação de sua responsabilidade quanto ao dever de cuidado de seus dados sigilosos e com o cartão de acesso à conta.

7. Recurso especial não provido.

(REsp n. 2.155.065/MG, relatora Ministra Nancy Andrighi, relator para acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 11/3/2025, DJEN de 25/3/2025.)

Da leitura do voto vencedor e do voto desempate, se extrai os fundamentos mais relevantes para afastar a responsabilização das instituições financeiras em golpes sofridos pelos clientes (consumidores), quais sejam, acesso dos estelionatários aos dados pessoais do cliente; inexistência de falha de serviço; vulnerabilidade do cliente; perfil de compras do cliente; culpa exclusiva do cliente, vejamos:

1) INFORMAÇÃO PELOS ESTELIONATÁRIOS DOS DADOS PESSOAIS DO CLIENTE:

“... a posse de dados sensíveis da cliente pelos fraudadores não pode ser atribuída ao demandado, sobretudo porque o voto vencedor proferido pelo Tribunal de origem consignou trecho da sentença que destaca o depoimento pessoal da autora, a fim de demonstrar que até o momento em que a autora autorizou que os golpistas visualisassem suas operações remotamente, fornecendo-lhes acesso por meio do seu computador, estes detinham apenas dados cadastrais. Tais dados não são exclusivos da instituição financeira e podem ser encontrados em diversos bancos de dados virtuais, razão pela qual a atribuição de seu vazamento ao demandado extrapola os limites da contratação havida entre as partes.”

No ponto, destaca-se o trecho do acórdão:

"O nome completo, número do CPF, endereço e a instituição financeira da qual a autora é correntista são informações de fácil acesso pelos golpistas, tendo em vista os inúmeros bancos de dados hoje existentes na internet em que é possível obter informações detalhadas da vida do cidadão. A instituição financeira não tem exclusividade em relação a essas informações.

Ademais, em depoimento pessoal, a autora só relatou que os golpistas trouxeram informações sobre detalhes de suas contas correntes após a instalação voluntária por ela do aplicativo 'Any Desk'. Ou seja, após instalação de aplicativo que permite acesso remoto ao computador da autora é que os golpistas tiveram acesso a informações sobre compras, TED realizadas e demais informações bancárias. Antes, tal como concluiu a sentença, 'não houve nenhuma invasão do sistema bancário, tampouco os fraudadores detinham, a priori, dados sigilosos da vítima. Apenas utilizaram de astúcia para induzi-la a efetivamente crer tratar com a instituição financeira em que mantém sua conta bancária e seu cartão de crédito e, assim, para obter sua senha de pessoal.'" (e-STJ fl. 467 -grifou-se).

Impende registrar que, como destacado no voto condutor, não há nada nos autos que faça crer ter havido violação dos sistemas do demandado anteriormente ao compartilhamento de dados realizado pela autora de modo a fundamentar a falha na guarda segura de seus dados sensíveis."

2) INEXISTÊNCIA DE FALHA NO SERVIÇO: "Do mesmo modo, quanto à questão da falha no serviço decorrente da não verificação de anomalias na operação realizada, entendo que dado os contornos fáticos trazidos pela Corte local, a instituição financeira não poderia ter previsto a fraude da operação.

O acórdão recorrido destacou que a operação fraudulenta consistiu em uma única compra, de modo parcelado, realizada em loja física, com a utilização do cartão da recorrente, após a inserção de sua senha pessoal, dentro dos limites pré-aprovados. De fato, nenhum desses elementos é capaz de denotar eventual prática de fraude, de modo que o demandado conseguisse auferir a necessidade de bloqueio das operações e que restasse demonstrada a fraude na prestação do serviço."

3) VULNERABILIDADE DO CLIENTE:

"A recorrente encontrava-se, à época da conduta fraudulenta, em tratamento quimioterápico contra neoplasia maligna. Tal situação, a toda evidência, é capaz de gerar grave abalo no exercício das atividades cotidianas. Isso não significa, no entanto, que sua capacidade para os atos da vida civil possa ser desconsiderada de modo a mitigar sua responsabilidade pelo compartilhamento de dados bancários sigilosos, especialmente no caso dos autos, no qual, a meu ver, não se verifica a ocorrência de falha na prestação do serviço por parte do demandado."

4) PERFIL DE COMPRAS DO CLIENTE:

"A compra contestada, que segundo a autora-recorrente não se ajusta ao seu perfil de utilização, foi realizada com a apresentação do cartão físico e a inserção do respectivo código secreto, servindo-se de parcelamento e dentro do limite da linha de crédito disponibilizada pela instituição financeira. Concluo que, diante desse procedimento astuto adotado pelos criminosos, que usaram de elaborado golpe de engenharia social, foi disfarçada a excepcionalidade da operação, reduzindo as evidências sobre sua irregularidade.

A par disso, é certo que diariamente são realizadas milhões de operações da espécie. Não raro, consumidores alteram seus hábitos e presenteiam, a si ou a terceiros, com bens de consumo ou serviços que têm valores mais elevados do que o habitual. Esse elemento, por si, não traduz hipótese em que o banco tem o dever de identificar a prática de fraude, notadamente quando a compra é realizada uma única vez, em valor abaixo do limite de crédito disponível, com o uso da via física do cartão e da senha pessoal de seu titular.”

5) CULPA EXCLUSIVA DO CLIENTE:

“Penso que a instituição financeira não deixou de adotar qualquer medida que fosse dela legitimamente esperada e que pudesse evitar a prática da fraude por terceiros, com participação direta e fundamental da vítima, a aqui recorrente. O caso sob exame evidencia hipótese de culpa exclusiva, a atrair a aplicação do comando inserto no art. 14, § 3º, I e II, do CDC. (...) Com efeito, a sentença e o acórdão afirmaram que não há provas do vazamento de dados da correntista, e que suas informações pessoais foram por ela própria fornecidas a terceiros, que praticaram o ilícito do qual foi vítima”

Da leitura do voto vencedor e do voto desempate, se extrai os fundamentos mais relevantes para afastar a responsabilização das instituições financeiras em golpes sofridos pelos clientes (consumidores), quais sejam, acesso dos estelionatários aos dados pessoais do cliente; inexistência de falha de serviço; perfil de compras do cliente; culpa exclusiva do cliente.

IV. CONCLUSÃO: UM OLHAR PARA O FUTURO DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

A jornada da proteção ao consumidor no Brasil é uma história de conquistas notáveis.

O Direito do Consumidor no Brasil consolidou-se como um instrumento essencial para a afirmação da cidadania, promovendo o equilíbrio entre partes estruturalmente desiguais e oferecendo um caminho jurídico para a reparação de abusos, exclusões e desinformações que marcaram historicamente a relação entre consumidores e fornecedores.

Desde sua previsão constitucional no artigo 5º, inciso XXXII, até a promulgação do Código de Defesa do Consumidor em 1990, o país caminhou para a construção de uma base normativa robusta, que buscou romper com a lógica de supremacia do fornecedor e instaurar uma nova lógica de justiça contratual e funcionalidade social das relações de mercado, primando pela igualdade das partes na relação.

Contudo, essa base, embora sólida, enfrenta desafios novos e complexos, mutáveis a cada dia, muitos deles derivados das próprias transformações tecnológicas e sociais da contemporaneidade.

A vulnerabilidade do consumidor, hoje, não é apenas jurídica ou econômica, mas também informacional, algorítmica, territorial e interseccional. Mulheres negras, pessoas idosas, jovens de periferia, imigrantes e pessoas LGBTQIA+ vivenciam o consumo como um campo de disputa e exclusão, em que a cidadania plena muitas vezes se vê comprometida.

Esse é um dos pontos cruciais em que o Direito do Consumidor precisa avançar: reconhecer e responder às múltiplas formas de vulnerabilidade que permeiam o acesso à informação, ao crédito, à internet e aos mecanismos de reparação.

Como advogada atuante há mais de 20 anos nas áreas de Direito do Consumidor e Direito Bancário percebo que não basta garantir dispositivos normativos. É preciso assegurar sua efetividade por meio de várias frentes: uma regulação normativa moderna e tecnicamente

adequada, que atenda aos interesses do país e seja efetivamente aplicável, e, principalmente, que desestime a reincidência do infrator. Um sistema institucional forte e ágil, com a criação de órgãos de defesa com cada vez mais representatividade e força. Uma sociedade civil informada, preparada, e, antes de tudo ética, capaz de exercer seus direitos e pressionar por justiça quando ela lhe for negada, sempre com integridade e decoro.

E ao sistema bancário se impõe inúmeros desafios adicionais, dentre os quais destaco a atualização da linguagem dos contratos, a gestão de riscos cibernéticos, a necessidade de adaptação dos clientes mais vulneráveis à transformação digital e a redução da judicialização das questões consumeristas.

E para que essa transformação se torne possível se faz imprescindível o trabalho conjunto dos operadores do direito, do poder público e das entidades de defesa do consumidor.

Encerrar este artigo não é apenas registrar os avanços obtidos, mas afirmar que há um caminho urgente e deveras longo a ser percorrido. Um caminho que inclui o fortalecimento do sistema nacional de defesa do consumidor, a incorporação de novos direitos digitais ao CDC, a revisão da lógica de consumo em ambientes virtuais e a construção de uma cultura jurídica mais atenta às desigualdades estruturais.

Defender o consumidor, hoje, é defender o direito à cidadania em todas as suas dimensões. E é com essa lente que precisamos olhar o presente e preparar o futuro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Código de Defesa do Consumidor. Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm
- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/legislacao/22488/constituicao-da-republica-federativa-do-brasil-1988>
- FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2021.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.
- MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. Revista dos Tribunais, 2022.
- MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2017.
- MELO, Nehemias Domingos de. Da defesa do consumidor em juízo por danos causados em acidentes de consumo. São Paulo: Atlas, 2010.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. Saraiva, 2021.
- SANTIN, Douglas. Proteção do consumidor digital e hiper vulnerabilidade. Revista de Direito e Tecnologia, 2023.
- TARTUCE, Flávio. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Método, 2022.

“SHADOW TEACHER” EN EL PERÚ: HACIA UN MARCO NORMATIVO DE INCLUSIÓN REAL Y SOSTENIBLE

Autora:

Guadalupe Montenegro Ruiz



“SHADOW TEACHER” EN EL PERÚ: HACIA UN MARCO NORMATIVO DE INCLUSIÓN REAL Y SOSTENIBLE

The Shadow Teacher in Peru: Towards a Genuine and Sustainable Inclusive Education Framework

Guadalupe Montenegro Ruiz¹

SUMARIO:

I. Introducción.

II. ¿Qué es el “shadow”? ¿Apoyo inclusivo o discriminación encubierta?

III. Breve análisis de la normativa vigente.

IV. ¿Qué cambios o refuerzos ha traído la Ley N.º 32289, Ley que garantiza y promueve el acceso a la educación de los estudiantes en condición de discapacidad e impulsa la capacitación de docentes en educación inclusiva?

V. Casuística administrativa: lo que nos dice el INDECOPI

VI. Conclusión.

Resumen

El artículo analiza la figura del *shadow teacher* o maestro sombra en el sistema educativo peruano, resaltando su potencial como herramienta pedagógica para apoyar a estudiantes con discapacidad o necesidades educativas especiales (NEE), pero advirtiendo sobre su uso indebido como requisito para la matrícula o permanencia. Se destaca que, a diferencia de países como EE. UU. y España, en el Perú no existe una regulación específica que asigne a las instituciones educativas la responsabilidad de proveer este apoyo, lo que ha derivado en prácticas discriminatorias encubiertas al trasladar los costos a las familias. La Ley N.º 32289, promulgada en 2025, refuerza el marco de protección al prohibir condicionamientos económicos, exigir vacantes inclusivas y fortalecer la fiscalización y la capacitación docente. Asimismo, resoluciones del INDECOPI han establecido que sugerir un *shadow* es válido solo si está sustentado en una evaluación pedagógica institucional y aceptado voluntariamente, pero imponerlo constituye discriminación. El texto concluye que la inclusión es un derecho exigible y que el *shadow* debe integrarse como parte de un plan educativo institucional, sin reemplazar obligaciones escolares ni convertirse en barrera económica.

Palabras claves

Shadow o maestro sombra/ Educación inclusiva/ Necesidades educativas especiales (NEE)/ Ajustes razonables/ Vacantes inclusivas/ Ley 32289

Abstract

The article examines the *shadow teacher* concept within the Peruvian educational system, recognizing its value as a pedagogical tool to support students with disabilities or

¹ Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres. Máster en Economía y Consumo, por la Universidad de La Mancha. Asociada Senior y Líder del Área de Protección al Consumidor de TYTL Abogados. Correo de contacto: gmontenegro@tytl.com.pe

special educational needs (SEN) while warning against its misuse as a condition for enrollment or continued attendance. Unlike countries such as the U.S. and Spain, Peru lacks specific regulations assigning schools the responsibility to provide this support, leading to covert discriminatory practices by shifting costs to families. Law No. 32289, enacted in 2025, strengthens protection by prohibiting economic conditions, mandating inclusive vacancies, and reinforcing oversight and teacher training. Furthermore, rulings from INDECOPI establish that recommending a *shadow teacher* is valid only if based on an institutional pedagogical assessment and voluntarily accepted, but imposing it constitutes discrimination. The article concludes that inclusion is an enforceable right and that the *shadow teacher* must be part of an institutional educational plan, never replacing school obligations or becoming a financial barrier.

Keywords

Shadow or shadow teacher / Inclusive education / Special educational needs (SEN) / Reasonable accommodations / Inclusive placements / Law 32289

I. INTRODUCCIÓN

Era marzo de 2025 cuando Mariana, madre de Matías —un niño diagnosticado con Trastorno del Espectro Autista (TEA)—, acudió a formalizar su matrícula en un reconocido colegio privado de Lima. La entrevista con la coordinación académica transcurrió con cordialidad, hasta que surgió una consulta que parecía rutinaria: "¿Su hijo ya cuenta con una *shadow*?". Mariana, confundida, preguntó qué significaba ese término. La respuesta fue inmediata: "Es una acompañante individual que debe estar con su menor hijo en el aula. Sin ella, no podremos asegurar su ingreso ni permanencia en nuestra institución educativa, además de que usted debe asumir el costo de contratación por los servicios de la *shadow*".

No se le solicitó un informe psicopedagógico. Tampoco se le explicó si el colegio había considerado alternativas institucionales de apoyo. No se le ofreció un plan educativo adaptado ni una estrategia de acompañamiento interno. Solo se le indicó que debía contratar, por cuenta propia, a una persona externa que acompañe a su hijo durante toda la jornada escolar.

Este tipo de situaciones ha comenzado a generar un debate urgente y necesario sobre el verdadero significado de la inclusión educativa en el Perú. No se trata de cuestionar la buena fe de las instituciones educativas, ni de desconocer el reto que implica integrar a estudiantes con necesidades educativas especiales (NEE) dentro de un salón de clases. Tampoco se puede ignorar que muchos colegios, especialmente del sector privado, han dado pasos valiosos para construir entornos más diversos, equitativos y sensibles a la diferencia.

Sin embargo, lo que sí resulta imprescindible es reflexionar sobre una práctica que se viene normalizando en algunos espacios educativos: **la exigencia en la contratación de una "shadow" como condición para acceder, continuar o participar en el servicio educativo**. Y, sobre todo, analizar si dicha exigencia se encuentra amparada por el marco normativo vigente o si, por el contrario, puede configurar una forma indirecta de exclusión de un menor al sistema educativo.

La figura del *shadow* —también conocida como acompañante pedagógico individual, maestro sombra o profesional de apoyo externo— se ha convertido en una herramienta habitual para brindar soporte personalizado a estudiantes con discapacidad o dificultades de adaptación en el entorno escolar. En su concepción original, representa un recurso complementario, que puede ser de gran utilidad para facilitar la

participación activa de ciertos estudiantes con habilidades diferentes en las actividades académicas, siempre que su implementación se derive de una evaluación técnica, consensuada, proporcional y, sobre todo, **no condicionante**.

El concepto de "shadow" ha evolucionado en diferentes países, adoptando diversos enfoques regulatorios:

- **Estados Unidos:** La Ley de Educación para Personas con Discapacidades (IDEA) establece que las instituciones educativas deben proveer apoyos personalizados, incluyendo asistentes individuales, cuando sean necesarios para garantizar la educación inclusiva.
- **España:** La normativa reconoce la figura del "profesional de apoyo educativo", designado por el Estado para brindar asistencia a estudiantes con necesidades especiales sin trasladar costos a las familias.
- **Perú:** No existe una regulación específica sobre la figura del "shadow" en el sistema educativo, lo que ha generado interpretaciones dispares sobre su implementación y costo.

Este análisis comparado permite advertir que, en otros países, la provisión de un acompañante educativo es una responsabilidad de la institución y no de los padres. En el caso peruano, la falta de regulación expresa ha derivado en prácticas que pueden vulnerar el derecho a la educación inclusiva.

En esa línea, el uso de esta figura —cuando no está debidamente justificado o cuando se impone como requisito tácito para acceder al servicio educativo— puede entrar en tensión con los principios de igualdad, equidad y no discriminación que estructuran nuestro sistema legal. En efecto, diversas normas legales, tanto nacionales como internacionales, han establecido que **las instituciones educativas tienen la obligación de eliminar barreras de acceso**, implementar ajustes razonables y garantizar que ningún niño o niña sea excluido por motivos asociados a su discapacidad o necesidad de apoyo.

En este contexto, resulta fundamental recordar que la inclusión educativa **no es una concesión, sino un derecho exigible**. Así lo establece la **Ley General de Educación (Ley N.º 28044)**, la **Ley General de la Persona con Discapacidad (Ley N.º 29973)** y, más recientemente, la **Ley N.º 32289**, promulgada en abril de 2025, que refuerza el marco de protección en favor de estudiantes con discapacidad en los niveles de Educación Básica Regular (EBR) y Educación Básica Alternativa (EBA), tanto en colegios públicos como privados.

Por su parte, el **INDECOPI**, en su rol de autoridad encargada de velar por la idoneidad en la prestación de servicios educativos, ha comenzado a pronunciarse con mayor claridad frente a estos casos, estableciendo criterios administrativos que delimitan cuándo la sugerencia de un *shadow* puede considerarse válida y cuándo se transforma en una **exigencia discriminatoria** sancionable.

Este artículo busca desarrollar, desde una perspectiva legal, doctrinaria y práctica, la figura del *shadow* en el sistema educativo peruano. Para ello, se abordará su definición y finalidad pedagógica, se analizará el marco normativo vigente, se presentarán precedentes relevantes emitidos por el INDECOPI y se evaluará el impacto que tendrá la Ley N.º 32289 en la configuración de esta figura.

Finalmente, se propondrán recomendaciones orientadas a fortalecer las buenas prácticas en las instituciones educativas, con el fin de **garantizar una inclusión real**,

sostenible y jurídicamente segura, en beneficio de los estudiantes, sus familias y las propias comunidades escolares.

Porque, en definitiva, la inclusión no es simplemente abrir las puertas del aula: es comprometerse activamente a derribar los muros —visibles e invisibles— que impiden que todos aprendan juntos.

II. ¿QUÉ ES EL "SHADOW"? ¿APOYO INCLUSIVO O DISCRIMINACIÓN ENCUBIERTA?

Una de las figuras más discutidas en el debate contemporáneo sobre educación inclusiva es la del denominado *shadow*, también conocido en nuestro contexto como maestro sombra o acompañante pedagógico individual. En principio, su existencia responde a una intención pedagógica legítima: brindar un apoyo adicional y personalizado a estudiantes que, por su perfil de aprendizaje, por diagnósticos vinculados a discapacidad o por otras condiciones específicas, requieren ayuda directa dentro del aula para participar de manera efectiva en la dinámica escolar. Sin embargo, la manera en que esta figura viene siendo utilizada en algunas instituciones educativas, especialmente privadas, ha derivado en una serie de tensiones jurídicas, éticas y pedagógicas que exigen ser analizadas con detenimiento.

En el Perú, el *shadow* no está regulado de manera expresa por ninguna norma con rango legal o reglamentario en el ámbito educativo. A pesar de ello, su uso se ha extendido en los colegios privados, especialmente en zonas urbanas de Lima y otras ciudades principales. La lógica que sostiene esta práctica es sencilla: frente a la creciente demanda de inclusión por parte de familias con hijos diagnosticados con Trastorno del Espectro Autista (TEA), Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad (TDAH) u otras condiciones asociadas a necesidades educativas especiales (NEE), algunas instituciones han recurrido al acompañamiento individual como una solución pragmática. En muchos casos, dicho acompañamiento ha sido promovido por los propios padres, en búsqueda de un mejor soporte para sus hijos. En otros, ha sido el colegio quien ha sugerido su incorporación. Pero existe también un tercer escenario, más problemático: cuando el colegio impone la presencia de un *shadow* como condición para aceptar la matrícula, permitir la asistencia o autorizar la permanencia del estudiante en la institución educativa.

En esos casos, la figura se desnaturaliza. El *shadow* deja de ser un apoyo técnico flexible para convertirse en un filtro de ingreso o de continuidad. Y lo que es más grave: su contratación, supervisión y costos son transferidos íntegramente a las familias, eximiendo al colegio de asumir cualquier costo o responsabilidad institucional. Es en este punto donde surgen las tensiones legales más profundas.

Desde una perspectiva normativa, el derecho a la educación inclusiva se encuentra reconocido como un derecho fundamental en múltiples instrumentos nacionales e internacionales ratificados por el Perú. La Constitución Política (art. 16) ² establece que la educación es un derecho que debe prestarse con igualdad de oportunidades. La Ley

²

Constitución Política del Perú Descentralización del sistema educativo

Artículo 16.- Tanto el sistema como el régimen educativo son descentralizados.

El Estado coordina la política educativa. Formula los lineamientos generales de los planes de estudios, así como los requisitos mínimos de la organización de los centros educativos. Supervisa su cumplimiento y la calidad de la educación.

Es deber del Estado asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas.

General de Educación (Ley N.º 28044) reconoce, en su artículo 8³, la obligación del Estado de garantizar una educación inclusiva y equitativa. Más aún, la Ley General de la Persona con Discapacidad (Ley N.º 29973) establece en sus artículos 35 a 37⁴ que los centros educativos, públicos o privados, están obligados a implementar ajustes razonables y eliminar las barreras que impidan o limiten el acceso efectivo de estudiantes con discapacidad a la educación.

La reciente Ley N.º 32289, Ley que garantiza y promueve el acceso a la educación básica regular a la educación básica alternativa de los estudiantes en condición de

³ **Ley N.º 28044, Ley General de Educación**
Artículo 8.- Principios de la educación

La educación peruana tiene a la persona como centro y agente fundamental del proceso educativo. Se sustenta en los siguientes principios:

(...)

c) La inclusión, que incorpora a las personas con discapacidad, grupos sociales excluidos, marginados y vulnerables, especialmente en el ámbito rural, sin distinción de etnia, religión, sexo u otra causa de discriminación, contribuyendo así a la eliminación de la pobreza, la exclusión y las desigualdades.

(...)

⁴ **Ley N.º 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad**

Artículo 35. Derecho a la educación

35.1 La persona con discapacidad tiene derecho a recibir una educación de calidad, con enfoque inclusivo, que responda a sus necesidades y potencialidades, en el marco de una efectiva igualdad de oportunidades. El Ministerio de Educación regula, promueve, supervisa, controla y garantiza su matrícula en las instituciones educativas públicas y privadas de las diferentes etapas, modalidades y niveles del sistema educativo nacional.

35.2 Ninguna institución educativa pública o privada puede negar el acceso o permanencia de una persona por motivos de discapacidad.

Artículo 36. Accesibilidad a las instituciones educativas

36.1 El Ministerio de Educación y los gobiernos regionales garantizan la adecuación de la infraestructura física, mobiliario y equipos de las instituciones educativas para la atención de la persona con discapacidad, así como la distribución de material educativo adaptado y accesible.

36.2 El Ministerio de Educación y los gobiernos locales y regionales promueven y garantizan el aprendizaje del sistema braille, la lengua de señas y otros modos, medios y formatos de comunicación en las instituciones educativas.

Artículo 37. Calidad del servicio educativo

37.1 Las instituciones educativas de las diferentes etapas, modalidades y niveles del sistema educativo nacional están obligadas a realizar las adaptaciones metodológicas y curriculares, así como los ajustes razonables necesarios para garantizar el acceso y permanencia del estudiante con discapacidad.

37.2 El Ministerio de Educación y los gobiernos regionales garantizan la prestación de servicios de apoyo y acompañamiento para la inclusión del estudiante con discapacidad, así como la formación y capacitación permanente del personal directivo, docente y administrativo en cuestiones relativas a la discapacidad y los derechos de la persona con discapacidad. Para tal fin, asignan los recursos necesarios para el adecuado funcionamiento de los centros de educación básica especial.

discapacidad e impulsa la capacitación de docentes, promulgada el 22 de abril de 2025, refuerza aún más este marco normativo. Entre sus disposiciones más relevantes se encuentran:

- La prohibición expresa de cualquier tipo de discriminación en el acceso o permanencia en el servicio educativo.
- La obligación de implementar ajustes razonables dentro del aula, sin que ello signifique imponer costos adicionales a las familias.
- La necesidad de que las instituciones educativas registren a estudiantes con discapacidad sin condicionar la matrícula a ningún tipo de requisito económico adicional.

Así, bajo este marco normativo, queda claro que el derecho del niño o niña a ser educado en igualdad de condiciones no puede ser supeditado a que los padres contraten, financien o gestionen apoyos externos. Más aún, la contratación de un *shadow* **no puede imponerse como condición previa a la matrícula**, ni como requisito para que el estudiante pueda asistir regularmente a clases, ni como medida sustitutoria de las responsabilidades institucionales del colegio.

En este punto es necesario hacer una distinción importante. Existen situaciones en las que la contratación de un *shadow* puede ser apropiada, siempre que su implementación cumpla con tres requisitos esenciales:

Requisito	¿Qué implica?	Sustento normativo
Evaluación institucional previa	El requerimiento del <i>shadow</i> debe derivarse de una evaluación psicopedagógica desarrollada por el equipo de soporte del colegio, no por un centro médico o externo particular.	Artículo 78 del Reglamento de la Ley General de Educación.
Comunicación clara y no condicionante	La propuesta debe transmitirse a los padres como una sugerencia técnica orientada al bienestar del estudiante, nunca como una exigencia para la matrícula o permanencia.	Principio de no discriminación – Ley N.º 29973 y CDPD (ONU).
Integración con el proyecto educativo del colegio	El <i>shadow</i> debe formar parte del plan individual de atención del estudiante y estar articulado con el Proyecto Educativo Institucional (PEI), no actuar como apoyo aislado.	Artículos 19-A y 20 de la Ley General de Educación – Ley N.º 28044.

Cuando los elementos esenciales que justifican la implementación del *shadow* están ausentes —es decir, cuando no existe una evaluación institucional previa, una planificación articulada ni una comunicación clara y no condicionante con la familia, esta figura se desnaturaliza. Deja de ser un recurso técnico de apoyo individual y se

convierte en un mecanismo problemático que desplaza responsabilidades, impone cargas económicas indebidas y, en última instancia, vulnera derechos fundamentales.

Cabe precisar que el propósito de esta discusión no es proscribir el uso del *shadow*, ni desincentivar a las familias que, de manera autónoma y voluntaria, decidan asumir ese tipo de acompañamiento para favorecer el proceso de aprendizaje de sus hijos. En muchos contextos, el *shadow* ha sido valorado por los padres como un soporte pedagógico efectivo. El problema radica en otra dimensión: cuando el colegio lo **impone como condición para la matrícula, la asistencia regular o la permanencia del estudiante**, sin ofrecer una alternativa institucional ni asumir su rol como garante de la inclusión educativa.

Esa imposición configura una práctica excluyente, aunque no siempre sea percibida como tal. Porque la exclusión hoy ya no se expresa abiertamente en negaciones explícitas, sino en **requisitos implícitos que segmentan, que filtran, que limitan el acceso efectivo** de estudiantes con necesidades educativas especiales (NEE) a una educación en igualdad de condiciones.

Y es precisamente esa sutileza la que más debe preocupar. Porque mientras más sofisticado es el disfraz, más difícil resulta visibilizar la discriminación. **La contratación obligatoria de un shadow por parte de los padres, como prerrequisito para acceder al servicio educativo, constituye una barrera estructural que desplaza al estudiante hacia una lógica paralela, donde la inclusión no depende del derecho, sino de la capacidad económica.**

Este escenario contradice abiertamente el mandato constitucional de igualdad de oportunidades (art. 16 de la Constitución), la Ley General de Educación (Ley N.º 28044), la Ley General de la Persona con Discapacidad (Ley N.º 29973) y la reciente Ley N.º 32289. Todas ellas establecen que los colegios —públicos o privados— tienen la obligación de garantizar ajustes razonables sin trasladar el costo de la inclusión a las familias. La normativa es clara: la inclusión no puede depender de la renta.

A la luz de este marco, corresponde reafirmar que el *shadow* puede ser una herramienta pedagógica legítima cuando se emplea con **criterio técnico, sensibilidad humana y responsabilidad institucional**. Pero también es necesario advertir que, en ausencia de esos principios, puede transformarse en un mecanismo encubierto de exclusión. Un disfraz de neutralidad que en la práctica perpetúa desigualdades y vulnera derechos.

Como en tantas otras áreas de la educación, **las formas importan**. No basta con que una medida se presente como “apoyo”, si en la práctica **opera como barrera**. Porque allí donde el acompañamiento se impone como condición, y donde el deber institucional se privatiza y se transfiere a las familias, **el derecho a la educación pierde su carácter universal y se vuelve un servicio condicionado**.

El ordenamiento jurídico tiene, entonces, un papel correctivo. Frente a prácticas institucionales que generan exclusión indirecta —aunque estén revestidas de buena intención o lenguaje técnico—, **el Estado debe actuar para proteger el derecho de los niños a una educación inclusiva, gratuita y sin discriminación**.

III. BREVE ANÁLISIS DE LA NORMATIVA VIGENTE

La promesa de una educación inclusiva no puede quedarse en el plano discursivo. Requiere un marco jurídico robusto, pero también mecanismos eficaces para impedir que las garantías formales sean socavadas por prácticas institucionales que, aunque no siempre explícitas, **generan efectos restrictivos sobre el acceso, la permanencia y el**

éxito educativo de los estudiantes con discapacidad o necesidades educativas especiales (NEE).

En el Perú, el ordenamiento jurídico ha avanzado significativamente en el reconocimiento del derecho a una educación inclusiva, estableciendo estándares que vinculan tanto al sector público como al privado. Las escuelas privadas no están exentas de estas obligaciones: deben garantizar los mismos derechos que los centros públicos, y no pueden aplicar criterios diferenciados que afecten el principio de igualdad y no discriminación.

A pesar de ello, diversas experiencias recogidas en los últimos años —y documentadas en pronunciamientos del INDECOPI y de la Defensoría del Pueblo— evidencian un patrón reiterado: la imposición de condiciones económicas informales para estudiantes con NEE, entre ellas, la exigencia de contratar a un *shadow* como prerequisite para acceder o mantenerse en el servicio educativo. Esta práctica, que suele justificarse bajo el argumento de brindar apoyo adicional, **representa una forma indirecta de exclusión** cuando no se basa en una evaluación pedagógica institucional ni se implementa como parte de una estrategia de inclusión integral.

Desde una perspectiva jurídica, **esta imposición resulta incompatible con múltiples disposiciones normativas que prohíben condicionar el ejercicio del derecho a la educación al pago de servicios adicionales**, especialmente cuando están asociados a la condición de discapacidad o necesidades específicas del estudiante. No se trata simplemente de una mala práctica, sino de una vulneración directa a principios y normas vigentes.

Primero, el artículo 19-A de la **Ley General de Educación**⁵ establece expresamente que **la educación inclusiva no debe suponer costos adicionales para las familias**, lo que implica que cualquier ajuste razonable necesario para garantizar la inclusión debe ser asumido por la propia institución educativa. Esta disposición se alinea con lo dispuesto en la **Ley General de la Persona con Discapacidad**, la cual prohíbe toda forma de discriminación y **precisa que los ajustes razonables son de cumplimiento obligatorio para las instituciones educativas**, sin que puedan ser trasladados a los usuarios o sus familias.

Además, el **Reglamento de la Ley 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad**, refuerza esta prohibición, al definir los "ajustes razonables" como medidas que no deben imponer una carga desproporcionada o indebida a las personas con discapacidad. Esto implica que dichos ajustes sean accesibles, proporcionales y asumidos por la

⁵ **Ley N° 28044, Ley General de Educación**
Artículo 19-A.- Educación inclusiva

La educación es inclusiva en todas sus etapas, formas, modalidades, niveles y ciclos. Las instituciones educativas adoptan medidas para asegurar condiciones de accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad en la provisión de los servicios educativos; y, desarrollan planes educativos personalizados para los estudiantes con necesidades educativas especiales.

El Estado garantiza la creación e implementación de los servicios de apoyo educativo para la atención en educación inclusiva, desarrollando acciones de sensibilización, capacitación y asesoramiento a la comunidad educativa en materia de atención a la diversidad, sin perjuicio del personal especializado para la atención educativa inclusiva.

La educación inclusiva no genera costos adicionales a los alumnos con necesidades educativas especiales, en aplicación del derecho a la no discriminación y a la igualdad de oportunidades educativas".

institución educativa, sin trasladar esa barrera a procedimientos externos o a la capacidad económica de las familia.

Por su parte, la **Ley de Centros Educativos Privados** establece en su artículo 16.2⁶ que está prohibido condicionar la matrícula o permanencia a la entrega de “contribuciones voluntarias”, y esta disposición cobra especial relevancia cuando se trata de estudiantes con NEE. Si exigir el pago de una suma no prevista oficialmente ya resulta ilegal, con mayor razón lo es **imponer el costo de una figura externa como el shadow, sin sustento ni regulación institucional**, como condición para el ejercicio pleno del derecho a la educación.

Estas normas nacionales deben interpretarse además **a la luz de los tratados internacionales ratificados por el Perú**, especialmente la **Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)**. Este instrumento, con rango constitucional conforme al artículo 55 de la Constitución, **obliga al Estado a garantizar una educación inclusiva, sin exclusión, sin discriminación y con los ajustes razonables necesarios para lograrla**, sin que estos generen cargas económicas para las familias.

Así, nos encontramos ante un entramado normativo coherente, que **prohíbe explícitamente cualquier práctica que traslade los costos de la inclusión al ámbito privado**. En consecuencia, **la exigencia de contratar un shadow, cuando no es voluntaria, informada y articulada con el equipo pedagógico del colegio, resulta jurídicamente inaceptable**.

A continuación, se presenta una síntesis de este marco normativo:

Norma	Mandato principal
Ley General de Educación (Ley N.º 28044)	Art. 19-A: La educación inclusiva debe ser gratuita, sin costos adicionales ni exigencias económicas para las familias.
Ley General de la Persona con Discapacidad (Ley N.º 29973)	Prohíbe condicionar la matrícula por discapacidad. Los ajustes razonables son obligaciones de las instituciones, no de los padres.
Reglamento de la Ley N.º 29973 (D.S. N.º 002-2014-MIMP)	Arts. 2 y 9: Los ajustes razonables deben implementarse de forma inmediata, gratuita y sin trasladar costos al usuario.
Ley de Centros Educativos Privados (Ley N.º 26549)	Art. 14: Se prohíbe exigir “contribuciones voluntarias” para acceder o permanecer en el servicio educativo, especialmente por motivos de discapacidad.
Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	Art. 24: El Estado debe garantizar el acceso a una educación inclusiva sin exclusión, discriminación ni costos derivados de la discapacidad.

⁶ **Ley N.º. 26549, Ley de los Centros Educativos Privados**
Artículo 16.- Exigencias y cobros prohibidos

(...)

16.2 La institución educativa privada no puede exigir a los usuarios del servicio el pago de sumas o recargos por conceptos diferentes a los establecidos en esta Ley. Tampoco puede obligar a los usuarios a efectuar el pago de una o más pensiones mensuales adelantadas, salvo en el caso en que dichos pagos sustituyan a la cuota de ingreso o a la cuota de matrícula, a elección de estos. Se encuentra prohibido el condicionamiento de la inscripción o matrícula, o en su caso, la permanencia en la institución educativa privada, al pago de contribuciones denominadas voluntarias o al pago de montos por concepto de adaptabilidad, accesibilidad y/o adecuación para personas con necesidades educativas especiales asociadas a discapacidad.

(...)

Este marco no deja lugar a dudas: **condicionar la inclusión al pago de servicios complementarios como el shadow constituye una infracción al derecho fundamental a la educación.** Lo que está en juego no es solo la interpretación de una norma, sino **la coherencia del sistema jurídico en su conjunto frente a la igualdad real de oportunidades.**

En ese sentido, corresponde a las instituciones educativas, a los padres de familia y a los órganos reguladores del Estado velar porque la promesa de inclusión no se convierta en un privilegio. Porque cuando el derecho se supedita al ingreso, deja de ser derecho y se convierte en transacción.

En esa línea, es preciso señalar que hay una norma reciente que es la Ley N.º 32289, Ley que garantiza y promueve el acceso a la educación de los estudiantes en condición de discapacidad e impulsa la capacitación de docentes en educación inclusiva que si bien no ha sido tratada en este acápite, es una norma que merece ser analizada pues aclara todas las dudas sobre cualquier exigencia o traslado de costos a los padres de familia, por lo que su análisis da pie al siguiente apartado.

IV. ¿QUÉ CAMBIOS O REFUERZOS HA TRAÍDO LA LEY N.º 32289, LEY QUE GARANTIZA Y PROMUEVE EL ACCESO A LA EDUCACIÓN DE LOS ESTUDIANTES EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD E IMPULSA LA CAPACITACIÓN DE DOCENTES EN EDUCACIÓN INCLUSIVA?

La promulgación de la **Ley N.º 32289**, Ley que garantiza y promueve el acceso a la educación de los estudiantes en condición de discapacidad e impulsa la capacitación de docentes en educación inclusiva en abril de 2025, constituye uno de los avances más significativos en el fortalecimiento del marco legal de la educación inclusiva en el Perú. Esta norma no solo responde a una demanda largamente sostenida por parte de familias, organizaciones de personas con discapacidad y especialistas en pedagogía inclusiva, sino que también busca cerrar una brecha normativa persistente: **la coexistencia entre el discurso de la inclusión y prácticas institucionales que, en la realidad, la obstaculizan.**

A través de una serie de disposiciones concretas y de obligatorio cumplimiento, la Ley N.º 32289 establece un **nuevo estándar mínimo** para los centros educativos, especialmente los del ámbito privado. Estas medidas no son solo orientaciones éticas: son **mandatos vinculantes** que reconfiguran las condiciones en las que debe garantizarse el acceso y la permanencia de estudiantes con discapacidad o necesidades educativas especiales.

Entre los puntos más relevantes, destacan los siguientes:

A. Reserva obligatoria de vacantes inclusivas

Cada institución educativa está obligada a **garantizar, como mínimo, dos vacantes por aula** para estudiantes con discapacidad. Esta medida tiene por finalidad evitar mecanismos de exclusión encubiertos, como la declaración de "aula completa" o la alegación de falta de preparación para atender a estudiantes con NEE. Se trata, además, de un avance frente a la tradicional "reserva voluntaria", que terminaba dependiendo de la buena voluntad del centro educativo.

B. Registro virtual y público de vacantes

La ley dispone la creación de un sistema en línea, actualizado en tiempo real, donde los colegios deben publicar sus vacantes disponibles. Este mecanismo promueve **la transparencia en el proceso de matrícula** y evita la discrecionalidad en la gestión de cupos, especialmente cuando se trata de solicitudes de estudiantes con alguna condición de discapacidad.

C. Fiscalización efectiva y sanciones proporcionales

El nuevo marco legal fortalece las competencias del Ministerio de Educación (MINEDU) para **fiscalizar directamente a las instituciones** y remitir información a INDECOPi cuando se identifiquen barreras de acceso. Se contempla, además, la imposición de sanciones —como multas o suspensión del servicio— a aquellos centros que incurran en **negativa injustificada de matrícula** o mantengan prácticas discriminatorias, por ejemplo, la imposición obligatoria de un *shadow*.

D. Capacitación docente como política pública

La presente norma declara de **interés nacional la formación continua del personal docente en temas de educación inclusiva**. Este reconocimiento implica no solo el deber de implementar programas permanentes de capacitación, sino también la evaluación del impacto de dichas acciones. La inclusión no puede depender exclusivamente de la intuición o experiencia personal del profesor; debe ser una competencia profesional fortalecida desde la política educativa.

E. Prohibición expresa de condicionamientos económicos

De manera tajante, la ley **prohíbe condicionar el acceso o la permanencia de un estudiante al pago de servicios complementarios o apoyos externos**. Esto incluye, de manera directa, la exigencia de contratar un *shadow* como prerrequisito para que el estudiante con discapacidad pueda estudiar. La inclusión es un derecho, no un servicio adicional sujeto a tarifas.

F. Participación ciudadana y mecanismos de rendición de cuentas

Finalmente, la norma promueve una lógica de **participación activa de los usuarios del sistema educativo**, mediante canales de denuncia, seguimiento y vigilancia social. Las instituciones educativas deberán emitir reportes anuales sobre sus políticas de inclusión, número de estudiantes con NEE atendidos, estrategias implementadas y niveles de satisfacción recogidos. Esta dimensión democratizadora garantiza no solo derechos, sino también **transparencia y responsabilidad institucional**.

En suma, la **Ley N.º 32289 no crea derechos nuevos, sino que exige su cumplimiento efectivo**. Reafirma que la educación inclusiva no es una política optativa ni una concesión sujeta a disponibilidad económica, sino una **obligación legal, técnica y ética** del sistema educativo. En ese marco, la figura del *shadow* —como cualquier otro ajuste razonable— debe responder a criterios pedagógicos objetivos, no a imposiciones económicas informales ni a prácticas de exclusión solapada.

V. CASUÍSTICA ADMINISTRATIVA: LO QUE NOS DICE EL INDECOPi

La problemática que genera la figura del *shadow* no es una hipótesis académica ni una preocupación abstracta. **Tiene rostro, tiene nombre, y tiene consecuencias legales**. En los últimos años, el INDECOPi —a través de la Sala Especializada en Protección al

Consumidor— ha tenido que pronunciarse sobre denuncias muy concretas presentadas por padres de familia que vieron vulnerado el derecho de sus hijos a una educación inclusiva.

Lo que revelan estos casos no es solo una tendencia preocupante, sino también una oportunidad para delimitar con mayor precisión **cuándo el uso del shadow es legítimo y cuándo se convierte en una forma encubierta de discriminación**. Porque la delgada línea entre "sugerencia" y "exigencia" no es un mero juego de palabras: en el contexto educativo, esa diferencia puede marcar la inclusión o la exclusión de un niño del sistema escolar.

Veamos tres resoluciones claves que marcan esta línea interpretativa:

Resolución	Hechos denunciados	Resultado	Multa
0121-2025/SPC-INDECOPI	El colegio condicionó la asistencia de un niño con Trastorno del Espectro Autista (TEA) a la contratación obligatoria de un shadow externo, costado por los padres.	Se sancionó al Colegio por discriminación al haber condición de discapacidad.	15 UIT -primera instancia- (Multa cuestionada vía apelación)
2494-2024/SPC-INDECOPI	Se exigió la firma de un acta de matrícula "condicional" , en la que los padres se comprometían a contratar un shadow como requisito para el ingreso del menor a la institución educativa.	Se sancionó al Colegio por infracción al derecho de acceso al servicio educativo.	11 UIT
3206-2023/SPC-INDECOPI	El colegio sugirió a la familia evaluar la posibilidad de un acompañamiento externo (shadow) como parte de una estrategia voluntaria, sin condicionar matrícula ni asistencia.	Denuncia infundada. No se acreditó trato discriminatorio.	—

Lo que el INDECOPI deja claro, a través de las tres resoluciones antes mencionadas, es lo siguiente:

- **No es lo mismo recomendar que imponer.** Un colegio puede sugerir —basado en una evaluación pedagógica y con respeto— que el acompañamiento de un shadow podría ayudar al proceso de inclusión. Pero lo que **no puede hacer** es **condicionar la matrícula, la asistencia o la permanencia** del estudiante a esa contratación.
- **No importa si la exigencia está escrita o no.** En algunos casos, el condicionamiento ha sido explícito y documentado (como en actas o correos); en otros, ha sido verbal o implícito. Pero en todos los casos, el INDECOPI ha evaluado los hechos

con perspectiva de derechos: **si la práctica genera una barrera económica, entonces es discriminatoria.**

- **Los colegios sí pueden promover apoyos externos, pero bajo reglas claras.** Si existe una recomendación técnica, razonada, y no coactiva, y si los padres la asumen de manera voluntaria, no hay infracción. El problema surge cuando el colegio **traslada su obligación institucional al ámbito privado**, exigiendo que los padres "resuelvan" la inclusión con sus propios medios económicos.

En conclusión, los casos analizados muestran un criterio firme y reiterado: **la educación inclusiva no puede estar sujeta a condiciones encubiertas ni a la capacidad de pago de las familias.** La figura del *shadow*, lejos de ser una solución automática, debe ser evaluada caso por caso, dentro de un enfoque pedagógico integral y con pleno respeto al marco normativo.

VI. CONCLUSIÓN

La figura del *shadow*, o maestro sombra, ha emergido como una herramienta pedagógica que puede ser valiosa en determinados contextos de atención a la diversidad. Sin embargo, su incorporación en el ámbito escolar requiere un marco técnico y normativo claro, que asegure que su uso responda al interés superior del estudiante y no se convierta —aunque sea de manera involuntaria— en un mecanismo de exclusión.

A la luz del marco legal vigente, incluido el nuevo impulso dado por la **Ley N.º 32289**, corresponde reforzar algunos principios clave que deben orientar las decisiones de política educativa y la práctica institucional:

- **La educación inclusiva es un derecho, no una opción institucional ni un servicio adicional.** No puede estar sujeta a condiciones económicas, evaluaciones clínicas externas o acuerdos informales ajenos al marco legal.
- **Los colegios no están solos ni deben asumir esta responsabilidad de forma aislada.** La implementación de ajustes razonables requiere un esfuerzo compartido entre el Estado, las familias y las propias instituciones educativas, con soporte técnico, recursos y acompañamiento pedagógico.
- **La figura del *shadow* puede tener un rol legítimo, pero nunca debe reemplazar las obligaciones del colegio.** Debe integrarse como parte de un plan de atención individual, derivado de una evaluación psicopedagógica institucional, y siempre en diálogo con los padres, sin que ello genere un costo adicional.
- **La transparencia, la comunicación respetuosa y la evaluación pedagógica son las mejores herramientas para evitar conflictos.** Cuando hay claridad en el proceso, apertura al diálogo y respeto a los derechos de los estudiantes, se generan condiciones propicias para una inclusión real.
- **El rol del Estado, especialmente a través del MINEDU e INDECOPI, debe ser preventivo, formativo y garante.** Más allá de la sanción, es indispensable fortalecer los mecanismos de orientación, fiscalización temprana y acompañamiento técnico.

En suma, el desafío de la educación inclusiva no es solo jurídico o pedagógico: es profundamente humano. Se trata de garantizar que ningún niño o niña quede fuera del aula por razones que el derecho ya ha considerado inaceptables. Y en ese camino,

cada actor tiene un papel que cumplir: las familias, el Estado y los colegios, unidos por un objetivo común que, aunque complejo, sigue siendo ineludible: **educar sin excluir**.

BIBLIOGRAFÍA

- Congreso de la República del Perú. Constitución Política del Perú. Lima: Diario Oficial El Peruano, 1993.
- Congreso de la República del Perú. Ley N.º 28044, Ley General de Educación. Lima: Diario Oficial El Peruano, 29 de julio de 2003.
- Congreso de la República del Perú. Ley N.º 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad y su Reglamento. Lima: Diario Oficial El Peruano, 4 de agosto de 2024.
- Congreso de la República del Perú. Ley N.º 26549, Ley de los Centros Educativos Privados. Lima: Diario Oficial El Peruano, 1 de diciembre de 1995.
- Congreso de la República del Perú. Ley N.º 32289, Ley que garantiza y promueve el acceso a la Educación Básica Regular (EBR) y a la Educación Básica Alternativa (EBA) de los estudiantes en condición de discapacidad e impulsa la capacitación de docentes en educación inclusiva. Lima: Diario Oficial El Peruano, 4 de abril de 2025.



Autores:
Alonso Morales Acosta
Karina Seminario Coronado

CIBERSEGURIDAD FINANCIERA Y CONSUMIDOR EN LA ERA DIGITAL

CIBERSEGURIDAD FINANCIERA Y CONSUMIDOR EN LA ERA DIGITAL

Financial cybersecurity and consumer protection in digital era

Autores: Alonso Morales Acosta¹

Karina Seminario Coronado²

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El panorama de la ciberseguridad hoy.
- III. El origen de los daños patrimoniales.
- IV. Riesgos en el procesamiento de operaciones presenciales y no presenciales
- V. Medidas para neutralizar los efectos de los ciberataques.
- VI. El análisis del INDECOPI en la validación de medidas de seguridad.
- VII. Discrepancias entre la SBS y el INDECOPI.
- VIII. Reflexión final: Un Futuro digital más seguro para todos.

Resumen

El uso masivo de canales digitales en el sistema financiero ha traído consigo múltiples beneficios, tales como la inmediatez y la ampliación de los servicios financieros tradicionalmente ofrecidos. Sin embargo, también ha generado riesgos significativos: los delitos cibernéticos han aumentado en complejidad y frecuencia, afectando tanto a consumidores como a proveedores. En este contexto, la ciberseguridad constituye una responsabilidad compartida por parte de ambos actores en la relación de consumo. En el presente artículo, haremos un breve recuento de las medidas del proveedor financiero y consumidor para neutralizar ataques de ciberdelincuentes, y el análisis que autoridades como el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, el INDECOPI) y la Superintendencia de Banca y Seguros (en adelante, la SBS) efectúan, en aras de determinar el traslado de responsabilidad en la comisión de un ciber delito.

¹ Abogado por la Facultad de Derecho de la PUCP. Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Estudios de Doctorado en Derecho por la Universidad de Salamanca. Profesor Titular en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Socio Principal y Jefe del área de Protección al Consumidor y Derecho de la Competencia de Torres y Torres Lara Abogados. Correo de contacto: alonso.morales@tytl.com.pe

² Abogada por la Universidad de Lima. Máster Universitario en Derecho, Empresa y Justicia por la Universidad de Valencia. Máster Universitario en Derecho Digital por la Universidad Internacional La Rioja de España (en curso). Los comentarios expuestos por la autora en el presente artículo son efectuados a título estrictamente personal y por supuesto que son debatibles. Correo de contacto: karina.seminario.c@gmail.com

Palabras clave

Ciberseguridad/ consumo digital/ Protección al Consumidor/ autenticación reforzada/ ingeniería social/ ciberdelitos/ fraude financiero/ validación biométrica/ patrón de consumo.

Abstract

The widespread use of digital channels in the financial system has brought multiple benefits, such as immediacy and the expansion of traditionally offered financial services. However, it has also generated significant risks: cybercrimes have increased in both complexity and frequency, affecting consumers and providers alike. In this context, cybersecurity constitutes a shared responsibility between both actors in the consumer relationship. This article provides a brief overview of the measures taken by financial providers and consumers to neutralize cybercriminal attacks, as well as the analysis conducted by authorities such as INDECOPI and the SBS, aimed at determining the allocation of responsibility in the commission of a cybercrime.

Keywords

Cybersecurity, digital consumption, Consumer Protection, strong authentication, social engineering, cybercrimes, financial fraud, biometric validation, consumption patterns.

I. INTRODUCCIÓN

Con la llegada de la pandemia, el mundo tal y como lo conocíamos cambió radicalmente. Si bien veníamos encaminados a la digitalización, en particular de los servicios financieros, la pandemia incrementó cuantitativa y cualitativamente la digitalización de las relaciones jurídicas y económicas. En ese sentido, desde la incorporación del trabajo remoto, y la digitalización de muchas de nuestras actividades diarias, lo que antes eran transacciones presenciales que formaban parte de nuestra rutina, hoy se han convertido en múltiples interacciones virtuales gestionadas en cuestión de minutos. El consumo digital se ha vuelto parte intrínseca de nuestra vida, siendo la gestión de nuestras finanzas personales y la adquisición de bienes y servicios en línea, parte de nuestro día a día. Por ello hoy, la ciberseguridad, lejos de ser un asunto exclusivo de expertos en tecnología, se ha convertido en un tema fundamental que nos atañe a todos. En ese contexto, los pagos digitales en Perú han crecido 884 % desde 2019, impulsando la inclusión financiera y reduciendo el uso del efectivo. Hoy, el 72 % de adultos usan billeteras digitales, confirmando el crecimiento sostenido de la digitalización financiera. El Estudio de Medios de Pago en el Perú de 2025 de NTT Data³, revela que para el 2027 menos del 28% de los pagos se harán en efectivo, y que incluso en los puntos de venta físicos, las ventas serán por canales digitales. La región Chile, por ejemplo, es el país con menor uso de efectivo, con un 12% de la población que lo ocupa como principal alternativa de pago en el 2022⁴.

³ Verderas, Pablo, Luis Olmedo, Nacho Núñez et al. "Estudio Medios de Pago en el Perú 2025". NTT DATA, 2025. (consultora multinacional con presencia en más de 50 países) <https://pe.nttdata.com/documents/NTT%20DATA%20-%20PAYMENT.pdf>.

⁴ Cifuentes, Martín. "¿El fin del dinero en efectivo? Sólo un 12% de los chilenos lo usa para pagar". La Tercera, 23 de agosto de 2023. <https://www.latercera.com/piensa-digital/noticia/el-fin-del-dinero-en-efectivo-solo-un-12-de-los-chilenos-lo-usa-para-pagar/IAPJQA6BS5EZXFQ6PNYAZQOPA4>.

Por ello, resulta trascendental el esfuerzo de las empresas del sistema financiero, ya que, en su afán de lograr la inclusión financiera, se han servido de la tecnología para masificarla. De ahí que hoy se haya generalizado la idea de lograr una inclusión financiera digital, a través del uso adecuado de las nuevas tecnologías. Este escenario genera una responsabilidad compartida entre quienes ofrecen los servicios digitales y quienes los utilizan.

En efecto, en esta responsabilidad compartida hay roles de diligencia que corresponden a las categorías de proveedor y consumidor. El mercado exige que el proveedor afronte los riesgos que plantea el uso de la tecnología mediante un cambio de paradigma, pasando de la tradicional seguridad reactiva, que abordaba incidentes individuales después de que ocurrían, a la implementación de medidas proactivas y preventivas a nivel global. Es decir, en lo posible, tratar de adelantarse y evitar que se consuman los daños provenientes de actos delictuosos, de obsolescencia tecnológica, de los sistemas (software) o de equipamiento (hardware o de cualquier otro proveniente de la naturaleza o de terceros).

Es claro que muchos de estos pueden tener repercusiones de gran alcance, en tanto, una sola falla podría tener consecuencias masivas, afectando a un vasto número de individuos en simultáneo y pudiendo paralizar países enteros. El propósito de este análisis es precisamente ese: advertir de la necesidad de implementar el cambio de paradigma en ciberseguridad, precisar cuáles son los riesgos más comunes y explicar sucintamente, las medidas que han implementado las autoridades sectoriales de nuestro país, relacionadas principalmente al sistema financiero.

Desde luego, no podemos ignorar que al consumidor también le corresponde una conducta de diligencia ordinaria, si quiere transitar con el menor riesgo por los dispositivos y sistemas digitales; en ese sentido, tienen que informarse también -adecuadamente- sobre los usos y referencias en seguridad que el mercado le ofrece, así como mantener una actitud muy prudente.

II. EL PANORAMA DE LA CIBERSEGURIDAD HOY

Históricamente, el fraude, robo o la suplantación de identidad coincidían en la presencia física del autor y la víctima, junto con algún tipo de recurso de engaño, intimidación o amedrentamiento y, en su caso, la fuerza bruta necesaria para controlar a la víctima. Pensemos en el típico carterista que operaba en un mercado concurrido para robar la billetera o el estafador que necesitaba interactuar directamente con su víctima con la finalidad de timarla.

Hoy estas conductas siguen aconteciendo, pero naturalmente han mutado a nuevas modalidades, lo cual se refleja en las denuncias por ciberdelitos que se han multiplicado significativamente desde el 2020, e incluso de año a año. Ello puede notarse en particular por el incremento de denuncias producido entre el 2023 y 2024. En efecto, en el 2024 hubo un aumento de más del 40 % en denuncias totales (42 000 casos) respecto a 2023⁵. Lo delicado de la situación actual es que el daño o perjuicio se genera mediante una acción virtual (no presencial), es decir, sin presencia física de la víctima, lo que permite un mejor ocultamiento, camuflaje o dificultad en la trazabilidad de la operación; a lo cual se suma

⁵ Chávarry, Freddy. "Fraudes digitales y suplantación de identidad: expertos analizan cifras de la PNP sobre impacto de la ciberdelincuencia". RPP Noticias, 3 de marzo de 2025. <https://rpp.pe/peru/actualidad/fraudes-digitales-y-suplantacion-de-identidad-expertos-analizan-cifras-de-la-pnp-sobre-impacto-de-la-ciberdelincuencia-noticia-1620813>.

un impacto masivo (ya no de alcance singular), afectando a millones de personas en segundos y un alcance trasfronterizo, desde cualquier parte del mundo, hacia el lugar donde se produce la afectación. Basta tener una computadora y la información necesaria para encontrar la forma de vaciar -en cuestión de minutos- cuentas bancarias enteras desde otro país.

Esta mutación de las amenazas, de lo singular a lo masivo, de lo visible a lo invisible, desde lo próximo a lo remoto, ha alterado profundamente el escenario de riesgos. Ya no hablamos de incidentes aislados, sino de potenciales catástrofes digitales que exigen medidas de ciberseguridad proactivas y sistémicas. La capacidad de un atacante para comprometer la información de un gran número de individuos simultáneamente, a través de una única brecha de datos, es una realidad que exige una vigilancia constante y una adaptación continua de las estrategias de protección.

III. EL ORIGEN DE LOS DAÑOS PATRIMONIALES

3.1 Los ciberdelitos y sus móviles: dinero, diversión, ideologías

¿Qué impulsa a los ciberdelincuentes a cometer estos actos? Si bien el principal motivo es el dinero, ya sea a través de la apropiación directa de fondos o la extorsión, existen otras razones que también alimentan esta actividad ilícita. Algunos ciber atacantes buscan la diversión o el prestigio dentro de comunidades clandestinas, mientras que otros actúan por motivos ideológicos o incluso por venganzas personales.

Comprender esta diversidad de motivaciones es crucial, pues permite adoptar un enfoque más holístico de la ciberseguridad. Si los objetivos de los atacantes varían, también lo harán los tipos de ataques y sus blancos. Un ataque ideológico, por ejemplo, podría buscar la destrucción de datos o la vergüenza pública, mientras que uno motivado financieramente se centrará en el robo de los datos de acreditación o credenciales bancarias, para luego acceder a los fondos de la víctima. Esto significa que las estrategias de seguridad deben ser multifacéticas, protegiendo no solo los activos financieros, sino también la reserva y la reputación personal, la integridad de los datos y la continuidad operativa de la plataforma digital.

3.2 Vulnerabilidades internas del proveedor: obsolescencia tecnológica, fallas humanas y eventos fortuitos

Naturalmente, no siempre las afectaciones tienen su origen en móviles maliciosos de terceros que desean aprovechar los datos para dañar económicamente, sino que estos pueden provenir de las fallas originadas por la obsolescencia del hardware o software, por errores humanos, o por casos fortuitos o de fuerza mayor, tales como guerras, vandalismos, motines, insubordinaciones, manifestaciones violentas, entre otros.

La obsolescencia tecnológica, por ejemplo, ocurre cuando los sistemas y programas no se actualizan, dejando brechas de seguridad que pueden ser explotadas. Las fallas humanas, como el error de un empleado al hacer clic en un enlace malicioso o al usar una contraseña débil, son también una causa significativa de incidentes de seguridad. Incluso los eventos naturales, como cortes de energía o desastres, pueden interrumpir los sistemas y crear oportunidades para los atacantes.

En efecto, los eventos mencionados pueden generar daños por sí solos, o ser también la oportunidad para que los ciber atacantes aprovechen la vulnerabilidad que se ha presentado. El error humano y la obsolescencia tecnológica son, en muchos casos, vectores de ciber amenazas tan importantes, sino más, que los ataques externos sofisticados. Esta

realidad sugiere que la ciberseguridad no se limite a defenderse de los hackers, sino que también gatille la implementación de procesos internos sólidos, la realización de actualizaciones regulares del sistema y una educación continua del personal del proveedor, así como del usuario. Si la falta de precaución y las fallas humanas son una causa recurrente, la capacitación y la concientización se convierten en una primera línea de defensa. En ese contexto, se resalta la importancia crítica de mantener el software y los sistemas actualizados para neutralizar el riesgo que representa la obsolescencia tecnológica. Esto amplía el enfoque circunscrito sobre las amenazas puramente externas, a una visión más holística que se fija también en las vulnerabilidades internas que pueden mitigarse mediante el comportamiento diligente del proveedor y un mantenimiento tecnológico constante.⁶

IV. RIESGOS EN EL PROCESAMIENTO DE OPERACIONES PRESENCIALES Y NO PRESENCIALES

4.1 En operaciones presenciales

La forma en que interactúan las personas con los servicios digitales influye directamente en el nivel de riesgo. Tradicionalmente, la presencialidad se ha asociado con un menor riesgo, ya que implica una interacción física y, a menudo, la verificación de identidad mediante documentos o datos biométricos. Sin embargo, la idea de que la presencia física elimine por completo el riesgo es un error, pues incluso en situaciones presenciales, como las operaciones en ventanilla, podrían ser efectuadas por un estafador que suplanta al cliente; tampoco están exentos los que se realizan en un cajero automático o mediante un terminal en el punto de venta (POS), que podrían ser aprovechadas para operaciones fraudulentas mediante la "clonación" o un "cambiozo"⁷. La posibilidad de fraudes encuentra inclusive un terreno fértil en las operaciones que se realizan en establecimientos comerciales de poco monto, ya que el Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito al exceptuar a los micropagos de "autenticación reforzada" (identificación con DNI o digital), ha priorizado la celeridad de las transacciones sobre la imposición de medidas de seguridad adicionales que puedan dilatar el procesamiento de la operación. Se entiende que por los pequeños importes autorizados, el sistema está interiorizando estos riesgos dentro de sus costos.

Como puede apreciarse, en el mundo moderno ya no existen operaciones presenciales que se registran o realizan solo en soporte físico, pues no hay una operación en la ventanilla de un banco que se realice sin un dispositivo digital (Ej.: POS); empero cabe recordar que la presencia física nunca ha neutralizado en su totalidad la posibilidad de un fraude, aunque sí podía limitar la extensión del daño.

4.2 En operaciones no presenciales

Corresponde referirnos ahora a aquellas conductas más usuales de los ciberdelincuentes, que aprovechan las vulnerabilidades del entorno digital para engañar a los consumidores

⁶ SOTESA. "Consejos de ciberseguridad para proteger tus equipos". Sotesa. <https://sotesa.com/consejos-de-ciberseguridad/>.

⁷ Clonación: es la copia ilegal de la información contenida en una tarjeta bancaria (banda magnética o chip) mediante dispositivos electrónicos, con el fin de fabricar una réplica y usarla para realizar transacciones no autorizadas. Cambiozo: Es una modalidad de fraude en la que el delincuente sustituye la tarjeta original del usuario por otra (falsa o inservible), generalmente durante una distracción en cajeros automáticos o comercios, para quedarse con la tarjeta verdadera y usarla de manera fraudulenta.

y obtener acceso a su información o dinero. A continuación, presentamos algunas de las formas más frecuentes de ingeniería social⁸ en el consumo digital:

- **Phishing:** se produce cuando el ciberdelincuente simula actuar en nombre de una entidad de confianza (un banco, una tienda en línea, una institución pública) para engañar a la víctima, con la finalidad de que revele información sensible. Esto puede ocurrir a través de correos electrónicos, mensajes de texto, llamadas telefónicas, páginas web o plataformas simuladas.
 - Ejemplo: Recibir un correo electrónico que parece ser del banco de la víctima, alertándola de un "problema de seguridad" en su cuenta y pidiéndole que haga clic en un enlace para "verificar" sus datos. El enlace lo lleva a una página web idéntica a la del banco, pero falsa, donde la víctima introduce sus credenciales, quedando entonces en poder del ciberdelincuente para su uso ilícito.⁹
 - **Smishing:** similar al phishing, pero utilizando mensajes de texto (SMS). El término surge de la fusión de SMS y phishing.
 - Ejemplo: se recibe un SMS que dice: "su paquete se encuentra retenido por problemas con la dirección. Favor ingresar al enlace y actualizar sus datos"¹⁰. Al hacer clic, se pide información personal o se descarga un software malicioso.
 - **Malware:** programa malicioso diseñado para infectar dispositivos, tomar control de ellos, extraer información confidencial u operar desde el dispositivo de la víctima.
 - Ejemplo: los enlaces o archivos que, al abrirllos, instalan un virus en la computadora que roba los datos bancarios del usuario o bloquea su sistema pidiendo un rescate.
- Como puede apreciarse, el malware tiene dos efectos: paralizar el sistema que no puede operarse si el ciberatacante no habilita los accesos (neutraliza el malware), y el segundo, consiste en que el propio malware va transmitiendo los datos de la víctima, logrando capturar sus credenciales o específicamente los datos concernientes a sus accesos en cuentas.
- **SIM Swapping:** el estafador engaña a la empresa de telefonía para tomar el control de la línea móvil de la víctima.
 - Ejemplo: un ciberdelincuente, con engaños, manipula a la compañía telefónica de su víctima para que le transfiera "su número" a una tarjeta SIM que él controla. Con ese número, puede interceptar códigos de verificación de dos factores y acceder a sus cuentas bancarias o redes sociales.

⁸ Los ataques de ingeniería social manipulan a las personas para que compartan información, descarguen software, visiten sitios web que comprometan su seguridad personal u organizacional.

⁹ ArCERT. "Recomendaciones para evitar ser víctima del phishing". Facultad de Ciencias Económicas UNLP. <https://www.econo.unlp.edu.ar/detise/phishing-3923>.

¹⁰ Scotiabank México. "Ejemplos de smishing y cómo protegerte | Blog | Scotiabank México". Scotiabank México, 11 de enero de 2024. <http://www.sciotiabank.com.mx/blog/para-ti-ejemplos-smishing-y-como-protegerte>.

- **Aplicaciones Falsas (Fake Apps):** aplicaciones diseñadas para parecer legítimas — imitando a bancos, comercios, servicios de delivery o redes sociales— pero en realidad son creadas para robar datos personales, instalar malware o tomar el control del dispositivo del usuario¹¹.
 - Ejemplo: bajar una app con colores o logotipos similares a los del banco, suponiendo que es la correcta, sin previamente cerciorarse en la página web oficial de la entidad financiera, cuál es la app que el banco pone a disposición de los usuarios. Al abrirla e ingresar las credenciales, la app las envía directamente a los ciberdelincuentes, dándoles acceso total de la cuenta bancaria.

Tácticas como el phishing, smishing y aplicaciones falsas, ponen en manifiesto la falta de conciencia, el exceso de confianza o la falta de mayor prudencia ante la necesidad de actuar con rapidez en la toma de decisiones. La neutralización de este tipo de delitos y sus efectos exige no solo políticas públicas adecuadas, sino también conductas preventivas y una ineludible conducta diligente e informada del consumidor.

V. MEDIDAS PARA NEUTRALIZAR LOS EFECTOS DE LOS CIBERATAQUES

5.1 Por parte del consumidor

Ante los ataques cibernéticos, el consumidor puede adoptar dos tipos de medidas: unas preventivas y otras reactivas. Las primeras se caracterizan por anticiparse, actuando con diligencia, sin haber recibido ningún ataque; las otras, también implican conductas diligentes, pero a raíz de la evidencia de un ataque.

Las medidas preventivas pueden consistir en el cuidado especial respecto de las credenciales; para mantenerlas seguras se suelen seleccionar contraseñas “fuertes” (difíciles de descifrar), por ejemplo: usar al menos 12 caracteres, combinando mayúsculas, minúsculas, números y símbolos, evitando repetir claves. Asimismo, es indispensable contar con un antivirus y antimalware activos y actualizados en los equipos con acceso a internet, que manejan datos sensibles o se conectan a redes compartidas y, en lo posible, evitar redes Wi-Fi públicas para transacciones; si ello fuera inevitable, sería recomendable incorporar el uso de VPN¹². Verificar remitentes y URLs antes de acceder o descargar archivos y evitar compartir datos bancarios por teléfono, correo o redes. Configurar en el celular alertas en banca digital para movimientos y retiros.

Las medidas reactivas (adaptadas durante un ataque), requieren una respuesta inmediata por parte del usuario. Es decir, si se sospecha de alguna intrusión, se debe desconectar el dispositivo de internet y cambiar contraseñas desde un equipo seguro. En caso no sea posible, se debe efectuar una comunicación al banco de inmediato para bloquear cuentas o tarjetas y guardar evidencias (capturas de pantalla, mensajes, correos) para

¹¹ La República. "Usuaría denuncia estafa a través de supuesto aplicativo de Banco Pichincha: "Te vacían todas tus cuentas"". La República, 8 de mayo de 2024. <https://larepublica.pe/economia/2024/05/04/usuaría-denuncia-estafa-a-traves-de-supuesto-aplicativo-de-banco-pichincha-te-vacian-todas-tus-cuentas-estafas-banco-financiero-atmp-247785>.

¹² Red privada virtual (RPV, en inglés, *Virtual Private Network*-VPN). Es una tecnología de red que permite una extensión segura de la red de área local (LAN, por sus siglas en inglés Local Area Network) sobre una red pública o no controlada como Internet.

acreditar el ataque. Finalmente, debe contactarse (en Perú) a la División de Investigación de Delitos de Alta Tecnología – DIVINDAT PNP.

Luego del ataque, deberán tomarse medidas para neutralizar efectos residuales y evitar reincidencia, tales como solicitar nuevos medios de pago (tarjetas, tokens). El usuario deberá continuar monitoreando los estados de cuenta y reportar movimientos no reconocidos.

Finalmente, es importante que el consumidor mantenga buenas prácticas para evitar este tipo de situaciones, tales como la capacitación continua: mantenerse al día con alertas de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS), bancos y de la Policía Nacional del Perú (PNP). Guardar comprobantes y comunicaciones permite sustentar el eventual reclamo o denuncia ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) o ante la SBS.

5.2 Por parte del proveedor

De otro lado, es responsabilidad del proveedor ejecutar todas las medidas preventivas y reactivas posibles para evitar ciberataques. El proveedor debe mantener la seguridad de infraestructura y datos, implementando firewalls (controlan y filtran el tráfico de datos de una red o de un dispositivo), de acuerdo con reglas de seguridad predefinidas.

En esa línea, deben tener implementado un procedimiento de identificación idóneo. Para tal efecto, los proveedores deben mantener una capacitación y cultura de ciberseguridad, con un entrenamiento periódico a sus empleados en delitos cibernéticos y manejo de incidentes. Se debe contar con simulacros internos de ciberataques para evaluar la capacidad de respuesta, así como con protocolos o planes de recuperación ante desastres.

Como puede apreciarse, se trata de obligaciones de medios, por lo que cabe documentar las medidas preventivas (escenario antes del ataque) y las acciones concretas para limitar el impacto y reparar daños después del ataque. Todo ello en un tiempo oportuno para detectar y actuar.

Si no se actúa diligentemente “antes” y “después”, los proveedores pueden terminar asumiendo la responsabilidad de las consecuencias de un ciberataque por falta de prevención y reacción.

5.2.1 Autenticación reforzada: asegurando la identificación del usuario

Como parte de las medidas preventivas para reducir el riesgo de ciberataques, resulta indispensable la aplicación de mecanismos de autenticación reforzada. Este proceso incrementa el nivel de seguridad al exigir la verificación mediante dos o más factores independientes y resistentes al fraude, lo que dificulta la suplantación de identidad del usuario legítimo.

En las plataformas digitales bancarias, un paso inicial clave es el enrolamiento: proceso mediante el cual el usuario registra y valida los factores de autenticación que quedarán asociados a su identidad, tales como credenciales, dispositivos, tokens o datos biométricos.

El enrolamiento constituye el punto de partida de la experiencia digital del cliente y debe realizarse bajo criterios de autenticación reforzada. Con ello, se asegura que el canal o dispositivo quede vinculado al titular desde el inicio, sentando las bases de un proceso de verificación confiable en todas las operaciones posteriores.

- **Autenticación de Doble Factor (2FA):**

Una vez que el usuario se haya enrolado al sistema de la entidad financiera, cuando desee realizar alguna transacción se le requerirán mecanismos de autenticación reforzada, que generalmente implica el uso de dos factores (2FA, por sus siglas en inglés Two-Factor Authentication). En este proceso, el usuario debe validar su identidad mediante la combinación de elementos de distinta naturaleza, tales como:

- **Algo que el usuario sabe:** información generalmente memorizada por el usuario, tales como una contraseña o un PIN.
- **Algo que el usuario tiene:** se trata de un dispositivo físico o medio al cual solo el usuario debería tener acceso. Por ejemplo, una clave dinámica, verificación por SMS, notificación push, entre otros.
- **Algo que el usuario es:** rasgos biométricos, como una huella digital, reconocimiento facial o reconocimiento de voz.

La autenticación de doble factor dificulta que los hackers accedan a las cuentas de sus víctimas y realicen transacciones. Hoy no basta con solo tener la contraseña del usuario; con la 2FA se requiere información adicional de identificación para que la operación sea correctamente procesada. Para entenderlo, a modo figurativo, la autenticación de doble factor sería como tener una segunda cerradura con una llave diferente antes de entrar a casa. Aunque el ladrón encuentre la primera llave, no podrá entrar sin la segunda.

VI. EL ANÁLISIS DEL INDECOPI EN LA VALIDACIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

A lo largo de este artículo, hemos tratado la problemática de los delitos cibernéticos y el rol que juegan tanto consumidores como proveedores para prevenirlos. Sin perjuicio de ello, una vez que ocurren, el consumidor tiene la posibilidad de acudir a las autoridades correspondientes, en caso considere que la entidad bancaria descuidó su deber de diligencia; ya sea presentando denuncias, reclamos o demandas ante la SBS, el INDECOPI o el Poder Judicial, con el fin de generar una restitución de lo sustraído.

Como puede apreciarse, si bien el verdadero responsable en los ciberdelitos financieros es el delincuente, las partes que forman la relación de consumo (banco y consumidor), tienen también su propia responsabilidad. Si alguno incumple las medidas básicas de seguridad para evitar que estos hechos delictivos ocurran, lo que sucederá es que no podrá desplazar las consecuencias.

De ahí la importancia de adoptar medidas diligentemente, para así evitar que consumidor y proveedor asuman el detrimento económico causado por el ciberdelincuente. En esa línea, es preciso señalar que el ordenamiento legal no ha puesto a su cargo las mismas reglas o medidas de diligencia. Si estas no se adoptan o implementan, cada uno tendrá que asumir, según el caso, las consecuencias. Por un lado, si el banco no cumple con las medidas mínimas y tiene un sistema endeble, tendrá que responderle al consumidor por las vulneraciones a sus sistemas. De ese modo, se verifica que el proveedor habría expuesto culposamente el patrimonio del consumidor, al tener un sistema riesgoso y sin medidas que neutralicen el ataque a ciberdelinquentes. En ese escenario, se deberá corroborar si fue el banco quien mantuvo sistemas obsoletos e incumplió con su obligación de contar con las medidas de seguridad indispensables.

Por otro lado, cabe también la posibilidad de que haya sido el mismo consumidor quien no observó los parámetros mínimos para evitar el ciberataque, siendo negligente con el cuidado de sus contraseñas, empleando redes inseguras, abriendo enlaces de dudosa procedencia o no reportando oportunamente la pérdida/robo de sus tarjetas o celular

para que el banco tome las medidas inmediatas de bloqueo. En esos casos, la entidad financiera no tendría por qué asumir el detrimento patrimonial que hubiera podido sufrir el consumidor¹³.

El INDECOPI ha jugado un papel crucial en la resolución de disputas referidas a la ciberseguridad en el consumo digital. Sus resoluciones ofrecen valiosas lecciones que permiten evidenciar el grado de responsabilidad, tanto de proveedores, como de consumidores. En efecto, para determinar la responsabilidad del proveedor en estas situaciones, el análisis del INDECOPI se centra en la correcta aplicación de medidas de seguridad desde dos frentes: el patrón de consumo y la validez de la operación.

6.1 Sobre el patrón de consumo

El Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito define al comportamiento habitual de consumo del usuario¹⁴ como el tipo de operaciones usualmente realizadas, considerando diversos factores, entre ellos, el país de consumo, tipos de comercio, frecuencia, canal utilizado, etc.; los cuales pueden ser determinados a partir de la información histórica de las operaciones que cada usuario registre en la empresa.

Teniendo esto en cuenta, el comportamiento habitual del cliente es considerado un parámetro fundamental e indispensable en la resolución de controversias por operaciones no reconocidas en canales digitales. Por tanto, el patrón de consumo se estaría entendiendo, según el criterio del INDECOPI, como un tipo de “garantía legal” dentro del parámetro de idoneidad en la prestación de servicios y productos financieros, debiendo formar parte de las medidas de seguridad que las entidades financieras ofrecen a sus clientes, encontrándose entre ellas, el deber de monitoreo y detección de consumos inusuales o sospechosos.

En efecto, para la Sala Especializada en Protección al Consumidor del INDECOPI (en adelante, la Sala), la autoridad administrativa debe evaluar el cumplimiento de dicha “garantía legal”, incluso aunque el consumidor no hubiera cuestionado su observancia de forma completa o explícita¹⁵.

Bajo ese orden de ideas, la Sala ha fijado “parámetros” para otorgar un “criterio objetivo” que determine el comportamiento habitual del consumidor. Considera que se debe tomar en cuenta el importe individual de las operaciones que el consumidor usualmente realizó

¹³ En este contexto, los seguros juegan un rol complementario, al trasladar los riesgos derivados de delitos cibernéticos hacia la empresa aseguradora, la cual asume el impacto económico y operativo de los daños. De esta forma, se atenúan las consecuencias directas sobre los consumidores y proveedores financieros, siempre que exista una adecuada evaluación de cobertura y responsabilidad compartida en la prevención.

¹⁴ Perú. Superintendencia de Banca y Seguros - SBS. Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito. Resolución S.B.S. N° 6523-2013

Artículo 2°.- Definiciones Para efectos de lo dispuesto en el presente Reglamento, se considerarán las siguientes definiciones:

(...)

5. Comportamiento habitual de consumo del usuario: se refiere al tipo de operaciones que usualmente realiza cada usuario con sus tarjetas, considerando diversos factores, como por ejemplo el país de consumo, tipos de comercio, frecuencia, canal utilizado, entre otros, los cuales pueden ser determinados a partir de la información histórica de las operaciones de cada usuario que registra la empresa

(...)

¹⁵ Considerando 41, INDECOPI. 21 de julio de 2025. Resolución N° 2304-2025/SPC-INDECOPI (Perú)

con el producto objeto de denuncia antes de la operación irregular. Esto se obtiene del estudio de los estados de cuenta de las líneas de crédito y/o cuentas denunciadas. De ese modo, para determinar si una operación es inusual o no al comportamiento habitual de consumo del cliente, la Sala considerará si, previamente, se realizaron operaciones por importes similares a los hechos denunciados.

En otras palabras, la Sala considera que, para determinar el comportamiento habitual de consumo de un usuario, deberá verificarse el monto individual de las operaciones previamente cargadas y cuántas operaciones por día efectuaba el consumidor, de tal manera que se pueda constatar si la operación cuestionada podría alertar la existencia de algún movimiento irregular, evidenciándose la relevancia del patrón de consumo en el análisis de responsabilidad del proveedor financiero.

Incluso, mediante Resolución Final N° 2305-2025/SPC-INDECOPI, la Sala precisó que, en aquellos casos donde la operación debió generar alertas por no encontrarse dentro del patrón de consumo, no sería necesario corroborar si dicha operación fue procesada válidamente. Es decir, para la Sala, el patrón de consumo pasaría a ser una suerte de "primer filtro", siendo que el solo hecho de no haber detectado la irregularidad en el patrón habitual del consumidor, sería suficiente para determinar su responsabilidad. Por el contrario, si esta operación estuviera acorde a su comportamiento habitual de consumo, la responsabilidad del proveedor dependerá del análisis sobre el cumplimiento de los requisitos de validez de la operación para su autorización.

6.2 Sobre la validez de la operación

El criterio adoptado por la Sala en la Resolución 2293-2024/SPC del 19 de agosto de 2024, refiere a que las entidades financieras requieran contar con mecanismos tecnológicos suficientes para garantizar que todas las operaciones que vayan a procesar se hayan realizado de forma correcta. Es decir, que dichas operaciones deban encontrarse dentro de su comportamiento habitual de consumo y hayan sido autorizadas con los mecanismos de validez necesarios para cada tipo de transacción.

Sobre este último punto, la SBS emitió la Resolución SBS N° 504-2021, que aprobó el Reglamento para la Gestión de la Seguridad de la Información y la Ciberseguridad, con la finalidad de que las entidades financieras fortalezcan sus capacidades de autenticación en el procesamiento de operaciones. Precisamente, en su artículo 19°, se prevén los requisitos de validez en las transacciones, tales como la necesidad de aplicar la autenticación reforzada¹⁶ para aquellas acciones que puedan originar operaciones fraudulentas en perjuicio del cliente. Tenemos entonces que, para la realización de

¹⁶ Perú. Superintendencia de Banca y Seguros - SBS. Reglamento de Ciberseguridad. Resolución S.B.S. N° 504-2021.

Artículo 19. Autenticación reforzada para operaciones por canal digital: Se requiere de autenticación reforzada para aquellas acciones que puedan originar operaciones fraudulentas u otro abuso del servicio en perjuicio del cliente, como las operaciones a través de un canal digital que impliquen pagos o transferencia de fondos a terceros, registro de un beneficiario de confianza, modificación en los productos de seguro ahorro/inversión contratados, la contratación de un producto o servicio, modificación de límites y condiciones, para lo cual se requiere: a) Utilizar una combinación de factores de autenticación, según el literal j) del artículo 2 del presente Reglamento que, por lo menos, correspondan a dos categorías distintas y que sean independientes uno del otro. b) Generar un código de autenticación mediante métodos criptográficos, a partir de los datos específicos de cada operación, el cual debe utilizarse por única vez. c) Cuando la operación sea exitosa, notificar los datos de la operación al usuario.

operaciones a través de un canal digital, entre ellas, las transferencias de fondos a terceros, resulta de necesaria aplicación la autenticación reforzada:

- i) Utilizar una combinación de factores de autenticación que correspondan a dos categorías distintas y que sean independientes uno del otro.
- ii) Generar un código de autenticación mediante métodos criptográficos.
- iii) Cuando la operación sea exitosa, notificar los datos de la operación al usuario.

En atención a ello, para INDECOPI resulta indispensable que, en el marco de un procedimiento administrativo, la entidad financiera acredite la realización de estos “tres pasos” para que la operación por canales digitales sea considerada como válidamente procesada y la responsabilidad no recaiga sobre ella.

VII. DISCREPANCIAS ENTRE LA SBS Y EL INDECOPI

Existe una situación compleja, a raíz de la discrepancia significativa entre la SBS y el INDECOPI, respecto a cómo se determina la responsabilidad del proveedor en los casos de operaciones no reconocidas por canal digital.

Por un lado, la SBS establece que son las entidades financieras las que deben conocer a profundidad a sus clientes, determinando ellas mismas los parámetros y el perfil de patrón de consumo. Si bien ha precisado que, las entidades bajo su supervisión están obligadas a implementar sistemas de monitoreo para garantizar la seguridad en las operaciones con tarjetas (según el artículo 17 del Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito), no ha establecido ningún criterio, protocolo o definición específica, que permita a las empresas del sistema financiero categorizar una operación dentro de un patrón de consumo habitual. De ese modo, son las entidades financieras las únicas encargadas de fijar los parámetros del patrón de consumo que aplicarán. Ello les permitiría conocer mejor a su cliente, diseñar medidas preventivas, pero no considera que dicho patrón deba ser un mecanismo de seguridad que gatille responsabilidades para el Banco; pues los patrones de consumo no son fijos ni invariables. Por lo tanto, la SBS no considera al “patrón de consumo” como un elemento determinante para atribuir responsabilidad frente a operaciones no reconocidas.

En efecto, para determinar la responsabilidad de las entidades financieras en las operaciones no reconocidas por canal digital, el énfasis de la SBS únicamente radica en la “autenticación reforzada”, sin definir claramente las implicancias del “patrón de consumo”. Sugiere un enfoque regulatorio más centrado en la tecnología y menos en el comportamiento. La SBS considera que la “autenticación reforzada” por sí sola es suficiente, siempre que se cumplan los pasos técnicos establecidos, por lo que la responsabilidad del banco se considerará cumplida. Sin embargo, esto crea un posible punto ciego para las anomalías de comportamiento que podrían indicar fraude, incluso cuando la autenticación parezca técnicamente sólida, dejando a los consumidores vulnerables ante ataques sofisticados de ingeniería social.

De otro lado, el INDECOPI considera que se puede crear un patrón de consumo referencial, en base al registro histórico del usuario. Cabe señalar que este “patrón” creado, no tiene ningún respaldo legislativo ni técnico. Incluso en muchas Resoluciones este “patrón” de referencia cambia; es decir, en algunos casos se considera que el patrón deberá evaluarse considerando el promedio de consumos máximos efectuados en los 6 meses anteriores a las operaciones no reconocidas y, en otros casos, se toma como referencia los 12 meses. En algunos casos se considera que deben sumarse los consumos totales de cada mes para

sacar un promedio de "consumo mayor"; mientras que, en otros, se toma como punto de quiebre a la operación más alta de los meses evaluados, lo cual acusa de una severa debilidad, establecida en criterios administrativos que afectan la tipicidad y legalidad del cargo imputado. No obstante, para el INDECOPI esta información siempre puede permitir al banco determinar la existencia de alguna irregularidad y, de no hacerlo, debe encontrársele responsable.

Frente a este escenario, urge avanzar hacia una coordinación más estrecha entre la SBS (el órgano regulador de las bancas y operaciones) e INDECOPI (agencia de protección del consumidor), que permita la emisión de lineamientos conjuntos, protocolos de actuación estandarizados y criterios comunes para la interpretación del "patrón de consumo".

VIII. REFLEXIÓN FINAL: UN FUTURO DIGITAL MÁS SEGURO PARA TODOS

La ciberseguridad en el consumo digital es, sin duda, uno de los desafíos más apremiantes de nuestra era. Hemos visto cómo la digitalización ha transformado el riesgo de ser una amenaza localizada y limitada a un peligro masivo que puede afectar a millones en segundos desde cualquier parte del mundo. Las motivaciones detrás de los ataques son diversas, y las vulnerabilidades no solo provienen de actividades dolosas, sino también de la obsolescencia tecnológica, eventos imprevistos e inevitables y, crucialmente, de las fallas humanas.

A lo largo de este análisis, se ha puesto de manifiesto que la seguridad digital es una responsabilidad compartida. Los proveedores, especialmente las entidades financieras, tienen el deber de implementar y mantener mecanismos de seguridad robustos, como la autenticación de doble factor y la validación biométrica. La jurisprudencia de INDECOPI ha subrayado esta responsabilidad, exigiendo a los bancos no solo la existencia de estos mecanismos, sino la capacidad de probar su correcta activación y el cumplimiento de los protocolos de notificación. Este enfoque de INDECOPI, que ha evolucionado hacia un monitoreo preventivo del "patrón de consumo", contrasta con la postura de la SBS, que prioriza la autenticación reforzada como criterio principal. Esta divergencia destaca la necesidad de una vigilancia constante y una adaptación continua por parte de todos los actores.

La naturaleza dinámica de las ciberamenazas, con la constante aparición de nuevos tipos de fraude y la evolución de las tácticas de los atacantes, implica que las soluciones estáticas resultan insuficientes. Incluso los organismos reguladores están en un proceso de adaptación. Por lo tanto, la ciberseguridad requiere de una constante y continua actualización.

Para el consumidor, los cambios tecnológicos le recuerdan que la diligencia ordinaria debe estar presente en sus acciones, pues tienen que adaptarse al nuevo entorno y circunstancias en las relaciones de consumo digital. La diligencia personal, la adopción de contraseñas fuertes y únicas, la gestión inteligente de correos electrónicos, la precaución al navegar y descargar archivos, y la activación de la autenticación de doble factor son medidas sencillas pero poderosas. El conocimiento de los riesgos comunes, como los delitos cibernéticos, y la capacidad de reconocer las señales de alerta son herramientas invaluableles para protegerse.

En última instancia, un futuro digital más seguro para todos depende de la colaboración. Proveedores y consumidores deben permanecer vigilantes, adaptarse a las nuevas amenazas y mejorar continuamente sus prácticas de seguridad. El conocimiento compartido y las medidas proactivas son el camino hacia un entorno digital donde la

confianza y la seguridad sean la norma, permitiéndonos disfrutar plenamente de los beneficios del consumo digital.

BIBLIOGRAFÍA

- ARCERT, "Recomendaciones para evitar ser víctima del phishing", Facultad de Ciencias Económicas UNLP, <https://www.econo.unlp.edu.ar/detise/phishing-3923>.
- Freddy Chávarry, "Fraudes digitales y suplantación de identidad: expertos analizan cifras de la PNP sobre impacto de la ciberdelincuencia", RPP Noticias, 3 de marzo de 2025, <https://rpp.pe/peru/actualidad/fraudes-digitales-y-suplantacion-de-identidad-expertos-analizan-cifras-de-la-pnp-sobre-impacto-de-la-ciberdelincuencia-noticia-1620813>.
- INDECOPI, 21 de julio de 2025, Resolución N° 2304-2025/SPC-INDECOPI (Perú).
- La República, "Usaria denuncia estafa a través de supuesto aplicativo de Banco Pichincha: "Te vacían todas tus cuentas"", La República, 8 de mayo de 2024, <https://larepublica.pe/economia/2024/05/04/usaria-denuncia-estafa-a-traves-de-supuesto-aplicativo-de-banco-pichincha-te-vacian-todas-tus-cuentas-estafas-banco-financiero-atmp-247785>.
- Martín Cifuentes, "¿El fin del dinero en efectivo? Sólo un 12% de los chilenos lo usa para pagar", La Tercera, 23 de agosto de 2023, <https://www.latercera.com/piensa-digital/noticia/el-fin-del-dinero-en-efectivo-solo-un-12-de-los-chilenos-lo-usa-para-pagar/IAPJQA6BS5EZXFQ6PNYAZQOPA4>.
- Matthew Kosinski et al., "¿Qué es la autenticación de dos factores (2FA)?", IBM, 24 de mayo de 2025, <https://www.ibm.com/es-es/think/topics/2fa>.
- Pablo Verderas et al., "Estudio Medios de Pago en el Perú 2025", NTT DATA, 2025, <https://pe.nttdata.com/documents/NTT%20DATA%20-%20PAYMENT.pdf>.
- Perú, Superintendencia de Banca y Seguros - SBS, Reglamento de Ciberseguridad, Resolución S.B.S. N° 504-2021
- Perú, Superintendencia de Banca y Seguros - SBS, Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito, Resolución S.B.S. N° 6523-2013
- Scotiabank México, "Ejemplos de smishing y cómo protegerte | Blog | Scotiabank México", Scotiabank México, 11 de enero de 2024, <http://www.sciotiabank.com.mx/blog/para-ti-ejemplos-smishing-y-como-protegerte>.
- SOTESA, "Consejos de ciberseguridad para proteger tus equipos", Sotesa, <https://sotesa.com/consejos-de-ciberseguridad/>.

DE UN ANÁLISIS COMPARADO : ¿LA LEY DE PROTECCIÓN CONTRA LA USURA EN SERVICIOS FINANCIEROS ES BENIGNA O MALIGNA PARA EL CONSUMIDOR?

Autora:

Liliana Pantigozo Villafuerte



DE UN ANÁLISIS COMPARADO: ¿LA LEY DE PROTECCIÓN CONTRA LA USURA EN SERVICIOS FINANCIEROS ES BENIGNA O MALIGNA PARA EL CONSUMIDOR?

A comparative analysis: Is the law protecting usury in financial services good or bad for the consumer?

Liliana Pantigozo Villafuerte¹

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Marco legal.
- III. Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú.
- IV. El Tribunal Supremo de España.
- V. Conclusiones.

Resumen

El Tribunal Constitucional, a través de la Sentencia del Pleno N° 95/2024 del 20 de febrero de 2024, ha delimitado que hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 31143, Ley que protege de la usura a los consumidores de los servicios financieros, el Banco Central de Reserva del Perú ya contaba con la potestad de fijar tasas de interés máximas a las entidades de intermediación financiera, aunque su labor quedaba supeditada a un escenario excepcional, que nunca se alcanzó a ejecutar.

El órgano constitucional menciona que, con antelación a la Ley N° 31143, existían dos regímenes paralelos de regulación de las tasas de interés máximas. En el primero de dichos regímenes -vigente en nuestro sistema jurídico-, el Banco Central de Reserva fija las tasas de interés máximas para aquellas operaciones realizadas fuera del sistema financiero. El segundo régimen, calificado como especial, facultaba al Banco Central a actuar de forma excepcional, fijando tasas de interés máximas a los productos del sistema[fundamento 148].

De esta forma, la Ley N° 31143 no resulta innovadora en el imperio que recae en el Banco Central de Reserva de fijar tasas de interés máximas a determinados productos activos propios del sistema de intermediación financiera indirecta²; sino más bien estamos ante una regulación que demanda una participación más activa por parte de

¹ Docente de los cursos de Derecho de la Banca y Derecho de Seguros de la Universidad de San Martín de Porres (Lima, Perú). Abogada, Máster Oficial en Derecho de la Globalización y de la Integración Social y Magíster en Derecho Bancario y Financiero por la PUCP. Correo de contacto: lpantigozov@usmp.pe.

² El propio Tribunal Constitucional en el fundamento 149 de la Sentencia del Pleno N° 95/2024 sostiene que "[...] la atribución del Banco Central de Reserva del Perú para fijar tasas de interés máximas y mínimas, tanto para las operaciones ajenas al sistema financiero como para las dirigidas a las entidades financieras, formaba parte de nuestro sistema jurídico [con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 31143], con la diferencia de que, en el último caso, dicha atribución fue regulada para ser ejercida de forma excepcional".

dicha entidad, recayendo en productos vinculados con consumidores [créditos de consumo]; créditos a microempresas y pequeñas empresas.

En este contexto, durante el primer semestre de este año, el legislador peruano ha vuelto a traer a debate la utilidad de la vigencia de la Ley N° 31143. Aunque su derogación no prosperó, consideramos oportuno citar la jurisprudencia española, en virtud de un pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo de España sobre el carácter usurero asignado a las tasas de interés máximas aplicadas a determinados créditos *revolving*.

Palabras Clave

Ley que protege de la usura a los consumidores de los servicios financieros/ Banco Central de Reserva del Perú/ Tasas máximas de interés/ Crédito de Consumo/ Crédito a microempresas/ Crédito a pequeñas empresas.

Abstract

The Constitutional Court, through Plenary Sentence No. 95/2024 of February 20, 2024, has established that before the entry into force of Law No. 31143, the Central Reserve Bank of Peru already had the power to set maximum interest rates for financial intermediation entities, although its work was required into an exceptional scenario, which was never executed.

The Constitutional Court mentions that Peru had, before Law N° 31143, two parallel regimes for regulating maximum interest rates. Under the first of these regimes, the Central Bank—even today—sets maximum interest rates for transactions carried out outside the financial system. The second regime, classified as special, empowered the Central Bank to act exceptionally, setting maximum interest rates for entities within the financial system [paragraph 148].

Thus, Law N° 31143 is not innovative in the Central Reserve Bank of Peru's mandate to set maximum interest rates on certain active products within the indirect financial intermediation system; rather, it is a regulation that demands more active participation by the Central Reserve Bank, focusing on consumer-related products [consumer loans] and loans to microenterprises and small businesses.

In this context, during the first half of this year, the legislature has once again brought up for debate the usefulness of maintaining Law N° 31143. Although its repeal was unsuccessful, we consider it appropriate to consider the spanish reality, given the rulings on the maximum interest rates applied to revolving credits.

Keywords

Law protecting consumers of financial services from usury/ Central Reserve Bank of Peru/ Maximum interest rates/ Consumer credit/ Credit for microenterprises/ Credit for small businesses

I. INTRODUCCIÓN

La Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional N° 95/2024, expuso que el Banco Central de Reserva del Perú -en atención a la autonomía que resguarda la Constitución Política a través del artículo 84- cuenta con la atribución de fijar tasas de interés máximas y mínimas, la misma que regularmente ha formado y forma parte de nuestro sistema jurídico [fundamento 236]. En efecto, el máximo intérprete de la Norma Fundamental

valida que la legislación previa a la vigencia de la Ley N° 31143³ contemplaba también la potestad del Banco Central de determinar tasas de interés máximas; si bien resultaba una facultad excepcional para el caso de las tasas propias de productos de las entidades del sistema financiero [fundamento 238].

En virtud de la entrada en vigencia de la Ley N° 31143, las entidades de intermediación financiera se encontraron en la obligación de cumplir los alcances de la regulación, incluso bajo el apercibimiento -en caso de inobservancia- de la comisión de un delito contra la confianza y la buena fe en los negocios, como es la usura. Sin embargo, los cuestionamientos a la ley dimanaron y se proyectaron en demandas de inconstitucionalidad, y más recientemente, en una frustrada derogación a iniciativa del legislador.

El 11 de junio de 2025, el legislador llevó a cabo una segunda votación del dictamen de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera que impulsaba la derogación de la Ley N° 31143, con motivo de los proyectos de ley N° 6341/2022-CR, N° 7134/2022-CR, N° 7181/2022-CR y N° 7503/2022-CR. La noticia que invitaba al cambio normativo desde el portal web del legislador era una promoción hacia “una real inclusión financiera de los consumidores”⁴; es decir, en términos sencillos, la modificación que erradicaría los topes de tasas de interés máximas a los productos bancarios, favorecería a los consumidores. El resultado alcanzado no progresó en la idea de la reforma, por la falta de votos requeridos para su aprobación; aunque sí -desde estas líneas- constituye un llamado de atención para reflexionar sobre las tasas de interés máximas.

La propuesta de derogación de la referida ley pretendía el consecuente retorno [prepandemia del Covid-19] a no contar con ningún producto bancario sobre el cual deba aplicarse un tope máximo de tasa de interés fijado por el Banco Central de Reserva del Perú, en un contexto permanente y no excepcional; asimismo, impulsaba la idea de una mayor inclusión financiera para los consumidores, aunque el legislador ha soslayado la noción de que una pequeña empresa no puede ser consumidor en los términos previstos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

II. MARCO LEGAL

Si el legislador buscaba amparar a los consumidores, resulta lógico, que debía partir por revelar que solo los créditos de consumo están orientados para los consumidores, situación que no necesariamente se replica para el caso de todos los créditos a microempresas y excluye -definitivamente- a los créditos a pequeñas empresas⁵.

³ La Ley N° 31143, Ley de protección contra la usura en los servicios financieros fue publicada en el diario oficial El Peruano el 18 de marzo de 2021.

⁴ La información contenida en la noticia se visualiza en la página web de Comunicaciones e Imagen Institucional del Congreso del Perú, en el link: <https://comunicaciones.congreso.gob.pe/noticias/aprueban-dictamen-para-promover-la-inclusion-financiera-de-los-consumidores/>-. Fuente consultada el 20 de junio de 2025.

⁵ El Indecopi mediante la Resolución N° 2178-2018/SPC-INDECOPI, fundamenta que el consumidor debe entenderse según los términos de las definiciones previstas por el artículo IV del Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en efecto [...] para acoger una denuncia en la vía administrativa, la Sala Especializada en Protección al Consumidor concluye: (i) en el caso de personas naturales o jurídicas, se debe constatar que estas no actuaron dentro del ámbito de una actividad empresarial o profesional y que el producto adquirido o servicio prestado no esté normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor; y, (ii) en el caso de microempresarios, se debe verificar que: (a) el administrado sea un microempresario; (b) el producto o servicio materia de denuncia no forme parte del giro de negocio; y, (c) el usuario se encuentre en una asimetría informativa [...].

La facultad que mantiene el Banco Central de Reserva del Perú de establecer los topes de las tasas de interés recae únicamente sobre el crédito de consumo [incluye el crédito de consumo de bajo monto⁶], los créditos a las microempresas y a las pequeñas empresas⁷.

El Reglamento para la para la Evaluación y Clasificación del Deudor y la exigencia de provisiones, aprobado mediante Resolución N° 11356-2008, instituye que la cartera de créditos comprende una clasificación de ocho (8) tipos, entre los que se encuentran los créditos corporativos, los créditos a grandes empresas, a medianas empresas, a pequeñas empresas, a microempresas, créditos de consumo revolvente, créditos de consumo no-revolvente y los créditos hipotecarios para vivienda. Tal como se ha indicado, los créditos que son objeto de topes de tasas máximas de interés convencional compensatorio y moratorio aplicables a las operaciones activas de las empresas del sistema financiero exclusivamente comprende a los siguientes:

- (i) Los **créditos de consumo revolventes**⁸ son aquellos financiamientos otorgados a personas naturales, con la finalidad de atender el pago de bienes, servicios o gastos no relacionados con actividades de producción, comercialización, prestación de servicios u otras actividades empresariales⁹.
- (ii) Los **créditos de consumo no-revolventes**¹⁰ son operaciones activas brindadas a personas naturales, para atender el pago de bienes, servicios o gastos no relacionados con actividades de producción, comercialización, prestación de servicios u otras actividades empresariales¹¹.
- (iii) Los **créditos a microempresas** solventan actividades de producción, comercialización, prestación de servicios u otras actividades empresariales, otorgados a personas jurídicas o personas naturales que hayan registrado un nivel de ventas o ingresos anuales de actividades ordinarias en el último período no mayor a S/ 5 millones o su equivalente en moneda extranjera, y siempre que su nivel de endeudamiento total en el sistema financiero sea no mayor a S/ 20 mil o su equivalente en moneda extranjera en los últimos 6

⁶ El crédito de consumo de bajo monto es aquel igual o menos a dos unidades impositivas tributarias.

⁷ De conformidad con la Circular N° 008-2021-BCRP del 28 de abril de 2021, según la Disposición Transitoria A, la Ley N° 31143 respecto de la aplicación de las tasas máximas de interés aplicables a los créditos de consumo, créditos a las microempresas y a las pequeñas empresas tuvieron un cronograma para su aplicación, siendo a partir del 10 de mayo de 2021 para todos los bancos, a partir del 1 de junio de 2021 para las cajas municipales y a partir del 1 de julio de 2021 para las otras entidades del sistema financiero.

⁸ El Reglamento para la para la Evaluación y Clasificación del Deudor y la exigencia de provisiones, aprobado mediante Resolución N° 11356-2008, define que los créditos revolventes son aquellos asociados a líneas de crédito revolventes, en los que se permite que los montos amortizados sean reutilizados por el deudor.

⁹ El Reglamento delimita que los créditos de consumo revolventes comprenden las modalidades de avances en cuenta corriente, las tarjetas de crédito asociadas a líneas de crédito revolvente, sobregiros en cuenta corriente, préstamos revolventes, incluyendo aquellos otorgados bajo convenios de descuento por planillas revolventes, entre otros.

¹⁰ Asimismo, el Reglamento define que en los créditos no-revolventes no se permite que los montos amortizados sean reutilizados por el deudor.

¹¹ Según el Reglamento los créditos de consumo no-revolventes comprenden las modalidades de préstamos para automóviles, préstamos de libre disponibilidad, préstamos bajo convenios de descuento por planilla no revolventes (elegibles y no elegibles), arrendamiento financiero, lease-back, tarjetas de crédito asociadas a líneas de crédito no revolventes, financiamientos no-revolventes independientes a la línea de tarjeta de crédito, entre otros.

Reportes Crediticios Consolidados, y que el nuevo crédito desembolsado sea no mayor a S/ 20 mil¹².

- (iv) Los **créditos a pequeñas empresas** son los destinados a actividades de producción, comercialización, prestación de servicios u otras actividades empresariales, otorgados a personas jurídicas o personas naturales que hayan registrado un nivel de ventas o ingresos anuales de actividades ordinarias en el último período no mayor a S/ 5 millones o su equivalente en moneda extranjera, y siempre que su nivel de endeudamiento total en el sistema financiero sea mayor a S/ 20 mil o su equivalente en moneda extranjera en al menos uno de los últimos 6 Reportes Crediticios Consolidados, o siempre que el nuevo crédito desembolsado sea mayor a dicho monto¹³.

A pesar de que recientemente, el legislador buscaba el cese de las tasas máximas de interés a los productos descritos previamente, surge la interrogante de por qué se incorporó primigeniamente a créditos que no son celebrados con consumidores. Para ser más exacta, un crédito a una pequeña empresa no creará una relación de consumo con una entidad de intermediación financiera, debido a que la pequeña empresa no encaja en el filtro previsto por el Código de Protección y Defensa del Consumidor para recibir la protección propia de un consumidor, al no serlo.

El Tribunal Constitucional tampoco ha ahondado en su análisis sobre por qué una ley debe fijar topes de tasas de interés máximas que comprende a cuatro (4) de los ocho (8) créditos comercializados en el mercado peruano -categorizados de acuerdo con el Reglamento para la Evaluación y Clasificación del Deudor-, ni menos se ha reparado en la vigencia de una norma que no solo beneficia a consumidores sino también a pequeñas empresas -cuyos ingresos anuales oscilan entre las 150 y 1700 unidades impositivas tributarias-.

No se puede predecir lo que en el futuro vaya a ocurrir con la Ley N° 31143; pero no tenemos más que elucubraciones sobre los beneficios o perjuicios de esta norma. Resultaría efectivo obtener con información propia del nivel de ingresos que representan para las entidades de intermediación financiera los créditos de consumo [revolventes y no-revolventes], créditos a las microempresas y a las pequeñas empresas para comparar esta información más reciente con periodos previos a la cuestionada vigencia de la citada ley; todo lo cual viabilizaría aproximarnos a la idea de si es que estamos ante una norma que fomenta el riesgo de crédito o incrementa el crédito informal, afecta o no al ahorrista peruano.

En cambio, en España, según la jurisprudencia del Pleno del Tribunal Supremo, a fin de determinar si es que estamos ante un demandante que tiene perfil de consumidor en un proceso que cuestione el interés usurario, ha señalado mediante las Sentencias N° 628/2015 del 25 de noviembre de 2015 y N° 149/2020 del 4 de marzo de 2020, que deviene en indiferente las circunstancias subjetivas del deudor para calificar el interés de usurero, aunque el producto contratado por el cliente podrá ser una línea de crédito, un préstamo o una tarjeta para destinarse el capital siempre en actos de consumo conforme el artículo 3 de la Ley 26/1984, Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios; esto es, que el Tribunal Español sí utiliza los tipos de interés de

¹² Respecto de los créditos a microempresas menciona que, en el caso de persona natural, el nivel de endeudamiento total en el sistema financiero especificado no incluye los créditos hipotecarios para vivienda.

¹³ Por otro lado, con base en los créditos a pequeñas empresas, prescribe que, en el caso de persona natural, el nivel de endeudamiento total en el sistema financiero antes mencionado no incluye los créditos hipotecarios para vivienda.

préstamo al consumo para comparar con el tipo aplicado -en el contrato celebrado con el cliente- y concluir si es o no usurero¹⁴.

En esa línea, sería de utilidad, también, contar con estudios que muestren el comportamiento crediticio de los clientes antes de la entrada en vigencia de la ley peruana y si a partir de la participación del Banco Central de Reserva del Perú, la calificación crediticia de los clientes -reportada ante la central de riesgos de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP- no se ha visto más deteriorada, permitiendo mayores niveles de cumplimiento oportuno en las obligaciones de pago al tener créditos con tasas de interés máximas.

Tal como he mencionado, la votación reciente en el Congreso de junio de 2025 estuvo pareja, habiendo obtenido un resultado de 52 votos a favor, 50 votos en contra y 4 abstenciones; aunque la aprobación demandaba de 66 votos a favor, no es menos cierto que intención, con ánimo de derogar la ley, existe. La realidad es que las tasas de interés se mantendrán por un periodo indefinido; sin embargo, es importante citar que en España existe un control por parte del órgano jurisdiccional respecto de aquellos créditos de consumo con tasas de interés muy altas, conforme con lo resuelto por el Tribunal Supremo Español a través de la Sentencia N° 367/2022 de 4 mayo de 2022 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), los cuales cuentan con el sustento de una norma vigente desde 1908 sobre la usura.

En adelante, se abordarán los fundamentos del Tribunal Constitucional del Perú en la Sentencia del Pleno N° 95/2024 del 20 de febrero de 2024¹⁵; la entrada en vigencia de la Ley N° 31143 fue objeto de cuestionamiento, llegando incluso a rebatirse su constitucionalidad y en dicha medida se declararon infundadas las demandas de inconstitucionalidad presentadas por el Colegio de Abogados de Ica [expediente N° 00010-2021-PI/TC] y el Poder Ejecutivo [expediente N° 00012-2021-PI/TC]] contra la Ley N° 31143.

III. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

La demanda del Colegio de Abogados de Ica fue interpuesta el 29 de marzo de 2021 y, la del Poder Ejecutivo el 28 de abril del mismo año; los expedientes de estas fueron acumulados el 17 de junio de 2021 con el propósito de contar con un pronunciamiento. El Tribunal Constitucional demoró aproximadamente tres (3) años en resolver este caso propio del ámbito de intermediación indirecta a fin de concluir si es que la Ley N° 31143 vulneraba derechos constitucionales como la libre contratación, libertad de empresa, libre competencia, seguridad jurídica, el derecho de propiedad y el principio de irretroactividad de las normas.

La demanda del Colegio de Abogados de Ica alegaba la carencia de sustento de la ley para promover la inclusión financiera de clientes de menores ingresos -en el mercado del microcrédito-; en tanto esta norma buscaba, en apariencia, proteger al consumidor, sin caer en cuenta que el establecimiento de topes a las tasas de interés desincentivaría el otorgamiento de créditos a los consumidores que representen mayor riesgo y que, incluso produciría una contracción del ahorro.

Desde una posición crítica al contenido de la demanda corresponde develar que, en legislaciones comparadas, como la española, sí existe un control recaído en el órgano

¹⁴ Héctor Buenosvinos, *Estrategias procesales y defensa del consumidor frente a las entidades financieras* (Madrid: Wolters Kluwer, 2020), 332.

¹⁵ Expedientes N° 00010-2021-PI/TC y 00012-2021-PI/TC (Acumulados).

jurisdiccional para las tasas de interés altas aplicadas a los créditos, especialmente aquellos dirigidos a consumidores, tal como nos muestra la jurisprudencia más reciente. En cambio, en nuestra legislación el control de las tasas de interés se extiende a créditos que no están destinados exclusivamente a consumidores, como los créditos a pequeñas empresas.

En relación con el proceso de inconstitucionalidad, el Colegio de Abogados especificó en la demanda la expropiación indirecta causada por la Ley N° 31143, debido a que el legislador intervenía imponiendo normas sobre el control de precios, generando un despojo que afectaba la propiedad de las entidades bancarias y financieras.

Por parte del Ejecutivo, la procuraduría afirmó que la ley vulneraba el derecho a la libre competencia, en la actuación libre dentro del mercado y en el sistema de precios libres; precisando que un elemento constitutivo esencial de la libre competencia era el sistema de precios sin topes, que provee incentivos para adoptar mejores decisiones en el mercado.

La posición del Ejecutivo incluyó una alusión directa a consecuencias negativas en las operaciones pasivas, orientadas al perjuicio de los ahorristas, siendo que estos tendrían menos opciones en el sistema, lo que contravendría lo previsto en el artículo 87 de la Constitución Política del Perú, en tanto que las entidades de intermediación no tendrían la posibilidad de colocar nuevos créditos, y los depositantes peruanos tendrían menos opciones de rendimiento de sus depósitos. No obstante, esta posición no consideró tampoco el margen de diferencia existente entre las tasas de interés pagadas a los ahorristas en otras legislaciones, ni el margen de ganancia propio del resultado de las tasas de interés existente entre los productos pasivos y los activos.

Durante la tramitación del proceso constitucional, la posición de defensa del legislador -a favor de la legalidad de la ley N° 31143- se orientó en reconocer que, si bien la ley intervenía en el ámbito normativo del derecho a la libre contratación, esta no vulneraba su contenido constitucionalmente protegido y se encontraba justificada en la satisfacción de los derechos que protegen al consumidor. La intervención resultaba legítima en el ámbito de la libertad de dirección de la empresa y de la autodeterminación para elegir las circunstancias, modos y formas de ejecutar la actividad económica, amparada en la protección y defensa de los derechos de los usuarios del sistema financiero.

El legislativo hizo hincapié en que los créditos de consumo de bajo monto y los créditos para las pequeñas y microempresas desembolsados hasta el 29 de abril de 2021, mantenían sus tasas de interés convencional compensatorio y moratorio sin límites máximos y conforme a lo pactado libremente por las partes oportunamente; de esta forma, no existía afectación a los ahorristas debido a que las empresas del sistema financiero podrían seguir colocando créditos. En este margen de defensa de la ley, se debía prever que con el derecho al pago anticipado total que pueden tener los usuarios, o en todo caso, con la posibilidad también de la compra de deuda por parte de los competidores bancarios y financieros, no es que los créditos celebrados con anterioridad a la vigencia de la ley -con tasas de interés más altas- se mantuvieran sin posibilidad de variación en el plazo, por ejemplo.

El legislador al sostener que una entidad puede mantener sus tasas de interés sin límites no valora que, al introducir un producto con una tasa de interés menor, otorga la vía para que los contratos puedan cancelarse en la medida que se realice el pago anticipado, precisamente cuando un competidor ofrece la compra de deuda.

Los fundamentos del Tribunal Constitucional estriban en la legalidad de la ley de protección contra la usura, vinculándola con los derechos fundamentales de los consumidores y usuarios; para lo cual recoge la prohibición de las cláusulas abusivas,

estableciendo la ineficacia e inexigibilidad de aquellas estipulaciones en contra de los requerimientos de buena fe, que coloquen al consumidor en una situación de desventaja o desigualdad que lo perjudique o que anule sus derechos [fundamento 77]. En la Unión Europea, por ejemplo, podemos citar la importancia de la Directiva 93/13/CEE que tiene como objetivos (i) proteger eficazmente a los consumidores como parte generalmente más débil, contra las cláusulas abusivas contractuales utilizadas por los profesionales y que no han sido negociadas individualmente y (ii) contribuir al establecimiento del mercado interior a través de una armonización mínima de las normas nacionales destinadas a esa protección¹⁶.

En este contexto, la sentencia objeto de análisis contempla lo dispuesto en el artículo 97-A del Código, centrada en la situación de emergencia prevista en el artículo 137 de la Constitución Política, sobre la prohibición del acaparamiento y la especulación de bien o servicio declarado oficialmente como esencial. Según dicha disposición, la prohibición rige en el tiempo y espacio geográfico señalado en la norma que fije la declaración del régimen de excepción, concibiéndose a la especulación como "la acción por la cual el productor, fabricante, proveedor o comerciante pone en venta un producto o servicio considerado oficialmente esencial a precio superior que el habitual, sin que exista justificación económica para ello" [fundamentos 78 y 79]. Ante lo expuesto, corresponde indicar que la especulación no se ajusta a lo regulado por la Ley N° 31143, en tanto el Banco Central de Reserva fija los topes de interés de modo permanente y no solo en supuestos propios del régimen de excepción.

En este contexto, el propio Tribunal Constitucional reconoce que el Banco Central de Reserva del Perú, antes de la vigencia de la Ley N° 31143 ya tenía la potestad de fijar tasas máximas de interés [fundamento 149]; aunque lo cierto es que nunca aplicó dicha facultad, siendo necesaria la modificación de su propia ley orgánica -artículo 52-. En este contexto, es cierto que la facultad del Banco Central no había sido demandada en forma previa a la vigencia de la Ley N° 31143, y, además, no existía alguna vinculación directa a concebir como infracción -a los consumidores- el incremento en el precio de servicios, en situaciones de excepción como la introducida por el artículo 97-A del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en virtud de la pandemia del Covid-19.

Sobre el derecho a la libertad de contratación, el Tribunal Constitucional destacó que el contenido constitucionalmente protegido de esta libertad es la ausencia de coacción o injerencia de sujetos ajenos a la relación contractual; y, por tanto, el legislador tenía la potestad de establecer limitaciones a la libertad de contrataciones, siempre que no vulnerara su contenido constitucionalmente protegido y la Ley N° 31143 no ha incidido en el ámbito de la autodeterminación para celebrar contratos en el sistema financiero, ni ha fijado limitaciones o injerencias a la facultad de elegir cómo, cuándo y con quién se contrata [fundamento 160].

Es cierto que la normativa sectorial -conocida como normas prudenciales en el Código de Protección y Defensa del Consumidor- no ha sido alterada o modificada por la Ley N° 31143, así la evaluación del comportamiento crediticio del prestatario o el riesgo de sobreendeudamiento revisten los mismos criterios previos a la Ley N° 31143. Pero, es rebatible que el Tribunal Constitucional peruano omita resaltar que los créditos de consumo contienen cláusulas aprobadas administrativamente, precisamente por este motivo es que el Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado ya fijó que la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP es la entidad responsable de revisar su contenido antes de su comercialización.

¹⁶ Javier Goldaracena, María Luisa Martínez y Raquel Saralegui, *Prácticas abusivas bancarias ¿Cómo me defiende?* (España: Thomson Reuters Aranzadi, 2021), 35.

Es problemático que el Tribunal sostenga que la Ley N° 31143 no impide que las partes decidan sobre el contenido del contrato, y que exponga en sus líneas que las partes tienen la libertad de definir el contenido de los contratos, incluyendo las cláusulas que consideren convenientes, necesarias y acordes con sus propios intereses en la relación jurídica [fundamento 158]; cuando estamos ante contratos de adhesión, redactados unilateralmente por parte de las empresas que realizan operaciones múltiples en el sistema de intermediación indirecta.

Respecto del análisis sobre la afectación a la libertad de empresa, el Tribunal Constitucional delimitó que en la libertad económica a la hora de determinar las condiciones para acceder a un crédito o a una póliza de seguro, era evidente que existe, de un lado, una parte con mayor poder de negociación -las entidades financieras- y de otro, una parte con menor poder negociación -el usuario o cliente [fundamento 232]; en consecuencia, la Ley N° 31143, mejoraba las condiciones de los usuarios en las operaciones de crédito, mitigando la desigualdad material existente, en general, en los procesos de negociación y determinación de las tasas de interés y costos aplicables a los créditos [fundamento 233]. Reiteramos, en este punto, el Tribunal Constitucional es inexacto al considerar que en el caso de los créditos de consumo existe un margen de negociación sobre las condiciones aplicables.

En relación con la presunta afectación a la libre competencia, el Tribunal Constitucional concluyó que las normas cuestionadas no vulneraban la libre competencia, en tanto estas disposiciones no establecían una prohibición a las empresas del sistema financiero para que sigan desarrollando su actividad empresarial, ni las expulsaban del mercado en el cual desarrollaban su actividad; tampoco existía una prohibición para que nuevas empresas puedan acceder al mercado financiero [fundamento 248].

El panorama sobre la vigencia de la Ley N° 31143 no es claro respecto de los cambios que pueden generar -en el mercado de la intermediación financiera indirecta- un tope máximo sobre las tasas de interés, en especial, porque la respuesta inmediata -una vez entrada en vigencia la norma- fue el incremento en las comisiones como las de transferencias interbancarias inmediatas o diferidas. De una revisión general de la sentencia del Tribunal Constitucional destaca un aspecto relevante: no se ha logrado exhibir por qué el tope de las tasas de interés debe comprender los créditos a las microempresas y pequeñas empresas.

Tanto los créditos a microempresas y pequeñas empresas deben respetar la tasa de interés propuesta por el Banco Central de Reserva, cuando los clientes contratantes de estos productos activos no son consumidores -exclusivamente-, en los propios filtros del Indecopi. Es decir, contamos con un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que reconoce el amparo de los consumidores a través de la Ley N° 31143, con motivo inclusive de la existencia de la asimetría informativa; pero excluye de su pronunciamiento una evaluación sobre el nivel de sobreprotección otorgado por la Ley N° 31143 al sector empresarial constituido por los microempresarios y las pequeñas empresas.

IV. EL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA

España cuenta con una Ley de Usura, en cuyo artículo 1° establece que el interés notablemente superior al normal del dinero será considerado como usura. Ya el propio Tribunal de España ha determinado en la Sentencia N° 1496/2320 del 27 de octubre de 2023 que el citado artículo 1 de la Ley de Usura incurre en una fórmula amplia "el interés notablemente superior al normal del dinero", siendo el adverbio de notablemente aquel que guarda correlato con el exceso respecto del interés común del mercado, pero que exige una apreciación en cada caso. Un criterio así de abierto, no rígido, exige un juicio

o valoración para cada caso, acorde con la búsqueda de la justicia del caso concreto [fundamento segundo].

En el caso del Tribunal de Justicia de España, a través del Sentencia de la Sala Civil, Sección 1ª, Nº 367/ 2022 (Recurso de Casación Nº 812/2019), se pronunció sobre la naturaleza usuraria de un contrato de tarjeta *revolving* suscrito en el año 2006. Este proceso tuvo por objeto determinar si es que dicho crédito tenía intereses usureros al contar con tasa anual equivalente del 24.5 %.

En dicha instancia se reconoció que el Banco de España¹⁷ -que tiene funciones equivalentes a las del Banco Central del Perú- contaba con una base de datos que contenía la tasa anual equivalente (TAE); en ese sentido, se admitió que en la fecha de la emisión de la tarjeta *revolving* era aplicable una tasa anual equivalente (TAE)¹⁸ de las entidades bancarias a las operaciones de tarjeta de crédito con pago aplazado mayor al 20%, por lo que la citada TAE del interés remuneratorio¹⁹ pactada en el contrato -cuestionado en el proceso- no era notablemente superior a la normal aplicada por otras entidades ni, por tanto, usuraria.

El órgano jurisdiccional resolvió sosteniendo la ausencia de acreditación de usura [fundamento de derecho 1], con lo que el Tribunal Supremo Español determinó que un contrato *revolving* debía examinar el promedio de tasas de los productos de consumo, y solo si es que esta tasa fuese superior al promedio, se incurría en usura.

En la Sentencia Nº 367/2022, además, el Tribunal Supremo recogió los fundamentos de la Sentencia Nº 149/2020 del 4 de marzo de 2020, señalando que para fijar que se está ante un “interés normal del dinero” [en alusión a uno que no es usurero] debe utilizarse el tipo medio de interés -cuando ocurra la celebración del contrato-, con la peculiaridad de que dicho interés deberá estar previsto en la categoría propia de la operación activa cuestionada, debiendo respetar el carácter de mayor especialidad. Lo señalado exige que no se considerará la categoría genérica de créditos de consumo, sino aquella propia de las categorías específicas como las tarjetas de crédito y *revolving* [fundamento de derecho 3]. Es decir, para efectos de determinar si un crédito reviste de usura o no, también se recoge las categorías previstas por el Banco de España y los promedios de las tasas del mercado.

¹⁷ De acuerdo con la página web del Banco de España, se especifica que es una entidad de derecho público que desarrolla la función de banco central nacional, tiene asignada la supervisión del sistema bancario español y la de otros intermediarios financieros que operan en España. La misión del Banco de España es conseguir la estabilidad de los precios y la estabilidad financiera, favoreciendo con ello el crecimiento económico estable. Fuente consultada el 15 de julio de 2025, en el link: <https://www.bde.es/wbe/es/sobre-banco/#:~:text=La%20mis%C3%B3n%20del%20Banco%20de,formulaci%C3%B3n%20de%20otras%20pol%C3%ADticas%20econ%C3%B3micas>.

¹⁸ Según el glosario del Banco de España, la TAE es la tasa anual equivalente que corresponde al tipo de interés que indica el coste o rendimiento efectivo de un producto financiero. La TAE se calcula de acuerdo con una fórmula matemática normalizada que tiene en cuenta el tipo de interés nominal de la operación, la frecuencia de los pagos (mensuales, trimestrales, etc.), las comisiones bancarias y algunos gastos de la operación. Fuente consultada el 15 de julio de 2025, en el link: <https://www.bde.es/webde/es/estadisticas/recursos/glosario/conceptos/tasa-anual-equivalente.html#:~:text=Tipo%20de%20inter%C3%A9s%20que%20indica,efectivo%20de%20un%20producto%20financiero>.

¹⁹ En virtud de lo establecido en el Portal del Cliente Bancario del Banco de España, los intereses remuneraciones son las cantidades que pagaremos al banco por prestarnos el dinero. Fuente consulta el 16 de julio en el link: <https://cliente.bancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productos/servicio/financiacion/deudores-hipotecarios-sin-recursos/guia-textual/Medidas-Codigo-Buenas-Practicas/moderacion-de-los-intereses-moratorios.html>

En otro supuesto, el Tribunal Supremo de España, a través de la Sentencia de la Sala Civil N° 40/2021, declaró un crédito usurario, en el que la demanda pretendía su nulidad. La pretensión de este proceso comprendía la usura prevista en un contrato de tarjeta en cuyas condiciones generales se establecía el interés remuneratorio -equivalente a lo que es el interés compensatorio en el caso peruano-. En este proceso, la segunda instancia -la Audiencia Provincial- declaró el carácter usurero del mismo contrato de tarjeta de crédito desde su suscripción el 26 de octubre de 2009 y condenó a la entidad financiera a restituir al cliente "la cantidad que exceda del total del capital dispuesto, tomando en consideración el total de lo recibido por todos los conceptos al margen de dicho principal dispuesto" [fundamento de derecho primero].

Asimismo, el Tribunal Supremo de España, mediante la Sentencia de la Sala Civil N° 1496/2023, reveló que Citibank España no había infringido el artículo 1 de la Ley de Represión de Usura al suscribir un contrato de tarjeta de crédito de pago aplazado, bajo la modalidad *revolving* con un interés nominal del 22.2 % y un TAE del 24 %. La parte demandante cuestionó el requerimiento de pago en atención a la nulidad del contrato por el presunto carácter usurero del interés [fundamento primero]. En este expediente, el Tribunal consideró que el interés no era usurero debido a que de una comparación del interés de la tarjeta contratada con toda la serie histórica de los productos *revolving*, no podía determinarse un criterio excesivo ni superior al de las operaciones de la misma clase, y que un interés ligeramente superior al promedio se encontraba dentro de lo normal en el tipo de operaciones.

La Sentencia N° 1496/2023, también acopió lo mencionado en una previa, la Sentencia N° 258/2023 del 15 de febrero de 2023, en la que respecto de la condición de usura del interés remuneratorio se mencionó:

[...] está claro que el juicio sobre el carácter usurario del interés remuneratorio convenido en este contrato de tarjeta de crédito en la modalidad *revolving* (...) ha de hacerse tomando, en primer lugar, como interés convenido de referencia la TAE (...). Además, la comparación debe hacerse respecto del interés medio aplicable a la categoría a la que corresponda la operación cuestionada, en este caso, el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito *revolving*.

En relación con la determinación de este parámetro de comparación, para los contratos posteriores a que el boletín estadístico del Banco de España desglosara un apartado especial a este tipo de créditos, en junio de 2010, la jurisprudencia acude a la información suministrada en esta estadística para conocer cuál era ese interés medio en aquel momento en que se concertó el contrato litigioso.

De los pronunciamientos españoles, se desprende que el carácter usurario de los créditos de consumo otorgados a los clientes exige un análisis propio del interés convenido, que respete los límites legales según un criterio de comparación de la tasa de interés compensatoria aplicable dentro de la categoría específica a la que pertenece el crédito objeto de cuestionamiento, con la tasa ofrecida por sus competidores.

V. CONCLUSIONES

1. La fijación de tasas de interés máximas no constituye una facultad que resulte innovadora en el Perú, es claro que, la redacción original del artículo 9 de la Ley N° 26702 ya permitía al Banco Central de Reserva del Perú fijar topes máximos de tasas de interés, pero revistiendo un contexto de excepcionalidad. En otras legislaciones, como la española, se aplica en virtud de una ley del año 1908; sin embargo, surge la interrogante de por qué el legislador incluye a los créditos

para las microempresas y pequeñas empresas en ese baremo de topes máximos, cuando en atención a los ingresos que obtienen no necesariamente pueden encontrarse en una situación de vulnerabilidad.

2. La posición del legislador no resulta uniforme cuando pretende derogar la Ley N° 31143 arguyendo por una presunta afectación a los ahorristas; sin embargo, como parte de su análisis a favor de alguna modificación, debería cotejar la realidad propia de otros países que ofrecen tasas de interés ante productos activos mucho más ventajosas para la economía de los usuarios.
3. La vigencia de una norma que fije topes de tasas de interés a determinados productos activos en el marco de intermediación financiera indirecta dependerá de decisiones políticas próximas, debido a que las intenciones de su derogación existen, con la problemática expuesta de que no cuentan con un análisis de mercado que evalúe los alcances de la Ley N° 31143.

BIBLIOGRAFÍA

- Buenosvinos, Hector. *Estrategias procesales y defensa del consumidor frente a las entidades financieras*. Madrid: Wolters Kluwer, 2020, 332.
- Goldaracena, Javier, María Luisa Martínez y Raquel Saralegui. *Prácticas abusivas bancarias ¿Cómo me defiendo?* España: Thomson Reuters Aranzadi, 2021, 35.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 2178-2018/SPC-INDECOPI, recaída en el Exp. N° 612-2016/CC1, 27 de agosto de 2018.
- Tribunal Constitucional. Sentencia del Pleno N° 95/2024, recaída en los Exp. N° 00010-2021-PI/TC y N° 00012-2021-PI/TC [acumulados], 20 de febrero de 2024.
- Tribunal Constitucional. Sentencia del Pleno, recaída en el Exp. N° 03116-2009-PA/TC, 10 de agosto de 2009.
- Tribunal Supremo de España. Sentencia de la Sala Civil, Sección Pleno, N° 628/2015, recaída en el Exp. del Recurso de Casación N° 2341/2013, 25 de noviembre de 2015.
- Tribunal Supremo de España. Sentencia de la Sala Civil, Sección Pleno, N° 149/2020, recaída en el Exp. del Recurso de Casación N° 4813/2019, 4 de marzo de 2020.
- Tribunal Supremo de España. Sentencia de la Sala Civil, Sección 1°, N° 367/ 2022, recaída en el Exp. del Recurso de Casación N° 812/2019, 4 de mayo de 2022.
- Tribunal Supremo de España. Sentencia de la Sala Civil, Sección 1°, N° 149/ 2020, 4 de marzo de 2020.
- Tribunal Supremo de España. Sentencia de la Sala Civil, Sección Pleno, N° 40/2021, recaída en el Exp. del Recurso de Casación N° 650/2018, 2 de febrero de 2021.
- Tribunal Supremo de España. Sentencia de la Sala Civil, Sección Pleno, N° 258/2023, 15 de febrero de 2023.

- Tribunal Supremo de España. Sentencia de la Sala Civil, Sección 1º, N° 1496/2023, recaída en el Exp. del Recurso de Casación N° 4622/2020, 27 de octubre de 2023.



Autora:
Elizabeth Rosa Peralta Quispe

VENTAJAS Y DESAFÍOS DEL ARBITRAJE DE CONSUMO: UNA MIRADA COMPARADA ENTRE PERÚ Y ESPAÑA

VENTAJAS Y DESAFÍOS DEL ARBITRAJE DE CONSUMO: UNA MIRADA COMPARADA ENTRE PERÚ Y ESPAÑA

Advantages and Challenges of Consumer Arbitration: A Comparative View between Peru and Spain

Elizabeth Rosa Peralta Quispe¹

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Análisis de la eficiencia del sistema arbitral de consumo conforme está previsto actualmente.
- III. Estudio de los Principales retos que se enfrentan en Perú y España.
- IV. Conclusiones.

Resumen

El presente artículo tiene por finalidad realizar un análisis sobre la regulación actual del arbitraje de consumo en España y Perú a partir del estudio práctico de vivencias en ambos países. En la investigación se realiza una comparativa y se evalúan las ventajas y desventajas que poseen ambos países.

Palabras clave

Arbitraje/ Arbitraje de Consumo/ Derecho de Consumo/ Perú/ España.

Abstract

The purpose of this paper is to make an analysis of the current regulation of consumer arbitration in Spain and Peru based on the practical study of experiences in both countries. Also in the research, a comparison is made and the advantages and disadvantages that both countries have are evaluated.

Key words

Arbitration/ Consumer Arbitration/ Consumer Law/ Peru/ Spain.

¹ Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres. Máster en Arbitraje, Mediación y Resolución de Conflictos Privados por la Universidad de Valencia, España. Con especialización en Derecho Administrativo, Arbitraje y Contrataciones con el Estado. Integrante de las Nóminas Arbitrales Nacionales: CARC PUCP, Cámara de Comercio y Producción de Cajamarca, CEAR-CAL, CIAR-USMP, RESOLUTIO SNCL. Directora Académica del Centro de Estudios en Contrataciones del Estado e Infraestructura Pública – CECEIP de la USMP. Autora de artículos académicos y de opinión jurídica. Ponente en congresos nacionales e internacionales en materia de arbitraje, contratación pública y resolución de conflictos. Especialista en Compliance Penal certificada por AENOR. Abogada Asociada Senior en TYTL Abogados. Correo de contacto: eperalta@tytl.com.pe

I. INTRODUCCIÓN

Existen, a consideración particular, dos elementos que dan origen a la necesidad de asistencia (protección) a los consumidores: el desequilibrio de información y la capacidad de negociación.

Estos elementos han sido reconocidos abiertamente en el mundo. En la actualidad tanto en Perú, como en España, así como casi en la totalidad de países, existe resguardo a los derechos de los consumidores; sin embargo, este no siempre fue el caso.

Es a raíz de la revolución industrial que, con la evolución que trajo consigo la misma, empezaron a surgir grietas más notorias entre proveedores y consumidores tanto por la nueva complejidad de bienes y servicios, como por la cantidad de nuevos negocios que iniciaron.

Con el pasar de los años esta grieta no se ha cerrado; sin embargo, se ha ido difuminando a través de la creación de regulación que busca empoderar y proteger a los consumidores. Esto ha sido adoptado a nivel mundial, con variaciones naturales, en cada país.

Tradicionalmente, la vía judicial era aquella a la cual las personas recurrían ante cualquier tipo de contingencia, inclusive los casos en los que sentían desprotección frente al incumplimiento de proveedores; sin embargo, la misma ha quedado relegada debido, entre otros aspectos, a la sobrecarga procesal y a la falta de una atención idónea.

Así pues, tenemos, a la fecha, procedimientos a los que los consumidores, y las Entidades correspondientes en cada país (Perú y España) pueden acudir a fin de que sancionen la conducta de aquellos proveedores que no se ajustan a un mínimo de respeto hacia sus derechos. En efecto, actualmente frente a la ocurrencia de un problema consumidor-proveedor lo que se puede hacer es:

- A. Presentar una reclamación ante el mismo proveedor para que, de forma directa se solucione el percance ocurrido.
- B. Ante la negativa o insatisfacción de la solución se activan tres medidas:
 - B.1. Denuncia ante la Administración (en el caso peruano estaría representado por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, mientras que en el caso español tendríamos las Oficinas Municipales de Información al Consumidor – OMIC's)
 - B.2. Arbitraje de consumo (en Perú actualmente se cuenta únicamente con la Junta Arbitral de Consumo Piloto administrado por el INDECOPI, mientras que en España se cuenta con las Juntas Arbitrales de Consumo).
 - B.3. Finalmente, y si bien ha dejado de tener protagonismo, también permanece la Vía Judicial.

En el presente caso, nos avocaremos al mecanismo mencionado en el literal B.2; al arbitraje de consumo. El arbitraje, como se sabe, es un método heterocompositivo de solución de controversias. Recordemos que, en la década de los ochenta a nivel mundial, se tuvo un colapso en la administración de la justicia ordinaria por la excesiva carga procesal y la imposibilidad de una atención eficiente a los conflictos de las

personas, así nacen los métodos alternativos de solución de conflictos y, dentro de estos: el arbitraje.

Como toda herramienta legal pese a que la misma tiene cuantiosas bondades para la administración de justicia célere, mantiene también diversos retos o problemáticas, en particular, relativas a la concurrencia de los ciudadanos y proveedores al sistema.

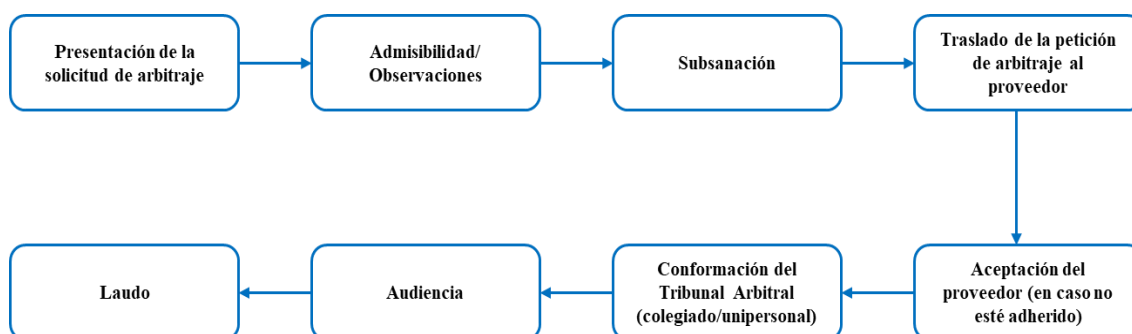
El objetivo del presente artículo es realizar un análisis crítico sobre el arbitraje de consumo en Perú y España identificando sus ventajas y desventajas en base a la experiencia práctica de ambos países. Si bien este mecanismo resulta ser, en buena cuenta y con diferencia significativa, mejor frente a las demás herramientas; lo cierto es que no deja de ser imperfecto y aún requiere una corrección o mejora.

II. ANÁLISIS DE LA EFICIENCIA DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO CONFORME ESTÁ PREVISTO ACTUALMENTE.

2.1 Notas preliminares

Con el objetivo de analizar la eficiencia de los sistemas de arbitraje de consumo tanto de España como de Perú resulta necesario avocarnos al estudio de la regulación correspondiente en cada país.

Debemos tener presente que, en ambos países existen coincidencias, así como diferencias pero, en buena cuenta, el procedimiento arbitral de consumo tendrá siempre la siguiente estructura básica:



Ahora bien, en el estudio de ambos países, abordaremos los siguientes aspectos:

- Composición y regulación de las Juntas Arbitrales de Consumo,
- Costo y dificultad de acceso,
- Sometimiento por parte de los proveedores,
- Árbitros: capacidad, designación y número,
- Forma de resolución del conflicto,
- Etapas procesales del procedimiento arbitral de consumo,
- Reconvencción,
- Arbitraje colectivo y
- Mediación en el arbitraje de consumo.

Estos aspectos serán abordados con la finalidad de poder comprender el funcionamiento de cada sistema y sus particularidades y así evaluar las ventajas y desventajas que existen, así como la eficiencia de los mismos.

2.2 Regulación en España

El Real Decreto 231/2008², de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (en adelante, la LA), en su artículo 1 apartado 2 define al sistema de arbitraje de consumo conforme a lo siguiente:

Artículo 1. Objeto.

(..)

2. El Sistema Arbitral de Consumo es el arbitraje institucional de resolución extrajudicial, de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor.

Como se aprecia, el sistema concibe al arbitraje de consumo como uno de tipo institucional (es decir que es administrado por una institución arbitral), que permite la resolución de conflictos entre consumidores y proveedores fuera de un proceso judicial, siendo vinculante la decisión a la que se arribe.

En la misma línea, el Prof. Luis Felipe Castresana define al sistema arbitral de consumo como “un sistema sin formalidades especiales, tiene por finalidad atender y resolver con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, los conflictos que surgen entre consumidores o usuarios y empresas o profesionales en relación con los derechos legal o contractualmente reconocidos a los primeros (quedando a salvo aquellos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquellos que existan indicios racionales de delito, etc.)”³.

Conforme a lo previsto en el artículo 4 de la Ley de Arbitraje de Consumo Española, el Sistema Arbitral de Consumo se organiza a través de las Juntas Arbitrales de Consumo, la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo, el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo y los órganos arbitrales.

El artículo 5 apartado 1 de la LA se describe a las Juntas Arbitrales de Consumo como “órganos administrativos de gestión del arbitraje institucional de consumo y prestan servicios de carácter técnico, administrativo y de secretaría, tanto a las partes como a los árbitros”.

Podemos encontrar la Junta Arbitral Nacional, Autonómicas (como la Junta Arbitral de Consumo de la Comunitat Valenciana), Provinciales y Municipales.

La sumisión o sometimiento a este sistema es voluntario, debiendo constar por escrito (es decir por cualquier medio que permita acreditar la voluntad y dejar constancia de ello). Más adelante se desarrollará las formas en las cuales los proveedores pueden someterse a un arbitraje de consumo.

2.3 Regulación en Perú

La regulación en Perú tiene sus orígenes en el año 1991 con la publicación del Decreto Legislativo N° 716 a través del cual se intentó implementar un sistema arbitral de consumo. Sin embargo, el sistema no llegó a prosperar, hasta el año 2010 con la

² España. Real Decreto 231/2008, 25 de febrero, regula el Sistema Arbitral de Consumo. BOE-A-2008-3527, n° 48, p.11072 – 11086.

³ Luis Felipe Castresana, et al., Manual de Arbitraje (Tirant Lo Blanch, 2017), 47.

publicación del Código de Protección y Defensa del Consumidor⁴ en cuyo artículo 137 se estableció lo siguiente:

Artículo 137.- Creación del Sistema de Arbitraje de Consumo
Créase el Sistema de Arbitraje de Consumo con el objetivo de resolver de manera sencilla, gratuita, rápida y con carácter vinculante, los conflictos entre consumidores y proveedores.

Posterior a ello es que en el año 2011 se publicó el Decreto Supremo N° 046-2011-PCM⁵, a través del cual se aprobó el Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo el cual fue modificado por el Decreto Supremo N° 049-2016-PCM⁶, por el cual se precisaron los alcances del Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo.

Además, el sistema se ha visto complementado con la publicación de Directivas que tienen el objetivo de orientar y regular aquellos aspectos adicionales del sistema: a) Directiva N° 005-2014/DIR-COD-INDECOPI⁷, que regula el Procedimiento para la Nominación de Árbitros del Sistema de Arbitraje de Consumo, b) Directiva N° 006-2014/DIR-COD-INDECOPI⁸, que norma el Procedimiento de Adhesión de Proveedores y Creación del Registro de Proveedores Adheridos al Sistema de Arbitraje de Consumo; y, c) Directiva que establece las reglas sobre Competencia Territorial de las Juntas Arbitrales de Consumo⁹ que se constituyan en el marco del Sistema de Arbitraje de Consumo.

Finalmente, en el año 2019 se publicó el Decreto Supremo N° 103-2019-PCM¹⁰ que aprobó un nuevo texto reglamentario del sistema de arbitraje de consumo, dejando de lado el aprobado en el año 2016 (en adelante, Reglamento de Arbitraje de Consumo Peruano).

2.4 Similitudes y Diferencias Identificadas

2.4.1 Composición y Regulación de las Juntas Arbitrales de Consumo

- En el caso de Perú, el Reglamento de Arbitraje de Consumo Peruano define a la Junta Arbitral de consumo de la siguiente manera: "Es el órgano administrativo, no jurisdiccional, constituido al interior de una entidad pública, cuya finalidad consiste en organizar y promover el Sistema de Arbitraje de Consumo entre los agentes del mercado y los consumidores de su localidad. Asimismo, es la sede

⁴ Perú. Ley N° 29571, 01 de setiembre de 2010, Código de protección y defensa del consumidor.

⁵ Perú. Decreto Supremo N° 046-2011-PCM, 23 de mayo, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo.

⁶ Perú. Decreto Supremo N° 049-2016-PCM, 22 de julio, Precisan alcances del Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo aprobado por Decreto Supremo N° 046-2011-PCM.

⁷ Perú. Directiva N° 005-2014/DIR-COD-INDECOPI, 30 de enero de 2015, Aprueban Directiva N° 005-2014/DIR-COD-INDECOPI "Directiva que aprueba el procedimiento para la nominación de árbitro para el Sistema de Arbitraje de Consumo.

⁸ Perú. Directiva N° 006-2014/DIR-COD-INDECOPI, 30 de enero de 2015, Aprueban Directiva N° 006-2014/DIR-COD-INDECOPI "Directiva que aprueba el procedimiento de adhesión de proveedores y creación del registro de proveedores adheridos al Sistema de Arbitraje de Consumo.

⁹ Perú. Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del INDECOPI N° 136-2015-INDECOPI/COD, 10 de agosto de 2015, Aprueban publicación de proyecto de Directiva que establece reglas sobre la competencia territorial de las Juntas Arbitrales de Consumo que se constituyan en el marco del Sistema de Arbitraje de Consumo, en el portal electrónico del Indecopi.

¹⁰ Perú. Decreto Supremo N° 103-2019-PCM, 28 de mayo, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo.

institucional de los Tribunales Arbitrales adscritos a ella a efectos del desarrollo de los procesos arbitrales".

Estas Juntas son constituidas por la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor (INDECOPI) en coordinación con los gobiernos regionales y locales y, con las entidades o personas jurídicas de derecho público del lugar donde se pretenda constituirlos. A la fecha solo existe 01 Junta Arbitral de Consumo instaurada en Perú; es la Junta Arbitral de Consumo Piloto y opera en el INDECOPI. Esta junta brinda atención a nivel nacional.

La Junta Arbitral está compuesta por un Presidente y un Secretario Técnico.

El INDECOPI es quien asume las funciones de promoción del sistema de arbitraje de consumo y aquellas que son realizadas por las Juntas Arbitrales de Consumo en España.

- El artículo 4 de la LA establece que el Sistema Arbitral de Consumo se organiza a través de las Juntas Arbitrales de Consumo, la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo, el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo y los órganos arbitrales.

Las Juntas Arbitrales de Consumo son los órganos administrativos de gestión del arbitraje de consumo y son: La Junta Arbitral Nacional, Juntas Arbitrales Territoriales.

Dentro de las principales funciones de las Juntas Arbitrales de Consumo se tiene el fomento al arbitraje de consumo, la resolución de ofertas públicas de adhesión; conceder y retirar el distintivo de adhesión al sistema; comunicar al registro público de empresas adheridas al sistema arbitral de consumo; dar publicidad de las empresas adheridas al sistema; elaborar y actualizar la lista de árbitros acreditados; asegurar la mediación previa; impulsar y gestionar los procedimientos de arbitraje de consumo; llevar un registro de procedimientos y laudos arbitrales; cualquier actividad relacionada con el apoyo y soporte a los órganos arbitrales para la resolución de los conflictos que se sometan a la Junta Arbitral de Consumo.

2.4.2. Costo y dificultad de acceso

Tanto en España como en Perú el acceso al sistema arbitral de consumo, es decir, el solicitar el inicio de un procedimiento arbitral de consumo para un ciudadano es gratuito y, como veremos más adelante, es sencillo por cuanto para el ingreso de una solicitud solo se requiere llenar un formulario.

2.4.7 Sometimiento por parte de los proveedores

Tanto en Perú como en España se cuentan con dos formas para que los proveedores se sometan al sistema: la figura de la adhesión (que puede ser, a su vez, limitada o ilimitada) y el sometimiento puntual a cada caso en concreto.

3.4.7 Árbitros: capacidad, designación y número

- En el caso de Perú, el artículo 17 del Reglamento de Arbitraje de Consumo Peruano establece como requisitos para desempeñarse como árbitro los siguientes: "Los árbitros deben contar con título profesional, conocimientos en las normas de protección al consumidor y arbitraje, y al menos cinco (5) años de experiencia profesional".

Si bien existe este extracto, la norma no especifica que deban ser abogados, pero haciendo una lectura e interpretación integral, se aprecia que sí se exige contar con la licenciatura en derecho además de la formación antes descrita.

El Reglamento de Arbitraje de Consumo establece que la regla general es que los procedimientos sean resueltos por un Árbitro Único, estableciéndose que serían tribunales arbitrales colegiados, de manera excepcional, cuando el producto o servicio reclamado supere las 3 UIT (Unidades Impositivas Tributarias), es decir: S/ 15,450.00 (Quince Mil Cuatrocientos Cincuenta con 00/100 Soles).

En caso de Árbitro Único, se invita a que sean las partes quienes realicen la designación de manera conjunta y solo en caso de no acuerdo es que lo designa el secretario técnico de la Junta Arbitral de Consumo

- En el caso de España se tiene que los Árbitros conforman los Órganos Arbitrales (es decir, los Tribunales Arbitrales) pudiendo ser Unipersonales o Colegiados.

La designación de los árbitros en cada caso corresponde al Presidente de la Junta Arbitral de Consumo.

En los casos en los que deba resolverse conforme a derecho, los Árbitros deben ser licenciados en derecho, no teniendo esta exigencia si la litis se resuelve en base a equidad.

4.4.7 Forma de resolución del conflicto

- En el caso de Perú, el arbitraje de consumo se resuelve conforme a derecho, salvo que las partes pacten expresamente que el Tribunal puede resolver en equidad o consciencia.
- En España el arbitraje de consumo se decide en equidad, como regla general, salvo que las partes acuerden de forma expresa que la litis sea resuelta conforme a derecho.

En caso el proveedor se hubiese adherido al sistema en derecho, se le informa esto al consumidor para que acepte, y en caso de no estar de acuerdo, se tratará la solicitud como si fuera dirigida a una empresa no adherida (artículo 33 de la LA).

5.4.7 Etapas procesales del procedimiento arbitral de consumo

Las etapas procesales en ambos países operan de manera similar conforme al gráfico insertado en el apartado 2.1, la variación recae en los siguientes aspectos:

En el caso de Perú tenemos lo siguiente:

- Una vez presentada la petición de arbitraje, si el proveedor no se encuentra adherido se le otorga 05 días hábiles para que brinde su conformidad de sometimiento.
- En caso una petición de arbitraje presente alguna observación, se le otorgan 05 días hábiles al consumidor para subsanarla.
- Las partes solo pueden presentar escritos adicionales hasta 03 días hábiles antes de llevarse a cabo la audiencia única o hasta la comunicación en la que se establece que el expediente se encuentra expedito para ser laudado.

- Se permite la suspensión del proceso arbitral de forma excepcional (por complejidad debidamente justificada o por una necesidad de actuación probatoria).
- El plazo máximo para la emisión del laudo arbitral es de 45 días hábiles desde admitida la petición arbitral, excepcionalmente se puede ampliar el plazo por complejidad por un tiempo de 45 días hábiles.
- Las partes pueden presentar pedidos contra el laudo arbitral conforme al arbitraje ordinario (interpretación, exclusión, integración y rectificación). Esto lo deben presentar dentro de los 15 días hábiles de notificados con el laudo arbitral y el Tribunal Arbitral debe pronunciarse dentro de los 10 días hábiles de recibido los pedidos.

En el caso de España tenemos lo siguiente:

- Para la subsanación de observaciones a la petición arbitral en España se conceden 15 días naturales.
- Frente a la no admisión de solicitud de arbitraje se puede recurrir dentro de los 15 días hábiles, y esto es resuelto en 03 meses (poniendo fin a la vía administrativa).
- Si no hay observaciones, la petición se admite en un plazo de 21 días desde la recepción de la solicitud de arbitraje
- Si se admite una petición arbitral, se invita a las partes a una mediación y se traslada la petición al proveedor reclamado para que, en 15 días presente su respuesta.
- Se entiende como inicio del procedimiento la fecha en la que el reclamado acepta el arbitraje.
- Admitida la solicitud de arbitraje, se designa al árbitro o árbitros que conocerán la controversia.
- Se permite la presentación de una ampliación de demanda y reconvencción.
- El laudo se emite en un plazo de 90 días naturales desde que se acuerde el inicio del procedimiento.

2.4.7 Reconvencción

Una de las principales diferencias entre Perú y España podría ser la reconvencción; por un lado, Perú no permite que los proveedores planteen reconvencción mientras que, en España el artículo 41 apartado 1 de la LA establece como uno de sus principios, el siguiente: "1. El procedimiento arbitral de consumo se ajustará a los principios de audiencia, contradicción, igualdad entre las partes y gratuidad".

Como se aprecia, se consagra como principio el derecho a la contradicción lo que permite que un reclamado pueda plantear una reconvencción.

2.4.8 Arbitraje colectivo

En Perú no se tiene estipulada la figura de arbitraje colectivo. En España, sí y está diseñado para resolverse en un único procedimiento arbitral, los conflictos que, en base a un mismo presupuesto fáctico pudiesen lesionar intereses colectivos.

En este caso existe un llamamiento de los afectados y el plazo para laudo se da a los 02 meses de ocurrido el llamamiento.

2.4.9 Mediación en el arbitraje de consumo

- En Perú el equivalente a la mediación es la conciliación. En el caso peruano si bien la normativa no desarrolla de manera amplia esta etapa, en el artículo 38

apartado 2 del Reglamento de Arbitraje de Consumo Peruano se establece que en la audiencia única que se convoque, el Árbitro Único debe propiciar la conciliación siendo que, en la práctica los Árbitros, efectivamente, buscan que las partes lleguen a un acuerdo que, de forma directa, ponga fin a sus diferencias.

- El artículo 38 de la LA regula la mediación en el arbitraje, estableciéndose que se aplica, de forma supletoria, la legislación sobre este mecanismo. Se precisa que el secretario debe establecer la fecha de inicio y fin de la mediación.

A modo de resumen de los aspectos antes desarrollados, se presenta el siguiente cuadro:

Aspectos	Perú	España
Composición y Regulación de las Juntas Arbitrales de Consumo.	Organizan y promueven el sistema. Solo se cuenta con una Junta Arbitral de Consumo Piloto.	De igual forma, organizan y promueven el sistema. Se cuenta con Juntas Arbitrales a nivel nacional y territoriales.
Costo y dificultad de acceso.	El sistema es de acceso gratuito y sencillo para los ciudadanos.	Ocurre lo mismo que en Perú.
Sometimiento por parte de los proveedores.	Se cuenta con la figura de adhesión y sometimiento puntual.	Ocurre lo mismo que en Perú.
Árbitros: capacidad, designación y número.	Los árbitros son, por regla general, abogados. El Reglamento establece la cuantía para que las controversias sean resueltas por Árbitro Único u Órgano Colegiado.	Los árbitros solo deben ser abogados si la litis se resuelve en base a derecho. La normativa no establece específicamente cuándo corresponderá que un proceso sea resuelto por un Órgano colegiado.
Forma de resolución del conflicto.	El arbitraje, por regla general, se resuelve en base a derecho.	Por regla general el arbitraje se resuelve en equidad.
Etapas procesales del procedimiento	Los plazos resultan ser más cortos en la atención del procedimiento.	Los plazos de tramitación son mayores.
Reconvención	No se permite la reconvención.	Se permite la reconvención.
Arbitraje colectivo	No se prevé esta figura.	Sí la consagra y la define.
Mediación en el arbitraje de consumo	No está definida de manera extensa en la norma, pero sí se aplica en la práctica.	Sí se encuentra consagrada la mediación dentro de la estructura normativa.

III. ESTUDIO DE LOS PRINCIPALES RETOS QUE SE ENFRENTAN EN PERÚ Y ESPAÑA

3.1 Ventajas y Desventajas del arbitraje de consumo

Para efectos del análisis de las ventajas y desventajas de la regulación actual del arbitraje de consumo en ambos países se debe tener claro cuál es la finalidad del

arbitraje de consumo; al respecto comparto la opinión de la Prof^a Iboleón¹¹ quien señala que las finalidades del arbitraje de consumo serían las siguientes:

Facilitar el intercambio de productos y servicios en el mercado promoviendo el respeto y el ejercicio de los derechos y deberes de los consumidores y de los proveedores.

Generar un mercado nacional en el que se desenvuelvan consumidores bien informados que actúen con diligencia y proveedores que ofrezcan una mayor variedad de productos y servicios, dentro del marco de la leal y honesta competencia.

Fomentar la autorregulación en el mercado.

Garantizar el acceso a la justicia para los consumidores y promover la transparencia para las empresas en las relaciones de consumo impulsando la resolución de disputas

Generar beneficios para los consumidores, fomentando y fortaleciendo la protección de los derechos de los mismos.

Generar beneficios para las empresas y comerciantes: garantiza la calidad del bien y/o de los servicios que presta.

Teniendo presente estas finalidades, la regulación existente y la experiencia práctica que ha tenido la autora del presente artículo., hemos podido condensar las siguientes como principales ventajas y desventajas del sistema arbitral de consumo comunes en ambos países:

Ventajas	Desventajas
Celeridad	Falta de sometimiento por parte de los proveedores ¹²
Sencillez	Falta de conocimiento por parte de los consumidores
Gratuidad	

A continuación, se describen y analizan las mismas.

3.2 Ventajas

a) Celeridad

Cuando hablamos de celeridad, en el caso de Perú, debemos señalar que los plazos establecidos para la tramitación del procedimiento de arbitraje de consumo son bastante breves en comparación con los plazos legales y reales establecidos, por ejemplo, en el procedimiento administrativo sancionador.

Así, podemos apreciar que desde la admisión de la solicitud arbitraje hasta la emisión del laudo arbitral transcurre un lapso de cuarenta y cinco (45) días hábiles, como máximo, el cual, de forma excepcional, puede ser ampliado por un periodo igual siempre que la complejidad del caso o la necesidad de actuar medios probatorios adicionales lo justifique (apartado 38.4 del artículo 38 del Reglamento de Arbitraje de Consumo Peruano).

¹¹ Belén Iboleón Salmerón, El proceso arbitral: una perspectiva procesal del arbitraje de consumo (España: Editorial Dykinson, 2012), 22.

¹² Se hace presente que, si bien se consigna como desventaja, en el caso de España puntualmente es matizada como una oportunidad de mejora habida cuenta de que existe un mayor nivel de adhesión al sistema por parte de los comerciantes.

En el caso de España, el tiempo resulta ser casi el doble; sin embargo, pese a ello, no deja de ser un tiempo de atención sustancialmente inferior frente a las otras opciones que tiene un consumidor frente a un proceso judicial o a una denuncia ante la autoridad administrativa. Al respecto, la LA establece en su artículo 49 numeral 1, que el plazo para dictar el laudo es de: “seis meses desde el día siguiente al inicio del procedimiento arbitral, pudiendo ser prorrogado por el órgano arbitral mediante decisión motivada salvo acuerdo en contrario de las partes, por un período no superior a dos meses”, pudiendo suspenderse inclusive.

b) Sencillez

Tanto en España como en Perú se maneja un estándar para efectos de la solicitud de inicio de un arbitraje de consumo, esto es: el empleo de un formulario bastante intuitivo para los usuarios. Si apreciamos el formato de solicitud de arbitraje de ambos países, veremos que la información que se solicita a los consumidores resulta ser similar.

Las exigencias en ambos casos se encuentran relacionadas a la identificación de los reclamantes y reclamados, así como a la descripción de los hechos y de lo que se pide; sin embargo, no se exige mayores elementos lo que, en buena cuenta, permite que los proveedores, inclusive sin asistencia de letrados, puedan acceder al sistema.

c) Gratuidad

Sin duda alguna la gratuidad en el arbitraje de consumo es una de las mayores bondades que presenta el sistema. Ahora bien, cuando se menciona este concepto no solo está vinculado a la gratuidad del derecho de acceso sino también a la de la tramitación misma (es decir, a los servicios asociados a los que se suele tener que recurrir).

Este aspecto puede llegar a ser controversial ya que algunos expertos en la materia consideran que la gratuidad puede llegar a ser “un arma de doble filo”. Sobre el particular, el Prof. Guillermo Argerich¹³ nos comenta lo siguiente: “Creo que el sistema a partir de su gratuidad y simpleza lo torna imbatible a la hora de resolver controversias entre consumidores y empresas. Sí quisiera aclarar que a veces las facilidades ofrecidas a las partes podrían convertirse en un aspecto no tan beneficioso para ellas. Por ejemplo el no requerir el patrocinio letrado de un profesional abogado hace que a las audiencias se presente el consumidor y por la otra parte muy raramente se presenta el empresario. ¿Quién lo representa? Generalmente su abogado apoderado”.

Si bien no deja de ser cierto lo mencionado por el Prof. Argerich recordemos que el sistema no está concebido como un método de administración de justicia ordinario ni pensado tampoco únicamente para empresas grandes como Mercadona o El Corte Inglés que manejan estudios de abogados para todos sus procedimientos, sino que está diseñado también para pequeños proveedores que pueden, no necesariamente, tener un equipo legal contratado de manera continua.

Entonces los ciudadanos pueden acudir al sistema sin la necesidad de una representación legal (ni asumir el costo que ello irroga) y también los proveedores pueden acudir sin tener que contratar a un abogado para estos procedimientos.

Aunado a lo descrito se debe tener presente que en cualquier escenario lo que buscará el árbitro es equilibrar la balanza, inclusive, en ambos países existe la posibilidad de resolverse en base a conciencia por lo que, si bien la audacia legal del abogado de un

¹³ Guillermo Argerich, “El arbitraje de consumo: Un excelente método para resolver controversias,” Arbitraje PUCP 4 (2014): 18.

empresario puede inclinar la balanza a su favor en un arbitraje convencional, este no es el caso para el arbitraje de consumo.

3.3 Desventajas

a) Falta de sometimiento al arbitraje por parte de los proveedores

Se ha podido concluir que una de las principales dificultades que se enfrentan en ambos países es la renuencia al sometimiento al arbitraje de parte de los proveedores.

Recordemos que, tanto en España como en Perú en el caso del arbitraje de consumo, el sometimiento es estrictamente voluntario, no existe ningún tipo de mandato que modifique ello. El Prof. Acosta¹⁴ citando al Prof. Ignacio Quintana Carlo precisa que el éxito de cualquier órgano arbitral en general y de las Juntas Arbitrales de Consumo dependerá de la concurrencia de tres (03) elementos siendo uno de ellos "la existencia de una auténtica voluntad de participación por parte de las empresas", aspecto que resulta medular considerando que sin su participación el sistema es ineficaz.

Tradicionalmente el sometimiento a la vía arbitral se materializa a través de la suscripción del convenio arbitral, la Ley 60/2003¹⁵, de 23 de diciembre, de Arbitraje (España) la que en su artículo 9 numeral 1 regula el convenio arbitral señalando que el mismo: "podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente; deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual".

Por su parte, el Decreto Legislativo N° 1071, Norma que Regula el Arbitraje (Perú), en su artículo 13 numerales 1 y 2, concibe el convenio arbitral de una forma similar precisando que el mismo es "... un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza. 2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente"

Como se puede apreciar y, pese a ser países con regulación propia, en lo que se refiere al convenio arbitral (así como otras instituciones del arbitraje) ambas legislaciones mantienen similitud en cuanto a su concepción.

En ese sentido, cuando hablamos de convenio arbitral nos referimos a aquel acto jurídico (contrato) por el cual las partes se someten al arbitraje, renunciando al fuero ordinario previsto por el Estado. Este convenio debe ser escrito; esto es, debe quedar constancia del mismo por cualquier medio.

Para el arbitraje de consumo existen las siguientes maneras de plasmar este convenio arbitral en ambos países:

- La aceptación puntual en cada caso.
- La incorporación de una cláusula dentro del contrato de consumo.
- La adhesión al sistema arbitral de consumo.

En el primer supuesto es la fórmula tradicional: el consumidor que considera que existen motivos para solucionar sus discrepancias a través de un arbitraje de consumo solicita

¹⁴ José Acosta Estévez, Los Consumidores y el Arbitraje (España: PPU, 1991), 84.

¹⁵ España. Ley 60/2003, 25 de diciembre, de Arbitraje. BOE-A-2003-23646, n° 309.

el inicio de este mecanismo y es el proveedor quien, al ser notificado determina si acepta o no el sometimiento.

Sobre la segunda opción: esto es plasmar el convenio dentro de un contrato de consumo pero la principal problemática es que, como hemos referido el convenio arbitral supone una renuncia al fuero ordinario y, siendo los contratos de consumo, en su mayoría contratos de adhesión, existe, en muchos casos, la probabilidad de que se pueda interpretar que se está incorporando una cláusula abusiva dada la asimetría informativa que existe entre los proveedores y los consumidores.

Por otro lado, la adhesión al sistema arbitral de consumo supone que el proveedor, sin la existencia de una controversia, decida que los consumidores que hayan podido verse afectados por alguna litis surgida en el marco de la relación de consumo, puedan acudir al arbitraje de consumo ya no requiriéndose su aceptación previa pues ya se encuentran sometidos. Puede darse de las siguientes maneras:

- España: el proveedor puede someterse a las juntas arbitrales autónomas o a la junta de arbitraje nacional y, en ambos supuestos, tiene la posibilidad de regular la adhesión: por materia y cuantía.
- Perú: el proveedor puede adherirse al sistema arbitral de consumo nacional de forma libre o limitada, de igual forma que en España: por materia y cuantía.

Llegados aquí, una pregunta válida sería ¿Si existen varias formas de sometimiento por qué es un problema en ambos países? La respuesta es debido a que los proveedores no suelen someterse a este mecanismo o no se adhieren al mismo pues no consideran que existan suficientes ventajas/beneficios al hacerlo.

En Perú el número de proveedores adheridos no llega ni siquiera a los 1,000 (Mil). Es importante mencionar que el mayor incentivo para el sometimiento en Perú se da cuando los proveedores evalúan las posibles multas que podrían aplicárseles en vía administrativa de no acudir al arbitraje de consumo (es decir, cuando hacen un análisis y objetivamente detectan que han incumplido alguna norma de protección al consumidor) pero esto, naturalmente, no genera una necesidad o interés de adhesión de los proveedores sino un sometimiento puntual dependiendo de cada caso concreto.

En el caso de España, la afluencia es sumamente mayor. Solo en Valencia se supera con creces la adhesión que se tiene en todo el territorio peruano, esto se puede corroborar con una búsqueda en el siguiente enlace de la Junta Arbitral de Consumo de Valencia: <https://cindi.gva.es/es/web/consumo/empresas-y-profesionales-adheridos>. Debemos mencionar que, si bien España tiene un mayor avance en relación a este aspecto (adhesión), podría incluso no ser considerado como desventaja sino como una "oportunidad de mejora".

Un beneficio que presentan ambos países es que los proveedores adheridos pueden emplear el signo distintivo como proveedores adheridos:

Signo Perú		Signo España
		

El empleo de este signo está pensado en generar un mayor beneficio reputacional en los comercios; sin embargo, el problema es que los consumidores no reconocen esta bondad; esto lo veremos a continuación.

b) Falta de conocimiento por parte de los consumidores

De una encuesta realizada a 50 consumidores peruanos y españoles o residentes de estos países en el año 2024, se apreció que el 49% de ellos no conoce el sistema de arbitraje de consumo.

Asimismo, pese a que el 51% de los encuestados conocería lo que es arbitraje de consumo, al consultarles qué vía utilizarían para realizar un reclamo, solo 10 personas contestaron que emplearían el arbitraje de consumo, es decir, no está realmente interiorizado este mecanismo como un sistema o, al menos, no como uno idóneo o al que las personas piensen en recurrir de tener algún problema con un proveedor ¿A qué nos lleva esto? La insatisfacción de los consumidores. En efecto, también como parte de las preguntas, se consultó si consideraban que en sus países existía suficiente protección a los consumidores, siendo mayoritaria la respuesta negativa.

Resulta oportuno mencionar que estas cifras resultan consistentes con las Memorias de la Junta Arbitral de Consumo de la Comunitat Valenciana del año 2019 al 2022 publicadas en la siguiente web: <https://cindi.gva.es/es/web/consumo/memories-junta-arbitral-consum> en las que se aprecia que, de los años antes descritos se recibieron menos de 1,500 solicitudes anuales por lo que, este es uno de los mayores retos que consideramos se debe trabajar. Asimismo, también resultan coherentes con la cantidad de laudos que se han ido emitiendo a la fecha en el Perú y que pueden ser revisados en el repositorio público.

IV. CONCLUSIONES

Sin duda alguna el sistema de arbitraje de consumo es una herramienta que, objetivamente, en ambos países se encuentran construida de manera idónea en pro de buscar un equilibrio en la relación de los consumidores-proveedores sin dejar de lado la imparcialidad. Si bien existen diferencias sustanciales en cuanto a plazos de atención, la posibilidad de reconvención y la existencia del arbitraje colectivo, podemos considerar que, ambos países guardan una estructura con pocas diferencias en cuanto a la administración y tramitación de los procedimientos arbitrales, prevaleciendo, en ambos, la agilidad, gratuidad y sencillez de acceso al sistema.

Habiendo evaluado las bondades del arbitraje de consumo que trae consigo cada país, así como los retos a los que cada uno se enfrenta, se destacan, como principales conclusiones, las siguientes:

1. A nivel de avance del sistema arbitral de consumo, España destaca en cuanto a dos elementos: a) La instauración del sistema a nivel nacional (logrando que cada comunidad autónoma cuente con una junta arbitral de consumo, frente a Perú que, a nivel nacional solo cuenta con una Junta Arbitral de Consumo Piloto); y, b) La difusión a los proveedores, logrando un sometimiento mayor de estos no solo estando adheridos proveedores de gran magnitud sino también pequeños empresarios como, por ejemplo: costureros o tiendas de abarrotes. Si bien, como mencioné en el desarrollo del artículo, los esfuerzos aún no son suficientes, no puede dejarse de lado ni dejar de mencionar esta labor.
2. Un elemento importante para superar el reto del sometimiento de los proveedores es el del conocimiento de los consumidores sobre esta vía de

resolución de conflictos. Podrían estar todos los proveedores españoles y peruanos adheridos, pero si los consumidores no tienen conocimiento, e inclusive pese a tenerlo, no tienen en cuenta este sistema como vía para la solución de conflictos, no permite que el sistema evolucione ya que ellos son los principales actores. Corresponde entonces realizar una mayor difusión sobre esta alternativa evidenciando la sencillez, gratuidad y eficiencia del sistema.

3. Las ventajas para que un comerciante decida adherirse no resultan ser del todo claras. Como se ha desarrollado en el presente trabajo, una ventaja es la mejora reputacional frente a sus clientes, lo que no resulta actualmente tan contundente pues muchos de estos "clientes" no tienen claro qué es este sistema. Entonces, resulta imperativo realizar esfuerzos e investigaciones prácticas sobre: a) qué es lo que motiva a los proveedores a evaluar una adhesión y b) cuáles son las ventajas adicionales para ellos. Un empresario, naturalmente, realiza una evaluación costo-beneficio para cada paso a tomar y es bajo esta perspectiva que, consideramos, se debería trabajar para lograr una mayor adhesión al sistema.
4. Existen aspectos que, a nivel Perú deberían evaluarse sobre su posibilidad de incorporación, como es el caso de la reconvención y la figura del arbitraje de consumo colectivo. El primero de estos podría inclusive suponer un incentivo a los proveedores para su adhesión al sistema ya que, conforme está previsto actualmente, en el sistema peruano el único incentivo es evitar las multas que puede aplicar la autoridad administrativa; por otro lado, el arbitraje de consumo colectivo supone una herramienta innovadora.
5. Finalmente, un aspecto que nos resulta positivo de la legislación y regulación peruana es la celeridad con la que se trabajan los procedimientos arbitrales debido a que los tiempos de atención resultan ser sustancialmente menores en Perú frente a España.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta Estévez, José. Los Consumidores y el Arbitraje. España: PPU, 1991.
- Argerich, Guillermo. "El arbitraje de consumo: Un excelente método para resolver controversias." Arbitraje PUCP, 4 (2014), 18.
- Castresana, Luis Felipe, Francisco Ruiz Risueño y Gonzalo Stampa. Manual de Arbitraje. Tirant Lo Blanch, 2017.
- Iboleón Salmerón, Belén. El proceso arbitral: una perspectiva procesal del arbitraje de consumo. España: Editorial Dykinson, 2012.

ENTRE LA VERDAD Y LA PERSUASIÓN: EL RETO DE CONSUMIR CON CONCIENCIA EN LA ERA DIGITAL

Autores:

Mariana Rojas Forero

Andrés Felipe Merchán De la Hoz



ENTRE LA VERDAD Y LA PERSUASIÓN: EL RETO DE CONSUMIR CON CONCIENCIA EN LA ERA DIGITAL

Between truth and persuasion: The challenge of conscious consumption in the digital age

Mariana Rojas Forero¹
Andrés Felipe Merchán De la Hoz².

SUMARIO:

- I. Importancia histórica de la información para los consumidores.
- II. Información o publicidad: el reto más grande para los consumidores en el siglo XXI.
- III. Regulación de la publicidad con influenciadores y publicidad encubierta.
- IV. Sesgo en los algoritmos personalizados.
- V. Análisis de propuesta legislativa en Colombia.
- VI. Enfoque la labor educativa de la SIC.
- VII. Conclusión.

Resumen

Este escrito analiza el principal desafío que enfrentan hoy los consumidores en Colombia: distinguir entre información y publicidad en un entorno digital marcado por la sobrecarga informativa, la publicidad encubierta y la personalización algorítmica. A lo largo de este documento se explora cómo, pese a que Colombia cuenta con una normativa robusta, actualmente no existen regulaciones respecto a la publicidad encubierta, como tampoco hay reglas claras frente a la transparencia que deben tener los algoritmos que personalizan el contenido que recibe el consumidor. Finalmente, el escrito expone la necesidad de una reforma legislativa acompañada de una estrategia de educación del consumidor.

Palabras Clave

Publicidad encubierta/ Información/ Personalización algorítmica/ Educación del consumidor.

¹ Abogada graduada de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia. Correo de contacto: mrojas@brickabogados.com

² Abogado graduado de la Universidad de los Andes de Bogotá D.C, Colombia y Especialista en Derecho Comercial de la Universidad del Rosario de Bogotá D.C., y en Derecho de la Competencia en el Instituto de Estudios Bursátiles de Madrid, España. Correo de contacto: amerchan@brickabogados.com

Abstract

This paper analyzes the main challenge currently faced by consumers in Colombia: distinguishing between information and advertising in a digital environment marked by information overload, covert advertising, and algorithmic personalization. Throughout the document, it is explored how, despite Colombia having a robust regulatory framework, there are currently no specific regulations addressing covert advertising, nor are there clear rules regarding the transparency required of the algorithms that personalize the content received by consumers. Finally, the paper presents the need for legislative reform accompanied by a consumer education strategy.

Key Words

Covert advertising/ Information/ Algorithmic personalization/ Media literacy.

I. IMPORTANCIA HISTÓRICA DE LA INFORMACIÓN PARA LOS CONSUMIDORES

A continuación, se presenta un resumido recuento histórico sobre el origen de la regulación de la información y la publicidad en el ámbito del consumo, comenzando con una breve anécdota relacionada con los inicios del Derecho del Consumo en el mundo, para proceder a explicar el desarrollo de esta área del Derecho en Colombia. Posteriormente, el texto se enfocará en el que, a juicio de los autores, constituye el mayor reto para los consumidores del siglo XXI: distinguir la publicidad de la información objetiva.

En 1962 el presidente de los Estados Unidos de América de la época, Jhon F. Kennedy, advirtió en su ya famoso discurso del 15 marzo de 1962, conocido como el "Consumer Rights Speech":

"(...) consumidores, por definición somos todos. Son el grupo mayoritario de la economía, afectando y siendo afectados por la práctica totalidad de las decisiones económicas públicas y privadas. Dos tercios del gasto total en la economía provienen de los consumidores. Pero son el único grupo importante en la economía que no está organizado eficazmente, cuya opinión es a menudo ignorada. (...) El Estado tiene la especial obligación de estar alerta en lo que se refiere a las necesidades de los consumidores y de hacer progresar sus intereses"³.

"(...) Si los consumidores reciben productos de calidad inferior, si los precios son exorbitantes, si los medicamentos son inseguros o ineficaces, si el consumidor no puede decidir con base en información, entonces estamos malgastando su dinero; su salud y seguridad pueden verse amenazadas, y el interés nacional se resiente (...)".

³ John F. Kennedy, "Mensaje al Congreso sobre la Protección al Consumidor," discurso presentado el 15 de marzo de 1962, traducido por CONSAL, https://www.consal.org.ar/Discurso_Kennedy.pdf.

Asimismo, advirtió que ya desde esa época la comercialización de bienes y servicios se volvía cada vez más impersonal y las decisiones de los consumidores eran crecientemente influenciadas por mecanismos de persuasión altamente desarrollados. Al respecto advierte que:

"(...) Muchos de los nuevos productos de uso diario en los hogares son altamente complejos. Se requiere al ama de casa para que sea un electricista amateur, o un mecánico, químico, toxicólogo, dietista y matemático, pero en raras ocasiones se le proporciona la información que necesita para desempeñar estas tareas adecuadamente (...)".

Por ello, resaltó la necesidad de garantizar, entre otros, el derecho a la información, entendida como la protección frente a prácticas engañosas: *"(...) a ser protegidos contra la información, publicidad, etiquetado u otras prácticas fraudulentas, engañosas o fundamentalmente confusas, y a que se les suministren todos los hechos necesarios para tomar decisiones basadas en la información (...)"*.

Ahora bien, algunos años después, en Colombia, la Ley 73 de 1981 y su decreto reglamentario (el Decreto 3466 de 1982), regularon por primera vez, de manera directa, la forma en que debía entregarse la información a los consumidores. Se estableció que dicha información debía ser veraz y suficiente, y se prohibió toda marca, leyenda o propaganda comercial que no correspondiera a la realidad o que indujera a error respecto de aspectos como la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos. Con esta regulación, además, se introdujo el concepto de "propaganda comercial", entendido como todo sistema de publicidad diseñado para promover o inducir la adquisición o utilización de un bien o servicio⁴.

Evidentemente, hubo una gran brecha temporal entre lo que ha sido denominado por muchos, el inicio del derecho al consumo y su llegada a Colombia, no obstante, esta distancia temporal se explica, en parte, por las marcadas diferencias estructurales entre ambas economías en aquella época. En los Estados Unidos de comienzos de los sesenta, la economía transitaba por el auge de la "edad dorada del consumo": altas tasas sostenidas de crecimiento del PIB, bajo desempleo, expansión del crédito y del ingreso disponible, así como una industria publicitaria sofisticada -nutrida por la televisión de alcance nacional- que impulsaba la masificación de bienes durables y la cultura de consumo. Estas condiciones hicieron que surgiera rápidamente un movimiento cívico organizado de consumidores que exigían transparencia, calidad y seguridad en los mercados.

En contraste, la economía colombiana todavía giraba alrededor de la agricultura de exportación -fundamentalmente el café- y apenas iniciaba su industrialización bajo el modelo de sustitución de importaciones; el mercado interno era estrecho y el consumidor aún no era reconocido como titular de derechos específicos. Solo hacia finales de los setenta, con la urbanización acelerada, la consolidación de una clase media incipiente, el incremento del consumo doméstico y la expansión de medios masivos de comunicación se volvió evidente en Colombia la necesidad de establecer un marco jurídico que garantizara información veraz, suficiente y no engañosa, y que protegiera al consumidor frente a prácticas comerciales abusivas o fraudulentas.

⁴ Ley 73 de 1981 y Decreto 3466 de 1982.

Finalmente, con la promulgación de la Constitución Política de 1991, el derecho del consumidor es reconocido como un derecho colectivo de rango constitucional en Colombia; mediante su artículo 78, la Carta Magna establece la obligación del Estado de regular el control de calidad de bienes y servicios, garantizar la información adecuada al consumidor y proteger su salud, seguridad y abastecimiento. Pese a lo anterior, la Ley 73 de 1981 no fue actualizada hasta el año 2011, fecha en la que nace el actual "Estatuto del Consumidor" (la Ley 1480 de 2011).

La ausencia de una ley actualizada durante casi 20 años limitó la eficacia práctica de estas garantías y es un fiel reflejo del marcado desinterés que tuvo el Estado Colombiano por atender los mandatos constitucionales de proteger a los consumidores.

II. INFORMACIÓN O PUBLICIDAD: EL RETO MÁS GRANDE PARA LOS CONSUMIDORES DE EL SIGLO XXI

Ahora bien, Colombia cuenta hoy con una regulación robusta en materia de protección al consumidor, encabezada por el ya citado Estatuto del Consumidor, sus múltiples decretos reglamentarios (regulando algunos garantías y publicidad para niños), y las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio en la "Circular Única"⁵.

En lo relativo a la información el legislador obliga a productores y proveedores a suministrar datos claros, veraces, suficientes, oportunos, verificables y comprensibles sobre el bien o servicio -precio total, garantías, riesgos, instrucciones de uso, fecha de vencimiento, entre otros-, so pena de responder por los daños que ocasione la información deficiente. Se establecen además exigencias reforzadas cuando el producto puede ser nocivo o cuando el destinatario es un menor de edad⁶.

La publicidad⁷, en cambio, se define como el mensaje persuasivo destinado a promover la venta de bienes y/o servicios. Sus condiciones objetivas son vinculantes para el anunciante y la publicidad engañosa está prohibida, generando responsabilidad directa e, incluso, solidaria del medio de comunicación si medió dolo o culpa grave. El Estatuto del Consumidor también regula las ofertas y promociones, exigiendo que se indiquen claramente sus condiciones de tiempo, modo y lugar.

Esta distinción normativa entre información y publicidad es sólida en el papel; sin embargo, el gran desafío se traslada a la práctica, donde las fronteras entre información y publicidad se difuminan por la evolución de las estrategias de mercadeo. Hemos pasado del modelo B2C (*business to consumer*), en el que la marca era un emisor fácilmente identificable, a un entorno H2H (*human to human*), caracterizado por contenidos "nativos" en redes sociales, "micro-influencers" y reseñas aparentemente espontáneas.

Un ejemplo cercano al contexto latinoamericano lo ofrecen las campañas de marcas de belleza como "Pantene". El mensaje publicitario, antes transmitido por un anuncio televisivo convencional, hoy se integra en un vídeo de redes sociales donde una celebridad como Selena Gomez comparte su "rutina de cuidado del pelo" y menciona casualmente los productos de Pantene. El consumidor percibe el relato como una recomendación

⁵ Esto, sin perjuicio de que existe regulación especial para sectores como el financiero, de telecomunicaciones, aeronáutico, de turismo entre otros.

⁶ Artículos 23 a 28 del Estatuto del Consumidor.

⁷ Artículos 29 a 33 del Estatuto del Consumidor.

auténtica “entre amigas”, sin advertir (aunque pueda ser evidente) que, en realidad, se trata de publicidad patrocinada.

En estas circunstancias, la exigencia legal de que la información suministrada sea “veraz, suficiente y oportuna” resulta insuficiente si el consumidor ni siquiera identifica que está ante un anuncio publicitario o ante el suministro de información sobre el producto o servicio que adquiere.

Es precisamente en este punto donde la actual estrategia comunicativa H2H plantea mayores desafíos para el consumidor. Bajo este esquema, la figura del anunciante tradicional se difumina: ya no se trata de una empresa identificable que emite directamente el mensaje comercial, sino de terceros -influenciadores y creadores de contenido- que transmiten la publicidad de manera indirecta, en contextos de aparente espontaneidad y cercanía (a esta práctica se le conoce como “publicidad encubierta”). Esta aparente horizontalidad en la comunicación dificulta al consumidor advertir que está siendo impactado por una estrategia de persuasión comercial.

III. REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD CON INFLUENCIADORES Y PUBLICIDAD ENCUBIERTA

En un intento por resolver el problema descrito en el capítulo anterior, la SIC expidió en el año 2022 la Guía de Buenas Prácticas en la Publicidad a través de Influenciadores (en adelante, la “Guía”). Este documento, alineado con las recomendaciones del Consejo Internacional de Autorregulación (ICAS) y con experiencias regulatorias de países como Reino Unido, Estados Unidos y Perú, busca establecer estándares claros de transparencia y responsabilidad en el uso de influenciadores como herramienta de marketing digital.

Si bien el Estatuto del Consumidor no define expresamente los conceptos de “anunciante” o “influenciador”, la Guía aclara su alcance práctico, citando conceptos definidos por la Cámara de Comercio Internacional (ICC) conceptuando al “anunciante” como quien promueve productos o servicios por medio de comunicaciones comerciales. A su vez, influenciador es entendido como aquella persona que, mediante redes sociales, construye credibilidad y logra influir en el comportamiento del consumidor. Así, cuando existe una relación comercial con una marca -ya sea por pago, entrega de productos u otros beneficios- y esta no es debidamente divulgada, el influenciador asume el rol de anunciante y puede ser responsable por publicidad engañosa, conforme al Estatuto del Consumidor⁸.

Por el contrario, cuando el vínculo comercial se declara de manera clara -por ejemplo, utilizando etiquetas como #Publicidad, #ContenidoPatrocinado o #Ad-, el influenciador puede ser considerado un medio de comunicación y solo será responsable en caso de dolo o culpa grave. En línea con lo dispuesto por la *Federal Trade Commission* (FTC) en Estados Unidos y la *Competition and Markets Authority* (CMA) del Reino Unido, la SIC recomienda que toda publicidad digital sea identificable desde el inicio, comprensible para el consumidor y adaptada al formato y plataforma en que se difunda. De no cumplirse estas condiciones, tanto el anunciante como el influenciador podrán ser objeto de sanciones administrativas, conforme al artículo 61 del Estatuto del Consumidor.

⁸ Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). Guía de Buenas Prácticas en la Publicidad a través de Influenciadores. Noviembre de 2020.
<https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/112020/GU%C3%8DA%20DE%20BUENAS%20PR%C3%81CTICAS%20EN%20LA%20PUBLICIDAD%20A%20TRAV%C3%89S%20DE%20INFLUENCIADORES%20005.pdf>.

En cuanto a las recomendaciones específicas, la Guía sugiere a los anunciantes asegurar que los contenidos difundidos por influenciadores sean claramente identificables como publicidad, emplear etiquetas inequívocas, capacitar a los creadores de contenido y revisar las reacciones del público para corregir posibles confusiones. Asimismo, deben adoptar políticas internas de transparencia y participar activamente en la creación y supervisión de los mensajes. Por su parte, los influenciadores deben abstenerse de simular recomendaciones espontáneas cuando medie una contraprestación, exigir lineamientos claros al momento de colaborar con marcas y divulgar toda relación comercial de forma visible, legible, comprensible y adecuada al canal en que se publica.

Sin perjuicio de los avances que representa la Guía, así como las disposiciones del Estatuto del Consumidor, estas herramientas aún son insuficientes para abordar de forma integral los desafíos que plantea la publicidad digital. Si bien la Guía ataca la "publicidad encubierta", a la fecha, son contadas las sanciones que ha impuesto la SIC y que se han hecho públicas por la violación de lo previsto en la Guía⁹, a lo cual debe sumarse que en el mercado Colombiano sigue siendo una práctica frecuente que múltiples influenciadores tengan comentarios sospechosamente semejantes respecto de un producto o servicio sin que se advierta que el contenido constituye material publicitario.

Pese a que la Guía ofrece herramientas para que los influenciadores eviten incurrir en publicidad encubierta, no ofrece herramientas que permitan al consumidor identificarla, como tampoco brinda a la autoridad herramientas eficientes que permitan la persecución y sanción de la conducta, a lo anterior se suma que la Guía no deja de ser un instrumento emitido por la SIC que carece del peso de una Ley, lo cual hace que su aplicación no esté exenta de controversia, siendo un argumento común y reiterado que los influenciadores no pueden ser tenidos por anunciantes, productores o proveedores en los términos del Estatuto del Consumidor (por más que la Guía trate de concluir lo anterior con base en una interpretación de la entidad de dichos conceptos). Ante la expansión del marketing de contenidos en redes sociales, se hace urgente una actualización normativa que incluya definiciones claras, criterios interpretativos uniformes y mecanismos eficaces de vigilancia y sanción frente a estas formas de publicidad no convencional.

IV. SESGO EN LOS ALGORITMOS PERSONALIZADOS

Hasta este punto se han abordado las principales deficiencias normativas que enfrenta el consumidor colombiano frente a las nuevas formas de publicidad en entornos digitales. Se ha evidenciado cómo la falta de claridad sobre la diferencia entre información y publicidad, constituyen desafíos urgentes en la protección del consumidor como sujeto especialmente vulnerable.

Ahora se procede con la exposición de un problema adicional que ha ganado atención a nivel internacional, pero que aún no ha sido discutido con la misma profundidad en el contexto colombiano: el impacto del uso de algoritmos, *big data* e inteligencia artificial en la presentación de información y publicidad.

Para el momento en que se escribe este texto, las empresas utilizan herramientas digitales para recolectar y analizar grandes cantidades de información personal. Con esos datos, pueden crear perfiles detallados de los consumidores y ofrecerles productos o servicios altamente personalizados. Esto puede parecer beneficioso -al ahorrar tiempo y mostrar

⁹ Véase el caso "Elizabeth Loaiza (Promed Covid-19 Rapid Test)".

opciones acordes a los intereses del usuario- pero también implica riesgos importantes. La personalización no siempre es neutral; muchas veces, está diseñada para influir en las decisiones de compra y aprovechar los sesgos de comportamiento del consumidor.

En efecto, investigaciones como las realizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago han demostrado que los algoritmos no solo organizan la información, sino que también afectan la manera en que los consumidores piensan, eligen y actúan. Las empresas conocen los patrones psicológicos más comunes -como la preferencia por recompensas inmediatas o el miedo a perder una oferta- y utilizan esa información para diseñar estrategias que, aunque sutiles, condicionan el comportamiento del consumidor sin que este lo perciba¹⁰.

Según el estudio mencionado, este tipo de prácticas lleva a lo que algunos autores denominan "trampas de racionalidad": situaciones en las que el consumidor cree que está tomando decisiones libres, cuando en realidad estas están influenciadas o dirigidas por el sistema. Además, al recibir siempre contenido filtrado por sus intereses pasados, el usuario se ve expuesto a una menor variedad de opciones, limitando su capacidad de explorar alternativas nuevas y reforzando hábitos de consumo que pueden no ser los más convenientes o saludables¹¹.

En este panorama, los mecanismos tradicionales de protección -como la simple entrega de información o advertencias legales- resultan poco efectivos. Para combatir lo anterior, los países miembros de la Unión Europea han implementado nuevas medidas, como exigir a los proveedores de servicios de navegación web, la posibilidad de navegar en plataformas digitales sin que los contenidos estén personalizados mediante inteligencia artificial¹².

Aunque este tema representa sin duda un reto para los consumidores digitales y ha sido abordado de forma avanzada en otras jurisdicciones, lo cierto es que en países como Colombia esta no debería ser aún una prioridad regulatoria. Antes de discutir cómo proteger a los usuarios frente a la influencia de los algoritmos, es indispensable resolver de forma clara y efectiva problemas más urgentes y básicos: como la falta de distinción entre contenido informativo y publicitario, la necesidad de identificar la publicidad encubierta y la ausencia de una regulación con fuerza vinculante para influenciadores y creadores de contenido.

Solo una vez se hayan establecido reglas claras sobre la transparencia en la actividad publicitaria digital y se haya fortalecido la capacidad del consumidor colombiano para identificar cuándo está siendo influenciado comercialmente, será posible avanzar hacia una discusión más técnica y compleja como lo es la regulación del poder algorítmico en el comercio digital.

Ahora bien, incluso si Colombia lograra avanzar hacia una regulación más sofisticada sobre el uso de algoritmos en la publicidad digital, se enfrentaría al reto de hacer efectiva una norma que difícilmente será vinculante para los actores del mercado que, tras someterse a

¹⁰ Guy A. Rub, "Down the Algorithms: Siphoning Rents, Exploiting Biases, and Shaping Preferences," The University of Chicago Law Review, acceso el 1 de julio de 2025, <https://lawreview.uchicago.edu/print-archive/down-algorithms-siphoning-rents-exploiting-biases-and-shaping-preferences-regulating>.

¹¹ Guy A. Rub, "Down the Algorithms: Siphoning Rents, Exploiting Biases, and Shaping Preferences," The University of Chicago Law Review, acceso el 1 de julio de 2025, <https://lawreview.uchicago.edu/print-archive/down-algorithms-siphoning-rents-exploiting-biases-and-shaping-preferences-regulating>.

¹² Guy A. Rub, "Down the Algorithms: Siphoning Rents, Exploiting Biases, and Shaping Preferences," The University of Chicago Law Review, acceso el 1 de julio de 2025, <https://lawreview.uchicago.edu/print-archive/down-algorithms-siphoning-rents-exploiting-biases-and-shaping-preferences-regulating>.

la misma, podrían generar un verdadero impacto positivo en la experiencia de consumo de miles de personas. La mayoría de las plataformas que dominan el ecosistema digital - como Google, Meta o Amazon- no operan desde Colombia ni están sujetas directamente a su jurisdicción. Esto significa que, aunque el país establezca reglas claras, hacerlas cumplir frente a estas grandes compañías, ubicadas en otros territorios, sería difícil cuando no imposible. Esta realidad evidencia una desigualdad estructural: mientras los consumidores colombianos son impactados todos los días por decisiones tomadas en oficinas a miles de kilómetros, el Estado tiene herramientas limitadas para intervenir o exigir responsabilidad. Por eso, antes de mirar hacia soluciones complejas de alcance global, es fundamental que el país fortalezca lo que sí puede controlar: reglas claras sobre publicidad digital, protección frente a prácticas engañosas y una ciudadanía más informada y crítica frente al contenido que consume en línea.

V. ANÁLISIS DE PROPUESTA LEGSLATIVA EN COLOMBIA

Ahora bien, en desarrollo de las problemáticas expuestas, resulta pertinente traer a colación uno de los esfuerzos legislativos que actualmente se adelanta en Colombia en relación con la actividad de los influenciadores en el entorno digital. Nos referimos al Proyecto de Ley 394 de 2025¹³, radicado ante el Senado el pasado 10 de marzo de 2025, cuyo objeto es *"(...) adoptar medidas para la protección y promoción de la actividad de creación de contenidos digitales, con el propósito de garantizar su libertad e independencia, fomentar su ejercicio responsable y seguro, prevenir problemáticas asociadas al uso de medios digitales, y proteger el interés público y los derechos de los consumidores en el entorno digital (...)"* (en adelante, el "Proyecto de Ley").

El articulado se estructura sobre cinco ejes temáticos: primero, impone a las plataformas digitales la responsabilidad de moderar contenidos que puedan afectar negativamente la salud mental, como aquellos que promueven trastornos alimentarios o fomentan la comparación social. Segundo, contempla la verificación obligatoria de contenidos relacionados con salud mental, exigiendo que la información provenga de fuentes confiables. Tercero, establece medidas específicas para proteger a menores de edad y fomentar la educación digital desde la escuela. En cuarto lugar, promueve el bienestar digital, incentivando el uso responsable de las plataformas a través de herramientas que alerten sobre el tiempo de conexión y fomenten pausas tecnológicas. Por último, plantea mecanismos para facilitar el acceso a servicios de salud mental mediante entornos digitales, reconociendo a las redes como canales potenciales para la atención.

Si bien el Proyecto de Ley parece tener un claro enfoque en la protección de la salud mental de los consumidores -cuestiones especialmente relevantes en el contexto digital actual- uno de sus aspectos más destacados es que supone un intento legislativo por mejorar los estándares de información entregada al consumidor a través de las redes sociales.

En este sentido, el texto propone una definición legal de "influenciador" como toda persona natural o jurídica que ejerce, de manera profesional y sistemática, la creación, producción y difusión de contenidos digitales en plataformas y medios de comunicación emergentes, enmarcándose dentro del ecosistema digital y adquiriendo relevancia en el

¹³ Congreso de la República de Colombia, Proyecto de Ley 394 de 2025, "Por medio del cual se regula la actividad de creación de contenidos digitales y se dictan otras disposiciones," Senado de la República, radicado el 10 de marzo de 2025, <https://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2024%20-%202025/PL%20394-25%20CONTENIDO%20DIGITAL.pdf>.

mercado publicitario audiovisual. Dicha definición se apoya en cuatro elementos esenciales: (i) control editorial sobre los contenidos que genera, (ii) desarrollo de una actividad económica mediante modelos de monetización (publicidad, patrocinios, etc.), (iii) capacidad de incidir de forma verificable sobre las decisiones de consumo o la opinión pública, y (iv) ejercicio sistemático y sostenido de esta actividad.

El Proyecto de Ley también distingue entre el “influenciador” y el “creador de contenido”, este último entendido como cualquier persona que produce material informativo, educativo, recreativo o publicitario a través de canales digitales, sin importar su alcance o nivel de influencia.

De igual manera, se introduce la figura del “prestador de servicios de creación de contenido”, es decir, aquel influenciador o creador de contenido que ha sido contratado con fines publicitarios o comerciales para desarrollar y difundir contenidos, recibiendo una remuneración por ello.

Con base en estas definiciones, se propone establecer un deber legal de divulgación para los influenciadores y creadores de contenido que participen en campañas publicitarias, obligándolos a hacer visible la relación comercial con la marca o empresa que promocionan. En caso de incumplimiento, el proyecto prevé la posibilidad de imponer sanciones administrativas de hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a cargo de la SIC¹⁴.

Adicionalmente, se contempla la creación de un “Registro Nacional de Creadores de Contenido”, que tendrá carácter público y permitirá al Estado y a los consumidores identificar a los actores que realizan este tipo de actividades con fines comerciales.

Por último, el artículo 23 del Proyecto de Ley promueve la creación de mecanismos de autorregulación por parte de gremios o asociaciones de influenciadores, con el propósito de evitar la difusión de contenidos que inciten al odio, promuevan la discriminación o difundan información falsa o publicidad engañosa.

Desde nuestra perspectiva, este proyecto representa un avance significativo en el reconocimiento normativo de una actividad que, si bien ha tenido un crecimiento exponencial en los últimos años, aún opera en un terreno legal difuso. Lo más destacable es su esfuerzo por trasladar al plano legal algunas de las disposiciones que actualmente solo tienen fuerza orientadora a través de la Guía de Publicidad para Influenciadores expedida por la SIC, dotándolas de fuerza vinculante y contemplando mecanismos sancionatorios efectivos.

No obstante, pese a estos avances, el Proyecto de Ley omite un punto crucial ¿Cómo identificar la publicidad encubierta o camuflada? A pesar de que el texto exige revelar las relaciones comerciales en contenidos promocionales, no aborda de manera específica aquellas formas de publicidad más sutiles que se presentan sin contrato directo o que se insertan dentro de formatos editoriales, reseñas, “*lifestyle content*” o contenido aspiracional. En consecuencia, los consumidores siguen careciendo de herramientas eficaces para identificar este tipo de prácticas y ejercer su derecho a recibir información clara, suficiente y no engañosa.

Este problema resulta especialmente grave si consideramos que la publicidad silenciosa es hoy una de las formas más influyentes -y menos reguladas- de persuasión comercial. En ese

¹⁴ Aproximadamente USD3.507 para 2025.

sentido, cualquier regulación que pretenda realmente empoderar al consumidor debe incluir disposiciones que obliguen a las autoridades a educar al consumidor, cree reglas específicas sobre transparencia algorítmica, etiquetado de contenidos patrocinados y restricciones a la personalización de contenidos que se realiza sin transparencia ni conocimiento del usuario, a fin de garantizar de forma integral el principio de información veraz previsto en el Estatuto del Consumidor.

VI. ENFOQUE DE LA LABOR EDUCATIVA DE LA SIC

Así, habiendo descrito los principales retos para los consumidores -desde la sobrecarga de información hasta la dificultad para distinguir entre publicidad y contenido informativo-, resulta necesario destacar los esfuerzos institucionales que deben realizarse para promover una ciudadanía más crítica y consciente. En Colombia, la SIC ha venido cumpliendo un papel clave en materia educativa, a través de actividades orientadas a fortalecer el conocimiento de los consumidores sobre sus derechos y mecanismos de protección.

En efecto, la SIC realiza capacitaciones periódicas, abiertas al público, sobre las reglas del Estatuto del Consumidor y su aplicación en diversos sectores. Además, dispone de centros de atención ciudadana donde se orienta a los usuarios sobre cómo ejercer sus derechos, resolver conflictos o presentar quejas. Esta labor ha sido constante y visible en distintas regiones del país, permitiendo una apropiación normativa que antes era limitada.

Sin embargo, pese a estos avances, es claro que el enfoque educativo de la SIC sigue estando centrado en la defensa reactiva de derechos (por ejemplo, reclamar por garantía o denunciar publicidad engañosa), pero no aborda aún de forma decidida la dimensión preventiva y formativa necesaria en el entorno digital. Es decir, no existe una estrategia clara que brinde a los ciudadanos herramientas para interpretar críticamente la información que consumen a diario, identificar sesgos, o entender cómo operan los algoritmos y los intereses detrás de ciertos mensajes.

En este contexto, se vuelve urgente promover programas de “alfabetización mediática” - más allá del marco legal tradicional- que permitan a niños, jóvenes y adultos desarrollar pensamiento crítico frente a la avalancha de contenidos digitales. Una política pública efectiva en protección al consumidor del siglo XXI no puede limitarse a informar sobre derechos ya vulnerados, sino que debe anticiparse a los riesgos y dotar a las personas de herramientas para ejercer un consumo informado, consciente y ético.

Para avanzar hacia una protección más preventiva y adaptada al entorno digital, la SIC podría liderar iniciativas innovadoras de alfabetización mediática en alianza con el Ministerio de Educación y medios de comunicación. Por ejemplo, podría desarrollar campañas audiovisuales accesibles que expliquen, de manera sencilla, cómo identificar publicidad encubierta o cómo funcionan los algoritmos en las redes sociales. Así mismo, para combatir la baja fiscalización y problemas de eficiencia y efectividad de aplicación del régimen actual, es clave establecer observatorios ciudadanos de publicidad digital, donde la comunidad pueda reportar y analizar prácticas engañosas o invasivas, fomentando una cultura de vigilancia activa y participación. Estas acciones, lejos de ser utópicas, permitirían transformar la defensa del consumidor en una herramienta real de empoderamiento ciudadano frente a los desafíos del siglo XXI.

VII. CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo se ha evidenciado cómo la transformación del entorno digital ha desdibujado las fronteras entre la información y la publicidad, planteando uno de los retos más complejos y urgentes para los consumidores del siglo XXI: identificar cuándo están siendo informados y cuándo están siendo persuadidos comercialmente. Esta ambigüedad, profundizada por el auge de la publicidad silenciosa, el marketing de influencia y el uso de algoritmos personalizados, pone en entredicho el principio básico del Estatuto del Consumidor: la garantía de que toda decisión de consumo debe estar fundada en información veraz, clara, suficiente y oportuna.

Si bien Colombia cuenta con un marco legal relativamente sólido en materia de protección al consumidor, resulta evidente que este ha sido sobrepasado por las nuevas dinámicas de la comunicación digital. Figuras como los influenciadores, el contenido patrocinado, la publicidad encubierta y los sistemas de personalización algorítmica operan en una zona gris normativa, donde las obligaciones son difusas y las sanciones, limitadas. El esfuerzo pedagógico de la SIC -aunque relevante y constante- sigue centrado en la defensa post violación del derecho, sin fortalecer aún las competencias del consumidor para prevenir y anticiparse a las formas contemporáneas de manipulación comercial.

En consecuencia, es urgente avanzar hacia una reinterpretación dinámica del concepto de "información al consumidor", que no solo se enfoque en el contenido del mensaje sino también en su forma, contexto y emisor. Esto implica adoptar medidas legislativas que regulen expresamente la publicidad encubierta, fortalezcan la transparencia algorítmica y doten de fuerza vinculante las buenas prácticas ya sugeridas en guías administrativas. Al mismo tiempo, se requiere una estrategia nacional de alfabetización mediática, que promueva un consumo crítico, consciente y ético desde las escuelas, los medios y las plataformas digitales.

Solo así será posible empoderar al consumidor colombiano frente a un entorno comercial cada vez más sofisticado, impredecible y persuasivo, garantizando que su derecho a elegir no se convierta en una ilusión algorítmica o en una decisión condicionada por intereses no identificables. La protección del consumidor en el siglo XXI exige no solo normas claras, sino también instituciones proactivas, consumidores formados y un Estado comprometido con la equidad informativa en el mercado.

BIBLIOGRAFÍA

- Congreso de la República de Colombia. Proyecto de Ley 394 de 2025. "Por medio del cual se regula la actividad de creación de contenidos digitales y se dictan otras disposiciones." Senado de la República. Radicado el 10 de marzo de 2025. <https://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2024%20-%202025/PL%20394-25%20CONTENIDO%20DIGITAL.pdf>
- Kennedy, John F. "Mensaje al Congreso sobre la Protección al Consumidor." Discurso presentado el 15 de marzo de 1962. Traducido por CONSAL. https://www.consal.org.ar/Discurso_Kennedy.pdf.
- Ley 1480 de 2011.
- Ley 73 de 1981 y Decreto 3466 de 1982.

- Padilla Ardila, Vanessa. Regulación de la Publicidad de los Influencers en Colombia: ¿Legislación o Autorregulación? Tesis de pregrado, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 11 de mayo de 2020. <https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/d86981ed-6136-4c8d-95ca-c5415aa9b739/content>.
- Rub, Guy A. "Down the Algorithms: Siphoning Rents, Exploiting Biases, and Shaping Preferences." The University of Chicago Law Review. Accessed July 1, 2025. <https://lawreview.uchicago.edu/print-archive/down-algorithms-siphoning-rents-exploiting-biases-and-shaping-preferences-regulating>.
- Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). Guía de Buenas Prácticas en la Publicidad a través de Influenciadores. Noviembre de 2020. <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/112020/GU%C3%8DA%20DE%20BUENAS%20PR%C3%81CTICAS%20EN%20LA%20PUBLICIDAD%20A%20TRAV%C3%89S%20DE%20INFLUENCIADORES%20005.pdf>.



Autor:
Ralph Sánchez Yaringaño

LA EVOLUCIÓN DEL CONSUMO COLABORATIVO: CASO DEL ALOJAMIENTO COMPARTIDO

LA EVOLUCIÓN DEL CONSUMO COLABORATIVO: CASO DEL ALOJAMIENTO COMPARTIDO

The evolution of Collaborative Consumption: The Case of Shared Accommodation

Ralph Sánchez Yaringaño¹.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. De la informalidad a la regulación progresiva desde la perspectiva europea.
- III. Principales cambios en el consumo colaborativo.
- IV. Caso Airbnb en Madrid.
- V. Caso Airbnb en Perú.
- VI. Conclusiones.
- VII. Apreciación Personal.

Resumen

El artículo se centra en identificar los nuevos criterios que se abordan desde el derecho de consumo sobre la evolución del consumo colaborativo desde el 2017 a la fecha. En tal sentido, se pone especial énfasis en el caso del alojamiento compartido como el modelo de Airbnb como ejemplo de la transformación del consumo colaborativo. Desde una mirada del derecho comunitario europeo se centra en un caso de regulación en Madrid España, y sobre los retos de importar dichos modelos en la legislación peruana.

Se demuestra que el consumo colaborativo ya no es sinónimo de una sociedad más solidaria y colaboracionista como se pensó en un inicio. Por el contrario, en el caso de la expansión del alojamiento de corta duración se reconoce una distorsión del modelo de negocio habitual, rompiendo con el paradigma de una relación diferenciada, como parte de un mercado redistributivo.

Palabras clave

Consumo colaborativo/ alojamiento compartido/ Protección al consumidor/ Airbnb

Abstract

The article focuses on identifying the new criteria addressed by consumer law regarding the evolution of collaborative consumption from 2017 to the present. In this regard, special emphasis is placed on the case of shared accommodation—using the Airbnb model as an

¹ Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Científica del Sur. Lima, Perú. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestro en Negocios, Competencia y Regulación por la Universidad Libre de Berlín– Alemania. Abogado Especializado en Derecho Administrativo, Gestión Pública, Derecho de la Competencia y Protección al Consumidor. Actualmente, presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos del concejo de la Municipalidad distrital de La Molina. Correo de contacto: rsanchezyaringano@gmail.com

example—illustrating the transformation of collaborative consumption. From the perspective of European Community law, the study focuses on a case of regulation in Madrid, Spain, and on the challenges of incorporating such models into Peruvian legislation.

It is demonstrated that collaborative consumption is no longer synonymous with a more supportive and collaborative society as initially thought. On the contrary, in the case of the expansion of short-term accommodation, a distortion of the usual business model is recognized, breaking with the paradigm of a differentiated relationship as part of a redistributive market framework.

Keywords

Collaborative consumption / Shared accommodation / Consumer protection / Airbnb

I. INTRODUCCIÓN

En el año 2017 tuve la oportunidad de escribir en la edición N° 72 de esta prestigiosa revista sobre la “Era de los consumidores por aplicación”. En aquel entonces, en pleno auge de los aplicativos móviles, correspondía analizar la dinámica de consumo en el marco del “Consumo colaborativo”.

Ocho años después, muchos casos iniciales de “consumo colaborativo” han pasado a ser, en su mayoría, oficios especializados. Así, tenemos taxistas profesionales que manejan más de un aplicativo, inmobiliarias que compran departamentos para integrarlos a oferta de alojamientos de estancia corta de “Airbnb”, así como cocinas de autor “altamente especializadas” como “Dark kitchen”, donde no se invierte en un local físico, pero se traslada la experiencia sofisticada a través del “delivery”.

Así, el consumo colaborativo, entendido como una forma racional, eficiente y solidaria de consumo a través de la tecnología, pasó a ser de una plataforma solidaria a una plataforma de alta especialización sobre un segmento del mercado. Esta alta especialización ha llevado a una mayor regulación del mercado, lo cual ha traído mayores pronunciamientos por parte de las autoridades en materia de Protección al Consumidor, tanto a nivel internacional como en el Perú.

En efecto, en menos de una década, el fenómeno del consumo colaborativo ha pasado de operar en un espacio prácticamente desregulado² a estar sujeto a normas específicas que refuerzan la protección de los consumidores. Este artículo analiza, desde el punto de vista del derecho del consumidor de servicios de alojamiento, los principales cambios observados entre 2017 y la actualidad (2025), haciendo hincapié en el caso del alojamiento colaborativo (Airbnb).

II. DE LA INFORMALIDAD A LA REGULACIÓN PROGRESIVA DESDE LA PERSPECTIVA EUROPEA

El concepto consumo colaborativo fue utilizado por primera vez por Marcus Felson y Joe L. Spaeth en 1978. Posteriormente es retomado por Ray Algar en 2007. Pero fue a partir de

² Evidentemente bajo la tutela del Código de Protección y Defensa del consumidor, el cual establece criterios de idoneidad y garantías legales, explícitas e implícitas.

2010 que se populariza con las aportaciones de Botsman y Rogers en su libro “Lo que es mío es tuyo: el auge del consumo colaborativo” (Botsman, 2015)³.

En el 2016, la comisión europea señalaba lo siguiente: “Los prestadores de servicios solo deberían estar obligados a obtener autorizaciones o licencias cuando sea estrictamente necesario para alcanzar los objetivos de interés público pertinentes”. Las prohibiciones absolutas de una actividad solo deberían imponerse como último recurso. Asimismo, indicaba que las plataformas colaborativas no deben estar sujetas a autorizaciones o licencias si solo actúan como intermediarios entre los consumidores y aquellos que ofrecen el servicio en cuestión (por ejemplo, servicios de transporte o de alojamiento). Por tal motivo, la propia autoridad comunitaria exhortaba a los Estados miembros a diferenciar entre los ciudadanos que ofrecen un servicio de manera ocasional y los proveedores que actúan como profesionales, por ejemplo, mediante el establecimiento de umbrales basados en el nivel de actividad” (De prensa, 2016)⁴.

En tal sentido, la Comisión Europea liberaba de responsabilidad a las empresas inmersas en plataformas de consumo colaborativo por la información que almacenan en nombre de los que ofrecen un servicio. Sin embargo, no quedaban exentas de responsabilidad por los servicios que ofrecen ellas mismas, por ejemplo, servicios de pago. La Comisión animaba a las plataformas colaborativas a que sigan adoptando medidas voluntarias para luchar contra los contenidos ilegales en Internet y para aumentar la confianza.

En el 2017, muchas plataformas digitales que facilitaban el consumo colaborativo (como Uber, Airbnb, globo, etc.) operaban en una “zona gris” legal. Se consideraban meras intermediarias y no asumían responsabilidad frente al consumidor. La normativa no contemplaba reglas específicas para este tipo de modelos, y la tradicional relación de consumo entre consumidores y proveedores se veía en un modelo discutido, porque una figura intermediaria era el actor principal, frente a un proveedor casi invisible frente al consumidor.

En los últimos años, los organismos europeos se han alejado del discurso inicial, donde sostenían que la economía colaborativa constituía una oportunidad para los consumidores, los emprendedores y las empresas. Es más, se instaba a los Estados miembros de la Unión que se evite una reglamentación interna que fragmente el mercado único en función de pautas nacionales, o incluso locales⁵. Sin embargo, ante un consumo colaborativo desmesurado y desbordado se han impuesto nuevas reglas desde el derecho comunitario.

Desde el 2024, el nuevo Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo, ha impuesto obligaciones claras de diligencia, transparencia e información para estas plataformas, obligándolas a asumir un rol más activo en la protección de los consumidores. En efecto, el nuevo Reglamento de Servicios Digitales introduce obligaciones de diligencia debida de los prestadores de servicios intermediarios técnicos de Internet, publicidad y transparencia informativa, requisitos de notificación y actuación sobre los contenidos, medidas de

³ Héctor Ruiz Ramírez y Bárbara Ruiz Rodríguez (2018): “Consumo colaborativo: confianza, sustentabilidad y protección del consumidor.”, Revista Contribuciones a la Economía (abril-junio 2018).

⁴ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_16_2001

⁵ “Una agenda europea para la economía colaborativa”. 8 de mayo de 2025 18:30. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/es/ip_16_2001/IP_16_2001_ES.pdf

suspensión, acceso de los investigadores a los datos de las plataformas, alertadores de confianza, gestión de riesgos para grandes plataformas principalmente (Barrio, 2024)⁶.

Esto se materializa principalmente en:

- i. Combatir los contenidos ilícitos (noticias falsas, propaganda, incitación al odio, acoso y abuso a menores), reaccionar rápidamente ante ellos y permitir que los usuarios alerten de dichos contenidos. (Unión Europea, 2022, art. 80)⁷
- ii. Luchar contra la venta de productos y servicios ilícitos.
- iii. Utilizar herramientas de moderación de contenidos que incluyan la opción de impugnar las decisiones cuando se elimine contenido de los usuarios o se restrinja el acceso a este.
- iv. Aumentar la transparencia para los usuarios en relación con las condiciones generales y el modo en que los algoritmos recomiendan contenidos. (Unión Europea, 2022, art. 81)
- v. Prohibir la publicidad dirigida a menores y el uso de datos personales sensibles para personalizar los anuncios publicitarios (género, orientación sexual, raza, religión o convicciones políticas) (Unión Europea, 2022, art. 80).
- vi. Prohibir los «patrones oscuros», es decir, las interfaces engañosas diseñadas deliberadamente para, por ejemplo, conseguir que los usuarios se suscriban a servicios sin darse cuenta (Unión Europea, 2022, art. 84).

El nuevo reglamento incluye a todas las empresas de servicios intermediarios en línea que conecten a los usuarios con contenidos, productos y servicios en el mercado único de la Unión Europea, con independencia de si están establecidas dentro o fuera de la Unión, de conformidad con lo indicado en la plataforma de la propia entidad (Consejo Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2024)⁸. Asimismo, destaca que deben cumplir el Reglamento de Servicios Digitales: mercados en línea, redes sociales, plataformas de intercambio de contenido, plataformas de reservas de viaje, entre otras.

Estos son algunos de los requisitos adicionales que el Reglamento de Servicios Digitales introduce para dichas empresas:

- i. Establecer planes de reducción, sujetos a auditorías, de los riesgos sistémicos que plantean, como la desinformación, la manipulación durante procesos electorales, la ciber violencia contra las mujeres o el abuso a menores (Unión Europea, 2022, art. 92),
- ii. compartir datos con investigadores y autoridades y,
- iii. permitir que los usuarios decidan si desean recibir recomendaciones personalizadas y, en caso afirmativo, cómo (por ejemplo, que no se basen en sus búsquedas en línea).

⁶ El Reglamento Europeo de Servicios Digitales ya está en vigor: ¿y ahora qué? 31 de julio de 2025 19:32. Disponible en: <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-innovacion-legal/el-reglamento-europeo-de-servicios-digitales-ya-esta-en-vigor-y-ahora-que/>

⁷

⁸ "Reglamento de Servicios digitales" del Consejo de la Unión Europea. 13 de agosto de 2025, 18:34. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/digital-services-act/>

III. PRINCIPALES CAMBIOS EN EL CONSUMO COLABORATIVO

Antes de 2025, los consumidores muchas veces no sabían si contrataban con un empresario o un particular, lo que dificultaba hacer valer derechos básicos como el desistimiento o las garantías legales. Actualmente, muchas legislaciones obligan a que las plataformas informen de manera clara si el proveedor actúa como empresario o como particular, y cuáles son las consecuencias para el consumidor (Unión Europea, 2019)⁹. Lo anterior, implica mayor transparencia en la información que se comparte por parte de la empresa especializada en consumo colaborativo.

En 2017, las plataformas declinaban cualquier responsabilidad en caso de cancelaciones, accidentes o productos defectuosos, remitiendo al consumidor directamente al proveedor.

En la actualidad, gracias a reformas normativas y a la jurisprudencia, se ha fortalecido la responsabilidad solidaria o subsidiaria de las plataformas, especialmente cuando promocionan activamente los servicios o no verifican adecuadamente la identidad de los proveedores. Asimismo, muchas plataformas han implementado sistemas internos de resolución de reclamaciones, en línea con las obligaciones del Reglamento (UE) 2019/1150. Ello implica que, ahora las empresas de consumo colaborativo asumen una responsabilidad al ofrecer mecanismos de reclamación, los cuales las colocan como responsables al igual que cualquier otro proveedor del mercado.

Por otro lado, la Unión Europea ha intensificado la normativa en materia de protección de datos, a través del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) —Reglamento (UE) 2016/679— lo cual marcó un cambio sustancial en 2018, obligando a las plataformas a garantizar mayor transparencia en el tratamiento de datos, permitiendo a los usuarios acceder a su información, y limitar el uso de perfiles automatizados para fines comerciales. Una consecuencia importante es que la empresa especializada en consumo colaborativo tiene mayores responsabilidades frente a los consumidores, no solo desde la perspectiva del derecho al consumidor, sino también desde el derecho a la Protección de datos y transparencia algorítmica.

Asimismo, en el 2025, la tendencia a cuasi desaparición de la figura de la empresa “intermediaria” se ha profundizado, exigiendo que las plataformas expliquen cómo funcionan los algoritmos que priorizan productos o servicios, reforzando el control del consumidor sobre su información personal, lo cual implica mayor responsabilidad incluso, como si se tratara de un proveedor de alojamiento convencional, siendo las empresas de consumo colaborativo agente de estándares más complejos de interacción, y por ende de responsabilidad frente a sus consumidores. En efecto, hoy plataformas como booking o Airbnb que no son meros catálogos, sino que actúan como plataformas que garantizan información debida, gestión de reclamos, idoneidad y hasta resarcimiento en casos de incumplimientos contractuales.

Del mismo modo, las plataformas de consumo colaborativo trabajan con una dinámica de puntuación y opiniones de usuarios, lo cual implica un deber de autenticidad, caso contrario no solo podrían estar ante una infracción en materia de consumidor, sino también siendo pasible de multas bajo la normativa de represión a la competencia desleal. En el año 2017, las valoraciones y reseñas carecían de mecanismos efectivos para garantizar la autenticidad de las valoraciones de consumidores. Actualmente, muchas jurisdicciones

⁹ Ver Directiva (UE) 2019/2161.

prohíben expresamente las reseñas falsas o inducidas y obligan a las plataformas a informar si las opiniones publicadas provienen de consumidores que realmente han utilizado el bien o servicio (Unión Europea, 2019)¹⁰.

Finalmente, se debe tener presente que el consumo colaborativo en el rubro de alojamiento temporal y compartido surgió con un discurso vinculado a la sostenibilidad, y a una dinámica solidaria que abría el espectro del mercado, sin embargo, sin medidas palpables de protección. Recientemente las políticas de consumo han incorporado medidas concretas que refuerzan este aspecto. Ejemplo de ello es el impulso del “derecho a la reparación” y el fomento de modelos basados en la reutilización y el intercambio, que se alinean con los objetivos de la economía circular (European Commission, 2020)¹¹.

En efecto, la Unión Europea ha regulado sobre la necesidad que los Estados regulen internamente sobre la reparación y la reutilización de los bienes adquiridos por los consumidores al margen de la responsabilidad existente del vendedor establecida por la Directiva (UE) 2019/771. Claramente, la reutilización, reparación y conservación de bienes, así como la maximización de costos fue el discurso inicial del mercado de consumo colaborativo de alojamientos compartidos. Hoy la dinámica más allá del discurso exige un compromiso real y tangible por parte de las empresas inmersas en el consumo colaborativo de alojamiento de corta estancia.

IV. CASO AIRBNB EN MADRID

En el contexto español, el fenómeno del consumo colaborativo —representado paradigmáticamente por plataformas como Airbnb— ha sido objeto de un creciente proceso de regulación destinado a compatibilizar el interés económico, el derecho a la vivienda, la defensa de los consumidores y la protección del entorno urbano.

Este es un caso interesante sobre cómo una plataforma de consumo colaborativo reconoce fallas en el sistema y propone opciones de mejora¹². Así, en noviembre de 2024 la empresa emite una carta dirigida al alcalde de Madrid donde detallan algunas soluciones para la regulación del alojamiento colaborativo, sobre todo frente al aumento sustancial de los precios de alquiler en Madrid en los últimos años¹³.

En principio, Airbnb ha señalado que, no hay una relación causal directa entre el aumento sustancial de los precios de alquiler en Madrid en los últimos años y el desarrollo de los alojamientos de alquiler de corta duración. “Acorde con los últimos datos publicados por el INE de España, los alojamientos de alquiler de corta duración en Madrid representan menos del 1% del parque total de viviendas en la ciudad”¹⁴.

¹⁰ Ver {{Directiva (UE) 2019/2161}}.

¹¹ Ver {{Nuevo Plan de Acción para la Economía Circular, COM (2020) 98 final}}.

¹² <https://news.airbnb.com/es/airbnb-propone-nuevas-soluciones-para-regular-el-alquiler-de-corta-duracion-en-madrid-y-preservar-las-comunidades-locales/>

¹³ <https://news.airbnb.com/es/airbnb-propone-nuevas-soluciones-para-regular-el-alquiler-de-corta-duracion-en-madrid-y-preservar-las-comunidades-locales/>

¹⁴ “Airbnb propone nuevas soluciones para regular el alquiler de corta duración en Madrid y preservar las comunidades locales”. Publicado en noviembre 2024. Visto el 31 de julio de 2025, 20:00 horas. Disponible en: <https://news.airbnb.com/es/airbnb-propone-nuevas-soluciones-para-regular-el-alquiler-de-corta-duracion-en-madrid-y-preservar-las-comunidades-locales/>

Asimismo, Airbnb afirma que más de la mitad de los alojamientos de alquiler de corta duración en la ciudad se encuentran repartidos por 20 barrios fuera del distrito Centro, que representan no más del 1,2% del total de viviendas en esas áreas (Airbnb, 2024). Con ello, la empresa líder en alojamiento colaborativo busca deslindar cualquier tipo de responsabilidad en el incremento del costo de la vivienda, así como autor de un proceso de gentrificación de barrios en Madrid como parte de la ola turística que acecha la ciudad, lo cual trae como consecuencia en el encarecimiento de la vivienda en desmedro de los residentes.

Dicho esto, parece evidente que Madrid presenta una diferencia entre la oferta de vivienda y la real demanda, la cual es ocasionada no solo por el turismo sino también por la migración que ha experimentado la ciudad. Así, Airbnb señaló que, "las medidas que se han planteado por parte del actual gobierno no abordan los desafíos subyacentes en la vivienda, ya que el porcentaje de alojamientos turísticos en la mayoría de los barrios de Madrid es mínimo y no tiene un impacto significativo en el mercado de la vivienda", pese al déficit de proyectos de construcción de viviendas y viviendas vacías. En tal sentido, Airbnb señala que, entre 2015 y 2023, el número de nuevos hogares en Madrid se duplicó en comparación con las unidades residenciales construidas, dejando un vacío de más de 54.000 viviendas necesarias para cumplir con esa demanda (Airbnb, 2024)¹⁵.

Por ello, Airbnb propuso alternativas amigables de regulación a la administración madrileña, de cara a ser parte de una solución integral, para evitar una satanización a su modelo de negocio. Ante ello propuso lo siguiente¹⁶:

- En el distrito Centro, donde la densidad de alojamientos de alquiler de corta duración es mayor, Airbnb sugiere permitir únicamente nueva oferta de anfitriones ocasionales, es decir, de aquellos que alquilan de manera ocasional su residencia principal o incluso una habitación en su propia casa, mientras están en ella. Esto no elimina las unidades del mercado, ya que son viviendas principales.
- Favorecer la colaboración efectiva entre Airbnb y el Ayuntamiento de Madrid para garantizar la implementación armonizada de la reciente normativa europea sobre alquileres de corta duración, cuya ambición es asegurar un entorno más justo y aumentar la transparencia de datos que permita a las administraciones públicas tomar mejores decisiones.
- Trabajar estrechamente con las autoridades turísticas de la ciudad para fomentar la dispersión del turismo, dentro de la propia ciudad y desde la ciudad a las zonas rurales, más allá de los destinos tradicionales y de las fechas con mayor afluencia.
- Dispositivos de ruido obligatorios. En Madrid, más de 3.500 VUTs tienen instalado un sensor para monitorizar el ruido y el promedio de alertas de ruido por dispositivo es menos de un 1%, que se resuelven en menos de una hora.

Airbnb ha señalado que, la regulación que ha buscado culpar a los alquileres de corta duración han traído consecuencias económicas no deseadas, y han respondido a una política populista, antes que a una solución real del problema de la vivienda. Los casos de Nueva York o Escocia son ejemplos de sobre regulación en el consumo colaborativo de vivienda, donde normativas desproporcionadas sobre alojamientos de alquiler de corta duración, repercuten en la economía local sin corregir el problema de fondo, esto es el desequilibrio en el acceso a la vivienda (Airbnb, 2024).

¹⁵ Airbnb, 2024

¹⁶ Airbnb, 2024

A pesar de ello, el gobierno local de Madrid ha regulado el consumo colaborativo del alojamiento compartido. En primer lugar, destaca la obligación, vigente desde el 1 de julio de 2025, de la inscripción de todo alojamiento turístico en un Registro Único de Arrendamientos Turísticos, que genera un código identificativo obligatorio. Las plataformas intermediarias (como Airbnb o Booking) están legalmente obligadas a verificar la existencia de dicho registro y retirar, en el plazo máximo de 48 horas, aquellos anuncios que carezcan de licencia o cuyo código resulte inválido. En buena cuenta, se pone una carga a las plataformas, donde su rol deja de ser la de una mera plataforma intermediaria, sino que es prácticamente una certificadora del alojamiento legalmente apto.

A ello se suma la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal (en vigor desde el 3 de abril de 2025), que establece la necesidad de contar con el acuerdo favorable de, al menos, el 60 % de los propietarios del edificio para destinar una vivienda a alquiler turístico. Asimismo, los anfitriones deben cumplir con el deber de registro de huéspedes en el sistema estatal SES.HOSPEDAJES, conforme al Real Decreto 933/2021.

La regulación de Airbnb y de las viviendas de uso turístico en Madrid constituye hoy un claro ejemplo de cómo el ordenamiento jurídico español intenta equilibrar la libertad de empresa y el derecho de los consumidores con la necesidad de proteger la vivienda como bien esencial, la convivencia ciudadana y la sostenibilidad urbana. La intervención coordinada del legislador estatal, la administración autonómica, los ayuntamientos y los tribunales han configurado un régimen jurídico cada vez más restrictivo y protector del interés general, en línea con las tendencias regulatorias observadas en otras grandes capitales europeas.

V. CASO AIRBNB EN PERÚ

En el Perú, la regulación del alojamiento de corta duración no ha sido ajena de una tentación reguladora por parte del legislador. Como parte de la tradición importadora del ordenamiento jurídico peruano, las innovaciones europeas han sido óbice para que surjan propuestas que busquen imponer mayores responsabilidades a las plataformas como Airbnb.

Sin lugar a duda, la experiencia en el mercado nos ha llevado a alejarnos de la tesis de que "en un mercado de intercambios entre pares, los intermediarios se vuelven intrascendentes" (Rodríguez, G. 2016: p.86)¹⁷. En efecto, hace ocho años se partía de la premisa que la relación de consumo tradicional había migrado de una dinámica basada en la propiedad a una basada en el uso. No obstante, las experiencias han demostrado que las ventajas del consumo colaborativo se han tornado no siempre en experiencias circunstanciales y compartidas sino en negocios de largo aliento.

En el Congreso de la República se ha presentado un nuevo proyecto de ley que busca poner orden al creciente mercado del alquiler temporal de inmuebles con fines turísticos. Se trata del **Proyecto de Ley N.º 9084/2024-CR** (Ley de Alquiler Turístico Temporal, 2024)¹⁸, una propuesta que plantea reglas claras para esta actividad.

¹⁷ Rodríguez García, Gustavo: "Saliendo de la isla: superando un sistema de Protección al Consumidor en guerra consigo mismo" Editorial Jurídica Themis (2016)

¹⁸ Proyecto de Ley N.º 9084/2024-CR "Ley de Alquiler turístico Temporal" publicado en el portal del Congreso de la República del Perú, visto el 31 de julio de 2025, 20:10. Disponible en: <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/MjIwMzcw/pdf>

El proyecto define el alquiler turístico temporal como la oferta de alojamiento por ejemplo, una habitación, departamento o casa por un plazo máximo de 30 días, renovables por otros 30. Esta modalidad se diferencia del arrendamiento tradicional regulado por el Código Civil, que contempla plazos más largos y otro tipo de condiciones.

Uno de los puntos clave de la iniciativa es el registro obligatorio ante el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (Mincetur) para quienes deseen ofrecer este servicio. Este registro exigirá información básica como la identidad del solicitante, detalles del inmueble y declaraciones juradas sobre el estado de las instalaciones y las condiciones de seguridad, entre otros requisitos. Además, se ha dejado claro que no se requerirán licencias de funcionamiento adicionales, lo que busca facilitar la formalización de la actividad sin volverla inaccesible.

Para COMEX esta propuesta intenta encontrar un equilibrio, pero no es la primera vez que el Congreso aborda el tema¹⁹. En 2022, otro proyecto de ley el N° 5467/2022-CR propuso regular directamente a las plataformas digitales que intermedian en estos alquileres, tratándolos de manera similar a los servicios de hospedaje. El problema, señalan varios especialistas, es que **equiparar el alquiler temporal con el hospedaje tradicional podría generar exigencias desproporcionadas**, como la obligación de ofrecer limpieza diaria o custodia de objetos, lo cual no corresponde a la naturaleza de estos alquileres²⁰.

De aplicarse regulaciones como esta, se corre el riesgo de imponer costos excesivos a quienes ofrecen alojamiento temporal y de desincentivar a las plataformas digitales que hoy son una parte esencial del turismo moderno. Sin embargo, cuando uno ingresa a plataformas como Airbnb o booking puede verificar que existen algunas propuestas con apariencia de consumo colaborativo que no necesariamente resultan siendo tales.

Actualmente, el Decreto Supremo N° 001-2015-MINCETUR reglamenta los servicios de hospedaje en el Perú, y claramente distingue a los albergues, apart hotel, hostales y hoteles, y exige que, los establecimientos de hospedaje, independientemente de su clase y/o categoría, durante su funcionamiento deben mantener los requisitos de infraestructura, equipamiento, servicio y personal establecidos en la normativa.

Adicionalmente, los servicios de hospedaje en el Perú tienen el deber de contar con una licencia de funcionamiento, exigencia que no se da en el consumo colaborativo porque su tratamiento es considerado como un alojamiento temporal, casi eventual y esporádico partiendo de una premisa redistributiva y solidaria. Sin embargo, es innegable que existen alojamientos de corta duración que han salido del esquema redistributivo y solidario, y han pasado a ser un negocio de hospedaje, con departamentos adquiridos para dicha finalidad, desnaturalizando su rasgo "colaborativo".

Este hecho no puede pasar inadvertido por parte de las plataformas, quienes con años en el mercado reconocen perfectamente a anfitriones que han convertido su actividad en negocio habitual y lucrativo.

¹⁹ Comex Perú. "ALQUILER TURÍSTICO TEMPORAL: PROPUESTA DE REGULACIÓN" Publicado octubre 2024. Disponible en: <https://www.comexperu.org.pe/articulo/alquiler-turistico-temporal-propuesta-de-regulacion>

²⁰ Comex Perú. "ALQUILER TURÍSTICO TEMPORAL: PROPUESTA DE REGULACIÓN" Publicado octubre 2024. Disponible en: <https://www.comexperu.org.pe/articulo/alquiler-turistico-temporal-propuesta-de-regulacion>

En ese sentido, tenemos empresas “camufladas” de alojamientos bajo esquema de consumo colaborativo que podrían estar incurriendo en violación de normas, lo cual implica una responsabilidad de la plataforma al facilitar una situación adversa al ordenamiento jurídico.

Por ende, sí resulta indispensable que el INDECOPI pueda sentar criterios más actualizados, y no dejar que sea el legislador que sobre regule situaciones que pueden ser fácilmente advertidas por la autoridad de consumo.

A la fecha, el INDECOPI no ha generado mayor jurisprudencia sobre el alojamiento de corta duración, pero sí se ha pronunciado sobre las plataformas de consumo colaborativo, generalmente sobre las aplicaciones de taxis. Así, la Sala Especializada en Protección al Consumidor ha señalado en la Resolución N° 1235-2024/SPC-INDECOPI que, para comprender el funcionamiento de las plataformas colaborativas, es necesario partir del concepto de la llamada economía compartida o colaborativa “EC”, que puede ser descrita como una nueva modalidad de producción e intercambio de bienes y servicios a través de plataformas digitales:

(...) “La EC es un término general con una serie de significados, a menudo utilizados para describir la actividad económica y social que implica, en la mayoría de los casos, transacciones en línea. Originalmente nacido de la comunidad de código abierto para referirse a la compartición entre pares de acceso a bienes y servicios, el término se utiliza a veces en un sentido más amplio para describir cualquier transacción de venta que se realiza a través del mercado en línea, incluso las que son del negocio al consumidor (B2C, por sus siglas en inglés, business to customer) en lugar de P2P”

La Sala ha precisado que, “el término «economía colaborativa» se refiere a modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares. Para la Sala la economía colaborativa implica a tres categorías de agentes i) prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias — pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional (pares) o prestadores de servicios que actúen a título profesional (prestadores de servicios profesionales); ii) usuarios de dichos servicios; e iii) intermediarios que —a través de una plataforma en línea— conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos (plataformas colaborativas). Por lo general, las transacciones de la economía colaborativa no implican un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro.”

Como puede apreciarse, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del INDECOPI se ha quedado estancada en el tiempo, puesto que todavía cree que el consumo colaborativo puede ser sin ánimo de lucro. Ello, no implica que no se reconozca la responsabilidad de las plataformas.

Sin embargo, al revisar la definición, la Sala concibe a las plataformas de consumo colaborativo como servicios ocasionales e intermediarios, lo cual no es una definición vigente que propias plataformas reconozcan como tal, puesto que las mismas son plenamente conscientes de su rol activo en el mercado, y su responsabilidad frente a los consumidores

ante eventualmente incumplimientos por parte de sus ofertantes, y anfitriones (en el caso del servicio de hospedaje).

VI. CONCLUSIONES

En primer término, debemos señalar que, el consumo colaborativo no es sinónimo de una sociedad más solidaria y colaboracionista como se pensaba. Por el contrario, se evidencia que la expansión del alojamiento de corta duración puede implicar un modelo de negocio habitual, rompiendo con el paradigma de una relación diferenciada, como parte de un mercado redistributivo.

Las plataformas de consumo colaborativo, especialmente en los casos de alojamiento de corta duración no son meras intermediarias, y ellas mismas han entendido su rol dentro de la relación de consumo. Por tal motivo, la propia empresa Airbnb se ha mostrado a favor de una regulación, e incluso ha mostrado predisposición de colaborar con autoridades locales para evitar una sobre regulación que imponga responsabilidades ajenas, como el encarecimiento de la vivienda en Madrid.

En el caso europeo, el consumo colaborativo ha pasado de un escenario caracterizado por la falta de regulación a un marco normativo más robusto que prioriza la transparencia, la responsabilidad de las plataformas y la protección de los consumidores. Esta evolución busca equilibrar la innovación tecnológica con los derechos básicos de quienes participan en estos mercados digitales.

En el caso peruano, no tenemos precedentes relevantes sobre el consumo colaborativo en alojamiento de corta duración, pero sí sobre las plataformas de consumo colaborativo. La Sala Especializada define el término «economía colaborativa» como un modelo de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares.

La definición de la Sala es bastante reduccionista y no va en sintonía con las propuestas normativas desde el legislativo, toda vez el rol de las plataformas no se limitan a interconectar proveedores con los consumidores finales, sino que hoy son actores activos, y garantes.

Así, en el caso del hospedaje de corta duración, las plataformas virtuales son responsables de:

- Responder por alojamientos legalmente aptos para los consumidores.
- Cautelar que los anuncios de sus plataformas sean reales y que se cumpla con los ofrecimientos establecidos.
- Ofrecer devoluciones si no se cumple con la idoneidad del servicio ofrecido en sus plataformas.
- Atender reclamos y quejas respecto del servicio ofrecido por sus usuarios y ofertantes de espacios de corta duración.
- No imponer cláusulas abusivas en sus contratos, que las exima de responsabilidad por incumplimientos por parte de sus ofertantes, y peor aún desvincular su responsabilidad frente a denuncias ante la autoridad de consumo.

VII. APRECIACIÓN PERSONAL

El consumo colaborativo de corta duración no necesita una sobre regulación, siempre y cuando la autoridad de consumo establezca lineamientos claros sobre la responsabilidad administrativa de las plataformas frente a los consumidores.

No necesitamos “copiar” modelos extranjeros que pretenden responsabilizar de la problemática de la escasez de vivienda, a las plataformas de consumo colaborativo. Sin embargo, tampoco se puede desconocer que las propias plataformas son conscientes de su impacto en el rubro de alojamientos, y que algunas prácticas podrían ser desleales, puesto que el alojamiento en el Perú tiene una regulación especial contemplada en el Decreto Supremo N° 001-2015-MINCETUR.

En efecto, si la plataforma de consumo colaborativo busca “camuflar” hospedajes que encajan en la regulación del Decreto Supremo N° 001-2015-MINCETUR, entonces claramente deben ser sancionados por incumplimiento normativo, puesto que el halo de “colaborativo” no debe ser excusa para una eventual violación de normas, y menos aún para un sistema que lejos de ser solidario, termina siendo altamente lucrativo.

BIBLIOGRAFÍA

- “Airbnb propone nuevas soluciones para regular el alquiler de corta duración en Madrid y preservar las comunidades locales”. Publicado noviembre 2024. Visto el 31 de julio de 2025, 20:00 horas. Disponible en: <https://news.airbnb.com/es/airbnb-propone-nuevas-soluciones-para-regular-el-alquiler-de-corta-duracion-en-madrid-y-preservar-las-comunidades-locales/>
- Barrio, M. (2024, mayo 19). El Reglamento Europeo de Servicios Digitales ya está en vigor: ¿y ahora qué? abogacía española consejo general.
- <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-innovacion-legal/el-reglamento-europeo-de-servicios-digitales-ya-esta-en-vigor-y-ahora-que/>
- Comex Perú. “ALQUILER TURÍSTICO TEMPORAL: PROPUESTA DE REGULACIÓN” Publicado octubre 2024. Disponible en: <https://www.comexperu.org.pe/articulo/alquiler-turistico-temporal-propuesta-de-regulacion>
- De prensa, Z. (2016, enero 6). Una Agenda Europea para la economía colaborativa. Comisión europea.
- European Commission. (2020, 11 de marzo). A new Circular Economy Action Plan: For a cleaner and more competitive Europe (Comunicado COM 2020 98 final). https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_16_2001
- LEY DE ALQUILER TURÍSTICO TEMPORARIO, (2024) (testimony of Carlos Ernesto Bustamante Donayre). <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/MjIwMzcw/pdf>
- Proyecto de Ley N° 9084/2024-CR “Ley de Alquiler turístico Temporal” publicado en el portal del Congreso de la República del Perú, visto 31 de julio de 2025, 20:10.

Disponible en: <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/MjIwMzcw/pdf>

- Proyecto de ley que regula las empresas administradoras de plataforma tecnológica de intermediación del servicio de hospedaje y creación del registro nacional, (2023) (Guido Bellido Ugarte). <https://app.bibguru.com/p/b513570f-e2ff-4d51-ad34-2097fc5f4821>
- Ramírez y Bárbara Ruiz Rodríguez, H. R. (Ed.). (2018). Consumo colaborativo: confianza, sustentabilidad y protección del consumidor (Vol. 15, Número 2). Revista Académica: contribuciones a la economía.
- Rodríguez García, Gustavo: "Saliendo de la isla: superando un sistema de Protección al Consumidor en guerra consigo mismo" Editorial Jurídica Themis (2016)
- Servicios Digitales, ¿qué es el Reglamento. (2024, febrero 20). ¿Qué es el Reglamento de Servicios Digitales? consejo europeo consejo de la unión europea. <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/digital-services-act/>
- Unión Europea. (2019). Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a una mejor aplicación y modernización de las normas de protección de los consumidores. Diario Oficial de la Unión Europea, L 328, 7–28.
- Unión Europea. (2022). Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales). Diario Oficial de la Unión Europea, L 277, 1-102. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32022R2065>

CAPACIDAD JURÍDICA Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR CON DISCAPACIDAD: DE LA IGUALDAD FORMAL A LA ACCESIBILIDAD REAL

Autor:
Carlos Torres Zavala



CAPACIDAD JURÍDICA Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR CON DISCAPACIDAD: DE LA IGUALDAD FORMAL A LA ACCESIBILIDAD REAL

Legal Capacity and Consumer Protection for Persons with Disabilities: From Formal Equality to Real Accessibility

Carlos Torres Zavala¹

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Sobre el reconocimiento de nuevos derechos de las personas con discapacidad.
- III. Retos para una protección efectiva del consumidor con discapacidad en el siglo XXI.
- IV. Conclusiones.

Resumen

El reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, consagrado en la Ley General de la Persona con Discapacidad y en el Código Civil, ha marcado un cambio paradigmático en la teoría y práctica de los derechos humanos en el Perú. Inspirado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), este reconocimiento reafirma que toda persona, sin importar su diversidad funcional, es titular de derechos y puede ejercerlos en igualdad de condiciones. No obstante, la igualdad formal proclamada por la ley no garantiza por sí sola la igualdad material. Persisten obstáculos que impiden que este reconocimiento se traduzca en un ejercicio efectivo de derechos. Este artículo examina esa brecha entre el plano normativo y la realidad, poniendo especial énfasis en tres derechos conexos e interdependientes: la accesibilidad universal, el derecho a elegir una forma de vida y el uso y aprendizaje de la lengua de signos. Para ilustrar cómo esta distancia entre el reconocimiento legal y su materialización se manifiesta en la práctica, se analizará el caso resuelto mediante la Resolución 0175-2021/SPC-INDECOPI, que involucra una denuncia por discriminación en el ámbito de las relaciones de consumo.

Palabras clave

Protección al consumidor/ discapacidad/ capacidad jurídica/ accesibilidad universal/ derechos humanos/ lengua de signos.

¹ Fundador de la firma legal Torres Zavala & Cía EIRL (TZ&CIA), Lima, Perú. Abogado, Máster en Derecho de la Contratación Pública, maestrando en derecho de la empresa y en derechos fundamentales (garantía y protección de derechos humanos). Correo de contacto: ctorresz@pucp.edu.pe

Abstract

The recognition of the right to legal capacity of persons with disabilities, enshrined in the General Law on Persons with Disabilities and in the Civil Code, has marked a paradigmatic shift in the theory and practice of human rights in Peru. Inspired by the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), this recognition reaffirms that every person, regardless of their functional diversity, is a rights-holder and may exercise those rights on an equal basis with others. However, the formal equality proclaimed by law does not, by itself, guarantee material equality. Obstacles persist that prevent this recognition from translating into the effective exercise of rights. This article examines the gap between the normative framework and reality, with a particular focus on three interrelated and mutually reinforcing rights: universal accessibility, the right to choose one's way of life, and the use and learning of sign language. To illustrate how this gap between legal recognition and its practical implementation manifests in reality, the analysis considers the case decided through Resolution 0175-2021/SPC-INDECOPI, which involves a complaint of discrimination in the field of consumer relations.

Keywords

Consumer protection/ disability/ legal capacity/ universal accessibility/ human rights/ sign language.

I. INTRODUCCIÓN

Entre los meses de marzo y agosto del año 2019, en la ciudad de Chilca, provincia de Huancayo y Región de Junín, un consumidor (en adelante, "señor Pérez"²) recibió múltiples llamadas de parte de cierta Caja Rural de Ahorro y Crédito (en adelante, "Caja Rural"), ofreciéndole una tarjeta de crédito con condiciones atractivas, la cual aceptó. El 25 de agosto de 2019, el señor Pérez acudió a recoger la tarjeta de crédito, firmó el contrato y realizó el registro biométrico. Sin embargo, al activar la tarjeta, personal de la Caja Rural le informó que no podía recibirla debido a su discapacidad. El señor Pérez tiene discapacidad sensorial, específicamente la pérdida de visión.

A pesar de que el señor Pérez explicó al personal de la Caja Rural que era autónomo, con historial crediticio y que la norma ya no exigía curatela para personas con discapacidad, el personal de la Caja Rural insistió en que requería un tercera persona (de preferencia curador) para continuar con el trámite. El señor Pérez se sintió discriminado y solicitó el libro de reclamaciones, a fin de denunciar el acto ante Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Acto seguido, el personal de la Caja Rural, utilizando una tijera, rompió el contrato y la tarjeta de crédito. Antes de que se retire el señor Pérez, el personal de la Caja Rural le mostró lo que figura en el sistema biométrico: una restricción de "Incapacidad Mental", documento que fotografió y cuya evidencia presentó como prueba en el procedimiento ante INDECOPI por infracción al Código de Protección y Defensa del Consumidor (Expediente N° 185-2019/CPC-INDECOPI-JUN).

Este procedimiento de protección al consumidor culminó con la Resolución N° 0175-2021/SPC-INDECOPI, emitida por la Sala Especializada en Protección al Consumidor del

² Se utiliza un nombre ficticio para cautelar la privacidad, sin embargo debemos precisar que el caso es verídico.

Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de INDECOPI, multándose a la Caja Rural con 25 UIT (equivalente a S/ 133,750 soles), disponiendo determinadas medidas correctivas. Un argumento a destacar en la Resolución es que, aplicando la Ley General de la Persona con Discapacidad (Ley N° 29973) y el Código Civil (Decreto Legislativo N° 295), las personas con discapacidad gozan de capacidad jurídica, no necesitando de un curador para contratar servicios financieros, como es el caso de la tarjeta de crédito.

El reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad ha supuesto un cambio paradigmático en la teoría y práctica de los derechos humanos en nuestro país. Inspirado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), este reconocimiento implica que toda persona, con independencia de su diversidad funcional, es titular y puede ejercer derechos en igualdad de condiciones con las demás. En el ámbito del consumo, ello significa que el consumidor con discapacidad goza de la misma aptitud legal para contratar, reclamar, elegir y decidir sobre bienes y servicios que cualquier otro ciudadano. Sin embargo, según la doctrina de derechos humanos, la igualdad formal reconocida en la ley no se traduce automáticamente en igualdad material; para ello, se requiere, junto al derecho a la capacidad jurídica, garantizar otros derechos conexos que permitan su ejercicio real y efectivo, entre ellos: el derecho a la accesibilidad universal, el derecho a elegir una forma de vida y el derecho al uso y aprendizaje de la lengua de signos³.

Estos derechos, si bien están reconocidos en el plano internacional, a nivel local, encuentran barreras persistentes en su implementación práctica. Por ejemplo, la ausencia de entornos y servicios accesibles, la falta de intérpretes de lengua de signos en servicios esenciales, o la carencia de apoyos para la toma de decisiones en contextos de consumo, entre otros.

Este artículo propone un análisis doctrinal y crítico de esta brecha entre el reconocimiento legal y su materialización, con especial atención a cómo estas carencias impactan en la protección efectiva del consumidor con discapacidad. Para ello, se empleará el marco conceptual desarrollado por la doctrina de derechos humanos, complementado con referencias normativas y experiencias, con el objetivo de sentar un primer paso a la idea del consumidor con discapacidad, lo que – luego de un debate académico – deberá en un futuro concretizar propuestas que permitan avanzar hacia una verdadera igualdad sustantiva en el ejercicio de los derechos de consumo de las personas con discapacidad.

II. SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE NUEVOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

2.1 La capacidad jurídica como presupuesto de la autonomía del consumidor con discapacidad

La capacidad jurídica es el atributo que permite a toda persona ser titular de derechos y obligaciones, así como ejercerlos de manera directa. En el marco de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), se reconoce expresamente que esta capacidad es inherente a toda persona por el mero hecho de serlo, sin que pueda ser limitada o sustituida por razón de discapacidad.

³ Patricia Cuenca Gómez, Derechos humanos y discapacidad: de la renovación del discurso justificatorio al reconocimiento de nuevos derechos, Anuario de Filosofía del Derecho N° 32, 2016, 82-83.

La doctrina ha destacado que este reconocimiento implica abandonar modelos sustitutivos de la voluntad —como la tutela tradicional— para adoptar sistemas de apoyo en la toma de decisiones que respeten la autonomía y las preferencias de la persona con discapacidad⁴. Dicha tutela tradicional deviene de la teoría de la justicia más influyente en Europa occidental, que fue extendido también a los países que fueron colonizados por los países de dicha parte de Europa, entre ellos el Perú; dicha teoría de la justicia es la John Rawls, para quien solo deben ser sujetos de justicia los que poseen: i) la capacidad de concebir un sentido de justicia y, ii) la capacidad de formar y seguir un plan de vida propio, lo que exige una racionalidad sofisticada, independencia y un “nivel normal” de productividad social. Por ello, bajo dicha teoría, se excluye a muchas personas con discapacidad física (por el coste de adaptaciones) y, sobre todo, a quienes tienen discapacidad mental o intelectual (por no ajustarse a su ideal de racionalidad y agencia independiente). Así, en su teoría, no participan en la deliberación inicial de los principios de justicia y se les relega a un tratamiento posterior, como un asunto práctico, pero no como una cuestión básica de justicia⁵.

En consecuencia, el reconocimiento de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, cambia el enfoque tradicional de los derechos humanos. El Perú cumplió preliminarmente con este reconocimiento legal desde el 24 de diciembre de 2012, fecha en que entró en vigor la Ley General de la Persona con Discapacidad (Ley N° 29973), cuyo artículo 9° dispone:

Artículo 9. Igual reconocimiento como persona ante la ley.

9.1. **La persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igual de condiciones que las demás.** El Código Civil regula los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones.

9.2. El Estado garantiza el derecho de la persona con discapacidad a la propiedad, a la herencia, a contratar libremente y a acceder en igualdad de condiciones que las demás a seguros, préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero. Asimismo, garantiza su derecho a contraer matrimonio y a decidir libremente sobre el ejercicio de su sexualidad y su fertilidad.

(Subrayado y resaltado agregado)

A pesar de dicho reconocimiento legal, el Código Civil peruano mantuvo hasta el 4 de septiembre de 2018, la misma tutela tradicional de la doctrina, regulada en los artículos 43 y 44:

Artículo 43.- Son absolutamente incapaces:

1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.

2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.

⁴ Patricia Cuenca Gómez, Capacidad jurídica y apoyo en la toma de decisiones: una aproximación desde la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Anales de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá), 2012, 61–86.

⁵ Patricia Cuenca Gómez, Patricia. Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos. Revista de Estudios Políticos (nueva época), n° 158, 2012, 106-107.

3.- Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.

(Subrayado y resaltado agregado)

Artículo 44.- Son relativamente incapaces

1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.

2.- Los retardados mentales.

3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

4.- Los pródigos.

5.- Los que incurren en mala gestión.

6.- Los ebrios habituales.

7.- Los toxicómanos.

8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

(Subrayado y resaltado agregado)

El inciso 2. y 3. del artículo 43, así como los incisos 2., 3. del artículo 44, se referían directa o indirectamente a personas con discapacidad; en consecuencia, dichas personas no tenían capacidad jurídica. Sin embargo, ello cambió al reconocimiento definitivamente la capacidad jurídica el 4 de septiembre de 2018, mediante el Decreto Legislativo N° 1384, derogándose aquellos incisos de los artículos 43 y 44, y señalando expresamente la capacidad de ejercicio de personas con discapacidad en el artículo 3° del Código Civil:

Artículo 3.- Capacidad jurídica

Toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos.

La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley. **Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida.**

(Subrayado y resaltado agregado)

En el ámbito del derecho del consumidor, la capacidad jurídica es condición necesaria para suscribir contratos, reclamar por incumplimientos, elegir productos y servicios, o consentir en la recopilación y uso de datos personales. Por ello, es un logro que en el Perú, las personas con discapacidad cuenten con capacidad jurídica, no solo en una ley independiente sino en el propio Código Civil, fuente de obligaciones en nuestro país; de lo contrario, el señor Pérez no hubiera podido iniciar un procedimiento ante INDECOPI para hacer efectivo su reclamo de discriminación. Sin embargo, en la práctica, todavía se observan obstáculos que afectan a consumidores con discapacidad, como la exigencia de formalidades excesivas, la negativa de ciertos proveedores a contratar, o la omisión de proporcionar apoyos adecuados para la comprensión y evaluación de las condiciones contractuales.

La doctrina sostiene que la capacidad jurídica no puede ser entendida de forma aislada, sino como parte de un conjunto de derechos interdependientes que garanticen la

autonomía personal y la igualdad de oportunidades⁶. En este sentido, si bien se ha avanzado en la reforma de marcos legales para reconocer este derecho, la ausencia de garantías efectivas en materia de accesibilidad y asistencia personal, impide que los consumidores con discapacidad ejerzan su autonomía de manera plena y en igualdad de condiciones con las demás personas.

La Resolución N.º 0175-2021/SPC-INDECOPI constituye un precedente importante en el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el ámbito del consumo. Este pronunciamiento, coherente con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, reafirma que toda persona es titular y puede ejercer derechos en igualdad de condiciones, sin que su capacidad para contratar o reclamar pueda ser cuestionada por motivos de discapacidad. No obstante, según la doctrina antes citada, este reconocimiento —aunque necesario— resulta insuficiente para garantizar una igualdad material; la capacidad jurídica no debe entenderse de manera aislada, sino acompañada de derechos interdependientes que aseguren su ejercicio real, entre ellos la accesibilidad universal, el derecho a elegir una forma de vida y el derecho al uso y aprendizaje de la lengua de signos.

2.2 Accesibilidad universal: igualdad de acceso y ajustes razonables

La accesibilidad universal es un principio rector en la protección de los derechos de las personas con discapacidad, reconocido tanto por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 9) como por diversas legislaciones nacionales. Este concepto implica que los entornos, productos, servicios y procesos deben ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas, en condiciones de seguridad y comodidad, y de la forma más autónoma y natural posible.

Según la teoría moderna de los derechos humanos, la accesibilidad universal se compone de dos elementos complementarios: la igual accesibilidad⁷ y los ajustes razonables⁸. La primera supone que las infraestructuras, la información y los servicios se diseñen de forma inclusiva, de manera que puedan ser utilizados por cualquier persona sin necesidad de modificaciones específicas. Los ajustes razonables, en cambio, son modificaciones o adaptaciones puntuales que se realizan para atender las necesidades concretas de una persona con discapacidad en un contexto determinado, siempre que no supongan una carga desproporcionada o indebida para quien los proporciona.

En el ámbito de la protección al consumidor, la accesibilidad universal adquiere una dimensión estratégica. La ausencia de formatos accesibles en contratos, páginas web de comercio electrónico, envases o etiquetados vulnera el derecho a la información y limita la capacidad de elección de los consumidores con discapacidad. Asimismo, la falta de ajustes razonables —como intérpretes de lengua de signos en procesos de contratación, asistencia personalizada en la compra, o dispositivos adaptados para medios de pago— constituye una forma de discriminación indirecta.

⁶ Patricia Cuenca Gómez, Derechos humanos y discapacidad: hacia un nuevo paradigma, *Revista Española de Discapacidad*, 2016, 7–30.

⁷ Rocío Poyatos y María Laura Serra, Desafíos y avances en el derecho a la vida independiente, accesibilidad, desinstitucionalización y asistencia personal en el contexto español, *Revista Derechos y Libertades* N° 51, 2024, 345–355.

⁸ Patricia Cuenca Gómez, Derechos humanos y discapacidad: hacia un nuevo paradigma, *Revista Española de Discapacidad*, 2016, 13–15.

La doctrina advierte que el reconocimiento formal de la accesibilidad no garantiza por sí mismo su cumplimiento efectivo⁹. En muchos casos, la regulación se queda en principios generales sin mecanismos eficaces de control o sanción, lo que perpetúa situaciones de desigualdad estructural. Además, la ausencia de un enfoque transversal en las políticas de consumo dificulta que las medidas de accesibilidad se integren de forma coherente en la cadena de provisión de bienes y servicios.

Superar esta brecha requiere adoptar políticas públicas proactivas, imponer obligaciones claras a los proveedores y establecer sistemas de supervisión y sanción efectivos. Solo así se podrá pasar de una igualdad formal a una igualdad sustantiva, en la que el consumidor con discapacidad pueda ejercer plenamente sus derechos en el mercado.

2.3 Derecho a elegir una forma de vida y asistencia para la vida diaria

El derecho a elegir una forma de vida constituye uno de los pilares de la autonomía personal y está intrínsecamente vinculado al ejercicio de la capacidad jurídica. Para las personas con discapacidad, este derecho implica no solo la posibilidad de decidir sobre el lugar y la forma en que desean vivir, sino también el acceso a los apoyos necesarios para desarrollar las actividades fundamentales de la vida diaria.

La doctrina sostiene que este derecho es inseparable de la noción de vida independiente, entendida no como la ausencia de apoyos, sino como la posibilidad de controlar y dirigir las decisiones propias con el respaldo de medidas que respeten la voluntad, deseos y preferencias de la persona¹⁰. En este sentido, el derecho a la asistencia necesaria incluye servicios como el apoyo personal, la ayuda en el hogar, la asistencia para la movilidad y el acompañamiento en la gestión de trámites y compras.

En el ámbito de la protección al consumidor, este derecho se proyecta en la capacidad de elegir y contratar bienes y servicios que permitan a la persona con discapacidad desarrollar su proyecto de vida en igualdad de condiciones. Por ejemplo, decidir sobre la contratación de servicios de asistencia domiciliaria, la adquisición de tecnologías de apoyo o la selección de proveedores que ofrezcan productos accesibles. No obstante, la falta de oferta suficiente de servicios accesibles, la calidad y disponibilidad de apoyos, así como las barreras económicas siguen limitando el ejercicio efectivo de este derecho¹¹. Ello genera un círculo de exclusión en el que la capacidad jurídica, aunque reconocida, queda vaciada de contenido por la ausencia de medios para ejercerla plenamente.

La igualdad real exige que los apoyos no sean considerados como concesiones discrecionales, sino como obligaciones jurídicas exigibles, cuya prestación esté garantizada por marcos normativos claros y mecanismos de supervisión efectivos¹². Sin esta garantía, el derecho a elegir una forma de vida y a recibir asistencia para la vida diaria seguirá siendo más una aspiración que una realidad.

⁹ Patricia Cuenca Gómez, Capacidad jurídica y apoyo en la toma de decisiones: una aproximación desde la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Anales de la Facultad de Derecho* (Universidad de Alcalá), 2012, 78–80.

¹⁰ Patricia Cuenca Gómez, Derechos humanos y discapacidad: hacia un nuevo paradigma, *Revista Española de Discapacidad*, 2016, 19–21.

¹¹ Patricia Cuenca Gómez, Capacidad jurídica y apoyo en la toma de decisiones: una aproximación desde la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Anales de la Facultad de Derecho* (Universidad de Alcalá), 2012, 81–83.

¹² Patricia Cuenca Gómez, La configuración jurídica del derecho a la vida independiente, *Revista de Derecho Social*, 2014, 102–104.

2.4 Derecho al uso y aprendizaje de la lengua de signos

El derecho al uso y aprendizaje de la lengua de signos es un componente esencial de la accesibilidad comunicativa y un medio para garantizar la plena participación de las personas sordas o con discapacidad auditiva en la vida social, cultural y económica. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce este derecho en sus artículos 2, 9, 21 y 24, estableciendo la obligación de los Estados de promover y facilitar su utilización en todos los ámbitos de la vida pública. Este derecho no se limita al reconocimiento formal de la lengua de signos, sino que requiere la implementación de medidas efectivas para que las personas que la usan puedan acceder, en igualdad de condiciones, a la información y a los servicios¹³. Ello implica garantizar la disponibilidad de intérpretes, la formación de profesionales competentes y la incorporación de esta lengua en la educación y en los canales de comunicación institucional y comercial.

En el ámbito de la protección al consumidor, la lengua de signos es clave para el acceso a la información contractual, las campañas de publicidad, los procesos de reclamación y la atención al cliente. Sin embargo, en la práctica, la ausencia de servicios de interpretación en la mayoría de los establecimientos comerciales y entidades financieras, así como en plataformas de comercio electrónico, impide que las personas sordas ejerzan plenamente sus derechos como consumidoras. Esta exclusión comunicativa no solo vulnera el principio de igualdad, sino que también constituye una forma de discriminación por motivos de discapacidad, al impedir que las personas sordas comprendan y evalúen las condiciones de los bienes y servicios ofrecidos¹⁴. Además, señala que el acceso a la lengua de signos debe entenderse como un derecho transversal, cuyo cumplimiento es condición para el ejercicio efectivo de otros derechos, incluida la capacidad jurídica en el ámbito del consumo¹⁵.

Garantizar este derecho requiere una combinación de normas vinculantes, políticas de fomento y mecanismos de fiscalización, así como la sensibilización de proveedores y administraciones para que incorporen la lengua de signos como un elemento estructural de sus canales de atención y comunicación.

III. RETOS PARA UNA PROTECCIÓN EFECTIVA DEL CONSUMIDOR CON DISCAPACIDAD EN EL SIGLO XXI

La Resolución 0175-2021/SPC-INDECOPI confirma que la Caja Rural incurrió en trato discriminatorio contra el señor Pérez, en su calidad de persona con discapacidad, al solicitarle indebidamente la presencia de una tercera persona (curador) para la entrega de una tarjeta de crédito previamente ofrecida. Por ello, ordena a la Caja Rural el pago de una multa de 25 UIT (equivalente a S/ 133,750 soles) a favor de INDECOPI; además, ordena a la Caja Rural realizar lo siguiente (medidas correctivas):

1. Colocar de forma permanente un cartel al interior de su establecimiento abierto al público, en un lugar visible y fácilmente accesible, con el siguiente mensaje: *“En este establecimiento está prohibido discriminar a cualquier consumidor por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, discapacidad,*

¹³ Patricia Cuenca Gómez, Derechos humanos y discapacidad: hacia un nuevo paradigma, Revista Española de Discapacidad, 2016, 23–25.

¹⁴ Patricia Cuenca Gómez, La configuración jurídica del derecho a la vida independiente, Revista de Derecho Social, 2014, 105–106.

¹⁵ Patricia Cuenca Gómez, Capacidad jurídica y apoyo en la toma de decisiones: una aproximación desde la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Anales de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá), 2012, 84–85.

orientación sexual, identidad de género, edad o cualquier otra índole, pues ello constituye una infracción a la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor"; y,

2. Brindar una capacitación sobre prevención de discriminación a todos los trabajadores de su establecimiento, debiendo ser brindada a los que: (a) participen en la creación, diseño, ejecución o supervisión de las políticas comerciales o similares de la empresa; (b) participen en los procesos de diseño y ejecución de las políticas comerciales de atención al cliente o tengan contacto directo con clientes por cualquier canal de atención; y, (c) debido a sus labores puedan verse involucrados en una práctica comercial como la sancionada. La referida capacitación deberá reflejar el involucramiento de los principales directivos de la empresa (directores, gerentes, jefes o rangos similares) y contar con mecanismos de registro de asistentes, así como de evaluación de los contenidos impartidos.
3. Presentar los medios probatorios que acrediten el cumplimiento de las medidas correctivas ordenadas, bajo apercibimiento de imponer una multa coercitiva.
4. Dejar de solicitar a las personas con discapacidad (física o mental) la presencia de una tercera persona (curador) para la contratación y/o entrega de productos financieros, y modifique sus procedimientos según lo dispuesto por la normativa nacional y supranacional respecto a las personas con discapacidad.

Si bien la Resolución de INDECOPI brinda justicia al señor Pérez por tener capacidad jurídica; no logra dignificarlo, pues la multa no será percibida por el referido señor, sino por INDECOPI, y las medidas correctivas son generales, mas no garantiza que vuelva a ocurrir la discriminación (o alguna conducta relacionada) a la persona con discapacidad. De esta manera, aún no se logra asegurar el acceso igualitario a la información, a los entornos y a los servicios; tampoco incorpora asistencia que permitan a la persona ejercer su autonomía de consumo conforme a su proyecto de vida, ni contempla canales de comunicación inclusivos —como intérpretes de lengua de signos o herramientas tecnológicas equivalentes— para garantizar la comprensión y participación efectiva. Veamos:

Derecho conexo	Teoría de derechos humanos	Contenido en la Resolución 0175-2021/SPC-INDECOPI	Brecha identificada
Accesibilidad universal	Garantizar que entornos, información, bienes y servicios sean utilizables por todas las personas, incorporando igual accesibilidad y ajustes razonables, con obligaciones claras y exigibles para proveedores.	Reconoce la capacidad jurídica de la persona, pero no impone al proveedor medidas de accesibilidad física, digital o comunicativa, ni detalla ajustes razonables concretos.	Ausencia de mandatos específicos que obliguen a la implementación de formatos accesibles, apoyos o adaptaciones.
Derecho a elegir una forma de vida	Asegurar que las personas con discapacidad puedan tomar decisiones alineadas con su proyecto de vida,	No menciona ni ordena la provisión de apoyos para que la persona ejerza su derecho a decidir en	Falta de medidas para garantizar que la capacidad jurídica reconocida se traduzca en una

	mediante apoyos para la vida diaria, asistencia personal y control sobre sus elecciones.	condiciones reales de igualdad.	autonomía efectiva en el consumo.
Derecho al uso y aprendizaje de la lengua de signos	Garantizar la provisión de intérpretes, formación y canales de comunicación inclusivos, o alternativas tecnológicas que aseguren la comprensión de la información y la interacción con proveedores.	No contempla intérpretes, medios alternativos de comunicación ni obligaciones de comunicación inclusiva.	Exclusión comunicativa persistente para personas sordas o con discapacidad auditiva.

Lo expuesto refleja la persistencia de una brecha entre la igualdad formal y la igualdad sustantiva (exigida por los estándares internacionales de derechos humanos). Superar esta distancia requiere que las decisiones de protección al consumidor incluyan, de manera explícita y exigible, obligaciones de accesibilidad, provisión de apoyos y garantías de comunicación inclusiva, de modo que el reconocimiento legal se convierta en una realidad material en la vida de las personas con discapacidad.

En el Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley N.º 29571), hay artículos que mencionan de forma expresa la accesibilidad para personas con discapacidad y la obligación de no discriminación, pero no desarrollan de manera integral los tres derechos que plantea la doctrina de derechos humanos:

- **Accesibilidad universal:** El artículo 2, inciso 3 reconoce el derecho de los consumidores a un trato justo y equitativo, sin discriminación por discapacidad, y el artículo 38 establece que los proveedores deben garantizar condiciones de accesibilidad en los establecimientos abiertos al público. Sin embargo, se limita a la accesibilidad física y no desarrolla un régimen amplio de “accesibilidad universal” con ajustes razonables y estándares técnicos claros.
- **Derecho a elegir una forma de vida:** El Código no contiene un artículo que lo enuncie expresamente. Lo más cercano es el derecho a la libertad de elección (art. 2, inciso 1) y a recibir información adecuada para tomar decisiones de consumo, pero no vincula esto con apoyos o servicios que permitan ejercer esa elección conforme al proyecto de vida de una persona con discapacidad.
- **Derecho al uso y aprendizaje de la lengua de signos:** No hay un artículo específico que garantice este derecho dentro del Código. Las referencias a la accesibilidad no incluyen de manera explícita la comunicación inclusiva mediante lengua de signos u otros medios alternativos.

A efectos de determinar el grado de protección que el ordenamiento jurídico peruano otorga a los derechos conexos a la capacidad jurídica —esto es, la accesibilidad universal, el derecho a elegir una forma de vida y el derecho al uso y aprendizaje de la lengua de signos— se ha realizado un cruce entre tres fuentes: el Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley N.º 29571), la Ley General de la Persona con Discapacidad (Ley N.º 29973) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). El análisis muestra que, si bien el Código de Protección al Consumidor incorpora disposiciones sobre trato justo y accesibilidad en términos generales, su alcance resulta limitado frente a los

estándares establecidos por la Ley 29973 y la CDPD. Esta última, junto con la ley especial, desarrolla de forma más amplia y obligatoria la noción de accesibilidad universal, incorpora el concepto de apoyos para la vida independiente y reconoce explícitamente la lengua de signos como medio de comunicación oficial.

En la siguiente tabla se presenta el detalle de esta comparación:

Derecho conexo	Código de Protección al Consumidor (Ley 29571)	Ley General de la Persona con Discapacidad (Ley 29973)	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)	Brecha identificada
Accesibilidad universal	Art. 2.3: Trato justo y equitativo, sin discriminación por discapacidad. Art. 38: Condiciones de accesibilidad en establecimientos abiertos al público.	Art. 20: Accesibilidad en entornos, transporte, información y comunicaciones. Art. 21: Ajustes razonables obligatorios.	Art. 9: Obligación de garantizar accesibilidad en entornos físicos, transporte, información, comunicaciones y servicios abiertos al público.	El Código solo aborda accesibilidad física y no define "accesibilidad universal" con la amplitud y obligatoriedad que exigen la Ley 29973 y la CDPD.
Derecho a elegir una forma de vida	Art. 2.1: Libertad de elección del consumidor y derecho a información adecuada.	Art. 9: Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad. Art. 11: Prestación de apoyos para la vida diaria.	Art. 19: Derecho a vivir de forma independiente y a tomar decisiones sobre la vida personal, con acceso a apoyos.	El Código no incorpora el concepto de apoyos para que la libertad de elección sea real para personas con discapacidad.
Derecho al uso y aprendizaje de la lengua de signos	No hay disposición expresa.	Art. 27: Reconocimiento oficial de la lengua de señas peruana y obligación de promover su uso y enseñanza. Art. 28: Intérpretes en servicios públicos y privados.	Arts. 2, 9, 21 y 24: Reconocimiento y promoción de la lengua de signos, con obligación de facilitar intérpretes y medios alternativos de comunicación.	El Código no contempla comunicación inclusiva mediante lengua de signos u otros medios alternativos.

El reconocimiento de la capacidad jurídica en la legislación peruana (y la resolución de casos dignificando el extremo de dicha capacidad de ejercicio, como el caso del señor Pérez) es un paso relevante, pero insuficiente para garantizar la igualdad material. La ausencia de previsiones claras sobre accesibilidad universal, apoyos para la vida independiente y comunicación inclusiva mantiene una brecha que solo puede cerrarse

mediante la armonización del Código con la Ley 29973 y la CDPD, asegurando que los derechos conexos sean exigibles y efectivos en la práctica.

La brecha identificada se debe a una doble insuficiencia: por un lado, la falta de implementación de medidas específicas para garantizar derechos conexos a la capacidad jurídica —como la accesibilidad universal, la autonomía en la vida diaria y el uso de la lengua de signos—; por otro, la ausencia de mecanismos de control y exigibilidad efectivos que obliguen a su cumplimiento¹⁶. En el ámbito de la protección al consumidor, estos déficits se manifiestan en múltiples dimensiones:

- a) Accesibilidad limitada a la información y a los entornos comerciales, tanto físicos como digitales.
- b) Carencia de ajustes razonables adaptados a las necesidades individuales.
- c) Escasez de apoyos personales para la toma de decisiones de consumo.
- d) Ausencia de canales de comunicación inclusivos, especialmente para personas sordas o con discapacidad intelectual.
- e) Barreras económicas y territoriales que dificultan el acceso a bienes y servicios esenciales.

Superar estos retos exige una estrategia integral que combine:

- a) Reforma y armonización normativa, incorporando obligaciones específicas y sanciones efectivas para proveedores que incumplan estándares de accesibilidad y ajustes razonables.
- b) Políticas públicas inclusivas, que garanticen el financiamiento y disponibilidad de apoyos para la vida diaria y la comunicación, sin trasladar el coste al consumidor con discapacidad.
- c) Educación y sensibilización de proveedores y operadores del mercado, para que incorporen la accesibilidad y el respeto a la capacidad jurídica como parte de su responsabilidad social y de su modelo de negocio.
- d) Fortalecimiento de los mecanismos de supervisión, con participación activa de las organizaciones de personas con discapacidad en el diseño, ejecución y evaluación de políticas de consumo inclusivas.

La protección efectiva no debe entenderse como un favor o una política asistencial, sino como el cumplimiento de obligaciones jurídicas derivadas de derechos humanos¹⁷. Solo mediante un enfoque de igualdad sustantiva será posible que las personas con discapacidad ejerzan su ciudadanía plena también en el mercado, es decir, ejerzan plenamente sus derechos como consumidores con discapacidad, en igualdad de condiciones que los consumidores sin discapacidad. Aquella igualdad sustantiva constituye un reto para el siglo XXI.

IV. CONCLUSIONES

El reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, impulsado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ha supuesto un avance fundamental en la garantía de igualdad formal en el ámbito del

¹⁶ Patricia Cuenca Gómez, Derechos humanos y discapacidad: hacia un nuevo paradigma, *Revista Española de Discapacidad*, 2016, 27–29.

¹⁷ Patricia Cuenca Gómez, Capacidad jurídica y apoyo en la toma de decisiones: una aproximación desde la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Anales de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, 2012, 85–86.

consumo. Sin embargo, este reconocimiento se revela insuficiente cuando no se acompaña de la efectividad de derechos conexos indispensables para su ejercicio real, como la accesibilidad universal, el derecho a elegir una forma de vida con la asistencia necesaria y el derecho al uso y aprendizaje de la lengua de signos.

La autonomía personal y la participación plena en la sociedad no se logran únicamente con la proclamación de derechos, sino con la creación de condiciones materiales y jurídicas que permitan ejercerlos en igualdad de condiciones. Esto implica que la protección al consumidor con discapacidad debe abordarse de manera integral, incorporando ajustes razonables, apoyos personalizados, entornos accesibles y canales de comunicación inclusivos.

La brecha entre la igualdad formal y la igualdad sustantiva persiste debido a la falta de políticas públicas inclusivas, la ausencia de obligaciones claras y exigibles para proveedores, y la escasa supervisión y sanción de los incumplimientos. Superar esta brecha requiere armonizar la normativa con los estándares internacionales, dotar de recursos suficientes a los mecanismos de control y fomentar una cultura empresarial que integre la accesibilidad y el respeto a la capacidad jurídica como principios esenciales.

Solo así será posible que los consumidores con discapacidad ejerzan plenamente su derecho a decidir, elegir y participar en el mercado en condiciones de igualdad, transformando el reconocimiento legal en una realidad efectiva y cotidiana. Solo así será posible garantizar los derechos de los consumidores con discapacidad, en igualdad de condiciones que los consumidores sin discapacidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Cuenca Gómez, Patricia. Derechos humanos y discapacidad: de la renovación del discurso justificatorio al reconocimiento de nuevos derechos, *Anuario de Filosofía del Derecho* N° 32, (2016), 53-83.
- Cuenca Gómez, Patricia. Capacidad jurídica y apoyo en la toma de decisiones: una aproximación desde la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Anales de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, n° 28 (2012): 61-86.
- Cuenca Gómez, Patricia. Derechos humanos y discapacidad: hacia un nuevo paradigma. *Revista Española de Discapacidad* 4, n° 1 (2016): 7-30.
- Cuenca Gómez, Patricia. La configuración jurídica del derecho a la vida independiente. *Revista de Derecho Social*, n° 65 (2014): 97-112.
- Cuenca Gómez, Patricia. Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos. *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, n° 158 (2012): 103-137.
- Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Nueva York: ONU, 2006.
- Rocío Poyatos y María Laura Serra, Desafíos y avances en el derecho a la vida independiente, accesibilidad, desinstitucionalización y asistencia personal en el contexto español, *Revista Derechos y Libertades* N° 51, 2024, 345-380.



Autora:
Silvia Magali Zavaleta Flores

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO ESPECIAL DE PRESUNCIÓN DE LICITUD

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO ESPECIAL DE PRESUNCIÓN DE LICITUD

Sanctioning Administrative Procedure in Consumer Protection Matters. Application of the Special Principle of Presumption of Lawfulness

Silvia Magali Zavaleta Flores¹

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Marco Normativo.
- III. Jurisprudencia.
- IV. Principio Especial de Presunción de Licitud.
- V. Conclusión.

Resumen

Motiva el presente artículo, analizar y desarrollar los alcances del principio de presunción de licitud en el procedimiento administrativo sancionador en materia de protección al consumidor, a propósito de sus particularidades y enfoque respecto a la carga de la prueba que debe asumir el proveedor. En ese sentido, las consecuencias e impacto que el pronunciamiento de los órganos resolutivos puede tener en los administrados, así como el mensaje que reciben los consumidores sobre lo que pueden esperar, generando una expectativa al respecto.

Acreditada la conducta tipificada como infracción, el proveedor debe demostrar que no le es atribuible, de lo contrario será sancionado; sin embargo, el principio de presunción de licitud alineado con la presunción de inocencia, conduce adicionalmente a la actuación y valoración no solo de las pruebas presentadas por las partes, sino también de las que pueda obtener de oficio la administración en aplicación del principio de verdad material, que generen convicción y certeza, pues de existir duda no se debe presumir la responsabilidad. En esa línea se han pronunciado la Sala Especializada en Protección al Consumidor de INDECOPI y el Tribunal Constitucional.

Palabras clave

Presunción de licitud/ Presunción de inocencia/ verdad material/ Debido procedimiento/ Pruebas.

¹ Abogada egresada de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima-Perú. Egresada de la Maestría en Derecho Civil y Comercial por la referida universidad, así como de la Maestría en Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos en la Universidad Carlos III de Madrid - Universidad del Salvador de Buenos Aires. Las opiniones vertidas en este artículo de carácter académico son a título personal. Correo de contacto: silviamzf70@gmail.com

Abstract

This article aims to analyze and elaborate on the scope of the principle of presumption of lawfulness within the administrative sanctioning procedure in matters of consumer protection, particularly in light of its specific characteristics and its approach to the burden of proof that must be assumed by the supplier. In this regard, it also addresses the consequences and impact that the decisions of the adjudicating bodies may have on the regulated parties, as well as the message conveyed to consumers regarding what they can expect, thereby generating certain expectations.

Once the conduct classified as an infraction has been established, the supplier must demonstrate that it is not attributable to them; otherwise, they will be sanctioned. However, the principle of presumption of lawfulness, aligned with the presumption of innocence, also leads to the consideration and evaluation not only of the evidence presented by the parties, but also of that which the administration may obtain ex officio, in application of the principle of substantive truth. Such evidence must generate conviction and certainty, as in the presence of doubt, responsibility should not be presumed. This interpretation has been upheld by the Specialized Chamber for Consumer Protection of INDECOPI and the Constitutional Court.

Keywords

Presumption of lawfulness/ Presumption of innocence/ Substantive truth/ Due process/ Evidence.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, por difusión e interés, los consumidores están mejor informados sobre sus derechos, en particular, la posibilidad de acudir a la administración² para obtener satisfacción respecto de alguna controversia generada en las relaciones de consumo.

Ante el incremento de la población surge la necesidad y decisión de adquirir bienes y servicios que se ofrecen en el mercado; la variedad, accesibilidad, así como los nuevos tipos de contratación, incrementan potencialmente los conflictos.

De acuerdo con lo establecido por El Código de Protección y Defensa del Consumidor, el procedimiento administrativo sancionador por infracciones a dicho cuerpo legal se inicia de oficio, por iniciativa de la autoridad o por denuncia del consumidor. Por otro lado, La Ley de Procedimiento Administrativo General contempla dos procedimientos contencioso-administrativos: trilateral y sancionador (bilateral), con características y efectos distintos.

En ese sentido, a través del presente artículo revisaremos la aplicación y alcances de la carga de la prueba y su relación con el principio especial de presunción de licitud³ respecto del proveedor. La actividad de la administración en la valoración de los medios probatorios presentados durante el procedimiento, activando la facultad y deber de actuación necesaria en aplicación del principio de verdad material, analizando cada caso de acuerdo con sus particularidades. Identificar la dificultad que puede significar aportar pruebas, sin prejuzgar si no se presenta descargos, aun si fuera insuficiente o incompleto; considerando que no se exige la participación de abogado para apersonarse y participar en el procedimiento.

² Órganos Resolutivos en protección al consumidor del INDECOPI.

³ "Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario".

II. MARCO NORMATIVO

La Ley de Procedimiento Administrativo General⁴ (LPAG), norma marco, regula el procedimiento administrativo trilateral y el procedimiento administrativo sancionador, siendo de aplicación supletoria al procedimiento administrativo sancionador en protección al consumidor⁵.

Así, los principios generales del derecho administrativo que se relacionan directamente con la presunción de licitud son: **del debido procedimiento**, además de ser una garantía para que el imputado pueda ejercer su derecho de defensa, incluye la obligación de la administración de motivar debidamente la decisión que emita; **de impulso de oficio**, si bien las partes deben probar los hechos que alegan, ello no exime a la administración de la actividad probatoria que esté a su alcance y que considere necesaria para resolver; **de razonabilidad**, en caso de encontrarse responsabilidad, la decisión debe considerar la sanción por el perjuicio causado, así como desincentivar la conducta, como mensaje al mercado; **de verdad material**, corresponde a la administración determinar si existió infracción a las disposiciones establecidas en El Código valorando todos los medios probatorios presentados incluidos los actuados de oficio. De encontrarse responsabilidad, evaluar los alcances de la decisión en función a la magnitud del hecho. En esa línea, también corresponde considerar los principios especiales de la potestad administrativa sancionadora: **legalidad**, como presupuesto de no ser sancionado si no existe una ley previa y **tipicidad**, solo pueden ser sancionadas aquellas conductas expresamente establecidas como infracciones en una norma con rango de ley.

Señala el Código de Protección y Defensa del Consumidor⁶ (El Código), norma especial, así como la Directiva Única⁷, que el procedimiento administrativo sancionador se inicia de oficio, por iniciativa de la autoridad, o por denuncia del consumidor⁸. En el primer supuesto, intervienen los OR (la administración) y el proveedor (denunciado). En el segundo supuesto, serán parte del procedimiento el consumidor y el proveedor; fijándose la competencia de los OR para resolver la controversia.

Respecto de la carga de la prueba, por un lado la LPAG establece que se rige por el principio de impulso de oficio⁹, correspondiéndole a los administrados presentarlas, lo que no impide la actividad probatoria de la administración; asimismo, el Código Procesal Civil (CPC)¹⁰ norma de aplicación compatible al procedimiento administrativo sancionador en protección al consumidor precisa que corresponde acreditar el hecho a quien lo alega¹¹. En ambos casos, son las partes intervinientes en el procedimiento sobre quienes recae inicialmente el demostrar sus afirmaciones.

El principio especial de presunción de licitud¹² (presunción de licitud) en el procedimiento administrativo sancionador en protección al consumidor adquiere especial relevancia dada su trascendencia y efectos a través de la decisión de la administración, considerando la facultad de los Órganos Resolutivos en Protección al

⁴ Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

⁵ Artículo 18.1 de la Directiva N.º 001-2021-COD-INDECOPI.

⁶ Ley N° 29571.

⁷ Directiva Única que regula los Procedimientos de Protección al Consumidor previstos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, Directiva N.º 001-2021-COD-INDECOPI.

⁸ Siempre que cumpla con los requisitos para ser considerado como tal bajo los alcances del Código.

⁹ Artículo 173.1.

¹⁰ Artículo 196.

¹¹ Artículo 18.1 de la Directiva.

¹² Artículo 248.9 de la LPAG.

Consumidor (OR) para imponer sanciones, dictar medidas correctivas, así como ordenar la inscripción en el Registro de Infracciones y Sanciones (RIS).

Así, la presunción de licitud recoge el principio de presunción de inocencia establecido expresamente como derecho fundamental en la Constitución Política del Perú¹³, por lo que se presume que los administrados actúan conforme a sus obligaciones dentro del ordenamiento legal y que, en principio, no han cometido infracción o que se les debe exonerar de responsabilidad, en tanto no se demuestre lo contrario. Si bien originalmente es un principio del derecho penal, el Tribunal Constitucional ha interpretado que también se aplica al procedimiento administrativo sancionador, por tratarse de una manifestación del ius puniendi del Estado.

III. JURISPRUDENCIA

La Sala Especializada en Protección al Consumidor de INDECOPI, ha desarrollado los alcances de la presunción del principio de licitud, precisando que, si bien se presume que todo proveedor se conduce acorde a sus deberes, en caso el consumidor presente los medios probatorios o indicios que demuestren lo contrario, así como la afectación generada, surge la obligación del denunciado de acreditar que la conducta no le es atribuible:

“Por tanto, se puede advertir la distinción de 2 momentos: i) El consumidor tendrá que acreditar, al menos de manera indiciaria, la existencia de un defecto atribuible al proveedor (de lo contrario, recaerá sobre este la presunción de licitud); y, ii) De probarse el defecto atribuible al proveedor, la presunción de licitud se verá afectada, correspondiéndole a este la obligación de desvirtuar su responsabilidad, en conformidad a lo establecido en el artículo 104° del Código”¹⁴.

En esa línea, considera que, dependiendo del hecho infractor y la viabilidad de su verificación, existe la posibilidad de analizar y valorar los indicios, así como la actividad probatoria de los OR, en aplicación del principio de verdad material, en la búsqueda de determinar y tener un alto grado de certeza respecto de la infracción denunciada:

En este orden de ideas, la comprobación de la existencia de infracciones a las normas de protección al consumidor puede producirse sobre la base de pruebas circunstanciales e indicios contingentes, que deben ser apreciados por el juzgador para poder extraer presunciones que lo lleven a formar una convicción respecto de los hechos investigados. La prueba indiciaria tiene, en este sentido, el mismo mérito que cualquier otro medio probatorio¹⁵.

De igual forma, precisa que corresponde a las partes del procedimiento sustentar sus alegaciones, no siendo suficiente las afirmaciones, obligación establecida tanto en la LPAG¹⁶ como en el CPC¹⁷; sin embargo, también se debe valorar y considerar las pruebas que aporten para verificar y esclarecer los hechos que finalmente generen la convicción sobre la responsabilidad, garantizando un debido procedimiento e igualdad de oportunidad de las partes.

¹³ Artículo 2.24.e).

¹⁴ Resolución N° 2046-2025/SPC-INDECOPI emitida el 02.07.2025.

¹⁵ Resolución N° 1468-2022/SPC-INDECOPI emitida el 19.07.2022.

¹⁶ Artículo 173.2.

¹⁷ Artículo 196°.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la aplicación de la presunción de inocencia de manera extensiva al procedimiento administrativo sancionador, no solo en materia penal, equiparándolo con el principio de licitud:

“(...) queda claro que es razonable hacer extensivo el derecho a la presunción de inocencia al ámbito administrativo, presumiéndose la licitud”¹⁸.

No desconoce el hecho que corresponde al imputado acompañar los medios probatorios que respalden sus descargos; sin embargo, considera que, ante la imposibilidad o dificultad de presentarlos, no se le puede imponer toda la carga probatoria pues ello implicaría que la responsabilidad no se fundamenta en las evidencias, sino en lo que no se pudo demostrar, lo que atenta directamente contra la presunción de inocencia:

Frente a una sanción carente de motivación, tanto respecto de los hechos como también de las disposiciones legales que habrían sido infringidas por los recurrentes, no puede trasladarse toda la carga de la prueba a quien precisamente soporta la imputación, pues eso significaría que lo que se sanciona no es lo que está probado en el procedimiento, sino lo que el imputado, en este caso, no ha podido probar como descargo en defensa de su inocencia. Por ello, al disponerse en este caso que sea el propio investigado administrativamente quien demuestre su inocencia, se ha quebrantado el principio constitucional de presunción de inocencia que también rige el procedimiento administrativo sancionador, sustituyéndolo por una regla de culpabilidad que resulta contraria a la Constitución¹⁹.

En ese sentido, queda clara su postura garantista, elevando el estándar probatorio para desvirtuar la presunción de inocencia. Ante la posibilidad de sancionar por error, se debe privilegiar la certidumbre antes que la duda.

IV. PRINCIPIO ESPECIAL DE PRESUNCIÓN DE LICITUD

Sea por denuncia o a iniciativa de la administración, en el procedimiento administrativo sancionador en protección al consumidor la presunción de inocencia se relativiza²⁰ con la admisión a trámite e imputación de cargos, pues se abre la posibilidad de infracción.

Entre la presentación de descargos, actuación de pruebas adicionales y la presentación de las recomendaciones contenidas en el informe final de instrucción (IFI) así como las posibles observaciones presentadas por las partes, dado que no existe etapas preclusivas, el principio de licitud y presunción de inocencia mantiene sus efectos en función a lo que se hubiera demostrado durante el procedimiento administrativo.

Con la calificación de la denuncia o culminada la investigación, será posible tener un acercamiento inicial respecto de los hechos, si se aportaron los medios probatorios que en principio acrediten la pretensión y por tanto revertir preliminarmente la presunción de inocencia, sin que ello implique que la administración en aplicación del principio de verdad material no actúe diligencias o medios probatorios adicionales, dependiendo de la naturaleza o particularidades del caso, en tanto corresponde sea al denunciante o a la administración, demostrar el hecho que se alega y es a partir de allí que se le

¹⁸ Expediente N° 03150-2017-PA/TC, Sentencia emitida el 06.11.2020.

¹⁹ Expediente N° 2192-2004-AA/TC, sentencia emitida el 11.10. 2004.

²⁰ Gustavo Rico Iberico. Procedimiento Administrativo Disciplinario en la Ley del Servicio Civil. (Lima: Gaceta Jurídica, 2020), 101.

impone al denunciado el deber de desvirtuarlo o justificar una causa que lo pueda exonerar de responder por lo que se le imputa.

En ese sentido, además de garantizar el debido procedimiento concediéndole plazo al proveedor para presentar sus descargos, la LPAG señala expresamente que en caso Él no hiciera uso de su derecho de defensa, ello no puede implicar presumir en su contra o como aceptación de responsabilidad²¹. Entonces, el silencio o la defensa parcial no pueden ser interpretados como manifestación de culpabilidad, teniendo en consideración que también corresponde a la administración la actividad probatoria; es preciso evitar que se sancione de manera arbitraria sin pruebas suficientes, por suposiciones, sospechas o indicios que no son concluyentes, tal como lo señala Baca Merino: "Esta valoración probatoria, requiere un grado de convicción suficiente para superar la duda razonable, lo cual se logra con las pruebas adecuadas y coherentes, obtenidas de manera científica y objetiva, y que hayan podido ser corroboradas con otros medios de prueba actuados en el procedimiento, desterrando la intuición que no puede ser motivada, y las conclusiones sustentadas en la sola argumentación o reglas de la experiencia" ²².

En la misma línea, Morón Urbina precisa: "Un administrado no puede ser sancionado sobre la base de una inferencia, de una sospecha, por su falta de apersonamiento o de presentación de descargo, por más razonable o lógico que pueda ser el planteamiento mental seguido por la autoridad"²³.

Por tanto, si el proveedor no presenta descargo o fuera deficiente, ello no implica la aceptación de culpabilidad, corresponde a la administración determinar la existencia de una infracción a las normas de protección al consumidor.

Resulta pues fundamental considerar las pruebas ofrecidas en el procedimiento, así como las que se actúen de oficio que permitan en conjunto determinar: la infracción denunciada por el consumidor, si corresponde atribuirle responsabilidad al proveedor y si no existe una causal que lo exonere de ser sancionado por la conducta.

El OR tendrá que considerar para emitir decisión motivada, si se agotó la actividad probatoria, lo que demostró, así como un alto grado de certeza y convicción que llevan a la conclusión de la comisión de la infracción. Dice bien Gordillo: "La administración no debe perder de vista que la apreciación que ella haga de la prueba estará sujeta a revisión judicial cuando el individuo cuestione el acto, con lo que serán los criterios del derecho procesal los que gravitarán en la decisión"²⁴. En la misma línea señala Dromi: "Si el funcionario, al emitir el acto, no se atiene a los hechos acreditados en las actuaciones, se funda en pruebas inexistentes, desconoce las existentes, prescinde de toda fundamentación normativa o sería o comete un total e inexcusable error de derecho, actúa arbitrariamente"²⁵.

Entonces, corresponderá a la administración evaluar y analizar si la conducta imputada se encuentra recogida en El Código; que lleve a la certeza de la existencia de infracción y de responsabilidad del proveedor; que se vea reflejada en una decisión motivada en prueba suficiente y objetiva, tal como lo precisa Sarmiento García: "Interesa al procedimiento administrativo la averiguación de la verdad material de lo acontecido, de modo que este principio de verdad material, debe prevalecer sobre la denominada

²¹ Artículo 254.1.4 de la LPAG.

²² Roberto Baca Merino, "Alcances de la presunción de licitud en el procedimiento administrativo sancionador," *Revista Derecho & Sociedad* PUCP 54 (2020): 267-276.

²³ Juan Carlos Morón Urbina. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. (Lima: Gaceta Jurídica, 2008), 670.

²⁴ Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo, El Procedimiento Administrativo*, Tomo 4. (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2004), VII-21.

²⁵ Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*. (Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2004), 370.

verdad formal. La Administración debe en consecuencia atenerse a la verdad de los hechos, prescindiendo de que hayan sido alegados y probados por el actor"²⁶.

Garantizar el debido procedimiento y respeto al derecho a la presunción de inocencia tal como refiere Huergo Lora "(...) el principio de presunción de inocencia, entendido en el sentido más estricto, como regla que afirma que toda persona se presume inocente hasta que no se pruebe lo contrario, y que sólo cabe sancionarla tras haber probado su culpa, no es un principio que se aplique sólo a las sanciones, sino que es una consecuencia de la aplicación de las reglas básicas sobre la carga de la prueba, la primera de las cuales es que quien pide la aplicación de una norma (en este caso, sancionadora) debe acreditar, probar, todos los presupuestos necesarios para su aplicación. La presunción de inocencia (...) es una consecuencia del Estado de Derecho, una garantía que éste exige en la aplicación de las medidas estatales que puedan perjudicar seriamente la esfera jurídica del ciudadano"²⁷.

No podemos dejar de considerar los efectos e impacto que una decisión puede tener, considerando que las multas a imponerse pueden ir hasta 450 uits²⁸, además de dictarse medidas correctivas y el registro en el RIS. En ese sentido, garantizar que se llegue a un grado alto de convicción y que, de determinarse la existencia de responsabilidad, la sanción y medidas deben ser proporcionales y motivadas no solo para evitar arbitrariedades sino un perjuicio irreparable.

Parecería que estaríamos omitiendo considerar el principio proconsumidor establecido en El Código, pues no podemos dejar de lado la asimetría en la relación de consumo; por ello la importancia de tutelar y proteger los derechos del consumidor en cuanto al debido cumplimiento de las obligaciones del proveedor, generando el equilibrio que permita resolver en estricta observancia y aplicación de las normas que regulan el procedimiento administrativo sancionador. En ese sentido no existe conflicto o contradicción con el principio de licitud, sino que se complementan, garantizando el derecho de los administrados a un debido procedimiento.

V. CONCLUSIÓN

El procedimiento administrativo sancionador en materia de protección al consumidor considera dos partes (consumidor y proveedor), siendo la administración la encargada de resolver el conflicto (Órganos resolutivos del INDECOPI), aplica de manera supletoria la Ley de Procedimiento Administrativo General y por tanto los principios generales y especiales del procedimiento administrativo sancionador.

El principio de presunción de inocencia, derecho constitucional cuya aplicación se extiende al procedimiento administrativo sancionador en concordancia con el principio especial de presunción de licitud, garantizan al proveedor un debido procedimiento. Si bien le corresponde aportar las pruebas que lo exoneran de responsabilidad, la administración tiene la potestad y deber no solo de evaluarlas, sino que ante la duda o de advertir alguna omisión puede disponer la actuación de oficio de las que sean necesarias para resolver con todos los elementos que causen convicción.

Determinada la existencia de infracción a las normas de protección al consumidor, el proveedor puede ser exonerado de responsabilidad administrativa si demuestra que existió una causa que justifique su conducta (sea por caso fortuito o fuerza mayor, hecho determinante de un tercero o por acción u omisión del consumidor). Es el escenario ideal donde ambas partes ofrecen los medios probatorios necesarios que permitirán al órgano resolutivo determinar si corresponde o no imponer sanción.

²⁶ Jorge Sarmiento García y otros. Derecho Público. (Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998), 591.

²⁷ Alejandro Huergo Lora. Las sanciones administrativas. (Madrid: Iustel, 2007), 427.

²⁸ Unidades impositivas tributarias.

Si el proveedor no presenta descargos, no acompaña pruebas o son insuficientes, nuestro ordenamiento legal, la jurisprudencia de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del INDECOPI y del Tribunal Constitucional, así como la doctrina, en observancia de los principios del debido procedimiento, impulso de oficio, razonabilidad, verdad material, legalidad y tipicidad, tutela que la omisión o deficiencia se interprete como una aceptación tácita de responsabilidad. El órgano resolutorio debe actuar los medios probatorios necesarios, valorándolos de manera conjunta con los presentados en el procedimiento, incluyendo indicios o cualquier evidencia que le permita con un grado alto de certeza determinar si existió infracción y si corresponde sancionar por ese hecho.

De igual forma, puede que, en determinadas circunstancias, para el proveedor sea inaccesible o de difícil probanza que el hecho no le es atribuible, en cuyo caso corresponde a la administración evaluar y establecer, de ser el caso, que no se le puede exigir lo que no le es posible.

Ante la falta de certeza opera el principio de licitud que se vio relativizado con la acreditación del hecho denunciado. Por tanto, existen dos momentos de análisis. Primero, si el consumidor demostró la existencia de la infracción o si el proveedor aceptó el hecho y segundo, si se determina responsabilidad o si corresponde exonerarlo de esta.

Si bien las normas aplican de manera general, corresponde al órgano resolutorio evaluar y analizar cada caso de acuerdo con sus particularidades; en ese sentido, acertadamente nuestro ordenamiento legal considera que la presunción de inocencia debe ser considerada durante toda la tramitación del procedimiento.

Queda claro que determinada la responsabilidad directa del proveedor, corresponde sancionarlo, imponer medidas correctivas (de ser el caso), así como que se incluya en el Registro de infracción y sanciones. En atención a los efectos de la decisión de la administración, el análisis de los indicios y pruebas deben ser recogidos en la fundamentación de la decisión final a emitirse, evidenciándose el proceso de análisis y valoración que lleva a la certeza respecto de la conducta y responsabilidad. De existir duda o imposibilidad de mayor actividad probatoria, el principio de licitud debe ser aplicado.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor busca el equilibrio respecto de la asimetría en las relaciones de consumo, donde el proveedor siempre estará en mejor posición respecto de los productos y servicios que ofrece; por tanto, se precisa establecer medidas que desincentiven el incumplimiento de sus deberes y obligaciones. En ese sentido, el principio proconsumidor garantiza que los derechos del consumidor sean tutelados y respetados.

El principio de licitud es pues una garantía del debido procedimiento, no un mecanismo de protección para quien de manera intencional y con conocimiento incumplió las normas de protección al consumidor.

BIBLIOGRAFÍA

- Baca Merino, Roberto. "Alcances de la presunción de licitud en el procedimiento administrativo sancionador," *Revista Derecho & Sociedad PUCP*, 54 (2020), 267-276.
- Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2004.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo, El Procedimiento Administrativo*. Tomo 4. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2004.
- Huergo Lora, Alejandro. *Las sanciones administrativas*. Madrid: Iustel, 2007.

- Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica, 2008.
- Rico Iberico, Gustavo. Procedimiento Administrativo Disciplinario en la Ley del Servicio Civil. Lima: Gaceta Jurídica, 2020.
- Sarmiento García, Jorge y otros. Derecho Público. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998.

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 Lara[†]

DIRECTORA

Sylvia A. Torres Morales

EDITORES

Sylvia Torres Morales (Editora General) Christian Guzmán Arias (Sub-Editor)

CONSEJO EDITORIAL

Alonso Morales Acosta	Carlos Torres Morales
Indira Navarro Palacios	Rafael Torres Morales
Juan Carlos Benavente Teixeira	

CONSEJO CONSULTIVO

Prof. Alberto Stewart Balbuena	Prof. Lourdes Flores Nano
Prof. Fernando Vidal Ramírez	Prof. Oswaldo Hundskopf Exebio
Prof. Hernando Montoya Alberti	Prof. Ricardo Beaumont Callirgos
Prof. Mila Guillen Rispa	Prof. Ronald Cárdenas Krenz

EQUIPO EDITORIAL

Maria del Pilar Torres	Jackeline Vásquez Dávila
Angela Cuba Palomino	Solanch Portales Alburqueque
Alejandra Torres Olsen	Jenifer Lima Taype
Yerson Novoa Mendo	

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:** Av. El Derby 254 Oficina 1404 Santiago de Surco, Lima-Perú

Año: 2025

Edición Digital.

Carátula y Diseño: Jenifer Lima Taype

Compilador: Sylvia Torres Morales

ISSN No. 2788-4864

Código de Barras No.: 7758272000015

Año de la primera publicación: 1985

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú **No. 95-0110**

PEDIDOS: Edificio Lima Central Tower, Av. El Derby 254, Piso 14, Oficina 1404 – Surco.
Central Telef.: (+511) 618 1515 Fax: (+511) 618 1520 Web: <https://rpde.tytl.com.p>



**Se terminó de realizar la digitación y composición
en ASESORANDINA SRL**

**Edificio Lima Central Tower,
Av. El Derby N° 254, Oficina 1404 – Surco –
Lima – Perú**

**Central Telefónica: 618-1515 Fax: 618-1520
Email: publicaciones@asesor.com.pe**

**Revista de periodicidad anual
Febrero – Octubre 2025**